

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. ASPECTOS TEÓRICOS Y DOCTRINALES*

SUMARIO: I. *Objetivos, tesis y premisas.* II. *Temas teóricos relativos a los principios fundamentales de la Unión.* III. *Cuestiones generales de una doctrina europea de los principios.* IV. *Principios sobre la relación entre la Unión y sus Estados miembros.* V. *Principios sobre la relación entre la Unión y sus ciudadanos.* VI. *Conclusiones.*

El presente trabajo tiene su origen en la obra colectiva editada conjuntamente con Jürgen Bast, que contiene las aportaciones de veintiún autores, cuyo objetivo esencial consistió en examinar el desarrollo teórico y dogmático del derecho primario de la Unión Europea desde una perspectiva constitucional.¹ La versión en inglés² ha contribuido, además, a ofrecer en el foro internacional el enfoque de la investigación alemana en este ámbito.

Es importante resaltar que la reconstrucción del derecho primario de la Unión Europea como derecho constitucional no está concebida como apología. Aunque la aproximación constitucional al derecho primario de la Unión Europea en cierto sentido predetermina los parámetros de una evaluación, no ocurre lo mismo con su resultado. Al contrario: el método

* El autor agradece el invaluable apoyo de Christian Wohlfahrt en la elaboración de la presente contribución así como de Mariela Morales Antoniazzi y Valentin Pfisterer. Igualmente agradece los comentarios críticos de Jürgen Bast, Jochen von Bernstorff, Iris Canor, Pedro Cruz Villalón, Philipp Dann, Michelle Everson. Traducción al español de José Ma. Serna de la Garza.

¹ Cfr. von Bogdandy, A. y Bast, J. (eds.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundlagen*, 2a. ed., 2009.

² Cfr. von Bogdandy, A. y Bast, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2a. ed., 2010.

y la perspectiva constitucional dejan claramente en evidencia tanto los logros como las deficiencias del derecho europeo.

Este texto relativo a los principios fundamentales de la Unión Europea se comprende en su justa dimensión teniendo como trasfondo la concepción metodológica expuesta en el primer trabajo de este libro (I.1). En efecto, en el estudio sobre historia y futuro del derecho constitucional en Europa se aborda el programa del constructivismo doctrinal desde la perspectiva histórica, mientras que en esta contribución relativa a los principios, dicho programa se analiza desde su ejecución práctica. Al mismo tiempo se busca mostrar cómo se puede concebir la relación entre el nuevo derecho público y sus acervos en los derechos nacionales. La comparación de los principios fundamentales de la Unión con los de las Constituciones estatales revela, por una parte, continuidad, por la otra, innovación. Los principios fundamentales del nuevo derecho público deben estar basados en la tradición del constitucionalismo liberal-democrático, pero, al mismo tiempo, deben tomar en consideración las especificidades de las nuevas formas de poder público y, de esta manera, concretar el carácter *sui generis* de estas nuevas organizaciones.

I. OBJETIVOS, TESIS Y PREMISAS

Este trabajo propone un análisis teórico y doctrinal de los principios fundamentales de la Unión Europea, con la finalidad de contribuir a explicar y desarrollar el constitucionalismo europeo supranacional. Se trata de un tema académico clásico. En efecto, el estudio de los principios pertenece al núcleo de la ciencia jurídica y por ello no sorprende que existan excelentes comentarios, monografías y manuales en la materia.³ ¿En dón-

³ Hay dos perspectivas principales: la más antigua de principios comunes o generales, véase Bernitz, U. y Nergelius, J. (eds.), *General Principles of European Community Law*, 2000; Groussot, X., *General Principles of Community Law*, 2006; Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2006; Gosalbo Bono, R., “The Development of General Principles of Law at National and Community Level”, en Schulze, R. y Seif, U. (eds.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2003, p. 99; Martínez-Carrasco Pignatelli, J. M., *Los principios generales del derecho comunitario. En particular, los principios de efecto directo y primacía, Las noticias de la Unión Europea* 179, 1999, pp. 23 y ss.; Moreno Molina, J. A., “Los principios generales del derecho”, en Álvarez, L. O. (ed.), *Derecho comunitario europeo*, 2007, pp. 23 y ss.; y la más reciente de principios constitucionales Butler, B., en von der Groeben, H. y Schwar-

de, entonces, se encuentra la innovación de este texto? En primer lugar, se trata de una reflexión teórica para proponer un constitucionalismo crítico e, incluso, autocrítico, buscando hacer una aportación a la teoría general de principios constitucionales, explorando las dimensiones, fundamentos y funciones de los principios en el discurso jurídico europeo. Por ejemplo: los principios forman el epicentro de una ciencia jurídica autónoma que busca un *proprium* disciplinario detrás de la multiplicidad de normas y decisiones judiciales.⁴ Además, los principios fortalecen el papel de los tribunales *vis-à-vis* la política. Por último, pero no por ello resulta de menor importancia, una doctrina de principios constitucionales promueve el proyecto de una ciencia constitucional europea. Debido a que tanto la perspectiva cuanto el proyecto son controvertidos, todo lo anterior abre el debate sobre un conjunto de cuestiones teóricas y políticas, que una ciencia crítica debe afrontar (sección II).

La sección III, de carácter más doctrinal, se dedica a cuestiones generales de los principios fundamentales europeos. En dicha sección se analiza el empleo difuso del término “principio” en el derecho de la Unión. Con referencia a una decisión política, la codificación del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) por el Tratado de Ámsterdam (ahora artículo 2o. TUE, con algunas modificaciones del Tratado de Lisboa), define como *principios fundamentales* aquellas normas del derecho primario que, en razón de la necesidad de legitimar el ejercicio de la autoridad pública, determinan las bases generales de legitimación de la Unión (III.1). Con la introducción del artículo 6o. TUE, en el Tratado de Ámsterdam se otorgó la cobertura positiva más evidente para un constitucionalismo europeo. Asimismo, en esta sección se aclara el papel de los principios constitucionales en el discurso constitucional de la Unión (sección III.2). Finalmente, se discute la viabilidad de una doctrina de

ze, J. (eds.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 2003, artículo 6o. EU; Calliess, C., en Calliess, C. y Ruffert, M. (eds.), *EUV/EGV*, 2007, artículo 6o. EU; Hilf, M. y Schorkopf, S., artículo 6o. EU, así como Pernice, I. y Mayer, F., nach artículo 6o. EU, ambos en Grabitz, E. y Hilf, M. (eds.), *Das Recht der EU*, mayo de 2008; Mangiameli, S. (ed.), *L'ordinamento Europeo: I principi dell'Unione*, 2006; Molinier, J. (ed.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, 2005; Bauer, H. y Calliess, C. (eds.), *SIPE 4: Constitutional Principles in Europe*, 2008; un enfoque visionario en Medina, M., *La Comunidad Europea y sus principios constitucionales*, 1974.

⁴ Sobre este programa, véase Kant, I., *Kritik der reinen Vernunft*, 2a. ed., 1787, Edición B, pp. 355 y ss., esp. p. 358.

principios que cubra los dos Tratados —Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea— (sección III.3).

Esta contribución no se limita al ámbito de lo general ni pretende ser sólo un prolegómeno, sino que busca avanzar en la comprensión de principios fundamentales para dar mayor cuerpo a la lectura del derecho primario europeo como derecho constitucional. En contraste con la mayoría de los estudios sobre principios europeos, lo anterior se realizará a través del desarrollo de los principios tomando en cuenta sus *interrelaciones*. Con ello se arriba a otra tesis central de este trabajo: la relación entre la Unión y sus Estados miembros, esto es, la tensión vertical (o federal usando un término controvertido) proporciona una de las claves, si no *la* clave principal, para entender las especificidades de los principios constitucionales de la Unión en comparación con los de los Estados miembros y, por ende, la especificidad del constitucionalismo supranacional europeo, coadyuvando de esta manera a su comprensión y desarrollo.

Esta tesis central se refleja directamente en la estructura del texto. Contrariamente al tratamiento que se otorga en el derecho constitucional estatal (incluso los federales), los principios fundamentales de la relación vertical (federal) serán discutidos en primer lugar (sección IV) y luego, sobre esta base, se exponen los principios constitucionales clásicos sobre la relación Unión-ciudadanos, es decir, los principios de *liberté, égalité y fraternité* —hoy el principio del Estado de derecho, la protección de los derechos fundamentales, la democracia y la solidaridad— los cuales serán analizados en su especificidad supranacional *con lo primero como trasfondo* (sección V). Para el derecho constitucional estatal (incluso aquél federal), la relación entre el poder central y los Estados federados carece de importancia para la relación entre el poder central y los ciudadanos.

La presente contribución enfoca los principios fundamentales desde una perspectiva doctrinal, se centra en los problemas jurídicos así como en la identificación y determinación de su significado. En relación con el método, se trata de aportar un texto coherente, utilizando para ello el debate científico, las disposiciones normativas y los precedentes jurisprudenciales de mayor relevancia, otorgando singular trascendencia a las conexiones recíprocas entre los diversos principios.

Como cualquier otra doctrina jurídica, esta tarea se sitúa en un contexto teórico e ideológico más amplio. Se basa sobre todo en una teoría que

presenta a la Unión Europea como una nueva forma de autoridad política y jurídica. Por consiguiente, sus principios fundamentales deben estar basados en la tradición del constitucionalismo europeo, pero al mismo tiempo deben tomar en consideración las especificidades de la Unión y de esta manera concretar su carácter *sui generis*.

Asimismo, esta contribución descansa sobre el discutido supuesto de que los conflictos éticos, políticos o económicos pueden ser encuadrados como conflictos de principios y que esto puede generar una comprensión adecuada y ayudar a resolver problemas.⁵ Ciertamente, una doctrina jurídica de principios no puede proporcionar una solución científica definitiva a dichos conflictos. Si el derecho europeo primario es concebido como “derecho de la integración” o “derecho del mercado único”, sino como derecho constitucional, asumiendo por tanto una apertura general del sistema de la Unión para principios y soluciones que compiten entre sí, ni siquiera puede ser postulada una precedencia general de un determinado principio. Sin embargo, esto no excluye propuestas de solución de parte de los científicos del derecho quienes, en virtud de su aproximación sistemática y su exoneración de cargas prácticas, juegan un papel específico en los discursos jurídicos pertinentes.

El presente texto modestamente se abstiene de hacer tales propuestas con excepción de una: que los conflictos deben ser analizados y decididos como conflictos de principios dentro del derecho de la Unión. Los principios fundamentales de la Unión deben ser vistos como un elemento esencial de un lenguaje común para la resolución de conflictos. Ésta es una decisión básica *pro unione*⁶ e inspirada por la voluntad de hacer avanzar el constitucionalismo europeo supranacional.

⁵ En la tradición de los estudios jurídicos críticos esto levanta sospechas ideológicas; véase Kennedy, D., *Critique of Adjudication*, 2003; *id.*, “The Structure of Blackstones Commentaries”, *Buffalo Law Rev*, 28, 1979, p. 209; Unger, R. M., “The Critical Legal Studies Movement”, *Harvard Law Review*, 96, 1983, p. 563; Frankenberg, G., “Der Ernst im Recht”, *Kritische Justiz*, 1987, p. 281; *id.*, “Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc.”, en Buckel, S. *et al.* (eds.), *Neue Theorien des Rechts*, 2006, p. 97.

⁶ Esto distingue a la Unión de otras organizaciones internacionales: Weiler, J. H. H., *The Constitution of Europe*, 1999, pp. 18 y ss.; von Bogdandy, A., “General Principles of International Public Authority”, *German Law Journal*, 9, 2008, p. 1909, disponible en www.germanlawjournal.com (consulta 30 de agosto de 2010).

II. TEMAS TEÓRICOS RELATIVOS A LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN

1. *Los principios fundamentales y la ciencia del derecho constitucional*

El presente texto no se ocupa del derecho europeo en general, sino del derecho europeo primario, e investiga la viabilidad de identificarlo como derecho constitucional europeo. La aplicación de la categoría de derecho constitucional al derecho europeo primario ciertamente necesita ser justificada, en particular debido al fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Tratado constitucional).⁷ Debe hacerse notar, sin embargo, que la interpretación constitucional queda pendiente como un postulado académico que debe ser juzgado por sus méritos analíticos, interpretativos y consultivos.

Un concepto jurisprudencial no necesita contar con la bendición de la política. La cuestión relativa a dilucidar si los Tratados, en los que se basa la Unión, tienen un carácter constitucional, no puede ser decidida por una conferencia gubernamental de manera autoritativa. Además, lo que constituye el “concepto constitucional” según el Consejo Europeo tiene poca relevancia para la jurisprudencia. Según las conclusiones de la presidencia, el concepto constitucional del Tratado constitucional constaba del hecho de que “se iba a abrogar todos los Tratados existentes y sustituirlos por un texto uniforme titulado como «Constitución»”.⁸ Como co-

⁷ Véase Möllers, C., “Pouvoir Constituant-Constitution-Constitutionalism”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 169 y ss. y Kirchhof, P., “The European Union of States”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 735 y ss.; sobre el proceso que va del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa, véase García-Chamón Cervera, E., “Lo que se salvó del naufragio de la Constitución europea. Del Tratado constitucional de Roma 2004 al Tratado de Lisboa en 2007”, *Noticias de la Unión Europea*, 291, 2009, pp. 91 y ss.; Martín y Pérez de Nanclares, J., “Versión abreviada del Tratado constitucional. Salidas al actual callejón constitucional de la Unión Europea: la opción de un Tratado reducido”, en Ménéndez de Vigo, I. (ed.), *¿Qué fue de la Constitución europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, 2007, pp. 225 y ss.; Luzarraga, F. A., “El Tratado de Lisboa como salida al laberinto constitucional”, en Martín y Pérez de Nanclares, J. (ed.), *El Tratado de Lisboa – La salida de la crisis constitucional*, 2008, pp. 35 y ss.

⁸ Consejo Europeo del 21 y 22 de junio de 2007, Conclusiones de la Presidencia (11177/1/07), Anexo núm. 1, apdo. 1, disponible en www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/94935.pdf (30 de agosto de 2010); según el go-

rresponde, ni Alemania (*Grundgesetz*) ni Austria tendrían una Constitución;⁹ sin embargo, nadie supone que estos Estados existan sin Constitución. Igualmente, la consideración del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que atribuye el carácter de un documento constitucional al TCE,¹⁰ no es puesta en duda en su sustancia por ningún actor relevante.¹¹

Sobre un concepto científico como el concepto constitucional en cuanto al acceso al derecho de la Unión se decide en virtud de argumentos científicos. Seguramente, el concepto constitucional exige suficientes elementos “condescendientes” en su objeto de análisis. En el derecho de la Unión se encuentran muchos más de estos elementos que en el derecho internacional público, y hasta para este último existe un concepto constitucional.¹²

La opinión predominante justifica el carácter constitucional del derecho europeo primario a través de una comparación funcional con el derecho constitucional estatal.¹³ El derecho primario establece un poder

bierno federal alemán, los símbolos y la denominación “ley europea” deben formar parte también, Memoria del 13 de diciembre de 2007 del Gobierno federal alemán al Tratado de Lisboa, Boletín del Consejo Federal alemán (BR-Drs.) 928/07, p. 133 (134).

⁹ A las más de cien leyes constitucionales federales austriacas Wiederin, E., “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Österreich”, en von Bogdandy, A. *et al.* (eds.), *Ius Publicum Europaeum*, 2007, t. I § 7, apdos. 44 y ss.

¹⁰ Sentencia del TJUE del 23 de abril de 1986, *Les Verts / Parlamento* (294/83, Rec. 1986, p. 1339), apdo. 23; dictamen del TJUE del 14 de diciembre de 1991, *Espacio Económico Europeo* (1/91, Rec. 1991, p. 1-6079), apdo. 21.

¹¹ Balaguer Callejón, F., “El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 2008, pp. 57 y ss., pp. 61 y ss.; Luzarraga, F. A., nota 7, pp. 35 y ss., p. 51; Dougan, M., *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, *CMLRev.*, 45, 2008, p. 617 (698).

¹² MacDonald, M. y Johnston, D. (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, 2005; Peters, A., “Compensatory Constitutionalism”, *Leiden Journal of International Law*, 19, 2006, p. 579.

¹³ Martínez Estay, J. I., *Introducción al derecho y las instituciones de la Unión Europea*, 2007, pp. 121 y ss., pp. 128 y ss.; Martín y Pérez de Nanclares, J., *El Federalismo supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, 2003, pp. 51 y ss., pp. 67 y ss.; Rodríguez Iglesias, G. C., “Zur Verfassung der Europäischen Gemeinschaft”, en Schwarze, J. (ed.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, 1998, pp. 45 y ss.; López Castillo, A., *La Constitución de Europa a debate*, 2005, p. 27; de manera crítica Mangas Martín, A., “Un tratado no tan simple: el realismo mágico del funcionalismo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 31, 2008, pp. 335 y ss.,

público, estatuye una jerarquía de normas y legitima actos jurídicos, crea una ciudadanía y garantiza derechos fundamentales, regula la relación entre ordenamientos jurídicos, entre poder público y economía, y entre derecho y política. A partir de una comparación funcional se hacen evidentes numerosas semejanzas entre el derecho primario y las Constituciones estatales; sólo en agudizaciones teóricas y, por ello, controvertidas, se vuelven visibles diferencias significativas entre el derecho primario y el acervo (“denominador común”) de las Constituciones de los Estados miembros.

Pero no sólo las funciones, sino también la “semántica” y la “codificación” del derecho primario sugieren cada vez más una aproximación jurídico-constitucional: desde el Tratado de Ámsterdam, el legislador de los Tratados ha fijado a través del artículo 6.1, TUE, las palabras claves del discurso jurídico-constitucional para los discursos constitutivos: libertad, democracia, legalidad, protección de los derechos fundamentales. Como corresponde, la semántica constitucional del TJUE ha dado, como tendencia condescendiente, un gran paso adelante con los conceptos “principio constitucional” y “garantía constitucional”.¹⁴

De esta forma, la tarea de desarrollar una doctrina de principios fundamentales europeos es demostrar la utilidad de la perspectiva constitucional. La tesis es que el carácter constitucional¹⁵ del derecho primario se manifiesta de manera especialmente clara en los principios fundamentales. Su desarrollo académico como principios constitucionales genera

pp. 336 y ss.; Cruz Villalón, P., *La Constitución inédita*, 2004, pp. 29 y ss.; para una perspectiva del derecho comparado: Carpizo, J., “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en Carbonell, M. et al. (eds.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, 2009, pp. 1 y ss.; Carpizo, J., *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, 2008, pp. 14 y ss.; Carpizo, J., “Tendencias y perspectivas del constitucionalismo contemporáneo en América Latina: algunos problemas de la democracia en América Latina”, en Serna de la Garza, J. M. (ed.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, 2009, pp. 625 y ss., y Rivera Santivañez, J. A., “Tendencias y perspectivas del constitucionalismo contemporáneo en América Latina”, *ibidem*, pp. 633 y ss.

¹⁴ Sentencia del TJUE del 3 de septiembre de 2008, Kadi et al. (asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. 2008, p. I-06351), apdos. 285, 290.

¹⁵ Dictamen del TJUE del 14 de diciembre de 1991, *Espacio Económico Europeo*, cit., nota 10, apdo. 21.

comprensión, ya que esta perspectiva conduce a las preguntas, conocimientos y discursos relevantes.¹⁶

Al mismo tiempo, esta perspectiva persigue un objetivo académico estratégico. El desarrollo del derecho constitucional de la Unión Europea como una sub-disciplina académica exige un enfoque específico,¹⁷ de igual forma que antes de éste lo requirió el desarrollo del derecho europeo (como derecho internacional regional)¹⁸ y después el derecho de la Comunidad Europea¹⁹ (como derecho supranacional autónomo) como sub-disciplinas.

La contribución potencial de una doctrina de principios puede ser explicada de mejor manera en comparación con una perspectiva enfocada estrictamente en las fuentes del derecho. Para esta última, el criterio decisivo de identificación es determinar si una disposición pertenece a un conjunto de normas jurídicas que sólo puede ser modificado según los requisitos cualificados del artículo 48, TUE.²⁰ Por tanto, las representaciones tradicionales del derecho primario europeo pueden ser presentadas como *doctrina constitucional*.²¹ Sin embargo, un mero cambio de etiqueta deja de lado una preocupación importante vinculada al paso hacia el enfoque académico del derecho constitucional: el centrar la atención en aquellas disposiciones que constituyen y legitiman el ejercicio de la autoridad pública.²² Tratar al derecho primario como derecho constitucional debería generar una nueva calidad de entendimiento y exposición y promover la superación de concepciones como las del “derecho

¹⁶ Dann, P., “Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law”, *German Law Journal*, 6, 2005, pp. 1453 y 1458.

¹⁷ Desde 2005 existe una revista jurídica separada, la *European Constitutional Law Review* (EU Const). Comparar además la perspectiva en el derecho internacional: Kadelbach, S. y Kleinlein, T., “International Law a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with the Analysis of Constitutional Principles”, *German Yearbook of International Law*, 50, 2007, p. 303.

¹⁸ Mosler, H., “Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 14 (1951–1952), pp. 1 y 23 y ss.

¹⁹ Ipsen, H. P., *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, pp. 4 y ss.

²⁰ Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 252.

²¹ En pro de la integración Lenaerts, K. y Van Nuffel, P., *Constitutional Law of the European Union*, 2005; bastante escéptico Hartley, T., *The Foundations of European Community Law*, 2007.

²² Snyder, F., “The Unfinished Constitution of the European Union”, en Weiler, J. H. H. y Wind, M. (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, 2003, pp. 55 y 58.

de la integración” o el “derecho del mercado único”,²³ ya que una doctrina de principios no solamente observa, sino que es parte del proceso de constitucionalización. Esto conduce al siguiente tema que se destina a las premisas y las funciones de la doctrina sobre principios.

2. Tres funciones de una doctrina jurídica de principios

En general, las doctrinas jurídicas de principios son parte de discursos internos al derecho, esto es, se refieren a operaciones del sistema jurídico. Tal ciencia jurídica difiere de las perspectivas que analizan el material jurídico desde un punto de vista de las ciencias sociales que, por ejemplo, delinear las fuerzas reales o motivos que afectan al derecho. Una ciencia jurídica orientada hacia principios no pretende probar tales causalidades.²⁴ No se ocupa de *causas* empíricas, sino de *razones* argumentativas; *causas* y *razones* se vinculan a diversos intereses cognitivos y estructuras de argumentación. El *por qué* de un acto o de una determinada decisión de un tribunal es un argumento distinto a *cómo* tal acto o decisión viene y puede ser justificado y explicado en el derecho en su conjunto.

Existen más correlaciones con la filosofía del derecho o la filosofía política, que argumentan con frecuencia con base en principios.²⁵ La relación entre el discurso de principios en filosofía y el de la doctrina jurídica es tan borrosa como complicada. La diferencia no puede encontrarse en los principios como tales: éstos siempre incluyen a la democracia, el Estado de derecho, los derechos fundamentales, etcétera. Una diferencia es que el discurso filosófico sobre principios puede desarrollarse de una manera deductiva (clásico Rawls), mientras que el discurso jurídico de

²³ Snyder, F., “General Course on Constitutional Law of the European Union”, en Academy of European Law (ed.), *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1998, vol. VI, pp. 41 y 47 y ss.; Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, 2002.

²⁴ El significado del término sociológico es más amplio y abarca axiomas empíricos, causales y normativos, Krasner, S. D., “Structural Causes and Regime Consequences”, *International Organization*, 36, 1982, pp. 185 y 186.

²⁵ Como autores que dan un marco a este discurso encontramos a Rawls, J., *A Theory of Justice*, edición revisada 1999 (primera edición 1972), p. 52; Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 1977, pp. 22 y ss.; Habermas, J., *Between Facts and Norms*, reprint 2008, pp. 132, 168 y ss., y 197.

los principios tiene que estar ligado al material jurídico positivo conformado por disposiciones legales y decisiones judiciales; es hermenéutico y se refiere al derecho vigente. Una diferencia procedimental se encuentra en el hecho de que la concepción jurídica de los principios se puede aplicar en procedimientos judiciales. Además, de igual forma es importante que los principios construidos por la ciencia jurídica reflejen sus posibles bases filosóficas, esto forma parte del requisito esencial de la interdisciplinarietà, también deviene sustancial que, en sociedades plurales, los principios jurídicos se mantengan a cierta distancia de los discursos filosóficos e ideológicos, a efecto de proveer “pantallas de proyección” comunes para constructos divergentes, promoviendo de este modo la integración social. Por ello, sobre todo en las sentencias de los tribunales, son inapropiadas las consideraciones filosóficas.

A. *Constructivismo doctrinal*

Un primer desarrollo doctrinal de la ciencia jurídico-constitucional busca identificar los principios inherentes en el material jurídico positivo, para así organizar este último y sobre esta base promover la coherencia del material constitucional.²⁶ La coherencia significa aquí menos que una verdad analítica garantizada por la deducción lógica, pero más que una mera falta de contradicción.²⁷ El criterio de coherencia exige una estructura conceptual fundamental (modelo), que a veces es descrito, con algo de entusiasmo esencialista, como un “gran plan estructural”.²⁸ El TJUE hace uso de esta perspectiva en decisiones importantes cuando se refiere al “espíritu”²⁹ o a la “naturaleza”³⁰ de los Tratados. La

²⁶ Dann, *op. cit.*, nota 16, pp. 1453 y ss.

²⁷ Habermas, *op. cit.*, nota 25, p. 211.

²⁸ Schuppert, G. F. y Bumke, C., *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000, pp. 28-39; en relación con las “guiding visions” Volkmann, U., “Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 67, 2008, pp. 57-67, y ss.

²⁹ Sentencia del TJUE del 5 de febrero de 1963, *van Gend & Loos* (26/62, Rec. 1963), pp. 1 y 13; sentencia del TJUE del 23 de abril de 1986, *Les Verts / Parlamento*, *op. cit.*, nota 10, apdo. 25.

³⁰ Sentencia del TJUE del 19 de noviembre de 1991, *Francovich* (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. 1991, p. I-5357), apdo. 35.

Corte Suprema de Canadá ha formulado esta concepción de una manera ejemplar:

La Constitución es más que un texto escrito. Abarca el sistema entero global de reglas y principios que regulan el ejercicio de la autoridad constitucional. Una lectura superficial de disposiciones selectas del texto constitucional escrito, sin más, puede ser engañosa. Es necesario hacer una investigación más profunda de los principios subyacentes que animan la Constitución como un todo... Esos principios deben informar nuestra apreciación de conjunto de los derechos y obligaciones constitucionales...³¹

Ciertamente, suponer un “gran plan estructural” es tan problemático desde un punto de vista epistemológico y argumentativo, como lo son las afirmaciones relativas al “espíritu” o la “naturaleza” de un orden jurídico. No obstante, la verdad es que una idea del “conjunto”, del “todo” de las normas es indispensable,³² y esta contribución busca expresar tal idea a través de una sinopsis de los principios fundamentales. El respectivo papel de la ciencia jurídica puede ser denominado “constructivismo doctrinal”.³³

¿De qué se trata? Para responder este interrogante resulta útil una reflexión sobre la historia de la ciencia jurídica. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la agenda doctrinal tenía como objetivo principalmente la estructuración del derecho a través del uso de conceptos autónomos, siguiendo la corriente jurídico-conceptual (*begriffsjuristisch*) de la Escuela de la historia del derecho de Friedrich von Savigny. El material jurídico positivo es trascendido, no por medio de la reflexión política, histórica o filosófica, sino a través de conceptos estructurantes como

³¹ Reference Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217 (Can.), a cuestión 1; similar *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 34, pp. 269, 287.

³² Para un análisis más detallado véase Müller, F. y Christensen, R., *Juristische Methodik: Bd. II Europarecht*, 2007, apdos. 349 y ss.

³³ Para un análisis más detallado véase von Bogdandy, A., “Historia y futuro del derecho constitucional”, en *Europa*, en este libro; para una evaluación crítica Rosenfeld, M., “The Role of Constitutional Scholarship in Comparative Perspective”, *International Journal of Constitution Law*, 7, 2009, p. 362; Kumm, M., “On the Past and Future of European Constitutional Scholarship”, *ibidem*, p. 401; Post, R. C., “Constitutional Scholarship in the United States”, *ibidem*, p. 416; Somek, A., “The Indelible Science of Law”, *ibidem*, p. 424.

“Estado”, “soberanía” o “derecho público subjetivo”, que son concebidos como específicamente jurídicos y por tanto autónomos, y por consecuencia caen en la exclusiva competencia de la ciencia jurídica. El objetivo científico más relevante de la construcción doctrinal era reconstruir y representar el derecho como un complejo de conceptos sistemáticamente coordinados. En el corazón de estos esfuerzos se encuentra la creación de un área autónoma de discurso y argumentación, una especie de nivel medio entre el derecho natural, que es principalmente de la competencia de la filosofía y de la teología, y las disposiciones concretas del derecho positivo, que se encuentran al alcance directo de la política y de los tribunales.³⁴

El positivismo clásico ya no dicta más los cánones científicos de la ciencia jurídica. Resta, sin embargo, la finalidad de producir construcciones sistemáticas internas para el derecho vigente. En el curso de la formación del derecho constitucional material y de la ulterior evolución pos-positivista del programa original, los principios constitucionales han asumido cada vez más el papel de estos conceptos autónomos.³⁵ En esta perspectiva, los principios fundamentales en el ámbito de la Unión Europea son particularmente importantes para desarrollar una ciencia jurídica capaz de proveer una idea general, es decir, un sistema, una concepción general.

No obstante, los principios fundamentales no jugaron este papel desde el comienzo: al inicio de la integración, los objetivos de los tratados estaban en el centro de los esfuerzos por desarrollar una “concepción general”,³⁶ por ejemplo, aquella que concibe a la Comunidad como una “*regulatory agency*”.³⁷ A lo largo de la multiplicación de esos objetivos, sin embargo, esta perspectiva perdió su capacidad de persuasión, lo cual se confirma con la abolición de las metas específicas de los artículos 2o. y

³⁴ Véase von Kirchmann, J. H., *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848 (reimpresión 1990), p. 29, quien así justifica la inutilidad de la jurisprudencia como ciencia.

³⁵ Desde la perspectiva del positivismo clásico, ésta es por supuesto una historia de declive. Un tratamiento conciso del tema se encuentra en Luhmann, N., *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 521 y ss.

³⁶ Ophüls, C. F., “Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planverfassungen”, en Kaiser, J. H. (ed.), *Planung*, 1965, pp. 229 y 233; Ipsen, *op. cit.*, nota 19, pp. 128 y ss.

³⁷ Majone, G., *The European Community as a Regulatory State, Collected Courses of the Academy of European Law*, 1994, vol. V-1, 1996, p. 321.

3o. TCE, y su sustitución por el notablemente más abstracto artículo 3o., TUE-Lisboa. Una perspectiva orientada hacia principios parece una alternativa útil.

El esfuerzo constructivista doctrinal parece ser particularmente apremiante en vista del derecho primario europeo. Su calificación como “caos constitucional” es probablemente su descripción más conocida.³⁸ Por supuesto que el Tratado de Lisboa alcanza un cierto, aún no completo, grado de sistematización, pero la estructura general del derecho primario europeo continúa siendo muy incierta.

Esta ciencia jurídica orientada hacia principios no solamente es importante para el derecho primario. El proceso de constitucionalización requiere que la Constitución “permea” todas las relaciones jurídicas.³⁹ El respectivo arreglo constitucional del material jurídico secundario requiere un constructivismo doctrinal para el que, como los ejemplos nacionales muestran, los principios constitucionales y en particular los derechos fundamentales individuales son indispensables. No se trata sólo de un proyecto teórico y jurisprudencial, sino también de derecho positivo. Numerosos instrumentos de derecho secundario europeo lo requieren, pues específicamente deben ser interpretados a la luz de los principios fundamentales, especialmente los derechos fundamentales individuales, según sus exposiciones de motivos. Por tanto, el TJUE emplea la conformidad con el derecho primario como un método de interpretación.⁴⁰ La Carta de Derechos Fundamentales confirma esta constitucionalización, transmitiendo una dimensión constitucional a numerosos intereses.

Todo esto requiere de un concepto sustentable de constructivismo doctrinal. Ante todo, un constructo doctrinal solamente puede proponer *un* sistema, pero no *el* sistema de derecho positivo. En el pasado, un sistema era con frecuencia considerado (de manera criptoidealista) como si

³⁸ Curtin, D., “The Constitutional Structure of the Union”, *CML Rev.*, 30, 1993, pp. 17, 67; el término fue acuñado por Habermas, J., *Die neue Unübersichtlichkeit*, 1985.

³⁹ Hegel, G. W. F., *Rechtsphilosophie*, 1821 (ed. Moldenhauer y Michel de 1970), § 274.

⁴⁰ Sentencia del TJUE del 21 de marzo de 1991, *Rau* (C-314/89, Rec. 1991, p. I-1647), apdo. 17; sentencia del TJUE del 27 de enero de 1994, *Herbrink* (C-98/91, Rec. 1994, p. I-223), apdo. 9; sentencia del TJUE del 20 de mayo de 2003, *ORF* (asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, Rec. 2003, p. I-4989), apdo. 68; sentencia del TJUE del 27 de junio de 2006, Parlamento / Consejo (C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769), apdos. 61 y ss., 104 y ss.

fuera inherente al derecho y era en ocasiones desarrollado de manera dogmática y autoritaria como una verdad única. Dicho programa académico ha sido caracterizado como no-democrático o elitista.⁴¹ A la luz de esta crítica, en la actualidad las construcciones doctrinales deben entenderse como posibilidades interpretativas para el ordenamiento, aplicación y desarrollo del derecho, pero no son portadoras de las verdades. Casi ningún científico del derecho sostiene hoy que los constructos doctrinales reflejan una unidad lógica pre-establecida del derecho primario o una y única filosofía de la integración de los tratados. Por ello es pertinente el concepto de *reconstrucción* doctrinal para este tipo de actividad científica. Además, la doctrina constitucional debe estar consciente del peligro de sobre-determinar el proceso político.

Estar consciente de los límites de la pretensión de verdad de la academia es especialmente necesario para las construcciones basadas en principios, debido a la apertura del conjunto de principios en general, a la apertura semántica de principios en particular y a la apertura en la determinación de cuál principio prevalece en casos de conflicto.⁴² Además, una doctrina de principios que resulta de la construcción doctrinal no puede ser idéntica a la práctica jurídica. Esto no significa insuficiencia sino que es prueba del posible contenido crítico de una construcción doctrinal. El proyecto de una ciencia jurídica crítica también puede ser desarrollado con instrumentos doctrinales, más bien, es una de sus funciones principales.⁴³ Ello conduce al segundo punto.

B. *El papel de la doctrina jurídica en la práctica jurídica*

En la afirmación arriba citada de la Corte Suprema de Canadá, los principios no solamente generan comprensión por medio de su capacidad de ordenar sino también proporcionan argumentos para la aplicación

⁴¹ Por ejemplo Kelsen, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1981 (reimpresión de la 2a. ed., 1929), p. 23; *id.*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1981 (reimpresión de la 2a. ed., 1928); Everson, M., "Is it just me, or is there an Elephant in the Room?", *ELJ*, 13, 2007, p. 136; Murkens, J., "The Future of Staatsrecht", *MLR*, 70, 2007, p. 731.

⁴² En relación con discursos de aplicación, véase Günther, K., *Der Sinn für Angemessenheit*, 1988, p. 300.

⁴³ Somek, A., *op. cit.*, nota 33, pp. 424, 431 y ss.

creativa del derecho. Esta orientación práctica es una característica adicional de las doctrinas de principios, siendo la ciencia jurídica una ciencia primordialmente práctica de acuerdo con la opinión prevaleciente. Los principios tienen diversas funciones en la aplicación del derecho.

Con frecuencia, los principios incrementan el número de argumentos que pueden ser empleados para debatir la legalidad de cierto acto. En esta función, pueden ser descritos como principios *jurídicos*, que trascienden los principios *estructurales*. Al ampliar el presupuesto argumentativo de la profesión jurídica, los principios fortalecen su autonomía *vis-à-vis* las instituciones políticas legislativas. Esto sucede sobre todo a través de una interpretación orientada por principios respecto de una norma relevante, sea de derecho primario o de derecho secundario.⁴⁴ Mediante el uso de los principios, la carga de la prueba corresponde con frecuencia a quien argumenta en contra del principio.⁴⁵ En ocasiones, sin embargo, el TJUE sobresimplifica las cosas: al caracterizar una disposición como un principio, ocasionalmente intenta justificar su interpretación amplia y la interpretación estrecha de una norma contradictoria.⁴⁶ Esto no es convincente desde una perspectiva metodológica; son necesarios los argumentos adicionales.⁴⁷

⁴⁴ En relación con la interpretación del derecho primario orientado por principios, véase las siguientes sentencias: Sentencia del TJUE del 3 de septiembre de 2008, *Kadi et al.*, *op. cit.*, nota 14, apdo. 303; Sentencia del TJUE del 25 de julio de 2002, *Union de Pequeños Agricultores* (C-50/00 P, Rec. 2002, p. I-6677), apdo. 44; Sentencia del TJUE del 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía et al.* (C-354/04 P, Rec. 2007, p. I-1579), apdos. 51 y ss.; Sentencia del TJUE del 27 de febrero de 2007, *Segi et al.* (C-355/04, Rec. 2007, p. I-1657) apdos. 51 y ss.; y en relación con la interpretación del derecho secundario orientado por principios, véase la Sentencia del TJUE del 27 de junio de 2006, *Parlamento / Consejo*, *op. cit.*, nota 40, apdo. 70 y ss.; Sentencia del TJUE del 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones* (C-305/05, Rec. 2007, p. I-5305) apdo. 28.

⁴⁵ Resulta ilustrativo el Caso de la sentencia del 9 de septiembre de 2003, *Kik* (C-361/01 P, Rec. 2003, p. I-8283), apdo. 82, en el cual el TJUE rechazó un principio; sobre este tema véase Mayer, F. C., “Europäisches Sprachenverfassungsrecht”, *Der Staat*, 44, 2005, pp. 367 y 394; al mismo tiempo, este artículo demuestra cómo se puede generar principios jurídicos por la ciencia jurídica.

⁴⁶ Esto es, el principio de un mercado común: Sentencia del TJUE del 19 de diciembre de 1961, *Comisión / Italia* (7/61, Rec. 1961), pp. 317 at 329; Sentencia del TJUE del 17 de junio de 1981, *Comisión / Irlanda* (113/80, Rec. 1981, p. 1625), apdo. 7.

⁴⁷ Larenz, K. y Canaris, C.-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995, pp. 175 y ss.; de manera convincente el Órgano de Apelación de la OMC, Sentencia del 16

A veces, un principio jurídico incluso se convierte en un estándar de legalidad en sí mismo.⁴⁸ Se trata, en general, de decisiones y aplicaciones particularmente creativas. Una doctrina de principios debe examinar las estructuras de los diversos modelos argumentativos, criticarlos y desarrollarlos.

Cabe destacar otro aspecto relevante de los principios en la práctica de un ordenamiento jurídico: el amplio ámbito de aplicación de los principios y su validez en diferentes órdenes jurídicos permite la generalización de estrategias innovadoras adoptadas en la concretización de los principios en casos particulares. De esta manera, los principios pueden ayudar al sistema jurídico a “aprender” y —en consecuencia— a desarrollarse. Sin embargo, al mismo tiempo, la ciencia jurídica debe resaltar los costos de tal autonomización, por ejemplo, a la luz del principio democrático.⁴⁹

Finalmente, debe notarse que una doctrina jurídica de principios es generalmente incapaz por sí sola de realizar una función muy importante: determinar lo legal y lo ilegal en un caso concreto. Esto ya resulta de la vaguedad general de los principios. Otra razón es que a menudo chocan dos principios en el conflicto concreto. La solución de tal conflicto de principios no puede ser determinada científica o jurídicamente, sólo puede ser estructurada. De ello deriva precisamente el motivo de la insatisfacción de algunos autores con las doctrinas orientadas por principios: no dan respuesta fijas, sino únicamente argumentos adicionales, lo que significa una pesadilla para quien busca soluciones veloces y fáciles.

C. Mantenimiento y desarrollo de una “infraestructura jurídica”

El elemento constructivo y el elemento práctico convergen en una función del constructivismo doctrinal que puede ser denominado como “mantenimiento del derecho como una infraestructura social”. Las sociedades contemporáneas utilizan el derecho como una infraestructura para su funcionamiento, como las autopistas o el teléfono. Toda infraestructura requiere continuo mantenimiento, y de esto se puede colegir la función

de enero de 1998, Medidas de la CE respectivas a carne y productos de carne (*Hormonas*) (asuntos combinados WT/DS26/AB/R, y WT/DS48/AB/R), apdo. 104.

⁴⁸ Para más detalles véase Tridimas, *op. cit.*, nota 3, pp. 29 y ss.

⁴⁹ Sobre este tema, véase *infra*, II 3.

social de la doctrina jurídica. Ante todo, se trata de conferir y garantizar la transparencia jurídica,⁵⁰ porque un derecho caótico no es capaz de funcionar racionalmente. Ello es de particular importancia en un orden jurídico fragmentado como el de la Unión Europea.

Además, la función de “mantenimiento de la infraestructura” desempeñada por la ciencia jurídica no es estática sino que exige participación en el desarrollo del derecho para mantenerlo alineado con las cambiantes relaciones sociales, intereses y creencias. A este respecto, los principios pueden desempeñar la función de “puertas” a través de las cuales el orden jurídico se vincula con el discurso social sobre cómo convivir; las instancias políticas por sí mismas no pueden garantizar tal desarrollo en las complejas sociedades contemporáneas. Esta vinculación es de singular relevancia para el derecho primario de la Unión, en razón de la pesadez del procedimiento del artículo 48, TUE. Por esta razón, el trabajo doctrinal no debe restringirse al análisis del derecho positivo, sino que debe tener por meta el desarrollo del derecho, llevando a cabo, en este sentido, un rol propositivo.⁵¹

Los principios constitucionales ayudan en este proceso toda vez que consienten una crítica inmanente del derecho positivo, la cual es una función esencial de la ciencia del derecho constitucional que tiene por objetivo el desarrollo del derecho positivo, ya sea a través del proceso de creación jurisprudencial o del proceso político. Los principios promueven la transparencia de la argumentación jurídica, son puertas para nuevas convicciones e intereses, y pueden ser agentes de la razón universal opuesta a racionalidades locales. Esta crítica interna difiere de la crítica política “de fuera” ya que está fraseada en términos jurídicos, está estrechamente conectada a la previa operación del sistema jurídico y puede así ser absorbida por este de forma más fácil. El título I del Tratado de la UE, sobre todo en su versión de Lisboa, tiene el carácter de un verdadero manifiesto e invita a hacer dicha crítica.

⁵⁰ Schuppert y Bumke, *op. cit.*, nota 28, p. 40.

⁵¹ Sobre la evolución del artículo 263.4, TFUE, a la luz del Estado de derecho, véase Bast, J., “Legal Instruments and Judicial Protection”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 345 y ss.

3. Dimensiones políticas

Los principios fortalecen un discurso jurídico autónomo, refuerzan la autonomía de los tribunales *vis-à-vis* la política y permiten un desarrollo interno del derecho que da la vuelta al artículo 48 del TUE. ¿Es esto aceptable a la luz del principio democrático?

La respuesta a esta pregunta tiene que distinguir entre la actividad de los tribunales y la de la ciencia jurídica. Para esta última, es necesario tener en cuenta que las construcciones doctrinales no son una fuente del derecho, sino que tienen solamente una naturaleza persuasiva. Asimismo, la ciencia jurídica puede invocar la libertad académica.⁵² Y hasta ahora la concepción de Max Weber según la cual sólo un orden jurídico conceptualizado y por ello racionalizado puede estructurar adecuadamente los procesos sociales y políticos en sociedades complejas, no ha sido refutada.

De ello deriva una legitimación funcional de esta perspectiva académica.⁵³ Sin embargo, la ciencia jurídica no debe dejar de tomar en consideración las posibles consecuencias de sus construcciones. Es necesario poner particular atención a la *problématique* del desarrollo del derecho a través de la práctica judicial, siendo los tribunales los destinatarios más importantes del constructivismo doctrinal.

En relación con el uso de principios por los tribunales, es necesario hacer notar que todo el derecho contemporáneo es derecho positivo. Positividad implica el dominio de órganos políticamente responsables:⁵⁴ el derecho es creado por el legislador o —en los sistemas de *common law* u otros casos de desarrollo judicial del derecho— está bajo su responsabilidad; la legislatura puede y está legitimada para corregir una situación jurídica que resulte del desarrollo judicial del derecho.⁵⁵

⁵² Comparada con la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*), su protección en el nivel europeo no tiene el mismo alcance, véase Galloux, J.-C., en Burgorgue-Larsen, L., et al (eds.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 2005, vol. II, artículo II-73, apdo. 12.

⁵³ Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, pp. 825 y ss.

⁵⁴ Böckenförde, E.-W., “Demokratie als Verfassungsprinzip”, en *id.* (ed.), *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, pp. 289 y 322.

⁵⁵ Sobre el *common law* véase Atiyah, P. y Summers, R., *Form and Substance in Anglo-American Law*, 1991, pp. 141 y ss.

Pero hay un caso especial: el derecho constitucional. El desarrollo judicial de este derecho que solamente puede ser modificado por el legislador bajo requisitos cualificados, es de esta manera muy relevante y por la misma razón un tema estándar de la ciencia del derecho constitucional.⁵⁶ No obstante, es generalmente aceptado que un cierto desarrollo judicial del derecho constitucional se justifica por la tarea asignada a los tribunales de resolver casos mediante sentencias; más que otra cosa, son sus límites los que están siendo debatidos.⁵⁷ Por tanto, el TJUE esboza su competencia para desarrollar el derecho respecto al procedimiento para reformar los tratados (artículo 48 TUE).⁵⁸ Los apartados III y IV de esta contribución habrán de ilustrar una lógica distintiva en cuanto a la demarcación de las áreas en las que los principios pueden ser usados para desarrollar el derecho judicialmente y aquéllas en las que éste no es el caso.

Otro argumento para la conceptualización jurídica de los conflictos políticos y sociales como conflictos de principios, es que ello puede conducir a su canalización y tal vez incluso a su racionalización. Los principios también pueden jugar un papel de apoyo para los discursos democráticos.⁵⁹ Asimismo, una decisión judicial que presenta un conflicto real como conflicto de principios y emplea la ponderación de principios es más inteligible para la mayoría de los ciudadanos que un razonamiento “técnico-jurídico” fraseado en lenguaje hermético que oscurece las valoraciones del tribunal. Concebir las controversias jurídicas como conflictos de principios permite la politización que debería ser bienvenida a la

⁵⁶ Bickel, A., *The Least Dangerous Branch*, 1962; para una perspectiva comparativa véase Haltern, U., *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*, 1998; sobre el TJUE desde una perspectiva interna véase Borhardt, K.-D., “Richterrecht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften”, en Randelzhofer, A. et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Professor Dr. Eberhard Grabitz*, 1995, p. 29.

⁵⁷ Sobre el desarrollo judicial del derecho por parte del TJUE, véase *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE) 75, pp. 223-243 (*Kloppenburg*).

⁵⁸ Sin embargo, y en relación con precisamente aquellos casos en los que la negación de un desarrollo judicial del derecho propuesto parecía venir bien al Tribunal, véase el dictamen del TJUE del 28 de marzo de 1996, *CEDH* (2/94, Rec. 1996, p. I-1759), apdo. 30 y la sentencia del TJUE del 25 de junio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores / Consejo*, nota 44, apdo. 44; sentencia del TJUE del 1 de abril de 2004, *Comisión / Jégo-Quéré* (C-263/02 P, Rec. 2004, p. I-3425), apdo. 36.

⁵⁹ Siedentop, L., *Democracy in Europe*, 2000, p. 100.

luz del principio democrático, ya que promueve el discurso público en las decisiones judiciales.

Principios como el de primacía y el de efecto directo son la clave para la constitucionalización del derecho comunitario.⁶⁰ Si la discusión sobre principios fundamentales y constitucionales es, no obstante, un fenómeno reciente, esto ha de ser explicado por la historia de la integración. La ruta hacia la integración no ha sido constitucional, sino más bien funcional.⁶¹ Los objetivos fueron determinados por los Tratados con suficiente claridad, permitiendo al discurso europeo desdoblarse de una manera pragmática y administrativa, sin la carga de argumentos ético-políticos, a saber, constitucionales.⁶² Esta orientación influyó decisivamente la construcción jurisprudencial. La concepción federal falló en ganar un mayor número de adeptos en la ciencia jurídica; perspectivas del derecho económico y del derecho administrativo fueron mucho más exitosas, por lo menos en Alemania. En otros países, el derecho europeo permanece durante décadas en manos de los internacionalistas.

El TJUE sólo lentamente desarrolló principios que limitan el poder de la Comunidad.⁶³ Tan tardíamente como en 1986, Pierre Pescatore, un juez de gran peso en el TJUE, aseveró que a pesar de que los principios de proporcionalidad, buena administración, seguridad jurídica, protección de los derechos fundamentales y derechos de defensa existían, ellos equivalían a “peu de chose”, “où on peut mettre tout et son contraire”.⁶⁴ Esto habría de cambiar profundamente. Debido al programa del mercado único y al Tratado de Maastricht, el debate sobre principios fundamentales y constitucionales europeos se desarrolló rápidamente.⁶⁵ Ello se regu-

⁶⁰ Véase el trabajo clásico de Stein, E., “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution”, *AJIL*, 75, 1981, p. 1.

⁶¹ Para más detalles véase Oeter, S., “Federalism and Democracy”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 55 y ss.

⁶² Sobre las distintas formaciones de discursos, véase Habermas, *op. cit.*, nota 25, pp. 159 y ss.

⁶³ Pescatore, P., *Le droit de l'intégration*, 1972, pp. 70 y ss.; Lecheler, H., *Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze*, 1971.

⁶⁴ Pescatore, P., “Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire”, en *id.*, *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, 2008, p. 691.

⁶⁵ Frowein, J. A., “Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien”, en Kaufmann, A. et al. (eds.), *Rechtsstaat und Menschenwürde*, 1988, p. 149; Gerkrath, J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, 1997, pp. 183 y ss.; Weiler, J. H. H., “European Neo-Constitutionalism”, *Political Studies*, 44, 1996, p. 517.

ló en el artículo 6o. UE del Tratado de Amsterdam de 1997, que constituye la base positiva más importante de los principios fundamentales europeos.

Finalmente, debe destacarse el papel de una doctrina de principios en la promoción de un entendimiento común de la Unión entre sus ciudadanos y en la formación de un consenso básico europeo sobre la operación de las instituciones europeas. Ciertamente, una doctrina de principios desarrollada por la ciencia jurídica no puede provocar directamente la creación de una identidad para amplios segmentos de la población.⁶⁶ Sin embargo, puede ser entendida como parte de un discurso público a través del cual la ciudadanía europea reconoce los cimientos de su comunidad política y un espacio público común.

En este discurso sobre la integración, los principios pueden asumir una función ideológica o apologetica. Una representación de la Unión a la luz de principios tiene ese potencial.⁶⁷ El Tratado de Lisboa es problemático al respecto pues presenta los principios fundamentales de la UE como “valores” y por ende como una expresión de convicciones éticas de los ciudadanos de la Unión (artículo 2o. TUE). Pero ¿qué sabemos de las convicciones éticas de los ciudadanos? Esta formulación del artículo 2o., TUE, se explica, más bien, por ser un intento de desviar el hecho de que el derecho europeo no goza de un consenso alcanzado en un verdadero proceso constituyente.

Los valores son presupuestos sociológicos relativos a las preferencias de los ciudadanos de la Unión. Resulta importante insistir sobre la diferencia entre derecho y ética, una línea divisoria esencial a la luz del principio de libertad.⁶⁸ Una postura axiológica, al asumirse un valor, puede fácilmente adquirir una dimensión paternalista.

⁶⁶ Snyder, F., “Editorial: Dimensions and Precipitates of EU Constitutional Law”, *ELJ*, 8, 2002, p. 315.

⁶⁷ Lenaerts, K., “In the Union We Trust”, *CML Rev*, 41, 2004, p. 317.

⁶⁸ Denninger, E., “Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflichtordnung”, en *id.* (ed.), *Der gebändigte Leviathan*, 1990, pp. 143 y 149. Es instructivo hacer la comparación con el debate de los Estados Unidos relativo a la *teoría de los derechos versus el convencionalismo moral*; sobre este tema véase Brest, P., “The Fundamental Rights Controversy”, *Yale Law Journal*, 90, 1981, p. 1063.

III. CUESTIONES GENERALES DE UNA DOCTRINA EUROPEA DE LOS PRINCIPIOS

1. *El objeto de estudio*

Principios en el derecho de la Unión Europea

A los autores de los Tratados⁶⁹ les gusta el término “principio”: es empleado de manera notablemente frecuente en la mayoría de las versiones en los distintos lenguajes. Las versiones en inglés y en español de los Tratados usan el término, en la versión del Tratado de Lisboa, 98 y 100 veces respectivamente. La Carta de Derechos Fundamentales emplea la palabra principio 13 veces en la versión en francés y 12 veces en sus versiones en inglés y en español. El contexto en el que este término es empleado es sumamente diverso, abarca desde el principio democrático (título II TUE) hasta los principios de los sistemas nacionales de seguridad social (artículo 153.4 TFUE).

En la versión en alemán, la palabra *principio* aparece de manera mucho menos frecuente, y cuando ello ocurre, es sobre todo en conexión con el principio de subsidiariedad. Esta atrofia de los principios en la versión en idioma alemán se debe al hecho de que, en lugar del *principle* del inglés o del *principio* del español, se emplea la palabra alemana *Grundsatz*; y esto también es válido para la versión en alemán de la Carta de Derechos Fundamentales.

Cabe preguntarse si la diversidad en las traducciones tiene algún significado particular. La utilización de dos términos en alemán en lugar de un término único en otro idioma como el inglés, francés o español puede aludir a una diferencia importante: piénsese por ejemplo en el concepto de decisión, que en alemán puede ser *Entscheidung* o *Beschluss*, siendo que decisión indica dos tipos de actos de la Unión Europea con regíme-

⁶⁹ Los términos “autores de los Tratados” o “hacedores de los Tratados” caracterizan a los Estados miembros como un colectivo, conforme al artículo 48, TUE. Sobre el término “autoridad fundamental de la Comunidad” véase Sentencia del TPI del 21 de abril de 2005, *Holcim / Comisión* (T-28/03, Rec. 2005, p. II-1357), apdo. 34; sentencia del TPI del 27 de junio de 2000, *Salamander et al. / Parlamento y Consejo* (T-172/98, Rec. 2000, p. II-2487), apdo. 75.

nes jurídicos diferentes.⁷⁰ Sin embargo, no existen indicios que hagan presumir algo similar para el binomio *Prinzip* y *Grundsatz*, de modo que en este trabajo, en conformidad con la doctrina y la práctica, se utilizan los términos como sinónimos.

El uso de la palabra *principio* en el texto del Tratado tiene un carácter atributivo. El legislador del Tratado asigna de esta forma una trascendencia reforzada al elemento relevante o incluso a disposiciones enteras y proporciona orientación al lector en un texto que es difícil de penetrar. Al mismo tiempo, generalmente un principio establece requisitos generales. La noción caracterizada como principio habrá de hacer afirmaciones sobre un todo, en tanto que tenga una connotación reflexiva. Además, los autores del Tratado con frecuencia identifican como principios elementos de una disposición que tienen un contenido bastante vago, incluso cuando se trata de principios no generales como aquéllos contenidos en el artículo 191.2 TFUE, o en el 317 TFUE.

En su influyente teoría, Alexy distingue entre principios y reglas y caracteriza a los primeros como mandatos de optimización que están sujetos a la ponderación.⁷¹ Ésta puede ser la razón por la que el Servicio Jurídico del Consejo identifica la primacía del derecho comunitario en la versión alemana como un “pilar fundamental” a efecto de hacerle inmune a la ponderación, mientras que la versión en inglés emplea el término “cornerstone principle”.⁷² Sin embargo, la diferenciación de categorías entre reglas y principios que subyace en esta teoría no es del todo convincente para el derecho de la Unión Europea y no será usada en esta contribución para caracterizar a los principios.⁷³

La calificación como principio *per se* no desencadena consecuencias jurídicas específicas. Esto puede ser demostrado de manera especialmente clara a través de la comparación entre los artículos 23 y 52.5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. El principio de igualdad del ar-

⁷⁰ Véase en detalle Bast, J., *Grundbegriffe der Handlungsformen der EU*, 2006.

⁷¹ Para más detalles, véase Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, 2006, pp. 75 y ss.

⁷² Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo Europeo, *Primacía del derecho comunitario* (Consejo Doc 11197/07); véase además Mayer, F., “Die Rückkehr der Europäischen Verfassung?”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 67, 2007, pp. 1141 y 1153; sobre la primacía como un principio véase Niedobitek, M., “Der Vorrang des Unionsrechts”, en Niedobitek, M. y Zemánek, J. (eds.), *Continuing the European Constitutional Debate*, 2008, pp. 63 y 65 y ss.

⁷³ Jakab, A., “Prinzipien”, *Rechtstheorie*, 37, 2006, p. 37.

tículo 23 de la Carta es un principio directamente justiciable.⁷⁴ El artículo 52.5 de la Carta, por otro lado, distingue explícitamente entre derechos justiciables y principios. Eso es prueba de la ausencia de una concepción general de lo que es un principio en el derecho de la Unión. Otra prueba es la asignación bastante fortuita de atribuciones tales como principios rectores (artículo 119.3 TFUE), principios uniformes (artículo 207.1 TFUE), principios fundamentales (artículo 153.4 TFUE), o principios generales (artículo 340.2 TFUE). Debemos analizar de manera individual cada uso en particular de la palabra principio, para identificar qué consecuencias jurídicas derivan de la norma, especialmente con respecto a los recursos jurídicos y la revisión judicial.⁷⁵

La palabra *principio* denota un término que no sólo es de derecho positivo de la UE, sino también de análisis jurisprudencial, sea teórico, sea doctrinal. Como se ha explicado en el apartado II.2, es indispensable para la realización de las tareas de la ciencia jurídica. Sin embargo, es muy controvertido el concepto mismo de “principio”; detrás del término se encuentran concepciones del derecho en competencia.⁷⁶ Ello está bien, debido a que la definición de un término jurisprudencial no trata de la verdad, sino de la conveniencia en vista del objetivo científico. Esto nos lleva a los principios fundamentales.

a. Los principios fundamentales de la Unión y su carácter constitucional

La presente contribución emplea “principios fundamentales” como un término de la ciencia jurídica para el efecto de identificar, en la tradición del constitucionalismo, aquellas normas del derecho primario que tienen una función normativa fundante para el orden jurídico de la Unión en su totalidad. Ellos determinan los cimientos legitimadores relevantes en vis-

⁷⁴ Véase la sentencia del TJUE del 19 de octubre de 1977, *Ruckdeschel* (asuntos acumulados 117/76 y 16/77, Rec. 1977, p. 1753), apdo. 7.

⁷⁵ Para más detalles véase Hilson, C., “Rights and Principles in EU Law”, *MJECL*, 15, 2008, pp. 193 at 215.

⁷⁶ Resulta fundamental el trabajo de Dworkin, *op. cit.*, nota 25, pp. 24 y ss.; Alexy, *op. cit.*, nota 71, pp. 72 y ss.; sobre el debate véase Guastini, R., *Distinguendo: Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, pp. 115 y ss.; Fernández Esteban, M. L., *The Estado de derecho in the European Constitution*, 1999, pp. 39 y ss.; Koskenniemi, M., “General Principles”, en *id.* (ed.), *Sources of International Law*, 2000, p. 359.

ta de la necesidad de justificar el ejercicio de la autoridad pública de la Unión Europea.⁷⁷ Los principios “fundamentales” expresan un marco normativo general de referencia para todo el derecho primario, y aún más, para todo el orden jurídico de la Unión. Esta concepción de principios fundamentales no captura todas las normas o elementos de normas denominadas “principio” en los Tratados o por el TJUE, sino solamente algunas normas que también son llamadas principios fundamentales o principios estructurantes en las Constituciones nacionales.⁷⁸

Es útil entender los principios fundamentales como principios constitucionales y tratarles como tales.⁷⁹ La Unión se convirtió en una Unión política en la década de los noventa del siglo pasado.⁸⁰ Después de debates prolongados, en 1997 los autores del Tratado fundaron la Unión sobre “los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, y el Estado de derecho” y por tanto sobre el programa nuclear del constitucionalismo liberal-democrático. Esto implica una decisión para la semántica constitucional, que ahora ha de ser elaborada por la doctrina constitucional.⁸¹ El contenido normativo del modo indicativo “se fundamenta” en el artículo 6.1 TUE (igualmente ahora el artículo 2o. TUE-Lisboa) corresponde al del modo indicativo “es” en el artículo 20.1 de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*), que también establece principios fundamentales cuya normatividad está más allá de toda duda.⁸²

Una comparación con el artículo F del Tratado de la UE en su versión de Maastricht de 1992 ilustra la relevancia de la decisión política de

⁷⁷ Sobre el término *principe fondateur* véase Molinier, *op. cit.*, nota 3, p. 24; y de manera similar Dworkin, *op. cit.*, nota 25, p. 22.

⁷⁸ Para un análisis más detallado véase Dreier, H., en *id.* (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2006, vol. II, artículo 20 (Einführung), apdos. 5 y 8; Reimer, F., *Verfassungsprinzipien*, 2001, pp. 26 y ss.

⁷⁹ El TJUE también hablaba de principios constitucionales del Tratado de la CE (ahora TFUE): Sentencia del TJUE del 3 de septiembre de 2008, Kadi *et al.* / Consejo y Comisión, *op. cit.*, nota 14, apdo. 285.

⁸⁰ Véase Everling, U., The European Union as a Federal Association of States and Citizens, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 701 y ss.

⁸¹ Beutler, B., en von der Groeben y Schwarze, *op. cit.*, nota 3, apdo. 1; Cruz Villalón, P., *op. cit.*, nota 13, p. 73, 143; Rengeling, H. W. y Szczekalla, P., *Grundrechte in der Europäischen Union*, 2004, apdos. 92 y ss.

⁸² El artículo 2o. del TUE lentamente se está convirtiendo en operativo; sobre la interpretación del derecho primario orientada por principios véase la sentencia del TJUE del 3 de septiembre de 2008, Kadi *et al.* / Consejo y Comisión, *op. cit.*, nota 14, apdo. 303.

1997. El artículo F está todavía formulado enteramente desde una perspectiva limitativa del poder de la Unión,⁸³ Pero no en una perspectiva inspirada en su fundamento normativo. Después, en 1997, los autores del Tratado establecieron el contenido normativo central sobre el cual la UE fue fundada en el artículo 6.1 de la UE. Al respecto, el contenido constitucional del artículo 6.1 de la UE excede con mucho la dimensión constitucional del Tratado de Maastricht. Ahora no sólo ha encontrado reconocimiento en derecho positivo un constitucionalismo europeo restrictivo, sino también uno constitutivo.⁸⁴ La perspectiva jurídica seguida aquí con su noción sustantiva acerca de lo que es un principio fundamental, explica la decisión política expresada en el Tratado de Ámsterdam en el sentido de que una Unión política europea ha de ser fundada sobre la base de postulados del constitucionalismo liberal-democrático.

Esta perspectiva se confirma en el título I del TUE-Lis en relación con los principios fundamentales de la relación federal entre la Unión y sus Estados miembros. Otros principios de derecho primario no pertenecen a estos principios fundamentales, pero pueden servir para concretizar sus contenidos.⁸⁵

Los postulados establecidos en el artículo 2o. TUE, tal como han sido reformados por el Tratado de Lisboa, a pesar de estar denotados como “valores”, han de ser entendidos como normas y principios jurídicos, como principios fundamentales. Usualmente, los principios se distinguen de los valores al ser estas últimas convicciones éticas fundamentales, mientras que los primeros son normas jurídicas. Debido a que los “valores” del artículo 2o. del TUE fueron acordados en el marco del procedimiento del artículo 48 de la UE y producen consecuencias jurídicas (por ejemplo artículos 3.1, 7, 49 TUE), son normas jurídicas, y en razón de que son generales y constitutivos, son principios fundamentales.⁸⁶ El empleo del término “valor” en el artículo 2o. TUE, en lugar de “principio”, junto con la oscura función normativa de la segunda frase de este artículo

⁸³ Molinier, *op. cit.*, nota 3, p. 29; *cf.* los principios discutidos por Tridimas y Groussot, *op. cit.*, nota 3.

⁸⁴ Sobre la distinción entre el constitucionalismo que da forma al poder y el que funda un orden (power-shaping and order-founding constitutionalism) véase Möllers, C., “Pouvoir Constituant-Constitution-Constitutionalism”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 169 y ss.

⁸⁵ *Cfr.* con más detalle *infra*, IV 1.

⁸⁶ Sobre la dificultad relativa del concepto de “valores”, véase *infra*, II 3.

así como las diferencias entre las diversas formulaciones de los valores postuladas,⁸⁷ ilustra la falta de certeza aún existente en cuanto a la identificación de los principios fundamentales europeos.

En razón de su naturaleza analítica, la calificación de una norma como principio fundamental no significa que otras comprensiones de la misma hayan de ser excluidas. Existen excelentes análisis sobre los mismos principios, por ejemplo, como principios administrativos.⁸⁸ Las perspectivas constitucional y administrativa se empalman en relación con el derecho público supranacional.

Puede uno preguntarse por qué este estudio califica jurídicamente los principios fundamentales como principios constitucionales sin *designarlos* como tales. Primero, esto se encuentra en línea con la judicatura: hasta hace poco tiempo, el TJUE ha usado el término “principio constitucional” solamente para normas constitucionales de los Estados miembros.⁸⁹ En la decisión *Kadi*, el término “principio constitucional” figura de manera prominente también en relación con el derecho comunitario,⁹⁰ subrayando la fuerza innovadora de esta sentencia. Más común hasta ahora, sin embargo, es la denominación como principio fundamental.⁹¹ Pero sobre todo, emplear el término amplio de principio constitucional para los principios presentados aquí como principios fundamentales, podría cuestionar el carácter constitucional de otros principios de derecho primario, lo cual no es el objetivo de la presente contribución.

⁸⁷ Comparar el tercer recital del Preámbulo del TUE y el artículo 6.1 del TUE con el artículo 2o. TUE-Lis y el segundo recital del Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

⁸⁸ Véase della Cananea, G., “Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali”, en *id.* (ed.), *Diritto amministrativo europeo*, 2006, pp. 1 y 17 y ss.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia del 14 de octubre de 2004, *Omega* (C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609), apdo. 12; sentencia del Tribunal de Justicia del 1o. de julio de 2008, *MOTOE* (C-49/07, Rec. 2008, p. I-04863), apdo. 12. Ocasionalmente, un abogado general emplea este término para el derecho de la UE, AG Kokott en el Caso *Berlusconi et al.* (asuntos acumulados C-387/02, 391/02 y 403/02, Rec. 2005, p. I-3565), apdo. 163.

⁹⁰ Sentencia del TJUE del 3 de septiembre de 2008, *Kadi et al.* / Consejo y Comisión, *op. cit.*, nota 14, apdo. 285.

⁹¹ Sentencia del TJUE del 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. 1996, p. I-1029), apdo. 27; sentencia del TJUE del 21 de febrero de 2006, *Hailfax* (C-255/02, Rec. 2006, p. I-1609), apdo. 92; sentencia del TJUE del 11 diciembre de 2007, *International Transport Worker’s Federation* (C-438/05, Rec. 2007, p. I-10779), apdo. 68; sentencia del TJUE del 22 de mayo de 2008, *Ampliscientifica* (C-162/07, Rec. 2008, p. I-04019), apdo. 25.

En el derecho de la Unión debe hacerse una distinción entre principios, en particular los principios fundamentales, y los objetivos. La Unión “se fundamenta” en principios (artículo 2o. TUE), y los principios limitan las acciones de los Estados miembros y de la Unión. Los objetivos, por su parte, estipulan los efectos buscados en la realidad social. La conjunción de objetivos y principios como, por ejemplo, en el artículo 3.1 TUE, no debilita la utilidad de esta distinción. La separación de los objetivos de la integración y los principios constitucionales también es sugerida por las deficiencias de una aproximación funcionalista a la integración europea.⁹²

b. Principios de derecho internacional público

El análisis académico sobre el derecho internacional público opera, también,⁹³ con el término “principio constitucional”, y ello hace surgir la pregunta de si los principios generales de derecho internacional público o los principios de algunos importantes Tratados, en particular la Carta de las Naciones Unidas, las convenciones de derechos humanos o el Acuerdo de la OMC, deben ser incluidos en un análisis de los principios fundamentales de la Unión. El artículo 3.5 TUE, así como el artículo 21 TUE, pueden ser entendidos en este sentido, e incluso ahora los Tratados internacionales tienen un rango superior al derecho derivado, de acuerdo al artículo 216.2 TFUE; ello también es aplicable a los principios generales de derecho internacional.⁹⁴

Sin embargo, un estudio detallado de la jurisprudencia muestra que, con excepción de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH),⁹⁵ las normas de derecho internacional no juegan un papel decisivo para el ejercicio de la autoridad pública por parte de la Unión; consecuentemente, no serán discutidas en esta contribución. Esta

⁹² Véase *supra*, II 3.

⁹³ Kadelbach y Kleinlein, *op. cit.*, nota 17.

⁹⁴ Sentencia del TJUE del 16 junio de 1998, *Racke* (C-162/96, Rec. 1998, p. I-3655), apdos. 45-51.

⁹⁵ Véase *infra*, V 2 y 4. Nótese el rechazo a reconocer efecto directo en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar en la sentencia del TJUE del 3 de junio 2008, *Intertanko* (C-308/06, Rec. 2008, p. I-04057), apdos. 42 y ss.; sobre este tema, véase Uerpmann-Witzack, R., “The Constitutional Role of International Law”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 131 y ss.

decisión básica se expresa ya en la sentencia del caso *Costa vs. ENEL*: mientras la sentencia *van Gend* en 1963 caracterizó al derecho comunitario como “un nuevo orden jurídico de derecho internacional”, a partir de *Costa* en 1964 el TJUE solamente habla de un “nuevo orden jurídico” *tout court*.⁹⁶ La *comprensión* prevaleciente sobre el constitucionalismo europeo no le concibe como una sub-categoría de un constitucionalismo internacional general.⁹⁷ En este texto se comparte dicho criterio, toda vez que concibe a la Unión Europea como una nueva forma de poder político y jurídico.

2. *Sobre el papel de los principios constitucionales de los Estados miembros*

De acuerdo al concepto de autonomía del derecho de la Unión, el presente estudio examina solamente los principios fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, este enfoque no debe olvidarse de su contexto jurídico, consistente en las Constituciones de los Estados miembros. El derecho constitucional de la Unión puede ser entendido como una Constitución parcial o como una Constitución complementaria que, junto con las Constituciones de los Estados miembros, forma el espacio constitucional europeo.⁹⁸ En términos de derecho positivo de la Unión, esta interconexión y la relevancia jurídica de las Constituciones de los Estados miembros resulta, por ejemplo, de los artículos 48.4, 4.2 y 6.3 TUE. Además, los principios de los Estados miembros, por ejemplo bajo la forma del artículo 23.1 de la Ley Fundamental de Alemania, refuerzan los principios de la Unión.⁹⁹ Incluso algunos sostienen que la sustancia

⁹⁶ Se puede citar la sentencia del TJUE del 3 de septiembre de 2008, *Kadi et al. / Consejo y Comisión*, *op. cit.*, nota 14, apdo. 316.

⁹⁷ Véase d'Aspremont, J. y Dopagne, F., “Two Constitutionalisms in Europe”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 68, 2008, p. 939.

⁹⁸ Huber, P. M., “Offene Staatlichkeit: Vergleich”, en von Bogdandy *et al.*, *op. cit.*, nota 9, § 26, apdo. 109; Peters, A., *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, pp. 209 y 219.

⁹⁹ Para un análisis detallado véase Grabenwarter, C., “National Constitutional Law Relating to the European Union”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 83 y ss.

constitucional del espacio constitucional europeo se asienta sobre las cláusulas de integración nacionales.¹⁰⁰

Una cuestión clave para la doctrina de principios de la Unión Europea (y de hecho para el derecho constitucional europeo como un todo) es la relativa a la capacidad y las condiciones conforme a las cuales, los conocimientos de las ciencias jurídicas nacionales pueden ser empleadas para el efecto de desarrollar los principios supranacionales.¹⁰¹ Algunos niegan tal posibilidad, sosteniendo que la nueva forma de gobernanza requiere de un “pensamiento sin precedentes”.¹⁰² No obstante, esta afirmación entra en colisión con la práctica, tal vez incluso con la naturaleza misma del pensamiento jurídico que, en su esencia, es comparativo.¹⁰³

Asimismo, tampoco es necesario renunciar a tal comparación pues existe suficiente similitud entre los órdenes jurídicos supranacional y nacionales. Las Constituciones de la Unión y de los Estados miembros enfrentan el mismo problema central: el fenómeno de un poder público unilateral como el corazón de cada orden constitucional.¹⁰⁴ Tanto las autoridades públicas de la Unión como las de los Estados miembros pueden limitar a un ciudadano sin su consentimiento. Esta unilateralidad, que choca con el postulado normativo central de la modernidad, la libertad individual, es el problema central del derecho constitucional contemporáneo. El derecho constitucional de la Unión, al igual que el estatal, se ocupa primero y de manera principal, de la creación, organización y limitación de esta problemática unilateralidad. La mayor parte de los principios constitucionales, sino es que todos, están eventualmente implicados en esta cuestión. En vista de esta identidad de tópicos, existe un grado suficiente de similitud para justificar la comparación entre ambos ordenamientos.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Kaufmann, K., “Integrierte Staatlichkeit als Staatsstrukturprinzip”, *Juristenzeitung*, 1999, p. 814.

¹⁰¹ Dehousse, R., “Comparing National and EC Law”, *AJCL*, 42, 1994, pp. 761, 762 y 771 y ss.; Ziller, J., “National Constitutional Concepts in the New Constitution for Europe”, *European Constitutional Law Rev*, 1, 2005, p. 452.

¹⁰² Schuppert, G. F., “Anforderungen an eine europäische Verfassung”, en Klingemann, H.-D. y Neidhardt, F. (eds.), *Zur Zukunft der Demokratie*, 2000, pp. 237 y 249.

¹⁰³ Véase Schmidt-Aßmann, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2004, p. 4; Dann, *op. cit.*, nota 16, pp. 1453 y ss.

¹⁰⁴ MacCormick, N., *Questioning Sovereignty*, 1999, pp. 138 y ss.

¹⁰⁵ *Cf.* von Danwitz, T., “Vertikale Kompetenzkontrolle in föderalen Systemen”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 113, 2006, pp. 510 y 517.

Sin embargo, una simple transferencia de conceptos y significados del contexto estatal en muchas ocasiones no sería adecuado para los asuntos que surgen en el contexto de la UE. La transferencia de conceptos constitucionales de un Estado miembro en lo individual, se previene por el principio establecido en el artículo 4.2 TUE, a saber, la igualdad de las 27 Constituciones de los Estados miembros. Al mismo tiempo, la búsqueda de un común denominador europeo de conceptos nacionales puede ser solamente parte de la solución. Ello se debe, por un lado, al hecho de que las Constituciones de los Estados miembros difieren considerablemente, y es bastante improbable que pueda encontrarse respuestas coherentes en relación con una cuestión concreta.¹⁰⁶ Asimismo, cada analogía y transferencia debe reflejar el hecho de que la Unión no es un Estado, sino una nueva forma de orden político y jurídico. Los principios constitucionales deben reflejar esta particularidad. Una doctrina de principios europeos debe por tanto liberar a los conceptos jurídicos que constituyen, organizan y limitan el ejercicio de la autoridad pública de su fijación estatal y extrapolar su contenido relacionándolo con el constitucionalismo europeo y con vista a la Unión. La concepción de que la Unión no es un Estado (y probablemente no debería convertirse en uno) sólo incita a realizar esta extrapolación, pero no prescribe ninguna dirección específica. La concretización de la naturaleza *sui generis* de la Unión depende de este desarrollo, lo que constituye un reto especial para una doctrina de principios. Las partes IV y V de este trabajo se orientan en esta perspectiva y proponen una doctrina que da lugar a la tesis del *sui generis*.

Resulta importante para la comprensión de los principios fundamentales tener en consideración que el derecho constitucional de la Unión y de los Estados miembros son diferentes, por el hecho de que el derecho constitucional estatal descansa sobre un grado mucho mayor de unidad política¹⁰⁷ que el del derecho constitucional de la Unión, tanto conceptual como prácticamente.¹⁰⁸ Ciertamente, existe unidad política en la Unión, en la medida en que la paz tiene un status jurídico y existe una organiza-

¹⁰⁶ Para más detalles, véase *infra*, IV 3 b.

¹⁰⁷ Bélgica puede ser una excepción debido a su profunda y larga crisis constitucional.

¹⁰⁸ Para un análisis más detallado véase Vesting, T., *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, 1990, pp. 23 y ss.; Möllers, C., *Staat als Argument*, 2000, pp. 230 y ss.

ción política común, cuyas normas son generalmente obedecidas incluso en el caso de decisiones adoptadas por mayoría. La noción de unidad política, sin embargo, comprende aspectos adicionales que no se encuentran en el nivel europeo. Por ejemplo, el ejercicio de poder por parte de la Unión difícilmente puede ser interpretado como la voluntad o el auto-gobierno de un pueblo (o una nación). Asimismo, los referenda de los últimos años han ilustrado claramente los límites de la voluntad de unidad. Además los elementos contractualistas¹⁰⁹ y la prominencia de los Estados miembros y sus pueblos deben dar forma de manera decisiva a la comprensión y concretización de los principios fundamentales. La naturaleza *sui generis* de los principios fundamentales se basa en el hecho de que los Estados miembros son en su mayor parte Estados nacionales desarrollados, que están conscientes de su identidad y que, a pesar de apoyar la idea de una comunidad política europea, no desean transformarse en autoridades regionales subordinadas en un Estado federal europeo. Esta comprensión es especialmente clara en la primera enunciación innovadora del Tratado de la UE en su versión de Lisboa (artículo 1.1 TUE). Todo ello significa que haya una menor unidad política a nivel europeo.

En este contexto, los principios constitucionales de los Estados miembros son relevantes para un discurso sobre principios de la Unión de dos maneras en particular: primero, los principios estatales hacen surgir cuestiones cuyas respuestas deben ser encontradas a nivel de la UE (que *per se* es muy importante pues permite formular los cuestionamientos adecuados al ser una contribución esencial en el camino del conocimiento); y segundo, las doctrinas estatales de principios, en toda su diversidad, ofrecen una plétora de comprensiones posibles que pueden fomentar el desarrollo y concretización de los principios de la Unión. Por tanto, los principios constitucionales de los Estados miembros desempeñan una función discursiva importante. Pero no sólo los de los Estados miembros: el derecho constitucional de las Federaciones complejas como los Estados Unidos y Canadá, así como también India o México, pueden propor-

¹⁰⁹ Esto podría explicar el renacimiento del pensamiento contractualista; véase Frankenberg, G., "The Return of the Contract", *King's College Law Journal*, 12, 2001, p. 39; Pernice, I. *et al.*, "Renewing the European Social Contract", *King's College Law Journal*, 12, 2001, p. 61.

cionar estímulos valiosos.¹¹⁰ El estudio de la Unión Europea lleva a una nueva dimensión de la comparación jurídica.

*Principios fundamentales uniformes en relación
con un derecho primario heterogéneo*

Los principios establecidos en el título I del TUE son válidos para todo el derecho de la Unión, a saber, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta validez general no es cuestionable bajo el artículo 2o. TUE, pero era dudoso bajo el derecho anterior, en particular con referencia a la llamada “estructura de los pilares” de los Tratados (TCE, título V y título VI del TUE-Ámsterdam). De hecho, los títulos V y VI del Tratado de la UE no se correspondían en todo aspecto con el llamado método de la comunidad, incluyendo supranacionalidad, efecto directo y amplio control judicial europeo. El Tratado de Lisboa ofrece un progreso considerable respecto a la sistematización y reduce esta fragmentación,¹¹¹ aunque no la supera totalmente, como lo demuestra el Protocolo sobre la posición especial del Reino Unido y de Polonia en relación con la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales.¹¹²

El presupuesto de unidad jurídica del derecho de la Unión también puede justificarse a través del principio de coherencia, que a su vez se basa en el principio de igualdad. En el plano positivo, encuentra sus bases en el principio de igualdad (artículo 20 de la Carta) y en disposiciones tales como los artículos 13.1 TUE y 256.2 y 3 TFUE. Este principio de coherencia constituye el punto de partida para la construcción de un sistema jurídico por parte de la labor académica, para la construcción de la “unidad” del sistema. También permite una crítica, una crítica inherente al derecho, es decir, una crítica de un legislador que aplica diferentes lógicas de regulación en cuestiones similares o de una jurisprudencia que trata casos parecidos en una manera desigual o que produce líneas juris-

¹¹⁰ Cfr. entre otros Nicolaidis, K. y Howse, R. (eds.), *The Federal Vision*, 2001.

¹¹¹ Streinz, R. et al., *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 2008, pp. 33 y ss.

¹¹² Se pueden encontrar sugerencias para hacer frente a esta situación en Dougan, *op. cit.*, nota 11, pp. 617 y 665 y ss.; de acuerdo con Hanebeck no es precisamente excepcional, véase Hanebeck, A., “Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber”, *Der Staat*, 41, 2002, p. 429.

prudenciales que llevan a la fragmentación del derecho. Al mismo tiempo hay que subrayar que la coherencia no es un principio con primacía general; pueden existir buenas razones para que existan divergencias.¹¹³

Una doctrina general de principios es por lo tanto posible. Habiendo sido derrotada esta objeción básica, la determinación de cuáles disposiciones pueden ser consideradas como concretizadoras de principios abstractos puede, sin embargo, parecer problemática, en vista de la fragmentación del derecho primario. Teóricamente, tanto el procedimiento de co-decisión del artículo 14 TUE, como la competencia autónoma para la toma de decisiones del Consejo bajo el requisito de unanimidad, pueden ser entendidos como realizaciones del principio democrático. Esta contribución sostiene que el caso estándar supranacional, también llamado método de la Comunidad,¹¹⁴ puede justificadamente ser usado para el desarrollo de una doctrina de principios de la Unión. El Tratado de Lisboa confirma esta tesis con la introducción de un “procedimiento legislativo ordinario” en el artículo 289 TFUE.¹¹⁵

Una comprensión ubicada en la línea de la tradición del constitucionalismo liberal-democrático como la defendida en este trabajo, ha de esforzarse por expandir la idea que subyace en el Tratado de la UE en su versión de Lisboa, de una Constitución representativa con separación de poderes y protección de derechos fundamentales hacia todas las áreas y protocolos del derecho primario. No habrá de esforzarse, por el contrario, por extender las competencias de la Unión a expensas de los Estados miembros o para anular reglas específicas. Una doctrina general de principios no debe minimizar reglas sectoriales que siguen razones específicas. Hacer lo contrario equivaldría a infringir un principio fundamental importante: los artículos 1o., 4o. y 48 TUE, muestran claramente que la

¹¹³ Para un análisis detallado véase Chirico, F. y Larouche, P., “Conceptual Divergence, Functionalism, and the Economics of Convergence”, en Prechal, S. y van Roermund, B. (eds.), *The Coherence of EU Law*, 2008, p. 463.

¹¹⁴ Así denominado en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa; sobre este tema véase Calliess, C., en *id.* y Ruffert, M. (eds.), *Verfassung der Europäischen Union*, 2006, Art I-1 VVE, apdos. 47 y ss.; sobre el método de la Comunidad, véase Bast, J., “The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution”, *German Law Journal*, 6, 2005, pp. 1433 y 1444 y ss.

¹¹⁵ En esta dirección apunta la sentencia del TJUE del 6 de mayo de 2008, Parlamento/Consejo (C-133/06, Rec. 2008, p. I-03189), apdo. 63; con un enfoque novedoso véase Lenaerts, K., por ejemplo: Sénat et Chambre des représentants de Belgique (eds.), *Les finalités de l'Union européenne*, 2001, pp. 14 y 15.

dinámica constitucional debe permanecer bajo el control de los respectivos Parlamentos nacionales.¹¹⁶ Una argumentación basada en principios desvinculada de disposiciones concretas de los Tratados desvirtuaría elementos esenciales del derecho constitucional de la Unión: la Constitución de la UE es una Constitución de detalles; esto se corresponde con la heterogeneidad de sus bases política y social.¹¹⁷ La plétora de detalles expresa esta diversidad, pero también la desconfianza y el deseo de control de los Estados miembros.

IV. PRINCIPIOS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA UNIÓN Y SUS ESTADOS MIEMBROS

1. *La creación de unidad bajo el principio del Estado de derecho*

A. Estado de derecho y derecho supranacional

Entre los principios fundamentales del artículo 2o. TUE, el principio del Estado de derecho tiene la mayor relevancia operativa para el derecho de la Unión. De acuerdo con las tesis orientadoras de esta contribución, es decir, que los principios fundamentales de la Unión pueden ser explicados mejor desde la perspectiva de la relación entre la Unión y los Estados miembros, el principio de Estado de derecho será ahora desarrollado, siguiendo la referida línea. La presentación correspondiente mostrará tanto continuidad como innovación *vis-à-vis* el pensamiento constitucional estatal, y arrojará nueva luz —constitucional— sobre el *acquis communautaire*.

La unidad es constitutiva respecto de la diversidad.¹¹⁸ Consecuentemente, los principios que promueven la unidad fueron los primeros en

¹¹⁶ Dictamen del TJUE del 28 de marzo de 1996, *CEDH, op. cit.*, nota 58, apdos. 10 y ss.; sentencia del TJUE del 5 de octubre 2000, *Alemania / Parlamento y Consejo* (C-376/98, Rec. 2000, p. I-8419).

¹¹⁷ Piris, J. C., *The Constitution for Europe*, 2006, p. 59. Esto ciertamente no excluye las racionalizaciones en muchos puntos, véase de Witte, B., “Too Much Constitutional Law in the European Union’s Foreign Relations?”, en Cremona, M. (ed.), *EU Foreign Relations Law*, 2008, pp. 3 y 7.

¹¹⁸ Hegel, G. W. F., *Wissenschaft der Logik I*, 1932 (originalmente 1812, ed. Lasson), p. 59.

desarrollarse en el proceso de integración. En una reconstrucción constitucionalista, el Estado de derecho parece ser el principio más importante que promueve la unidad.¹¹⁹ Ha sido el primer principio constitucional clásico en ser invocado por el derecho comunitario. Joseph H. Kaiser declaró programáticamente en 1964 que la creación de un Estado europeo basado en el principio del Estado de derecho es “la tarea de nuestro tiempo”.¹²⁰ Ciertamente, un Estado europeo no existe, pero hay un principio del Estado de derecho, una terminología poco feliz. La mayoría de los sistemas jurídicos subsumen los elementos pertinentes bajo un término igual o similar al del Estado de derecho, *Rechtsstaatlichkeit* o *l'état de droit*; casi todas las versiones del Tratado de la UE en los distintos lenguajes emplean de manera similar la terminología vinculada a la palabra *Estado*. Esta terminología es engañosa, debido a la inclusión del elemento de estatalidad.¹²¹ Parecería más adecuado usar un término como “primacía de derecho” (*prééminence du droit* o *Herrschaft des Rechts*).¹²²

El principio del Estado (o primacía) de derecho es fundamental para la trayectoria tomada por la integración. Constituye una *differentia specifica* importantísima en vista del derecho internacional. El principio de Estado de derecho permite una interpretación constitucional de la jurisprudencia del TJUE que desde el inicio de la década de los sesenta del siglo XX ha buscado la juridificación del proceso de integración y la autonomización del derecho europeo respecto a los actores políticos y administrativos.¹²³ En tanto principio, tiene “vida propia”, y ha sido el apoyo para desarrollos de largo alcance del derecho que han transforma-

¹¹⁹ Véase Weber, A., “Principio de Estado de derecho como principio constitucional común europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 2008, pp. 27 y ss.

¹²⁰ Kaiser, J. H., “Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 23, 1966, pp. 1 y 33. Para un desarrollo constitucional similar en Alemania en el siglo XIX, véase Böckenförde, E.-W., *Recht, Staat, Freiheit*, 1992, pp. 143 y ss.

¹²¹ Zuleeg, M., en von der Groeben y Schwarze, *op. cit.*, nota 3, artículo 1 EC, apdo. 4.

¹²² Gerkrath, *op. cit.*, nota 65, p. 347.

¹²³ Véase el trabajo clásico de Weiler, J. H. H., “The Community System”, *YEL*, 1, 1981, p. 267.

do¹²⁴ y constitucionalizado¹²⁵ Europa. Obviamente, los jueces europeos competentes, al igual que los jueces nacionales, opinaban y siguen opinando que ellos mismos tienen el mandato de juridificar la integración incluso ante la ausencia de parámetros jurídicos claros.

En contra de esta forma de entender el principio de Estado de derecho puede objetarse que el TJUE emplea con muy poca frecuencia el término “Estado de derecho”; ha sido empleado apenas recientemente en unas cuantas sentencias.¹²⁶ Una búsqueda con EUR-Lex genera solamente 16 resultados.¹²⁷ Lo mismo es cierto para el derecho comunitario o “Rechtsgemeinschaft”, la famosa noción creada por Walter Hallstein¹²⁸ que interpreta a la Comunidad a la luz de los postulados del Estado de derecho, evitando la controvertida alusión a un elemento de estatalidad. Incluso este concepto clave de la ciencia jurídica¹²⁹ ha sido usado por el TJUE (abogados generales incluidos) solamente 78 veces.¹³⁰

Sin embargo, la terminología específica del TJUE así como las motivaciones históricas son secundarias para la construcción académica. El factor decisivo para el constructivismo doctrinal se encuentra más bien en el valor cognitivo de una conceptualización del material jurídico basada en principios. Más adelante se mostrará que los conceptos jurídicos que hacen funcionar el derecho comunitario encuentran su base constitucional adecuada en el principio de Estado de derecho.

¹²⁴ Esencial en este tema es el trabajo de Weiler, J. H. H., “The Transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, 100, 1991, p. 2403.

¹²⁵ Grabitz, E., “Der Verfassungsstaat in der Gemeinschaft”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 92, 1977, pp. 786-791; Stein, *op. cit.*, nota 60.

¹²⁶ *Cfr.* especialmente la sentencia del TJUE del 3 de mayo 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW* (C-303/05, Rec. 2007, p. I-03633), apdo. 45.

¹²⁷ El buscador *www.curia.eu* para la palabra “Rechtsstaat” registra 30 resultados en los últimos 11 años. Por tanto, los datos arrojados por Eur-Lex no son muy confiables. No obstante, para los propósitos del presente argumento son suficientes.

¹²⁸ Hallstein, W., *Die Europäische Gemeinschaft*, 1973, pp. 31 y ss.; *id.*, *Der unvollendete Bundesstaat*, 1969, pp. 33 y ss.; Fernández Esteban, *op. cit.*, nota 76, pp. 154 y ss.

¹²⁹ Para un análisis más detallado véase Baer, S., “Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel”, en Schmidt-Aßmann, E. y Hoffmann-Riem, W. (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, p. 223.

¹³⁰ De manera más conocida en la sentencia del TJUE del 23 de abril de 1986, *Les Verts / Parlamento*, *op. cit.*, nota 10, apdo. 23.

B. Principio de eficacia

La primera condición para un verdadero Estado de derecho es la eficacia del derecho, en particular por parte de las autoridades públicas. Para alcanzar esto, el TJUE ha desarrollado en numerosas decisiones institutos y conceptos jurídicos que fomentan la obediencia de los Estados miembros como los destinatarios más importantes del derecho comunitario.

A la fecha, el TJUE ha empleado el argumento de la eficacia del derecho comunitario en 10,543 ocasiones. La eficacia o *effet utile* (útil, práctica, completa) puede ser interpretada como un principio creado por los jueces que, más que cualquier otro principio, estructura la relación entre la Unión y sus Estados miembros.¹³¹ Compromete a los Estados miembros a realizar los objetivos de una disposición del derecho comunitario y puede generar las consecuencias jurídicas requeridas en casos de conflicto, ya que deben conseguirse los objetivos comunitarios.¹³² Ello comprende todos los institutos judicialmente desarrollados transmitiendo eficacia al derecho comunitario en los órdenes jurídicos de los Estados miembros; éstos, a su vez, constituyen normas importantes y por tanto principios. Los institutos jurídicos más relevantes son: la autonomía del derecho comunitario,¹³³ efecto directo (de las disposiciones¹³⁴ de los Tra-

¹³¹ Prechal, S., “Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union”, en Barnard, C. (ed.), *The Fundamentals of EU Law Revisited*, 2007, p. 35; Streinz, R., “Der «effet utile» in der Rechtsprechung des EuGH”, en Due, O. et al. (eds.), *Festschrift für Ulrich Everling*, 1995, vol. II, p. 1491.

¹³² Para más detalles véase Accetto, M. y Zleptnig, S., “The Principle of Effectiveness”, *European Public Law*, 11, 2005, p. 375; además García, R. A., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2007, pp. 195 y ss.

¹³³ Sentencia del TJUE del 15 de julio de 1964, *Costa / E.N.E.L.* (6/64, Rec. 1964), pp. 1269 y ss.; Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D. J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 2004, pp. 389 y ss., p. 389: “principio de la autonomía del derecho comunitario”; sobre las variadas dimensiones de esta autonomía véase Peters, *op. cit.*, nota 98, pp. 242 y ss.

¹³⁴ Sentencia del TJUE del 5 de febrero de 1963, *van Gend & Loos*, nota 29, pp. 33 y ss.; sentencia del TJUE del 3 de septiembre de 2008, *Kadi et al. / Consejo y Comisión*, *op. cit.*, nota 14, apdo. 282.

tados, decisiones,¹³⁵ directivas,¹³⁶ y obligaciones internacionales¹³⁷), primacía,¹³⁸ y la aplicación efectiva y uniforme por parte de las autoridades de los Estados miembros,¹³⁹ así como el concepto de responsabilidad del Estado con base en el derecho comunitario.¹⁴⁰

Desde una perspectiva constitucional estatal, esta construcción puede causar sorpresa, ya que el principio del Estado de derecho está generalmente asociado con la restricción más que con la constitución de la autoridad. Sin embargo, el primer elemento del principio del Estado de derecho es el verdadero Estado de derecho, es decir, la eficacia de las normas jurídicas. Una comprensión constitucional del derecho primario de la Unión presupone que la Unión realmente ejerce autoridad pública, implicando con ello que el derecho de la UE no depende de la disposición de obedecer de parte de los destinatarios en cada caso. Al mismo tiempo, el principio desempeña una función legitimadora: por un lado, la eficacia es indispensable para la llamada producción de la legitimidad de *output* de la Unión; por otro lado, la aplicación uniforme del derecho es indispensable para el logro de la igualdad jurídica.¹⁴¹

La eficacia del derecho de la UE de ninguna manera es auto-evidente, dada su génesis en el derecho internacional: en el derecho internacional público existen numerosos tratados, siendo uno de ellos la Carta de las

¹³⁶ Sentencia del TJUE del 6 de octubre de 1970, *Grad* (9/70, Rec. 1970, p. 825), apdo. 5; en cuanto a esto Grabitz, E., “Entscheidungen und Richtlinien als unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht”, *Europarecht*, 1971, p. 1.

¹³⁷ Sentencia del TJUE del 19 de enero de 1982, *Becker* (8/81, Rec. 1982, p. 53), apdos. 29 y ss.

¹³⁸ Sentencia del 30 de abril de 1974, *Haegeman* (181/73, Rec. 1974, p. 449), apdos. 2 y ss.

¹³⁹ Sentencia del TJUE del 15 de julio de 1964, *Costa / E.N.E.L.*, nota 133, pp. 1269 y ss.; sentencia del TJUE del 6 de marzo de 1979, *Simmmenthal / Comisión* (92/78, Rec. 1979, p. 777), apdo. 39; sentencia del TJUE del 19 de junio de 1990, *Factortame* (C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433), apdo. 18; sentencia del TJUE del 11 de enero de 2000, *Kreil* (C-285/98, Rec. 2000, p. I-69).

¹⁴⁰ Sentencia del TJUE del 21 septiembre 1983, *Deutsche Milchkontor* (asuntos acumulados 205–215/82, Rec. 1983, p. 2633), apdo. 22; sentencia del TJUE del 10 de julio de 1997, *Palmisani* (C-261/95, Rec. 1997, p. I-4025), apdo. 27.

¹⁴⁰ Sentencia del TJUE del 19 noviembre de 1991, *Francovich*, *op. cit.*, nota 30, apdos. 33 y ss.

¹⁴¹ Nettesheim, M., “Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts”, en Ranzelzhofer *et al.*, *op. cit.*, nota 56, pp. 447 y 448 y ss.

Naciones Unidas, cuya eficacia *vis-á-vis* sus instituciones así como los Estados parte, es problemática.

En esto también se encuentra una diferencia de gran relevancia entre la Unión como portadora de autoridad pública y un Estado: la falta de medios de coerción. La eficacia de las normas jurídicas nacionales está usualmente más allá de cualquier duda, debido al origen común de la autoridad de un Estado para legislar y para coercer. El aspecto de la eficacia del Estado de derecho es normalmente simplemente presumido en los Estados liberal-democráticos avanzados.¹⁴² La Unión, en contraste, es (solamente) una comunidad de derecho y no es una comunidad de coerción.¹⁴³ Considerando cuántas teorías conciben el elemento de coerción como constitutivo del hecho de que una norma sea derecho,¹⁴⁴ éste es el primer reto para un principio del Estado de derecho de la Unión.

Por tanto, los elementos básicos del principio del Estado de derecho fueron los primeros aspectos del pensamiento constitucional europeo en la década de los sesenta del siglo XX que se configuraron como principios de derecho primario. La narrativa de constitucionalización generalmente empieza exactamente con aquellas decisiones que buscan el fortalecimiento de la eficacia del derecho, de su normatividad y su autonomía.¹⁴⁵

La importancia fundamental del principio de eficacia sólo puede ser comprendida a fondo si se considera que este principio fortalece a los sujetos jurídicos de los Estados miembros y los transforma en sujetos y actores de un orden jurídico supranacional, es decir, en ciudadanos (al principio del mercado común).¹⁴⁶ En una comunidad transnacional de derecho, el interés de la comunidad en la eficacia de su derecho y el interés de los individuos en la aplicación de una norma que les beneficia son consonantes: el legislador (UE) y el beneficiario (ciudadano), ambos ne-

¹⁴² Artículo 3.1 de la Ley Fundamental alemana; *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 66, pp. 331 y 335 y ss.; 71, pp. 354 y 362.

¹⁴³ Hallstein, *Die Europäische Gemeinschaft*, *op. cit.*, nota 128, pp. 31 y ss.; *id.*, *Der unvollendete Bundesstaat* *op. cit.*, nota 128, pp. 33 y ss.; Bitter, S., "Procedural Rights and the Enforcement of EC Law Through Sanctions", en Bodnar, A. *et al.* (eds.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union*, 2003, p. 15.

¹⁴⁴ Derrida, J., *Gesetzeskraft*, 1991, p. 73; Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 1994, pp. 20 y ss.; Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2a. ed. 1960, p. 34.

¹⁴⁵ Stein, *op. cit.*, nota 60; Weiler, *op. cit.*, nota 123.

¹⁴⁶ Ipsen, *op. cit.*, nota 19, p. 187.

cesitan los tribunales domésticos del Estado nacional. Los principios que establece el Estado de derecho europeo sirven indisolublemente a ambos intereses. La afirmación de que el derecho europeo “instrumentaliza al individuo” para el progreso de la integración europea¹⁴⁷ (con el reproche implícito de una violación a la dignidad humana) expresa un malentendido sobre esta base del derecho de la Unión.

Tal vez la Unión es incluso más dependiente del Estado de derecho que un Estado-nación establecido. Cuando Hallstein dijo que la Comunidad es una creación del derecho,¹⁴⁸ esto debe ser entendido en contraste con la comprensión dominante del Estado, que atribuye al Estado nacional un “sustrato pre-jurídico”. Se puede contradecir la pre-existencia del Estado antes de la Constitución,¹⁴⁹ así como la explicación de la integración solamente por la fuerza obligatoria del derecho.¹⁵⁰ Sin embargo, la destacada importancia de un derecho común como un vínculo que abarca a todos los ciudadanos de la Unión es, en vista de la falta de otros factores integradores como el lenguaje o la historia, poco controvertible.¹⁵¹ Asimismo, como ya lo señaló Tocqueville, mientras más grande y más libre es una comunidad política, más debe basarse en el derecho para lograr la integración.¹⁵² La noción de una comunidad de derecho refleja apropiadamente la importancia particular del principio del Estado de derecho en crear una Unión cohesionada; los recientes esfuerzos para describir a la Unión como una comunidad de valores puede a lo sumo complementar, pero no sustituir este presupuesto.

¹⁴⁷ Cfr. von Danwitz, T., *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996, p. 175.

¹⁴⁸ Hallstein, *op. cit.*, nota 128, p. 33; Everling, U., “Bindung und Rahmen”, en Weidenfeld, W. (ed.), *Die Identität Europas*, 1985, p. 152.

¹⁴⁹ Kelsen es un autor fundamental en este tema, con su trabajo titulado *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, *op. cit.*, nota 41; Schulze-Fielitz, H., “Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz”, *Die Verwaltung*, 1999, p. 241.

¹⁵⁰ Esencial en este tema es el trabajo de Dehousse, R. y Weiler, J. H. H., “The Legal Dimension”, en Wallace, W. (ed.), *The Dynamics of European Integration*, 1991, p. 242.

¹⁵¹ Para más detalles véase Hanschmann, F., *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft*, 2008, p. 149.

¹⁵² Tocqueville, A. de, *Über die Demokratie in Amerika*, 1835 (reimpresión 1985), pp. 78 y ss., pp. 99 y ss.; Bermann, G., “The Role of Law in the Functioning of Federal Systems”, en Nicolaidis y Howse, *op. cit.*, nota 110, p. 191.

Las dificultades encontradas por una institución altamente centralizada (Bruselas, Luxemburgo y Estrasburgo, donde el Parlamento europeo viaja absurdamente una vez al mes para una sesión plenaria, con un coste enorme) para asegurar la eficacia de su derecho cuando ello entra en conflicto con disposiciones o prácticas nacionales, explica algunas rigideces problemáticas del derecho europeo que no siempre hacen justicia a principios que entran en contradicción. Los conflictos entre el principio de eficacia y los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y seguridad jurídica son particularmente frecuentes. El tratamiento de estos conflictos de acuerdo con las doctrinas generales sobre la colisión de principios abre el camino a soluciones más equilibradas.¹⁵³ La (de alguna forma errática) jurisprudencia del TJUE, relativa al efecto jurídico de actos contrarios al derecho comunitario, por lo menos ilustra que el TJUE no defiende categóricamente el principio de eficacia.¹⁵⁴

Esta interpretación de la eficacia como un aspecto del principio del Estado de derecho puede ser objetada por aquellos que consideran la jurisprudencia respectiva como *ultra vires*; la sentencia *Francovich*, por ejemplo, dio pie a dichas enunciaciones.¹⁵⁵ Es tarea de la ciencia jurídica realizar el escrutinio de los desarrollos judiciales relativos a sus competencias, consistencias y consecuencias, y algunas decisiones ciertamente deberían ser puestas en duda. Sin embargo, en su desarrollo general, esta línea de jurisprudencia no ha sido cuestionada ni por los autores de los Tratados ni por los tribunales o la academia nacionales.

El principio del Estado de derecho de la Unión tal y como ha sido concretizado por el principio de eficacia, ejemplifica la configuración

¹⁵³ Kadelbach, S., *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, 1999, pp. 270 y ss.; Zuleeg, M., *Der rechtliche Zusammenhalt in der Europäischen Union*, 2004, pp. 104 y ss.; Kakouris, C. N., “Do the Member States Possess Judicial «Procedural» Autonomy?”, *CML Rev*, 34, 1997, p. 1389.

¹⁵⁴ En relación con decisiones administrativas finales: Sentencia del TJUE del 25 de julio de 1991, *Emmott* (C-208/90, Rec. 1991, p. I-4269), apdos. 16 y ss.; sentencia del TJUE del 29 de abril de 1999, *Ciola* (C-224/97, Rec. 1999, p. I-2517), apdos. 21 y ss.; sentencia del TJUE del 13 de enero de 2000, *Kühne & Heitz* (C-453/00, Rec. 2004, p. I-837), apdos. 23 y ss.; sobre decisiones judiciales que se han convertido en definitivas: Sentencia del TJUE del 16 de marzo de 2006, *Kapferer* (C-234/04, Rec. 2006, p. I-2585), apdos. 20 y ss.; sentencia del TJUE del 18 de julio de 2007, *Lucchini* (C-119/05, Rec. 2007, p. I-6199), apdos. 59 y ss.

¹⁵⁵ Ossenbühl, F., “Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1992, pp. 993 y 995 y ss.

“*Gestalt*” del orden jurídico de la Unión por medio de su relación específica con los órdenes jurídicos de los Estados miembros. Es un orden jurídico cuya eficacia equivale a la del derecho de Estados federales desarrollados, pero cuyos instrumentos no pueden ser completamente entendidos desde una perspectiva federal tradicional. Ello es ilustrado claramente por el principio de primacía, ya que hace surgir la cuestión de jerarquía, el instrumento tradicional más importante para hacer progresar una unidad jurídica o política. Primero concebida meramente como una expresión de un orden jurídico autónomo,¹⁵⁶ sus dimensiones constitucionales¹⁵⁷ y federal¹⁵⁸ fueron rápidamente entendidas.

El desarrollo del concepto de primacía traza la propia progresión de la Unión hacia una Federación supranacional, distinto de un Estado federal. La decisión en contra de la supremacía (que tiene por efecto anular el derecho nacional) y a favor de la sola primacía del derecho comunitario¹⁵⁹ (desaplicación simple del derecho nacional para el caso en conflicto) comprende un significativo elemento pluralista. Ciertamente, el efecto de la primacía de la aplicación será frecuentemente similar a aquél de una primacía de validez, pero la diferencia simbólica es enorme: y el simbolismo cuenta en el derecho constitucional.

Además, la primacía no puede ser entendida cabalmente desde la perspectiva del derecho de la Unión por sí sola, porque la mayoría de los tribunales supremos de los Estados miembros no aceptan tal primacía del derecho de la Unión de modo absoluto.¹⁶⁰ El principio de primacía no logra crear una completa unidad estableciendo una jerarquía estricta; más bien, en el centro de la interacción constitucional se puede encontrar una relación “no regulada” debido a las pretensiones competenciales en con-

¹⁵⁶ Aunque con referencia a la constitución el tema es abordado ya por AG Lagrange en el Caso *Costa / E.N.E.L.*, *op. cit.*, nota 133, pp. 605 y ss.

¹⁵⁷ Grabitz, E., *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, 1966, p. 100.

¹⁵⁸ Stein, *op. cit.*, nota 60, p. 12.

¹⁵⁹ En favor de la supremacía véase Grabitz, *op. cit.*, nota 157, p. 113; en relación con el principio de primacía véase Hoffmann, G., “Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zum Recht der Mitgliedstaaten”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 1967, pp. 433 y 439; Zuleeg, M., *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich*, 1969, pp. 140 y ss.

¹⁶⁰ Para más detalles, véase Mayer, F. C., *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, pp. 87 y ss.

currencia.¹⁶¹ Varios autores entienden esta apertura no como un defecto sino como una expresión de una estructura constitucional adecuada para el espacio jurídico europeo,¹⁶² siempre que la apertura sea contenida por principios de los órdenes jurídicos involucrados, a saber: por obligaciones de respeto y cooperación.

C. *El principio de protección jurídica*

El principio de eficacia depende de la posibilidad de control jurisdiccional. Esto corresponde a la tradicional comprensión del principio del Estado de derecho. Su desarrollo desde el siglo XIX ha sido acompañado por el establecimiento del control judicial sobre el ejercicio de la autoridad pública. Sieyès, Bähr, Austin, Orlando y Dicey argumentan, todos, que el derecho se convierte en una realidad sólo a través de la resolución de conflictos por un tercero imparcial.¹⁶³ La posibilidad de control judicial sobre el ejercicio de la autoridad pública es constitutivo del principio del Estado de derecho.¹⁶⁴

En un examen más estricto incluso parece obvio que la mayor parte de los conceptos jurídicos descritos en la sub-sección previa atribuyen competencias judiciales con el propósito de permitir a un tribunal, sobre todo el TJUE, controlar la conformidad de la conducta de los Estados miembros con el derecho comunitario. La mera posibilidad de control judicial es un elemento importante para promover la eficacia del derecho. Durante mucho tiempo, la respectiva expansión del procedimiento prejudicial del artículo 267, TFUE, estuvo en el centro de este desarrollo.¹⁶⁵

¹⁶¹ Kadelbach, S., “Vorrang und Verfassung”, en Gaitanides, C. *et al* (eds.), *Europa und seine Verfassung*, 2005, pp. 219-228 y ss. Esto no cambiará en el Tratado de Lisboa.

¹⁶² Véase Grabenwarter, *op. cit.*, nota 99, pp. 95 y ss., y Mayer, F., “Multilevel Constitutional Jurisdiction”, en *ibidem*, pp. 399 y ss.

¹⁶³ Kojève, A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, 1982, § 13.

¹⁶⁴ Para más detalles véase Heuschling, L., *État de droit, Rechtsstaat, Estado de derecho*, 2002, p. 662.

¹⁶⁵ Mayer, *op. cit.*, nota 162, pp. 399 y ss.; este control también podría ser ejercido a través de los procedimientos de los artículos 263, TFUE, véase sentencia del TJE del 18 de diciembre de 2007, *Suecia / Comisión* (C-64/05 P, Rec. 2007, p. I-11389), apdos. 93 y ss.

La cooperación del TJUE con los tribunales nacionales basada en el artículo 267 TFUE, es constitutiva en relación con la juridificación y la constitucionalización del proceso europeo de integración, ya que vincula la opinión jurídica del TJUE con la autoridad de las sentencias nacionales y de esta manera supera la debilidad estructural de la jurisdicción supranacional. Para que este sistema pueda funcionar, el derecho comunitario impone a los Estados miembros abrir a los particulares el acceso a los tribunales nacionales cada vez que un Estado miembro pueda haber violado una posición jurídica individual tutelada por el derecho comunitario.¹⁶⁶

El procedimiento prejudicial del artículo 267 TFUE, se ha convertido en un instrumento central para el control judicial de la Unión. Al mismo tiempo, difícilmente podría ser comprendido a través de categorías tradicionales de formación de la unidad jurídica, por ejemplo con la categoría jerárquica. Establece un procedimiento cooperativo y no un sistema judicial jerárquico. El TJUE se basa en la voluntad de los tribunales nacionales, que difícilmente puede ser sancionada por el mismo TJUE.¹⁶⁷ Esto explica muchas peculiaridades de la protección jurídica jurisdiccional en la Unión Europea.¹⁶⁸ En suma, la unidad jurídica europea no debe percibirse como centralista, sino como pluralista y dialógica. Por supuesto, el principio de protección jurídica no solamente está conformado por el control de la acción de los Estados miembros en el procedimiento establecido en el artículo 267 TFUE; sino que también exige protección jurídica contra medidas de la Unión.¹⁶⁹ Sin embargo, la relación vertical o federal está decisivamente conformada por el procedimiento prejudicial, con su mezcla específica de elementos cooperativos y directivos.

¹⁶⁶ Sentencia del TJUE del 15 de mayo de 1986, *Johnston* (222/84, Rec. 1986, p. 1651), apdos. 17 y ss., confirmado por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

¹⁶⁷ Para un intento, véase el la sentencia del TJUE del 30 de septiembre de 2003, *Köbler* (C-224/01, Rec. 2003, p. I-10239), apdos. 30 y ss. La obligación conforme al derecho de la UE se encuentra apoyada externamente, en particular a través del artículo 101.1 2a frase de la Ley Fundamental alemana, *cf.* *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 73, pp. 339 y 366 y ss. (*Solange II*); 75, pp. 223 y 233 y ss. (*Kloppenburg*). Esto también ilustra la estructura cooperativa.

¹⁶⁸ Dehousse, R., *The European Court of Justice*, 1998, pp. 28 y ss.; Haltern, U., *Europarecht*, 2007, apdos. 13 y ss.

¹⁶⁹ Véase *infra*, V 3.

2. Principios del proceso político

A. El Estado de derecho y el principio de legalidad

El desarrollo ocurrido bajo el principio del Estado de derecho llevó a la creación de unidad jurídica; transformó, federalizó y constitucionalizó la relación entre la Unión y los Estados miembros. No obstante, este desarrollo del derecho tiene un enfoque claro: facilita la observación y la implementación por parte de los Estados miembros del derecho de los Tratados o del derecho producido por la Unión en su proceso político. Aun cuando ello pudiera resultar oneroso a veces para los Estados miembros, les garantiza que todas las autoridades nacionales obedecerán este derecho común, y hace que exista mucho menos *free riding* que en el derecho internacional.¹⁷⁰ La elaboración de derecho en la Unión es más que simbólico-política, pues el derecho es capaz de determinar las relaciones sociales reales.

Esta limitación judicial establecida sobre los Estados miembros implica una importancia creciente de los principios del proceso político.¹⁷¹ Por tanto, los principios correspondientes del proceso político fueron desarrollados también en la dimensión del Estado de derecho. El principio del Estado de derecho se refiere no solamente a la aplicación del derecho, sino también a la elaboración del derecho europeo. Esto ha sido desarrollado por el TJUE, con vista a las competencias y procedimientos, para que los principios respectivos den aún mayor forma a la relación federal y a la naturaleza constitucional del derecho primario.

Este aspecto del principio del Estado de derecho puede ser llamado el principio de legalidad constitucional de las acciones de la Unión.¹⁷² Y se divide en legalidad negativa y legalidad positiva. De acuerdo con el principio de legalidad negativa (primacía de los Tratados), toda acción que

¹⁷⁰ Tal desarrollo es mucho menos frecuente en el derecho internacional a pesar de las numerosas innovaciones; en este punto, resulta instructiva la comparación con el derecho ambiental internacional, véase Michell, R., "Compliance Theory", en Bodansky, D. *et al.* (eds.), *International Environmental Law*, 2007, pp. 893 y ss., así como Klabbers, J., "Compliance Procedures", *ibidem*, pp. 995 y ss.

¹⁷¹ Un estudio pionero en este tema es el trabajo de Weiler, J. H. H., *The European Community in Change: Exit, Voice and Loyalty*, 1987.

¹⁷² Véase von Bogdandy, A. y Bast, J., "El orden competencial vertical de la Unión Europea", en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (eds.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, 2002, p. 19.

puede ser atribuida a la Unión tiene que respetar normas de mayor jerarquía.¹⁷³ Todo acto jurídico de derecho secundario debe estar en conformidad con todas las normas de los Tratados y con los principios generales de igual rango.¹⁷⁴ Esto genera una jerarquía interna estricta, la estructura de niveles (*Stufenbau*) del orden jurídico de la Unión: el derecho secundario creado por las instituciones de la Unión forma un nivel uniforme por debajo del derecho primario.¹⁷⁵ El artículo 13.2 TUE, expresa este efecto de los Tratados respecto de todas las acciones de los órganos más importantes de la Unión en todos los ámbitos. El principio de legalidad negativa no admite excepciones: la primacía de la Constitución de la Unión es absoluta para el derecho derivado. Los órganos de la Unión están obligados por los Tratados que han sido ratificados por los Estados miembros.

Ciertamente, esta primacía del derecho de la Unión no se encuentra bajo un completo control judicial. Esto es verdad en particular en relación con las políticas europeas en materia exterior, seguridad y defensa, las cuales son concebidas como un *arcanum* gubernamental, sin suficiente control judicial y parlamentario;¹⁷⁶ el Tratado de Lisboa cambia poco en relación con este tema. El papel del Consejo Europeo es también problemático. De manera similar al *rey* en los regímenes constitucionales del siglo XIX, no es responsable ante ninguna otra institución¹⁷⁷ y “no puede hacer ningún mal”.¹⁷⁸ Esta institución, que con frecuencia da forma de manera decisiva a proyectos legislativos, se coloca a sí misma fuera del orden constitucional y más allá de toda responsabilidad jurídica y

¹⁷³ Desde una perspectiva de derecho comparado véase von Bogdandy, A., *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, p. 166.

¹⁷⁴ Sentencia del TJUE del 23 de abril de 1986, *Les Verts / Parlamento*, nota 10, apdo. 23; dictamen del TJUE del 14 de diciembre de 1991, *Espacio Económico Europeo op. cit.*, nota 10, apdo. 21.

¹⁷⁵ Véase Bast, J., *op. cit.*, nota 51, pp. 345 y ss.; excepcionalmente, el derecho de la UE reconoce la competencia de las instituciones de la UE para crear derecho primario sin la participación de autoridades nacionales (las llamadas enmiendas autónomas).

¹⁷⁶ Igualmente en el derecho nacional esto no es completamente inusual. Sin embargo, el TJUE penetra en esta área por medio del artículo 47 del TUE, sentencia del TJUE del 20 de mayo de 2008, Comisión / Consejo (C-91/05, Rec. 2008, p. I-03651), apdos. 32 y ss.

¹⁷⁷ Sentencia del TJUE del 13 de enero de 1995, *Roujansky / Consejo* (C-253/94 P, Rec. 1995, p. I-7), apdo. 11.

¹⁷⁸ Von Rotteck, C., *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, 2a. ed. 1840 (reimpresión 1964), vol. II, pp. 249 y ss.

política. El Tratado de Lisboa sigue siendo ambiguo al respecto. A pesar de que enlista al Consejo Europeo como una de los órganos de la Unión (artículo 13.1 TUE), los mecanismos de responsabilidad siguen siendo débiles (artículo 263.1 TFUE).¹⁷⁹

Sin embargo, el notable éxito del constitucionalismo de los Tratados es ilustrado por el hecho de que la validez del principio de legalidad en los demás sectores parece trivial y su exclusión, particularmente del título V del Tratado de la UE, luce problemática. Evidente como la validez de este principio podría parecer hoy día, en sus inicios la comunidad no lo dio por sentado.¹⁸⁰ En el derecho internacional, la mayoría de las organizaciones internacionales no conciben a su tratado fundacional como si fuera el *yardstick* del derecho que ellas generan; esto entonces no equivale a un principio jurídico internacional.¹⁸¹ La jerarquización estricta se debe al TJUE. A partir de la premisa de un orden jurídico autónomo, dedujo la validez exclusiva del procedimiento de modificación del Tratado (artículo 48 TUE) y así evitó un desarrollo jurídico paralelo dentro de la UE, así como cualquier influencia jurídica paralela de los Estados miembros; una constitucionalización similar de las organizaciones internacionales se encuentra apenas en sus primeras etapas.¹⁸²

El principio de legalidad protege a los Estados miembros, ya que la competencia relativa al desarrollo y enmienda constitucional está reservada a los Estados miembros actuando de manera conjunta. Este principio se expresa en los artículos 48 y 49 TUE, así como en el principio de poderes atribuidos (conferidos); se encuentra reafirmado con particular

¹⁷⁹ Véase Dann, P., “The Political Institutions”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 237 y ss.; Botschi Orlandini, F., “Principi costituzionali di struttura e Consiglio europeo”, en Scudiero, M. (ed.), *Il diritto costituzionale comune Europeo*, 2002, vol. I, p. 165.

¹⁸⁰ Carstens, K., “Die kleine Revision des Vertrags über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 21, 1961, pp. 1 at 14, 37.

¹⁸¹ Barnett, M. y Finnemore, M., “The Power of Liberal International Organizations”, en Barnett, M. y Duvall, R. (eds.), *Power in Global Governance*, 2006, pp. 161-182; Díez de Velasco Vallejo, M., *Las organizaciones internacionales*, 2006, p. 138; Nolte, G., “Lawmaking Through the Security Council”, en Wolfrum, R. y Röben, V. (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, 2005, pp. 237 at 239 y ss.

¹⁸² Para más detalles, véase International Law Association, *Accountability of International Organisations, Final Report*, 2004, disponible en www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/9 (consulta 30 de agosto de 2010).

claridad en el artículo 5.1 TUE, y se ha convertido en un principio independiente de interpretación.¹⁸³ Las diferentes cláusulas *passerelle* y la sofisticación del procedimiento de reforma del Tratado contenidas en el Tratado de Lisboa, no cambian nada respecto a este tema.

El principio de legalidad implica que la estricta normativa de los Tratados no puede ser temporalmente suspendida a través de acuerdos¹⁸⁴ informales y que incluso una práctica constante de los órganos no puede prevalecer sobre el derecho primario.¹⁸⁵ El derecho creado por decisiones unánimes del Consejo también tiene que estar en conformidad con el derecho primario, protegiendo a los Parlamentos nacionales de la dinámica de sus gobiernos, que actúan en conjunto a nivel supranacional. Esta afirmación es cierta sin restricciones, tal y como lo ha sostenido el TJUE contra la resistencia de los Estados miembros, incluso cuando el Consejo fundamenta sus decisiones en amplias cláusulas de competencia, como por ejemplo en el artículo 352 TFUE.¹⁸⁶ Si no es el Consejo el que actúa, sino una conferencia de los ministros de los Estados en representación de sus Estados miembros, pero fuera de la institución de la Unión Europea (los “representantes de los gobiernos de los Estados miembros que se reúnen en el Consejo”), se aplica el principio de primacía del derecho de la Unión, en cumplimiento de la legalidad negativa.¹⁸⁷

La consecuencia respecto a la teoría constitucional es una destacada dicotomización del status de los Estados miembros. Como actores que crean y enmiendan los Tratados, los Estados miembros operan en gran medida¹⁸⁸ libremente, pero solamente pueden ejercer influencia a través

¹⁸³ Dictamen del TJUE del 15 de noviembre de 1994, *OMC* (1/94, Rec. 1994, p. I-5267), apdo. 9; dictamen del TJUE del 28 de marzo de 1996, *CEDH*, *op. cit.*, nota 58, apdo. 30; sentencia del TJUE del 5 de octubre de 2000, Alemania / Parlamento y Consejo, *op. cit.*, nota 116, apdo. 83.

¹⁸⁴ Sentencia del TJUE del 13 de noviembre de 1964, *Comisión / Bélgica y Luxemburgo* (asuntos acumulados 90/63 y 91/63, Rec. 1964, p. 133); sentencia del TJUE del 8 de abril 1976, *Defrenne* (43/75, Rec. 1976, p. 455), apdo. 56.

¹⁸⁵ Sentencia del TJUE del 23 de febrero de 1988, *Reino Unido / Consejo* (68/86, Rec. 1988, p. 855), apdo. 24; sentencia del TJUE del 26 de marzo 1996, *Parlamento / Consejo* (C-271/94, Rec. 1996, p. I-1689), apdos. 24, 34.

¹⁸⁶ Sentencia del TJUE del 18 de febrero de 1970, *Comisión / Italia* (38/69, Rec. 1970, p. 47), apdos. 12 y ss.

¹⁸⁷ Sentencia del TJUE del 15 de enero de 1986, *Hurd* (44/84, Rec. 1986, p. 29), apdo. 39.

¹⁸⁸ Para más detalles, véase *infra*, IV 3 b.

del procedimiento del artículo 48 TUE. En esencia, esto implica una autonomización de largo alcance del orden constitucional de la Unión. Al mismo tiempo, los Estados miembros integran el Consejo Europeo y el Consejo como la autoridad constitucional de la Unión, y por tanto están en el centro de la autoridad pública constitucionalizada por los Tratados, al tiempo que se encuentran estrictamente sujetos al derecho primario. Esta exclusión e inclusión simultánea de los “Señores de los Tratados” (*Herren der Verträge*) tiene alguna similitud con la legalidad constitucional en los Estados miembros: a pesar de que los Parlamentos representan al soberano, están, con el Reino Unido como la excepción más importante, estrictamente comprometidos con la normativa de las Constituciones y con los procedimientos de creación de derecho estipulados en ellas.¹⁸⁹

B. Principios del orden competencial

La Unión Europea es portadora de autoridad pública ya que tiene el poder unilateral de obligar a otros. Este poder se encuentra constitucionalizado en su mismo origen por el principio de legalidad positiva, también conocido como el principio de atribución de competencias o principio de competencias limitadas, o atribuidas, o enumeradas. Todo acto de derecho secundario de la Unión debe tener una base jurídica que pueda enmarcarse en los Tratados fundacionales.¹⁹⁰ La base jurídica puede ya derivar directamente de una disposición de un Tratado o bien de un acto jurídico secundario que, a su vez, debe ser reconducible a los Tratados.¹⁹¹ Mientras que la legalidad negativa trata (solamente) de la limitación de un poder dado a la autoridad pública, el requisito de una norma de competencia hace su entrada en un paso previo, en la fuente de su validez. Los principios de legalidad negativa y positiva no difieren en cuanto a las consecuencias jurídicas de una contravención a los mismos: en casos de ilegalidad, el acto puede ser declarado nulo por el Tribunal; sólo en casos de irregularidad particularmente graves y obvios es que la

¹⁸⁹ Luhmann, N., “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”, *Rechtshistorisches Journal*, 1990, p. 176.

¹⁹⁰ Para más detalles, véase von Bogdandy y Bast, “The Federal Order of Competences”, en *id.*, *op. cit.*, nota 2, pp. 275 y ss.

¹⁹¹ Que los actos jurídicos estatales deben también o no ser reconducibles a la Constitución es un tema controvertido; véase Möllers, *op. cit.*, nota 108, pp. 256 y ss.

doctrina de la nulidad se aplica: el acto puede ser considerado como carente de efecto jurídico sin intervención del Tribunal.¹⁹²

De manera creciente, el orden competencial ha sido formulado desde la perspectiva de la salvaguardia de los intereses de los Estados miembros. El Tratado de Lisboa continúa con esta tendencia. De acuerdo con numerosas Constituciones nacionales,¹⁹³ se refiere a las competencias como “atribuidas” por los Estados miembros (artículo 1.1 TUE) y estipula los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad (artículo 5o. TUE). La selección de la palabra “atribuir” significa una distinción respecto a las Constituciones federales estatales, ya que generalmente se considera que un Estado federal goza de su propio e intrínseco poder constituyente. Sin embargo, el término “atribución” no debe ser entendido como una delegación técnica, debido a que ello sometería a la autoridad pública europea a las Constituciones de los Estados miembros y significaría el fin de la autonomía del derecho de la Unión. Esto no pudo haber sido lo deseado de acuerdo con el objetivo de “mantener de manera total el *acquis communautaire*”.

Se han expresado dudas sobre si las instituciones de la Unión siempre respetan estos principios, y si el TJUE los aplica de manera adecuada.¹⁹⁴ La cuestión de si estas dudas tienen o no justificación, no necesita ser debatida en este texto;¹⁹⁵ lo que es importante es que el orden jurídico de la Unión delinea principios, permitiéndoles conceptualizar jurídicamente estas dudas y —con la excepción del título V del TUE—¹⁹⁶ llevarlas ante el TJUE. Asimismo, el TJUE no está solo en la realización de esta tarea, sino que se encuentra sujeto a un control externo. Instituciones de los Estados miembros, en particular algunos tribunales constitucionales nacionales, también hacen cumplir de manera creíble la observancia de es-

¹⁹² Sentencia del TJUE del 15 de junio de 1994, *Comisión / BASF* (C-137/92 P, Rec. 1994, p. I-2555), apdos. 48–53.

¹⁹³ Para más detalles, véase Grabenwarter, *op. cit.*, nota 99; Huber, *op. cit.*, nota 98, § 26.

¹⁹⁴ Problemático en este aspecto: Dictamen del TJUE del 14 de diciembre de 1991, *Espacio Económico Europeo*, *op. cit.*, nota 10, apdo. 21.

¹⁹⁵ El TJUE ha tratado el tema en la sentencia del 5 de octubre de 2000, *Alemania / Parlamento y Consejo*, *op. cit.*, nota 116, apdo. 83; y de manera menos explícita en la sentencia del 12 de diciembre de 2006, *Alemania / Parlamento y Consejo* (C-380/03, Rec. 2006, p. I-11573), apdos. 36 y ss.

¹⁹⁶ Pero confrontar con las perspectivas que se encuentran en la sentencia del TJUE de 20 de mayo de 2005, *Comisión / Consejo*, *op. cit.*, nota 176.

tos principios.¹⁹⁷ En este aspecto se manifiesta nuevamente el carácter no jerárquico, pluralista del orden jurídico de la Unión.

Debido a que las competencias de la Unión son amplias, la autonomía nacional puede ser considerablemente limitada incluso cuando las limitaciones sobre las competencias de la Unión son respetadas. La garantía más importante relativa al respeto de la autonomía de los Estados miembros es de naturaleza organizacional: el papel de los Estados miembros en las instituciones y procesos de la Unión. Este papel es garantizado por el principio de legalidad, ya que las medidas solamente pueden ser adoptadas de acuerdo con las normas de competencia relevantes y a través de los procedimientos por ellas estipulados, incluyendo el quórum necesario en cada caso.¹⁹⁸ La tensión vertical (o federal) determina no sólo la relación directa entre la Unión y los Estados miembros sino también la estructura interna de la Unión, ya se trate de las reglas internas de las instituciones o bien de las relaciones inter-institucionales horizontales.

Dicha tensión explica la falta de estructuras jerárquicas generales o, en otras palabras, el carácter policéntrico y horizontal del sistema político. Este policentrismo está normativamente apuntalado por el principio de equilibrio institucional: sirve para estabilizar las líneas de responsabilidad establecidas por los Tratados,¹⁹⁹ así como para cumplir con las reglas procedimentales,²⁰⁰ sin que, no obstante, se ejerza presión sobre las relaciones inter-institucionales en alguna dirección específica.²⁰¹

Ello entra en correspondencia con la concepción de la ciencia política de que el proceso político de la Unión es un proceso abierto de negocia-

¹⁹⁷ Fundamental en este tema es *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, 89, p. 155 (*Maastricht*), aunque con razones en parte cuestionables; para más detalles, véase von Bogdandy, A., “Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung”, *Kritische Vierteljahrsschrift*, 83, 2000, p. 284.

¹⁹⁸ Sentencia del TJUE del 23 de febrero de 1988, Reino Unido / Consejo, *op. cit.*, nota 185, apdo. 24.

¹⁹⁹ Sentencia del TJUE del 13 de junio de 1978, *Meroni / Alta Autoridad* (9/56, Rec. 123), pp. 133 at 152; sentencia del TJUE del 17 de diciembre de 1970, *Köster* (25/70, Rec. 1970, p. 1161), apdo. 9.

²⁰⁰ Sentencia del TJUE del 29 de octubre de 1980, *Roquette Frères / Consejo* (139/79, Rec. 1980, p. 3393), apdo. 33; sentencia del TJUE del 4 de octubre de 1991, *Parlamento / Consejo* (70/88, Rec. 1990, p. I-2041), apdos. 22 y ss.; Jacqué, J.-P., “The Principle of Institutional Balance”, *CML Rev*, 41, 2004, p. 383.

²⁰¹ Una interpretación desde la perspectiva de un sistema federal bicameral se puede encontrar ahora en la sentencia del TJUE del 6 de mayo de 2008, *Parlamento / Consejo*, *op. cit.*, nota 115, apdos. 54 y ss.

ción²⁰² y es ilustrado por la policentralidad del Consejo Europeo y el Consejo, las dos instituciones más importantes para el logro de los intereses nacionales. Los dos órganos no tienen a su disposición el mecanismo central para construir unidad: una jerarquía; en muchos aspectos, parece ser un proceso de construcción de consensos con múltiples facetas y fragmentado de 28 sistemas político-administrativos diferentes (27 nacionales y el de la Comisión) más que una sola institución. El proceso político está caracterizado no por un decreto jerárquico, sino esencialmente por una cooperación de tipo contractual entre diferentes sistemas político-administrativos que son en gran medida independientes unos de otros.²⁰³

Sin embargo, existen numerosos ejemplos en el derecho secundario que demuestran que los dos Consejos no siempre cumplen de manera convincente su papel. De esta manera, el Tratado de Maastricht introdujo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a efecto de promover un ejercicio de competencias que sea más respetuoso de la autonomía de los Estados miembros.²⁰⁴ En relación con la subsidiariedad en particular, las opiniones son muy divergentes.²⁰⁵ Ciertamente, este principio hasta el momento no ha alcanzado un papel importante en la jurisprudencia del TJUE.²⁰⁶ Desde una perspectiva conceptual, es de notarse que el principio fue originalmente concebido en un sentido sustantivo pero ahora está dominado por una comprensión procedimental, en la medida en que a las instituciones con un perceptible interés especial en la subsidiariedad, esto es, a los Parlamentos nacionales, les han sido otorgadas garantías proce-

²⁰² Tömmel, I., *Das politische System der EU*, 2003, pp. 271 y ss.

²⁰³ Scharpf, F., "Introduction: The Problem Solving Capacity of Multi-Level Governance", *Journal of European Public Policy*, 4, 1997, p. 520.

²⁰⁴ Desde el Tratado de Ámsterdam, estos principios se encuentran especificados en el creativamente fraseado Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

²⁰⁵ Calliess, C., *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, 1999.

²⁰⁶ Algunas aproximaciones se encuentran en: Sentencia del TJUE del 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido / Consejo* (C-84/94, Rec. 1996, p. I-5755), apdos. 46 y ss.; sentencia del TJUE del 13 de mayo de 1997, *Alemania / Parlamento y Consejo* (C-233/94, Rec. 1997, p. I-2405), apdos. 9 y ss.; sentencia del TJUE del 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco Investments* (C-491/01, Rec. 2002, p. I-11453), apdos. 177 y ss.; sentencia del TJUE del 11 de septiembre de 2003, *AvestaPolarit Chrome* (C-114/01, Rec. 2003, p. I-8725), apdos. 54 y ss.; sentencia del TJUE del 12 de julio de 2005, *Alliance for Natural Health* (C-154/04, Rec. 2005, p. I-6451), apdos. 101 y ss.

dimentales.²⁰⁷ Así, se refuerza el entrelazamiento general de competencias entre la Unión y los Estados miembros.

C. Principio de la libre prosecución de los intereses

Conforme al principio del Estado de derecho, el proceso político en la Unión ha sido legalizado y constitucionalizado: los Estados miembros y las instituciones de la Unión están efectivamente obligadas, y la normatividad del derecho también es promovida en relación con los órganos políticos. Sin embargo, esta legalización está en gran medida restringida al marco de competencias y procedimientos; las posiciones de los Estados miembros quedan en su mayor parte indeterminadas. La Constitución de la Unión provee muy poca orientación sobre el contenido sustantivo del proceso político de la Unión.

Los Estados miembros son libres de procurar sus intereses “nacionales” en las instituciones de la Unión.²⁰⁸ El TJUE no ha especificado los objetivos de los Tratados, anteriormente en particular los artículos 2o. y 3o. TCE, de una manera que podría determinar las políticas. Esta restricción de ninguna manera es imperativa, ya que después de todo, los Tratados han sido suscritos para realizar esos objetivos y para superar las limitaciones nacionales establecidas en muchas áreas de la vida y para “europeizar” las sociedades nacionales. Y el TJUE tampoco infiere deberes para crear reglas específicas a partir de los derechos fundamentales de la Unión. Además, el TJUE no desarrolló el artículo 10 TCE (ahora artículo 4.3 TUE) como un deber de los Estados miembros de cooperar en las instituciones de la Unión a efecto de promover los intereses de la Comunidad Europea. El principio de cooperación leal no requiere que los Estados miembros lleguen a compromisos en el Consejo o que la Presidencia del Consejo use la posibilidad de decisiones mayoritarias cuando un Estado se opone a un proyecto legislativo.²⁰⁹ Ello de ninguna ma-

²⁰⁷ Para un análisis más detallado véase Grabenwarter, *op. cit.*, nota 99; Dann, *op. cit.*, nota 179.

²⁰⁸ Sentencia del TJUE del 14 de marzo de 1973, *Westzucker* (57/72, Rec. 1973, p. 321), apdo. 17.

²⁰⁹ *Cfr.* los comentarios en la sentencia del TJUE del 22 de mayo de 1985, *Parlamento / Consejo* (13/83, Rec. 1985, p. 1513 at 1576); sobre este tema, véase Schloh, B.,

nera es necesario; incluso puede argumentarse lo contrario. Después de todo, los ministros estatales están directamente obligados por los objetivos de la Unión (artículo 3o. TUE) cuando participan en el Consejo o cuando actúan en el sentido del artículo 4.3 TUE. Estas normas les exigen hacer avanzar los intereses de todos los ciudadanos de la Unión. Asimismo, el principio de primacía puede ser aplicado en caso de conflicto entre los intereses “nacionales” y “supranacionales”. Sin embargo, nunca se ha llegado a un rechazo jurídico de las “posiciones nacionales”, lo que puede explicarse por la concepción del sistema político de la Unión presentada arriba: el bien común europeo es alcanzado a través de la síntesis de varios puntos de vista que usualmente son introducidos en el proceso europeo por los gobiernos nacionales. El principio por tanto sola exige participación en el proceso político de la Unión.²¹⁰

Estas consideraciones también militan contra el presupuesto de un principio de integración en el derecho de la Unión: integración entendida como una fusión de áreas de la vida hasta ahora nacionalmente organizadas. Algunos autores afirman que existe un principio jurídico abstracto de “más Europa” como “más unidad”.²¹¹ La primera expresión del preámbulo del Tratado de la CE (ahora TFUE), que habla de “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos” parece recomendar la unidad como un objetivo en sí mismo;²¹² sin embargo, tal principio sería sumamente problemático. En primer lugar, porque carece de suficiente fundamento en las disposiciones de los Tratados. En segundo lugar, debido a que una función central del derecho constitucional europeo, como es

“Institutioneller Aufbau der EG”, en Dausen, M. (ed.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, última actualización abril de 2008, s A II apdos. 205, 209 y ss.

²¹⁰ Hatje, A., *Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union*, 2001, pp. 67 y 77. Desde 1965 Francia practicaba una “política de la silla vacía”, con lo cual probablemente infringía el artículo 10, CE; Kaiser, J. H., “Das Europarecht in der Krise der Gemeinschaften”, *Europarecht*, 1966, p. 4; además, véase Everling, U., “Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1993, pp. 936 y 946.

²¹¹ Cfr. AG Reischl en el caso *Comisión / Reino Unido* (32/79, Rec. 1980, pp. 2403-2460 y ss.); Isensee, J., “Integrationsziel Europastaat?”, en Due, O. *et al.*, *op. cit.*, nota 131, pp. 567 y 568; González Campos, J., “La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre Tribunales comunitarios y Tribunales nacionales”, en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (eds.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, 2002, pp. 493 y 494.

²¹² El Tratado de Lisboa mantiene el objetivo de una “unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos” (*cfr.* 1er recital del Preámbulo del TFUE).

la estabilización de la relación entre la Unión y los Estados miembros, no estaría suficientemente considerado por tal principio. Más bien debería considerarse si, en línea con el lema de la Unión, podría formularse un principio general de diversidad.²¹³ El principio de tolerancia constitucional de Joseph Weiler apunta en esta dirección.²¹⁴

3. Principios sobre el conjunto compuesto de la Unión y los Estados miembros

A. El conjunto Unión (Verbund) como una nueva perspectiva

Una nueva e importante línea en la ciencia jurídica busca una concepción global de la Unión y los Estados miembros en su conjunto.²¹⁵ De particular relevancia en este tema son las nociones “multi-nivel” y “red”, ambas acuñadas por la ciencia política.²¹⁶ La academia jurídica alemana, siempre particularmente preocupada por su autonomía conceptual, propone el término *Verbund*, probablemente traducida de mejor manera a través del término *unión o conjunto*, en inglés se usa *composite* y *compound*.

La palabra *Verbund* figuró inicialmente en dos grandes interpretaciones que competían entre sí —la (intergubernamental) de Paul Kirchhof de *unión de Estados (Staatenverbund)* y la (más federal) de Ingolf Perni-

²¹³ A favor la afirmativa, véase Leisner-Egensperger, A., *Vielfalt - ein Begriff des öffentlichen Rechts*, 2004, pp. 78 y 137 y ss.; en contra, véase von Bogdandy, A., “The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity”, *EJI*, 19, 2008, pp. 241 y 275.

²¹⁴ Weiler, J. H. H., “Federalism Without Constitutionalism”, en Nicolaidis y Howse, *op. cit.*, nota 110, pp. 54 y 65 y ss.

²¹⁵ Ruffert, M., “Von der Europäisierung des Verwaltungsrechts zum Europäischen Verwaltungsverbund”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2007, p. 761. Para una discusión de los problemas conceptuales, véase von Bogdandy, A. y Dann, P., “International Composite Administration”, *German Law Journal*, 9, 2008, p. 2013. Mientras el nombre “República Federal Alemana” indica tanto la federación como los Estados federados, el nombre Unión Europea no comprende a los Estados miembros. Si lo hiciera sería un paso enorme en la vía de una unidad política y la transformación de la Unión en un Estado federal.

²¹⁶ Sobre el concepto de red véase Goldmann, M., “Der Widerspenstigen Zähmung, oder: Netzwerke dogmatisch gedacht”, en Boysen, S. *et al.* (eds.), *Netzwerke*, 2007, p. 225.

ce de *unión constitucional* (*Verfassungsverbund*)—²¹⁷ pero desde entonces se ha alejado de este antagonismo y el término *Verbund* se ha liberado de la dialéctica de las visiones contrapuestas.²¹⁸

Conceptualizar al conjunto de la Unión y los Estados miembros implica una reorientación de la ciencia jurídica europea. La comunidad de derecho de Europa se desarrolló como un orden jurídico autónomo.²¹⁹ Su autonomía no es meramente un principio entre otros, sino más bien un axioma normativo, definido por el TJUE con la mayor de las resoluciones: para su protección, el TJUE incluso rechazó un tratado que tenía por objetivo una reorganización del continente europeo después de la caída del Muro de Berlín.²²⁰ Sin duda, este concepto de un orden jurídico autónomo fue fundamental para el establecimiento del orden jurídico supranacional.

La autonomía del orden jurídico corresponde a la concepción de Monnet relativa al sistema político-administrativo de la Comunidad. El desarrollo ocurrido en la realidad, tanto en el ámbito político-administrativo como en el jurídico, llevó, sin embargo, no a la separación, sino a un estrecho entrelazamiento o *networking* de la Unión y los Estados miembros.²²¹ El Tratado de Lisboa lo promueve todavía más, por ejemplo, al incluir a los parlamentos nacionales en el proceso legislativo de la Unión (artículo 12 TUE). Los intentos para entender adecuadamente este entrelazamiento han llevado a concepciones que defienden la unidad de los

²¹⁷ Cfr. Kirchhof, “The European Union of States”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2; Mayer, *op. cit.*, nota 162.

²¹⁸ Schmidt-Aßmann, E., “Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund”, en Hoffmann-Riem, W. et al. (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2006, vol. I, p. 241; von Bogdandy, A., *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999, p. 11.

²¹⁹ Sentencia del TJUE del 5 de febrero de 1963, *van Gend & Loos*, *op. cit.*, nota 29, apdo. 12; sentencia del TJUE del 15 de julio de 1964, *Costa / E.N.E.L.*, *op. cit.*, nota 133, apdo. 593; sentencia del 19 de septiembre de 2000, *Linster* (C-287/98, Rec. 2000, p. I-6719), apdo. 43; con crítica referencia al concepto de un “argumento de la transformación” Craig, P., “Constituciones, constitucionalismo y la Unión Europea”, en García de Enterría, E. y Alonso García, R., *op. cit.*, nota 211, pp. 234 y ss.

²²⁰ Dictamen del TJUE del 14 de diciembre de 1991, *Espacio Económico Europeo*, *op. cit.*, nota 10, apdos. 30 y ss.; además, véase el dictamen del TJUE del 18 de abril de 2002, *Proyecto de Acuerdo referente a la creación del Espacio Europeo Aéreo Común* (1/00, Rec. 2002, p. I-3493), apdos. 5 y ss.; sentencia del TJUE del 30 de mayo de 2006, *Comisión / Irlanda* (C-459/03, Rec. 2006, p. I-4635), apdos. 123 y ss.

²²¹ Para más detalles sobre esta vinculación, véase Dann, *op. cit.*, nota 179.

ámbitos supranacional y nacional.²²² No obstante, la mayor parte de las concepciones son más pluralistas.

La dependencia de la Constitución de la Unión de las Constituciones de los Estados miembros es mayor, en derecho y de hecho, que la de un Estado federal respecto de sus Estados parte.²²³ En términos de derecho positivo, ello deriva de, por ejemplo, el artículo 48 TUE, y conceptualmente del principio de legitimidad dual, que implica que la legitimidad de la Unión depende de la legitimidad generada por las Constituciones nacionales. El Tratado de Lisboa, por su parte, enfatiza la complementariedad a través de disposiciones cruciales como los artículos 1.1, 10.2 y 12 TUE.

Al mismo tiempo, las Constituciones de los Estados miembros tampoco pueden ser adecuadamente comprendidas en la actualidad sin recurrir a la Constitución de la Unión, debido a que ya no constitucionalizan todo el poder público dentro de su ámbito de aplicación.²²⁴ La conciencia de esta dependencia mutua lleva al concepto de Constituciones complementarias. Incluso si esta terminología no es aceptada, es indiscutible que el derecho de la Unión determina fundamentalmente el derecho de los Estados miembros en general y más específicamente la situación constitucional en los Estados miembros. Entre esos rasgos determinantes, los principios del artículo 2o. TUE, son de especial trascendencia para la relación federal, ya que evocan los requisitos de homogeneidad de las Constituciones federales estatales.

B. *¿Un principio de compatibilidad estructural o un principio de homogeneidad?*

Ya en una etapa temprana del proceso de integración se reconoció que es esencial cierta compatibilidad estructural entre los Estados miembros con relación a la economía de mercado, la democracia y el Estado de derecho para la operación de la Comunidad. Estas condiciones fueron for-

²²² Pernice, I., “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 60 (2000), pp. 148-163 con referencias adicionales; Wessels, W., *Die Öffnung des Staates*, 2000, pp. 122 y ss., 413 y ss.

²²³ Frowein, J. A., “Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten”, *Europarecht*, 1995, pp. 315 a 318; Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre*, 2006, pp. 220 y ss.

²²⁴ Para más detalles, véase Grabenwarter, *op. cit.*, nota 99 y Mayer, *op. cit.*, nota 162.

muladas como requisitos normativos, aunque tenían solamente un carácter mínimo.²²⁵ A raíz de la concretización de un espacio constitucional común, surge la cuestión de si deben ajustarse tales requisitos de conformidad a un principio jurídico de homogeneidad constitucional que promueve la unidad constitucional.²²⁶ Numerosos autores derivan tal principio concretamente de los artículo 2o. y 7.1 TUE.²²⁷

Sin embargo, un principio de homogeneidad constitucional enfrentaría objeciones significativas. Ante todo, tal principio constitucional es hoy día difícilmente factible, dada la diversidad entre las Constituciones nacionales: Repúblicas y Monarquías, sistemas parlamentarios y semi-presidenciales, parlamentos fuertes y débiles, democracias competitivas y consensuales, sistemas de partidos políticos fuertes y débiles, instituciones sociales fuertes y débiles, sistemas unitarios y federales, tribunales constitucionales fuertes, débiles o inexistentes, así como divergencias esenciales en el contenido y nivel de protección de los derechos fundamentales.²²⁸ La expansión hacia el este y sur de la Unión ha incrementado esta heterogeneidad. Tampoco la postulación de tal principio deriva de los artículos 2o. y 7.1 TUE. Las palabras de las normas implican una consonancia estructural solamente a un nivel bastante abstracto, y no homogeneidad constitucional. Sistemáticamente, tal principio de homogeneidad escasamente podría justificarse a la luz del artículo 4.2 TUE, de la manera en que la identidad nacional encuentra su expresión precisamente

²²⁵ Ipsen, H. P., “Über Verfassungs-Homogenität in der Europäischen Gemeinschaft”, en Maurer, H. (ed.), *Das akzeptierte Grundgesetz*, 1990, p. 159.

²²⁶ Sobre este concepto, véase Schmitt, C., *Verfassungslehre*, 1928 (8a. ed., 1993), p. 65; para una perspectiva del derecho comparado: Serrano Migallón, F., “Nuevas rutas para el federalismo, diversidad y unidad en el Estado latinoamericano”, en Serna de la Garza, J. M. (ed.), *Federalismo y regionalismo*, México, UNAM, 2002, pp. 529 y ss., pp. 534 y ss.

²²⁷ Mangiameli, S., “La clausola di omogeneità”, en *id.*, *op. cit.*, nota 3, p. 17; Schmitz, T., *Integration in der Supranationalen Union*, 2001, pp. 301 y ss.; Schorkopf, F., en Grabitz y Hilf, *op. cit.*, nota 3, artículo 7o., UE, apdo. 32; Comunicación de la Comisión del 15 de octubre de 2003 sobre el artículo 7o. del Tratado de la Unión Europea (COM [2003] 606).

²²⁸ Cruz Villalón, P., “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich”, en von Bogdandy, A. *et al.* (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, 2007, vol. I, § 13; de una perspectiva inversa Díez-Picazo, L. M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, 2002, p. 146: “Principio de autonomía institucional de los Estados miembros”.

en los arreglos constitucionales peculiares, singulares.²²⁹ Este entendimiento se corrobora con la controversia surgida en torno a las sanciones contra Austria y los otros 14 Estados miembros en el año 2000 y el debate sobre la concretización del artículo 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.²³⁰ Además, las dificultades para hacer de la Carta de Derechos Fundamentales un instrumento jurídico vinculante así como sus modificaciones en el curso de las negociaciones del Tratado de Lisboa también confluyen contra el principio de homogeneidad constitucional. Muchos ciudadanos europeos están preocupados de que el derecho constitucional europeo pueda evolucionar en el sentido de una fuerza de homogeneización no deseada. La fuerza homogeneizadora de un derecho constitucional debida sobre todo a los derechos fundamentales puede ser estudiada a plenitud en Alemania y los Estados Unidos.²³¹

Parece más prometedor, entonces, concretizar los principios del artículo 2o. TUE, de manera diferente en relación con tres diversos contextos. El primero, con la más alta densidad normativa, se refiere al propio diseño de la Unión, a las actividades de sus instituciones; el segundo, con una densidad normativa significativamente menor, hace referencia a los requisitos generales exigidos a los Estados miembros; y el tercer contexto, con aún menos densidad, se refiere a la política exterior de la Unión.²³² Como resultado de la apreciada diversidad en el ámbito constitucional europeo se colige que el segundo contexto no debe ser concebido de manera similar a un principio de homogeneidad en un Estado federal, lo que debe reflejarse en la terminología: de los artículos 2o. y 7.1 TUE, solamente debe derivarse un principio de compatibilidad estructural. A cambio de ello, los determinantes estructurales de los Estados miembros para la Unión Europea, tales como el artículo 23 de la Ley

²²⁹ Hilf, M., “Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten”, en Ranzhofer, A. *et al.*, nota 56, pp. 157-166 y ss.

²³⁰ Sobre este tema, véase Kühling, J., “Fundamental Rights”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 479 y ss.; Alonso García, R., “Las cláusulas horizontales de la carta de los derechos fundamentales”, en García de Enterría y Alonso García, *op. cit.*, nota 211, pp. 151-158 y ss.

²³¹ Knook, A., “The Court, the Charter, and the Vertical Division of Powers in the European Union”, *CML Rev.*, 42, 2005, p. 367.

²³² Para más detalles sobre este concepto, véase von Bogdandy, A., “The European Union as a Human Rights Organization?”, *CML Rev.*, 37, 2000, p. 1307; desde una perspectiva doctrinal esto puede lograrse a través de la doctrina del *margen de apreciación*, véase Kühling, *op. cit.*, nota 230.

Fundamental de Alemania, tampoco deben ser interpretados en el sentido de un principio de homogeneidad.

Este principio de compatibilidad estructural, sin embargo, no agota el alcance de las normas de derecho primario, determinando de manera comprensiva a la Unión y a los Estados miembros. Con particular referencia al ejercicio nacional de autoridad pública *dentro* del ámbito del derecho comunitario, la jurisprudencia, basada en el artículo 10 TCE (ahora artículo 4.3 TUE), va más allá de la compatibilidad estructural, hacia una coherencia comparable a la de un Estado federal y que podría ser concebida como un principio de homogeneidad. De esta manera, el TJUE ha aplicado recientemente los principios procedimentales desarrollados en un primer estadio por la propia acción administrativa de la UE, a las actividades administrativas de los Estados miembros.²³³ Dentro del ámbito de aplicación del derecho de la Unión, las administraciones nacionales están obligadas por los derechos fundamentales de la Unión, los principios de equivalencia y eficacia, y ahora también por los principios que han sido desarrollados por la propia administración de la UE: una constelación federal muy avanzada. De igual forma, un principio de protección jurídica coherente contra cualquier forma de autoridad pública rige también dentro del ámbito de aplicación del derecho de la Unión.²³⁴ Contrastado con estos determinantes, resulta todavía más claro que los requisitos generales de los artículos 2o. y 7.1 TUE, que establecen parámetros para los órdenes jurídicos de los Estados miembros en general, esto es, también fuera del ámbito de aplicación del derecho de la Unión, debe tener una densidad normativa mucho menor. Por razón de claridad terminológica no deben ser etiquetados como principio de homogeneidad.²³⁵

²³³ Sentencia del TJUE del 15 de junio de 2006, *Dokter* (C-28/05, Rec. 2006, p. I-5431), apdos. 71 y ss.

²³⁴ Cfr. por ejemplo sentencia del TJUE del 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur*, *cit.*, nota 91, apdo. 42; y con más detalle Nowak, C., “Recht auf effektiven Rechtsschutz”, en Heselhaus, S. y Nowak, C. (eds.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, apdos. 51, 63; además, véase Bast, “Legal Instruments and Judicial Protection”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2.

²³⁵ Una nueva dimensión puede encontrarse en los requisitos del artículo 12, TUE-Lis.

C. *El principio de lealtad y el equilibrio federal*

Mientras el derecho nacional conlleva la amenaza del poder de sanción,²³⁶ resulta inútil buscar el equivalente europeo. La mayor parte del derecho europeo —a saber, todas las normas jurídicas que representan, en su esencia, una comunicación entre diferentes autoridades públicas— ni siquiera está simbólicamente sancionado por una posible coerción. Este aspecto muestra que la lealtad juega un papel central, de hecho fundamental, en el derecho europeo.

La lealtad como un principio jurídico juega un papel configurador en dar un marco normativo a las variables relaciones entre las autoridades públicas en el ámbito jurídico europeo.²³⁷ A pesar de la ocasional plétora de detalladas reglas sobre la cooperación dentro del conjunto (*Verbund*), estas relaciones deben estar enclavadas en deberes suplementarios que aseguren la eficacia del derecho y puedan resolver conflictos. El principio de lealtad, usualmente descrito por el Tribunal de Justicia como el principio de cooperación, produce esos deberes.²³⁸ Las sentencias relevantes están basadas principalmente en el artículo 10 TCE (ahora artículo 4.3 TUE).²³⁹ Puede tanto promover la unidad como proteger la diversidad.

El principio de lealtad también está en la base de destacadas doctrinas, frecuentemente con poderosos efectos unificadores, por ejemplo los re-

²³⁶ Para más detalles, véase Möllers, *op. cit.*, nota 108, pp. 272 y ss.

²³⁷ Lorz, R. A., *Interorganrespekt im Verfassungsrecht*, 2001, pp. 72 y ss. y 526 y ss.

²³⁸ Sentencia del TJUE del 10 de febrero de 1983, *Luxemburgo / Parlamento* (230/81, Rec. 1982, p. 00255), apdo. 37; Sentencia del TJUE del 6 de diciembre de 1990, *Zwartveld* (C-2/88 Imm, Rec. 1990, p. I-3365), apdo. 17; Sentencia del TJUE del 26 de abril de 2007, *Comisión / Italia* (C-135/05, Rec. 2007, p. I-3475), apdos. 31 y ss.; Sentencia del 21 de junio de 2007, *Jonkman* (C-231–233/06, Rec. 2007, p. I-5149), apdo. 37; Sentencia del TJUE del 3 de julio de 2008, *Comisión / Irlanda* (C-215/06, Rec. 2008, p. I-04911), apdo. 59; 3a. declaración sobre el artículo 10 en el Acto Final al Tratado de Niza; Due, O., “Article 5 du traité CEE”, 1992, vol. II-1, *Collected Courses of the Academy of European Law*, pp. 15-35; Mischo, J., *Der Beitrag des Gerichtshofes zur Wahrung der föderalen Balance in der Europäischen Union*, 1999.

²³⁹ Sentencia del TJUE del 16 de junio de 2005, *Pupino* (C-105/03, Rec. 2005, p. I-5285), apdos. 39 y ss.; Sentencia del TJUE del 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía et al. op. cit.*, nota 44, apdo. 52; Sentencia del TJUE del 27 de febrero de 2007, *Segi et al., op. cit.*, nota 44, apdo. 52; Everling, U., “From European Communities to European Union”, en von Bogdandy, A. *et al.* (eds.), *European Integration and International Co-ordination*, 2002, pp. 139 y 157; Hatje, *op. cit.*, nota 210, pp. 39 y ss.

quisitos relativos a la cooperación judicial o la implementación doméstica del derecho de la Unión.²⁴⁰ A la luz de la protección de la diversidad, no obstante, debe señalarse que el principio protege *solamente* la integridad de los *resultados* de la legislación europea contra subsecuentes desobediencias por parte de Estados miembros. En contraste, no funda deberes de fórmulas “políticas pro-Unión”.²⁴¹

El principio de lealtad también impone deberes a las instituciones de la Unión en relación con los Estados miembros, como ahora explícitamente lo dispone el artículo 4.3 TUE.²⁴² Incluye la protección de la diversidad, a pesar de que su alcance preciso aún está en espera de mayor clarificación. Ahora bien, es cierto que el artículo 4.2 TUE, como una expresión del principio de lealtad, requiere que la Unión tome en cuenta los principios constitucionales e intereses fundamentales de los Estados miembros.²⁴³ Sin embargo, no puede haber una prohibición a la acción de la Unión para toda violación de una posición constitucional doméstica. De otra forma sería imposible una política independiente de la Unión. Más bien, el principio sólo ha de ser aplicado en el caso de interferencias concretas y graves en cuanto a los requisitos fundamentales de un orden constitucional nacional.

En tal virtud, el principio de lealtad parece constituir otra clave para entender a la Unión. Como el orden jurídico europeo descansa en última instancia sobre la obediencia voluntaria de sus Estados miembros, y por tanto sobre su lealtad, el principio tiene un papel decisivo para generar soluciones a cuestiones abiertas y por tanto para contener conflictos que pueden surgir en una comunidad política policéntrica.

²⁴⁰ Para más detalles véase *supra*, IV 1 b.

²⁴¹ Para más detalles véase *supra*, IV 2 c.

²⁴² Esta disposición simplemente codifica la jurisprudencia: Sentencia del TJUE del 10 de febrero de 1983, *Luxemburgo / Parlamento*, *op. cit.*, nota 238, apdos. 37 y ss.; sentencia del 20 de septiembre de 2001, *Bélgica / Comisión* (C-263/98, Rec. 2001, p. I-6076), apdos. 94 y ss.

²⁴³ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, 89, p. 155, 174 (*Maastricht*); Schmid, C., *Multi-Level Constitutionalism and Constitutional Conflicts*, 2001, pp. 222 y ss.

V. PRINCIPIOS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA UNIÓN Y SUS CIUDADANOS

Esta sección desarrolla los principios fundamentales del derecho constitucional europeo concernientes a la relación entre sujetos jurídicos privados y la autoridad pública de la Unión Europea. Ciertamente, los principios examinados en la sección IV también resultan de interés para los sujetos jurídicos privados: la creación de unidad conforme al principio del Estado de derecho es lograda principalmente por medio de la conversión de individuos y empresas en sujetos del orden jurídico supranacional, esto es, en ciudadanos del mercado.²⁴⁴ Pero estos principios no tienen que ver con la dialéctica clásica de la autoridad pública y la libertad en la relación entre la Unión y los ciudadanos. La situación es similar por lo que se refiere a los principios de distribución de poder político: a pesar de que tienen relación con los derechos políticos de los ciudadanos conforme a las Constituciones nacionales,²⁴⁵ también escapan a la dialéctica clásica. Seguidamente se exploran los principios europeos de esta dialéctica, esto es, los principios clásicos de libertad, igualdad y fraternidad como principios constitucionales de la Unión.

1. *El principio de igual libertad*

El principio más relevante del derecho constitucional liberal es el de la libertad y fue establecido como el primer principio en el artículo 6.1 del TUE en la versión de Ámsterdam. El artículo 2o. del TUE así como el cuarto considerando del Preámbulo en la versión reformada del Tratado de Lisboa denomina a la libertad como uno de los principios sobre los que se funda la Unión.²⁴⁶ Este principio debe trascender las diversas libertades específicas si aspira a tener un significado normativo independiente, ya que estas últimas pueden ser completamente inferidas de las

²⁴⁴ Esto incluye a las corporaciones; en relación con su papel central en la formación del derecho de la CE, véase Harding, C., "Who Goes to Court in Europe?", *EL Rev*, 17, 1992, p. 105.

²⁴⁵ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, 89, pp. 155, 182 y ss. (Maastricht).

²⁴⁶ Para una doctrina constitucional de este principio, véase Grabitz, E., "Freiheit als Verfassungsprinzip", *Rechtstheorie*, 8, 1977, p. 1; y con más detalle *id.*, *Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976.

palabras “respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales, y el Estado de derecho” que aparece posteriormente en la disposición. La libertad en su forma singular puede encontrarse en el objetivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo 3.2 TUE). Sin embargo, interpretar la noción de libertad del artículo 2o. del TUE a la luz del concepto reduccionista de libertad como se expresa en el artículo 3.2 TUE, es poco convincente porque se trata de un concepto sumamente restrictivo.²⁴⁷

Más apropiada y consistente con la tradición del constitucionalismo liberal-democrático es una interpretación del término “libertad” a partir del documento más relevante: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, que en su artículo 1o. se centra en la libertad: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”. El artículo 2o. obliga a toda autoridad pública a respetar este principio: “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’Homme”. De acuerdo con su artículo 4o., esta libertad consiste en “la libertad de hacer todo lo que no dañe a otro”. A la fecha, estas disposiciones han constituido también el punto de partida de las más significativas doctrinas filosóficas de principios.²⁴⁸

El principio general de libertad debe ser interpretado en el sentido de que todos dentro de la jurisdicción de la UE son sujetos jurídicos libres y todas las personas se encuentran frente a otras como jurídicamente iguales en ese orden jurídico.²⁴⁹ Esta forma de entender a una persona de ninguna manera es impuesta por la naturaleza, sino que más bien es el artefacto más importante de la historia europea, fundamental para la auto-comprensión de la mayoría de los individuos en el mundo Occidental. Podría objetarse que esta libertad sea el principio universal por excelencia. Esto es seguramente cierto. Sin embargo, no puede negarse que este principio de ninguna manera se ha establecido en todos los órdenes jurídicos. Y el derecho de la Unión Europea es el único orden jurídico

²⁴⁷ Para más detalles, véase Monar, J., “The Area of Freedom, Security and Justice”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 551 y ss.

²⁴⁸ *Cfr.* Kant, I., *Metaphysik der Sitten*, 4a. ed. 1922 (editado por K. Vorländer), § C, 35; Rawls, *op. cit.*, nota 25, p. 81; Dworkin, *op. cit.*, nota 25, p. 300; Habermas, *op. cit.*, nota 25, pp. 82 y ss., 125, 210, 414, y 445 y ss.

²⁴⁹ En relación con el nexo entre libertad y subjetividad, véase Hegel, *op. cit.*, nota 39, § 4.

transnacional que atribuye plena eficacia a este principio en todas las relaciones jurídicas concretas en una escala amplia.

A la luz de este principio, conceptos fundamentales de derecho europeo se conectan estrechamente con la tradición constitucional europea (conceptos que con frecuencia se (mal) entienden técnicamente). El primero es el concepto de efecto directo,²⁵⁰ según el cual el individuo no solamente es objeto sino también sujeto del derecho de la Unión: este principio obedece tanto al principio del Estado de derecho como al principio de libertad individual.²⁵¹

El principio de libertad individual ha sido un elemento central de integración desde sus etapas más tempranas. Walter Hallstein, el primer presidente de la Comisión CEE, entendió la integración europea, con su desmantelamiento de fronteras, como una expansión significativa del espacio de acción autónoma del individuo. A pesar de que en sus inicios la Comunidad no aprobó prácticamente ninguna regla perteneciente al ámbito del derecho privado, desde sus comienzos ha tenido una importante dimensión de derecho privado, cuyo peso resulta de la concepción del derecho privado como el verdadero orden de la libertad individual.²⁵² Desde esta perspectiva, puede entenderse la trascendencia fundamental de las libertades de mercado y del derecho de la competencia así como el artículo 3.3 TUE. En definitiva, el objetivo de un área continental de actividad individual libre no puede ser logrado a través del derecho nacional —tal área por tanto encarna un valor peculiar de la integración europea—. ²⁵³

Esta oportunidad para la autonomía privada tiene una relevancia particular en una comunidad política heterogénea que tiene un alcance casi continental como es la Unión. Mientras una comunidad política es más

²⁵⁰ Para una crítica de la concepción técnica, véase von Bogdandy, A., “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say”, *International Journal of Constitutional Law*, 6, 2008, p. 397.

²⁵¹ Véase *supra*, IV 1.

²⁵² Hallstein, W., *Der unvollendete Bundesstaat*, nota 128, pp. 45 y ss.; Mestmäcker, E.-J., “Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts”, *Rechtshistorisches Journal*, 1991, p. 177.

²⁵³ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)*, 89, p. 155, 174 (*Maas-tricht*); esto también explica la relevancia especial de la Constitución económica, sobre este tema véase Hatje, A., “The Economic Constitution within the Internal Market”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 589 y ss. y —con un enfoque crítico— Rödl, F., “The Labour Constitution”, en *ibidem*, pp. 623 y ss.

amplia y multiforme, es más difícil entender la política y el derecho como instrumentos de auto-determinación política. Las áreas de autonomía privada por tanto se vuelven mucho más imperativas que en la esfera estatal, donde el concepto de autogobierno a través de mecanismos políticos continúa siendo importante. A pesar de que la Unión ha trascendido su finalidad concerniente al mercado único, los aspectos económicos de la libertad individual todavía tienen mayor significación a este nivel que la que poseen en el contexto nacional.

El principio de libertad no está limitado a la autonomía privada,²⁵⁴ sino que en la tradición constitucional occidental exige la *misma* libertad para todos los sujetos jurídicos. El principio de igual libertad permite una interpretación constitucional de la jurisprudencia del TJUE relativa a la discriminación en la medida en que ella busca igualar el status jurídico de los sujetos del orden jurídico europeo;²⁵⁵ el principio por tanto influye en la libertad de movimiento de los trabajadores, la prohibición general de discriminación, los derechos que derivan de la ciudadanía de la Unión y los derechos derivados de los acuerdos de asociación, en particular el celebrado con Turquía.²⁵⁶ El potencial de transformación de esta jurisprudencia es considerable, y con mayor razón si se toma en cuenta que la igual libertad es un principio con una fuerte tendencia centralizadora.²⁵⁷ El objetivo socio-político manifestado en el artículo 2o., segunda frase del TUE, refuerza esta tendencia transformadora al disponer: “Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

En relación con la aptitud de un Estado de acceder y ser parte de la UE de acuerdo con los artículos 49 y 7.1 TUE, esto implica que su orden social y jurídico debe basarse en una comprensión liberal del individuo y que no puede haber fuertes segmentaciones internas, por ejemplo en reli-

²⁵⁴ Calliess, G.-P., “Die Zukunft der Privatautonomie”, en Jud, B. *et al.* (eds.), *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, 2001*, pp. 85 y 90 y ss.

²⁵⁵ Por tanto, el artículo 2o. TUE-Lis menciona la igualdad como un valor en sí mismo.

²⁵⁶ Sentencia del TJUE del 20 de noviembre de 2001, *Jany* (C-268/99, Rec. 2001, p. I-8615); Sentencia del TJUE del 21 de octubre de 2003, *Abatay* (asuntos acumulados C-317/01 y C-369/01, Rec. 2003, p. I-12301).

²⁵⁷ *Cfr.* von Bogdandy, A. y Bitter, S., “Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot”, en Gaitanides, C. *et al.*, *op. cit.*, nota 161, p. 309.

giones intransigentes, grupos étnicos o sociales, que evitasen a los individuos integrarse como sujetos jurídicos iguales. Este principio también apoya intervenciones por parte de la Unión en la autonomía privada si ésta produce desigualdad social y dependencia.

Basada en el principio de libertad puede desarrollarse una perspectiva crítica sobre gran parte de la política de la Unión. La Unión muestra tendencias paternalistas hacia sus ciudadanos, tal vez debido a la esperanza de incrementar su propia legitimidad a través de políticas bien intencionadas.²⁵⁸ De manera similar, las pretensiones éticas de la Unión son también críticas, conforme al principio de libertad. Un ejemplo lo conforma la Carta Europea del Investigador.²⁵⁹ Los investigadores deberán estar comprometidos a “principios éticos reconocidos”, en particular si quieren obtener fondos de la Unión. Este requisito indiscriminado es perjudicial para la libertad. Si la autoridad pública hace un requerimiento a sus sujetos, debe usar la forma jurídica a tal efecto. Esto constituye una exigencia clave de la libertad constitucional. A la luz del principio de libertad, es indispensable separar los discursos jurídico y ético-moral.²⁶⁰ Por esta razón, la fusión y confusión de valores y principios en el Tratado de Lisboa (artículo 2o. TUE) tampoco resulta convincente.

El Tratado de Lisboa pasa la libertad del primer al segundo lugar en el enunciado del artículo 2o. TUE, sobre los valores en los que se fundamenta la Unión. Siguiendo la lógica de la Carta de Derechos Fundamentales, la libertad es desplazada por el principio de respeto a la dignidad humana. Ello se corresponde con la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como con la comprensión constitucional alemana prevista en la Ley Fundamental.²⁶¹ No está claro aún si esto conducirá a una reorientación del curso tomado por la Unión, o si se enfrentará una lucha entre la libertad anglosajona y la dignidad humana “alemana”.

²⁵⁸ Para un análisis más detallado, véase Somek, A., *Individualism*, 2008, pp. 245 y ss.

²⁵⁹ Recomendación de la Comisión, del 11 de marzo de 2005, relativa a la Carta Europea del Investigador y al Código de conducta para la contratación de investigadores (2005/0251/EC), DO 75, 67.

²⁶⁰ Denninger, *op. cit.*, nota 68, p. 149.

²⁶¹ Para más detalles, véase Rixen, S., “Würde des Menschen als Fundament der Grundrechte”, en Heselhaus y Nowak, *op. cit.*, nota 234, pp. 335 y ss.

2. El principio de protección de los derechos fundamentales

Los artículos 2o. y 6o. TUE, estipulan un principio del respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. Estas libertades fundamentales no se refieren a las libertades de mercado del Tratado de la TFUE (artículos 30, 34, 45, 49, 56, 63 TFUE),²⁶² sino a derechos que en este contexto han de ser denominados como derechos fundamentales de acuerdo con la terminología de la Carta de Derechos Fundamentales.²⁶³

A pesar de su posición prominente, el principio de protección de derechos fundamentales no ha adquirido particular relevancia en el derecho de la UE hasta ahora.²⁶⁴ Ciertamente, los derechos fundamentales no constituyen el punto de referencia más importante para el orden jurídico de la Unión; su relevancia no alcanza por ejemplo la de los derechos básicos de la Ley Fundamental alemana. Desde este trasfondo, es posible trazar algunos aspectos preponderantes del derecho constitucional europeo.

Primero, puede hacerse notar que los autores de los Tratados han formulado el principio de los artículos 2o. y 6o. TUE, con una marcada reticencia. El *respeto* es solamente el primer elemento de las tres dimensiones “respetar, proteger, realizar”.²⁶⁵ A pesar de que el TJUE en ocasiones ha derivado derechos a la protección y a la participación a partir de derechos fundamentales, éstos no han dado forma a su jurisprudencia de manera decisiva, aun cuando algunas decisiones recientes muestran un perfil más claro orientado hacia los derechos fundamentales.²⁶⁶

Esta constatación se corresponde con la trayectoria tomada por la integración. Los derechos *individuales* han sido esenciales para la constitu-

²⁶² Kingreen, T., en Calliess y Ruffert, *op. cit.*, nota 3, artículo 6o., TUE, apdo. 3.

²⁶³ Para más detalles, véase Kühling, *op. cit.*, nota 230.

²⁶⁴ Fernández de Casadevante Romani, C., “Los derechos humanos en la Unión Europea: Mucho más que una cuestión retórica o doctrinal”, *Noticias de la Unión Europea*, 218, 2003, pp. 49 y ss., pp. 50 y ss.

²⁶⁵ Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, 2005, Introduction, apdo. 3.

²⁶⁶ Sentencia del TJUE del 27 de junio de 2006, Parlamento / Consejo, *op. cit.*, nota 40, apdos. 35 y ss.; Sentencia del TJUE del 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, *op. cit.*, nota 44, apdos. 28 y ss.

cionalización de la Unión,²⁶⁷ pero rara vez fueron calificados como derechos *fundamentales*: la integración ha seguido la ruta funcionalista, y no la constitucionalista. El TJUE comenzó a desarrollar, comenzando en la parte final de la década de años sesenta, *principes généraux* que protegían al individuo.²⁶⁸ Además de principios administrativos, aquellos principios generales también comprendían derechos fundamentales,²⁶⁹ lo que explica la formulación de los artículos 2o. y 6o. TUE.

La dimensión de los derechos fundamentales del derecho de la Unión ha permanecido débil durante largo tiempo.²⁷⁰ Ello puede explicarse desde la perspectiva de la tensión vertical (o federal). En primer lugar, difícilmente puede ser entendida sin tomar en cuenta el factor conformado por la presión ejercida sobre el TJUE por parte de algunas cortes constitucionales nacionales.²⁷¹ Asimismo, la cercana dependencia por parte del TJUE de la jurisprudencia del TEDH,²⁷² a saber, su renuncia a formular sus propios estándares de derechos fundamentales, puede ser justificada desde esta perspectiva: de acuerdo con su lógica, la Unión no forma una comunidad de derechos fundamentales propia, y por tanto no desafía a los tribunales de los Estados miembros en este ámbito. Una premisa de la actual integración europea es que los Estados miembros permanezcan autónomos *vis-à-vis* la Unión en lo que se refiere a mecanismos esenciales para crear la unidad nacional, y por ello en relación con el diseño de la protección nacional de derechos fundamentales.²⁷³ El hecho de que las consideraciones del TJUE con frecuencia no son muy bien diferenciadas o sensibles hacia los derechos fundamentales tiene por lo menos la venta-

²⁶⁷ Véase supra sección IV 1 b; el principio de efecto directo conduce a los derechos individuales; para más detalles, véase Beljin, S., “Dogmatik und Ermittlung der Unionsrechte”, *Der Staat*, 46, 2007, p. 489.

²⁶⁸ Para un análisis detallado, véase Pescatore, *op. cit.*, nota 64.

²⁶⁹ Sin embargo, principios del derecho administrativo usualmente son aplicados como un estándar separado y no en el marco del examen de derechos fundamentales, por ejemplo, el principio de proporcionalidad, *cfr.* sentencia del TJUE del 6 de diciembre de 2005, *ABNA* (asuntos acumulados C-453/03, Rec. 2005, p. 10423), apdos. 67 y ss.

²⁷⁰ Fernández de Casadevante Romani, *op. cit.*, nota 264, pp. 49 y ss., pp. 50 y ss.

²⁷¹ Para más detalles, véase Mayer, *op. cit.*, nota 162.

²⁷² Sobre la relación entre el TJUE y la Carta Europea de Derechos Humanos, véase Scheeck, L., “The Relationship Between the European Courts and Integration Through Human Rights”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 65, 2005, p. 837.

²⁷³ Weiler, *op. cit.*, nota 6, pp. 102 y ss. Para un análisis comparado véase Huber, *op. cit.*, nota 98, apdos. 98 y ss.

ja de no dar al TJUE el perfil de un órgano específico de protección de derechos fundamentales. Por tanto, no se crea una competencia con los tribunales nacionales que a menudo se distinguen a sí mismos a través de este papel.

Existen, sin embargo, tendencias a fortalecer el principio de protección de los derechos fundamentales. En un trabajo pionero de 1999 comisionado por el Parlamento Europeo, Philip Alston y Joseph H. Weiler²⁷⁴ convocaron a que la Unión se convirtiera en un modelo internacional para una política de derechos fundamentales coherente, vigorosa y orientada al futuro. Políticas de minorías, políticas de migración y políticas generales de no-discriminación deben converger en esta política progresiva de derechos fundamentales, que ha de ser implementada no tanto a través de los tribunales, sino a través de burocracias especializadas y organizaciones no gubernamentales.²⁷⁵ Esta pretensión jugó primero un papel bastante marginal en los debates; pero éste ciertamente ya no es el caso, a partir de la creación de la Agencia de Derechos Fundamentales.²⁷⁶ Un aspecto aún más importante es la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales. El segundo considerando del Preámbulo puede ser entendido en el sentido de establecer que los derechos fundamentales deben constituir el centro del derecho de la Unión y de que tiene una destacada significación político-simbólica.²⁷⁷ Sin embargo, las dificultades de transformarla en un instrumento jurídicamente vinculante muestran que el derecho positivo de la UE aún no comparte esta orientación.

Todavía no se ha manifestado una tendencia general en los desarrollos recientes del principio de protección de los derechos fundamentales. Por un lado, varias medidas de la UE que afectan derechos fundamentales han llevado a que el tema sea mucho más prominente en la actualidad de lo que era en la década de los noventas (por ejemplo medidas sobre los datos personales, medidas antiterroristas, medidas sobre las migraciones, protección de las fronteras). Por lo tanto, algunas decisiones muestran

²⁷⁴ Alston, P., y Weiler, J. H. H., "An «Ever Closer Union» in Need of a Human Rights Policy", en Alston, P. (ed.), *The EU and Human Rights*, 1999, p. 3.

²⁷⁵ En este sentido véase Alston, P. y de Schutter, O. (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU*, 2005.

²⁷⁶ Reglamento del Consejo, del 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (168/2007, Rec. 2007), DO 53, 1.

²⁷⁷ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000, DO 364, 8.

considerablemente mayor nivel de escrutinio.²⁷⁸ Además, existen señales de que el TJUE tiene la intención de usar los derechos fundamentales para promover la unidad federal.²⁷⁹ Igualmente se observa una línea de jurisprudencia que reinterpreta las posiciones jurídicas individuales desde una perspectiva de derechos fundamentales, promoviendo con ello una constitucionalización basada en los derechos fundamentales.²⁸⁰ A nivel legislativo se han aprobado actos jurídicos relativos a aspectos específicos de la protección de derechos fundamentales en los Estados miembros.²⁸¹

Por otro lado, hay señales obvias de que la construcción de unidad general basada en una razón básica de derechos fundamentales habrá de enfrentar considerable resistencia de los Estados miembros. La Carta de Derechos Fundamentales explícitamente establece que los derechos fundamentales de la Unión en primer lugar y principalmente obligan a la Unión; de acuerdo al artículo 51.1 de la Carta, los Estados miembros solamente son aludidos en la llamada constelación de implementación.²⁸² Durante las negociaciones del Tratado de Lisboa, esto fue clarificado aún más.²⁸³

La tensión vertical (o federal) específica explica por tanto numerosos aspectos del principio de respeto de los derechos fundamentales de la

²⁷⁸ *Cfr.* la sentencia del TJUE del 27 de junio de 2007, *Parlamento / Consejo*, *op. cit.*, nota 40, apdos. 35 y ss.

²⁷⁹ *Esp* sentencia del TJUE del 11 de julio de 2002, *Carpenter* (C-60/00, Rec. 2002, p. I-06279), apdos. 41 y ss.; *cfr.* además, sentencia del TJUE del 20 de mayo de 2003, *ORF*, *op. cit.*, nota 40, apdos. 71 y ss.; Mager, U., “Dienstleistungsfreiheit und Schutz des Familienlebens”, *JuristenZeitung*, 2003, p. 204.

²⁸⁰ Además del Reglamento por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (nota 276), debemos mencionar las siguientes normas: Directiva del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Dir 2000/43/CE), DO 180, 22; Directiva del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Dir 2000/78/CE), DO 303, 16.

²⁸¹ Sentencia del TJUE del 15 de junio de 2006, *Dokter*, *op. cit.*, nota 233, apdos. 71 y ss.; Nowak, C., “Justizielle Grundrechte und Verfahrensgarantien”, en Heselhaus y Nowak, *op. cit.*, nota 234, apdos. 8 y ss., 14.

²⁸² Esto es más estrecho que la jurisprudencia actual, *cf.* sentencia del TJUE del 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, Rec. 1991, p. I-02925), apdos. 41–45; Sentencia del TJUE del 12 de septiembre de 2006, *Laserdisken* (C-479/04, Rec. 2006, p. I-8089), apdo. 61.

²⁸³ Más detalles en Mayer, *op. cit.*, nota 72, p. 1141.

Unión. La actual diversidad constitucionalmente protegida en la Unión limita los intentos jurisdiccionales de crear homogeneidad con base en principios o valores.

3. *El principio de Estado de derecho*

Ya han sido descritos aspectos importantes del principio del Estado de derecho. Con vista a la relación entre la Unión y el individuo, una dimensión adicional requiere de protección del individuo respecto de medidas de la Unión.²⁸⁴ Esto es reconocido de manera general (artículo 47 de la Carta). Al mismo tiempo, esta protección jurídica no es satisfactoria en varios sentidos. Al tratar con estas deficiencias, la constelación de protección jurídica en su conjunto, a través de los tribunales de la Unión y de los Estados miembros, debe ser desarrollada a la luz del principio del Estado de derecho.²⁸⁵

4. *El principio democrático*

A. Desarrollo y características básicas

Durante muchas décadas, la ciencia jurídica europea no centró su atención en el principio democrático, sino más bien en el principio del Estado de derecho. Respecto a éste, había un consenso *ab initio* de que debía ser aplicado directamente a los actos de los órganos supranacionales, esto es, que la Comunidad necesitaba su propia legitimidad derivada del principio del Estado de derecho. Una aplicación meramente indirecta, por ejemplo, vía la participación de los funcionarios públicos nacionales en el proceso político europeo o implementando sus resultados en la esfera nacional, fue siempre considerado insuficiente. El postulado de legitimidad democrática propia de la Comunidad se desarrolló en claro contraste con ello. Largo tiempo, había sido solamente un requisito político de los federalistas europeos y no un principio jurídico. Hasta la década de los noventa se sostuvo la postura consistente en considerar que la au-

²⁸⁴ Heuschling, *op. cit.*, nota 164.

²⁸⁵ Para un análisis más detallado, véase Bast, "Legal Instruments and Judicial Protection", en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2.

toridad supranacional no requería jurídicamente de una legitimidad democrática propia.²⁸⁶ Posteriormente tuvo lugar un rápido desarrollo, con dos puntos focales: la ciudadanía de la Unión y el arreglo organizacional de la Unión.²⁸⁷

La evolución que va de una demanda política a favor de una legitimidad democrática independiente a un principio jurídico ha sido ardua. Incluso el Acta de 1976 sobre la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por medio de sufragio universal y directo, no contuvo todavía el término “democracia”.²⁸⁸ A inicios de la década de los ochenta, el TJUE comenzó de manera muy cautelosa a usar el concepto de democracia como un principio jurídico.²⁸⁹ En 1992 el Tratado de Maastricht empleó este término, aunque menciona su relevancia para el nivel supranacional solamente en el considerando quinto del Preámbulo. Con el artículo F del Tratado de la UE en la versión de Maastricht, la democracia abrió su camino rumbo a una disposición del Tratado —aunque sin referirse a la Unión, sino con vista a los sistemas políticos de los Estados miembros—. El salto no fue realizado sino hasta el Tratado de Amsterdam de 1997, cuyo artículo 6o. TUE, estableció que el principio democrático también se aplica a la Unión.

Este desarrollo constitucional interno es reforzado por desarrollos externos. De particular importancia son el artículo 3o. del primer Protocolo del CEDH en su interpretación por parte del Tribunal de Estrasburgo²⁹⁰ y

²⁸⁶ Randelzhofer, A., “Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft”, en Kirchhof, P. y Hommelhoff, P. (eds.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, pp. 39 y 40.

²⁸⁷ Para más detalles véase Dann, *op. cit.*, nota 179, y Kadelbach, S., “Union Citizenship”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 2, pp. 443 y ss.

²⁸⁸ Acta y decisión relativos a la elección de representantes a la Asamblea por sufragio universal y directo (1976), DO 278, 1.

²⁸⁹ El principio democrático sirve sobre todo para permitir la revisión judicial, sentencia del TJUE del 29 de octubre de 1980, *Roquette Frères* (138/79, Rec. 1980, p. 3333,) apdo. 33; sentencia del 11 de junio de 1991, *Comisión / Consejo* (C-300/89, Rec. 1991, p. I-2867), apdo. 20; sentencia del 10 de junio de 1997, *Parlamento / Consejo* (C-392/95, Rec. 1997, p. I-3213), apdo. 14. Diferente: La sentencia del TPI del 17 de junio de 1998, *UEAPME* (T-135/96, Rec. 1998, p. II-2335), apdo. 89.

²⁹⁰ Sentencia de la CEDH del 18 de febrero de 1999, *Matthews / Reino Unido* (24833/94, *EHRR* 28, 1999), p. 361; Ress, G., “Das Europäische Parlament als Gesetzgeber: Der Blickpunkt der EMRK”, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2, 1999, pp. 219 y 226.

—si bien con menor claridad— disposiciones nacionales como el artículo 23.1 de la Ley Fundamental alemana.²⁹¹

La palabra “democracia” en el artículo 2o. TUE, no lleva consigo una definición. Nada describe mejor la falta de certeza en cuanto a la manera de entender el principio democrático de la Unión que la parte I, título VI, y parte II, título V, del Tratado Constitucional. Bajo los rubros “La vida democrática de la Unión” y “Derechos de los ciudadanos”, respectivamente, fue acumulada una serie de disposiciones heterogéneas. Las dificultades también se hacen evidentes en una jurisprudencia del TJUE marcadamente cautelosa, que en gran parte se abstiene de desarrollar una definición del sujeto democrático. En contraste con la mayoría de otros términos del derecho europeo, el Tribunal de Justicia evita una determinación autónoma y deja el campo a los Estados miembros.²⁹² El Tratado de Lisboa da un gran paso hacia adelante al respecto: los cuatro artículos del título II, TUE, versión del Tratado de Lisboa son mucho más coherentes, denotando que la compleja discusión interdisciplinaria sobre la democracia europea ha producido algunos frutos en este punto.²⁹³

Diversas doctrinas y teorías desarrolladas en el contexto estatal para sustanciar el principio democrático pueden ser descartadas para el efecto de definir el principio democrático que corresponde a la Unión. Esto es particularmente cierto para la teoría que entiende a la democracia como gobierno “del pueblo” (o de la nación) en un sentido sustantivo y holístico. Tal forma de entenderlo implica bases empíricas que no se encuentran al nivel europeo. Se podría imaginar una manera formal de concebir el pueblo europeo como la suma de todos los ciudadanos de la Unión en un sentido kantiano,²⁹⁴ pero esto no sería convincente a la luz de los Tratados, que evitan intencionalmente el término *pueblo europeo*. Ello sugiere que el principio democrático en el contexto de la Unión debe ser

²⁹¹ Sobre disposiciones similares en otras Constituciones, véase Grabenwarter, *op. cit.*, nota 99.

²⁹² Sentencia del TJUE del 12 de septiembre de 2006, *España / Reino Unido* (C-145/04, Rec. 2006, p. I-7917), apdo. 71; sentencia del TJUE del 12 de septiembre de 2006, *Sevinger* (C-300/04, Rec. 2006, p. I-8055), apdo. 44.

²⁹³ Schimmelfennig, F., “Legitimate Rule in the European Union”, *Tübinger Arbeitspapiere zur Internationalen Politik und Friedensforschung* 27 (1996), disponible en www.uni-tuebingen.de/uni/spi/taps/tap27.htm (consulta 30 de agosto de 2010); Bauer, H. et al. (eds.), *Demokratie in Europa*, 2005; Kohler-Koch, B. y Rittberger, B. (eds.), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, 2007.

²⁹⁴ Augustin, A., *Das Volk der Europäischen Union*, 2000, pp. 62 y 110 y ss.

concretizado independientemente del concepto de “pueblo”. La noción de ciudadanía de la Unión puede servir como una alternativa. El artículo 9o. TUE, versión del Tratado de Lisboa ha tomado este camino en la tradición de la igualdad republicana. La democracia europea debe ser concebida desde la perspectiva de la igualdad de los ciudadanos, y no desde la perspectiva de un pueblo o una nación. El artículo 9.1, TUE, habría podido expresar este concepto incluso con mayor claridad y de modo más convincente. En la versión actual todavía contiene —hasta cierto punto desafortunado— un matiz paternalista, que podría ser parte de la Constitución de un Estado autoritario.

Sin embargo, colocar solamente al ciudadano de la Unión en el centro de una construcción del principio democrático europeo sería un malentendido. La Unión no niega la organización democrática de los ciudadanos en y por los Estados miembros (artículo 9o., segunda frase del TUE). Así, al lado de los ciudadanos de la Unión, los pueblos democráticamente organizados de los Estados miembros (artículos 10.2, segunda frase, y 6.3 TUE) actúan en el proceso de toma de decisiones de la Unión como asociaciones organizadas. El principio democrático de la Unión debería ser construido sobre la base de estos dos elementos: los Tratados vigentes hablan por un lado de los pueblos de los Estados miembros y por el otro lado de los ciudadanos de la Unión, en la medida en que el principio democrático esté involucrado. Los elementos centrales que determinan el principio democrático de la Unión en este nivel básico son así identificados. La Unión descansa sobre una estructura de legitimidad dual:²⁹⁵ la totalidad de los ciudadanos de la Unión y los pueblos tal y como están organizados por las respectivas Constituciones de los Estados miembros. Esta concepción puede confirmarse claramente en el artículo 10.2 TUE.

Llegados a este punto surge la cuestión crucial de la teoría constitucional europea relativa a determinar si las dos líneas de legitimidad asumen la existencia de dos sujetos de legitimidad estructuralmente diferentes y han de ser concebidos en distintas tradiciones teóricas, o si existe una sola base de legitimidad.²⁹⁶ La perspectiva dual parece argumentar a favor

²⁹⁵ En relación con el modelo de legitimación dual, véase Oeter, *op. cit.*, nota 61; Dann, *op. cit.*, nota 179, y Peters, *op. cit.*, nota 98, pp. 556 y ss.

²⁹⁶ Cfr. von Achenbach, J., “Theoretische Aspekte des dualen Konzepts demokratischer Legitimation für die Europäische Union”, en Vöneky, S. *et al.* (eds.), *Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht*, 2009, p. 191.

de una concepción del diseño político que expresa un compromiso entre una forma de entender la democracia centrada en el individuo y una holística basada en el macro-sujeto de un pueblo (o nación).²⁹⁷ Sin embargo, tal concepción sincrética parece ser problemática en el nivel teórico. Es más convincente, teóricamente, concebir al individuo, ciudadanos nacional y ciudadano de la Unión, como un único sujeto de legitimidad.²⁹⁸ No obstante, esta posición teórica puede contribuir a la evolución jurídica sólo en tanto sea utilizada de manera extremadamente cautelosa.

Otro problema esencial en cuanto a la interpretación del principio democrático es establecer qué requiere dicho principio. Algunos autores entienden a la democracia europea como lo hacen con cualquier democracia, es decir, como una forma de auto-determinación política.²⁹⁹ De hecho, la Unión puede ser interpretada como una institución que protege a los europeos de la dominación americana, o en un futuro no muy lejano, de la china o rusa. Pero esto no satisface la noción de auto-determinación política en la época poscolonial, se pretende algo más.

La noción de auto-determinación, entonces, puede ser entendida, en primer lugar, en el sentido de auto-determinación *individual*. Interpretar los difícilmente comprensibles procedimientos de la Unión en este sentido, sin embargo, excede las fuerzas imaginativas del ciudadano común, o por lo menos la del autor de este texto. Además, tal forma de entender a la auto-determinación puede alentar la intolerancia con su tendencia a excluir a los renegados.

La alternativa es interpretar a la democracia como una auto-determinación *colectiva*. Ésta es una concepción plausible en el ámbito del Estado-nación sobre la base de un concepto fuerte de nación o pueblo. Sin embargo, no es transferible al nivel europeo ya que precisamente tal colectivo, tal forma de unidad política, tal “Nosotros”, en suma, el pueblo europeo, se encuentra ausente. La consecuencia de tal concepción teórica puede por tanto solamente ser el percibir a la Unión en su circunstancia

²⁹⁷ Dellavalle, S., “Between Citizens and Peoples”, *Annual of German & European Law II/III*, 2004/05, p. 171.

²⁹⁸ Para más detalles véase von Achenbach, *op. cit.*, nota 296; y Dellavalle, *op. cit.*, nota 297; Pernice, I., “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 60, 2001, pp. 148, 160 y ss. y 176.

²⁹⁹ Kohler-Koch y Rittberger, *op. cit.*, nota 293, pp. 12 y 160; Möllers, C., *Gewaltengliederung*, 2005, pp. 28 y ss., y, de manera prominente, Habermas, *op. cit.*, nota 25, pp. 90, 315 y ss. y *passim*.

actual como incapaz de tener democracia. A pesar de que esta conclusión puede ciertamente ser discutida teóricamente, es inútil para la doctrina jurídica ya que no puede dar significado a un término de derecho positivo, la “democracia” en el artículo 2o. TUE. En vista de la larga duración del proceso para incluir el término democracia en el texto del Tratado y considerando que el mismo ha sido votado por todos los Parlamentos nacionales, un jurista debe concederle algún contenido positivo a la democracia europea.

A decir verdad, la integración europea probablemente da el golpe de gracia a esta teoría como base de la doctrina del principio democrático incluso en los Estados miembros. La auto-determinación política se convierte así en inverosímil también para entender la democracia en los Estados miembros. Los ciudadanos o pueblos de los Estados miembros no pueden ejercer la auto-determinación, dada su membrecía en la Unión. Tales concepciones de democracia por tanto solamente tienen un potencial crítico con respecto a la democracia en Europa, qué sin duda es importante, pero no es constructivo. Estas concepciones presentan una “idea regulativa”,³⁰⁰ cuyo alcance está limitado con respecto al análisis del derecho positivo y que no debe ser confundida con la esencia de un principio jurídico.

Un concepto menos ambicioso de democracia necesita ser esbozado, enfocándose en la representación de intereses y el control del poder.³⁰¹

B. Principio democrático y estructura institucional

El principio democrático encuentra su expresión más importante en las instituciones representativas; tal concepción se encuentra en la base del artículo 10.1 TUE. Casi 20 años de discusión han revelado que no hay alternativa al parlamentarismo, lo mismo que éste debe adaptarse a las necesidades contemporáneas.³⁰² De acuerdo con la premisa básica de legitimidad dual, las elecciones proveen dos líneas de legitimidad democrática de la Unión Europea. Estas líneas están institucionalmente repre-

³⁰⁰ Habermas, *op. cit.*, nota 25, pp. 215 y ss.

³⁰¹ Rubio Llorente, F., *La forma del poder*, 1993.

³⁰² Cfr. von Bogdandy, A., “Parlamentarismus in Europa”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 130, 2005, p. 445.

sentadas por el Parlamento Europeo, que se constituye en elecciones por la totalidad de los ciudadanos de la Unión, y por el Consejo y el Consejo Europeo, cuya legitimidad está fundamentada en los pueblos democráticamente organizados de los Estados miembros (artículo 10.2 TUE). En la situación constitucional actual existe un claro dominio de la línea de legitimidad de los Parlamentos nacionales, como lo muestra en particular el artículo 48 TUE, así como la preponderancia del Consejo y el Consejo Europeo en los procedimientos de la Unión. Visto a la luz de esta premisa se entiende que el Tratado de Lisboa establezca requisitos para los Parlamentos nacionales en el artículo 12 TUE.

Puede dudarse si el principio de legitimidad dual como una concreción del principio democrático puede siquiera ser formulado, ya que la co-decisión del Parlamento Europeo (PE) de ninguna manera ha sido incorporada en todas las áreas de competencia, ni todas las decisiones importantes requieren de su aprobación, ni todas las instituciones son responsables ante aquél respecto a todos sus actos. En vista de la situación jurídica actual, el principio puede ser entendido en el sentido de que la legitimidad democrática de los actos de la Unión puede ser derivada a través de los Consejos y el PE, y que éste representa el caso normal en relación con los actos legislativos.³⁰³ El principio jurídico, sin embargo, no determina si la situación representa el caso normal, es decir, cuál institución en un caso específico debe tomar una decisión concreta,³⁰⁴ ello depende de la competencia respectiva.³⁰⁵ La exigencia de expandir los poderes parlamentarios permanece en la esfera política.

Si el impacto jurídico del principio democrático es limitado, sus implicaciones son enormes. Un Parlamento transnacional puede conferir legitimidad democrática a pesar de que no representa a un pueblo o una nación; además, instituciones gubernamentales (como los dos Consejos) también pueden hacerlo. Esto contrasta de manera aguda con el derecho constitucional nacional. Incluso en las Constituciones federales, a las ins-

³⁰³ Véase sentencia del TJUE del 6 de mayo de 2006, *Parlamento / Consejo*, *op. cit.*, nota 115, apdo. 63; explícitamente en relación con el artículo 289, TFUE.

³⁰⁴ Esto independientemente de la exigencia política de que el Parlamento Europeo debería por lo menos co-decidir en casos en los que el Consejo adopta una decisión por mayoría.

³⁰⁵ El principio democrático por tanto no es un criterio para la delimitación de competencias, sentencia del TJUE del 11 de junio de 1991, *Comisión / Consejo*, *op. cit.*, nota 289, apdos. 20 y ss.; erróneamente AG Tesauro en *ibidem*, pp. 2892 y ss.

tituciones representativas de los gobiernos sub-nacionales rara vez les es reconocido (p.e. el *Bundesrat* alemán) un papel en el otorgamiento de legitimidad democrática.³⁰⁶ La idea de un pueblo unitario es demasiado fuerte. Al contrario, el federalismo ejecutivo europeo³⁰⁷ tiene su propia relevancia democrática a la luz del principio democrático de la Unión.

C. *Transparencia, participación, deliberación y flexibilidad*

El principio democrático enfrenta retos más grandes en la Unión que dentro del contexto del Estado-nación. Esto puede ser el precio a pagar a cambio de una mayor libertad privada. En contraste con el Estado-nación, la dimensión y la diversidad constitutiva de la Unión, la distancia física de las instituciones centrales respecto a la gran mayoría de los ciudadanos de la Unión y la complejidad de esas instituciones son solamente algunos de los factores que imponen las mayores restricciones a la realización del principio democrático por medio de la elección de instituciones representativas. Bajo este enfoque, para la realización del principio democrático han recibido mayor atención estrategias adicionales distintas al contexto estatal. Un resultado importante del debate de los últimos 20 años es que esas estrategias adicionales solamente pueden complementar, y no remplazar, el parlamentarismo. De particular trascendencia son la transparencia, la participación de los afectados, la deliberación y la flexibilidad, lo que se refleja en el artículo 11 TUE.

Un primer grupo de mecanismos para concretizar el principio democrático europeo viene constituido por la obligación de la transparencia de la acción gubernamental —su inteligibilidad y la posibilidad de atribuir responsabilidad—, que sólo ha sido asociada de manera periférica con el principio democrático en el contexto estatal. El derecho constitucional europeo se coloca a sí mismo en la vanguardia del desarrollo constitucional cuando requiere que las decisiones sean “tomadas tan abiertamente como sea posible”, esto es, transparentemente. El Tratado de Ámsterdam fue el primero en declararlo, colocándolo en un lugar prominente, a saber, en el artículo 1.2 TUE. El significado democrático específico de la

³⁰⁶ Hanebeck, A., *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*, 2004, pp. 199 y ss., 279 y ss., y 312 y ss.

³⁰⁷ Para más detalles, véase Oeter, *op. cit.*, nota 61; y Dann, *op. cit.*, nota 179.

transparencia en el derecho europeo ahora está confirmado en el artículo 11.1 y 2 TUE.

La transparencia exige el conocimiento de los motivos. Desde el comienzo, el derecho comunitario ha establecido un deber de dar razones incluso para los actos legislativos (artículo 253 CE, ahora artículo 296.2 TFUE), lo cual es apenas conocido en los órdenes jurídicos estatales. Este deber fue primero concebido principalmente desde la perspectiva del principio del Estado de derecho,³⁰⁸ pero su relevancia para el principio democrático ha venido a gozar entretanto de un reconocimiento general.³⁰⁹ El acceso a documentos regulado en el derecho primario en el artículo 255 CE (ahora artículo 15 TFUE, artículo 42 de la Carta), es también de gran importancia para la realización de la transparencia. Se ha convertido en un tema de un considerable número de decisiones judiciales.³¹⁰ Un aspecto ulterior es la publicidad del resultado de las votaciones del Consejo en lo concerniente a la adopción de medidas legislativas (artículo 16.8 TUE).³¹¹

Un segundo complejo de mecanismos se refiere a las formas de participación política más allá de las elecciones. Las consultas populares parecen un instrumento obvio, y los referenda han sido ocasionalmente empleados para legitimar decisiones nacionales sobre temas europeos (tales como la adhesión a la Unión o la ratificación de los Tratados que enmiendan a los originales). Extender tales instrumentos al nivel europeo ha sido propuesto desde hace algún tiempo.³¹² La iniciativa ciudadana diseñada de manera restrictiva en el Tratado de Lisboa (artículo 11.4 TUE)

³⁰⁸ Scheffler, H., *Die Pflicht zur Begründung von Maßnahmen nach den europäischen Gemeinschaftsverträgen*, 1974, pp. 44 y ss. y 66 y ss.

³⁰⁹ Sentencia del 18 de diciembre de 2007, *Suecia / Comisión*, *op. cit.*, nota 165, apdos. 54 y 66.

³¹⁰ Heliskoski, J. y Leino, P., "Darkness at the Break of Noon", *CML Rev.*, 43, 2006, p. 735.

³¹¹ 4a. frase del artículo 207.3 TCE (ahora artículo 240 TFUE); Sobotta, C., *Transparenz in den Rechtssetzungsverfahren der Europäischen Union*, 2001, pp. 144 y ss. y 198 y ss.

³¹² Abromeit, H., "Ein Vorschlag zur Demokratisierung des europäischen Entscheidungssystems", *Politische Vierteljahresschrift*, 1998, p. 80; Habermas, J., *Ach, Europa*, 2008, p. 105.

tiene un menor alcance.³¹³ Actualmente es difícil evaluar su posible significación como una forma de dar vida al principio democrático.

Mientras que la Unión no tiene experiencia con consultas populares, tiene mucha experiencia en permitir que intereses especiales intervengan en el proceso político. La investigación en este tema indica que tal participación de partes interesadas y afectadas puede ser una vía adicional para realizar el principio democrático.³¹⁴ El artículo 10.2 TUE, está basado en esta concepción. Sin embargo, el principio de igualdad política debe ser respetado y la participación tiene que ser configurada de forma tal que se evite la paralización política o la captura de una institución pública por parte de grupos organizados fuertes.

Asimismo, el postulado de hacer a la Unión más flexible tiene implicaciones en el principio democrático.³¹⁵ Ello facilita a una mayoría democrática nacional ser respetada, sin permitir, sin embargo, que esta mayoría nacional, que es una minoría europea, frustre la voluntad de la mayoría europea. No obstante, existen cuestiones difíciles referentes a la igualdad competitiva en el mercado interno así como a la garantía de la transparencia democrática en los cada vez más complejos procesos de toma de decisión,³¹⁶ mas el potencial democrático de la geometría variable es claro. Adicionalmente, la posibilidad de retirarse de la Unión, como está previsto en el artículo 50 TUE, obedece al principio democrático, ya que sostiene la perspectiva de la auto-determinación nacional en el caso de que el dominio de la Unión llegase a parecer como ilegítimo.³¹⁷

D. *Democracia supranacional: una evaluación*

Las consideraciones precedentes demuestran que el principio democrático está tomando forma gradualmente en el nivel europeo, constru-

³¹³ Epiney, A., “Europäische Verfassung und Legitimation durch die Unionsbürger”, en Kadelbach, S. (ed.), *Europäische Verfassung und direkte Demokratie*, 2006, pp. 33 y 46 y ss.

³¹⁴ Kohler-Koch, B., “The Organization of Interests and Democracy”, en Kohler-Koch y Rittberger, nota 293, p. 255.

³¹⁵ Thym, D., “Supranationale Ungleichzeitigkeit im Recht der europäischen Integration”, *Europarecht*, 2006, p. 637.

³¹⁶ Wouters, J., “Constitutional Limits of Differentiation”, en de Witte, B. *et al.* (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, 2001, p. 301.

³¹⁷ Louis, J.-V., “Le droit de retrait de l’Union européenne”, *Cahiers de Droit Européen*, 2006, p. 293.

yéndose con fundamento en concepciones bien establecidas mientras que al mismo tiempo muestra una serie de acentuaciones innovadoras y modificaciones de largo alcance para promover una democracia viable en el nivel supraestatal y supranacional. La modificación conceptual más importante respecto a la doctrina constitucional estatal establecida se refiere al concepto de unidad política de una nación, que la mayoría de los científicos del derecho consideran fundacional para el Estado democrático constitucional (incluso para la variante federal). La Unión carece de tal unidad política; más bien, se construye sobre la base de pueblos diversos y organizados por Estados nacionales.³¹⁸ Esta concepción encuentra su expresión constitucional en la garantía de respeto a los pueblos de los Estados miembros, la falta de voluntad para fundar un Estado, así como el papel central del Consejo y del Consejo Europeo en el proceso de toma de decisiones, por mencionar sólo algunos. El presupuesto de una sociedad europea, como lo dispone el artículo 2o. TUE, en la versión del Tratado de Lisboa, no cambia nada al respecto.

Por tanto, mientras que en el derecho constitucional nacional el principio democrático —en el sentido de la igualdad política de todos los ciudadanos— influye enormemente la configuración institucional,³¹⁹ la organización de la Unión debe colocar a la diversidad de los pueblos en el mismo nivel, con algunas consecuencias para la igualdad política, como el distinto peso del voto (artículo 14.2 TUE). No se trata de una novedad absoluta y puede encajar en la teoría democrática.³²⁰ Es esta característica lo que explica y probablemente justifica, por ejemplo, algunas de las limitaciones establecidas al principio de igualdad política³²¹ o la relativa debilidad del Parlamento Europeo. Tal vez estos elementos incluso pue-

³¹⁸ Lepsius, R. M., “Die Europäische Union als Herrschaftsverband eigener Prägung”, en Joerges, C. *et al.* (eds.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity?*, 2000, pp. 203 y 210 y ss.

³¹⁹ Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1999, apdos. 125 y 130.

³²⁰ Frankenberg, G., en Denninger, E. *et al.* (eds.), *AK-Grundgesetz*, 2001, artículo 20.1-3 I, apdo. 37; Schmitt, nota 226, pp. 388 y ss.

³²¹ Arndt, F., “Ausrechnen statt aushandeln”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 68, 2008, pp. 247 y 251.

den ser vistos como elementos definitorios de una comprensión supranacional de la democracia.³²²

Otra cuestión jurídica a tratar es si el principio democrático justifique un activismo judicial a su favor. Dentro del arreglo organizacional y las relaciones inter-institucionales, en particular entre el Consejo y el Parlamento, el activismo judicial sólo es posible dentro de los más estrechos límites. Efectivamente, el Consejo es una institución que realiza el principio democrático, y en el derecho constitucional de la Unión no se evidencia elemento alguno que asigne un valor preponderante del Parlamento Europeo. Al mismo tiempo, desde que ha entrado en vigor el Tratado de Lisboa se podría inferir del artículo 10.2 TUE, una presunción en favor de la legitimidad dual; y ello tiene un potencial en vista de la evolución jurídica: en un caso de interpretación incierta, corresponde decidir en favor de la regla (co-decisión legislativa) y no de la excepción (decisión legislativa exclusiva del Consejo). Este presupuesto puede permitir mayor activismo judicial. Incluso hoy día este principio opera en este sentido en las áreas de transparencia, participación de los intereses afectados³²³ y el derecho intra-institucional.³²⁴

5. *El principio de solidaridad*

El último principio clásico del constitucionalismo europeo es la solidaridad. Conforme al principio de solidaridad, la autoridad pública organiza la cohesión y la asistencia mutua entre los ciudadanos.³²⁵ Ha habido otro desarrollo en los textos digno de notarse. En su formulación original, el artículo 2o. del Tratado de la CEE clamaba solamente por una relación más cercana entre los Estados miembros, acaso débilmente reminiscente del primer Preámbulo, de acuerdo con el cual el Tratado tenía

³²² Véase Magnette, P., “European Democracy Between Two Ages”, en Barnard, *op. cit.*, nota 131, p. 13; Nettesheim, M., “Demokratisierung der Europäischen Union und Europäisierung der Demokratietheorie”, en Bauer *et al.*, *op. cit.*, nota 293, p. 143.

³²³ Sentencia del TPI del 17 de junio de 1998, *UEAPME / Consejo*, *op. cit.*, nota 289, apdos. 88 y ss.

³²⁴ Sentencia del TPI del 2 octubre de 2001, Martínez *et al.* (ansuntos acumulados T-222/99, T-327/99 y T-329/99, Rec. 2001, p. II-2823), apdo. 195.

³²⁵ Kingreen, T., *Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund*, 2003, pp. 22 y ss. y pp. 128 y ss.; Lais, M., *Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2007, pp. 25 y ss.

como objetivo lograr “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”. Desarrollos posteriores han abordado este valioso objetivo del Preámbulo. El Tratado de Maastricht introdujo el texto vigente. La sustitución del término “relaciones” por el término “solidaridad” puede ser entendido como una transición conceptual de una Unión basada en relaciones internacionales a la Unión como una entidad política federal. La centralidad de la solidaridad es subrayada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual dedica un título íntegro (título IV) a este principio. Dicho desarrollo está igualmente inspirado por la idea de un modelo social europeo que distingue positivamente a Europa de los Estados Unidos, lo que sirve de trasfondo al artículo 3.3 (2 y 3) TUE.

Sin embargo, la solidaridad no figura entre los principios fundamentales del artículo 2o., primera frase del TUE. Una importante tensión emerge en este punto: la tensión entre aquellos Estados miembros que “dan” y aquellos otros que “toman” en la redistribución interna europea. El artículo 2o. TUE, refleja esta tensión al estipular la solidaridad no como un valor (principio) de la Unión (que es capaz de actuar, así que el principio podría tener consecuencias jurídicas), sino como un valor de una sociedad europea difusa (que no tiene órganos). El objetivo de la igualdad social, introducido por el artículo 3.3 (3) TUE para dibujar los contornos de un modelo social europeo, está concebido a la luz de la solidaridad no entre ciudadanos sino entre Estados miembros, que es financieramente menos gravosa. Y lo mismo vale respecto a la solidaridad en relación con la política exterior y de seguridad comunes, artículo 24 TUE. Los límites de la comunidad de solidaridad europea en comparación con la de un Estado-nación pueden además ser percibidos en la ausencia de una defensa comunitaria plena, las exclusiones de responsabilidad contenidas en los artículos 122 y 125 TFUE, así como en el volumen relativamente pequeño de la redistribución organizada por y a través de la Unión.³²⁶ De todo ello se deduce que la redistribución, que podría argumentarse es el aspecto más importante del principio de solidaridad, no figura entre las bases de la Unión. La autonomía de los Estados miembros en relación con sus sistemas sociales como instrumentos esenciales para la creación de unidad nacional permanece en gran medida intangible.

³²⁶ Decisión Euratom del Consejo, del 7 de junio de 2007, relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades Europeas (2007/436/CE), DO 163, 17.

En un sentido más limitado, la solidaridad es un principio del derecho de la Unión, y su diseño de nuevo representa a la Unión, por un lado, como una entidad distinta de una organización internacional, y por otro lado, de un Estado federal. A pesar de que la solidaridad entre Estados miembros no ha dado lugar a mucho activismo judicial,³²⁷ ha servido para reforzar conceptos jurídicos importantes: la comunidad de derecho y el principio de cooperación leal.³²⁸

Más interesante desde un punto de vista del derecho constitucional es el hecho de que el derecho de la Unión también busca la solidaridad interpersonal en los Estados miembros. En particular, la ciudadanía de la Unión requiere de un trato igual a los ciudadanos nacionales conforme a los sistemas nacionales, y exige “un cierto grado de solidaridad financiera entre nacionales de un Estado miembro anfitrión y los nacionales de otro Estado miembro”.³²⁹ Existen señales de que la Unión generalmente busca promover el desarrollo de las naciones europeas en dirección de sociedades inclusivas (nótese el plural) basadas en la solidaridad que son exitosas en la competencia global,³³⁰ sin renunciar a la tradición del compromiso social desarrollado en la segunda mitad del siglo pasado. Es posible recordar el programa de mercado único de la década de los ochenta, cuando se llevó a cabo un programa a gran escala de modernización económica vía la CE; hoy día, se trata de la inclusión de grupos marginales en el marco de la modernización de la sociedad. Esto apoya a la Estrategia de Lisboa para el mejoramiento de la competitividad europea —la exclusión y discriminación son caras y no-económicas— así como el desarrollo de un nuevo modelo social europeo compatible con la globalización. El artículo 3.3, TUE, necesita ser leído con este trasfondo.

³²⁷ Cfr. sentencia del TJUE del 23 de noviembre de 1999, *Portugal / Consejo* (C-149/96, Rec. 1999, p. I-8395), apdos. 83 y ss.; sentencia del TJUE del 29 de septiembre de 1987, *Giménez Zaera* (C-126/86, Rec. 1987, p. 3697), apdo. 11.

³²⁸ Sentencia del TJUE del 7 de febrero de 1973, *Comisión / Italia* (39/72, Rec. 1973, p. 101), apdos. 24 y ss.

³²⁹ Sentencia del TPI del 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk* (C-184/99, Rec. 2001, p. I-6193), apdos. 31, 44; Borchardt, K.-D., “Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 2057; Kingreen, *op. cit.*, nota 325, pp. 414 y ss.

³³⁰ Con un enfoque crítico véase Somek, *op. cit.*, nota 258, pp. 245 y ss.

VI. CONCLUSIONES

La comparación de los principios fundamentales de la Unión con los de las Constituciones estatales revela tanto continuidad como innovación. La continuidad se incrementa si los principios nacionales son alejados del postulado de unidad, eso es, si conceptos como el de pueblo, Estado y soberanía no son centrales sino más bien periféricos, si la representación no es la visualización de alguna entidad invisible sino más bien un instrumento para la agregación de intereses, si la ley no es concebida como encarnación de la *volonté générale* —expresión de una verdad— sino más bien como un resultado negociado, y si el derecho en general no se entiende como la expresión de valores comunes sino más bien un equivalente funcional. Mientras el derecho constitucional nacional sea visto más como un derecho constitucional de pluralismo social y político, mejor podrán conectarse teórica y doctrinalmente los principios fundamentales nacionales y supranacionales.

Sin embargo, también en esta reconstrucción permanece una diferencia fundamental. La relación entre principios que promueven la unidad y aquellos que protegen la diversidad, ante todo entre la igual libertad garantizada por el derecho de la Unión y la diversidad organizado por los Estados miembros, se ha demostrado ser antinómica³³¹ y denota ser problemática en sentido filosófico. Carl Schmitt estaba probablemente en lo correcto en un punto: la estabilidad sustancial es en gran parte imposible en una real, es decir, en una Federación heterogénea.³³² No obstante, incluso es más probable que, en un mundo globalizado y dinámico, la estabilidad sustancial es un sueño imposible, anticuado e ilusorio también para las instituciones nacionales. Afortunadamente, lo que realmente importa no es la estabilidad sustancial, sino la realización de los principios examinados en esta contribución. Su realización parece exigente, pero, en última instancia, prometedora.

³³¹ Kant, *op. cit.*, nota 4, pp. 392 y 444; de ahí la contribución de Oeter, *op. cit.*, nota 61, en relación con el federalismo y la democracia.

³³² Schmitt, *op. cit.*, nota 226, pp. 370 y ss.