

UN TRIBUNAL CONSTITUYENTE *

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS
LETRADO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO: I. Introducción.– II. La constitución del sistema europeo.– III. La constitucionalización pretoriana de la Unión.– IV. Un proceso constituyente *ad infinitum*.

RESUMEN: La Unión Europea tiene en el Tribunal de Justicia un actor constituyente cuya jurisprudencia ha ido haciendo de ella un verdadero protosoberano. Fruto del activismo pretoriano del intérprete supremo de los Tratados, la Constitución material de la Unión no se agota en la voluntad constituyente de los Estados miembros, sino que se define también de manera progresiva en un proceso jurisdiccional continuado de construcción de una realidad federal.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea. Tribunal de Justicia. Constitución. Jurisdicción. Proceso constituyente.

ABSTRACT: The European Union has in the European Court of Justice a constitutional actor whose case law has made it a real protosovereign. As a result of the pretorian activism of the Treaties' supreme interpret, the Union's material Constitution is not just the fruit of the will of member States; it also defines itself in a continuous judicial process, one of constructing a federal reality.

KEY WORDS: European Union. Court of Justice. Constitution. Jurisdiction. Constituent process.

I. INTRODUCCIÓN

Un ordenamiento vale tanto como sus tribunales. Quiere decirse con esto que un sistema normativo no dejaría de ser una relación más o menos aseada de buenas intenciones si sus previsiones y mandatos no se tradujeran finalmente en una orden concreta, rotunda y efectiva. Para un ordenamiento, tan importante como la Constitución –con la que todo empieza– es la jurisdicción –con la que todo termina–. Si con la Constitución se *constituye* un sistema de normas

* Texto publicado originalmente en el libro colectivo *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una mirada española*, editado por la Fundación Registral, Madrid, 2020.

que encuentra en ella el fundamento de su validez, con la jurisdicción se garantiza que las normas integradas en ese sistema se han elaborado en la forma y por los órganos que la Constitución prescribe, y que se aplican al caso concreto en los términos previstos por ella.

Los tribunales aseguran, en definitiva, la identidad del ordenamiento, pues impiden que se le imputen normas y decisiones que le sean ajenas. Al ejercer la jurisdicción (*ius dicere*) los tribunales *dicen* en concreto lo que el ordenamiento *ha previsto decir* en abstracto. Lo que se dice por el juez para resolver un conflicto o para hacer frente a una circunstancia determinada es justamente aquello que el ordenamiento consiente que se diga en su nombre. Los tribunales son, en definitiva, la voz autorizada del Derecho al que se deben.

Los jueces y tribunales cumplen, por tanto, una función tutelar indispensable para la existencia del ordenamiento. No me refiero a la tutela que el artículo 24 de la Constitución o el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión consagran como un derecho fundamental del ciudadano. La tutela que la Constitución y la Carta garantizan al individuo para la protección de sus derechos es, desde luego, una tutela judicial, pues es a los jueces y tribunales a quienes aquellos preceptos imponen la obligación de dispensarla. Pero la tutela a la que ahora me refiero, siendo también judicial, pues también son los jueces quienes la proveen, no tiene por objeto la defensa de los derechos del individuo, sino la protección del Derecho en cuanto ordenamiento. Es decir, la defensa del sistema normativo que establece, reconoce y garantiza los derechos individuales.

La singularísima naturaleza del Derecho de la Unión supone que su suerte no depende tanto de la autoridad que pueda procurarse frente al conjunto de los Estados miembros, cuanto de que sea capaz de conseguir que su identidad no se disuelva en el interior de cada uno de los Derechos nacionales. Antes de hacerse con la autoridad necesaria para imponerse a los Estados allí donde los Tratados se lo permitían, las Comunidades originarias debían cuidarse de asegurar en el tiempo su condición de sujeto normativo autónomo. Se imponía, en definitiva, como cuestión de principio, preservar la identidad de quien en otro caso no habría podido ejercer autoridad alguna.

El Tribunal de Justicia ha sido el elemento clave para la garantía de la identidad de la Unión. Al conferirle la condición de intérprete supremo de las normas comunitarias, los Tratados han evitado que el Derecho de la Unión se diluyera en los sistemas normativos de los Estados miembros, recibiendo en cada uno de ellos la interpretación particular que tuvieran a bien atribuirle los respectivos tribunales nacionales. La inevitable divergencia interpretativa que esa pluralidad de intérpretes habría deparado resultaría fatalmente en una pluralidad de normas nacionales que en muchos casos no tendrían con la norma comunitaria de origen otra cosa que un lejano aire de familia.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia advirtió muy tempranamente que para garantizar la identidad de las Comunidades no bastaba con asegurar la interpretación uniforme de sus disposiciones, sino que era necesaria una condición pre-

via, a saber: que a las normas comunitarias sólo les sean aplicables los rigores del principio *lex posterior* cuando la *lex* en cuestión sea también comunitaria, nunca si se trata de una norma nacional.

En palabras de la renombrada sentencia *Costa*,¹ la “integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado [constitutivo de la CEE], tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento”. En otros términos, que “la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado”. Nació así el llamado *principio de primacía*, que en unión del *principio de eficacia directa*, consagrado poco antes por el Tribunal de Justicia en su sentencia *van Gend & Loos*,² ha dotado al Tribunal de Luxemburgo del aparato normativo y conceptual que ha hecho posible, no ya asegurar la personalidad separada y autónoma del Derecho de la Unión, sino también imprimir al Derecho de la Unión una *vis expansiva* sencillamente formidable.

II. LA CONSTITUCIÓN DEL SISTEMA EUROPEO

La denominada “cuestión prejudicial”, actualmente regulada en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), constituye un mecanismo de articulación entre los distintos jueces nacionales que hace posible su reducción a unidad en un Poder Judicial de la Unión presidido por el Tribunal de Justicia. Al reservar a este último la palabra última sobre el sentido de sus normas, el Derecho de la Unión se asegura de que sus disposiciones tengan una interpretación y aplicación uniformes en el conjunto de los Estados miembros. Es decir, de que la voluntad del legislador de la Unión no se distorsione ni se multiplique en su aplicación al caso concreto en una suma de voluntades nacionales particulares y eventualmente contradictorias.

En cierto modo, los problemas que comporta la inexistencia de una Constitución común a la Unión y a los Estados miembros se solventan de alguna manera con la función de unificación atribuida al Tribunal de Justicia. En efecto, las dificultades para integrar en un sistema ordenado las relaciones entre el Derecho de la Unión y los Derechos nacionales traen causa de la inexistencia de una norma superior común a todos ellos. El Derecho de la Unión cuenta con una Constitución propia, pues los Tratados son las normas que lo *constituyen* como un sistema normativo autónomo. Los Estados nacionales, por su parte, disponen de sus respectivas normas *constitutivas* en tanto que sistemas norma-

¹ De 15 de julio de 1964. Asunto 6/64 (EU:C:1964:66).

² De 5 de febrero de 1963. Asunto 26/62 (EU:C:1963:1).

tivos también autónomos. En ausencia de una Constitución común, esto es, de una norma de la que dependa por igual tanto la validez de los Tratados como la de las Constituciones nacionales, la integración de todos esos sistemas normativos autónomos no puede lograrse en la fase en la que todos ellos comienzan, es decir, en el nivel de sus primeras normas respectivas. Y, sin embargo, si entre todas ellas ha de constituirse un sistema, es decir, si se pretende que a la hora de resolver en Derecho un conflicto concreto sea posible identificar con la debida precisión cuál es la norma que debe aplicarse, es inexcusable que toda la complejidad normativa inherente a la coexistencia de tantos sistemas normativos autónomos encuentre un momento de unidad que sólo puede darse con la jurisdicción.

Los jueces, por tanto, cumplen una función que cabe lícitamente calificar de constituyente, en el sentido de que *constituyen* en la fase de aplicación de las normas un sistema unitario que no existe en la fase de su creación.

Para poder cumplir con ese cometido es condición necesaria que los tribunales nacionales sean también, al menos funcionalmente, órganos jurisdiccionales de la Unión. Esto es, que no sólo interpreten y apliquen su Derecho interno, sino también el comunitario. Y que, al hacerlo, garanticen por igual la integridad de ambos. En otras palabras, que puedan enjuiciar la validez de todas las normas susceptibles de ser aplicadas, sean nacionales o de la Unión. Aquí es donde el Tribunal de Justicia desempeña una función capital. De una parte, porque se erige en un punto de referencia compartido por todos los tribunales nacionales, que quedan así reducidos a unidad en el seno de un único complejo orgánico. De otra, porque justamente en aras de la identidad del Derecho de la Unión, de su continuidad como sistema normativo autónomo y como garantía última frente a su disolución en los Derechos nacionales, el Tribunal de Justicia es el único autorizado para pronunciarse sobre la validez de las normas comunitarias. Más precisamente, para declararlas inválidas si el juicio sobre su corrección jurídica resulta ser negativo, pues si todos los jueces nacionales están obligados a enjuiciar la validez de las normas de la Unión antes de aplicarlas, les está en cambio vedado actuar en consecuencia si ese juicio les parece negativo. En otras palabras, como en el caso del Tribunal Constitucional en relación con las leyes, el Tribunal de Justicia disfruta del llamado “monopolio de rechazo” de las normas de la Unión.

El Tribunal de Justicia ha sido siempre muy celoso de ese monopolio. Y con razón, pues le va en ello la supervivencia del Derecho del que es custodio. De ahí que no deje de insistir a los tribunales nacionales en que su condición de jueces (funcionales) de la Unión no les habilita en ningún caso para invalidar disposiciones de la Unión, ni para arriesgarse siquiera a interpretarlas en el caso de que su sentido no sea indubitado. Sólo les cabe, respectivamente, cuestionar su validez ante el Tribunal de Justicia, o requerir de éste la interpretación autorizada.

El procedimiento de la cuestión prejudicial ha permitido trabar una estrecha relación entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones de los Estados

miembros, dando lugar a un verdadero Poder Judicial europeo. Lejos de constituir un riesgo para la unidad del Derecho de la Unión, los jueces nacionales se han convertido en eficaces colaboradores del Tribunal de Justicia en el ejercicio de su función depuradora del Derecho comunitario, garantizando en definitiva la pervivencia de su identidad. Sin embargo, esa fructífera colaboración no ha dejado de comportar también ciertos trastornos en la estructura jurisdiccional de los Estados miembros, especialmente en aquéllos que, como el español, cuentan con un sistema de jurisdicción constitucional concentrada.

En efecto, en su interés por propiciar el planteamiento de cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia ha provocado un cierto desorden en las estructuras judiciales nacionales. Su interés es evidente, pues la cuestión prejudicial es el cauce procesal que, además de constituir su principal medio de expresión, le permite anticiparse a interpretaciones equivocadas y, sobre todo, a interpretaciones diferentes, con el consiguiente perjuicio para la unidad del Derecho de la Unión. Pero la satisfacción de ese interés le ha llevado a legitimar a todos los órganos judiciales, sin excepción ni acepción de instancia, para plantear cuestiones prejudiciales. Es decir, para preguntarle por la interpretación auténtica de una norma del Derecho de la Unión en el contexto de su posible incompatibilidad con una norma nacional, lo que significa tanto, en la práctica, como propiciar un juicio sobre esta última.

En el caso español, esto ha supuesto desapoderar al Tribunal Constitucional como juez de la ley y privar a ésta del privilegio jurisdiccional del que venía gozando hasta el momento de la adhesión de España a las Comunidades. Si hasta entonces los jueces españoles sólo podían inaplicar las leyes preconstitucionales que, por incompatibles con la Constitución, habían sido derogadas por ésta, tras el ingreso en las Comunidades pueden inaplicar también las leyes posteriores a la Constitución si a su juicio, o al más autorizado del Tribunal de Justicia, no son compatibles con las disposiciones de la Unión, sean éstas normas de Derecho originario (los Tratados) o de Derecho derivado (Reglamentos, Directivas, Decisiones).

Ciertamente, sólo el Tribunal Constitucional puede aún hoy declarar la inconstitucionalidad y consiguiente invalidez de una norma con rango o valor de ley. Los jueces ordinarios únicamente están legitimados para inaplicarlas por causa de su incompatibilidad con el Derecho de la Unión, sin que ello suponga privar a la ley de su condición de norma válida. En la práctica, sin embargo, la diferencia entre la invalidez y la inaplicabilidad resulta intrascendente, pues en ambos casos el efecto producido es que la ley no puede ser aplicada al caso concreto, siendo irrelevante el hecho de que la ley en cuestión continúe siendo válida, pues tampoco podrá aplicarse en el futuro mientras persista la incompatibilidad con el Derecho de la Unión que determina su inaplicabilidad.

En la medida en que el ámbito de las competencias de la Unión ha ido ampliándose de manera progresiva, las posibilidades de que la ley nacional y una norma comunitaria coincidan en la regulación de una misma materia son cada vez mayores. Posibilidades que se han incrementado hasta el extremo con

la entrada en vigor de la Carta de los derechos de la Unión, de manera que cada vez con mayor frecuencia los jueces españoles pueden optar por la inaplicación de la ley *ex iure europaeo* o por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (de validez) ante el Tribunal Constitucional. Si en el primer caso la inaplicación sólo es posible si la incompatibilidad con el Derecho de la Unión no admite duda, debiendo en otro caso plantearse una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, en el segundo caso no hay alternativa a la cuestión de inconstitucionalidad, por muy evidente que sea la invalidez de la ley. En este contexto, los tribunales ordinarios están en condiciones de disputarle al Tribunal Constitucional el señorío sobre la ley, y o bien inaplicarla sin más, o bien cuestionarla ante el Tribunal de Justicia, sin brindarle al Tribunal Constitucional la posibilidad de pronunciarse sobre su constitucionalidad.

Los jueces nacionales han encontrado también en la cuestión prejudicial un instrumento eficaz para desvincularse de su obligación de atenerse a la jurisprudencia establecida en las instancias judiciales superiores. Recurrir al Tribunal de Justicia para hacer valer ante él su discrepancia con la doctrina del Tribunal Supremo se ha convertido en una práctica que comporta una verdadera subversión del orden judicial.

Lo anterior es una prueba de que el Tribunal de Justicia no sólo ha sido capaz de *constituir* un orden nuevo, sino también de *deconstruir*, en cierta medida, el orden de los Estados nacionales. En realidad, ese efecto no deja de ser una consecuencia que viene dada por la propia naturaleza de las cosas, pues la lógica del proceso de integración es, en última instancia, la de la articulación de unos sistemas normativos —el de la Unión y los nacionales— cuya convivencia no puede organizarse de manera enteramente pacífica, pues media entre ellos un punto de tensión insuperable, dada su insuprimible vocación a una existencia autónoma. El Tribunal de Justicia no es sino el instrumento del que se vale la Unión para asegurarse ese objetivo, del mismo modo que los Tribunales Constitucionales cumplen esa misma función en relación con los Estados miembros. Al cabo, la Unión se ha venido construyendo como el resultado de un duelo entre Tribunales. Un duelo, sin duda, dialogado, pero que tiene por objeto último la conquista de la condición de soberano.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN PRETORIANA DE LA UNIÓN

De eso se trata, al fin y al cabo, con la construcción de Europa. Y en esa empresa el Tribunal de Justicia se ha acreditado también como un auténtico *Tribunal constituyente*.

Quiero decir que no sólo ha continuado la función constituyente de los Tratados contribuyendo decisivamente a que la criatura creada por aquéllos no se malograra al diluirse su identidad en la de los Estados miembros, sino que también ha venido llevando a cabo, desde tiempos muy tempranos, una autén-

tica *función estatalizadora*; es decir, una función constituyente en el sentido cabal y propio que corresponde a esa expresión en la teoría del Estado.

La consagración de los principios de eficacia directa y de primacía, unida a la relativa indefinición de las competencias de las Comunidades, fruto de su naturaleza esencialmente finalista, permitió que el Tribunal de Justicia fuera recabando para el Derecho de la Unión un ámbito competencial creciente, en el que además sus disposiciones disfrutaban de una preeminencia incontestable. En términos muy simples, cuanto pudiera redundar en la consecución del fin para el que habían nacido las Comunidades –la creación de un mercado continental– podía considerarse como un medio necesario para el ejercicio de las competencias atribuidas a sus instituciones y, en consecuencia, era inevitable erigirlo en el objeto de una competencia implícita en favor del Derecho comunitario. La vieja teoría de los poderes implícitos, que tan buenos resultados brindó en su día a los monarcas de los incipientes Estados nacionales, volvía a acreditar sus méritos en los inicios de la construcción europea.

En un principio los Estados miembros consintieron sin mayor protesta una estrategia de ampliación pretoriana de las competencias de las Comunidades que en cierto sentido distaba mucho de serles desfavorable. En realidad, las Comunidades eran entonces para ellos un instrumento de gran utilidad, en un doble sentido. Primero, porque representaban una instancia más adecuada y eficaz que la de las Administraciones nacionales para ejercer determinadas competencias que sólo eran ya manejables a escala multinacional. Segundo, porque al confiarse a las Comunidades el ejercicio de esas competencias se les trasladaba también la responsabilidad por sus consecuencias ante las opiniones públicas nacionales. Esto último resultaba especialmente atractivo para los Estados miembros, pues lo que no podían hacer a título propio sin un alto coste político en el dominio interno, podían hacerlo como miembros de las Comunidades e imponerlo en su propio territorio bajo la veste de una decisión que les era ajena.

En cualquier caso, esta callada y discreta labor constituyente pretoriana fue cristalizando en los propios Tratados, que con sus sucesivas reformas han ido dando forma normativa a una jurisprudencia a la que siempre ha cabido reprochar, con cierta justicia, el voluntarismo tan característico de todo activismo judicial.

Sin embargo, los guardianes de las Constituciones nacionales no podían tardar en hacer honor a su nombre. En particular, el Tribunal Constitucional alemán empezó a señalar determinados límites a la vocación expansiva de las Comunidades. Fue el inicio de una larga historia en la que todavía estamos. Una suerte de incruenta guerra de trincheras que se ha venido saldando con la paulatina pérdida de posiciones de las fuerzas nacionales.

El Tribunal Constitucional alemán hizo evidentes desde un primer momento las carencias del Derecho comunitario en el terreno de los derechos fundamentales o sus pobres títulos como ordenamiento jurídico democrático, lo que bastaba para poner coto a una vocación expansiva cuyos primeros avan-

ces sólo se consentían *en la medida en que* no afectaran a las garantías de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución alemana. A estas primeras objeciones el Tribunal de Justicia respondió con el “descubrimiento” de una serie de derechos fundamentales en el interior del Derecho comunitario, que empezaría a dejar de ser únicamente el ordenamiento de las cuatro grandes libertades económicas para encontrar también un sitio para los derechos y libertades fundamentales del constitucionalismo clásico.

Superada esta primera trinchera de los derechos vendrían después otras, como la del principio de subsidiariedad o la de la identidad nacional, defendidas con recursos tan amenazantes como la doctrina del *ultra vires*, acaso el último remedio para evitar el asalto definitivo a la sede del poder soberano. Seguramente estas últimas acaben siendo también rebasadas por el Tribunal de Justicia valiéndose del método que tan buenos réditos le ha procurado en el caso de los derechos fundamentales: hacer de la necesidad virtud para, asumiendo la crítica de los Tribunales Constitucionales, colmar sus muchas carencias forzando la incorporación en el Derecho de la Unión de todas las demandas que cabe deducir de las deficiencias denunciadas por aquéllos.

Desde luego es innegable el éxito que ese proceder ha tenido en el caso de los derechos fundamentales. Una vez *descubiertos* por el Tribunal de Justicia en las entrañas mismas del Derecho de la Unión, su formalización como parte integrante de los Tratados parecía poco más que un simple trámite. Nació así la Carta de Niza, verdadero catálogo de derechos fundamentales al que la reforma de Lisboa ha conferido el mismo valor que los Tratados fundacionales de la Unión, esto es, verdadero rango constitucional. Sin embargo, lejos de ser un trámite, esta constitucionalización formal de los derechos fundamentales ha comportado un cambio de cualidad en el ser mismo de la Unión. En su virtud, lo que hasta entonces no dejaba de ser un mercado en el que se aseguraban las cuatro grandes libertades necesarias para su correcto funcionamiento, se ha convertido fatalmente en un auténtico proto-Estado.

En efecto, la vocación expansiva que ha caracterizado a la Unión desde los tiempos de las primeras Comunidades no puede sino estimularse desde el momento en que sus competencias se han extendido al ámbito de los derechos fundamentales en su conjunto y en cuanto tales, que es algo más, y distinto, que el dominio de las cuatro libertades comunitarias. Un documento como la Carta tiene su sede natural en el seno de sistemas normativos que no conocen límites de principio al ámbito de sus competencias. La vocación naturalmente expansiva de los derechos, justamente por definitorios del estatuto de la persona en el contexto de un sistema que, por democrático, tiene en ella el fundamento de su legitimación política, se compadece difícilmente con sistemas normativos que no pueden regir todos los ámbitos de actividad del ciudadano, como es el caso del Derecho de la Unión. La Carta responde a esa vocación consustancial a las declaraciones de derechos y, sin embargo, la Unión viene impedida por principio a realizarla, pues ella misma se contrae a un ámbito material específico: el que le han confiado los Estados miembros.

En esta asimetría habrá de encontrar el Tribunal de Justicia la ocasión ideal para dar curso a su irreprimible voluntad constituyente. Su condición de “Tribunal de la Carta”, esto es, de órgano jurisdiccional de garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión –y no ya únicamente de las libertades mercantiles o de los derechos de los consumidores– comporta la obligación de “constituir” el ámbito material necesario para el ejercicio de aquellos derechos. Ámbito que, tratándose de los derechos fundamentales, es el del ejercicio del poder público en su conjunto, y no sólo el de algunas de sus manifestaciones. Una década después la entrada en vigor de la Carta, el Tribunal de Justicia ha dado ya alguna prueba de esa previsible deriva, aunque todavía con alguna timidez, inevitable en razón de las cautelas establecidas por el artículo 51 de la propia Carta con el propósito de poner coto a las eventuales tentaciones expansionistas de la Unión. A la larga, sin embargo, esas cautelas sólo serán efectivas en la medida en que puedan hacerlas valer los Tribunales Constitucionales nacionales. *Melloni, Åkerberg Fransson, Taricco...* representan el arranque de una saga en la que el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales empiezan a medir sus fuerzas por el dominio sobre el terreno de los derechos fundamentales. Una historia apenas comenzada y en la que si los Tribunales Constitucionales cuentan con las ventajas de la soberanía nacional y de la naturaleza atribuida y tasada de las competencias de la Unión, el Tribunal de Justicia dispone de la fuerza que le confiere el principio de primacía, auténtico remedo del poder soberano, y de la inercia de un proceso de integración que la realidad de la sociedad internacional ha hecho ineluctable.

La Carta, en fin, hecha valer por el Tribunal de Justicia con el auxilio de la primacía y al amparo de la lógica de las competencias implícitas, representa un instrumento precioso para los afanes constituyentes de la Unión, esto es, para la disputa abierta por el poder soberano. El frente de los derechos no es, sin embargo, el único en el que se libra esa batalla.

Está también el de la identidad nacional o constitucional de los Estados miembros, que éstos han querido formalizar en los Tratados como límite de principio a la expansividad de las competencias de la Unión. En unión del principio de subsidiariedad y fortalecido con la amenaza de la denuncia por *ultra vires*, es decir, con el recordatorio de que las competencias de la Unión no son ni originarias ni absolutas, sino atribuidas y limitadas, la identidad nacional parece constituirse en una barrera infranqueable a la voracidad competencial del Tribunal de Justicia.

Sn embargo, todo lleva a pensar que también en ese empeño tienen la batalla perdida los Estados. Al consagrarse en los Tratados, el principio de la identidad nacional se ha convertido en un principio de la Unión y, por tanto, en un concepto cuya definición y cuyo alcance corresponde, con carácter exclusivo, al intérprete supremo de su Derecho, que no son, claro está, los Tribunales Constitucionales. El Tribunal de Justicia no podrá dejar de contar con éstos a la hora de definirlo, pero la decisión última acerca de lo que esa identidad comporta y, en particular, cuándo puede operar como un límite al Derecho

de la Unión en un caso concreto, son asuntos que sólo competen al Tribunal de Luxemburgo. La consagración del principio de identidad en los Tratados, si bien pudo percibirse en su momento como un triunfo de los Estados, se acreditará a la larga como uno de sus más graves errores estratégicos, pues han puesto en manos del Tribunal de Justicia una de las mejores cartas. Una de esas bazas que, como la de la primacía, ha sabido jugar siempre con tanta inteligencia y con tan admirable sentido de la oportunidad.

IV. UN PROCESO CONSTITUYENTE *AD INFINITUM*

Es imposible aventurar a dónde ha de llevarnos el proceso de integración europea. El éxito de la empresa radica seguramente en esa incertidumbre, que responde a la certeza de que, como advirtió Robert Schuman, “Europa no se hará de una vez”, sino paso a paso y siguiendo el camino que vaya trazando al avanzar. No cabe descartar ni el estancamiento ni los movimientos de regreso; ni siquiera el fracaso y el encastillamiento de los frustrados ciudadanos de Europa en las desvencijadas fortalezas de los Estados nacionales, tan pobremente equipadas para servir siquiera de refugio en el mundo globalizado y tan insignificantes en el contexto de las potencias continentales que pugnan por gobernarlo.

Es muy posible que el proceso se mantenga indefinidamente en la situación de indefinición que lo ha caracterizado en lo que hace a la cuestión de la soberanía, el *punctum dolens* de toda esta historia. En los Tratados y en las Constituciones la cuestión no admite duda, pues sólo los Estados miembros merecen la condición de soberanos. En la práctica, sin embargo, la necesidad de preservar la identidad del Derecho de la Unión y de asegurar a partir de sus disposiciones la mínima armonización imprescindible entre los Derechos de los Estados, ha hecho inevitable la aparición de los principios de eficacia directa y de primacía. Principios que, sin hacer cuestión de la soberanía, la contradicen –y la superan– en el orden práctico.

La convivencia entre la soberanía de los Estados y la primacía de la Unión es puramente impracticable en términos de teoría del Estado. La primacía no es, al cabo, otra cosa que una suerte de *protosoberanía* y, por tanto, una contradicción que ningún poder soberano puede consentir sin arriesgar su condición de tal. Si, pese a todo, principios tan irreductibles han podido convivir ha sido gracias al pacto de silencio acordado tácitamente entre la Unión y los Estados respecto de aquella contradicción. Los Estados miembros son así los soberanos, por más que en la práctica estén sometidos a un poder que, sin serlo en las formas, lo es en las consecuencias por obra de la primacía. Aquéllos reinan sin gobernar, en tanto que la Unión gobierna pero no reina. Y mientras la fórmula procure un sistema de funcionamiento razonablemente provechoso y pacífico, no parece que haya razones para incomodar a sus protagonistas con cuestiones de principio.

En tanto las circunstancias no alteren el equilibrio alcanzado con esa delicada composición de intereses, es de suponer que el proceso de integración se mantenga, como hasta ahora, indefinidamente abierto. La experiencia del *Brexit* demuestra que el proceso no es, desde luego, irreversible y que el equilibrio puede desordenarse en beneficio de la soberanía nacional. Pero cabe también que ese mismo desorden sea la ocasión para que la insuprimible vocación estatalizadora de la Unión se abandone resueltamente al designio de la inercia que el Tribunal de Justicia ha sabido imprimirle desde el principio. En cualquier caso, es evidente que el futuro de la Unión depende en último término del Tribunal de Justicia: Sea de su fortaleza para abocarla a un punto de integración en el que sea ineludible la apertura de un proceso constituyente en sentido propio. Sea de su impotencia frente a la pulsión nacionalista de los Estados soberanos.

Mientras se resuelve esa alternativa, importa recordar que no es poco lo que hasta ahora debemos los europeos al Tribunal de Justicia. En sus más de setenta años de existencia ha contribuido como ninguna otra institución a hacer posible la convivencia de los intereses egoístas de los Estados miembros sometidos a la lógica del mercado. La que con algún desprecio se ha definido como la Europa de los mercaderes se ha demostrado a la postre la solución más inteligente para la pacificación eficaz y sostenible de un Continente cuya historia ha sido siempre la de la guerra.

Pero el proceso iniciado en 1957 no se ha detenido con el logro de un mercado. El cuidado del Tribunal de Justicia por superar los recelos de quienes veían en la estructura de poder erigida alrededor de las Comunidades una realidad institucional y normativa ajena, cuando no contraria, a los fundamentos y a la lógica del Estado de Derecho, y llamaban la atención sobre sus deficiencias democráticas, ha llevado a superar la fase de la pura integración económica y mercantil para alcanzar la de la comunión con los principios del Estado democrático de Derecho. El *descubrimiento* de los derechos fundamentales ha sido el paso decisivo en esa empresa, con el resultado de que el Tribunal de Justicia ha hecho posible que los consumidores europeos seamos hoy ciudadanos de Europa.

La unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa ha llegado hoy tan lejos como lo permiten unos Tratados que en buena medida son obra del Tribunal de Justicia y no sólo de sus Estados.