

UNA INTRODUCCIÓN AL CONSTITUCIONALISMO POSTMODERNO Y AL PLURALISMO CONSTITUCIONAL

MANUEL A. NÚÑEZ

Profesor Universidad Católica del Norte
Chile

SUMARIO: I. Introducción. II. Constitucionalismo en la Unión Europea. III. Postmodernidad y Derecho. IV. Postmodernidad y constitucionalismo europeo. V. La pervivencia del ideal constitucional y las nuevas formas de constitucionalismo. VI. Pluralismo constitucional y *multi level constitutionalism*. VII. Las posibilidades del pluralismo constitucional como enfoque epistemológico.

RESUMEN: El artículo describe las principales características del neoconstitucionalismo europeo. Después de describir genéricamente las características fundamentales de la postmodernidad jurídica, se explican las principales áreas donde los fundamentos teóricos del Derecho público continental han entrado en crisis. Finalmente, se dispensa atención al pluralismo constitucional y al constitucionalismo de varios niveles, como fenómenos jurídicos y fuentes de nuevos desarrollos en la teoría y en la práctica constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

Para nadie es un misterio que, desde la segunda postguerra, se han transformado varios de los presupuestos que sustentaron al Estado como organización política y al constitucionalismo como teoría política y jurídica. La disolución de las fronteras territoriales, la dispersión del poder político, la transformación de las libertades civiles y políticas, junto a las nuevas formas de organización supranacional, por mencionar algunas, han supuesto una profunda revisión de los postulados tradicionales del constitucionalismo moderno y, muy especialmente, de su versión europea continental. Como sucede muchas veces, la práctica precede a la teoría. De ahí que resulte necesario un diagnóstico que dé cuenta de aquellas transformaciones de la realidad política que justifican la revisión o la sustitución de algunas de las ideas propias de aquella teoría constitucional descriptiva y ajustada a la medida del Estado, especialmente el Estado nacional.

El objeto de este ensayo consiste, pues, en describir aquellos rasgos de la comunidad política europea que permiten fundamentar la existencia de una nueva forma o versión del constitucionalismo europeo. En este sentido, se trata de enunciar a grandes trazos algunos rudimentos del neoconstitucionalismo europeo. Por comunidad política entiendo aquí aquella organización o *polity* que resulta, princi-

palmente, del Tratado de la Unión Europea¹ y demás acuerdos internacionales asociados, y que comprende a los quince Estados miembros actuales, más los diez que se incorporaron en el año 2004. Por otra parte, por constitucionalismo, entiendo la doctrina política y jurídica según la cual conviene a toda comunidad política poseer un gobierno (en sentido amplio) integralmente constituido y limitado a través del Derecho objetivo y de las libertades individuales.

Como quedará más abajo en evidencia, la constitución de este sujeto, la Unión, no elimina ni sustituye las constituciones nacionales. Por lo mismo, no se pretende que las reflexiones sobre sus rasgos fundamentales coincidan necesariamente con las características ni con la teoría jurídica propia de estas últimas. Una teoría sobre la Constitución de la Unión Europea es, en este sentido, solo parcialmente coincidente con las teorías propias de las constituciones nacionales. Finalmente, cabe decir que las reflexiones se centran en el continente europeo, en cuyo espacio se organiza y funciona la Unión, y se enfocan principalmente desde la perspectiva de la teoría constitucional continental. Esta última precisión se explica en la necesidad de evitar aquello que puede ser llamado *eurocentrismo epistemológico*, y que se manifiesta en aquellas generalizaciones que extienden el diagnóstico más allá de sus límites naturales. Las definiciones y los diagnósticos válidos para todo tiempo y lugar no parecen apropiados. En este sentido son acertadas las palabras de Robert Kagan, cuando recuerda que el próspero y nuevo orden kantiano de Europa se explica, en buena parte, gracias a la existencia de un poder que todavía es “ejercido según las reglas del viejo orden hobessiano” (Kagan, 2003, 111). Hablar del fin del Estado y de la soberanía, por poner algún ejemplo, parece todavía un juicio exagerado. En definitiva, y aunque se afirme un tanto hiperbólicamente que vivimos la “hora mundial” del Estado constitucional, no parece todavía tan claro que todos los relojes, en todos los lugares del planeta, marquen la misma hora.

II. CONSTITUCIONALISMO EN LA UNIÓN EUROPEA

El constitucionalismo, entendido como técnica de sujeción integral del poder político al Derecho, no suele ser un proceso que en una determinada comunidad empieza a funcionar —y por lo mismo puede ser identificado— de la noche a la mañana. O es un proceso que se confunde con la historia misma (la del Reino Unido o la de la propia UE son un buen ejemplo de ello) o es un camino de largo

¹ Como se sabe, la Unión Europea se remonta a los tratados constitutivos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1951, cuya vigencia expiró el 23 de julio de 2002), de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1957) y de la Comunidad Económica Europea (1957). El Tratado de Maastricht (1992) representó un salto cualitativo importante al generar una Unión, erguida sobre las comunidades existentes (a la mayor de las cuales eliminó el adjetivo de “económica”), y reconocer oficialmente los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos.

recorrido en el cual la asunción de una Constitución escrita representa solo una de sus etapas: ni el comienzo, ni el final. Vistas las cosas desde esta perspectiva, puede observarse que la compleja organización política compuesta hoy en día por la Comunidad y la Unión Europea también ha sido objeto de un proceso más o menos largo de constitucionalización. Esto significa que a lo largo del tiempo y a través de la intervención de los Estados miembros y de la judicatura europea, la autoridad ejercida por los órganos comunitarios (y también por los estatales cuando personifican –en el sentido más etimológico de la palabra– a los comunitarios) ha sido organizada y subordinada a ciertos límites jurídicos más o menos sustantivos. En la medida en que este proceso se ha desarrollado –aunque no simétricamente– en torno a estos dos polos (organización y subordinación del poder), es que ha resultado posible hablar de una constitución europea, aún a falta de un texto fundamental escrito y mucho antes de que se pensara en redactar un proyecto de tratado constitucional como el presentado en Roma el 18 de julio de 2003.

La aproximación que hemos descrito prescinde de algunos elementos que tradicionalmente han sido básicos en la teoría constitucional moderna y continental, especialmente la férrea unión entre las ideas de Estado, de constitución escrita y de poder constituyente. Como no es este el lugar para profundizar las raíces de esta polémica (que son bien conocidas), me limito a confesar mi adhesión, como premisa epistemológica, al reconocimiento de una constitución europea preexistente a su eventual codificación. Esta constitución, que conforme ha ido evolucionando, permite dejar atrás el funcionalismo original de las comunidades, se ha caracterizado básicamente por no estar formalizada como tal en un documento constitucional, por ser “fragmentaria”, “incompleta” y encontrarse dispersa, bajo la forma de normas y principios, en los tratados, en el llamado derecho secundario o derivado, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en ciertas prácticas y compromisos de las instituciones europeas (Walker, 1996, 99. 271 y ss. y Pereira Menaut, 2000, pp. 18-19).

Naturalmente, la concepción que aquí se presenta solo resulta posible si en el proceso de identificación de la constitución se descarta la preeminencia del elemento formal, como es la existencia oficial de un código constitucional, y la condición excluyente de ciertos criterios tradicionales de legitimación, como es la reunión de una asamblea constituyente. La idea de constitución europea solo aparece después de buscar los elementos sustanciales a la idea de constitucionalismo más que de constitución escrita. Como se sabe, esta última responde solo a una de las varias tradiciones constitucionales, la del constitucionalismo moderno continental². Es por esto

² Según apunta Nicola MATTEUCCI (1992, 128) el constitucionalismo moderno se articula en torno a “cinco núcleos fuertes”: la idea de constitución escrita, poder constituyente, declaración de derechos, separación de poderes y el control de constitucionalidad. La fuerza de estos “núcleos” explica en parte el desacuerdo o el escepticismo en torno a la idea de una constitución que no encaja bien, al menos, en los primeros cuatro elementos.

que la literatura reciente insiste en la necesidad de renovar la teoría constitucional o al menos la imaginación política (Ward, 2001, 24-40), de forma tal que ciertos criterios propios de la idea moderna o *postwestfaliana* de constitución –incluyendo al Estado como el sujeto exclusivo del fenómeno constitucional³– no dificulten la adecuada comprensión de una realidad que es diferente. Una teoría constitucional y política que es capaz de avanzar más allá de los moldes fijados en el contexto estatal (que muchas veces funcionan como el lecho de Procusto), no solo permite entender como posible y real un discurso constitucional europeo, sino también reflexionar desde otro ángulo problemas tan manidos como el llamado déficit democrático o la falta de un *demos* europeo⁴. En el terreno metodológico, este “más allá” implicará algunas veces un salto temporal y otras uno espacial, ambos como una forma de aprovechar las experiencias anteriores a la modernidad (o a la consolidación de los estados nacionales continentales y su concepto más bien cerrado del Derecho) o las perspectivas propias de ciertos lenguajes o tradiciones constitucionales (como por ejemplo son la norteamericana o la inglesa) distintos a los predominantes en la Europa continental.

Italo Calvino sostenía, desde el mundo de la literatura, que cada lenguaje representa por sí mismo un sistema particular de pensamiento⁵. Según la fórmula de Michel Villey (1983, 17), “*le langage conditionne la pensée*”, esta afirmación es también aplicable al mundo del Derecho. Como se dirá repetidamente a lo largo de este trabajo, muchos problemas de la teoría constitucional pueden explicarse y resolverse a la luz de una concepción no exclusivista del lenguaje jurídico. Con ello quiero intentar reconocer como premisa el carácter esencialmente limitado de todo lenguaje, y particularmente del jurídico. En cuanto visiones parciales de la realidad, el pluralismo de lenguajes no agota el universo jurídico sino que, por el contrario, lo multiplica y, en la medida en que es capaz de reconocer las virtudes de otras tradiciones o lenguajes, lo enriquece. En este contexto hay que reconocer que el trance

³ . Otros de los argumentos que se suelen presentar contra la idea de constitución que aquí se admite es que la Unión no es un Estado. Esta sería la “*indisfarçável contradição*”, que apunta CANOTILHO (2002, p. 1538) y que resultaría de la condición de organización supranacional carente de una constitución propia. La premisa sobre la que se construyen este tipo de argumentaciones es la no escindible relación entre Estado y Constitución, de manera que solo los estados podrían tener constituciones y solo ellos serían capaces de encarnar la idea del “Estado constitucional”. Sin embargo, así como puede haber un Estado sin Constitución ¿por qué no podría haber constituciones sin Estado?, ¿es acaso el Estado la única forma legítima de organización política?, *vid.* PERNICE y MAYER, Franz (2001, 4-5).

⁴ Joseph WEILER (1996, 106), señala que reclamaciones por el supuesto déficit democrático o la pérdida de soberanía de parte de los estados tienen como premisas implícitas “y solo tienen sentido” sobre la base de una descripción formalista de la Unión y la Comunidad. Este Profesor va todavía más lejos proponiendo una interpretación que no se centra en el problema de un constitucionalismo sin constitución, “sino en una constitución sin constitucionalismo”.

⁵ Se trata del ensayo titulado “L’antilingua”, p. 153.

actual supone una crisis del lenguaje, de las certezas y de los mitos propios de la modernidad. Luego, el empeño en considerar como únicas, definitivas y universales las verdades políticas propuestas por el liberalismo burgués de las revoluciones del siglo XVIII, no solo dificulta el entendimiento dentro del propio constitucionalismo occidental, sino también fuera de él. Lo mismo sucede si se pretende dar por universalmente válida una sola concepción acerca de la constitución.

III. POSTMODERNIDAD Y DERECHO

El Derecho, sea en su dimensión teórica como práctica, siempre se desarrolla en el terreno de los grandes sistemas ético sociales. En este sentido, el derecho contemporáneo se inserta dentro de aquello que, con mayor o menor acierto, se ha convenido en llamar postmodernidad. Como la definición de esta última noción en el campo de la filosofía no es el objeto de este trabajo, basta con decir que con ese nombre aquí se designan el período histórico y las teorías contemporáneas que coinciden con el desguace del Estado westfaliano (que representa, en el terreno político, uno de los paradigmas de la modernidad) y que, bajo puntos de vistas muy diferentes (diferencia que no pocas veces lleva a la contradicción), consideran en forma especial el fenómeno de la pluralidad, de la diferencia y de la pérdida de protagonismo del Estado como monopolista del poder político. Desde luego, esta es una más de las tantas formas de entender la postmodernidad, que aunque no pretende presentarse como universal, tiene la ventaja de identificar un proceso político y jurídico que se hace notorio en la Europa de la segunda postguerra.

Algunos de los rasgos que caracterizan a la postmodernidad en su dimensión jurídica general son los siguientes:

- a) el ecumenismo y el pluralismo cultural (Da Cunha, 1991, 46), que muchas veces asume como absoluto lo relativo (Arslan, 1991, 210, quien destaca el predominio de un relativismo epistemológico que promueve una ética sin fundamentos y un Derecho construido sobre un “*ethical vacuum*”);
- b) el creciente pluralismo jurídico (Wilhelmsson, 1995, 129), que se advierte tanto en la dispersión de las fuentes, como de los sistemas y de las jurisdicciones;
- c) la elevada complejidad y especialización de las fuentes jurídicas (derivada de la “hiperdiferenciación de objetos”, en la terminología de Edgeworth, 1999, 120);
- d) a la par de lo anterior, la revalorización de la idea de principios generales del derecho (y quizá refundación de los mismos, en cuanto no resultan coincidentes con la versión moderno-positivista de estos últimos) y de aquellas fuentes jurídicas de origen no estatal (tales como la costumbre, la llamada *lex mercatoria*, etc.);

- e) la tensión entre las pretensión de recuperar la dimensión ética del derecho (Da Cunha, 1991, 46), propias de la segunda postguerra, y el relativismo o el nihilismo epistemológico predominante (Arnaud, 1999, 162)⁶;
- f) la renovación de los estudios y del método comparatista, cuya importancia va mucho más allá del ejercicio académico;
- g) la llamada globalización supone un permanente y creciente proceso de “fertilización cruzada” entre los diversos ordenamientos –bien a nivel legislativo, bien a nivel jurisprudencial– lo que, a su turno, ha determinado una suerte renacimiento, en una amplia gama de disciplinas, de la idea de derecho común transestatal.

Aunque los fenómenos enumerados tienden a concentrarse en el horizonte europeo, ellos han comenzado también a advertirse fuera de ese continente. Por otra parte, y en la medida en que las fronteras entre períodos históricos siempre se solapan entre sí (el hombre del medievo no despertó una mañana cualquiera llamándose moderno), estos suelen convivir con instituciones y fenómenos modernos y premodernos.

IV. POSTMODERNIDAD Y CONSTITUCIONALISMO EUROPEO

En el campo jurídico político, es decir el terreno propio del derecho constitucional, algunos tópicos característicos son los siguientes.

A) LA DISOLUCIÓN DE LA IDEA DE SOBERANÍA⁷

La soberanía, entendida en el sentido acuñado hacia el siglo XVI, principia a debilitarse en Europa a partir del siglo XVIII con la explosión de la ideología de los derechos del individuo. Los derechos inalienables son, en su dimensión originaria, precisamente una limitación del poder o, como lo indica M. Kriele (1994, 121), una negación de la soberanía. En otras palabras, en el Estado constitucional no hay un verdadero soberano. Y lo que era un rasgo de debilidad, asume el carácter de enfermedad grave después de la Segunda Guerra Mundial (época en la que justamente J. Maritain denunció, en *El Hombre y el Estado*, la oscura filiación de un concepto forjado en la misma fragua que el absolutismo) y del comienzo del proceso de integración europea. Durante este período se hace evidente la incapacidad de las estructuras estatales tradicionales para cumplir las funciones básicas que permiten alcanzar el bien común. A partir de aquel momento, la invocación de la soberanía se referirá más a una sombra que a una realidad, como el personaje de Ariosto: “*Il pover uomo che non sen'era accorto. Andava combattendo, ed era morto...*”.

⁶ ARNAUD indica que el relativismo es precisamente uno de los conceptos que forman la red sobre la cual se encuentra fundamentado el postmodernismo.

⁷ Vid. especialmente MAC CORMICK (1993 y 1999).

Como se sabe, la idea de soberanía significaba originalmente (i) ausencia de límites temporales para el poder (en la versión más conocida de J. Bodin), (ii) certeza y, sobre todo, unidad en cuanto al sujeto al cual se debía obediencia y, como consecuencia de lo anterior, (iii) paz. A la vista de la realidad, resulta hoy que el primer rasgo ha desaparecido, y que el segundo se ha dispersado en diversas fuentes de poder que ejercen su influencia sobre el individuo. Quedan, luego, los sentidos más débiles de la idea de soberanía: esto es, la posesión preferente de un determinado territorio, la titularidad última del poder (y, por ende, del criterio de legitimidad), la independencia formal y la personalidad jurídica internacional⁸.

B) EL DEBILITAMIENTO DEL CONCEPTO DE ESTADO

La disolución de la idea de soberanía trae aparejado el debilitamiento de su estructura tradicional, el Estado. De ahí que más de alguien sostenga que la idea tradicional del Estado westfaliano esté llegando a su fin (Walker, 2002, 6).

Como el producto de las transferencias de soberanía no ha creado un Estado nuevo en el sentido tradicional del término (monopolio de la fuerza sobre un pueblo asentado en un territorio), *el ejercicio del poder político se ha dispersado en varios niveles*. Mac Cormick (1993, 16) ha explicado este fenómeno sosteniendo que no se trata de un juego de suma cero, en que aquello que pierde uno lo gana el otro. El resultado de ello, es lo que hoy se viene llamando el constitucionalismo compuesto o “multinivel”.

Los Estados dejaron de ser amos soberanos de sus territorios y señores de sus relaciones y acuerdos internacionales, así como sus ciudadanos dejaron de ser los soberanos exclusivos de sus constituciones. Como señala Grimm, “el Estado nación, entendido como unidad política que regula sus asuntos internos de forma autónoma, es algo que pertenece al pasado” (Grimm, 1996, 14).

En su faz positiva, este proceso ha ampliado el espacio para el ejercicio y la tutela de la libertad individual⁹, como también ha permitido que las relaciones económicas se desenvuelvan con mayor facilidad. Adicionalmente, y como quedará en evidencia más abajo, ha ido dejando atrás aquellas viejas teorías que monopolizaban en el Estado el poder creador del Derecho. Pero como el progreso económico no es la medida de todas las cosas, el debilitamiento del Estado ofrece también una faz problemática. Por una parte, la disolución de la autoridad estatal puede interpretarse como un posible retroceso en el progreso que representó el salto desde el modelo de Estado liberal al social, mientras que, por otra parte, el debilitamiento de un poder visible suele ir acompañado del fortalecimiento de otro, por

⁸ Esto último explica un dato aparentemente contrastante con la afirmación de la debilidad del Estado: después de la Primera Guerra Mundial no había en Europa más de 23 Estados, en tanto que hoy pasan de los cincuenta.

⁹ MAC CORMICK (1997, 338) sostiene que la postsoberanía europea probablemente disminuye la probabilidad de que se repitan las barbaries de tiempos pasados.

lo general menos visible. Esta falta de visibilidad, y la consecuente disminución de las posibilidades de control, se produce tanto cuando el poder se desplaza hacia autoridades públicas supranacionales (que no pueden ser calificadas como estatales) como cuando el poder se privatiza. En el primer caso, la dispersión del poder que antes se imputaba a una sola autoridad puede generar cierta opacidad estructural, algún déficit en la democracia y alguna dificultad para ejercer el control e identificar responsabilidades políticas y jurídicas (*accountability*). En el segundo caso, se propicia la generación de espacios privados que intentan escapar a cualquier tipo de control o intervención (sobre esta forma de “vaciamiento constitucional” vid. De Julios-Campusano, 2002, 158 y ss.)¹⁰. No se olvide que la anarquía suele beneficiar a los más poderosos. Como Chesterton hace decir a Ratcliffe “los pobres, a veces, han objetado a ser mal gobernados; los ricos siempre han objetado a ser gobernados de cualquier manera”¹¹. Por último, en ambos casos el debilitamiento de las estructuras estatales puede conllevar cierto riesgo para el progreso de los derechos fundamentales (Hesse, 2001, 114).

C) EL DESARROLLO DE DEMANDAS POR EL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD O DE UNA CIUDADANÍA DIFERENCIADA, PROPIAS DEL FENÓMENO (Y TAMBIÉN DE LA IDEOLOGÍA) MULTICULTURAL

Si lo propio del modelo moderno francés de ciudadanía era su carácter único e igualador, lo propio de la ciudadanía postmoderna es su carácter plural y diferenciador. Este fenómeno (que, por lo demás, no tiene nada de nuevo en la medida que la Unión no es ni la primera ni la última comunidad política en la cual convergen culturas diversas) tiene múltiples dimensiones. Por un lado, dentro de los Estados miembros existen no pocos conflictos en cuya base se encuentra el reconocimiento de los derechos de una minoría, sea que esta minoría haya estado desde siempre en ese territorio o bien se trate de una minoría que resulte de procesos migratorios más recientes. Por otro, y esta vez en lo que es la relación entre los Estados miembros, las condiciones de la comunidad política actual exigen cierto grado de reconocimiento de las particularidades propias de cada nación y, si procede, de cada Estado. Esta última idea (aunque concretada solo para los Estados) es la que ilumina el art. 6.1 del TUE. (“La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros”) y parte del art. 5.1 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (“La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo que respecta a la autonomía local y regional”)¹².

¹⁰ En justicia, este es un rasgo de menor notoriedad dentro de la Unión Europea, siendo mayor su potencia fuera de ella. Para una aproximación a la idea de privatización *vid.* FRIED (2000, 1091-1094).

¹¹ *El Hombre que era Jueves*, 139.

¹² Según la versión castellana de dicho documento, CONV 850/03, de 18 de julio de 2003.

D) EXTENSIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN

Este fenómeno se produce bien por el hábito cada vez más extendido de querer ver constituciones en cualquier espacio más o menos político, bien por el fenómeno denominado de “constitucionalización del Derecho” o bien por la extensión de la potencia ordenadora de los derechos fundamentales (especialmente en su dimensión horizontal). Todas estas prácticas suponen algún grado de transformación en la visión moderna de las constituciones, tradicionalmente vinculadas a la limitación del poder político y no del poder privado (cf. Starck, 2002, 65-89). Dentro de la Unión Europea, el primer fenómeno ha sido el más marcado. En efecto, la organización política no estatal generada por las comunidades originarias ha representado un excelente laboratorio para examinar la (tampoco tan original) existencia de un constitucionalismo más allá del Estado. Por su parte, y en la medida en que tanto la Constitución orgánica como el estatuto de derechos civiles del individuo han sido más o menos difusos (los derechos no se codifican sino hasta fines del año 2000, a través de una Carta privada de efecto jurídico inmediato), los otros dos procesos son más marcados a nivel nacional que Europeo, lo cual no quita que dentro de poco se extiendan a este último nivel.

El ejemplo europeo permite disociar el matrimonio tradicional (al menos a nivel continental) entre la Constitución y el Estado e, incluso, entre la idea de Constitución y poder constituyente. Lo primero se justifica por dos órdenes de razones: (i) una es histórica: el constitucionalismo nace precisamente en una comunidad de naciones, el Reino Unido, que no asumió (ni ha asumido) las formas estatales propias del continente; (ii) la otra es contingente: la Unión no es un Estado y sin embargo posee una Constitución. Admitida esta última proposición, viene por sí sola la segunda, cual es, la ausencia de un poder constituyente cuya actuación sirva de único criterio de legitimidad del orden constitucional vigente. A pesar de las voces en contrario (por ejemplo, De Vega, 1998, 52)¹³, la Unión Europea parece demostrar que es posible legitimar sus credenciales constitucionales a través de canales distintos a esa venerable teoría. En efecto, el proceso de constitucionalización europeo carece del dramatismo propio de los eventos de 1789 —en cuyo contexto fueron publicadas las ideas contenidas en *¿Qué es el Tercer Estado?* de Sieyès— y encuentra su legitimación en procesos más complejos derivados de la asociación de gobiernos dotados de sus propias constituciones. Como lo ha señalado A. Weber, el poder constituyente puede servir como forma de legitimación unilateral de las constituciones estatales, “pero no capta la complejidad de las agrupaciones supranacionales” (Weber, 2002, 97). Como se verá más abajo, el pluralismo constitucional no puede legitimarse en función de las nociones propias del monismo.

¹³ DE VEGA se declara tan contrario a la supresión de esta noción como a su sustitución por un realismo histórico que, a juicio de este Profesor, no garantiza los fines del constitucionalismo.

E) LA TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE CIUDADANÍA

Este proceso se desarrolla a partir de las pretensiones de convertir este estatus en un título para exigir un trato diferenciado, o bien a partir del divorcio con la idea originaria de ciudadanía nacional (especialmente allí donde pretendía construirse el Estado sobre una sola nación, cf. Keating, 2001, 143)¹⁴. A partir de esta última premisa, la ciudadanía se anida en diversos niveles que son complementarios entre sí: el regional, el nacional y el supranacional (se trata del concepto de *nested citizenship* de Faist, 2001, 37-58).

F) CRISIS DE LA DEMOCRACIA¹⁵

No está muy claro que la democracia funcionara alguna vez (ni funcione) perfectamente a escala nacional, pero es un hecho que sus posibilidades no mejoran en tanto mayores sean las extensiones territoriales y las poblaciones concernidas con ella. J. Habermas ha recordado que el deterioro del carácter territorial del Estado hace que sea cada vez más infrecuente la plena coincidencia entre los participantes en la adopción de las decisiones políticas y los individuos afectados (lo que, en la terminología del mismo pensador, generaría ciertos “agujeros de legitimidad”: Habermas, 2000, 95-96). Luego, el dilema consiste en resolver si se replica el modelo estatal, se recupera este como espacio político (esta es la tesis de De Vega, 1998, 13-58) o si se resuelve en favor de un modelo distinto de gobierno (o, quizá mejor, de una variación de aquella). Contra la primera opción juegan muchas razones, que principian por dudar de la eficacia del modelo democrático a nivel nacional, recordando que los esquemas nacionales de la democracia no representan las respuestas únicas ni exclusivas para los problemas de fondo, cuales son el déficit de información (Moussis, 2000, 157), igualdad (Cassese, 2002, 333-334), transparencia, controles y responsabilidad (Pernice y Mayer, 2001, 24)¹⁶. Por otra parte, como sostiene S. Cassese (2002, 333), un escenario político cuyo ordenamiento policéntrico se encuentra disperso en una variedad de sujetos, por sus propias divisiones internas, puede ofrecer hasta más garantías que un poder central “sujeto a una improbable democracia cosmopolita”.

Lo dicho no significa que, a nivel europeo, haya de prescindirse de la idea de democracia, entre otras razones, porque el modelo democrático viene a ser el único compatible con el Convenio de Roma (Flauss, 2000, 844) y con el mismo Tratado de la Unión¹⁷. Implica, más bien, el reconocimiento de la imposibilidad de exportar

¹⁴ La extensión de dicho concepto puede llegar hasta su virtual disolución con nociones tales como “ciudadanía del mundo” o “cosmocidadanía”: HABERMAS (2001, 643).

¹⁵ Vid. en general, GREVEN y LOUIS (2000).

¹⁶ Otros déficit que anotan algunos teóricos son el déficit cultural y de solidaridad (*vid.* FAIST, 2001, 50).

¹⁷ Vid. el art. 6.1 del TUE. y los arts. 2 y 45.1 del Proyecto de Tratado constitucional, CONV 850/03. En este último artículo se lee que “el funcionamiento de la Unión se basa en el principio de la democracia representativa”.

los modelos y las exigencias propias de las democracias de escala nacional. Desde aquí surge la idea de una *democratic commonwealth* (Mac Cormick, 1997, 354-355) o de una constitución mixta (Bellamy, 2003, 3), como alternativa al modelo del Estado democrático nacional.

G) LA INFLACIÓN DEL LENGUAJE DE LOS DERECHOS Y LA EXACERBACIÓN DEL INDIVIDUALISMO PROPIO DE ESTOS

Una de las críticas tópicas hacia la estructura política europea ha sido la ausencia de un catálogo de derechos individuales. Como se sabe, hasta la Carta de Niza (y aun después de ella si se tiene en cuenta que la definición de su valor jurídico vinculante se encuentra pendiente), la tutela de los derechos fundamentales del individuo se desarrolló al alero de ciertas sentencias judiciales que han funcionado como precedentes. Este método, validado posteriormente por el Derecho originario (a partir del Tratado de Maastricht, que en su artículo F.2 legitimó expresamente la práctica que el Tribunal de Justicia venía desarrollando desde el año 1969), tiene la desventaja —muy natural a los ojos de cualquier jurista formado en la tradición del *civil law*— de la incerteza, la falta de previsibilidad y, por añadidura, la nula colaboración a la legitimidad de la Unión. Para dar respuesta a esta deficiencia, y hacer “más visibles” los derechos de los ciudadanos de la Unión, el Consejo de Colonia (1999) aprobó el programa de trabajo que terminaría con la Carta de Niza de diciembre de 2000.

Es probable que por las deficiencias anotadas (particularmente por su falta de visibilidad y por el rol que se espera que jueguen los derechos, codificados o no, en la aprobación de un sistema donde la legitimidad no es un bien abundante), la llamada crítica al lenguaje de los derechos¹⁸ no ha tenido vigor suficiente en la discusión europea (De Búrca, 1995, 29-54). No obstante, las premisas sobre las que descansa esta crítica se cumplen plenamente en la mayoría de los Estados miembros de la Unión, por lo que no es descartable que este rasgo de la postmodernidad se traspase al ente mayor. Desde luego, la magnitud del proceso depende no solo del contenido de los derechos incluidos en la Carta, sino además (y muy especialmente) de la actitud que asuman los jueces comunitarios (trátese del Tribunal de Justicia, del Tribunal de Primera Instancia o de los jueces nacionales que actúan como jueces comunitarios al aplicar el Derecho de la Unión). En manos de unos jueces activistas y maximalistas (esto es lo contrario al minimalismo judicial, para utilizar la terminología de Sunstein, 1999)¹⁹, no es poco probable que se produzca un fenómeno de desplazamiento en la toma de decisiones jurídicas y políticas. Como lo ha demostra-

¹⁸ Llevado al extremo, la exacerbación de los derechos individuales anula las capacidades y obligaciones que le permiten al individuo actuar en sentido político o comunitario (*vid.* WATSON, 1996 y GLENDON, 1991).

¹⁹ La tendencia contraria, esto es el maximalismo judicial, puede verse potenciada si a nivel europeo se extienden la llamada función objetiva de los derechos o la argumentación basada sobre valores.

do P. Beaumont (2002, 151-175) un activismo fuerte no acerca, sino que aleja al individuo de los centros de decisión jurídica, no mejora, sino que más bien debilita sus posibilidades de incidir en la toma de decisiones.

V. LA PERVIVENCIA DEL IDEAL CONSTITUCIONAL Y LAS NUEVAS FORMAS DE CONSTITUCIONALISMO

Los rasgos anotados llevan a recordar la pervivencia de la idea de fondo del constitucionalismo. El ideal de limitar el poder a través del Derecho no se encuentra en crisis y, a menos que alguna vez se produzca el evento improbable de la desaparición del poder o de la necesidad de limitarlo, es muy probable que jamás llegue a estarlo. Aunque uno de sus modelos —el de las constituciones nacionales— se encuentre más o menos debilitado, la idea se encuentra tan vigente como nunca. Por el contrario, estos rasgos definen más bien el principio de ciertas nuevas formas de constitucionalismo, que paradójicamente se acercan, aunque en parte, a algunas formas políticas anteriores a la aparición del Estado moderno. Esta forma nueva de constitucionalismo se ha llamado, para separarlo de su tronco original de corte estatal, constitucionalismo postmoderno (Ward, 2000, 15-28), transmoderno (Weber, 2002, 97), post nacional (Shaw, 1999, 579-597), postsoberano (Keating, 2001, 141)²⁰, postestatal (Keating, *ibíd.*), metaestatal (*vid.* la contribución de Pereira Menaut en este volumen) o, simplemente, neoconstitucionalismo (Weiler, 1996, 105-121)²¹.

VI. PLURALISMO CONSTITUCIONAL Y MULTI LEVEL CONSTITUTIONALISM

El pluralismo jurídico es uno de los rasgos que se anotaron más arriba como descriptivos de la postmodernidad en el mundo del Derecho. Este pluralismo se caracteriza por la dispersión de fuentes de producción y decisión jurídicas, producto en gran medida de la pérdida del poder monopólico del Estado sobre el Derecho. En la mayor de las escalas, la global, se dice hoy en día que el pluralismo es la única clave que puede explicar y ordenar el universo jurídico global, caracterizado por el subdesarrollo de los centros y el desarrollo de la periferia en los procesos de producción jurídica (Teubner, 1997, 4).

En el orden europeo el pluralismo jurídico también se predica respecto del Derecho constitucional, en la medida que la propagación de instrumentos constitu-

²⁰ KEATING rechaza el giro "*postnational*" en cuanto facilita el error histórico de confundir las nociones de nación y Estado.

²¹ Para un panorama del neoconstitucionalismo en el contexto nacional o interno (que no siempre resulta coincidente con el europeo) puede consultarse con provecho el libro colectivo de CARBONELL (2003). Más centrado en la filosofía del Derecho, y dando algo menos de lo que promete su título, *vid.* SASTRE (1999).

cionales válidos sobre un mismo territorio ha desplazado la idea de una constitución asociada a un Estado y a una población. Luego, la nueva forma de constitucionalismo que aquí se explica no es monolítica ni posee un solo nivel. Al revés, aquello que la caracteriza es una estructura compleja que en su totalidad configura algo así como un *espacio constitucional europeo*. Este espacio, y su respectivo ordenamiento, resultan de la suma e interacción de las constituciones propias de cada Estado miembro y el ordenamiento constitucional de la Unión Europea. La persona que reside o que transita dentro de las fronteras de la Unión se encuentra sujeta y debe obediencia en la actualidad a más de una norma constitucional. Visto desde la perspectiva del poder, este se encuentra disciplinado por más de un ordenamiento constitucional. Este fenómeno es lo que se ha denominado “pluralismo constitucional”²² y como tal no ha escapado a la revisión de los teóricos del últimamente denominado “Derecho global” y de las nuevas formas de pluralismo jurídico postmoderno.

Aunque el fenómeno del pluralismo no es ni ha sido jamás exclusivo del mundo anglosajón, las teorías modernas del pluralismo constitucional han sido difundidas principalmente desde ese mundo, donde es notoria la influencia de las teorías del pluralismo jurídico general, teorías que a su turno han sido fuertemente influenciadas por las viejas teorías del colonialismo (cf. Hooker, 1975) y las nuevas sobre el multiculturalismo. A estas elaboraciones se unen las aportaciones de una nueva escuela alemana, que para algunos comienza a tener rasgos tan novedosos que merece algo más que el adjetivo de “reciente”. Como el espectro de fundamentaciones es muy amplio, interesa en esta parte destacar solamente las dimensiones descriptivas y operativas de esta forma de constitucionalismo complejo.

En cuanto modelo organizativo opuesto al monismo constitucional propio de los Estados tradicionales (en los cuales la autoridad política constitucional única y exclusiva ha sido el Estado), el pluralismo constitucional se caracteriza por la coexistencia de diversos órdenes constitucionales aplicables en un mismo espacio político. De ello se deriva la participación, en forma paralela al Estado, de otras autoridades constitucionales en la adopción de decisiones políticas. Como indica Michael Keating (2001, 139), la idea de constitucionalismo adquiere un nuevo significado, que reemplaza la idea tradicional de constitución unitaria (o única, como fuente de todas las normas) por una multiplicidad de espacios o lugares de autoridad constitucional. Dicho de otro modo, ni el Estado ni la constitución nacional agotan las posibilidades de una autoridad constitucional: así como la hay dentro la hay también fuera de ese binomio.

Acompañando las líneas trazadas por la doctrina del *multi level governance* —que desde principios de los '90 han explicado desde una perspectiva no estatalista

²² Nombres hay varios para este fenómeno. Ricardo ALONSO (2002, 26) lo describe como un “cuadro constitucional múltiple y dialéctico”, J. J. G. CANOTILHO (2002, 1409 y ss.) lo llama “interconstitucionalidad”.

de las ciencias sociales las nuevas formas de gobierno compartido²³-, parte de la teoría constitucional ha descrito el constitucionalismo de la Unión como una forma de *multi level constitutionalism*. Una de las versiones más conocidas de esta teoría proviene de los trabajos de Ingolf Pernice (2000 y 2001)²⁴, quien ha descrito el constitucionalismo “multinivel”, “compuesto” o “integrado” (*Verfassungsverbund*, en la versión alemana de sus obras) como una “aproximación teórica para explicar cómo la Unión Europea puede ser conceptualizada como objeto y creación de sus ciudadanos así como los Estados miembros son objeto y creación de sus respectivos ciudadanos” (Pernice, 2002, 512). De acuerdo con esta visión “la Constitución europea se compondría de las constituciones nacionales y los tratados europeos en un sistema constitucional *bi* o *multinivel*” (Pernice, 2002, 512, cursivas agregadas). Para Pernice, “la Constitución europea, por consiguiente, un sistema jurídico compuesto por dos estratos [*layers*], el europeo y el nacional, los cuales están íntimamente interconectados e interdependientes. Ninguno admite una lectura ni un pleno entendimiento sin referencia al otro” (Pernice, 2002, 514)²⁵.

Aunque Pernice insiste en la idea de un sistema jurídico (“*one legal system*” y “*single constitutional system*”, 2002, 514-515)²⁶, es necesario destacar el hecho de que este no se construye sobre una base única sino múltiple: la Unión, los Estados y, en su caso, las entidades políticas inferiores como los Estados federados, las comunidades autónomas o las regiones. En otras palabras, solo es unitario en la medida que puede ser percibido como resultado de la suma de unas partes tan íntimamente ligadas entre sí que actualmente es casi imposible concebirlas por separado. Como se verá más adelante, la línea que separa los ordenamientos constitucionales de la Unión y de los Estados miembros en algunos casos es relativamente clara, en otros muy tenue y en algunos es prácticamente inexistente (lo anterior quedará en evidencia al examinar la permeabilidad de ambos ordenamientos no a solo a la influencia sino, lo que es más determinante, al contenido del otro).

Bajo la perspectiva del constitucionalismo de varios niveles, la coexistencia entre ordenamientos superiores no se disciplina *a priori* conforme al principio de

²³ El *multi level governance* es la forma característica de la función política después de que esta es “desestatalizada” y compartida en redes más o menos complejas de órganos y territorios no ordenados conforme a una jerarquía predeterminada (a diferencia de lo que sucedía en las relaciones intergubernamentales tradicionales). El término fue acuñado por MARKS (1993) para la Unión Europea en los tiempos de Maastricht.

²⁴ En un trabajo publicado junto con F. MAYER (2001), PERNICE anota que el término fue introducido por él.

²⁵ Los teóricos de esta escuela destacan el carácter metafórico de giros tales como “*layer*” o “*level*”, a fin de evitar el equívoco que supone una imagen asociada a elementos superiores e inferiores. Vid. MAYER (2003, 34).

²⁶ O también “*single legal system*” en PERNICE, MAYER y WERNICKE (2001, 6). Otra defensa del carácter unitario del sistema jurídico de la Unión, aunque bajo la visión de este como *Verband* y no *Verbund*, en VON BOGDANDY (1999, nota 41).

jerarquía: “el principio de supremacía [del derecho comunitario] no implica necesariamente una jerarquía de normas: esta es solo una respuesta acerca de qué norma prevalece en caso de conflicto” (Pernice, Mayer y Wernicke, 2001, 7)²⁷. “A la luz del ‘constitucionalismo multinivel’ la relación entre el Derecho europeo y el nacional no es jerárquica sino funcional” (Pernice, 2002, 520). En este sentido, Joseph Weiler (2001, §1) recuerda que la jerarquía con la que se pretende fundamentar la primacía del derecho de la Unión sobre el estatal no tiene raíces en una jerarquía equivalente en términos de autoridad o de poder real. Weiler, que admite una “jerarquía normativa de arriba hacia abajo” [*top-to-bottom hierarchy of norms*], reconoce al menos que la situación es la inversa [*bottom-to-top*] cuando se constata la jerarquía de poder²⁸.

Esta nueva forma de ordenamiento constitucional no resiste entonces la visión piramidal propia del kelsenianismo. Por el contrario, se ajusta mejor a figuras comparables, en el decir de algunos especialistas, con una tela de araña tejida desde varios centros o con la imagen de un “*marble cake*” cuyos ingredientes son relativamente difíciles de distinguir (Mayer, 2003, 34). En otras palabras, la jerarquía no decide anticipadamente (ni menos como regla general) ni el contenido de las normas inferiores ni el conflicto entre las normas europeas y las nacionales. No hay una relación jerárquica entre sistemas, sino solamente a nivel de normas específicas (en este sentido, Van Hoecke y Warrington, 1998, 526-527 y Mac Cormick, 1993, 10). Todo esto ha llevado a algunos autores a sostener el carácter necesariamente matizado o graduado que han de tener las proposiciones en este contexto, donde las cosas no son ni blancas ni negras, y donde las soluciones no se encuadran en el “todo o nada” (Walker, 2002, 30). Mac Cormick, ha llevado lo suficientemente lejos esta visión, afirmando “que la aceptación de una concepción pluralista de los sistemas jurídicos conlleva el reconocimiento de que no todos los problemas jurídicos pueden ser solucionados jurídicamente. El problema en principio no es el de la ausencia de respuestas jurídicas a problemas determinados, sino el de la superfluidad de las respuestas jurídicas (...) La resolución de tales problemas, o, lo que sería más razonable todavía, evitar que se produzcan, es una cuestión de prudencia y juicio político tanto como jurídico” (Mac Cormick, 1996, 29). Opiniones como estas, naturalmente provocan cierto desconcierto entre los juristas continentales, particularmente entre aquellos que suelen poner esperanzas que parecen excesivas, tanto sobre la perfección y lógica del sistema jurídico en sí mismo, como en sus capacidades para conseguir los más variados fines políticos.

²⁷ Para estos autores no existe una jerarquía general entre los diversos niveles (como la hay en los sistemas políticos federales). En sentido similar se pronuncia HÄBERLE (1999, 12), para quien, incluso la idea metafórica de una Europa construida “desde abajo” posee cierto efecto desorientador al evocar la idea de niveles que se encuentran sobre o bajo otros.

²⁸ Sobre la idea de constitucionalismo de “jerarquía inversa”, vid. el trabajo reciente de V. RÖBEN (2003).

Vistas las cosas con cierta perspectiva histórica y comparada, puede apreciarse que, en el fondo, este fenómeno político y jurídico no es tan nuevo. Por una parte, esta forma de pluralismo jurídico se encuentra presente en las bases de un sistema constitucional antiguo y relativamente complejo como el Reino Unido (y la Commonwealth), y también en cualquier sistema federal (como el alemán o el estadounidense). Además, es el rasgo que caracterizaba la mayor parte de las sociedades políticas anteriores al surgimiento del Estado nacional. La conocida yuxtaposición entre el poder (y del Derecho) eclesiástico y el secular, la superposición entre autoridades personales y territoriales, o la coexistencia de un *ius proprium* y un *ius commune* durante la edad media, hacen que este proceso no aparezca como una sorpresa ni menos como una anomalía en la historia jurídica europea. En este sentido, la renovación del pluralismo sobre el monismo, del localismo sobre el universalismo y de la interdependencia sobre la independencia caracterizan tanto el mundo postestatal como el pre estatal²⁹. Como lo recuerda Michael Keating (1999, 72) “los sistemas políticos premodernos de Europa eran extremadamente diversificados y diferenciados, con patrones sobrepuestos de autoridad territorial y personal, económica y política o religiosa o secular”³⁰.

VII. LAS POSIBILIDADES DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL COMO ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO

La idea del constitucionalismo de varios niveles tiene por lo menos tres facetas o dimensiones sobre las cuales merece detenerse: (i) descriptiva, (ii) valorativa y (iii) normativa. Por un lado, como ya se ha señalado, en la afirmación de un constitucionalismo plural, complejo, compuesto o de varios niveles hay la descripción de una realidad que resulta evidente a los ojos de quien se encuentre dispuesto a liberarse de ciertos dogmatismos propios del constitucionalismo moderno. Si la indagación se detiene en este nivel, la conclusión se reduce a constatar la existencia de más de una autoridad y de un derecho, ambos constitucionales, sobre un mismo territorio, sin deducir necesariamente de ello valoraciones o consecuencias normativas o de teoría política. Las valoraciones permiten en cambio enjuiciar este fenómeno como algo positivo o como algo malo y reprochable. Así por ejemplo hay quien, aun reconociendo en el plano descriptivo el carácter multinivel de la Unión en materia de derechos fundamentales, considera “altamente equívocas” las remisiones que la Carta de Derechos de la Unión hace al Derecho de los Estados miembros

²⁹ “[E]n vez de monismo, pluralismo; en vez de universalismo versus localismo, ambos; y en vez de independencia, interdependencia”: PEREIRA MENAUT, A. Carlos (2001, 81).

³⁰ La cita, que deliberadamente acerca los rasgos de aquella época con los de la contemporánea, continúa: “Había ciudades-Estado, ligas de ciudades, principados, reinos e imperios. Había territorios feudales y no feudales. La soberanía se encontraba mal definida y compartida”.

(Weber, 2002, 90)³¹. No faltan tampoco quienes se muestran temerosos de que la existencia de esta forma de constitucionalismo desmejore o debilite la posición de las constituciones nacionales. Pero, ¿y si fuera cierto exactamente lo contrario?

A mi juicio, no todo son desventajas. En efecto, puede sostenerse que, antes que un defecto, el pluralismo constitucional representa una ventaja para un sistema político caracterizado por la diversidad política y jurídica de sus integrantes. Desde luego que no se trata de un modelo perfecto, puesto que así como es capaz de tender puentes entre las diferencias y de generar valiosas redes de cooperación, es también capaz de diluir responsabilidades y deteriorar, aunque sea parcialmente, las aspiraciones de seguridad basada en un Derecho único y homogéneo para toda la población europea. No obstante, y admitiendo que la autoridad que la Unión ejerce sobre los individuos es tan constitucional como la que ejercen las autoridades nacionales, parece que la única salida que resta a las valoraciones (especialmente a las negativas) es abogar porque las cosas cambien y se vuelva al modelo tradicional o *westfaliano* de Estado. Como esto no parece de momento posible, queda el paso a la tercera dimensión, que consiste en deducir algunas consecuencias para la teoría constitucional del actual estado de cosas. Esta última corresponde a lo que Walker denomina el “momento normativo” del pluralismo constitucional.

Para Walker la idea de pluralismo se opone a la de monismo constitucional, según la cual los únicos centros o unidades de autoridad constitucional son los Estados. En un contexto constitucional pluralista las relaciones entre ordenamientos es más horizontal que vertical, en fin, “*heterarchical rather than hierarchical*” (Walker, 2002, 27). Desde este plano descriptivo Walker deriva algunos postulados relevantes para la teoría constitucional, entre los cuales son destacables dos: (i) No es posible explicar el emergente orden postwestfaliano sobre la exclusiva base de las categorías propias del Estado-nación, tales como el intergubernamentalismo o el Derecho tradicional de las organizaciones internacionales. Hacer lo contrario es como “intentar calzar piezas cuadradas en agujeros redondos” (Walker, 2002, 27). (ii) El pluralismo constitucional lleva también a un “pluralismo epistemológico”. Esto implica que la identificación de cada nivel o unidad de autoridad necesita de formas distintas de conocimiento, como asimismo de perspectivas en relación a cada unidad (Walker, 2002, 28).

Admitida la existencia de esta nueva forma de constitucionalismo, sigue como paso necesario la determinación de sus consecuencias concretas. Como no me resulta posible ser exhausto, me limito a enunciar algunas de ellas. Así por ejemplo, y de entrada, el enfoque pluralista obliga a reconocer la existencia de un derecho consti-

³¹ Para WEBER, que se adhiere a la teoría del *multi level* en términos más explicativos que prescriptivos, la Carta es un modelo de “unión constitucional multinivel de derechos fundamentales” (2002, 93).

tucional más allá del derecho estatal y del derecho codificado, y cuya legitimidad debe buscarse en su construcción de “abajo hacia arriba” antes que en la improbable existencia de un único órgano o fuente de legitimación. Al carecer de un solo origen, su legitimidad no puede buscarse en una sola fuente. En términos generales, este proceso (donde prima la búsqueda de los contenidos por sobre las formas) permitirá reconocer aquellos aspectos de la propia Constitución (o del primer nivel de constitucionalidad) que condicionan el derecho de la Unión y viceversa. En este último orden de cosas, será la competencia, antes que la jerarquía, el principio que disciplinará las relaciones entre ambos ordenamientos.

Siempre en el terreno de la definición de las fuentes, el enfoque pluralista lleva a comprender el contenido del derecho europeo como un producto que no pertenece exclusivamente al Tribunal de Justicia sino también a una más amplia gama de comunidades jurídicas nacionales, que poseen un lenguaje propio, y que se “apropian” del derecho que modela dicho Tribunal (vid. Maduro, 2003, 518-519). En este sentido, el derecho europeo no se encuentra sujeto a una jurisdicción constitucional única (a pesar de las pretensiones exclusivistas del propio Tribunal de Justicia), sino más bien a una múltiple. Este carácter múltiple, abonado por la existencia de límites más o menos expresos a la integración (allí donde los hay), fuerza a reconocer dos elementos fundamentales en la composición de los conflictos acerca del contenido de esta constitución.

Por una parte, resulta fundamental el diálogo entre jurisdicciones, de manera que las decisiones finales satisfagan, en la medida de lo posible, al espectro más amplio de miembros de la comunidad jurídica. Cuestiones tales como la determinación del titular de la “última palabra” o del último árbitro de la competencia sobre las competencias, a veces tienden a llevar en sí mismas la sobrevaloración de la decisión unilateral por sobre la dialogada. En este sentido, en los campos de competencias superpuestas el poder de última decisión, arbitraje o interpretación no necesita ser exclusivo, valorándose la autonomía interpretativa como un “poderoso índice de madurez constitucional” (Walker, 2002, 41).

Por otro lado, como ya se dijo, es necesario tener presente que no solo es técnicamente incorrecto sino políticamente inconveniente elevar cualquier conflicto al rango de conflicto constitucional. Esto pasa por reconocer que no todos los conflictos son necesariamente disputas jurídicas y que, aquellos que lo son, no revisten necesariamente el nivel de conflictos acerca del contenido de la constitución. Esta es, por lo demás, una orientación que también se predica respecto de las constituciones nacionales: las constituciones no representan un formulario completo o cerrado de soluciones jurídicas, por el contrario, aquello sobre lo cual ellas no se pronuncian queda abierto a la discusión política. Como ya se ha dicho aquí, la mejor solución de muchos conflictos no siempre es la jurídica, cuando la hay. Esta afirmación supone evitar aquello que Carbonnier (1974, 31) identificó con “la ten-

tación del panjurismo³², como asimismo una revaloración y recolocación de los métodos políticos de arbitraje constitucional, especialmente dentro de aquellas tradiciones que, durante el siglo que pasó, han privilegiado la llamada jurisdicción constitucional única.

Como ha quedado dicho, el pluralismo posee importantes implicancias para la interpretación constitucional. No solo lleva a extender la mirada al momento de definir la materia y el significado de la Constitución, sino que también obliga a reconocer las herramientas particulares que se aplican en cada nivel de constitucionalidad. En materia de derechos fundamentales, esta afirmación resulta evidente: las técnicas particulares de interpretación, e incluso la dogmática general de ámbito nacional, no coinciden necesariamente con los equivalentes europeos. No debe olvidarse que los derechos fundamentales europeos, como marco de limitación y orientación del poder político europeo, solo operan cuando los órganos de la Unión y los estados aplican el derecho de la Unión (cf. art. 51.1 de la Carta de Derechos de Niza). A lo anterior se une, en el plano normativo, el mandato expreso de respeto hacia la identidad nacional de los estados miembros (art. 6.1 TUE y art. I-5.1 del Proyecto de Constitución, CONV 850/03). Todo lo anterior impide, por ejemplo, la extensión irreflexiva del contenido de los derechos (incluida su dogmática general) acuñados en el ámbito interno al supranacional y viceversa.

En fin, el pluralismo epistemológico permite identificar los rasgos propios e identificadores de cada sistema constitucional (pretensiones políticas, valores constitucionales y principios fundamentales), lo que resulta fundamental para preservar las identidades constitucionales (y la social que se esconde detrás de ella) y poner al ordenamiento constitucional de la Unión en su justo lugar: como ordenamiento constitucional que complementa los ordenamientos particulares sin consumirlos ni abrazarlos). Solo en este último sentido la teoría del pluralismo constitucional puede ser "pluralista" de verdad (Walker, 2002, 26).

³² El *panjurismo* es la tentación "que lleva a suponer la presencia del derecho por todas partes, bajo cada relación social o interindividual. Se trata de una deformación de la visión, que es como el tributo que hay que pagar por un privilegio. El panjurista es, a su manera, un poeta. Tiene la suerte de ver el derecho brillar alrededor de las cosas familiares. Donde el profano siente una tempestad, él olisquea un caso fortuito. La reja de un arado en un campo la trae a la memoria el artículo 26,7º, del Código penal. Y bajo las palomas del cielo presiente los inmuebles por destinación. Una mirada tal es capaz de hacer una hierba de derecho en los hechos más secamente fácticos. Para el panjurista, el derecho es infinitamente expansible y, al mismo tiempo, absolutamente homogéneo. Tiende a llenar todo el universo, sin dejar en él ningún vacío" (CARBONNIER, 1974, 31).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO, Ricardo (2002): "Le clausole orizzontali della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea", en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 1, pp. 1-29.
- ARNAUD, André-Jean (1999): "Some Challenges to Law through Post-Modern Thought", en *Rechtstheorie* 19, pp. 149-169.
- ARSLAN, Zühtü (1999): "Taking Rights less Seriously: Postmodernism and Human Rights", en *Res Publica* 5, pp. 195-215.
- BEAUMONT, Paul (2002): "Human Rights: Some Recent Developments and their Impact on Convergence and Divergence of Law in Europe", en BEAUMONT, LYONS y WALKER (Eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publ., pp. 151-175.
- BELLAMY, Richard (2003): "Which Constitution for What Kind of Europe. Three Models for European Constitutionalism", en *The Federal Trust for Education & Research*, January, *passim*.
- CALVINO, Italo (1995): "L'antilingua", *Una pietra sopra*, Milano, Mondadori.
- CANOTILHO, José J. (2002): *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 5ª ed., Livraria Almedina.
- CARBONELL, Miguel (Ed.) (2003): *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- CARBONNIER, Jean (1974): *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho* (trad. de L. Díez-Picazo), Madrid, Tecnos.
- CASSESE, Sabino (2002): "Lo spazio giuridico globale", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 2, pp. 323-339.
- CHESTERTON, G. K. (1987): *El hombre que era Jueves* (trad. de A. Bleiberg), Madrid.
- DA CUNHA, Paulo Ferreira (1991): *Pensar o Direito. Vol. II. Da Modernidade à Postmodernidade*, Coimbra, Livraria Almedina.
- DE BÚRCA, Gráinne (1995): "The Language of Rights and European Integration", en SHAW y MORE (Eds.): *New Legal Dynamics of EU*, Oxford, Clarendon Press, pp. 29-54.
- DE JULIOS-CAMPUSANO, Alfonso (2002): "Globalización y constitucionalismo: Una lectura en clave cosmopolita", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 36, pp. 151-171.
- DE VEGA, Pedro (1998): "Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", en *Estudios Políticos* 100, pp. 13-76.
- EDGEWORTH, Brendan (1999): "Legal Postmodernization", en *Rechtstheorie* 19, pp. 109-121.
- FAIST, Thomas (2001): "Social Citizenship in the European Union: Nested Membership", en *Journal of Common Market Studies* 39/1, pp. 37-58.
- FLAUSS, Jean-François (2000): "Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme. Le droit constitutionnel national devant la Cour européenne des droits de l'homme", en *Revue Française de Droit Constitutionnel* 44, pp. 843-877.
- FRIED, Charles (2000): "Comment: Constitutionalism, Privatization and Globalization", en *Cardozo Law Review* 21, pp. 1091-1094.
- GLENDON, Mary Ann (1991): *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press.
- GREVEN, Michael y LOUIS, Pauly (Eds.) (2000): *Democracy beyond the State? The European Dilemma and the Emerging Global Order*, Lanham, Rowman & Littlefield.
- GRIMM, Dieter (1996): "¿Necesita Europa una Constitución?" (trad. A. Torregosa), en *Debats* 55, pp. 4-19.
- HÄBERLE, Peter (1999): "Per una dottrina della costituzione europea" (trad. A. de Petris), en *Quaderni Costituzionali* 1, pp. 3-30.
- HABERMAS, Jürgen:
 - (2000): *La Constelación Postnacional. Ensayos políticos* (trad. P. Fabra y otros), Barcelona, Paidós.
 - (2001): *Facticidad y validez* (trad. M. Jiménez, 3ª ed), Trotta, Madrid.

- HESSE, Konrad (2001): "Significado de los derechos fundamentales", en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEIDE: *Manual de Derecho Constitucional* (trad. A. López), Madrid, 2ª ed., Marcial Pons.
- KAGAN, Robert (2003): *Poder y debilidad. Estados Unidos y Europa en el nuevo orden mundial* (trad. M. Ramírez), Madrid, Taurus.
- KEATING, Michael:
- (1999): "Asymmetrical Government: Multinational States in an Integrating Europe", en *Publius: The Journal of Federalism* 29/1, pp. 71-96.
 - (2001): *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereign Era*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- KRIELE, Martin (1994): *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag.
- MAC CORMICK, Neil:
- (1993): "Beyond the Sovereign State", en *Modern Law Review* 56, pp. 1-18.
 - (1996): "La sentencia de Maastricht: soberanía ahora", en *Debats* 55, pp. 25-31
 - (1997): "Democracy, Subsidiarity, and Citizenship in the 'European Commonwealth' ", en *Law and Philosophy* 16, pp. 331-356.
 - (1999) *Questioning Sovereignty*, Oxford, Oxford University Press.
- MADURO, Miguel Poiaras (2003): "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action", en Walker, N. (Ed.): *Sovereignty in Transition*, Oxford-Portland Oregon, Hart Publ.
- MARKS, Gary (1993): "Structural Policy and Multilevel Governance in the EC", en CAFRUNY, A. W. y ROSENTHAL, G. (Eds.): *The State of the European Community*, Lynne Rienner, Boulder, v. 2, pp. 391-410.
- MATTEUCCI, Nicola (1997): *Lo Stato Moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino.
- MAYER, Franz (2003): "The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system", en *Jean Monnet Working Paper* 9, *passim*.
- MOUSSIS, Nicolas (2000): "La construction Européenne et le citoyen: Déficit Démocratique ou Déficit d'information?", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 436, pp. 153-159.
- PEREIRA MENAUT, Antonio C.:
- (2000): "Introducción" en *La Constitución europea. Tratados constitutivos y jurisprudencia*, Santiago de Compostela, Publicaciones de Cátedra Jean Monnet de la Univ. de Santiago de Compostela, pp. 15-23.
 - (2001): "Después de la soberanía", en *Revista de Derecho Político (Uned)* 50, pp. 55-82.
- PERNICE, Ingolf:
- (2000): "Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited", en *Common Market Law Review* 36, pp. 703-750.
 - (2002): "Multilevel constitutionalism in the European Union", en *European Law Review* 27, pp. 511-529.
- PERNICE, Ingolf y MAYER, Franz (2001): "De la constitution composée de l'Europe", *Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper* 1, *passim*.
- PERNICE, Ingolf, MAYER, Franz y WERNICKE, Stephan (2001): "Renewing the European Social Contract. The challenge of institutional reform and enlargement in the light of multilevel constitutionalism", en *Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper* 11, *passim*.
- RÖBEN, Volker (2003): "Constitutionalism of Inverse Hierarchy: the Case of the European Union", en *Jean Monnet Working Paper* 8, *passim*.
- SASTRE, Santiago (1999): *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo* (Madrid, Mc Graw Hill).
- SHAW, Jo (1999): "Postnational constitutionalism in the European Union", en *Journal of European Public Policy* 6/4, pp. 579-597.
- STARCK, Christian (2002): "Derechos Fundamentales y Derecho Privado" (trad. M. Roca), en *Revisita Española de Derecho Constitucional* 66, pp. 65-89.

- SUNSTEIN, Cass (1999): *One Case at Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press.
- TEUBNER, Gunther (1997): "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society", en TEUBNER, Gunther (Ed.): *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, pp. 3-28.
- THALER, Michael (2000): "Between monism and pluralism: The relationship of Community Law and National Law", en *Rechtstheorie* 31, pp. 269-283.
- VAN HOECKE, Mark y WARRINGTON, Mark (1998): "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law", en *International and Comparative Law Quarterly* 47, pp. 495-536.
- HOOKE, M. B. (1975): *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press.
- VILLEY, Michel (1983): *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France.
- VON BENDA-BECKMANN, Keebet (2002): "Globalisation and legal pluralism", en *International Law Forum du Droit International* 4, pp. 19-25.
- VON BOGDANDY, Armin (1999): "The Legal Case for Unity. The European Union as a single organization with a single legal system", en *Common Market Law Review* 36, pp. 887-910.
- WALKER, Neil:
- (1996): "European Constitutionalism and European Integration", en *Public Law*, pp. 266-290.
 - (2002): "The Idea of Constitutional Pluralism" en *European University Institute Working Paper Law 1, passim* (también publicado en *Modern Law Review* 65, 2002).
- WARD, Ian:
- (2000): "Identity and Difference: The European Union and Postmodernism", en MARKESINIS, B. (Ed.): *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Oxford - Portland Oregon, Hart Publ., pp. 15-28.
 - (2001): "Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination", en *European Law Journal* 7/1, pp. 24-40.
- WATSON, Bradley (1996): "The Language of Rights and the Crisis of the Liberal Imagination", en PEACOCK, A. (Ed.): *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation and Theory*, Ontario, Oxford University Press, pp. 88-102.
- WEBER, Albrecht (2002): "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea" (trad. L. Rodríguez), en *Revista Española de Derecho Constitucional* 64, pp. 79-97.
- WEILER, Joseph:
- (1996): "European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order", en BELLAMY y CASTIGLIONE: *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Oxford, Blackwell, pp. 105-121.
 - (2001): "Federalism and Constitution: Europe's *Sonderweg*", en *Jean Monnet Working Paper* 1, *passim*.
- WILHELMSSON, Thomas (1995): "Legal Integration as Disintegration of National Law", en PETERSEN Y ZAHLE (Eds.): *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot, Dartmouth, p. 127-147.