

LUIS GORDILLO PÉREZ. *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012 (Premio Nicolás Pérez Serrano del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2009/2010).

El estupendo libro objeto de este comentario se enmarca en una corriente de pensamiento cada vez más extendida en nuestro país y que, con carácter general, podríamos calificar como aquella que procede a un análisis de las diferentes formas de ejercicio del poder más allá del Estado desde una óptica o perspectiva constitucional. Esta perspectiva, es bien cierto, ha estado siempre presente en los estudios jurídicos cuyo núcleo venía constituido por las relaciones internacionales. Pero ha adquirido una fuerza inusitada y no comparable a ninguna época anterior a partir de los cambios tecnológicos, económicos y culturales de las últimas décadas del siglo XX y, en concreto, desde el éxito de la integración económica y jurídica en Europa.

El éxito de esta corriente en Europa, y progresivamente en España, no deriva del expansionismo exacerbado de los teóricos de la Constitución. No supone tampoco falta de respeto alguno hacia otras literaturas, de otras ramas del Derecho, que llevan ocupándose del tema desde otras perspectivas o puntos de vista. Deriva, más bien, de la perplejidad cada vez más sentida no ya entre quienes nos dedicamos, de una u otra forma, al estu-

dio del Derecho, sino entre una ciudadanía que asiste incrédula a cambios para ella incomprensibles en los paradigmas de ejercicio del poder. Deriva, pues, de la aparición de situaciones políticas cada vez más difíciles de resolver pero que afectan a la vida cotidiana sin que se sepa muy bien a quién imputar la responsabilidad o cómo limitar el ejercicio abusivo de ese poder (pues aparentemente los responsables están mucho más allá de las fronteras estatales y por ello de cualquier intento del control democrático y jurídico).

Asistimos a un renacimiento del constitucionalismo justo después de su gran triunfo. Es en el siglo XXI, precisamente, cuando el constitucionalismo habría debido dejar de ser una ideología de combate debido a que prácticamente todo Estado tiene su constitución escrita. Una ideología defensora de la limitación del poder a través de una norma suprema imputable a la voluntad de un pueblo movilizado ya no es necesaria porque ya se ha impuesto en el mundo entero. Sin embargo, paradójicamente, cuando pareciera haber triunfado, se ve obligada a renacer (y de nuevo como una ideología de combate) para intentar cumplir su primigenio objetivo: limitar el ejercicio del poder que

ahora, y esto es lo novedoso, ya no se ejerce (o al menos ya no se ejerce *sólo*) mediante el poder soberano estatal.

El problema conceptual último al que esta nueva literatura ha de enfrentarse es que el Estado ha sido siempre una premisa ontológica del concepto de Constitución, Constitucionalismo o Derecho Constitucional. La pregunta es obvia: ¿una alteración en la premisa conceptual no provocará inevitablemente la superación y con ello la inutilidad de las viejas categorías?. Para quienes el constitucionalismo como ideología sigue siendo esencial, la respuesta ha de ser claramente negativa, pero tampoco cabe caer en simplificaciones fáciles e irreales. La extensión de ideas y categorías propias del constitucionalismo al ejercicio del poder fuera del Estado tiene unas enormes dificultades y crea innumerables problemas conceptuales. Y es en este punto donde esta nueva literatura académica tiene sentido y un espacio fértil en el que desarrollarse lenta pero continuamente. El trabajo de Luis Gordillo es un paso más en este camino en nuestro país. Como lo fueron previa y precursoramente los de Saiz Arnaiz, Pérez Tremps y Alonso García o, después, Díez Picazo, García Roca, Cruz Villalón y tantos otros que han ido engrosando la nómina de quienes se toman en serio la idea de una conexión entre constitución y ejercicio del poder más allá de las fronteras.

El trabajo que comentamos está temporal, aunque no conceptualmente, lejos de aquellos magníficos estudios. Es en gran medida el precipitado de la experiencia anterior y, a su vez, punto de partida interesante para futuros desarrollos. Es, pues, una brillante y pormenorizada exposición del estado de la cuestión pero simultáneamente es una tesis de partida susceptible de muchos y diversos desarrollos posteriores. No tiene sentido que

hagamos aquí el resumen de 500 páginas de texto acompañadas de otras 170 de bibliografía y jurisprudencia. Sí lo tiene, creo, que reflexionemos críticamente al hilo de la exposición de algunos de sus contenidos sin pretender dar cuenta en concreto de todas sus aportaciones.

En la exposición del estado de la cuestión, el autor ha de enfrentar dos dificultades metodológicas graves inherentes al tema objeto de estudio: las múltiples facetas del fenómeno en estudio (que, usando la expresión habitual en la literatura especializada, podríamos llamar la *constitucionalización* de los ordenamientos supranacionales) y su carácter evolutivo lo que provoca que no exista ninguna suerte de «plan racional», ningún momento constituyente en el que se procede a la aprobación de constituciones de esos ordenamientos supranacionales, sino más bien una lenta evolución de origen pretoriano difícilmente resumible o sistematizable. Parafraseando al gran Jennings, la constitución de los ordenamientos supranacionales no ha sido creada, se le ha permitido crecer. Rastrear ese proceso de crecimiento es extremadamente difícil, si bien nuestro autor triunfa en tal tarea.

A ello, el autor dedica la inmensa mayoría de su libro. En concreto sus tres primeras partes, dejando la cuarta parte, la última y más breve del libro, para intentar esbozar un planteamiento global de la cuestión.

En este marco las tres partes tienen una clara coherencia interna de carácter evolutivo. Así la primera parte aborda la *constitucionalización* de la Unión Europea analizada desde la Constitución nacional. En la segunda aborda la cuestión de los derechos fundamentales en Europa lo que requiere el análisis del papel progresivamente adquirido por aquellos en el marco de la integración económica y po-

lítica (UE) y en el que desde un principio va a tener en la integración a través de la promoción de la democracia y los derechos humanos (Consejo de Europa), para concluir examinando la evolución de las relaciones entre ambas organizaciones y en particular el control de convencionalidad de la aplicación de las normas derivadas de la Unión Europea y las consecuencias de la eventual integración de la UE en el sistema de protección de derechos del Consejo de Europa. La tercera parte analiza las relaciones entre los dos ordenamientos europeos (Unión y Consejo) y las resoluciones del consejo de seguridad de Naciones Unidas en materia antiterrorista.

Cuatro ordenamientos son pues el objeto último de referencia. El ordenamiento estatal. El ordenamiento de la UE. El ordenamiento del Consejo de Europa. El ordenamiento de Naciones Unidas.

Un análisis simultáneo de cuatro ordenamientos no es sencillo. Más si tres de esos ordenamientos han adoptado *constituciones* de tipo evolutivo. Por ello la perspectiva que, con toda corrección, utiliza el autor es el del estudio de las resoluciones de los diferentes órganos de naturaleza jurisdiccional de los distintos ordenamientos. Esto es, el método es casuístico si por tal entendemos el análisis de casos para la elaboración de principios o reglas generales. De este modo la monografía comenzará, como no podía ser de otra forma, con la construcción europea de la doctrina de la primacía y su contracrítica en la jurisprudencia nacional de Italia y Alemania, principalmente, y terminará con el último de los grandes conflictos entre los ordenamientos objeto de referencia (nacional, de la Unión; del Consejo y de NN UU): el asunto *Kadi* que, a lo largo del libro, se convierte en el hilo conductor más importante que cohesiona y conecta los diferentes apartados.

Utilizar una metodología como la apuntada en el análisis de cuatro ordenamientos interactuando entre sí exige, so pena de perder cualquier posibilidad de concreción, centrarse en un tema. El autor lo tiene claro: los derechos fundamentales. De este modo el estudio de la constitucionalización de los ordenamientos supranacionales, es en realidad el estudio de la constitucionalización en materia de derechos fundamentales de los ordenamientos supranacionales.

Este planteamiento es sustancialmente correcto y el autor resuelve las distintas cuestiones con solidez, orden y brillantez. Pocos pueden enfrentarse y abrirse camino por una selva de normas y resoluciones situadas en cuatro centros de poder diferentes y salir airoso. Indudablemente, el autor sale más que airoso y transmite un abrumador conocimiento de las cuestiones suscitadas, de los casos planteados y de las aportaciones doctrinales realizadas en Europa y más allá. Pero, y esto es inevitable, ha de pagar los costes que la amplitud del tema y el método elegido necesariamente imponen.

Podríamos omitir los costes y dejar aquí esta recensión, pero conociendo al autor sería una falta de respeto no apuntarlos y no iniciar aquí un diálogo constructivo sobre el texto.

El primer, y probablemente inevitable, coste es el sesgo territorial. El libro está escrito desde la perspectiva europea. No se trata de caer en fáciles críticas de eurocentrismo a toda monografía que trate estos temas, sino de apuntar que la necesidad de concretar el tema provoca que el estudio sea, fundamentalmente, europeo y no aborde ámbitos territoriales que podrían haber enriquecido el análisis. Así, el examen relativo a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas se realiza en un solo capítulo (en el

que se plantea desde las dificultades para asegurar las relaciones internacionales a la problemática de las sanciones económicas, pasando por la cuestión de los límites al poder del Consejo de Seguridad) que ocupa la mitad de los dos que se dedican a la recepción de tales sanciones en el marco del TEDH y de la UE. No hay examen, además, de otras experiencias como la peculiar constitucionalización del Convenio Americano de Derechos Humanos; ni de las conexiones entre éste y Europa o del enriquecedor diálogo o conversación entre Corte Interamericana y TEDH o entre aquélla y los tribunales nacionales. Sorprende también el escaso papel conferido a los grandes Pactos de Naciones Unidas sobre derechos (incluido el comité de derechos humanos) o las convenciones posteriores auspiciadas por Naciones Unidas (con sus respectivos garantes, altos comisionados, etc) que han introducido importantes novedades y han interactuado con la UE o con el TEDH de manera espectacular en los últimos años (vid, por ejemplo los casos de *non refoulement* o, en particular, los Dublin Cases en la UE y la interacción UE-TEDH-ACNUR). Con ello quizás perdemos de vista el carácter extremadamente multifacético de la constitucionalización de los ordenamientos supranacionales que presenta una geometría mucho más variable de la que una visión exclusivamente europea puede conferir.

La elección de una perspectiva de derechos fundamentales provoca, en segundo lugar, que otras experiencias de ordenamientos supranacionales con caracteres constitucionales queden fuera del análisis en cuanto los derechos no son su objeto básico de regulación (aunque eventualmente puedan verse afectados) bien por su diseño, bien por encontrarse en estadios evolutivos anteriores. Las ausencias de la OMC o del FMI; o de NAFTA, MERCOSUR

y Comunidad Andina son en este sentido también muy significativas. Pero también lo es el que el análisis de las relaciones entre las organizaciones y estados europeos se haga desde la óptica de problemas de derechos fundamentales y no de otras posibles perspectivas y colisiones. Con perspectivas nos referimos a que la constitucionalización de los ordenamientos supranacionales no es sólo la limitación del ejercicio del poder a través de los derechos. La constitucionalización de las organizaciones supranacionales se produce también a través de procesos *constitucionales* de adopción de decisiones que exigen peculiares divisiones de poderes dentro de las organizaciones y de reconocimiento de una legitimidad democrática que en ambos casos son extraordinariamente débiles cuando las comparamos con las tradicionalmente en vigor para el ordenamiento estatal.

Otras fórmulas de integración no vinculadas a derechos directamente y otras formas de constitucionalización de tales sistemas de integración ponen sobre el tapete la otra cuestión clave en el análisis de las relaciones entre Constitución y ordenamiento supranacional como es el del control del ámbito de ejercicio de las propias competencias. Esto es, otro gran tema no resuelto junto al de los derechos fundamentales: el tema de quién y cómo se controla la actuación última vires de los distintos ordenamientos eventualmente concurrentes en la regulación de una cuestión. Tema que en última instancia nos acaba reconduciendo al problema del control de estas nuevas organizaciones y la legitimidad de éstas y de sus *constituciones*.

El tercer y último coste derivado del tipo de aproximación metodológica utilizado procede, inevitablemente, de las dificultades en el uso del método inductivo a partir de los casos más relevantes planteados en los últimos 60 años en

Europa. Este método genera el que podamos discutir la importancia relativa de los diferentes casos otorgada por el autor. Cada autor tiene sus casos preferidos y todos creemos que aquellos que utilizamos son los más interesantes. En tal sentido la espléndida selección de casos realizada por el autor es poco discutible y el papel estrella conferido al asunto *Kadi* sea tan obvio que resulta innecesario explicarlo. Pero lo cierto es que también hay otros casos que quizás podrían haber recibido más atención (quizás el juego conjunto Bosphorus, Matthews; Behrami; Biret, Gasparini; Waite & Kennedy en el control TEDH de ordenamientos *externos*, o el juego de mutuas deferencias en Grogan frente a *Well Door and Open Woman*) y en especial los *Dublín cases*, citados más arriba podrían haber arrojado más luz (si bien posiblemente estos casos se resuelven cuando la obra ya estaba en imprenta, el conflicto es anterior y podría haber sido interesante examinar cuáles eran las opciones abiertas al TEDH y al TJUE, por otra parte muestran una actuación no conflictiva ante TEDH; TJUE y Naciones Unidas muy diferente a la generada en *Kadi*).

Sin embargo no es tanto un problema de selección de los casos, pues ésta es siempre discutible, como una cuestión de las conclusiones derivables de las distintas decisiones. En ocasiones la capacidad de generalización que conferimos a la jurisprudencia depende de la bondad, según nuestros particulares gustos, de las tesis sostenidas. Realizar afirmaciones generales sobre la base de casos es una tarea extremadamente difícil que, en honor a la verdad, hay que reconocer que el autor realiza con maestría y, desde luego, con más prudencia de la exhibida habitualmente por quien suscribe estas páginas.

Ninguna de estos costes desmerece ni un ápice el trabajo de Luis Gordillo.

Son costes que han de tenerse en cuenta al enfrentarse a las 500 páginas de su texto, pues permiten matizar o concretar algunas afirmaciones, bien por ser éstas demasiado arriesgadas para algunos de sus lectores, bien por ser demasiado prudentes para otros (entre los que probablemente se encuentra quien esto suscribe).

IV. El trabajo objeto de comentario no es, como es tan común en monografías procedentes de tesis doctorales, sólo un estado de la cuestión. Es una tesis que el autor formula con claridad ya desde la introducción y que reitera de forma ya justificada en la última parte de la obra. El autor defiende la tesis de que la comprensión actual de los fenómenos de relación entre las constituciones nacionales y derivadas de ordenamientos supranacionales requiere la adopción de una aproximación constitucionalista atenuada en el sentido adoptado por De Burca. Esta posición se asentaría en un triple postulado: existe una comunidad internacional; en dicha comunidad pueden identificarse algunos principios comunes; en todos los ordenamientos existen normas de comunicación o conexión que permiten la reconducción a soluciones razonables de todos los problemas que pudieran plantearse. Esta postura se alejaría claramente de las posiciones pluralistas más radicales (pues se admite la unidad de fondo de la comunidad internacional con principios jurídicos compartidos) y de las posiciones constitucionalistas (por no reconocer la primacía de ningún ordenamiento sobre el resto). Por otra parte, y en relación a las principales cuestiones examinadas en el libro, esta tesis apoyaría la necesidad de la incorporación de la UE al sistema del CEDH y de la creación de un control jurisdiccional de las sanciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

La tesis nos parece sustancialmente correcta y no hay nada que objetar

excepto su eventual falta de desarrollo. Pero teniendo en cuenta todo el trabajo previo realizado por el autor para llegar a esta propuesta, lo cierto es que no puede pedirse nada más a la monografía. El desarrollo de la tesis adoptada seguro que inspirará en el futuro los trabajos de Luis Gordillo. En esta monografía ha sentado los sólidos cimientos en los que apoyar tales desarrollos. Por tanto, en este punto, a mi juicio, sólo cabe realizar una breve reflexión crítica que, además, es quizás más de índole terminológica que de fondo.

Nos referimos en concreto al uso de los términos posición *pluralista* frente a posición *constitucionalista* en la definición de las concepciones de las relaciones entre ordenamientos internacionales y ordenamientos internos. Los términos son clásicos y por ello está plenamente justificado su uso en la tesis doctoral que comentamos. Pero, precisamente una lección de este libro (que el autor resalta en su subtítulo: «Las constituciones de entonces ya no son las mismas») como apuntábamos más arriba es que los viejos conceptos apegados a la realidad del Estado soberano teorizado en el S. XIX resisten mal el paso del tiempo y con ello devienen poco útiles para analizar la realidad actual.

En otros momentos los términos tenían todo el sentido: la posición pluralista no admitía primacía de ninguna norma mientras que la posición constitucionalista sí la admitía. La primera hacía referencia a una pluralidad de ordenamientos (nacionales e internacionales) y la segunda a la existencia de normas supremas que conducían a una cierta unidad en la cúspide de un único ordenamiento. El uso del término *constitucional* (aunque fuera para los principios fundamentales de la comunidad internacional) era en este contexto perfectamente lógico. Pero la situación ha cambiado. Ahora hablamos de *constitucio-*

nes de ámbito supranacional o universal y de *constituciones* de ámbito nacional. Cualquiera que sea la posición respecto a cómo se produce la articulación entre ellas será una posición *constitucional* siempre y en todo caso. Y no es sólo un problema terminológico pues el conflicto entre norma constitucional y norma no-constitucional no es el mismo que el conflicto entre norma constitucional nacional y norma constitucional supranacional. En el segundo caso las normas son ambas *constitucionales* en su naturaleza por lo que no deberíamos resolverlo del mismo modo.

Por ello, podría ser más correcto denominar a la tesis sostenida pluralismo atenuado de constituciones o, si aceptamos la polisemia anglosajona del término *constitutional pluralism*, podrá denominarse pluralismo constitucional atenuado. Posición que podríamos considerar sin grandes dificultades como un punto intermedio entre quienes sostienen un pluralismo *constitucional radical* y quienes defienden un *monismo constitucional* derivado de una jerarquía *en sentido propio* (supremacía de norma constitucional de un ordenamiento jurídico internacional de naturaleza universal) o *inverso* (supremacía de norma constitucional nacional).

Resulta evidente, a la vista de este comentario, que nuestra opinión acerca del libro de Luis Gordillo es inmejorable. Es una gran tesis doctoral y es un gran libro. No es de extrañar que el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales le concediera el Premio Nicolás Pérez Serrano a las tesis doctorales defendidas durante el curso 2009-2010. Coincidimos con sus principales tesis, aunque sea de la manera crítica que corresponde a todo universitario. Pero más allá de la coincidencia sinceramente en mi opinión es un libro que hará reflexionar por igual a quienes nos hemos embarcado en el estu-

dio de las nuevas facetas del constitucionalismo en el siglo XXI desarrolladas en él y a quienes consideran que estas facetas están aún muy poco maduras o, aún peor, sólo son ejercicios de teoría que no generarán tanto beneficio como confusión.

A los primeros nos reconforta observar los aportes cada vez más elaborados en la cuestión; a los segundos les hará pensarse si la inmadurez de estas teorías no habrá sido ya superada y si realmente estas teorías del pluralismo de constituciones son tan confusas como creían antes de leer un trabajo de esta entidad que sin duda será un objeto inexcusable de referencia en cualquier estudio científico posterior sobre la cuestión.

RAFAEL BUSTOS GISBERT

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca*

ABSTRACT: *This short for essay focuses in the commentary of Luis Gordillos recent book about the constitutionalization of supranational legal orders. it underlines the importance of the book among the Spanish academic literature in the topic. It does not try to summarize the book, but to make a critical approximation about the topic and the method used. In any case it is highly recommendable to read this important book.*

RESUMEN: *constitutional pluralism; constitutionalization of international Legal orders; European union, council of Europe; United Nations, National Constitutions.*

KEY WORDS: *Este pequeño ensayo se centra en el comentario del reciente libro de Luis Gordillo sobre la constitucionalización de ordenamientos jurídicos supranacionales. Se destaca la importancia del libro en el marco de la doctrina española. No se trata solo de un resumen del libro, sino que pretende hacerse una aproximación crítica sobre el tema y el método utilizado. De todos modos recomendamos vivamente la lectura de este importante libro.*

PALABRAS CLAVE: *pluralismo de constituciones, constitucionalización de ordenamientos jurídicos internacionales; Unión Europea, Consejo de Europa; Naciones Unidas; Constituciones nacionales.*