

¿QUIÉN ES EL JUEZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LA LEY EN EL ÁMBITO INTERNO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO? (REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL IUSFUNDAMENTAL DEL DERECHO INTERNO A LA LUZ DE LA RECEPCIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA)*

JUAN IGNACIO UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco

SUMARIO

- I. Planteamiento.
- II. La doble recepción nacional de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DFUE).
- III. La incidencia de la incorporación nacional (comunitariamente establecida) de los DFUE sobre el «señorío tuitivo» (interno) de los derechos fundamentales.
- IV. La incorporación nacional de los DFUE y el control de comunitariedad *erga omnes* de la ley nacional.

I. PLANTEAMIENTO

Una de las consecuencias jurídicas de la integración comunitaria consiste en que el Derecho comunitario habilita al Juez nacional para que lleve a cabo

* Este trabajo es una versión desarrollada de otro, titulado «El Tribunal Constitucional ante los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», que fue presentado en el V Congreso de la ACE, dedicado a «la reforma del Tribunal Constitucional» (Valencia, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006).

un control difuso de comunitariedad de la normativa nacional, cualquiera que sea su rango, obligándole a inaplicar la norma que sea incompatible con el mismo. Esto implica, entre otras cosas, que el Tribunal Constitucional (TC) deja de ser el único «juez de la ley», ya que, en adelante, aunque él siga siendo el único juez de su constitucionalidad, el Juez ordinario podrá y deberá enjuiciar la comunitariedad de la ley aplicable en el caso.

Pese a todo ello, el hecho es que, hasta hace bien poco, el parámetro de comunitariedad que utilizaba el Juez ordinario a la hora de realizar ese control era un parámetro que, salvo excepciones, carecía de normas iusfundamentales o normas de derechos fundamentales (por ejemplo, de normas equiparables a las recogidas en la Secc. 1.ª del Cap. 2.º del Tít. I.º de la CE). Más allá del juicio sobre el respeto de las «libertades fundamentales» o de algún derecho fundamental explícitamente reconocido en el ordenamiento comunitario (por ejemplo, las pretensiones jurídicas relativas a la igualdad y/o a la no discriminación) el control difuso de comunitariedad era un control ajeno a la garantía de los derechos fundamentales en el orden interno de aplicación del Derecho comunitario¹. El control relativo al respeto de los derechos fundamentales (en adelante, por abreviar: el «control iusfundamental») seguía siendo, también en el ámbito de aplicación interno del Derecho comunitario, un control iusfundamental realizado en términos de constitucionalidad y no de comunitariedad, esto es, en atinencia a los derechos constitucionales, no a los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DFUE). Y en consecuencia, el TC seguía manteniendo el monopolio del control iusfundamental de la ley interna incluso en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En otras palabras, el TC seguía siendo, pese a la existencia del control difuso de comunitariedad, el «juez (garante supremo) de los derechos fundamentales» en el orden interno.

Pero este panorama comienza a cambiar desde el momento en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) establece, en concreto a partir de la sentencia al asunto *WACHAUF*², que, además de las instituciones comunitarias, también los Estados miembros tienen la *obligación* de respetar los DFUE cuando actúan aplicando Derecho comunitario. Dicho ahora en pocas palabras, esta sentencia y toda su progenie jurisprudencial vienen a generar una *incorporación nacional* «comunitariamente establecida» de los DFUE, incorporación en virtud de la cual dichos derechos pasan a formar parte del parámetro con el que el Juez nacional que actúa como Juez comunitario deberá enjuiciar la comunitariedad del Derecho interno generado en aplicación del Derecho comunitario.

El objetivo de estas páginas consiste, en primer lugar (apartado 2), en describir ese fenómeno de incorporación iusfundamental impuesto por el Dere-

1 Como es conocido, los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DFUE) ya venían siendo reconocidos por el Tribunal De Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) desde la década de los setenta del siglo pasado. Sin embargo, hasta la década de los noventa, ese reconocimiento sólo resultaba vinculante para la actividad de las instituciones comunitarias, y no para la actividad estatal desarrollada en aplicación del Derecho comunitario.

2 De 13 de julio de 1989, C-5/88, Rec. 2583 y ss.

cho comunitario, un fenómeno paralelo pero distinto a la recepción nacional de dichos derechos articulada a través del art. 10.2 CE; en segundo lugar (apartado 3), se tratará de exponer cómo esa incorporación provoca que el control difuso de comunitariedad pueda «concurrir» con el control iusfundamental atinente a los derechos constitucionales a la hora de enjuiciar la conformidad de la norma nacional con los derechos fundamentales, dando lugar a un control «heteroconstitucional» en materia de derechos fundamentales (incluso cuando se trata de controlar la conformidad de la ley con los mismos); y finalmente (apartado 4) se apuntarán algunas reflexiones sobre el tema al hilo de lo que el muy sugerente Informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006 señala acerca de la necesidad de regular por ley orgánica la atribución de efectos *erga omnes* a la declaración realizada en un procedimiento *ad hoc* de que una ley es contraria al Derecho comunitario.

II. LA DOBLE RECEPCIÓN NACIONAL DE LOS DFUE

La incorporación o recepción nacional de los DFUE tiene lugar, en nuestro ordenamiento constitucional, de dos formas distinguibles y con efectos bien distintos. En primer lugar, porque así lo quiere el Derecho interno, a través de la cláusula de apertura establecida en el art. 10.2 CE (recepción nacional por vía «constitucionalmente configurada» de los DFUE). Pero existe, en segundo lugar, otra fórmula: aquella que viene impuesta por el ordenamiento comunitario, esto es, aquella recepción que se produce porque el Derecho comunitario ha establecido, aunque sea recientemente y por vía jurisprudencial, que la actividad estatal que entra en el radio de acción comunitario debe respetar los DFUE.

Comoquiera que el fenómeno que se pretende describir en estas páginas responde a la segunda fórmula, a continuación me detendré un poco en exponer las características básicas de ésta incorporación nacional «comunitariamente establecida» de los DFUE, sin perjuicio de aludir más adelante, si bien de forma comparativa, a la más conocida primera modalidad de recepción.

1. LA INCORPORACIÓN «COMUNITARIAMENTE ESTABLECIDA» DE LOS DFUE

La llamada «doctrina de la *incorporation*» de los derechos fundamentales expresa una fórmula del constitucionalismo norteamericano que alude a la extensión a los Estados federados de la obligación de respetar los derechos recogidos en la Constitución federal (extensión que tuvo por base jurídica la XIV Enmienda)³, con independencia de que éstos ya tuvieran sus propias declaraciones vinculantes de DF.

³ La expresión *incorporation* (de derechos fundamentales) hace referencia a un fenómeno de la historia constitucional norteamericana, en concreto, al proceso a través del cual la *Bill of*

Pues bien, el hecho es que en la UE se está produciendo, desde hace poco más de tres lustros, este fenómeno de «incorporación», en este caso de incorporación de los DFUE por parte de los Estados que la conforman. Ahora bien, dicho esto, hay que señalar que la versión europea de la incorporación tiene unas características propias y particulares, las cuales permiten diferenciarla de la norteamericana⁴. Entre las particularidades que merecen ser destacadas ahora:

Rights norteamericana se convierte en instrumento vinculante para los Estados miembros de la Unión. Como es conocido, las diez Enmiendas a la Constitución de 1787 aprobadas en 1791 (de las que las ocho primeras son consideradas propiamente como la *Bill of Rights*) fueron concebidas —dentro de un contexto de intenso debate entre federalistas y antifederalistas— como un instrumento limitador de los poderes de la Unión en favor de la autonomía de los Estados y de los derechos individuales [La Corte Suprema confirmó (*Barron v. Baltimore*: 32, U.S. 243, 1833) que dicha Declaración sólo limitaba el ejercicio del poder federal y que no era de aplicación para controlar la actividad de los Estados]. Sin embargo, a partir de la Guerra Civil (1861-1865) y la introducción de nuevas enmiendas a la Constitución (especialmente la XIV.^a, 1868), la *Bill of Rights* sufrió una mutación esencial, pasando de ser concebida con una naturaleza antifederalista a vincular lenta y progresivamente a los Estados, generando un fenómeno «federalizante» de incorporación o vinculación estatal de los derechos fundamentales reconocidos al nivel federal, esto es, convirtiéndose en un instrumento de limitación y control de la actividad de los Estados que conforman la Unión. El elemento nuclear de la mutación lo constituyó la XIV.^a Enmienda, que fue adoptada en 1868. De acuerdo con la Secc. 1.^a de la misma, «(...) ningún Estado podrá dictar ni aplicar cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal (...)». Generalmente conocida como cláusula de los privilegios e inmunidades y cláusula del «proceso debido», respectivamente, la misma pasó a ser interpretada por el Tribunal Supremo de tal forma que los derechos reconocidos en la *Bill of Rights* eran aplicables no sólo a la Federación, sino también a los Estados en todos sus ámbitos de actuación [al respecto, como hitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo norteamericano: *Gitlow v. New York* (268 U.S. 652, 1925); *Fiske v. Kansas* (274 U.S. 380, 1927); *Palko v. Connecticut* (302 U.S. 319, 1937); más recientemente: *Saenz v. Roe* (526 U.S. 489, 1999)]. Sobre todo ello, *in extenso*: B. SCHWARTZ, *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Rights*, Oxford University Press, New York, 1977, pp. 208 y ss.; R. BERGER, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts/London, 1977, *passim*, espec. 134 y ss.; R.C. CORTNER, *The Supreme Court and the second Bill of Rights: the fourteenth amendment and the nationalization of civil liberties*, Madison, Wisconsin/London, 1981; A. R. AMAR, *The Bill of rights: creation and reconstruction*, Yale University Press, New Haven, 1998; entre nosotros, por ejemplo, A. TORRES PÉREZ, «La dimensión estructural de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Relaciones verticales y cláusulas horizontales», *RVAP*, 67, 2003, pp. 258 y ss. y 275 y ss. y 284 y ss.; A. KNOOK, «The Court, The Charter, and the vertical division of powers in the European Union», *Common Market Law Review*, 42, 2005, pp. 374 y ss.

⁴ Contrastando ambos fenómenos de incorporación: K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Brussels, 1988, pp. 227 y ss., y 593-594; del mismo autor: «Fundamental rights in the European Union», en *E.L.R.*, 25, 2000, pp. 591-592; o en «Respect for fundamental rights as a constitutional principle of the European Union», *Columbia Journal of European Law*, 6(1), 2000, p. 21; J.H.H. WEILER, «Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection», en A. CASSESE, A. CLAPHAM y J.H.H. WEILER (eds.), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, 1991, pp. 595-596; A. KNOOK, «The Court, The Charter, and the vertical division of powers in the European Union», *op. cit.*, pp. 379 y ss.

1. En primer lugar, hay que señalar que, a diferencia de la incorporación norteamericana, la impuesta por la UE lo es de unos derechos fundamentales que no han sido reconocidos, al menos todavía (a pesar de la Carta de Niza y la «Constitución Europea»), en un Catálogo normativo⁵, esto es, en una Declaración que cuente con eficacia jurídica vinculante⁶. Los Derechos Fundamentales de la UE que han sido incorporados, esto es, los que debe respetar en la actualidad todo poder público nacional que actúa en el ámbito comunitario, son los que viene reconociendo, a título de principios generales del Derecho comunitario, la jurisprudencia del TJCE a partir de la década de los

5 Como es conocido, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza (2000) carece, si no de la posibilidad de generar ciertos efectos jurídicos, sí de eficacia jurídica. Por su parte, el Tratado Constitucional de la Unión Europea aprobado en Roma (2004), Tratado que incorpora, con algunas modificaciones, la Carta de Niza en su parte II.^a, sigue careciendo de la mencionada eficacia mientras no entre en vigor tras la ratificación de todos y cada uno de los Estados miembros.

6 Si bien no es posible olvidar que sí tienen reconocimiento expreso determinadas pretensiones jurídicas iusfundamentales. Así, cabe señalar, ciñéndonos ahora al Tratado de la Comunidad Europea o TCE, y más allá de las libertades fundamentales comunitarias (para un análisis de las diferentes posiciones doctrinales acerca de la naturaleza iusfundamental de las mismas: X. ARZOZ, «La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los Derechos Fundamentales Constitucionales», *REDC*, 74, 2005, pp. 71 y ss.), entre otras, las siguientes: la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12), o por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (artículo 13), y el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (artículo 141); la pretensión a un uso correcto, por parte de las instituciones y organismos comunitarios, de los datos de carácter personal sometidos a tratamiento automatizado (artículo 286); o la protección especial al secreto profesional y empresarial (artículo 287). A estas pretensiones de cariz netamente «comunitario», hay que añadir aquellas otras dirigidas de forma esencial y funcional a crear, simbolizar y hacer sentir un vínculo de «unión» entre las personas titulares de las mismas. Me refiero al reconocimiento y protección de la Ciudadanía de la Unión y los derechos asociados a ella (véanse arts. 17 y ss. del TCE): la libre circulación y residencia por el territorio de la Unión, el derecho a la participación en las elecciones locales y al Parlamento Europeo, a la protección diplomática y consular, el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, el derecho de queja ante el Defensor del Pueblo Europeo, el derecho a dirigirse por escrito a las instituciones u organismos de la Comunidad Europea y a ser contestado, y el derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Al respecto, *in extenso*, A. MANGAS y D. J. LIÑÁN, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2005, 5.^a ed., pp. 561 y ss.; A.G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1999, pp. 45 y ss.; del mismo, «La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados constitutivos», en F.J. MATIA PORTILLA (Dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 29 y ss.; L. JIMENA QUE-SADA, *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006, pp. 151 y ss.; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*, Comares, Granada, 2006, espec. pp. 91 y ss. Sin perjuicio de este reconocimiento, es obvio que sigue faltando una catálogo declarativo (con eficacia jurídica vinculante) de las pretensiones que se identifican (básicamente) con los derechos fundamentales «clásicos» (civiles y políticos) o «defensivos» o limitantes de la actuación del poder público, derechos que aparecen nuclearmente reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros y en el Derecho Internacional de los derechos humanos.

70 del siglo pasado⁷. En otras palabras, nos encontramos ante una incorporación de derechos no codificados en una Declaración vinculante, un recepción de derechos jurisprudencialmente «construidos» (y, por tanto, de contenido, en principio, más «abierto e imprevisible»).

2. En segundo lugar, hay que señalar que la incorporación «nacional» de los DFUE carece también de una base o fundamento constitucional expreso. No existe en los Tratados vigentes de la Unión algo parecido a la Sección 1.^a de la XIV Enmienda norteamericana⁸ o al artículo II-111.1 de la todavía *non*—vinculantemente— *nata* «Constitución Europea», el cual formaliza constitucionalmente la incorporación⁹. En la UE el fundamento jurídico de la obligación comunitaria de que los Estados incorporen los DFUE tiene, al igual que pasa con el contenido de lo incorporado, un origen jurisprudencial. En efecto, ha sido el TJCE quien, una vez más, y tras un primer período de ausencia de reconocimiento de DF en el ámbito comunitario (hasta la década de los 70 del siglo pasado), y un segundo período en el que el reconocimiento de los mismos sólo vinculaba a las instituciones comunitarias (hasta la década de los 90)¹⁰,

7 «Los derechos fundamentales de la persona [están] comprendidos en los Principios Generales del Derecho comunitario...», principios cuyo respeto está obligado a garantizar el Tribunal de Justicia *ex* artículo 220 TCE (STJCE *STAUDE*R, de 12 de noviembre de 1969, C-29/69, Rec. 419 y ss.). Al efecto de identificar, reconocer y tutelar dichos derechos el TJCE utilizará como fuentes de inspiración las «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» (así establecido desde la STJCE *INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT*, de 17 de diciembre de 1970, C-11/70, Rec. 1125 y ss.) y «los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que han cooperado los Estados miembros o a los que se han adherido» (según se dispone en la STJCE *NOLD*, de 14 de mayo de 1974, C-4/73, Rec. 491 y ss.), especialmente el CEDH (*RUTILLI*, de 28 de octubre de 1975, C-36/75, Rec. 1219 y ss.; *HAUER*, de 13 de diciembre de 1979, C-44/79, Rec. 3727 y ss.; etc.). Sobre los orígenes y la evolución en la protección de los derechos fundamentales por parte del TJCE, entre otros: G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, y A. VALLE GÁLVEZ, «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2 (1), 1997, pp. 329 y ss.; A.G. CHUECA SANCHÓ, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, *op. cit.*; M. PI LLORENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999; A. SALINAS DE FRÍAS, *La protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, 2000; A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; F.J. MATÍA PORTILLA (Dir), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002; J. KÜHLING, «Fundamental Rights», en A. VON BOGDANDY y J. BAST (eds.) *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 501 y ss.

8 Véase *supra* lo señalado al respecto.

9 Según dicho artículo (que encuentra su antecedente en el art. 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE proclamada en Niza), «las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, *así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución» (énfasis añadido).

10 El primer período es aquél en el que la ausencia en los Tratados constitutivos de las Comunidades de una Declaración de derechos, acompañada del silencio respecto al principio de primacía del Derecho comunitario (principio que sólo emerge tras la STJCE: *COSTA v. ENEL*, de 15

estableció que los DFUE debían ser respetados también por los poderes estatales que actuaban en el ámbito de aplicación comunitario. Y todo ello, como se ha señalado, a pesar del «silencio» de los Tratados vigentes al respecto¹¹.

Tal y como ya se ha apuntado, la Sentencia del TJCE que «inaugura» esta expansión de los DFUE al ámbito nacional es la sentencia *WACHAUF*, de 13 de julio de 1989¹². Según se establece en la misma, los Estados miembros tienen también la obligación de respetar los DF de la UE, si bien dicha obligación comunitaria sólo se extiende sobre la actividad estatal de aplicación

de julio de 1964), hacía pensar que la tutela de los derechos fundamentales era una cuestión interna o estatal, generando implícitamente la idea (nunca explicitada ni en la normativa ni en la jurisprudencia comunitaria) del sometimiento de los actos de las instituciones comunitarias a la tutela de los derechos garantizada por las Constituciones nacionales. El segundo período, por su parte, es aquél que se inicia a partir del reconocimiento jurisprudencial del principio de primacía del Derecho comunitario, el cual imposibilitaba la tutela nacional de los derechos fundamentales frente a la actuación institucional comunitaria (al imponerse ésta a toda actuación nacional), generando así una conflictiva contradicción (impulsada por el «órdago» de los Tribunales Constitucionales italiano y alemán ante el vacío tuitivo de los derechos fundamentales ante la actividad comunitaria). La solución a dicha contradicción vino de la mano del TJCE, el cual comienza, a partir de finales de los años sesenta, a asumir la tarea de edificar vía jurisprudencial un catálogo no escrito de derechos fundamentales (deducido de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y del orden internacional de los derechos humanos, especialmente del CEDH) al objeto de ofrecer un sistema «propriadamente comunitario» de tutela de los derechos fundamentales que opere frente a la actividad institucional comunitaria. Nace así el ámbito de aplicación de los DF de la UE, una esfera limitada a la actividad de las instituciones comunitarias (véase, sobre esta periodización: M. CARTABIA, «Disposizioni Generali. Art. 51. Ambito di applicazione», *op. cit.*, pp. 344 y ss.).

11 Conviene recordar, respecto a este silencio, hoy todavía vigente, de los Tratados respecto a la cuestión de la incorporación/vinculación nacional de los DF de la UE, que el *Tratado de la Unión Europea* (Maastricht, 1992) introdujo por primera vez una referencia al respeto de los derechos fundamentales en la UE, pero lo hizo mencionando como sujeto constreñido a tal respecto únicamente a la Unión, ignorando a los Estados (artículo F.2, actual 6.2 TUE). Además, al definir los preceptos del Tratado sometidos a la jurisdicción del Tribunal de Justicia (artículo I, actual 46 TUE), omitió dicho precepto 6.2. La posterior reforma al TUE producida por el *Tratado de Ámsterdam* no modificó el artículo 6.2, aunque sí introdujo la competencia del Tribunal, en el artículo 46.d TUE, respecto a dicho precepto, con la puntualización añadida de que esta competencia se ejercería «respecto de la actuación de las instituciones», omitiendo, por lo tanto, la referencia a los Estados. Y el *Tratado de Niza* tampoco introdujo modificaciones al respecto, aunque sí, como se ha dicho, el *TCUE* en su artículo II-111. Sin embargo, pese a todo, este silencio no ha sido obstáculo para que, de la mano —una vez más— de la jurisprudencia «creativa» del TJCE, la actividad estatal que entra en el ámbito de actuación del Derecho comunitario quede (comunitariamente) vinculada al respeto de los DF de la UE (véase, al respecto, por ejemplo: R. ALONSO GARCÍA, «El triple marco de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, 13, 2001, p. 21 y ss.; del mismo, «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 152 y ss.

12 C-5/88, Rec. 2583 y ss. Como antecedentes premonitorios del caso las SSTJCE *RUTILI* (vinculación de la actuación estatal en aplicación de normativa comunitaria basada en el CEDH), de 28 de octubre de 1975, C-36/75, Rec. 1975, pp. 1219 y ss.; y *KLENSCH y otros*, asuntos acumulados C-201-202/85, de 1986, Rec. 3477 y ss.

del Derecho comunitario¹³. Fuera de este ámbito de aplicación no existe tal obligación en cuanto obligación sujeta al Derecho comunitario¹⁴.

La Sentencia *WACHAUF* (a la que acompañan al proviso la recaída en el asunto *ERT*, de 18 de junio de 1991¹⁵ y toda otra serie de sentencias en sentido similar) marca así el momento en el que la tutela comunitaria de los DF penetra e invade los ordenamientos nacionales¹⁶, el punto en que irrumpe la incorporación o nacionalización, comunitariamente impuesta, de los DFUE, esto es, la obligación de respetarlos en cuanto Derecho comunitario. Una obligación que rige con independencia de los cauces internos o nacionales de recepción de dichos derechos (como por ejemplo el regulado en el art. 10.2 CE), cauces que vinculan a las autoridades nacionales en cuanto Derecho nacional y no en cuanto Derecho comunitario. En una palabra, la sentencia *WACHAUF* y toda su saga jurisprudencial reflejan la irrupción y operatividad de un «tercer sistema» de derechos fundamentales en el orden interno: el europeo-comunitario o de los DFUE, el cual concurre, junto con el constitucional-estatal y el europeo-convencional (especialmente, el del CEDH), a conformar la llamada tutela «multinivel» de los Derechos Fundamentales.

3. La incorporación nacional de los DFUE es una incorporación que se impone, básicamente, a través de la obligación comunitaria del Juez nacional de actuar como Juez comunitario (y no, como en el sistema norteamericano, a través de jueces federales que actúan en el orden interno)¹⁷ en «cooperación»

13 «Las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario (...) vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben tales exigencias» (STJCE *WACHAUF*, *ibid.*, apdo. 19). La referencia a la actuación o aplicación estatal incluiría tanto los actos de las autoridades centrales, como los de las instancias regionales o locales así como los realizados por los organismos públicos.

14 SSTJCE: *PERFILI*, de 1 de febrero de 1996, C-177/94; *MAURIN*, de 13 de junio de 1996, C-144/95, Rec. 2909 y ss.; *KREMZOW*, de 29 de mayo de 1997, C-299/95, Rec. 2629 y ss.; o *AN-NIBALDI*, de 18 de diciembre de 1997, C-309/96, Rec. 7493 y ss. Véase al respecto, por ejemplo, G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001; G. FALCON, «Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee», *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2004, pp. 1153 y ss.; M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

15 C-260/89, Rec. 2925 y ss.

16 *Cfr.* M. CARTABIA, «Disposizioni Generali. Art. 51. Ambito di applicazione», *op. cit.*, p. 348.

17 Recordemos a este respecto que el sistema de aplicación jurisdiccional del Derecho comunitario no responde al modelo del dualismo judicial norteamericano (tribunales federales, presididos por el Tribunal Supremo, que aplican el Derecho federal, y jurisdicciones de los distintos estados, presidida cada una de ellas por el respectivo Tribunal Supremo) ni a la fórmula alemana (donde no existe una doble estructura paralela de tribunales federales y de los *Länder*, sino una única organización territorial, basada en jueces que aplican tanto el Derecho de cada *land* como el Derecho federal, y a los que se impone un último escalón jurisdiccional en el nivel de la Federación, un escalón formado de tribunales federales superiores que actúan como instancia unificadora en la aplicación del Derecho), sino que se caracteriza porque la aplicación jurisdiccional del Derecho comunitario está encomendada al mismo Juez que aplica el Derecho nacional,

con el TJCE *ex* 234 TCE (esto es, sin que exista una cúspide jurisdiccional «federal» de casación comunitaria).

Es verdad que la incorporación de los DFUE se produce porque toda autoridad nacional que actúa en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario está comunitariamente obligada al respeto de los mismos, ya se trate de poderes de las autoridades centrales, o ya sea de las regionales o locales. No obstante ello, conviene resaltar que si existe una instancia nacional particularmente vinculada al respeto del Derecho comunitario y a tutelar los derechos que el mismo reconoce, ésa es la del Juez nacional que actúa como Juez comunitario¹⁸. Él será el encargado de velar por el respeto de los DFUE frente a los poderes públicos nacionales que actúen en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Ahora bien, el Juez nacional no ejerce ni puede ejercer esta función jurisdiccional de una forma solitaria, aislada de la actividad del TJCE, sino que la desarrolla, en cambio, a través de una relación esencial de *cooperación* con dicho Tribunal comunitario. Una cooperación que se articula principalmente mediante la «cuestión prejudicial» (art. 234 TCE; antiguo 177)¹⁹, un instrumento de cooperación judicial entre el Juez nacional y el Juez comunitario para que éste decida —de forma vinculante— a petición de aquél acerca de las cuestiones relativas a la interpretación de los Tratados así como a la validez o interpretación de los actos de las instituciones comunitarias. En esta línea, se puede afirmar que la cuestión prejudicial ha sido la piedra angular sobre la que se ha edificado el sistema de protección de los DF de la UE. Y no sólo porque a través de ella el TJCE ha venido «ela-

sin que exista una última instancia «federal» unificadora que revise esa aplicación (ni hay tribunales comunitarios que actúen en el ámbito interno, ni existe un tribunal de casación comunitario). De otro modo, la interpretación y aplicación jurisdiccional uniforme del Derecho comunitario y de los DFUE se articula, básicamente, a través de la llamada cuestión prejudicial del art. 234 TCE [sobre todo ello, *in extenso*, L. LÓPEZ GUERRA, «El poder judicial español ante la Unión Europea», *Autonomías*, 29, 2003, pp. 36 y ss.; véanse igualmente: R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; D. SARMIENTO, *Poder Judicial e integración europea (La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión)*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004].

18 Entre otras SSTJCE: *REWE*, de 16 de diciembre de 1976, C-33/76, Rec. pp. 1989 y ss.; *JOHNSTON*, de 15 de mayo de 1986, C-222/84, Rec. pp. 1651 y ss.; *UNECTEF*, de 15 de octubre de 1987, C-222/86, Rec. pp. 4097 y ss.; *OLEIFICIO BORELLI*, de 3 de diciembre de 1992, C-97/91, Rec. 6313 y ss.; *KOFISA ITALIA*, de 11 de enero de 2001, C-1/99, Rec. 207 y ss.; etc.

19 «El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE;
- c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

borando» los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, sino también porque la misma se ha configurado como el instrumento prioritario para la determinación tanto del ámbito de aplicación de dichos derechos como de la aplicación uniforme de los mismos.

Cierto es, también, que el TJCE tiene unos límites que no puede franquear al responder a la cuestión prejudicial, (a) tanto en el sentido de que no puede interpretar o enjuiciar el Derecho nacional involucrado en la cuestión, (b) como en el de que no puede tampoco adentrarse en la aplicación de la regla comunitaria al caso o supuesto concreto. Sin embargo, dichos límites no han sido obstáculo para que, sorteándolos, haya desarrollado en el marco de la cuestión prejudicial una creatividad interpretativa que le ha permitido controlar el Derecho de los Estados miembros de la UE, en concreto, a través de la mediación ejecutora de los jueces nacionales²⁰. Por lo que a la conexión entre el TJCE y el Juez nacional en materia de DF de la UE se refiere, según destaca una reiterada jurisprudencia del TJCE, desde el momento en que una situación nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y el Tribunal de Justicia conozca de un asunto planteado con carácter prejudicial, dicho Tribunal «debe(rá) proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación de la conformidad de dicha situación con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia»²¹ (careciendo de competencia al respecto «en el caso de una normativa nacional que no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario»)²². La cuestión o reenvío prejudicial es, dicho en otras palabras, el instrumento mediante el cual el TJCE «impone» la aplicación de los DF de la UE a los jueces nacionales, haciendo prevalecer, en su caso, la configuración comunitaria de los derechos sobre la nacional. Una «preponderancia» que se manifiesta no sólo sobre el juez remitente, sino también, en virtud de la eficacia vinculante de los pronunciamientos del TJCE, sobre el resto de los órganos jurisdiccionales.

4. Otra característica básica de la «incorporación» de los DFUE es la de tratarse de una «incorporación» de carácter limitado, tanto funcional y materialmente como en cuanto a su eficacia normativa.

4.1. Es, en primer lugar, limitada desde el punto de vista funcional, puesto que la competencia comunitaria (y/o de la UE) en materia de derechos fundamentales no se configura como una competencia *in genere* para adoptar regulación en materia de derechos fundamentales, sino, de otro modo, como

²⁰ Sobre todo ello, *in extenso*, D. SARMIENTO, *Poder Judicial e integración europea*, op. cit., 169 y ss.

²¹ STJCE *SCHMIDBERGER*, de 12 de junio de 2003, C-112/00, Rec. 2003, pp. 5659 y ss., apdo. 75; *H. KARNER INDUSTRIE*, de 25 de marzo de 2004, C-71/02, apdo. 49. Con anterioridad, entre otras SSTJC: *ERT*, de 18 de junio de 1991, C-260/89, Rec. 1991, pp. 2925 y ss., apdo. 42; *BOSTOCK*, de 24 de marzo de 1994, C-2/92, Rec. 1994, pp. 955 y ss., apdo. 16.

²² SSTJCE: *GROGAN* (de 4 de octubre de 1991, C-150/90, Rec. 1991, pp. 4685 y ss., apdo. 31), *PERFILI* (de 1 de febrero de 1996, C-177/94, Rec. 1996, pp. 171 y ss.) o *KREMZOV* (de 29 de mayo de 1997, C-299/95, Rec. 1997, pp. 2629 y ss., apdo. 19), entre otras.

una competencia para asegurar que los DF reconocidos actúen como «límites al poder público»²³ (sin perjuicio de que existan específicas competencias normativas en algunos casos²⁴). Ahora bien, pese a todo, no deja de ser evidente la enorme trascendencia de dicho fenómeno, al menos, en la medida en que dicha incorporación viene a significar la aparición de «otro» límite o barrera²⁵ que la actuación pública estatal (que entra en el ámbito de aplicación de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) deberá respetar. En adelante, dicha actuación no sólo se verá vinculada por los derechos constitucionales (art. 53.1 CE), sino que lo estará además, y de forma primaria, por los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁶.

4.2. La incorporación de los DFUE es, además, «materialmente limitada», ya que se circunscribe al ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario (fuera de ese ámbito no existe dicha obligación en cuanto obligación sujeta al «control» del Derecho comunitario²⁷). En cualquier caso, conviene señalar que, aunque inicialmente ese ámbito fue identificado con aquél configurado por la actuación estatal de ejecución del Derecho comunitario entendida en sentido estricto [esto es, cuando el Estado actúa «por cuenta» o en «situación de repre-

23 No existe, pues, en la incorporación europea algo equivalente a lo establecido por la Sección 5.ª de la XIV Enmienda («El Congreso tendrá facultades para hacer cumplir las disposiciones de este artículo por medio de leyes apropiadas») en el sentido de otorgar poderes al Congreso, si bien limitados, para la regulación de los (algunos) derechos federales «frente» a los Estados (sobre la doctrina al respecto *vid.* la señalada al comienzo del apartado 2, en la referencia a la Sección 1.ª de dicha Enmienda).

24 El Derecho comunitario y la UE no tienen una competencia normativa general en materia de derechos fundamentales. Tal y como señaló el TJCE: «ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito» (Apdo. 27 del Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 2006, sobre la Adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales). Es verdad que los Tratados constitutivos reconocen alguna capacidad de actuación comunitaria en materia de derechos fundamentales, pero se trata únicamente de capacidades de actuación muy «específicas» (por ejemplo: respecto al derecho a la igualdad: arts. 13 y 141.3 TCE; respecto a la protección de datos de carácter personal: art. 286 TCE; dentro de la acción exterior comunitaria en la política comunitaria de cooperación al desarrollo: art. 177 TCE; etc.).

25 Sobre la naturaleza de los derechos fundamentales que reconoce la UE (refiriéndose, en concreto, a los reflejados en la Carta de Niza) como derechos que fijan límites al poder o determinan la forma de ejercerlo, derechos susceptibles (exclusivamente) de garantía judicial: F. RUBIO LLORENTE, «Una Carta de dudosa utilidad», en F.J. MATIA PORTILLA, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 176 y ss.

26 Sin perjuicio de que el sistema del CEDH siga configurando una tutela subsidiaria a la actuación estatal, se articule ésta dentro o fuera del radio o ámbito de actuación de la tutela del sistema europeo-comunitario (surgiendo, eso sí, el problema todavía irresuelto —a salvo la entrada en vigor de soluciones como la prevista en el art. I-9.2 del Tratado Constitucional— de cómo articular esa tutela subsidiaria cuando se trata de actuaciones no de los Estados sino de las instituciones comunitarias, ya que éstas pertenecen a una entidad supraestatal, autónoma respecto a los Estados miembros, que no está adherida al CEDH).

27 SSTJCE: *PERFILI*, de 1 de febrero de 1996, C-177/94; *MAURIN*, de 13 de junio de 1996, C-144/95, Rec. 2909 y ss.; *KREMZOW*, de 29 de mayo de 1997, C-299/95, Rec. 2629 y ss.; o *ANNI-BALDI*, de 18 de diciembre de 1997, C-309/96, Rec. 7493 y ss.

sentación» (*agency situation*) de la Comunidad²⁸; por ejemplo, cuando aplica reglamentos], lo cierto es que el TJCE ha ido, con posterioridad, dilatando de forma progresiva y contundente, esa esfera interna en la que los poderes estatales deben respetar los DFUE, extendiéndola hasta el punto de abarcar hoy día cualquier actividad interna que entre en conexión con el Derecho comunitario (incluso, en algunos casos, si dicha actividad viene englobada dentro del ámbito de las competencias retenidas por los Estados).

Entre los principales hitos jurisprudenciales que han ido articulando esa expansión se encuentran: (a) la Sentencia *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE*, más conocida como *ERT*, de 18 de junio de 1991²⁹, a partir de la cual la normativa restrictiva o derogatoria de las libertades fundamentales comunitarias que pueden adoptar los Estados en virtud de las «cláusulas derogatorias» recogidas en el propio TCE debe respetar también los DFUE; (b) la Sentencia *FAMILIAPRESS*, de 26 de junio de 1997³⁰, al establecer que la normativa nacional restrictiva de la libre circulación de mercancías que se fundamenta —más allá de las tasadas cláusulas derogatorias del art. 30 TCE— en las «exigencias imperativas» de interés público identificadas por el TJCE debe también respetar los DF de la UE; (c) el asunto *SCHMIDBERGER*, de 12 de junio de 2003³¹, cuyo efecto expansivo residiría en el

28 Por utilizar las expresiones del profesor J.H.H. WEILER: *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 201. Sobre el ámbito de aplicación de los Derechos Fundamentales de la UE, véase igualmente, entre otros: M. CARTABIA, «Disposizioni Generali. Art. 51. Ambito di applicazione», *op. cit.*, pp. 344 y ss.; M. PI LLORENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, pp. 112 y ss.; A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, *op. cit.* pp. 64 y ss.; L.F.M., BESSELINK, «The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 2001, pp. 78 y ss.; R. ALONSO GARCÍA, «El triple marco de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *op. cit.*, p. 21 y ss.; del mismo, «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 152 y ss.; P. EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», *Common Market Law Review*, 39, 2002, pp. 952 y ss.; P. BIGLINO CAMPOS, «Derechos Fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 14, 2003, espec. pp. 45 y ss.; de la misma autora, «Derechos frente a la Unión, derechos frente a los Estados miembros: el artículo 51 de la Carta», en N. FERNÁNDEZ SOLA (coord.), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Ministerio de Ciencia y Tecnología y otros, Madrid, 2003, espec. pp. 248 y ss.; P. CRAIG y G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 3.ª ed., 2003, pp. 337 y ss.; N. NAPOLETANO, «La nozione di "campo di applicazione del diritto comunitario" nell'ambito delle competenze della Corte di Giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2004, pp. 679 y ss.; K. LENAERTS, «Respect for Fundamental Rights as a constitutional principle of the European Union», *op. cit.*, pp. 18 y ss.; del mismo autor en colaboración con P. VAN NUFFEL y R. BRAY, *Constitutional Law of the European Union*, Thomson / Sweet & Maxwell, London, 2.ª ed., 2005, pp. 723 y ss.; X. ARZOZ, «La relevancia del Derecho de la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 77 y ss.; J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La limitación del poder público estatal a través de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *RVAP*, 76, 2006; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 484 y ss., espec. 504 y ss. Véase también el núm. 1 (2003-2004) de la *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, monográficamente dedicado al ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

29 C-260/89, Rec. 1991, pp. 2925 y ss.

30 De 26 de junio de 1997, C-368/95, Rec. 3689 y ss.

31 C-112/00, Rec. 5659 y ss.

hecho de permitir la invocación de DF como justificación de medidas restrictivas de las libertades comunitarias, siempre que la justificación sea constatable desde la ponderación de los intereses comunitarios en juego (DFUE v. Libertad comunitaria); (d) la STJCE *BOOKER AQUACULTUR LTD*, de 10 de julio de 2003³², en la que el Tribunal deja claro (aclara, por fin, la duda que existía a este respecto) que los Derechos fundamentales de la Unión Europea llegan también a vincular o limitar la implementación estatal de las Directivas, ya se trate de ejecución en sede legislativa o de una ejecución administrativa; (e) a ello hay que añadir, además, el efecto expansivo de la Sentencia *LINDQUIST*, de 6 de noviembre de 2003, según la cual la operación de interpretación que realice el poder público nacional al cumplir con la obligación de interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho comunitario no debe entrar en conflicto con los DFUE³³.

Unido a ello, conviene tener presente igualmente la extensión de ese ámbito de aplicación que se puede producir por otras vías, como por ejemplo: (f) la que se articula a través de las cláusulas sobre derechos fundamentales que se insertan en los Tratados Internacionales celebrados por las Comunidades Europeas³⁴; (g) o la que, de forma más genérica, se puede generar cada vez que se produce una expansión del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, sea a través de las oportunas reformas, sea mediante la cláusula del 308 TCE; (h) o la que se configura por medio de la práctica de la aplicación *per relationem* del Derecho comunitario, la cual se concreta a través de las remisiones o referencias expresas del Derecho nacional al Derecho comunitario (por ejemplo en un ámbito material retenido por los Estados como el de la fiscalidad, en aquellos impuestos nacionales que se remiten a la nomenclatura aduanera comunitaria), una práctica que, haciendo «nacionalmente obligatorio» acudir o atender a la normativa comunitaria, puede conducir también a una expansión competencial indirecta del Derecho comunitario (el TJCE admite cuestiones prejudiciales sobre asuntos puramente internos por el mero hecho de que el legislador nacional haya utilizado Derecho comunitario como referencia o contenido normativo interno)³⁵, y con ella del ámbito interno de aplicación de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁶.

32 Asuntos acumulados C-20 y 64/00, Rec. 7411 y ss.

33 C-101/2001, apdo. 87. No obstante, cabe señalar como antecedentes a este respecto las SSTJCE: *KOLPINGHUIS NIJMEGEN*, de 8 de octubre de 1987, C-80/86, apdo. 13; *PROCURA DELLA REPUBBLICA*, de 12 de diciembre de 1996, C-74 y 129/95, apdo. 24. Con posterioridad: *K. GRONGAARD*, de 22 de noviembre de 2005, C-384/02, apdo. 30; u *ORDRE DES BARREAUX*, de 26 de junio de 2007, C-305/05, apdo. 28.

34 Cfr. D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La protección judicial de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 64.

35 Véanse, entre otras, las SSTJCE: *DZODZI*, de 18 de octubre de 1990, C— 297/88 y 197/89; *LEUR-BLOEM*, de 17 de julio de 1997, C-28/95; *GILOY*, también de 17 de julio de 1997, C-130/95; *BIAO*, de 7 de enero de 2003, C-306/99. Al respecto: R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Tirant, Valencia, 2003, pp. 271-272; D. SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración Europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitas. Madrid, 2004, pp. 222 y ss.

36 Existen, todavía, otros supuestos de expansión del Derecho comunitario, de su ámbito de aplicación, y consiguientemente, también de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por otra parte, hay que constatar que los DFUE pueden limitar también la actividad estatal que cae fuera de los dominios comunitarios pero dentro de la UE. En efecto, la pretensión de articular un Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, ha provocado la extensión de la vinculatoriedad de los DFUE sobre la actividad estatal en el tercer pilar, si bien con menor intensidad (debido a las limitaciones competenciales del TJCE)³⁷ y/o de forma menos clara³⁸.

Así, por ejemplo, el que se puede dar a través de la Jurisprudencia *GUIMONT* del TJCE (Sentencia de 5 de diciembre de 2000, C-448/98), a partir de la cual el TJCE (con la idea de solventar o ayudar a solventar las «discriminaciones inversas» que pueden surgir al hilo de la aplicación del Derecho en las llamadas «situaciones puramente internas») viene a fomentar la expansión de la normativa comunitaria, y con ella de los DFUE, a quienes no se encuentran en su ámbito de aplicación (a este respecto, D. SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración Europea. La construcción de un modelo...», op. cit.*, p. 206 y ss.; del mismo, «Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución Española», *REDE*, 15, 2005, pp. 375 y ss.). Otro supuesto de expansión es el que tiene lugar desde que el Tribunal empieza a aplicar el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE) en relación con otras más específicas previsiones del TCE relativas a la noción de ciudadanía europea, especialmente con las relativas al derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos (art. 18 TCE). Esto ha generado, por ejemplo, que el ámbito de aplicación del Derecho comunitario extienda sus dominios a ámbitos competenciales retenidos por los Estados en la medida en que el caso involucre a nacionales de Estados miembros que circulen o residan legalmente en otro Estado miembro, los cuales no deben ser tratados de forma discriminatoria con respecto a los nacionales (véanse, entre otras, las SSTJCE: *MARTÍNEZ SALA*, 12 de mayo de 1998, C-85/96, pp. 2691 y ss., apdos. 61-65; *H. OTTO BICKEL y ULRICH FRANZ*, 24 de noviembre de 1998, C- 274/96, pp. 7637 y ss., apdos. 15-16; *R. GRZELCZYK*, de 20 de septiembre de 2001, C-184/99; *BAUMBAST*, de 17 de septiembre de 2002, C-413/99; *K. C. ZHU y M. L. CHEN* (más conocida como CHEN), de 19 de octubre de 2004, C-200/02; al respecto, P. EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», *Common Market Law Review*, 39, 2002, pp. 959 y ss.; véase también, en relación con lo señalado, el asunto STJCE *CARPENTER*, de 11 de julio de 2002, C-60/00 (S. ACIERNO, «The Carpenter judgment: fundamental rights and the limits of the Community legal order», *ELR*, 2003, pp. 401 y ss.).

37 Según se deduce del artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), hay que entender, al menos en principio, que «toda» actuación pública de la Unión Europea debe respetar también los Derechos Fundamentales de la UE. Sin embargo, conviene recordar que el que los DF de la UE sean respetados, tanto por las instituciones comunitarias como por los Estados miembros en el ámbito de la UE, depende a la postre de la capacidad o competencia de control, directa o indirecta, que tenga el TJCE. En otras palabras, donde no hay competencia del TJCE, el respeto de los DF dependerá exclusivamente de las partes implicadas, pero no de su vinculatoriedad jurídica supraestatal. La capacidad vinculatoria de los DF de la UE sobre la actuación del poder público (bien de las instituciones de la Unión, bien de la actuación estatal) depende en última instancia de cuál sea el sistema de recursos establecido para concretar su competencia de control, sistema que varía en función del ámbito de la UE en el que nos encontremos —art. 46 TUE— (sobre estas cuestiones, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pp. 37 y ss. y 73 y ss.). En esta línea, es posible distinguir entre el sistema tradicional del régimen comunitario (cuestiones prejudiciales, recurso de anulación, etc...), que rige en todo el ámbito del primer pilar, si bien en la parte comunitarizada por el *Tratado de Ámsterdam* (Título IV TCE: «Visados, asilo, inmigración, y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas por el territorio de la Unión») habrá que estar a las «rebajas» establecidas por el artículo 68 del TCE (introducido por Ámsterdam), y el limitado sistema establecido (igualmente por el Tratado de Ámsterdam) en el artículo 35 TUE para lo concerniente a las actuaciones en el tercer pilar. Junto a ello, hay que recordar que, según el TUE, el TJCE no tiene competencia para supervisar las actuaciones institucionales o estatales en el ámbito del segundo pilar o PESC y, en consecuencia, tampoco la tendrá en lo relativo a controlar si se respetan los DF de la UE en ese dominio (aunque quizás la lectura conjunta de los artículos 46 y 47 del TUE

Llegados aquí, es interesante señalar que será, precisamente, esta dinámica expansiva del ámbito interno de aplicación de los DFUE la que se encuentra en el origen de la previsión del artículo el II-111.2 (que tiene su antecedente en el 51.2 de la Declaración de Niza)³⁹, un precepto que, al señalar que el ámbito de aplicación de la Carta no implica ninguna modificación ni ampliación de las competencias o de los objetivos de la Unión, viene a propalar una problemática típica de los ordenamientos federales: el temor de que la proclamación de una *Bill of Rights* federal, en este caso de la Unión, pueda convertirse en un instrumento para incrementar las competencias de ésta. Este temor parte de una doble característica con la que se presentan los derechos fundamentales. Por una parte, la de configurarse como «límites al ejercicio del poder», lo que puede invitar a entender que la Carta justificaría toda actividad de la federación (o de la Unión) que no lesione los derechos en ella reconocidos, aunque ello supusiera desbordar el límite de competencia material. Por otra parte, la natural inclinación de los derechos fundamentales a constituir «principios de acción» del poder público⁴⁰, la cual, dada la necesidad de hacer plenamente efectivos los derechos reconocidos en la Carta, podría venir a justificar la adopción de medidas positivas de actuación, utilizando la proclamación de la misma como fundamento jurídico para la asunción de nuevas competencias por la Unión (no hay que olvidar que el reconocimiento de todos los derechos, incluidos los de primera generación o libertades negativas, y, no digamos ya, los derechos sociales u otros derechos a prestaciones po-

podría permitir entender lo contrario para el caso de que el TJCE tenga que supervisar si las actuaciones institucionales en el ámbito del segundo y tercer pilar vulneran las competencias comunitarias).

38 El tema de la eficacia de los DFUE en el tercer pilar resulta complejo e incierto debido a cierta confusión existente a la hora de determinar la naturaleza jurídica (entre supranacional o de integración e intergubernamental o internacional) del tercer pilar, una naturaleza diferente de la clara o esencialmente supranacional del pilar comunitario y de la esencialmente intergubernamental del segundo pilar (R. ALONSO GARCÍA, *Justicia constitucional y Unión Europea*, op. cit., pp. 35 y ss.). En efecto, si bien es cierto que el TJCE parece asumir una forma «comunitaria» de entender la naturaleza del tercer pilar (véase, por ejemplo, la Sentencia *MARIA PUPINO*, de 16 de junio de 2005, C-105/03), no es posible olvidar, sin embargo, la existencia de una posición, como la del Tribunal Constitucional alemán (en su Sentencia de 18 de julio de 2005, en la que asume su competencia para enjuiciar la constitucionalidad de una ley nacional que transpone la Decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega o *euro-orden*), que viene a postular una forma «intergubernamental» o «internacionalista» de entender el tercer pilar, negando que exista en el mismo una vinculatoriedad de tipo comunitario, y afirmando la existencia de un mayor margen de discrecionalidad en la actividad del legislador y, en consecuencia, del Juez de constitucionalidad en el mismo.

39 El artículo 51.2 de la Carta de Niza dispone que «La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados». Por su parte, el artículo II-111.2 del TCUE establece que «La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución».

40 Esta caracterización de los derechos fundamentales como límites y como principios de acción aparece, por ejemplo, en el artículo II-111.1 del TCUE, al afirmarse que sus destinatarios «respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias».

sitivas, se quedaría en una mera proclamación de principio de no ir acompañada del correlativo instrumental que permita su efectivo disfrute)⁴¹.

4.3. Y finalmente, hay que señalar que la incorporación es también limitada en cuanto a los efectos ligados a la vulneración de los DFUE incorporados. Los DFUE se configuran como parámetro de comunitariedad de toda actividad comunitaria o estatal en el ámbito comunitario, como parámetro de validez de la actividad institucional comunitaria⁴² (del mismo modo que los DF nacionales actúan respecto a toda actividad estatal), pero sólo a modo de parámetro de «eficacia» o aplicabilidad en el caso concreto cuando de la actividad estatal infractora se trata⁴³ (sin perjuicio de la obligación estatal de remover la misma⁴⁴)⁴⁵.

41 Sobre todo ello: M. CARTABIA, «Disposizioni Generali. Art. 51. Ambito di applicazione», *op. cit.*, pp. 349 y ss.; la misma autora en «La escritura de los derechos fundamentales en Europa y los poderes de los jueces», *RVAP*, núm. 73 (II), 2005, pp. 53 y ss.; P. EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», *op. cit.*, pp. 945 y ss.

42 Una actuación comunitaria contraria a los mismos estará viciada de nulidad, pues, como señala el TJCE: «según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia» y el «respeto» de los mismos «constituye, por consiguiente, un requisito para la legalidad de los actos comunitarios» (de los apartados 33 y 34 del ya mencionado Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996. En idéntico sentido, por ejemplo, SSTJCE: STJCE *X v. COMISION*, de 5 de octubre de 1994, C-404/92, Rec. 1994, apdos. 17-25; *GRANT*, de 17 de febrero de 1998, C-249/96, Rec. 1998, pp. 621 y ss., apdo. 45).

43 Como es sabido, en función del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional que lo contradiga, cuando un juez nacional observe que una actuación normativa estatal es contraria a Derecho comunitario y/o a los DF de la UE, deberá inaplicarla, sin esperar a que la misma sea anulada o removida [STJCE *SIMMENTHAL*, de 9 de marzo de 1978, C-106/77, Rec. 1978, pp. 629 y ss.; si bien, como se declaró en la STJCE *INCOGÉ 90* (de 22 de octubre de 1998, asuntos acumulados C-10 y 22/97), el Derecho comunitario no se opone a la activación de procedimientos judiciales nacionales que concluyan con la anulación del Derecho interno contrario al Derecho comunitario en la medida que «resulten adecuados para la tutela de los derechos individuales» reconocidos por el mismo].

44 SSTJCE: *COMISIÓN c. FRANCIA*, de 4 de abril de 1974, C-167/73, p. 359, apdo. 41; *COMISIÓN c. ITALIA*, de 25 de marzo de 1979, C-167/73; *COMISIÓN c. ITALIA*, de 15 de octubre de 1986, C-168/85, p. 2945; *COMISIÓN c. LUXEMBURGO*, C-351/90, de 16 de junio de 1992, apdo. 18.; *COMISIÓN c. LUXEMBURGO*, de 26 de octubre de 1995, C-151/94; *COMISIÓN c. FRANCIA*, de 13 de marzo de 1997, C-197/96, apdos. 14-16; *COMISIÓN c. PAÍSES BAJOS*, de 10 de mayo de 2001, C-144/99, apdos. 17 a 22; o *COMISIÓN c. ESPAÑA*, de 23 de febrero de 2006, C-205/04, apdo. 18. Sobre la forma de remoción interna de la norma incompatible véase *infra* el apartado 4.2.(5).

45 Otra cosa es que, si así lo permite o posibilita el Derecho interno, el Juez nacional pueda llegar a realizar un control de comunitariedad *erga omnes* sobre la actuación de rango infralegal [al respecto, R. ALONSO GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Thomson/Civitas, 3.^a ed., Cizur Menor, 2006, pp. 61-62; del mismo, «El juez nacional como juez europeo a la luz del tratado constitucional», en M. CARTABIA, B. DE WITTE y P. PÉREZ TREMPES (dirs.), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 643 y ss.], o incluso de la de rango legal, existiendo también la posibilidad de articular un control de comunitariedad en términos de validez a cargo del Tribunal Constitucional [véase, sobre estas dos últimas posibilidades, el análisis al respecto del *Informe del Consejo de Estado sobre la Reforma Constitucional*, de 16 de febrero de 2006, apartado III.6.2; sobre todo ello: *infra* el punto 4.2.(6) de este trabajo]. Pero, en cualquier caso, aunque fuera en virtud de su anticomunitariedad, los efectos de la declaración *erga omnes* vendrían producidos por posibilitarlo así el Derecho interno, y no porque obligue a ello el Derecho comunitario (el cual solo impone, como decimos, la inaplicación en el caso concreto).

En cualquier caso, es posible señalar a modo de conclusión que la actuación del poder público estatal (incluido el legislador) que cae en el radio de acción del Derecho comunitario es una actuación sometida, bajo sanción de ineficacia, al respeto de los derechos fundamentales de la Unión Europea, sin perjuicio de que lo esté, también, al respeto de los derechos constitucionales⁴⁶ (art. 53.1 CE). Este fenómeno puede generar dudas acerca de la prelación y/o coordinación entre ambos parámetros de vinculación, especialmente, en caso de que una misma actuación vulnere ambos parámetros simultáneamente⁴⁷. Esas dudas quedan, sin embargo, despejadas en virtud del principio de primacía, resultando claro, además, que la activación y desarrollo de los mecanismos que garanticen el respeto de los derechos fundamentales nacionales no puede tener como efecto o resultado el posibilitar la eficacia de una actuación estatal contraria a los derechos fundamentales de la Unión Europea. El fenómeno de la incorporación, al generar la nacionalización con «eficacia o vinculatoriedad comunitaria» de estos derechos, provoca también que dichos derechos y su tutela nacional se solapen o traslapen sobre el reconocimiento y la garantía de los DF constitucionales en lo que a la función de actuar como límites a la actividad del poder público se refiere. Tras la incorporación dicha actividad no sólo se verá vinculada por los derechos constitucionales (interpretados conforme al 10.2 CE), sino que lo estará además, y de forma primaria, por los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁸.

II.2. LA POSICIÓN DEL TC Y DEL JUEZ ORDINARIO FRENTE A LA DOBLE INCORPORACIÓN NACIONAL DE LOS DFUE: LA VÍA DE LA «JURISPRUDENCIA WACHAUF» Y/O EL CAUCE DEL ART. 10.2 CE

1. El contenido de la posición del TC respecto al Derecho comunitario se ve muy gráficamente plasmado y resumido en la STC 28/1991 cuando se se-

⁴⁶ Sobre las diferencias sustantivas que pueden surgir entre los diferentes sistemas de protección de los derechos fundamentales a la hora de tutelar los mismos, véase, por ejemplo: F. SO-RRRENTINO, «La tutela multilivello dei diritti», *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, pp. 79 y ss.

⁴⁷ Para un análisis de las cuestiones relativas a la coordinación entre el control de comunitariedad y el control de constitucionalidad de la actuación pública véase: R. ALONSO GARCÍA, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005.

⁴⁸ Por otra parte, hay que tener en cuenta que esta obligación comunitaria de respetar los DFUE no elimina aquella otra obligación, de Derecho Internacional, de respetar los derechos reconocidos en el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (CEDH). El solapamiento del sistema europeo-comunitario de los DF sobre el sistema estatal de los derechos constitucionales no obsta para que toda actuación nacional esté sometida además a la protección que ofrece el sistema europeo-convencional del CEDH. Esta última, caracterizada por actuar de forma subsidiaria y con efectos resarcitorios o reparatorios) respecto de la tutela ofrecida en el orden interno, se extiende sobre «todas» las actuaciones de los Estados miembros de la UE (y, por tanto, parte del CEDH), entren o no en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario o de la UE [entre otras SSTEDH: *CANTONI c. Francia* (de 15 de noviembre de 1996), *DANGEVILLE c. Francia* (de 16 de marzo de 2002) o la *BOSPHORUS c. Irlanda* (de 30 de junio de 2005)]. Al respecto, por ejemplo: L.M. DÍEZ-PICAZO, «La relación entre la

ñala que «la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es (...) una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales»⁴⁹. En otras palabras, el Derecho comunitario carece de rango constitucional, y la aplicación jurisdiccional del mismo o la solución de los problemas que genere dicha aplicación no corresponden al TC, sino a la jurisdicción ordinaria⁵⁰. Ello implica que el TC no sólo se autoexcluye de la aplicación del Derecho comunitario, sino que, al tratarse precisamente de la aplicación de dicho Derecho, esto es, de un problema de mera selección de la norma aplicable al caso concreto, también se estaría inhibiendo de entrar a conocer o controlar la aplicación judicial (jurisdicción ordinaria) del Derecho comunitario⁵¹. Late aquí, en el fondo, la

Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 15, 2004, pp. 159 y ss.

49 STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ.^a 4.º.

50 «Ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el Derecho de éstas integran, en virtud del art. 96.1 CE, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español. Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que por tanto deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (...), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria» (FJ 5.º).

51 *Vid.* al respecto, entre otras, las SSTC: 252/1988; 132/1989; 28/1991; 64/1991; 111/1993; 180/1993; 372/1993; 143/1994; 265/1994; 274/1994; 130/1995; 45/1996; 147/1996; 197/1996; 201/1996; 203/1996; 235/1999; 45/2001; 35/2002, 41/2002; 8/2004, etc. Todavía, en la reciente y conocida STC 58/2004, de 19 de abril, en la que se da, siquiera de forma implícita, «relevancia constitucional» cierta al Derecho comunitario, el TC seguirá insistiendo en ideas como la que señala que «la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter infraconstitucional» (de forma idéntica a la STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4); o que el Derecho comunitario (en concreto el art. 234, ex 177 TCE) «no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (tal y como lo afirmó, por ejemplo, en la mencionada STC 28/1991, o en la 64/1991, de 22 de marzo); o, en fin, la no pertenencia al ámbito de la competencia del Tribunal Constitucional de «la salvaguardia del respeto de las normas de Derecho comunitario» (STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 8). Véase igualmente la STC 194/2006, de 19 junio, FJs 4-5. Sobre todo ello, por ejemplo, el detenido e interesante repaso que hace S. ORTIZ VAAMONDE de la ausencia de control por el TC de la conformidad con el Derecho comunitario de normas o actos internos: «El Tribunal Constitucional ante el Derecho comunitario (I)», *REDC*, 61, 2001, pp. 315 y ss. Para un análisis crítico en profundidad de la mencionada orientación jurisprudencial del TC *vid.*: R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 41 y ss.; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, «Derechos Fundamentales, Derecho comunitario y Tribunal Constitucional», *La Ley*, núm. 5796, 5 de junio de 2003, ref.^a D-133; C. VIDAL PRADO, *El impacto del nuevo Derecho europeo en los Tribunales Constitucionales*, Colex, Granada, 2004, pp. 151 y ss. Esta doctrina jurisprudencial ha permanecido estable y prácticamente invariable hasta hoy día, salvo algún matiz introducido precisamente por las SSTC 58/04 y 194/2006, un matiz relevante consistente en admitir la protección en amparo frente a vulneraciones de la tutela judicial efectiva que traigan causa del incumplimiento (objetivamente constatado) de la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

idea de que cualquier autoridad subconstitucional española, incluso cuando aplica el Derecho comunitario, está sujeta a la Constitución, que goza de supremacía incondicionada⁵² (sin que a ello obste, según señala el propio TC en su Declaración 1/2004, el que el Ordenamiento comunitario tenga, a su vez, «primacía» —en cuanto «preferencia aplicativa»— en su ámbito de aplicación sobre toda categoría normativa interna, primacía o preferencia que ha sido constitucionalmente dispuesta *ex art. 93*)⁵³.

2. Esta doctrina jurisprudencial, que salvo algún matiz⁵⁴ ha permanecido estable y prácticamente invariable hasta hoy día, implica una serie de consecuencias entre las que, por lo que al tema que aquí interesa, cabe destacar las dos siguientes: (a) en primer lugar, que el Juez nacional encargado de controlar la correcta aplicación del Derecho comunitario y, por lo tanto, de los DFUE es el Juez ordinario; (b) y en segundo lugar, que la aplicación o el control de la aplicación del Derecho comunitario y de los DFUE queda excluida de los procesos constitucionales. En consecuencia, hay que concluir que el TC no está vinculado, a diferencia del Juez nacional, por la *obligación comunitaria* de respetar y hacer respetar los DFUE. El TC, sí «incorpora» estos derechos, pero lo hace a través de la cláusula de apertura del art. 10.2 CE y con los efectos derivados de ello, pero nunca a título de Derecho comunitario, pues él no actúa como Juez comunitario. Por el contrario, el Juez ordinario se encuentra vinculado por los mismos, no sólo en virtud del artículo 10.2 CE, sino de forma principal y primaria, en cuanto que forman parte del Derecho comunitario que él debe respetar y aplicar.

3. Es verdad que la cláusula de apertura del art. 10.2 CE está posibilitando también una recepción nacional de los DFUE⁵⁵, pero esta recepción es muy

52 L.M. DÍEZ-PICAZO, *Constitutionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 196 y ss.

53 FJ.º 4 de la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre. Analizando la cuestión, entre otros: G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «No existe contradicción entre la Constitución Española y la Constitución Europea: La Declaración del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 2005, pp. 5 y ss.; R. ALONSO GARCÍA, «Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 2005, pp. 339 y ss.; V. FERRERES COMELLA, «La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», en A. LÓPEZ CASTILLO, A. SAIZ ARNAIZ y V. FERRERES COMELLA, *Constitución Española y Constitución Europea*, CEP, Madrid, 2005, pp. 80 y ss.; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Hacia una nueva concepción del artículo 93 de la Constitución: comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2, 57, 2005, pp. 799 y ss.

54 Establecido en la STC 58/04, de 19 de abril, en el sentido de reconocer indirectamente cierta relevancia constitucional al Derecho comunitario al otorgar el amparo frente a una vulneración del art. 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial comunitaria. Al respecto, por ejemplo: J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «El “recurso” a la prejudicial (234 TCE) como “cuestión” de amparo», *op. cit.*, pp. 441 y ss. Véase también la STC 194/2006, de 19 de junio.

55 El artículo 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales nacionales «conforme» a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades que haya ratificado

distinta de aquella que se produce mediante la recepción o incorporación nacional que viene comunitariamente impuesta en virtud de la sentencia *WA-CHAUF* y toda su progenie. Y la diferencia no reside sólo en el cauce de recepción o en el ámbito de aplicación⁵⁶, sino, especialmente, en el carácter con el que se receptan los DFUE en uno y otro caso: a título de Derecho nacional y como parámetro indirecto de constitucionalidad, por la vía del 10.2, o en

España, es un mecanismo de apertura de carácter general que está siendo utilizado por el TC español para acudir al ordenamiento jurídico comunitario (DF de la UE) al objeto de concretar o integrar el contenido constitucionalmente declarado de algunos derechos fundamentales nacionales. En este sentido, el Derecho comunitario está recibiendo el mismo trato que el Derecho Internacional convencional o institucional, en virtud de un entendimiento «no formal o no estricto» (del término «tratado internacional sobre derechos humanos») de la cláusula del art. 10.2 CE, un entendimiento que le permite asumir el valor interpretativo tanto de los Tratados fundacionales como de otras normas comunitarias supraordenadas a los mismos. Así ha sucedido, por poner algunos ejemplos, con respecto: al principio de legalidad penal (STC 137/1995, FJ 3.º), el derecho a la intimidad frente al acoso sexual (STC 224/1999, FJ 3.º), y muy especialmente respecto al derecho a la igualdad: SSTC: 145/1991, FJs. 3.º-5.º; 229/1992, FJ 3.º; 58/1994, FJ 4.º; 147/1995, FJ 2.º; 136/1996, FJ 5.º; 198/1996, FJ 2.º; etc. [al respecto: A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 172 y ss. y 185 y ss.; P. PEREZ TREMPES, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 164 y ss.; del mismo, «Constitución Española y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 2004, pp. 116 y ss.; X. ARZOZ, «La relevancia del Derecho de la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 63 y ss.]. Y así viene sucediendo, incluso con respecto al *soft law* (o «Derecho blando» o «débil», sin eficacia jurídica vinculante, pero con capacidad para producir ciertos efectos jurídicos) «comunitario» [sobre dicho fenómeno: R. ALONSO GARCÍA, «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*, 2001, 154, pp. 63-94; A. SAIZ ARNAIZ, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?», *Cuadernos de Derecho Público*, 13, 2001, pp. 159 y ss.; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 503 y ss.; C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, *Las declaraciones en el Derecho comunitario*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 285 y ss.; D.M. TRUBEK, P. COTTRELL y M. NANCE, «Soft Law», «Hard Law» and EU Integration», en G. DE BÚRCA y J. SCOTT (eds.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 65 y ss.; D. SARMIENTO, «La relativización de la autoridad del Derecho: la naturaleza del “soft law”», de próxima publicación en *Cuadernos de Derecho Público*]. Un ejemplo significativo de ello es el de la incidencia que está teniendo en el orden constitucional interno la Carta de Derechos Fundamentales de la UE —sea la proclamada en Niza (2000) o la posteriormente incorporada en la II.ª Parte del TCUE— la cual, sin tener todavía eficacia jurídica vinculante (el TCUE todavía no la tiene), ya ha sido utilizada por el TC como argumento de autoridad para reforzar a mayor abundamiento sus razonamientos (SSTC: 292/2000, de 30 de noviembre, 53/2002, de 27 de febrero, 138/2005, de 26 de mayo, 273/2005, de 27 de octubre, 17/2006, de 30 de enero, y 41/2006, de 13 de febrero). Por cierto, que el reconocimiento de «efectos jurídicos» (que no de eficacia jurídica vinculante) a la Carta se ha visto igualmente reflejado en casi treinta sentencias del Tribunal Supremo (véanse, por ejemplo, la STS de 11 de mayo de 2001 de la sala Primera, la de 29 de marzo de 2006 de la Sala Segunda, la de 13 de diciembre de 2005 de la Sala Tercera, o la de 31 de marzo de 2004 de la Sala Quinta). Al respecto, R. ALONSO GARCÍA y D. SARMIENTO, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias y jurisprudencia*, Thomson/Civitas, Madrid, 2006, pp. 50 y ss. y 461 y ss.

⁵⁶ Todo el ordenamiento nacional, en el caso de una recepción vía 10.2 CE; sólo el ámbito interno que entra en el radio de acción comunitario, en el de la incorporación nacional comunitariamente establecida.

cuanto Derecho comunitario y parámetro de comunitariedad, en virtud de lo establecido por la «jurisprudencia de la incorporación» del TJCE. Utilizando un juego de palabras, podría decirse que mientras la cláusula del 10.2 genera la «comunitarización o europeización» de los derechos constitucionales en virtud de una actividad de interpretación de los mismos «conforme» a los DFUE, la «incorporación» comunitariamente impuesta genera la «nacionalización» de los DFUE, esto es, implica incorporar en el orden interno el Derecho comunitario de los Derechos Fundamentales (o, si se prefiere, los DFUE a título de Derecho comunitario).

4. El único órgano de Derecho interno que no incorpora los DFUE a título de Derecho comunitario es el Tribunal Constitucional. Para él, a diferencia de lo que acontece con el Juez ordinario, sólo rige la recepción de los mismos a través de la cláusula interpretativa-integradora del art. 10.2 CE. Y parece que nada cambiaría al respecto el hecho de que entrara en vigor el TCUE y con él la Carta de los DFUE integrada en su Parte II.⁵⁸ Es cierto que, según se establece en la Declaración 1/2004, dicha Carta se erigiría, *a través de lo dispuesto en el art. 10.2 CE*, en pauta para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, y ello «sin perjuicio de su valor en cuanto Derecho de la Unión, integrado en el nuestro ex art. 93 CE»⁵⁷. En otras palabras, y teniendo en cuenta la nueva lectura no sólo orgánico-procedimental⁵⁸ sino ahora también sustantiva que hace el TC del art. 93 de la CE⁵⁹, es posible entender que los DFUE pueden actuar en el ordenamiento interno tanto a título de Derecho nacional, en la medida en que se han integrado a través de la vía del art. 10.2, como a título de Derecho comunitario, en virtud de su entrada por el art. 93. Sin embargo, la vinculación comunitaria de los DFUE en el ámbito interno

57 FJ 5.º (énfasis añadido) de la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, en la que el Tribunal viene a examinar, entre otras cosas, la eventual contradicción de la Constitución Española con la Carta de derechos recogida en el TCUE. Y es que, según sigue observando el TC, los artículos II-111 y II-112 del TCUE generan la duda de «si los criterios establecidos por el Tratado para los órganos de la Unión y para los Estados miembros cuando apliquen Derecho europeo son o no conciliables con los derechos fundamentales de la Constitución y, en esa medida, pueden también imponerse a los poderes públicos españoles cuando actúen al margen del Derecho de la Unión, es decir, también en circunstancias que no ofrezcan conexión alguna con dicho Ordenamiento», a través del art. 10.2 CE (FJ 6). Para un análisis de la Declaración sobre este aspecto: A. SAIZ ARNAIZ, «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en A. LÓPEZ CASTILLO, A. SAIZ ARNAIZ y V. FERRERES COMELLA, *Constitución Española y Constitución Europea*, *op. cit.*, pp. 51 y ss., espec. 71 y ss.; X. ARZOZ, «La relevancia del Derecho de la Unión...», *op. cit.*, pp. 99 y ss.; I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, «La Constitución Española «frente» al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional», *REDE*, 14, 2005, pp. 297 y ss.

58 Véase al respecto, por ejemplo, la Declaración 1/1992 del Tribunal Constitucional.

59 A. SAIZ ARNAIZ, «De primacía, supremacía y derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 55 y ss.; I. GÓMEZ, «La Constitución Española...», *op. cit.*, pp. 315 y ss.; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCCLARES, «Hacia una nueva concepción del artículo 93 de la Constitución...», *op. cit.*, pp. 799 y ss.

que genera el artículo 93 CE es una vinculación que, en cuanto referida al ámbito infraconstitucional o del Juez ordinario, no afecta al TC (la Declaración 1/2004 no altera en esto la doctrina previa del TC establecida claramente desde la STC 28/1991), el cual sólo seguiría repectando estos derechos europeos a través del 10.2 CE⁶⁰.

III. LA INCIDENCIA DE LA INCORPORACIÓN NACIONAL (COMUNITARIAMENTE ESTABLECIDA) DE LOS DFUE SOBRE EL «SEÑORÍO TUITIVO» (INTERNO) DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Como es conocido, el Derecho comunitario habilita al Juez nacional para que lleve a cabo un control difuso de comunitariedad de la normativa nacional, cualquiera que sea su rango, obligándole a inaplicar la norma que sea incompatible con el mismo (STJCE *SIMMENTHAL*)⁶¹. Esta habilitación implica, entre otras cosas, el debilitamiento del modelo concentrado o centralizado de justicia constitucional, al romper el monopolio del TC para llevar a cabo el control de la ley nacional. En adelante, aunque el TC seguirá monopolizando el control de constitucionalidad de la ley, el Juez nacional podrá y deberá controlar su comunitariedad⁶².

2. Partiendo de esta base, es posible afirmar que la primera consecuencia que genera la incorporación nacional, comunitariamente establecida, de los DFUE consiste en que, a partir y en virtud de la misma, dichos derechos entran a formar parte del parámetro de comunitariedad con el que el Juez nacional debe controlar los actuaciones nacionales en aplicación del Derecho comunitario, debiendo inaplicar la norma que los contradiga, cualquiera que

⁶⁰ Es verdad que el entendimiento actual que hace el TC de la cláusula del art. 93 da legitimidad constitucional a la «incorporación nacional de los DFUE» prevista en el artículo II-111 del TCUE (e incluso, a la «incorporación» de los mismos que, impuesta por la jurisprudencia del TJCE desde el caso *WACHAUF*, rige hoy día sin previsión expresa en los Tratados constitutivos), pero ello no implica o no permite deducir también que el TC se convierte en Juez encargado, al igual que la jurisdicción ordinaria, de la tutela de los DFUE.

⁶¹ De 9 de marzo de 1978, C-106/77, Rec. 629 y ss. Véanse también, entre otras SSTJCE: *FORD ESPAÑA*, de 11 de junio de 1989, C-170/88; *IN.CO.GE'90*, de 22 de octubre de 1998, C-10 a 22/97; *CARRA e.a.*, de 8 de junio de 2000, C-258/98

⁶² Para un análisis teórico de la crisis del modelo centralizado de justicia constitucional ante la primacía del Derecho comunitario europeo, véase: L. LÓPEZ GUERRA, «El poder judicial español ante la Unión Europea», op. cit., pp. 41 y ss.; V. FERRERES COMELLA, «Integración Europea y crisis del modelo centralizado de Justicia Constitucional», *RVAP*, 65 (II), 2003, pp. 73 y ss., espec. 106 y ss. [también, el mismo, en «El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo», en A. SAIZ ARNAIZ (dir.) y M. ZELAIA (coord.), *Integración europea y poder judicial*, IVAP, Oñate, 2006, pp. 253 y ss.]. Conviene advertir, en cualquier caso, que, por ejemplo en España, el Juez nacional ya tendría reconocida la competencia para inaplicar aquella ley que contradijese un Tratado Internacional (al respecto, véase la STC 28/19991; *vid.* también, V. FERRERES, *ibid.*, p. 107).

sea su rango. Ello significa que se amplía de forma considerable el parámetro de enjuiciamiento que utiliza el Juez nacional a la hora de realizar el control difuso sobre la norma nacional, pues, hasta la incorporación, los DFUE no formaban parte de ese parámetro. La incorporación no extiende ni dilata el ámbito material interno en el que se ejerce el control difuso de comunitariedad (el ámbito de aplicación nacional de los DFUE se identifica con el ámbito de aplicación nacional del Derecho comunitario), pero intensifica el nivel de ese control al ampliar el parámetro de comunitariedad que maneja el Juez nacional en dicho ámbito, dada la naturaleza neurálgica y el carácter transversal u horizontal que presentan los DF en un ordenamiento jurídico. Como es evidente, no es lo mismo controlar la comunitariedad de una norma nacional incluyendo o dejando de incluir en los parámetros de comunitariedad los DFUE, de la misma forma que tampoco es lo mismo a efectos de constitucionalidad incluir o excluir los derechos constitucionales como medida de enjuiciamiento.

3. Ello, por lo que al control jurisdiccional de la ley interna se refiere, implica que se expanden los poderes del Juez nacional como «Juez (de comunitariedad) de la ley», minando todavía más el carácter centralizado del modelo de Justicia constitucional español. En adelante habrá concurrencia jurisdiccional «también» a la hora de controlar la adecuación de la ley a los Derechos Fundamentales. Si antes de la incorporación el control de la adecuación de la ley a los DF era sólo posible en términos de constitucionalidad (como un enjuiciamiento de la conformidad de la ley con los derechos constitucionales, por cierto, interpretados conforme a lo establecido por el art. 10.2 CE), ahora lo será también en términos de comunitariedad, ya que la incorporación origina el surgimiento de la obligación del Juez ordinario de controlar la adecuación de cualquier norma nacional, incluida la ley, con los DFUE. Todo ello provoca, dicho de forma simple, que el TC deja de ser el único «Señor» de los DF frente a la ley, debiendo compartir esa función con la jurisdicción ordinaria, la cual deberá garantizar prioritariamente el respeto de los DFUE en el ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario⁶³.

⁶³ Ciertamente es que ya existía la posibilidad de un «control difuso» de la ley en materia de DF sobre la base del CEDH. Sin perjuicio de que el artículo 10.2 CE sirva para abrir el entendimiento de las disposiciones constitucionales relativas a derechos y libertades a los establecido en el CEDH, lo cierto es que este Convenio no deja de ser un tratado internacional cuya resistencia frente a la ley posterior puede hacerse derivar del art. 96 CE. Como es conocido, el Tribunal Constitucional tiene establecido que es competencia de los jueces ordinarios, y no del propio TC, fiscalizar las leyes bajo los Tratados internacionales, debiendo inaplicar las primeras en caso de contradicción (véase, por ejemplo, STC 180/1993, FJ 3.º). De modo que no es posible descartar en España la mencionada posibilidad de un «control difuso de convencionalidad (CEDH)» sobre la ley nacional (Cfr. V. FERRERES, «El juez nacional ante los derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 250 y ss.). Sin embargo, dicho control de convencionalidad no deja de ser una mera posibilidad, ensombrecida por el juego que da el art. 10.2 CE y, de forma especial, porque, a diferencia de lo que ocurre por imposición del Derecho comunitario, el Juez nacional no está obligado por el sistema del Convenio a inaplicar la normativa estatal que lo contradiga (no rigen aquí el principio de primacía aplicativa y la «doctrina Simmenthal»). Por el contrario, la incorporación nacional de

4. Pero más allá de generar esa «conurrencia» a efectos del control jurisdiccional en materia de Derechos fundamentales, el hecho es que la incorporación de los DFUE está provocando, al tiempo, que el control difuso de comunitariedad esté afectando a la propia función o funciones que desarrolla el TC en materia de tutela de los derechos fundamentales nacionales. No se trata sólo de que éste deba compartir con el Juez ordinario el poder de controlar la ley también en materia de Derechos Fundamentales, se trata, además, de que la función tutitiva de los DFUE que desarrolla el Juez ordinario incide sobre la función de garantía que desarrolla el TC en materia de derechos constitucionales. Y me explico. La incorporación de los DFUE genera una especie de «primacía iusfundamental» de los DFUE sobre los derechos constitucionales en la esfera material interna de aplicación nacional del Derecho comunitario. En principio, esa primacía iusfundamental solo afecta a la jurisdicción ordinaria y en la medida que ejerce de Juez de aplicación del Derecho comunitario, y no afecta al TC, pues éste no actúa como Juez comunitario y, por lo tanto, no ha incorporado la obligación comunitaria de aplicar los DFUE (sin perjuicio de que sí recepte dichos derechos, en virtud de lo establecido en el art. 10.2 CE). Pero esa primacía deja de ser ajena al TC cuando éste entra en contacto con el Juez nacional, quien al desarrollar su función de proteger los DFUE acabará incidiendo en la labor y función del TC. Ese contacto entre TC y el Juez nacional aparece, por lo que ahora interesa destacar, en dos momentos: (i) en primer lugar, a la hora de activar el control de constitucionalidad vía art. 163 CE; (ii) y en segundo lugar, una vez que el TC desarrolle su función, cuando el Juez nacional se ve sujeto a la fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal (afectación *ex post*). Veámoslo:

(i) Cada vez que una ley nacional vulnere a un tiempo DFUE y derechos constitucionales, el Juez nacional, según impone la doctrina *SIMMENTHAL*⁶⁴, deberá inaplicar la ley (o en su caso, utilizar la vía prejudicial ex art. 234), antes que plantear la cuestión de inconstitucionalidad (163 CE, 35 y ss. LOTC y 5 LOPJ), surgiendo así cierta «postergación», siquiera temporal, del control de constitucionalidad de la ley con respecto al control de comunitariedad de la misma.

(ii) Pero la principal incidencia que tienen los DFUE sobre el TC es la que se ve reflejada en la reciente sentencia STJCE A. *CORDERO*⁶⁵, un supuesto de

los DFUE impuesta por el Derecho comunitario no sólo genera la posibilidad de un control difuso de comunitariedad sobre la ley interna en materia de DF, sino que impone además al juez nacional la obligación de llevar a cabo dicho control (al margen o con independencia de que existan o no cláusulas constitucionales internas de apertura al Derecho comunitario de los DF como la del art. 10.2 CE).

⁶⁴ STJCE de 9 de marzo de 1978, C-106/77, pp. 629 y ss.

⁶⁵ De 7 de septiembre de 2006, C-81/05. Sentencia en la que el Tribunal de Luxemburgo establece, en «contra» de lo previamente estipulado al respecto por el TC español (STC 306/1993, de 25 de octubre, en la que se confirmaba la constitucionalidad ex 14 CE de la regulación española —art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores— relativa al régimen indemnizatorio del FOGASA en caso de insolvencia del empresario), que las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial deben recibir el mismo trato que las es-

remisión prejudicial en el que el TJCE vino a responder al Juez nacional que una ley, que el TC constató de forma previa como acorde o no incompatible con los derechos constitucionales, es, no obstante ello, contraria a los DFUE⁶⁶. Como se observa, no se trata sólo de inaplicar una ley «presuntamente constitucional», se trata de inaplicarla, incluso, una vez que el TC ha confirmado dicha constitucionalidad⁶⁷. Este caso evidencia la influencia si no «correctora» si al menos «solapante» que puede tener el control de conformidad de la ley nacional con los DFUE sobre las sentencias constitucionales que, previamente, hayan constatado la conformidad de una ley con los derechos constitucionales. El problema que subyace en estos supuestos es el del debilitamiento del valor vinculante de las decisiones del TC frente al juez ordinario. En realidad, esa decisión del Juez nacional no afecta a la constitucionalidad de la ley en cuestión, ni tampoco a los efectos que (según el 164.1 CE y 38.1 LOTC) tienen las sentencias desestimatorias del TC: cosa juzgada formal⁶⁸ y material⁶⁹, respecto a los órganos judiciales⁷⁰, y vinculatoriedad, tanto del fallo como de la *ratio decidendi*, respecto a todo poder público aplicador del Derecho (las desestimatorias no tienen efectos *erga omnes*)⁷¹. Pero sí que incidiría directamente sobre la *finalidad* que persiguen esos efectos (podría decirse que

tablecidas por sentencia judicial (el TC, por el contrario, había constatado que el trato diferenciado entre unas y otras establecido según el citado 33.2 no vulneraba el artículo 14 CE por cuanto no existe un tratamiento diferenciado de situaciones idénticas). Véase al respecto el reciente trabajo de R. SARAZÁ JIMENA, «Primacía del Derecho Comunitario, derechos fundamentales y sistema constitucional español (Comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, caso *Cordero Alonso*)», en *Revista Poder Judicial*, 82, 2006, pp. 11 y ss.

66 Bien es verdad que el asunto se refería al principio de igualdad, esto es, uno de los pocos derechos fundamentales expresamente reconocidos en el ordenamiento comunitario, pero no es menos cierto que, en la argumentación jurídica, el TJCE lo entiende como uno más de los DFUE que los poderes públicos deben respetar, no distinguiendo a estos efectos entre los mismos en función de si su reconocimiento tiene base jurídica expresa o es de origen jurisprudencial [A pesar de que corresponde al Derecho interno determinar las indemnizaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987 modificada, esta facultad *está supeditada al respeto de los derechos fundamentales, entre los que figura, en particular, el principio general de igualdad y de no discriminación*] (C-81/05, apdo. 37; énfasis añadido).

67 Sobre ésta y otra serie de consideraciones interesantes que genera la citada STJCE véase el ya citado trabajo de R. SARAZÁ, «Primacía del Derecho Comunitario,...», *op. cit.*, pp. 43 y ss.

68 Dicho de forma simple: irrecurribilidad de la sentencia (el recurso ante el TEDH no sería un recurso en sentido estricto) y obligación de velar por su correcta y efectiva ejecución.

69 Efecto de impedir la apertura de otros procesos sobre el mismo fondo del asunto. «Su finalidad es doble: evitar tanto que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente (paz jurídica) como que puedan recaer resoluciones contradictorias sobre un mismo asunto (seguridad jurídica). Este efecto tiene dos dimensiones conexas pero distintas: una dimensión negativa que opera como excepción e impide un nuevo pronunciamiento sobre el fondo (*ne bis in idem*) por parte tanto del mismo como de otros órganos judiciales, y otra positiva, de prejudicialidad (...) que obliga a los órganos judiciales a partir de la verdad jurídicamente declarada» (A.J. GÓMEZ MONTORO: «Artículo 38», en J.L. REQUEJO PAGÉS (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC/BOE, Madrid, 2001, p. 561).

70 Sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias desestimatorias, F. RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», *REDC*, 22, 1988, p. 24.

71 *In extenso*, sobre los efectos de las SSTC: A.J. GÓMEZ MONTORO, *ibid*, pp. 553 y ss.

afecta a los «efectos de los efectos») de la sentencia desestimatoria, esto es, a la consecución de la «paz jurídica» y la «seguridad jurídica»⁷². En otras palabras, la sentencia del TC genera paz y seguridad jurídica a efectos de *validez* constitucional de la ley (o de cualquier otra actuación normativa), pero no lo haría a efectos de su *eficacia* normativa, al menos no totalmente, pues ésta no solo depende de su constitucionalidad, sino también de su comunitariedad. O ¿qué grado de paz y seguridad jurídica otorga, por ejemplo, una sentencia que declara constitucional una ley, si esta puede ser posteriormente inaplicada por contradecir Derecho comunitario por el Juez nacional?. Incertidumbre sobre la eficacia de la sentencia del TC a la que se une, ahora, la incertidumbre sobre la propia norma, válida desde el punto de vista constitucional pero ineficaz por incompatible con el Derecho comunitario. Una incertidumbre, esta última, que el Estado está obligado a despejar eliminándola del ordenamiento interno, según establece reiterada jurisprudencia del TJCE⁷³.

5. Expuesta la teoría, hay que señalar, no obstante, que en la praxis seguimos entendiendo que los DF que operan prioritariamente como límites al poder son los DF nacionales, en parte debido a la novedad del fenómeno de la incorporación, comunitariamente impuesta, de los DFUE, en parte debido a

72 Sobre la finalidad de dichos efectos, A.J. GÓMEZ MONTORO, *ibid*, pp. 557.

73 El principio general del Derecho comunitario de seguridad jurídica impone a los Estados miembros la obligación de remover el Derecho interno incompatible con el comunitario (incluso si la norma comunitaria contradicha tiene efecto directo y prevalece —en virtud del principio de primacía— sobre la nacional contradictoria, provocando la inaplicación de ésta), pues lo contrario implicaría generar, para los sujetos de Derecho afectados, una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a las posibilidades que se les reconocen para ampararse en el Derecho comunitario (SSTJCE: *COMISIÓN c. FRANCIA*, de 4 de abril de 1974, C-167/73, p. 359, apdo. 41; *COMISIÓN c. ITALIA*, de 25 de marzo de 1979, C-167/73; *COMISIÓN c. ITALIA*, de 15 de octubre de 1986, C-168/85, p. 2945; *COMISIÓN c. LUXEMBURGO*, C-351/90, de 16 de junio de 1992, apdo. 18.; *COMISIÓN c. LUXEMBURGO*, de 26 de octubre de 1995, C-151/94; *COMISIÓN c. FRANCIA*, de 13 de marzo de 1997, C-197/96, apdos. 14-16; *COMISIÓN c. PAÍSES BAJOS*, de 10 de mayo de 2001, C-144/99, apdos. 17 a 22; o *COMISIÓN c. ESPAÑA*, de 23 de febrero de 2006, C-205/04, apdo. 18). La forma de remoción de la norma incompatible es una cuestión que se deja —principio de autonomía institucional— en manos de los Estados miembros (SSTJCE: *COMISIÓN c. BÉLGICA*, de 6 de mayo de 1980, C-102/79; *COMISIÓN c. ITALIA*, de 15 de octubre de 1986, C-168/85, p. 2945). No obstante, es posible señalar la regla de que «si la norma interna no es susceptible de aplicación en terreno extracomunitario deberá procederse a su expulsión formal del ordenamiento jurídico, vía —según admita cada sistema jurídico nacional— anulación o derogación; si por el contrario, admite un radio de acción extracomunitario, parece que, en principio, la vía idónea será la de la modificación normativa» (R. ALONSO GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *op. cit.*, p. 61). En el ordenamiento español no existe la posibilidad de anular normas con fuerza de ley en atención a su anticomunitariedad (salvo el caso de los Decretos legislativos que incurran en *ultra vires* respecto de normas comunitarias) porque, mientras el Tribunal Constitucional, juez de constitucionalidad de la ley, ha decidido —recuérdese la doctrina establecida desde la STC 28/1991, de 14 de febrero— no actuar como Juez comunitario, el juez nacional que actúa como juez de comunitariedad, el juez ordinario, sólo puede actuar contra la ley anticomunitaria inaplicándola en el caso concreto, sin efectos *erga omnes* [*in extenso*, del propio R. ALONSO GARCÍA, «El juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado constitucional», en M. CARTABIA, B. DE WITTE y P. PÉREZ TREMPs (dirs.), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, *op. cit.*, pp. 643 y ss.].

la inercia de la conciencia jurídica «estatalista» de los operadores jurídicos. Sin embargo, pese a todo, existen una serie de elementos o datos novedosos que permiten pensar que la cosa podría empezar a cambiar también en la dimensión práctica:

(a) En primer lugar, la actitud firme del TJCE en cuanto a la eficacia vinculante de los DFUE sobre el poder público nacional, tanto al ir extendiendo progresivamente el ámbito de aplicación de éstos, como al insistir, siempre que puede, en la naturaleza comunitaria de esa vinculación, incluso si tiene que ser «pasando por encima» de decisiones previas de algún Tribunal Constitucional, como ha ocurrido en el ya mencionado asunto *A. CORDERO*⁷⁴, o del propio dictado de alguna Constitución nacional (STJCE *T. KREIL*⁷⁵).

(b) Parece claro, igualmente, que algo está cambiando en la actitud del Juez nacional, y el caso *CORDERO* resulta un buen ejemplo de ello. Y es que lo más llamativo de este asunto no es la actitud del TJCE «imponiendo», vía Juez nacional, la versión comunitaria de un Derecho Fundamental sobre la versión nacional del mismo previamente establecida por el TC (STC 396/1993, de 25 de octubre). Lo realmente llamativo es la actitud del Tribunal Superior de Castilla y León que, pese al contenido vinculante establecido en dicha Sentencia del TC, decide acudir al TJCE para saber si debe hacer lo contrario⁷⁶. Ello supone que, también en el ámbito de los DF, el Juez nacional actúa antes como Juez de los DFUE que como Juez de los derechos constitucionales. Y nada impide pensar que esta actitud pueda generalizarse (al menos en aquellos casos de vulneración que, siendo relativos a dichos derechos, pudieran in-

⁷⁴ Es verdad que esta Sentencia del TJCE reitera, de alguna forma, lo señalado en otras resoluciones previas (por ejemplo, caso *RODRÍGUEZ CABALLERO*, de 12 de diciembre de 2002, C-442/00, Rec. 11915 y ss.). Sin embargo, ahora lo hace señalando que «ello también es así cuando, según la jurisprudencia constitucional del Estado miembro de que se trate, la normativa nacional en cuestión es conforme a un derecho fundamental análogo reconocido por el ordenamiento jurídico interno» (*ibid.*, apdo. 41).

⁷⁵ STJCE *TANJA KREIL*, de 11 de enero de 2000, C-285/98. El caso se refiere a la previsión por parte del ordenamiento alemán (art. 12a.IV de la Ley Fundamental de Bonn y Ley del Personal Militar) que excluía a las mujeres de los empleos militares que implicaran el uso de armas, autorizando su acceso sólo a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar, previsión que el TJCE entiende contradice la Directiva comunitaria 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Se trata de una decisión que obligó a la reforma constitucional del mencionado 12.^a IV *in fine* de la Ley Fundamental (al respecto: N. NETTESHEIM, «El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario de la Unión», *REDE*, 6, 2003, pp. 287-288; M.A. MARTÍN VILA, «La reforma del artículo 12.^a de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la sentencia «Kreil» del Tribunal de Justicia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 1, 2004).

⁷⁶ Una de las prejudiciales que plantea el TSJ de Castilla y León reza lo siguiente: «¿están vinculadas las instituciones administrativas y judiciales españolas, en la aplicación de la Directiva 80/987/CEE y de las normas de Derecho interno que incorporan el contenido de la misma, por el principio de igualdad ante la Ley e interdicción de discriminación resultante del Derecho comunitario y con el alcance precisado por la interpretación dada al mismo por el Tribunal de Justicia [...], aunque ésta no coincida con la interpretación del derecho fundamental análogo reconocido por la Constitución Española en la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español?» (prejudicial 2.b), apartado 25 de la Sentencia; énfasis añadido).

interpretarse como «actos claros» o «actos aclarados» en el sentido establecido al respecto en la doctrina de la STJCE *CILFIT*⁷⁷).

(c) Y finalmente, resulta también importante resaltar la «presión» a la que, de forma más o menos tímida, se está viendo sometido el Juez ordinario para que, dicho ahora de forma simple, actúe como Juez comunitario cuando así le corresponda, una «presión» que se ejerce desde otras instancias jurisdiccionales en atención, básicamente, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En este sentido, es posible destacar la línea jurisprudencial abierta por el TC en su sentencia 58/2004 en el sentido de imponer, siquiera matizadamente, el planteamiento de la cuestión prejudicial⁷⁸, o aquella otra articulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendiendo que la protección de los Derechos Fundamentales (incluida la tutela judicial efectiva) en él ámbito de aplicación del Derecho comunitario debe ser «equivalente» a la ofrecida por el sistema del CEDH⁷⁹, lo que tiene efectos conminatorios de cara a que exista una efectiva protección jurisdiccional de los derechos reconocidos por el propio ordenamiento comunitario por parte de quien actúa como Juez común del Derecho comunitario, esto es, del Juez ordinario (por ejemplo, planteando, cuando corresponda, la cuestión prejudicial). No obstante, el apremio más directo es el que está empezando a desarrollar el TJCE, el cual ha establecido en los tres últimos años dos claras formas de presión sobre el juez nacional. Por una parte, al entender que puede existir un incumplimiento estatal del Derecho comunitario, constatable vía 228 TCE (recurso por incumplimiento), derivado de decisiones jurisdiccionales estatales (STJCE *COMISIÓN c. ITALIA*)⁸⁰. Y por otra, al afirmar expresamente que la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por daños causados a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario puede también derivarse de actos u omisiones judiciales, entre ellas, el incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial (STJCE *KÖBLER*)⁸¹. Se trata de una Jurispru-

⁷⁷ De 6 de octubre de 1982, C-283/81. Al respecto, por ejemplo, D. SARMIENTO, *Poder Judicial e integración europea*, *op. cit.*, pp. 94 y ss.

⁷⁸ Véase también, aunque la idea se refleje de forma menos clara, la STC 194/2006, de 19 de junio, FJs 4.º-5.º.

⁷⁹ STEDH *BOSPHORUS HAVA YOLLARI v. IRLANDA*, de 30 de junio de 2005.

⁸⁰ De 9 de diciembre de 2003, C-129/00. Al respecto: D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea*, *op. cit.*, pp. 245 y ss.; E. COBREROS, «Incumplimiento judicial del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado», en A. SAIZ ARNAIZ (dir.) y M. ZELAIA (coord.), *Integración Europea y Poder Judicial*, Ivap, Oñate, 2006, pp. 167 y ss.

⁸¹ De 30 de septiembre de 2003, C-224/01. Hay que señalar, sin embargo, que, según dicha Sentencia, para que se pueda constatar la responsabilidad patrimonial estatal por incumplimiento judicial del Derecho comunitario no es suficiente con la presencia de una «infracción suficientemente caracterizada» del mismo [requisito exigido, junto a otros, en el régimen general de la responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho comunitario (al respecto: SSTJCE *FRANCOVICH*, de 19 de noviembre de 1991, C-6 y 9/90, Rec. 1991, pp. 5357 y ss.; y *BRA-SERIE DU PECHEUR* y *FACTORTAME*, de 5 de marzo de 1996, C-46 y 48/93, Rec. 1996, pp. 1029 y ss.; etc.; sobre ello, por ejemplo: E. COBREROS, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado miembro*, IVAP/Civitas, Madrid, 1995; R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, FUE/Civitas, Ma-

dencia que, dicho de forma simple, va estrechando el cerco sobre el Juez nacional para que actúe antes como Juez comunitario que como Juez nacional⁸².

A todo ello hay que sumar un dato esencial como es el hecho de que, mientras la declaración como inconstitucional de una ley (por ejemplo, por ser contraria a un derecho constitucional) no daría lugar a indemnización⁸³, la

drid, 1997)], sino que además esa infracción deberá ser «manifiesta» [C-224/01, apdo. 53; y en el apartado 55 el TJCE establecerá los elementos para determinar si se cumple o no dicho requisito: «entre esos elementos figuran, en particular, el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adoptada, en su caso, por una instancia comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE». Véase también, la reciente STJCE *TRAGHETTI DEL MEDITERRANEO*, de 13 de junio de 2006, C-173/03. Sobre todo ello, *in extenso*: D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea*, *op. cit.*, pp. 245 y ss., espec. 267 y ss.; E. COBREROS MENDAZONA, «La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario», *REDE*, 10, 2004, pp. 299 y ss.; del mismo, «Incumplimiento judicial del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado», *op. cit.*, pp. 179 y ss.; J.D. JANER TORRENS, «Actuación de los órganos jurisdiccionales y responsabilidad patrimonial del Estado. Comentario a la sentencia C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo)», de 13 de junio de 2006», *Revista General de Derecho Europeo*, 11, 2006].

82 No cabe olvidar, en este sentido, que la cuestión prejudicial se configura, entre otras cosas, como un instrumento dirigido a «vencer la eventual renuencia del juez nacional, a quien corresponde la aplicación del Derecho comunitario, a tomar en consideración normas que por su origen o por su contenido no le son familiares (...)», de forma que el problema de la ausencia de control sobre la negativa a plantear la misma supondría «aceptar el riesgo de la inaplicación pura y simple del Derecho comunitario» (L.M. DÍEZ PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 211-212). «Tanto el recurso por incumplimiento como la vía indemnizatoria podrían ser empleados cuando el juez nacional se aleje del dictado literal de los textos comunitarios, pero también cuando se ignore el *case law* del Tribunal de Justicia. Es esta segunda posibilidad la que confiere al Tribunal una fuerza aún mayor, pues permite reforzar la eficacia de sus pronunciamientos pasados y presentes. Los precedentes comunitarios, tal como los consagró Da Costa y CILFIT, se ven claramente potenciados gracias a la creación de mecanismos que garantizan su cumplimiento. A partir de ahora el Tribunal de Justicia vincula a todas las instancias nacionales, pero con un arma que antes no poseía: la coacción de los recursos por incumplimiento y la responsabilidad del Estado, allá donde los Tribunales decidan apartarse de lo dispuesto desde Luxemburgo» (D. SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración Europea*, *op. cit.*, pp. 280-281).

83 O cuando menos la cosa no resulta clara y pacífica pues, aunque es verdad que existe una contradictoria jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo al respecto, al menos desde las Sentencias de 22 y 29 de febrero de 2000, las cuáles inauguran una corriente jurisprudencial favorable a admitir la responsabilidad patrimonial del Estado por haber dictado leyes que son declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, parece que existe una posición jurisprudencial y doctrinal asentada que sigue optando por negar dicha responsabilidad (con la única salvedad —más allá de la que pueda prever el propio Tribunal Constitucional en sentencias con eficacia invalidante retroactiva— que se podría dar en el caso de aquellos procesos pendientes en el momento en que se produce la sentencia de inconstitucionalidad, dado que en estos casos no regiría la prohibición de abrir los procesos fenecidos por sentencia firme). *Cfr.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005; véanse también M. A. AHUMADA RUIZ, «Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales», *REDC*, 62, 2001, pp. 301 y ss.; J. LEGUINA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en la obra dirigida por dicho autor y M. Sánchez Morón, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 408 y ss.

inaplicación judicial de esa misma ley por ser contraria a Derecho comunitario (o a un DFUE) sí que podría generar (cumpliéndose los requisitos establecidos al respecto por el ordenamiento comunitario) una responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario, y dar así lugar a la correspondiente indemnización⁸⁴. En suma, tampoco es lo mismo (o, al menos, podría no serlo) a efectos indemnizatorios el que una ley nacional contraria tanto a los DFUE como a los derechos constitucionales sea enjuiciada desde parámetros constitucionales o lo sea desde parámetros comunitarios, esto es, inaplicándose por anticomunitaria o declarándose su inconstitucionalidad en un proceso activado *ex* artículo 163 CE. Todo lo cual puede contribuir a cambiar la conciencia jurídica sobre el rol que cumplen los DFUE, no ya de los operadores jurídicos públicos, sino también de los particulares.

IV. LA INCORPORACIÓN NACIONAL DE LOS DFUE Y EL CONTROL DE COMUNITARIEDAD ERGA OMNES DE LA LEY NACIONAL

1. Relacionado con cuanto se acaba de apuntar, conviene traer a colación el *Informe del Consejo de Estado*, de 16 de febrero de 2006, *sobre modificación de la Constitución Española*⁸⁵, un informe en el que se examina, como «problema conexo» al estudio de la modificación constitucional en relación con la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea, la función del juez ordinario como «juez europeo», estimándose conveniente «un estudio detenido acerca de cuáles son las reformas que al nivel legal o, en su caso, constitucional son necesarias y oportunas para adecuar nuestro sistema constitucional, jurisdiccional y procesal a las exigencias del Derecho comunitario» (pues, «la contradicción inherente a la doble condición de juez europeo

84 Véase, al respecto, la STJCE *K.KONLE c. AUSTRIA*, de 1 de junio de 1999, C-302/97. *Vid.*, sobre ello, M. AZPITARTE, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 141-142. Sobre la influencia del Derecho comunitario de la responsabilidad extracontractual en el ámbito interno, además de los ya citados, S. MUÑOZ MACHADO, «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo», en J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y A. CALONGE (coords.), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 179 y ss.

85 Solicitado por el Consejo de Ministros, mediante Acuerdo de 4 de marzo de 2005, en relación con las modificaciones relativas a: la supresión de la preferencia del varón en la sucesión al Trono; la inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas; la reforma del Senado; y la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea. En concreto, en relación con la petición de que informara sobre las modificaciones relacionadas con esta última cuestión, véase el apartado III del Informe. Sobre ello: F. RUBIO LLORENTE y J. ÁLVAREZ JUNCO (eds.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, CEPCC, Madrid, 2006; R. ALONSO GARCÍA, «La recepción del proceso de construcción europea según el informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional española», *REDE*, 19, 2006, pp. 329 y ss.; J.M. SÁNCHEZ PATRÓN, «La reforma de la Constitución Española y el proceso de integración europea». Comentario al Informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 24, 2006, pp. 571 y ss.

y juez nacional, aunque teóricamente insoluble, no deja de ser una hipótesis muy real⁸⁶ que genera problemas de seguridad jurídica).

El Informe aconseja a este respecto (a) no incluir la obligación del Juez nacional de inaplicar normas con rango de ley que sean incompatibles con el Derecho comunitario en la reforma de la Constitución, debido a la «naturaleza jurisprudencial de esa mutación constitucional» (que, según el Consejo de Estado, va en contra de lo señalado por los artículos 117 y 163 de la Constitución⁸⁷), (b) «sino remitir su regulación a normas procesales, de manera que por ley orgánica se regule la atribución de efectos *erga omnes* a la declaración realizada en un procedimiento *ad hoc* de que una ley es contraria al Derecho comunitario, así como los recursos contra leyes o reglamentos contrarios al Derecho comunitario, intercalando, siempre que ello se estime exigible conforme a los principios aplicables, el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas»⁸⁸.

2. El Consejo de Estado contempla diferentes posibilidades por lo que respecta a «la regulación por ley orgánica de la atribución de efectos *erga omnes* a la declaración realizada en un procedimiento *ad hoc* de que una ley es contraria al Derecho comunitario o incluso la posibilidad de recurso directo contra aquella»: (a) recogerla en la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), o, (b) «si se quiere mantener más fielmente la sujeción de la jurisdicción ordinaria a la ley», en la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC)⁸⁹. Según señala el Informe, «si el problema se quiere resolver en términos de mera inaplicación, bastaría con la declaración *erga omnes* efectuada por el Tribunal Supremo de que una ley es contraria al Derecho comunitario; pero si se quiere resolver el problema en términos de invalidez, lo que no plantea dificultades constitucionales insalvables, la competencia para tal declaración debería atribuirse al Tribunal Constitucional, modificando los correspondientes preceptos de su Ley Orgánica»⁹⁰.

3. Es posible que la articulación efectiva de esta atribución (cualquiera que sea la opción que se haga) genere más de un problema de compatibilidad con

86 Apartado III.3.2.2 del Informe.

87 «En principio es posible, al menos en hipótesis, aceptar expresamente en el texto de nuestra Constitución la mutación constitucional que supone la obligación comunitaria de los jueces y tribunales de inaplicar normas con rango de ley en contra de lo señalado por los artículos 117 y 163 de la Constitución, con las matizaciones recientes (y no sin previsibles conflictos futuros). Ello no obsta para considerar que el principio de seguridad jurídica debiera llevar a que una ley tenga que considerarse o no vigente para todos los operadores jurídicos españoles y, en especial, para todos los jueces, lo que conduciría a la conveniencia de plantear cómo debe articularse jurisdiccional y procesalmente la eficacia *erga omnes* de la validez del Derecho comunitario frente a las normas con rango formal de ley que figuren en los Boletines Oficiales del Estado y de las Comunidades Autónomas, pese a no ser aplicables» (apartado III.3.2.2).

88 Apartado III.6.2 del Informe.

89 La ley en cuestión, además, remitiría la revisión de los procedimientos contra reglamentos contrarios al Derecho comunitario a la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (apartado III.6.3 del Informe).

90 *Ibid.*, III.6.3.

la doctrina *SIMMENTHAL*⁹¹. Pero poniéndonos ahora en el supuesto (como hace el propio Informe⁹²) de que esa compatibilidad es posible, y sin perjuicio de que existan otras razones de peso que aconsejen adoptar posturas contrarias, lo cierto es que la idea que se ha desarrollado a lo largo de estas páginas sugeriría, al menos en principio, que esa regulación, por lo que al control de la ley anticomunitaria se refiere, se hiciera en la LOTC y no en la LOPJ. Y no sólo, por mantener más fielmente, como recuerda el Consejo de Estado, la sujeción de la jurisdicción ordinaria a la ley, sino también, por razones de paz y seguridad jurídica. La atribución al TC de la facultad de invalidar la ley incompatible con el Derecho comunitario eliminaría la incertidumbre que genera la posibilidad de que existan normas (constitucionalmente) válidas pero ineficaces (por ser contrarias a Derecho comunitario). Y además ayudaría a impedir que se genere la posibilidad de que existan decisiones judiciales que inapliquen una ley anticomunitaria previamente constatada como constitucional por el TC. Por el contrario, si aquella atribución se residencia en el TS, ni se impide la existencia o vigencia de una ley contraria a Derecho comunitario (la ley sería ineficaz *erga omnes*, pero no inválida), ni se soluciona el problema de que la jurisdicción ordinaria pueda incidir en la eficacia vinculante de algunas decisiones constitucionales (dicha jurisdicción podría inaplicar o, en su caso, declarar inaplicable con efectos *erga omnes* una ley declarada constitucional). Puede decirse que la opción por el TC cumpliría mejor con el respeto del principio constitucional y comunitario de la seguridad jurídica, mientras la opción contraria, siendo quizás menos adecuada a tal efecto, podría además acentuar la incidencia del control de adecuación de la ley nacional al Derecho comunitario y/o al respeto de los DFUE sobre el control de adecuación de la misma a la Constitución y/o a los derechos constitucionales. Lo que está en juego en la opción no es sólo quien actúa como Juez de la comunitariedad con efectos *erga omnes*, sino que lo están también por añadidura, la sujeción del juez a la ley, la certeza jurídica respecto a la eficacia de la ley que aplica Derecho comunitario, la eficacia vinculante de las (algunas) resoluciones del TC, así como el determinar quién actúa como «Señor» de los DF frente a la ley en el ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario.

91 «El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» (asunto *SIMMENTHAL*, de 9 de marzo de 1978, C-106/77; véanse también, entre otras SSTJCE: *FORD ESPAÑA*, de 11 de junio de 1989, C-170/88; *IN.CO.GE'90*, de 22 de octubre de 1998, C-10 a 22/97; *CARRA e.a.*, de 8 de junio de 2000, C-258/98).

92 El cual recuerda que «cualquier solución que se adopte habrá de ser respetuosa con la doctrina *Simmenthal* y con la facultad del juez ordinario de inaplicar las leyes y reglamentos internos contrarios al Derecho comunitario, aceptados por la Constitución en la medida en que se disponga, como se propone en este Informe, que las normas comunitarias serán aplicables «en los términos definidos en el propio Derecho de la Unión Europea» (*ibid.*; énfasis en el original.)

4. Sin embargo, pese a lo dicho, tampoco es posible ocultar que la opción de utilizar la vía del Tribunal Constitucional generaría otras cuestiones y problemas, como por ejemplo: ¿convertiría ello al TC en Juez comunitario?, pues al menos parece evidente que le convierten en Juez que controla la aplicación interna (por ley) del Derecho comunitario. ¿De qué forma afectaría al desarrollo de los procesos constitucionales el hecho de que el TC tenga que controlar que la ley nacional respeta el Derecho comunitario de los DF, esto es, los DFUE?. Es evidente que esa atribución por LOTC de la facultad de declarar inválida la ley incompatible con el Derecho comunitario y/o los DFUE le convertirían en «juez de la comunitariedad» de la ley interna (aunque dicha habilitación, a diferencia de lo que ocurre con el Juez ordinario, esté propiciada por el Derecho nacional y no por el Derecho comunitario) y, en definitiva, también en juez garante de los DFUE frente a la ley, obligándole a cambiar la todavía vigente jurisprudencia 28/91, jurisprudencia en virtud de la cual el Tribunal se autoexcluye de actuar como Juez de aplicación del Derecho comunitario. Y, sobre esta base, cabría preguntarse, igualmente, ¿de qué forma le influiría al Tribunal, en su obligación de tutelar los derechos constitucionales, esta nueva atribución de invalidar la ley nacional contraria al Derecho comunitario y/o a los DFUE? o ¿Cómo podría articular el juego entre los dos parámetros de enjuiciamiento que debería utilizar a la hora de actuar como «juez de los derechos», esto es, el parámetro de los derechos constitucionales en materia de control de constitucionalidad de la ley y los DFUE a la hora de controlar la comunitariedad de la ley de aplicación del Derecho comunitario?, etc.

* * *

ABSTRACT. *The aim of this article is firstly to describe the phenomenon of «national or state incorporation» of European Union Fundamental Rights. That is a process that was launched by the European Court of Justice with its judgment Wachauf in 1989, when it established that Member states were obliged to respect European Community Fundamental Rights in the implementation of Community law rules. It implies that those aforementioned rights become parameters of conformity with Community Law and are to be used by national courts and judges when they are asked to control national authorities' acts (including national legislature's) taking into account those parameters. From this point of view, this work tries likewise to analyse how that incorporation affects the activity of judicial review of national acts in the light of fundamental rights as recognized by the National constitution. And specially when judicial review deals with Acts and other legal rules with same rank.*