

RASGOS FEDERALES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y BÚSQUEDA DE UN ‘COMMON LAW’ EUROPEO*

Federal features, constitutional justice and the search for an european ‘common law’

Enrico Andreoli
Universidad de Verona (Italia)
enrico.andreoli@univr.it

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp375-395](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp375-395)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

Resumen

El trabajo interpretativo de los tribunales de las cumbres europea y americana —el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por un lado, y el Tribunal Supremo, por otro— parece ser el punto de partida de un análisis que, a partir de algunas de las categorías de federalismo, parte de la geografía jurídica y conduce a la mejora de la identidad constitucional. En primer lugar, se tendrán en cuenta las características «federales» de la arquitectura jurídica europea, así como sus posibles similitudes con el federalismo estadounidense. Para ello, será útil comparar los mecanismos operativos concretos del «federalismo judicial» en ambos sistemas jurídicos. Por último, a través de un marco «federal» preciso de diálogo multinivel entre los Tribunales en el sistema jurídico europeo, se potenciará la posible aparición de una identidad constitucional común, así como de un «*common law*» continental.

* Cómo citar / Citation ‘Chicago-Deusto’ (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Andreoli, Enrico. 2018. «Rasgos federales, justicia constitucional y búsqueda de un ‘common law’ europeo». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 375-395. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp375-395](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp375-395).

Palabras clave

Federalismo judicial; Common Law; Identidad constitucional; Funcionalismo; Geografía jurídica; Interpretación constitucional.

Abstract

The interpretative work carried out by the European and American summit courts – the European Union Court of Justice, on the one hand, and the Supreme Court, on the other – seems to be the starting point for an analysis that, using some of the categories of federalism, starts from legal geography and leads to the enhancement of constitutional identity. First of all, the “federal” features of the European legal architecture will be taken into consideration, as well as their possible similarities with US federalism. In order to do this, it will be useful to compare the concrete operational mechanisms of “judicial federalism” in both legal systems. Finally, through a precise “federal” framework of multi-level dialogue between Courts in the European legal system, the possible emergence of a common constitutional identity, as well as a continental “common law”, will be enhanced.

Keywords

Judicial Federalism; Common Law; Constitutional Identity; Functionalism; Legal Geography; Constitutional Interpretation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FEDERALISMO ESTADOUNIDENSE Y 'REIVINDICACIONES' FEDERALISTAS EUROPEAS: RASGO COMUNES Y POSIBLE COMPARACIÓN. III. EL IMPACTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES FEDERALES EN LA EVOLUCIÓN DEL RESPECTIVO ORDENAMIENTO JURÍDICO. IV. EFECTOS DIRECTOS, IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA Y *JUDICIAL SUPREMACY*. V. *FORMS OF JUDICIAL REVIEW*: LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PRIVILEGIADA. VI. RELACIONES ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y SUPRANACIONALES: UNA INTERDEPENDENCIA NO SIEMPRE ACEPTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo aborda las 'características federales' del sistema jurídico de la Unión Europea, para luego valorar si se pueda hablar de una identidad constitucional capaz de sustentar la idea de la existencia de un sistema jurídico federal europeo.

En primer lugar, nos centraremos en las analogías y diferencias entre el federalismo europeo¹ y estadounidense², y por ende abordaremos la labor interpretativa realizada por los más altos Tribunales de ambos circuitos de justicia federal: el Tribunal Supremo, por una parte, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por otra. Ambos Tribunales, pues, parecen los actores privilegiados para la creación, defensa y desarrollo del sistema jurídico federal³.

Así las cosas, en el modelo estadounidense, en general, y la interdependencia de los circuitos de justicia federal y estatal, en particular⁴, se fundamenta

¹ Véanse, entre otros, G. Petrilli, *Ragioni e condizioni del federalismo europeo*, en *Idea*, 5-6, 1979, p. 41 ss.; K. Lenaerts, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, en *The American Journal of Comparative Law*, 38, 2, 1990, p. 205 ss.; G. Sadun Bordon, *Federalismo europeo e federalismo internazionale: l'eredità di Altiero Spinelli*, en *Storia Contemporanea*, 5, 1994, p. 715 ss.; A. Djoric, *Las Instituciones de la Unión Europea: Su Estatus, Competencias y Equilibrio Institucional Frente a la Expansión*, en *Derecho PUCP*, 55, 2002, p. 113 ss.; K. Lenaerts, K. Gutman, «Federal Common Law» in the European Union: A Comparative Perspective from the United States, en *The American Journal of Comparative Law*, 54, 1, 2006, p. 1 ss.

² G. Martinico, *L'idea (statunitense) di Europa: uno studio sulla dottrina comparatistica americana in tema di integrazione europea*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2010, p. 251 ss.

³ S.A. Riesenfeld, J.H. Hazard, *Federal Courts in Foreign Systems*, in *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, Durham (NC), 1948, p. 29 ss.; C. Wright, M. Kane, *Law of Federal Courts*, West Academy Publishing, St. Paul (MN), 2011, p. 373 ss.

⁴ R.S. Cristóbal, *El federalismo judicial estadounidense*, en *Estudios de Deusto*, 65/1, 2017, p. 301 ss.

sobre la equivalencia entre identidad constitucional federal y de los Estados, en el modelo europeo, dicha equivalencia no parece tan pacífica⁵.

De hecho, el sistema jurídico estadounidense ha forjado tal equivalencia sobre la base de la fundación histórica de la Federación⁶; debe sin embargo reconocerse que dicha equivalencia se ve continuamente impulsada por algunos mecanismos de decisión del Tribunal Supremo: de éstos, se tomaran en consideración la *jurisdiction in diversity* y la *certification of question*⁷.

En el modelo de federalismo por último considerado, en efecto, estos mecanismos permiten fomentar el diálogo jurisprudencial entre el Tribunal Supremo federal y los estatales, lo que consiente un flujo legal continuo, capaz, en el mismo tiempo, de reconocer y consolidar continuamente un preciso *common law* estadounidense⁸.

A partir de estos mecanismos, pues, se tendrá en cuenta el trabajo de interpretación realizado a través de las decisiones del Tribunal de Justicia de la UE, para comprender si, por medio de las operaciones hermenéuticas, también en el sistema jurídico supranacional se encuentran mecanismos procesales similares, en cuanto a su funcionamiento, a los de la elaboración federal.

En sustancia, y gracias al método comparativo⁹, se intentará evaluar si, a través del diálogo judicial entre sistemas permitido por la remisión prejudicial en el ordenamiento europeo, se pueda establecer una precisa 'identidad constitucional' entre tal ordenamiento jurídico.

⁵ K. Koivumaa, *Europe: Several Identities, or One Single Identity?*, en *Perspectives*, 10, 1998, p. 21 ss.; J. de Beus, *Quasi-National European Identity and European Democracy*, en *Law and Philosophy*, 20, 3, 2001, p. 283 ss.

⁶ G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, en *The Federalist Persuasion*, 1998, p. 519 ss.

⁷ *Infra*, par. 5.

⁸ U. Mattei, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 109 ss.

⁹ *Ex multis*, L. Pegoraro, A. Rinella, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 45 ss. Se pueden ver, también, R. Dehousse, *Comparing National and EC Law: The Problem of the Level of the Analysis*, en *The American Journal of Comparative Law*, 42, 4, 1994, p. 761 ss.; H. Fix-Zamudio, *Tendencias actuales del Derecho comparado*, en J.M. Serna de la Garza (ed.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Unam, México, 2005, p. 23 ss.; U. Vincenti, *Metodología giuridica*, CEDAM, Padova, 2008, p. 7 ss.; M. Andenas, D. Fairgrieve, *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, en P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law: an intellectual overview*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 59 ss.; J. García Roja, *El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como materia en la enseñanza en España*, en *Revista General de derecho público comparado*, 14, 2013.

En efecto, la búsqueda de una identidad común está facilitada por mecanismos característicos de un sistema federal; eso permitiría el reconocimiento de un 'common law' europeo, como resultado del proceso de interpretación jurisprudencial sovranaional.

II. FEDERALISMO ESTADOUNIDENSE Y 'REIVINDICACIONES' FEDERALISTAS EUROPEAS: RASGO COMUNES Y POSIBLE COMPARACIÓN

Existe abundante doctrina que ha abordado una posible comparación entre los rasgos federales de los modelos de *federalizing process* europeo y americano¹⁰.

En cuanto a la comparación de los rasgos federalistas europeos y estadounidenses, la perspectiva tradicional afirma, en primer lugar, que tanto la Unión Europea como los Estados Unidos de América son el resultado de procesos de evolución y adaptación: «the manner and context in which a federal system comes into being has a distinct and a pervasive influence on the kinds of governing institutions and decision-making processes ... adopted»¹¹.

En segundo lugar, la perspectiva tradicional nos permite detectar algunas similitudes entre los rasgos federales de los sistemas examinados: ambos se fundamentan sobre la agregación/integración de comunidades políticas originales, institucionalmente representadas en la entidad federal¹² y en sus varios procesos federal de toma de decisiones¹³; además, ambos sistemas establecen un árbitro final en cuestiones constitucionales¹⁴: el Tribunal Supremo y el

¹⁰ C.J. Friedrich, «*New Dimensions of Federalism*», 57, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, 25-27 Abril 1963, pp. 238-240; C.J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Praeger, New York, 1968, p. 24; G.A. Bermann, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, en *Columbia Law Review*, 2, 1994, p. 331 ss.; D. Starr-Deelen, B. Deelen, *The European Court of Justice as a Federator*, en *Publius: The Journal of Federalism*, 26, 4, 1996, p. 81 ss.; E. Stein, *Thoughts from a Bridge: a Retrospective of Writings on New Europe and American Federalism*, Michigan Publishing, Ann Arbor, 2000; G. Martinico, *L'idea (statunitense) di Europa*, cit. p. 253.

¹¹ N. Aroney, *The Constitution of a Federal Commonwealth. The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 39.

¹² R.L. Watts, *Comparing Federal Systems*, McGill's-Queen University Press, 3rd edition, 2008, p 135.

¹³ N. Aroney, *Representation and Amendment in Federal Constitutions*, en *The American Journal of Comparative Law*, 54, 2, 2006, p. 282.

¹⁴ C.F. Zurn, *Judicial Review, Constitutional Juries and Civil Constitutional Fora: Rights, Democracy and Law*, en *Theoria: A Journal of Social and Political Theory. Democracy, Constitutionalism and Judicial Review*, 58, 127, 2011, p. 63 ss.; J. Greene, *Rule Originalism*, en *Columbia Law Review*, 116, 7, 2016, p. 1639 ss.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respectivamente, principales actores en la evolución del marco constitucional¹⁵.

Es evidente, por ejemplo, que la 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico europeo, especialmente en los primeros años de existencia de la Unión, se basa en los efectos directos¹⁶ y en el principio de supremacía del derecho europeo, así como en los denominados 'poderes implícitos'¹⁷, conceptos todos ellos reforzados por la actividad del Tribunal de Justicia.

Sin embargo, las diferencias son igualmente evidentes: está claro que los Estados Unidos es un Estado federal y la Unión Europea, per converso, sólo tiene 'rasgos federalizantes'¹⁸.

La inclusión de la terminología 'federal', en un sentido comparativo, entre el sistema jurídico de los Estados Unidos y el sistema jurídico europeo, ciertamente no puede eliminar las diferencias endémicas existentes en cuanto a la construcción (y la consiguiente tradicional clasificación) de los respectivos sistemas nacionales o supranacionales.

Pero aparte de esto, el discurso sobre los 'rasgos federalizantes' de la UE (*rectius*, sobre la existencia de un 'common law federal' europeo) conduce inevitablemente a la necesaria consideración del papel que juegan los organismos institucionales tanto estadounidenses como europeos en cuanto a su capacidad de incidir en la construcción de la ingeniería constitucional¹⁹ de sus respectivos sistemas jurídicos —en particular, en lo que se refiere a los órganos jurisdiccionales de cumbre y al impacto sistémico de los respectivos procesos de toma de decisiones²⁰.

¹⁵ V. G. Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo, Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne, 2012, p. 12 ss.; L.I. Gordillo Pérez, G. Martinico, *Historia del país de las hadas. Historia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

¹⁶ M. Bellocci, *Gli «effetti diretti» degli atti comunitari nell'ordinamento interno: profili teorici ed applicativi*, en *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 8, 1990, p. 1010 ss.; Z. Radivojevic, *About the Direct Effect of European Union Directives*, en *Review of European Law*, 15, 2-3, 2013, p. 27 ss.; A. Ruggeri, *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, en *Giurisprudenza Italiana*, 1, 2015, p. 148 ss.

¹⁷ *Ex multis*, A. Giardina, *The Rule of Law and Implied Powers in the European Communities*, en *The Italian Yearbook of International Law*, 1975, p. 99 ss.

¹⁸ A. La Pergola, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 22 ss.; G. Bognetti, *Federalismo*, UTET, Torino, 2009, p. 48 ss.

¹⁹ La terminología es aquella célebre de G. Sartori, en *Ingegneria costituzionale comparata*, il Mulino, 2013.

²⁰ K. Lanaerts, K. Gutman, *«Federal Common Law» in the European Union: A Comparative Perspective from the United States*, en *The American Journal of Comparative Law*, 54, 1, 2006, p. 4.

En otras palabras, es el proceso, no el sistema legal, lo que tiene rasgos en común con la forma de federalismo de los Estados Unidos²¹; y el sistema jurídico establecido por los Tratados se limita a reflejar estos rasgos, ya que ha evolucionado hacia un sistema jurídico basado en el respeto de los derechos humanos, «entity whose closest structural model is ... principally the federal state»²².

Desde otro punto de vista, la federalización europea puede apreciarse en virtud del *functional approach*²³, que desvirtúa los atributos organizativos e institucionales de las funciones ejercidas por las organizaciones de la UE: el federalismo denota así una 'relación jerárquica' entre la UE y sus miembros.

Lo que hace esto posible se denomina *functional approach*. Este enfoque va más allá de los mecanismos que caracterizan a un régimen constitucional específico. El enfoque en cuestión se centra en la función que los principios tienden a cumplir en diferentes marcos constitucionales: «Institutions, both legal and non-legal, even doctrinally different ones, are comparable if they are functionally equivalent, if they fulfill similar functions in different legal systems»²⁴.

Esta perspectiva 'funcionalista' concibe el proceso de integración de la UE como una mezcla dinámica de elementos federales e internacionales que se funden en un sistema de gobierno único²⁵, y es esa dinámica que confiere carácter constitucional a un federalismo, 'basado en tratados'²⁶ –el europeo,

²¹ M. Nicolini, *Boundaries and Identities: The Legal Geography of the European Union and the United States of America*, en *STALS Research Paper*, 2/2015, Sant'Anna Legal Studies, Pisa, p. 6.

²² J.H.H. Weiler, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, en K. Nicolaidis, R. Howse (eds.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 68 ss.

²³ L. Pegoraro, A. Rinella, *Derecho constitucional comparado*, op. cit. p. 88; R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, en M. Reimann, M. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford UP, New York (NY), 2006, 339 ss.; J. Husa, L. Smiths, *A dialogue On Comparative Functionalism*, en *Maastricht journ. eur. and comp. law*, 18, 2011, p. 554 ss.

²⁴ P. HAY, *Federalism and Supranational Organizations*, University of Illinois Press, 1966; E. Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, en *American Journal of International Law*, 75, 1, 1981, p. 1427 ss.; R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006) p. 339 ss.; R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Hardback, 2009; M.M. Siems, *Legal Research in Search of Attention: A Quantitative Assesment*, en *King's Law Journal*, 27, 2, 2016, p. 170 ss.; R. Schütze, *From International to Federal Market. The Changing Structure of European Law*, Hardback, 2017.

²⁵ M. Nicolini, *Boundaries and Identities*, op. cit., p. 6.

²⁶ C.T. Oliver, *The Enforcement of Treaties by a Federal State*, en *Recueil des Cours/Collected Courses of The Hague Academy of International Law* (Leyde, A.W. Sijthoff,

que se fundamentaría sólo así y que por este hace que la UE y los Estados Unidos sean comparables.

A este respecto, el método comparativo, plenamente eficaz, ha sido aplicado en primer lugar. Y ante todo, por los académicos estadounidenses, que han desarrollado los principales argumentos en que se apoya el carácter federal de la UE²⁷.

La clave para entender esta actividad doctrinal radica en el concepto de 'identidad constitucional'²⁸.

La forma de federalismo de los Estados Unidos posee una fuerte identidad constitucional que se ha ido configurando a lo largo de su historia constitucional y su posterior evolución. Se trata de la misma trayectoria que también caracteriza a los Estados miembros europeos, y que tradicionalmente se complementa con los principios de constitucionalismo e integridad territorial²⁹.

Al forjar su propia identidad constitucional, una comunidad incorpora esos valores y tradiciones en sus disposiciones constitucionales, de las que posteriormente los intérpretes extraen la identidad constitucional y su significado jurídico.

Puesto que la UE y los Estados Unidos pueden considerarse como federalismos de agregación³⁰, dicha identidad debería ser, en primer lugar, 'federal'. El resultado es una demarcación que coincide con los límites de las unidades preexistentes que se han unido y han creado una nueva federación. En cuanto a la UE, éstos eran los seis Estados miembros fundadores, mientras que en Estados Unidos las comunidades políticas que se integraron en el sistema confederativo eran las antiguas 13 colonias inglesas que se habían convertido en estados soberanos³¹.

1974), 41, p. 331 ss.; E. Stein, *Treaty-Based Federalism, A.D. 1979: A Gloss on Covey T. Oliver at The Hague Academy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 4/1979, p. 897 ss.

²⁷ C.T. Hartley, *Federalism, Courts and Legal Systems: The Emerging Constitution of the European Community*, en *The American Journal of Comparative Law*, 34, 2/1986, p. 229 ss.; T.A. Börtzel, T. Risse, *Who is Afraid of A European Federation? How to Constitutionalize A Multy-Level Governance System*, Jean Monnet Working Paper, 2000.

²⁸ G.J. Jacobson, *Constitutional Identity*, en *The Review of Politics*, 68, 2006, p. 361 ss.; M. Mahlmann, *Constitutional Identity and the Politics of Homogeneity*, en *German Law Journal*, 6, 2/2005, p. 307 ss.

²⁹ S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1996.

³⁰ P. Biglino Campos, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 7 ss.

³¹ *Ex multis*, T.H. Burrell, *A Story of Privileges and Immunities: From Medieval Concept to the Colonies and United States Constitution*, en *Campbell Law Review*, 34, 1, 2011, p. 7 ss.

Ambos diseños federales han acumulado su territorio en virtud de la admisión de nuevos Estados miembros, y la única diferencia consiste en que la UE admite los Estados soberanos e independientes existentes³², mientras que las unidades constitutivas de los Estados Unidos fueron esculpidas de antiguos territorios federales que posteriormente serían admitidas en la federación³³.

Con respecto a Estados Unidos, la 'identidad constitucional' de los Estados individuales y la identidad federal coinciden y se adaptan a la perfección³⁴.

Por el contrario, los Tratados de la UE establecen un requisito legal preciso (un requisito de 'identidad constitucional') para la admisión de nuevos Estados en la Unión: los Estados, para ser miembros, deben cumplir con el requisito de ser europeos.

Podría argumentarse que, al admitir a posibles miembros, los criterios de Copenhague podrían complementar las múltiples características sobre las que se construye la 'identidad constitucional' de la UE. Estos criterios se incorporan en el artículo 49 del TUE, que, sin embargo, se limita a reflejar un compromiso constitucional con los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, que no es específicamente europeo³⁵.

Esto se debe a que en la UE falta una clara interrelación geográfica entre comunidad y territorio³⁶: en efecto, el territorio de los Estados miembros se limita a definir el ámbito de aplicación de los Tratados. En consecuencia, el proceso de formación de la identidad constitucional de la UE se aparta de los procesos típicos de construcción del Estado.

Aunque la UE tenga rasgos comunes a las federaciones multinacionales –por ejemplo, un proceso de toma de decisiones asignado a nivel federal, un

³² I. Diéz-Picazo, *Treaty or Constitution? The Status of the Constitution for Europe*, Jean Monnet Working Paper, 5/2004, NYU School of Law, p. 12; M. Kumm, V. Ferreres Comella, *The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty*, Jean Monnet Working Paper, 5/2004, NYU School of Law, p. 12; F. Forni, *Le restrizioni all'ammissione negli Stati membri dell'Unione europea tra esigenze di efficacia e di tutela dei diritti umani*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2015, p. 1143 ss.

³³ J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, II, Little Brown and Company, Boston, 1858, p. 189 ss.

³⁴ M. Nicolini, *Boundaries and Identities*, op. cit., p. 13.

³⁵ M. Kumm, *The Idea of Thick Constitutional Patriotism and its Implications for the Role and Structure of European Legal History*, en H. Porsdam, T. Eldholm, *Dialogues on Justice. European Perspectives on Law and Literature*, Walter de Gruyter, Berlin, 2012, p. 112.

³⁶ A. Brighenti, *On Territory as Relationship and Law as Territory*, en *Canadian Journal of Law and Society*, 21, 2, 2006, p. 65 ss.; D. Miller, *Boundaries, Democracy, and Territory*, en *American Journal of Jurisprudence*, 61, 1, 2016, p. 33 ss.

poder legislativo distribuido entre los distintos niveles de gobierno y el principio de subsidiariedad de los poderes no exclusivos de la UE³⁷— su único objetivo es demarcar el ámbito territorial de los Tratados reuniendo en una única estructura cuasi-federal a los diferentes miembros de la UE.

Este supuesto se debe a otra discrepancia con respecto a las sociedades de los Estados Unidos y la UE. Mientras que la UE es una política 'multinacional federal', los EE.UU. son una federación homogénea, con un territorio neutral³⁸. La neutralidad territorial estandariza la identidad estatal de los miembros³⁹: la homogeneidad del federalismo estadounidense se remonta al hecho de que las unidades constitutivas fueron esculpidas de los territorios federales y luego admitidas en la federación⁴⁰.

A diferencia de la geografía legal estadounidense, la geografía legal europea nunca será considerada completa porque la admisión progresiva de nuevos estados europeos es una cuestión de política, no de geografía física. Y la decisión política forja y la geografía física y el 'derecho público' y la identidad.

Por un lado, la 'europeidad' es el efecto, y no la causa, de la admisión en la UE. Por otro, la UE carece de una delimitación territorial definida. Además, el territorio de la UE es la mera suma de los territorios de los Estados miembros y el territorio de la UE coincide con el ámbito territorial de los Tratados⁴¹.

Y esto impide un proceso concreto y tangible de auto identificación entre la UE *demoi* y el territorio de la UE, y la UE no concibe sus instituciones como representativas de esta suma de diferentes territorios, pueblos y pertenencias, sino de los Estados miembros individuales.

³⁷ Desde una perspectiva comparativa, es interesante leer lo que la doctrina estadounidense escribe sobre los institutos del federalismo aplicados a la Unión Europea: G.A. Bermann, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, en *Columbia Law Review*, 94, 2, 1994, p. 331 ss.; W.G. VAUSE, *The Subsidiarity Principle in European Union Law—American Federalism Compared*, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 27, 1, 1995, p. 61 ss.; D.J. EDWARDS, *Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union*, en *American Journal of Comparative Law*, 44, 4, 1996, p. 537 ss.

³⁸ J. Kinkaid, *Territorial Neutrality and Coercive Federalism in the United States*, en S. Mangiameli, *Federalism, Regionalism and Territory*, Giuffrè, Milano, p. 133 ss.

³⁹ B. Guastafarro, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, en *Yearbook of European Law*, 31, 1, 2012, p. 263 ss.; R. Mastroianni, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di 'controlimiti' costituzionali: è un vero dialogo?*, en *Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo* (www.federalismi.it), 7, 2017.

⁴⁰ A. Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Ombre Corte, 2016. U.S. Supreme Court, *The American Insurance Company and The Ocean Insurance Company (New York) v. David Canter*, 26 U.S. (1 Pet.) 511 (1828).

⁴¹ M. Nicolini, *Boundaries and Identities*, op. cit., p. 15.

III. EL IMPACTO DE LOS TRIBUNALES FEDERALES EN LA EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Distintos actores han estado intentando conferir una identidad constitucional autónoma a la UE desde el inicio mismo del proceso de integración.

A este respecto, el Tribunal de Justicia desempeñó un papel crucial en el apoyo a la evolución institucional de la UE en el período fundacional a través de la ya mencionada 'constitucionalización' del sistema jurídico supranacional⁴². Además, los Tratados de la UE consagran una amplia gama de principios, valores y objetivos, así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴³.

En segundo lugar, el ordenamiento jurídico supranacional de la UE se basa en un conjunto de principios compartidos por los Estados miembros: la protección de los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, según la interpretación del TJUE⁴⁴.

En tercer lugar, las 'tradiciones constitucionales' comunes a los Estados miembros⁴⁵ están estrechamente relacionadas con sus identidades nacionales, inherentes a sus estructuras fundamentales, políticas y constitucionales, que la Unión respetará de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del TUE.

La cuestión, de todas formas, es quién debe ser el árbitro final en los litigios relacionados con la identidad constitucional de los Estados miembros.

Mientras que la Corte Suprema de los EE.UU. declaró que no decidiría *political questions*, concretamente «constitutional questions ... involving the constitutional structure» de los Estados miembros en virtud de la *Guarantee Clause*⁴⁶, la interpretación del apartado 2 del artículo 4 es la cuestión más controvertida que se plantea en el entorno constitucional de la UE.

⁴² M. Forsyth, *Unions of States – The Theory and Practice of Confederation*, Leicester University Press, Leicester, 1981, p. 5 ss.

⁴³ P. Parolari, *Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Context: The Dialogue between Courts in the Disorder of the Sources of Law*, en *Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, 17, 1, 2017, p. 32 ss.

⁴⁴ J. Jones, *Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?*, en *Public Law*, 1/2004, pp. 167-168; C.F. Sabel, O. Gerstenberg, *Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order*, en *European Law Journal*, 16, 5/2010, p. 511 ss.

⁴⁵ A. Masferrer, *Ius Commune y Tradición Jurídica Europea*, en *GLOSSAE: European Journal of Legal History*, 10, 2013, p. 2 ss.

⁴⁶ V. U.S. Supreme Court, *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1918) y, especialmente, *Baker v. Carr*, 396 U.S. 186 (1962). En la doctrina, véase L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3a ed., The Foundation Press, New York, p. 366 ss.; M. Tush-

La no ejecutividad de un caso basado en la *political question doctrine* se centra en una justificación jurídico-constitucional⁴⁷: cuando la controversia sometida al Tribunal Supremo es tan específica que la disciplina está reservada a uno de los órganos políticos previstos en la ley o, por el contrario, tan indeterminada que la propia Constitución no la identifica como protegible en virtud de sí misma.

Sin embargo, hay una objeción fundamental a la afirmación de que la UE tiene el poder de dictaminar sobre la identidad constitucional de los Estados miembros. Y el TJUE es el árbitro final de los litigios relacionados con ella.

Estos poderes parecen incompatibles con el mismo concepto de identidad constitucional, que se refiere a un espacio jurídico, en contraposición con las tradiciones constitucionales, que son a su vez comunes tanto a la Unión como a los Estados miembros. Además, los tribunales constitucionales nacionales, que en la mayoría de los casos han determinado en última instancia la identidad del respectivo Estado miembro, impugnan los poderes de decisión final⁴⁸.

Esto se debe al hecho de que la Unión puede afectar realmente a la identidad constitucional nacional: esto ocurrió, por ejemplo, en el caso de Irlanda⁴⁹. La significación colectiva constitucional del catolicismo en Irlanda ha sido progresivamente cuestionada «by a growing emphasis on the rights of the individual»⁵⁰. Por otra parte, los requisitos de la UE relativos al establecimiento de un mercado común basado en la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales tuvieron notables efectos en la identidad constitucional de Irlanda, que posteriormente tuvo que modificar su Constitución con respecto al aborto⁵¹.

IV. EFECTOS DIRECTOS, IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA Y JUDICIAL SUPREMACY

Si la identidad constitucional común, como acabamos de ver, también puede derivarse de interpretaciones 'forzadas', cabe señalar que los sistemas

net, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009, pp. 148-149.

⁴⁷ M. H. Redish, *Judicial Review and the Political Question*, en *Nw. University Law Rev.*, n. 79, 1985, p. 1022 ss.; M. TIGAR, *The Political Question Doctrine and Foreign Relations*, en *UCLA Law Rev.*, n. 17, 1970, p. 1135; L. Sandstrom Simard, *Do We Still Need the Political Question Doctrine?*, en *Dick. Law Rev.*, n. 100, 1996, p. 303 ss.

⁴⁸ Conseil constitutionnel, 27 de julio 2006, 2006-504 DC.

⁴⁹ M. Nicolini, *Boundaries and Identities*, op. cit., pp. 17-18.

⁵⁰ G. Whyte, *Religion and the Irish Constitution*, en *John Marshall Law Review*, 30, 3/1997, pp. 725 ss.

⁵¹ P. Hanafin, *Reproductive Rights and the Irish Constitution: From the Sanctify of Life to the Sanctity of Autonomy?*, en *European Journal of Health Law*, 3, 1996, p. 179 ss.

jurídicos multinivel –y, en concreto, el de la Unión Europea– tienen dos mecanismos principales para hacer cumplir las normas que componen el mismo sistema⁵².

En primer lugar, pueden optar por confiar en la ‘aplicación normativa’ por el Estado o un órgano de este, pero depender únicamente de esta especie de aplicación puede, sin embargo, ser ineficiente, ineficaz o ambas cosas.

Sin embargo, la ‘aplicación normativa’ genere *per se* problemas que provocan que un sistema jurídico lo complemente permitiendo la evolución de esto por medio de acciones jurídicas realizadas por entidades privadas. La experiencia dentro de la Unión Europea constituye un ejemplo particularmente bueno de este fenómeno: de hecho, es principalmente gracias a los contenciosos que han dado lugar a un procedimiento judicial que el derecho europeo se ha desarrollado más profundamente⁵³.

La segunda de las cuestiones se refiere al efecto directo desde su creación: se trata de considerar tanto la ampliación como el papel que desempeña el TJUE en este proceso.

La respuesta tradicional es que el concepto de efecto directo se amplió precisamente porque las acciones privadas demostraron ser un método tan eficaz para hacer cumplir la legislación de la Unión Europea.

El efecto directo⁵⁴ se ha utilizado de tres maneras distintas y la comprensión de estas diferencias puede ayudar a proporcionar una comprensión más profunda de cómo y por qué se ha ampliado el concepto: la función de ejecución, la función legislativa y la función de control.

A los efectos del presente análisis, se tendrá en cuenta la primera de las funciones antes mencionadas.

En virtud del derecho europeo, corresponde a la Comisión la responsabilidad de llevar ante el TJUE a los Estados miembros que hayan incumplido

⁵² P.P. Craig, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 12, 4/1992, p. 453 ss.

⁵³ Por ejemplo, Corte de Justicia de la Unión Europea, 26-62, *Van Gend & Loos c. Administración Tributaria neerlandesa* (1963); Corte de Justicia de la Unión Europea, 6-64, *Costa c. ENEL* (1964); Corte de Justicia de la Unión Europea, 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal S.p.a.* (1978); Corte de Justicia de la Unión Europea, 152/84, *Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* (1986); Corte de Justicia de la Unión Europea, C-285/98, *Kreil c. Bundesrepublik Deutschland* (2000).

⁵⁴ O. Spiermann, *The Other Side of the Story: an Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order*, en *European Journal of International Law*, 10, 4, 1999, p. 763 ss.; B. De Witte, *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, en G. De Burca, P. Craig (eds.), *The Evolution of EU Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 323 ss.; S. Robin-Olivier, *The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections*, en *International Journal of Constitutional Law*, 12, 1, 2014, p. 165 ss.

el Tratado. Sin embargo, está permitido a un Estado miembro llevar a otro Estado miembro ante el TJUE, siempre que primero presente el asunto a la Comisión: se puede ver especialmente el procedimiento de infracción, contenido en los artt. 258-259 TFUE.

Estas disposiciones parecen recordar un sistema jurídico que, en caso de primacía de la 'identidad constitucional nacional' en relación con una supuesta 'identidad constitucional europea', atribuye al Tribunal de Justicia, y por sí solo, la responsabilidad de solucionar conflictos jurídicos entre Estados y nivel supranacional⁵⁵.

Como podemos ver, de hecho, el órgano institucional con competencias específicas para la iniciativa legislativa en el contexto europeo y, por lo tanto, el primer legislador europeo y el creador potencial de lo que, como se veía, puede definirse 'common law' como núcleo jurídico de la Unión Europea, tiene, según los Tratados, la mera tarea de supervisar cualquier incumplimiento por parte de un Estado miembro.

Son especialmente los efectos directos del derecho europeo, por lo tanto, los que pueden potenciar el 'common law' continental dentro de los sistemas nacionales: los efectos directos, sin embargo, que parecen estar protegidos sólo a través del intervencionismo del Tribunal de Justicia como defensor de la 'identidad constitucional europea'⁵⁶.

Sin embargo, esto puede dar lugar a otro tipo de valoración, a saber, el análisis de la relación entre la interpretación de los tribunales constitucionales de los Estados miembros⁵⁷ –en defensa de la identidad constitucional nacional o incluso, simplemente, en una actitud dudosa sobre la prevalencia de la europea– y la interpretación del Tribunal de Justicia.

V. FORMS OF JUDICIAL REVIEW: LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PRIVILEGIADA

Así las cosas, cabe examinar cómo se realiza el control judicial del Tribunal de Justicia en el sistema europeo y cómo **éste pueda** afectar a la

⁵⁵ P.A. Miguel Asensio, *Conflicts of Law and Legal Integration: The United States and the European Union*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 5, 2005, p. 43 ss.

⁵⁶ R. Romboli, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, en *Questione Giustizia*, 6, 2, 2008, p. 195 ss.; F. Munari, *Il ruolo della Corte di Giustizia e il suo rapporto con gli altri organi dell'Unione*, en *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2012, p. 189 ss.

⁵⁷ En tema, M. Troper, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la superlégalité constitutionnelle*, en AA.VV., *Recueil d'études en hommage de a Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 133 ss.; E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Cec, Madrid, 1984, p. 4 ss.; D. García Balaunde, *La Constitución y su Dinámica*, Palestra, Lima, 2006, p. 64 ss.

construcción del sistema jurídico europeo, entendido en el sentido jurídico adecuado de una 'identidad constitucional europea'.

Se trata de comparar el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de las facultades de interpretación del Derecho europeo conferidas por los Tratados⁵⁸, con un órgano jurisdiccional que pretende ser el Tribunal supremo en materia 'constitucional' (*final adjudicator in constitutional issues*).

Dicho de otra forma, parece apropiado cuestionar la posibilidad del intervencionismo por parte del Tribunal de Justicia, similar a la operación de interpretación homogeneizadora de una corte cumbre en un sistema federal, en la línea de los poderes de aquello hermenéutico, por ejemplo, de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁵⁹.

A este respecto, es importante la famosa distinción entre forma fuerte (*strong-form*) y forma débil (*weak-form*) de la revisión judicial⁶⁰. La elección entre las dos formas parece ocurrir en el nivel más fundamental del diseño institucional de un ordenamiento jurídico.

En un control judicial 'fuerte', los tribunales tienen autoridad general para determinar el significado de la Constitución⁶¹. Y, lo que es más importante, las interpretaciones constitucionales de los tribunales son autoritarias y vinculantes para las demás ramas.

Por otro lado, los Tribunales en sistemas de justicia constitucional 'débil' tienen el poder de evaluar toda (y sola) la legislación, para determinar si es consistente con todas las provisiones de la constitución sin excepción.

⁵⁸ Art. 19, ap. 1, TUE: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados».

⁵⁹ «The Constitution means what the Supreme Court says it means» es la famosa declaración de 1907 del Chief Justice Charles Evans Hughes. En doctrina, C. Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Basic Books, New York (NY), 1986, p. 6 ss.

⁶⁰ M. Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, en *Michigan Law Review*, 101, 2003, p. 2781 ss.

⁶¹ En cuanto al sistema jurídico estadounidense, el problema de la legitimidad de las distintas interpretaciones de la Constitución —con respecto a la que de la Supreme Court— puede deducirse, principalmente, del debate que ha surgido como consecuencia de las sentencias Supreme Court of the United States, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. (1954) y Supreme Court of the United States, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. (1958). Los dos supuestos principales que se deben tomar en esas decisiones son, por una parte, que «the Court, in rendering a constitutional decision, announces a general norm of wide applicability», y, por otra, que «the Court's interpretation is itself the «supreme law of the land»». Para un análisis detallado del tema, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 254 ss.; J.C. Bayon, *La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana*, en *Rev. Cortes Gen.*, 4, 1985, p. 137 ss.; F.J. Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, Chihuahua, 2009, p. 213 ss.

Más bien, la característica de una revisión deficiente es que las mayorías legislativas ordinarias pueden desplazar las interpretaciones judiciales de la constitución a relativamente corto plazo.

La revisión de forma débil responde a la preocupación de que una revisión de forma fuerte permite a los tribunales con un *background* democrático atenuado desplazar las decisiones tomadas por organismos con *background* democráticos más fuertes.

Sin embargo, los sistemas de forma débil suscitan sus propias preocupaciones, principalmente porque esa revisión de forma débil, para usar los términos de Marbury, convierte la Constitución en un «ordinary legislative act ... alterable when the legislature shall please to alter it»⁶².

Sin olvidar la circunstancia en la que el sistema multinivel de la Unión Europea no está dotado de una verdadera Constitución, lo importante en este caso es que, en un sistema jurídico que reconoce a un tribunal en particular como el intérprete privilegiado del derecho positivo existente –que son, aunque con las debidas distinciones, tanto el sistema europeo como el estadounidense– tal control, si se llega a extremos, podría conducir a un indebido ‘panlegalismo’ judicial.

En otros terminos, esto podría conducir a que sólo el Tribunal con poderes nomofiláticos esté facultado para crear ‘derecho viviente’ en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, aquella que se define *judicial review* en los EE.UU. se diferencia de la supremacía judicial (*judicial supremacy*)⁶³.

En el sistema de los Estados Unidos, el Congreso y el Presidente también están obligados constitucionalmente a defender la Constitución y, por lo tanto, primero deben interpretarla⁶⁴.

⁶² U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

⁶³ Se permita el aplazamiento a E. Andreoli, *Dialogo o judicial interpretation? La political question doctrine, tra giuridico e opportunità politica*, en D. Butturini, M. Nicolini (ed.), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, I, BUP, Bologna, 2017, p. 75 ss.

⁶⁴ Una variedad de actores, de hecho, pueden dar su propia interpretación constitucional, que no tiene por qué ajustarse necesariamente a la judicialmente reforzada articulada por la Corte Suprema: el presidente, el Congreso, los Tribunales Estatales, el pueblo en general. En la jurisprudencia estadounidense, se puede ver Supreme Court of the United States, *Graves v. New York*, 306 U.S. (1939): «although judicial exegesis is unavoidable [...] the ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself and not what we have said about it». En la doctrina, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 256. En tema de ‘interpretaciónismo’ y ‘non interpretaciónismo’, F.J. Díaz Revorio, *La «Constitución Abierta» y su Interpretación*, Palestra, Lima, 2004, p. 160 ss.; J.C. Bayon, *La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana*, en *Rev. Cortes Gen.*, 4, 1985, p. 137 ss.; M. Beltran, *Originalismo e interpretación. Dworkin v. Bork: una polémica constitucional*, Civitas-Fac. de Derecho Un. Complutense, Madrid, 1988, p. 47.

Estas cuestiones se encuentran en el centro de un debate que a veces se caracteriza como una elección entre la supremacía judicial (*judicial supremacy*), que hace hincapié en la necesidad de que los poderes políticos remitan a la Corte como el intérprete último de la Constitución⁶⁵, y el departamentalismo (*departmentalism*)⁶⁶, que reconoce la autoridad de cada rama federal o 'departamento' para interpretar la Constitución de manera independiente: «Judicial supremacy requires deference by other government officials to the constitutional dictates of the Court, even when other government officials think that the Court is substantively wrong about the meaning of the Constitution and in circumstances that are not subject to judicial review»⁶⁷.

El departamentalismo, descrito como «[t]he most significant historical and theoretical alternative to judicial supremacy», sostiene que «each branch, or department, of government has an equal authority to interpret the Constitution in the context of conducting its duties» y «is supreme within its own interpretive sphere»⁶⁸.

De todas maneras, este debate puede parecer al menos atenuado en el derecho europeo, dado que no es posible hablar de un verdadero departamentalismo en el sentido que se acaba de describir: es el Tribunal de Justicia, de hecho, el órgano competente para interpretar el derecho europeo, mientras que los demás órganos 'constitucionales' de la arquitectura institucional europea —relativamente a la creación de un 'common law' continental— parecen limitarse a una mera tarea de información y control.

Sin embargo, el hecho de que el *departmentalism* no sea atribuible a los problemas del sistema jurídico europeo no parece que pueda afectar a la comparación entre los sistemas multinivel objeto de este análisis.

De hecho, si no podemos hablar de macrocomparación en un sentido amplio, podemos abordar la cuestión desde el punto de vista de la microcomparación⁶⁹.

⁶⁵ Supreme Court of the United States, *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 704 (1974); *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

⁶⁶ D.E. Johnsen, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meanings*, en *Law and Contemporary Problems*, 67, 3, 2004, p. 105 ss.; R. Post, R. Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, en *California Law Review*, 92, 4, 2004, p. 1027 ss.; K.C. Walsh, *Judicial Departmentalism: An Introduction*, en *William & Mary Law Review*, 58, 5, 2017, p. 1713 ss.

⁶⁷ K. Whittington, *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meanings*, Harvard University Press, 1999, p. 784.

⁶⁸ *Id.*, pp. 782-783.

⁶⁹ L. Pegoraro, A. Rinella, *Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 189 ss.; B. Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective*, en *Rev. int. dr. comp.*, 1, 2005, p. 46.

En particular, teniendo en cuenta los mecanismos operativos concretos de determinados procedimientos judiciales que implican una decisión 'a varios niveles': una decisión capaz de vincular las distintas identidades constitucionales de las entidades jurídicas del sistema.

VI. RELACIONES ENTRE LOS TRIBUNALES NACIONALES Y SUPRANACIONALES: UNA INTERDEPENDENCIA NO SIEMPRE ACEPTADA

Dos competencias específicas de la justicia federal estadounidense, concretamente la *jurisdiction in diversity* y la *certification of question* son efectivamente mecanismos judiciales que pueden convertirse en un medio de comparación con la cuestión prejudicial del Tribunal de Justicia Europeo, si se acepta la comparabilidad de los datos federales europeos y estadounidenses.

En primer lugar, consideramos una institución típicamente federal del sistema de los EE.UU.: la *jurisdiction in diversity*⁷⁰, que permite a una corte federal decidir casos que no se fundamentan en asuntos de leyes federales, sino que se basan enteramente en asuntos de leyes estatales.

Por esta razón, es un proceso que puede ser utilizado por los demandantes en la presentación del caso inicialmente en la corte federal o por los demandados que pueden tratar de retirar el caso de la corte estatal a la corte federal.

Una de las ventajas típicas de la jurisdicción federal es permitir que un caso sea juzgado por jueces que son nombrados de por vida por el gobierno federal y por lo tanto que no están sujetos a elección o retención por la gente del estado local⁷¹.

En segundo lugar, la *certification of question*⁷² está diseñada en los EE.UU para mitigar el problema de la incapacidad de los tribunales estatales para deci-

⁷⁰ D.J. Sullivan, *Manufacturing Diversity Jurisdiction in Federal Courts*, en *Syracuse Law Review*, 20, 3, 1969, p. 681 ss.; L.L. Bagley, C.W. Brown, *Changes in Diversity Jurisdiction*, en *Texas Bar Journal*, 52, 11, 1989, p. 1258 ss.

⁷¹ J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1980, p. 73 ss.; R. Dworkin, *A Matter of Principles*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1985, p. 9 ss.; H. Horn, *Jueces versus Diputados: La Revisión Judicial en América y la Unión Europea*, en *Revista Derecho del Estado*, 13, 2002, p. 3 ss.; L.B. Tremblay, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures*, en *I.CON*, 4/2005, p. 617 ss.

⁷² E. Finley, *Certification Revisited*, en *Law Library Journal*, 54, 2, 1961, p. 131 ss.; P.M. Sfikas, C.H. Hyndman, *Federal Certification of Questions of State Law*, en *Chicago Bar Record*, 65, 4, 1984, p. 204 ss.; P.A. Lebel, *Legal Positivism and Federalism: The Certification Experience*, en *Georgia Law Review*, 19, 4, 1985, p. 999 ss.; I.P. Robbins, *Interstate Certification of Questions of Law: A Valuable Process in Need of Reform*, en *Judicature*, 76, 3, 1992, p. 125 ss.

dir definitivamente las cuestiones de la ley estatal que surgen en los casos que se conocen en la corte federal⁷³.

El sistema federal a veces llama a los tribunales estatales para que escuchen casos que plantean cuestiones de la ley federal⁷⁴, y a los tribunales federales para que escuchen casos que plantean cuestiones de la ley estatal⁷⁵.

En la medida en que se recurra a los tribunales estatales para determinar cuestiones de derecho federal, la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene la facultad de conocer las apelaciones de esas resoluciones, brindándole así la oportunidad de rectificar interpretaciones erróneas y asegurar la aplicación uniforme de la ley federal. Por lo tanto, la Corte tiene la prerrogativa de ser el árbitro final de las disputas que surjan bajo la ley federal.

La *certification* proporciona cierto remedio a los Tribunales superiores estatales en el sentido de que les da la oportunidad de proporcionar interpretaciones definitivas sobre asuntos de ley estatal en casos de tribunales federales. Bajo el procedimiento de *certification*, una corte federal 'certifica' a la corte superior de un estado una *question* de la ley estatal con la que se enfrenta y sobre la cual le gustaría que la corte estatal dictaminara.

La *certification* implica que un sistema judicial recurra a la ayuda de un segundo sistema judicial para resolver un caso, mientras que el segundo sistema judicial tiene la oportunidad de anunciar una *rule of law*. La jurisprudencia de la certificación refleja esta interdependencia judicial⁷⁶.

Asumiendo que la *certification* sea una opción disponible, una o más de las partes en el caso federal pueden solicitar que el tribunal federal invoque la certificación, o el tribunal federal puede elegir esa opción sua espontánea. De cualquier manera, el tribunal federal tiene la discreción final sobre si emplear o no la certificación.

Y teníamos en debida cuenta, con las necesarias diferencias –entre otras, la obligatoriedad de la interpretación del Tribunal de Justicia para los Estados miembros– como se pueda observar un mecanismo similar a esos que se acaban de examinar en las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales constitucionales nacionales.

En los Estados Unidos, la *jurisdiction in diversity* permite que un Tribunal federal sea llamado a juzgar en un caso que involucre una decisión sobre un caso propiamente estatal; la *certification of question*, en cambio, se basa

⁷³ J.R. Nash, *Examining the Power of Federal Courts to Certify Questions of State Law*, en *Cornell Law Review*, 88, 6, 2003, p. 1672 ss.

⁷⁴ Supreme Court of the United States, *Yellow Freight Sys., Inc. v. Donnelly*, 494 U.S. 820, 823 (1990).

⁷⁵ Supreme Court of the United States, *Mine Workers v. Gibbs*, 383 U.S. 715, 725 (1966); *Meredith v. Winter Haven*, 320 U.S. 228 (1943).

⁷⁶ J.R. Nash, *Examining the Power of Federal Courts*, op. cit., p. 1690.

en la suposición de que la ley federal –mejor, la *constitutional identity* federal– es igual al derecho –mejor, la *constitutional identity*– estatal (¿es lo mismo en el ordenamiento jurídico europeo?).

En ambos casos, el nivel judicial federal interviene en lugar del nivel estatal, basándose únicamente en que el principio o principios de derecho que aplican serán reconocidos y aceptados como propios por el nivel inferior.

Lo que importa, en otras palabras, es la circunstancia de que la ley aplicada por el nivel federal esté dotada del mismo marco jurídico que la estatal, lo que permite a la primera de interferir en una decisión que sería propia de la segunda, sin que ésta vea su propia identidad jurídica anulada –de hecho, fortaleciéndola.

Se habla, entonces, de identidades constitucionales comunes: se forja, en definitiva y no obstante lo que rotundamente afirma el Tribunal Supremo en el caso *Erie*⁷⁷, un *common law* federal que impregna completamente y en el mismo sentido todos los niveles del sistema de los EE.UU.

Desde un punto de vista práctico, los órganos jurisdiccionales nacionales parecen estar recurriendo únicamente al ámbito judicial europeo porque están vinculados por los Tratados⁷⁸, especialmente en lo que se refiere a la interpretación privilegiada del derecho positivo europeo a través de la acción del TJUE.

Sin embargo, desde el punto de vista procedimental la relación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales, en particular mediante la institución de la cuestión prejudicial, puede parecer similar con respecto a la lógica subyacente de los mecanismos de aplicación de la *jurisdiction in diversity* y de la *certification of questions*.

Incluso en el caso de la cuestión prejudicial, nos encontramos ante un tribunal supranacional que decide –a través de la interpretación del derecho europeo– en un asunto que repercute en el derecho nacional; una vez más, ante un órgano jurisdiccional que ‘certifica’ no tanto la aplicación, sino la interpretación del derecho europeo en un sistema nacional.

Por lo tanto, ¿podría hablarse, a través de la cuestión prejudicial y de las relaciones entre los tribunales estatales y supranacionales, sobre la búsqueda de un *common law* continental europeo?⁷⁹

A través del análisis de los mecanismos procesales propios de la justicia europea y de su relación con la de los Estados miembros, y comparándolos con el

⁷⁷ Supreme Court of the United States, *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

⁷⁸ Se vea, por ejemplo, A. Celotto, T. Groppi, *Diritti UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, en *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2004, p. 1309 ss.;

⁷⁹ La comparación analizada en el presente trabajo no es nueva para la doctrina estadounidense: M.G. Puder, *Supremacy of the Law and Judicial Review in the European Union: celebrating Marbury v. Madison with Costa v. Enel*, en *George Washington International Law Review*, 36, 3, 2004, p. 567 ss.

funcionamiento de las instituciones propias del federalismo judicial estadounidense, lo que puede derivarse de ella parece ser la misma propensión hacia la construcción cada vez más homogénea de una 'identidad constitucional' común.

Sin duda sigue siendo difícil, al menos por el momento, pretender no ver en el ámbito europeo la resistencia de las identidades constitucionales internas (*rectius*, de la interpretación de estas cumplida por los Tribunales constitucionales nacionales) hacia la aceptación pacífica de un derecho —aquello europeo— que a menudo se percibe como 'otra cosa' si no cuando impuesto⁸⁰.

Sin olvidar, a pesar de no ser posible analizar aquí en profundidad este asunto, las a menudo conflictivas relaciones entre dos supuestos tribunales 'constitucionales' supranacionales y sus diferentes interpretaciones de un derecho que puede afectar a las legislaciones nacionales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y —en las competencias a este reservadas— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lo que se quiere decir es que en la construcción de un sistema jurídico común a todos los países de la Unión Europea se puede ciertamente ver el surgimiento de principios comunes, «en un proceso circular entre tribunales nacionales, Tribunal de Estrasburgo y de Luxemburgo»⁸¹: esencialmente, lo que de alguna manera puede parecer, aunque a menudo latente, una especie de 'common law' europeo.

En consecuencia, un examen jurídico comparativo del tipo de federalismo de los EE.UU. con 'aquello' de la UE, así como las relaciones entre los tribunales federales (o supranacionales) y los tribunales estatales, puede revelar cómo la identidad constitucional puede tener un impacto serio en la construcción del sistema jurídico, tanto nacional como supranacional, este último —para no parecer heterónimo, impuesto y, en esencia, respondiendo plenamente a las demandas asociativas federales —en la búsqueda constante de su propia legitimidad.

⁸⁰ Se puede considerar, por ejemplo, el uso muy limitado del instituto de la cuestión prejudicial por parte del Tribunal Constitucional español. En punto de supremacía del derecho europeo y de los contrastes entre niveles nacionales y nivel supranacional, P. Allott, *Supremacy of European Community Law*, en *The Cambridge Law Journal*, 38, 1, 1979, p. 21 ss.; G. Bianco, G. Martinico, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo e europeo alla luce del caso «Iberdrola»*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5-6, 2013, p. 1069 ss.; P. Gori, *Retrospectiva sulla genesi dei principi dell'applicabilità diretta e della preminenza del diritto comunitario: le sentenze Costa c. Enel e Van Gend & Loos*, en *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2014, p. 653 ss.; F. Laffaille, *L'ordre constitutionnel français et l'ordre constitutionnel UE. Guerre des constitutions, guerre des juges?*, en *Osservatorio sulle fonti*, 2S, 2017, p. 15 ss.

⁸¹ L. Pegoraro, A. Rinella, *Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 348; ID., *La codificazione dei diritti: dal formante culturale a quello normativo. Metodologia e linee per una ricerca*, en G. Cimbalo, F. Botti (ed.), *Libertà di coscienza e diversità di appartenenza religiosa nell'Est Europa*, BUP, Bologna, 2008, p. 35 ss.

RASGOS FEDERALES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y BÚSQUEDA DE UN ‘COMMON LAW’ EUROPEO

*Federal features, constitutional justice and the search
for an european ‘common law’*

Enrico Andreoli
Universidad de Verona (Italia)
enrico.andreoli@univr.it

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp375-395](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp375-395)

Copyright

Estudios de Deusto es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado