



FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DOCTORADO EN UNIÓN EUROPEA

## **TESIS DOCTORAL**

**¿DEBE ALGÚN TRIBUNAL TENER LA ÚLTIMA PALABRA?  
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LOS TRIBUNALES DE LOS  
SEIS ESTADOS FUNDADORES Y DEL REINO UNIDO**

**BLANCA CID VILLAGRASA**  
Licenciada en Derecho

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DOCTORADO EN UNIÓN EUROPEA

## **TESIS DOCTORAL**

**¿DEBE ALGÚN TRIBUNAL TENER LA ÚLTIMA PALABRA?  
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LOS TRIBUNALES DE LOS  
SEIS ESTADOS FUNDADORES Y DEL REINO UNIDO**

**Autora:**

BLANCA CID VILLAGRASA

**Director:**

Dr. D. CARLOS VIDAL PRADO

Madrid, 2015

# ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| <b>ABREVIATURAS</b> .....                             | 8  |
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....                             | 10 |
| Objetivo de la presente Tesis .....                   | 10 |
| Estructura y metodología y de la presente tesis ..... | 13 |

## **PRIMERA PARTE**

### **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO CREADOR DEL ACTUAL SISTEMA DE DERECHO COMUNITARIO**

#### **CAPÍTULO 1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO**

|  |    |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN.....   | 20 |
| 2. EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA.....  | 22 |
| 2.1. Primacía y efecto directo como paradigmas de la integración. Años cincuenta y sesenta.....  | 22 |
| 2.2. Consolidación de los principios comunitarios y de los principios generales del Derecho en el ámbito de los derechos fundamentales. Años setenta ..... | 27 |
| 2.3. La cuestión prejudicial como fuerza del monismo. Años ochenta.....  | 34 |
| 2.4. La responsabilidad de los Estados miembros nueva forma de hacer efectivo el Derecho comunitario. Años noventa .....                                   | 40 |
| 2.5. Introducción de elementos dualistas o multinivel consecuencia del Tratado de Lisboa. Primera década del siglo XXI .....                               | 49 |
| 2.6. Posicionamiento en el ámbito internacional. Segunda década del siglo XXI.....   | 60 |
| 3. CONCLUSIONES.....   | 65 |

#### **CAPÍTULO 2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO Y SU INTERFERENCIA EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN: PRIMACÍA, EFICACIA DIRECTA Y CUESTIÓN PREJUDICIAL**

|                      |    |
|----------------------|----|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 68 |
|----------------------|----|

|      |   |    |
|------|---|----|
| 2.   | LA PRIMACÍA ORIGEN DE LA INTEGRACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO .....                                       | 71 |
| 3.   | MONISMO, DUALISMO, O PLURALISMO COMUNITARIO .....   | 77 |
| 3.1. | Los paradigmas monistas del Derecho comunitario.....  | 78 |
| 3.2. | Los postulados dualistas en el Derecho comunitario .....  | 82 |
| 3.3. | Los enfoques pluralistas como explicación de las posturas adoptadas por el Tribunal de Justicia ..... | 86 |
| 4.   | CONCLUSIONES.....   | 89 |

## **SEGUNDA PARTE**

### **LOS TRIBUNALES DE LOS SEIS ESTADOS FUNDADORES Y DEL REINO UNIDO**

#### **CAPÍTULO 3. BÉLGICA, HOLANDA Y LUXEMBURGO**

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| 1.       | EL REINO DE BÉLGICA .....   | 97  |
| 1.1.     | El problema de la Federación y el Derecho comunitario .....   | 99  |
| 1.2.     | Las grandes etapas del sistema judicial en torno a la aplicación del Derecho comunitario.....   | 100 |
| 1.2.1.   | Monismo matizado: década de los cincuenta y sesenta.....  | 102 |
| 1.2.2.   | <i>Le Ski</i> , como imposición del paradigma monista: década de los setenta.....   | 104 |
| 1.2.3.   | Un giro dualista con la creación del Tribunal de Arbitraje. Década de los ochenta y noventa.....  | 107 |
| 1.2.4.   | El difícil encaje en los paradigmas tradicionales, en el siglo XXI.....   | 112 |
| 1.2.4.1. | Primera década.....   | 112 |
| 1.2.4.2. | Segunda década.....   | 117 |
| 2.       | EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS.....   | 122 |
| 2.1.     | Las reformas constitucionales de los años cincuenta: consolidación de la teoría monista .....   | 124 |
| 2.2.     | La posición de los tribunales holandeses ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la interpretación de la cláusula de los artículos 93 y 94, tras la aprobación de la nueva Constitución..... | 128 |
| 2.3.     | El artículo 91 de la Constitución como contra límite .....  | 133 |
| 3.       | EL GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO .....  | 134 |
| 3.1.     | El reconocimiento del Derecho internacional o supranacional en la Constitución: monismo declarado.....  | 136 |
| 3.2.     | Las reformas constitucionales como medio de adaptación al Derecho convencional y supranacional .....  | 140 |

|   |     |
|---|-----|
| 3.3. Una reforma especial. La creación del Tribunal Constitucional y el giro dualista ..... | 143 |
| 4. CONCLUSIONES.....  | 147 |

## **CAPÍTULO 4. LA REPÚBLICA FRANCESA**

|   |     |
|---|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN.....  | 149 |
| 2. EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA.....  | 152 |
| 2.1. Mutismo constitucional. Primeras décadas, años sesenta y setenta .....                                 | 152 |
| 2.2. El control de convencionalidad por los tribunales ordinarios. Segunda década, años ochenta .....       | 158 |
| 2.3. El reconocimiento constitucional del proceso de integración europea. Tercera década, años noventa..... | 161 |
| 2.4. La primacía del Derecho constitucional. Primera década del siglo XXI .....                             | 169 |
| 2.4.1. El control de constitucionalidad compartido del Derecho comunitario.....                             | 169 |
| 2.4.2. La pugna entre tribunales: el control prioritario de constitucionalidad.....                         | 175 |
| 2.4.3. Hacia una teoría multinivel. Segunda década del siglo XXI.....                                       | 179 |
| 3. CONCLUSIONES.....  | 181 |
| 3.1. El poder constituyente como contra límites. ....   | 181 |
| 3.2. La cuestión prioritaria de constitucionalidad cooperación o contra límite. ....                        | 186 |

## **CAPÍTULO 5. LA REPÚBLICA DE ITALIA**

|  |     |
|--|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN.....   | 191 |
| 2. EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL .....                                       | 195 |
| 2.1. Conflicto entre norma comunitaria y norma interna. Primera década.....  | 196 |
| 2.2. La inconstitucionalidad de las norma interna por ser contraria con el Derecho comunitario. Segunda década ..... | 201 |
| 2.3. La reflexión de la Corte Constitucional. Tercera década .....   | 206 |
| 2.4. Un mayor acercamiento a Europa. Cuarta década .....   | 212 |
| 2.5. La reforma constitucional y la primacía del Derecho comunitario. Quinta década.....                             | 217 |
| 3. LOS CONTRA LÍMITES .....  | 223 |
| 3.1. Del monismo inicial al dualismo.....  | 225 |
| 3.2. Críticas doctrinales.....   | 229 |
| 4. CONCLUSIONES.....   | 231 |

## **CAPÍTULO 6. LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA**

|  |     |
|--|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN.....   | 233 |
| 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....                                      | 238 |
| 2.1. Reconocimiento de la primacía y la eficacia directa del Derecho comunitario. Década de los sesenta.....       | 238 |
| 2.2. Cuestionamiento de los principios del Derecho comunitario. Década de los setenta.....                         | 240 |
| 2.3. La nueva posición del Tribunal Constitucional respecto al Derecho comunitario. Década de los ochenta.....     | 245 |
| 2.4. La legitimidad democrática como paradigma para ratificar el Tratado de Maastricht. Década de los noventa..... | 248 |
| 2.5. Los derechos fundamentales como derechos inalienables. Primera década del siglo XXI.....                      | 253 |
| 2.6. Las sentencias de la crisis económica. Segunda década del siglo XXI.....                                      | 263 |
| 3. LA CLÁUSULA DE INTANGIBILIDAD .....   | 270 |
| 3.1. La cláusula como contra límite .....  | 270 |
| 3.2. La cuestión prejudicial ante el TJUE .....  | 274 |
| 3.3. Derechos fundamentales .....  | 275 |
| 3.4. Legitimidad democrática.....  | 279 |
| 4. CONCLUSIONES.....   | 283 |

## **CAPITULO 7. EL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE**

|   |     |
|---|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN.....  | 290 |
| 2. EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA.....  | 294 |
| 2.1. Adhesión del Reino Unido a la Comunidad Europea, la ruptura con la tradición. Primera década.....    | 294 |
| 2.2. Primacía del Derecho comunitario cuando lo permita el Parlamento. Segunda década.....                | 298 |
| 2.3. Suspender e inaplicar la legislación nacional contraria al Derecho comunitario. Tercera década ..... | 304 |
| 2.4. Debate sobre el secular principio de la supremacía del Parlamento. Cuarta década.....                | 307 |
| 2.5. Supremacía absoluta del Derecho comunitario o vuelta a sus orígenes. Quinta década.....              | 312 |
| 3. LA SOBERANÍA DEL PARLAMENTO COMO CONTRA LÍMITE .....   | 316 |
| 3.1. La soberanía del Parlamento .....  | 316 |

|   |     |
|---|-----|
| 3.2. Monismo o dualismo.....  | 319 |
| 3.3. La ficción de la soberanía del Parlamento .....                                    | 320 |
| 4. LA POLÉMICA ENTRE LA DOCTRINA <i>ULTRA VIRES</i> Y LA DEL<br><i>COMMON LAW</i> ..... | 326 |

## **TERCERA PARTE**

### **OBSERVACIONES FINALES**

|  |     |
|--|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN.....   | 332 |
| 2. LA ÚLTIMA PALABRA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ALTOS<br>TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS ..... | 334 |
| 2.1. Las teorías en torno a la ratificación constitucional y los contra límites.....               | 334 |
| 2.2. Las técnicas de diálogo oculto como medio de integración.....                                 | 340 |
| 3. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA COMO<br>ÚLTIMO GARANTE DEL DERECHO EUROPEO.....     | 342 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....   | 348 |
| <b>ANEXO 1.</b> Relación de sentencias del TJUE .....   | 374 |
| <b>ANEXO 2.</b> Relación de sentencias del Reino de Bélgica.....                                      | 383 |
| <b>ANEXO 3.</b> Relación de sentencias del Reino de los Países Bajos .....                            | 384 |
| <b>ANEXO 4.</b> Relación de sentencias del Gran Ducado de Luxemburgo.....                             | 385 |
| <b>ANEXO 5.</b> Relación de sentencias de los Tribunales de la República francesa.....                | 386 |
| <b>ANEXO 6.</b> Relación de sentencias de la Corte Constitucional de la República<br>italiana.....    | 390 |
| <b>ANEXO 7.</b> Relación de sentencias de la República Federal alemana .....                          | 392 |
| <b>ANEXO 8.</b> Relación de sentencias del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda<br>del Norte..... | 394 |

# ABREVIATURAS

**ATJ:** Auto del Tribunal de Justicia.

**BCE:** Banco Central Europeo.

**BENELUX:** Bélgica, Holanda y Luxemburgo.

**BVerfG:** *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Federal Alemán.

**BVerfGE:** Abreviatura que se utiliza para referirse a las sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

**CE:** Comunidad Europea.

**CECA:** Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

**CEE:** Comunidad Económica Europea.

**CEDH:** Convenio Europeo de Derechos Humanos.

**CDFUE:** Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

**CI:** Constitución italiana.

**EURATOM:** Comunidad Europea de la Energía Atómica.

**FEED:** Fondo Europeo de Estabilidad Financiera.

**FJ.:** Fundamento Jurídico.

**FFJJ.:** Fundamentos Jurídicos.

**GATT:** Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio.

**GG:** Grund Gesetz o Constitución alemana.

**ITL:** *Integration through Law*.

**LFB/ LF:** Ley Fundamental de Bonn.

**MEDE:** Mecanismo Europeo de estabilidad.

**OMT:** Compras Monetarias Directas (*Outright Monetary Transaction*).

**ONU:** Organización de las Naciones Unidas.

**RFA:** República Federal Alemana.

**RU:** Reino Unido.

**STJCE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

**STJUE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**TCFA/TCF:** Tribunal Constitucional Federal Alemán.

**TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**TFUE:** Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

**TG:** Tribunal General.



**TJ:** Tribunal de Justicia.

**TCE:** Tratado de la Comunidad Europea.

**TCEE:** Tratado de la Comunidad Económica Europea.

**TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**TUE:** Tratado de la Unión Europea.

**UE:** Unión Europea.

**UEM:** Unión Económica monetaria.

# INTRODUCCIÓN

## Objetivo de la presente Tesis

El proceso de construcción de una entidad política europea, por los Tratados Constitutivos de 1957, apareció desde un primer momento ligado a una trasmutación del concepto político de soberanía del Estado, manejado desde el comienzo del siglo XVII hasta la segunda mitad de este siglo<sup>1</sup>. Aunque inicialmente este cambio no se manifiesta con toda su fuerza, y, alguna de sus manifestaciones, como la crisis de la silla vacía<sup>2</sup>, intentasen atajarlo de forma radical, hoy, tras la creación de la Unión Europea ya no cabe duda alguna de que la soberanía de los Estados miembros se ve determinadamente afectada por el proceso de integración europea hasta cotas inimaginables. De ahí que este proceso de integración haga necesario una reflexión sobre la naturaleza del Derecho europeo, y las consecuencias que tiene respecto de la soberanía estatal y, en concreto respecto de la soberanía constitucional.

En este sentido, el debate jurídico tanto en la jurisprudencia constitucional de los países miembros de la UE, como en la jurisprudencia comunitaria, se ha centrado, principalmente, en el intento de resolver el problema de las relaciones entre el Derecho europeo y el Derecho constitucional nacional. Esto es, en intentar superar el viejo concepto positivo de soberanía constitucional<sup>3</sup> y sustituirlo por otro que permita integrar o al menos entremezclar el Derecho constitucional nacional con el nuevo Derecho supranacional. Ello significa el saber cuál es la juridicidad de las normas europeas, cómo se las hace pertenecer al sistema jurídico interno y qué posición ocupan en la jerarquía de las normas nacionales, lo que dicho de forma más somera

---

<sup>1</sup> En concreto desde la aprobación del Tratado de la Unión Europea celebrado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y su reforma por el actual Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. Ver ALÁEZ CORRAL, B. (1998). Soberanía constitucional e integración europea”. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 1, pp. 503-555.

<sup>2</sup> Tras la creación de la Comunidad Europea durante los años 60-70 se asiste a un auténtico replanteamiento de los principios fundamentales de la construcción europea. Aumenta la resistencia de las soberanías y los partidarios de la Europa de las patrias rechazan la concepción supranacional de las Comunidades. En concreto oponiéndose a una serie de propuestas de la Comisión relativas, entre otras cosas, a la financiación de la política agrícola común, Francia dejó de participar en las reuniones del Consejo a partir de julio de 1965, exigiendo para volver a ocupar su puesto en el Consejo un acuerdo político sobre el papel de la Comisión y el voto mayoritario. Este episodio de la historia de Europa se conoce con el nombre de “crisis de la silla vacía” y se resolvió gracias al compromiso de Luxemburgo (enero de 1966), según el cual cuando estuvieran en juego intereses fundamentales de uno o varios países, los miembros del Consejo se esforzarían por encontrar soluciones que pudieran ser adoptadas por todos en el respeto de sus intereses respectivos.

Ver [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_introduction\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_introduction_es.htm), consultado el 12 de agosto de 2014.

<sup>3</sup> ALÁEZ CORRAL, B. (1998) “soberanía constitucional...” op. cit., pp. 503. Este autor, siguiendo a Jellinek, entiende que cabe definir la soberanía como “capacidad exclusiva de autodeterminación y auto vinculación jurídica”, en el sentido de que la soberanía del Estado es la soberanía del ordenamiento jurídico, cuya norma suprema es la Constitución.

supone averiguar las relaciones entre el Derecho de la UE y las Constituciones nacionales y la posición que ocupan en el sistema de fuentes del Derecho.

La existencia actual de estos dos órdenes legales (el nacional y el y supranacional) destinados a convivir juntos, sin que exista una cláusula de supremacía unívoca que regule ambos niveles o que especifique cuál es la ley de leyes, la autoridad máxima, hace fundamental la función de los tribunales. A partir de estas consideraciones, el objetivo de esta tesis se centrará en el diálogo o en las conversaciones judiciales que tanto el Tribunal de Justicia como los tribunales nacionales están obligados a seguir, pues están obligados a entenderse. Sin embargo, el llegar a que los postulados actuales de pluralismo constitucional conformen un marco constitucional compuesto, no ha sido (ni lo es actualmente) una labor fácil, pues, en muchas ocasiones este diálogo ha tenido que ser fruto de la espontaneidad, otros de reformas constitucionales para su adaptación y las menos, de conflicto entre instancias judiciales adoptando finalmente soluciones drásticas.

Como recuerda Javier Díez-Hochleitner<sup>4</sup>, esta labor jurisprudencial ha tenido fruto, pues en la actualidad, ya nadie discute que el proceso de integración de las Constituciones nacionales y el Derecho primario de la Unión conforma un marco constitucional compuesto o entremezclado en el que el TJ y los Tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros están llamados a desempeñar sus funciones desde ese diálogo y la deferencia recíprocos, asumiendo los deberes que se desprenden de los principios de cooperación leal y de tolerancia constitucional que consagra el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, aunque los tribunales nacionales sigan (en determinadas materias) considerando que son ellos y no el TJ quienes deben tener la última palabra.

El llegar al menos a esta pequeña conclusión ha supuesto que durante el siglo XX, y lo que llevamos del XXI, tanto el TJ como los tribunales nacionales se hayan visto obligados a debatir, a acercar sus posturas y a discrepar, pues partiendo de una misma concepción, la primacía, la aplican a distintos ordenamientos. Uno al europeo y los otros al constitucional. Por lo tanto, es esencial abordar la cuestión fundamental que se deriva de la primacía, es decir, quién tiene la autoridad formal para determinar los ámbitos de competencia, quién tiene la última palabra, la competencia de las competencias o en terminología alemana quiénes son los verdaderos Señores de los Tratados.

El TJ prácticamente desde sus comienzos y a través de un proceso evolutivo jurisprudencial, pues nunca ha estado consagrado en los Tratados, ha elaborado la doctrina de la primacía del Derecho europeo, creando un sistema por el cual la normativa europea tiene prioridad sobre la normativa en conflicto de los Estados miembros, obligando con ello a los órganos jurisdiccionales nacionales a asegurar la eficacia práctica y la supremacía del Derecho europeo. Hasta el punto de que ha llegado a afirmar que: *“la condición misma de su existencia es el reconocimiento del carácter vinculante de las normas del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros, las instituciones y los particulares...es el guardián de la legalidad de los actos y de la aplicación uniforme de las normas comunes,...y ejerce funciones que, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros incumben, según los casos, a los tribunales constitucionales, ordinarios y administrativos...”*<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> DÍEZ-HOCHLEITNER, J. (2013) “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?” *Working Papers Instituto de Derecho europeo e integración Regional (WP IDEIR)* Universidad Complutense, núm. 17 Cátedra Jean Monnet, Prof. Ricardo Alonso García, pp. 1-38.

<sup>5</sup> Apartados 4 y 5 del Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea. Contribución del Tribunal de Primera Instancia con vistas a la conferencia intergubernamental de 1996 en *Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas*, semanas del 22 al 26 de mayo de 1995, núm. 15/95.

Ahora bien, dado que la doctrina de la supremacía del Derecho europeo es resultado de la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia y no el producto de negociaciones intergubernamentales, los tribunales nacionales tampoco han estado por ley o norma obligados a su aplicación y han tenido que hacer frente a este principio de supremacía también por vía jurisprudencial. Naturalmente la recepción de esta doctrina se ha hecho de forma muy variada y no exenta de problemas, pues, para los tribunales nacionales, la supremacía del Derecho de la Unión no es absoluta *per se*, sino hasta donde lleguen las competencias que los Estados miembros le han atribuido a través de los Tratados a la Unión.

Para determinar estas cuestiones es necesario examinar las dos caras de la moneda, esto es, por un lado la evolución de la jurisprudencia del TJ en torno a la doctrina de la supremacía el Derecho europeo, y por otro la recepción de esta doctrina por los Altos tribunales de los Estados miembros. Esto supone un estudio de cómo y cuánto han apoyado los tribunales nacionales de los países miembros el punto de vista sostenido por el Tribunal de Justicia y, en concreto cómo se ha producido la adaptación del Derecho constitucional nacional a la primacía del Derecho de la Unión y con ello el de sus máximos garantes. Pues sólo averiguando cómo se ha producido esta interacción se consigue descifrar o al menos acercarse a saber qué posición ocupa el Derecho comunitario en la jerarquía de las fuentes normativas de un Estado, y, en concreto con relación a su Constitución.

Es meramente imposible dar cuenta del punto de vista que los distintos tribunales nacionales de los 28 Estados miembros han aplicado en torno a esta doctrina, pues no es algo que se haya solventado en una sola sentencia, ni siquiera en una sola década, sino fruto de una paulatina evolución que ha dependido de muchos factores, entre otros, el de su sistema constitucional, pero también de las circunstancias económicas, políticas y sociales por las que a lo largo de estas décadas han pasado los países miembros.

Por ello, la presente tesis se centrará, por un lado, en la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia en torno a la doctrina de la supremacía y eficacia directa del Derecho comunitario, y por otro, en la recepción jurisprudencial de estos principios en los seis Estados fundadores, en concreto en la evolución jurisprudencial de sus tribunales superiores, desde su adhesión a la Comunidad Económica Europea hasta la década actual, ya que en todos ellos se dan unas características que permiten abarcar la mayor parte de los problemas que en torno a la primacía del Derecho comunitario se ha dado en los Países de la Unión desde sus orígenes<sup>6</sup>.

Me he permitido añadir a los seis Estados fundadores el Reino Unido, ya que, dada las características tan distintas que tiene su estructura constitucional, con un sistema constitucional difuso, los conflictos que los tribunales del Reino Unido tienen con el TJ nada tienen que ver con los que sufren los Altos tribunales del resto de los Estados de la Unión y por ello el incluir, este País con otro punto de vista jurisprudencial, me ha parecido muy enriquecedor a la hora de llegar a mis conclusiones. Los tribunales británicos, desde la aprobación de la Ley de las Comunidades Europeas, han tenido que aceptar el principio de supremacía del Derecho europeo, y por tanto, la preeminente autoridad interpretativa del TJ.

El objetivo del enfoque comparativo que se aplica en la presente tesis, es observar cómo los Altos tribunales (de estos siete países) en las sentencias que hacen referencia al Derecho de la UE, a lo largo de estas seis décadas, han ido elaborando una línea jurisprudencial, en la que se puede observar una continua toma de postura ante las nuevas competencias de la UE y su estructura constitucional interna. Para finalmente observar la evolución contraria que en todos ellos se ha producido. Esto es, aquellos países, como la República Federal Alemana, en los que

---

<sup>6</sup> Sin perjuicio de que los Países miembros de la UE que vienen de los antiguos países del bloque comunista, tienen problemas totalmente distintos a los del resto de los Estados miembros.

desde el comienzo su Tribunal Constitucional, más que intentar cooperar y coordinar su actuación con el TJ buscando un punto intermedio de inflexión, ha mostrado continuamente su recelo frente al Derecho europeo y rechazado, de alguna manera, la armonización de los ordenamientos jurídicos, ha finalmente claudicado hacia el proceso de integración y ha decidido proceder al dialogo judicial, admitiendo en cierto grado la primacía del Derecho de la Unión. Por el contrario, países como el Reino Unido, Bélgica, Francia y Luxemburgo en donde los tribunales han tenido que aceptar el principio de supremacía del Derecho comunitario, y por tanto, la preminente autoridad interpretativa del Tribunal de Justicia, actualmente se están viendo en la necesidad de tener la última palabra, ora por evitar la ruptura de sus principios constitucionales, por unificar los criterios en torno a los derechos fundamentales, ora por seguir con el tradicional control de la legalidad. Se verá, pues, como por las circunstancias económicas, políticas, culturales y sociales, y, fundamentalmente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con la introducción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la cláusula de salvaguardia de las identidades nacionales, aquellos países con una clara concepción monista del Derecho europeo se están transformando en dualistas, y, aquellos claramente dualistas desde sus comienzos, se están abriendo a una concepción monista del Derecho supranacional.

Así, siguiendo la máxima de Georg Wilhelm Friedrich Hegel no se puede comprender el presente sino desde el pasado<sup>7</sup>, el que no conoce su pasado y no aprende de él, caerá en los mismos errores en el futuro, pues lo desligará del presente. Sólo conociendo el origen de los problemas se puede explicar cómo los tribunales nacionales y europeos han cambiado de paradigma en esta última década. Los países elegidos al tener una larga trayectoria, por ser los fundadores originales de la Unión Europea, al que se le ha añadido el Reino Unido que también tiene una larga evolución por adherirse a la Unión Europea en 1973, permiten ver con claridad este cambio y su por qué.

Espero mostrar que la comparación entre estos siete países, con sus relativas fuerzas y debilidades y con sus diferencias y semejanzas en la forma de actuar, permite llegar a nuevas percepciones donde la supra positividad que todos los órdenes jurisdiccionales reclaman para sí, siga la intención del dogma ilustrado iusnaturalista de que ningún poder público, ni nacional ni supranacional, sino sólo el individuo como miembro de la sociedad pueda apelar al derecho supra positivo.

## **Estructura y metodología y de la presente tesis**

La tesis se estructura en tres Partes. La Primera Parte ofrece en un primer Capítulo una panorámica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en torno a la doctrina de la primacía y eficacia del Derecho europeo, para lo cual he seguido un orden cronológico de la jurisprudencia. Un segundo Capítulo explicará las diferentes posturas doctrinales de cómo y por qué el TJ ha conseguido integrar el Derecho europeo en el Derecho interno de los Estados miembros, conforme a las distintas concepciones que sobre el Derecho comunitario se recogen en la doctrina, en la que se incluirá lo que a mi juicio debemos entender por una concepción monista,

---

<sup>7</sup> HEGEL, G.W. en la Introducción General de *“Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universa”* Edición abreviada que contienen: Introducción (general y especial), Mundo Griego y Mundo Romano, Traducción de José Gaos, Estudio Preliminar Salvador Rus Rufino, Ed. Técnos, 2005, tras decir que el objeto de estas lecciones es la filosofía de la historia universal, añade que: *“... las lecciones sobre la filosofía de la historia universal al hombre de hoy le pueden servir de espejo para mirarse en un pasado que tiene luces y sombras, pero que en todo caso es nuestro pasado y del que tenemos que partir, llegar a asumir y seguir renovando y creando para otros para que la historia no se detenga, que sería la muerte”*, pp. 93-96.

dualista o pluralista del Derecho comunitario. La Segunda Parte, se dedica a la comparación entre Estados. Cada Capítulo se referirá a un país salvo el primero donde se englobarán Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Todos los Capítulos seguirán más o menos la misma estructura, un primer epígrafe introductorio de los rasgos característicos del sistema constitucional del Estado miembro en cuestión, un segundo con la evolución histórica de la jurisprudencia: donde se hace una primera aproximación (cronológica) a las sentencias de los Altos tribunales relacionadas con el Derecho de la UE. Dentro de este grupo jurisprudencial he seleccionado las sentencias que según mi criterio responden principalmente a la circunstancia de que precisamente por ellas, la doctrina de la supremacía se ha visto afectada y con ella ciertas cuestiones jurídico-constitucionales clásicas de la teoría general de la Constitución (cuáles son los límites al ejercicio del poder de reforma constitucional, en qué consiste la supremacía constitucional, cómo se ve afectada por la apertura del Estado a organizaciones supranacionales como la UE, la garantía de los derechos fundamentales, la descentralización del Estado, los contra límites, los principios de legitimidad democrática o el reenvío preferente), han permitido que la jurisprudencia de los altos Tribunales nacionales se convierta en un punto de referencia no sólo para el TJ, sino también para las posteriores modificaciones de los Tratados, para los medios de comunicación y para la doctrina en sus libros del Derecho de la UE. El tercer epígrafe lo he dedicado a lo que en Italia llaman contra límite o en Alemania cláusula de intangibilidad, competencia de las competencias, límite constitucional etc., puesto que en todas las sentencias resumidas, de una u otra forma, se hace referencia a ello. Consecuencia de lo anterior, se cierra la Tesis con una tercera Parte, las conclusiones, que lógicamente me llevan a pronunciarme sobre las cuestiones relacionadas con los principios universalmente aceptados como la soberanía, la democracia o los derechos fundamentales, pues la jurisprudencia de los tribunales nacionales en torno al Derecho europeo ha girado en torno a estos principios, por entender que sus presupuestos teóricos, sean compartidos o no, al menos fijan una base dogmática para la interpretación entre el Derecho constitucional nacional y el Derecho europeo. Conclusiones en las que intentaré llegar, junto con la opinión de otros muchos autores, a averiguar quién debe o debería tener la última palabra en torno a la primacía del Derecho comunitario. Esto es, quiénes son los Señores de los Tratados y quiénes se creen serlo.

La metodología de trabajo que he utilizado para configurar el presente estudio y llegar a entender un poco más la forma de razonar y de actuar del Tribunal de Justicia y de los Altos tribunales en torno a la UE ha consistido en el análisis individualizado de cada una de las sentencias. Las sentencias analizadas, tanto del Tribunal de Luxemburgo, como de los tribunales nacionales, intentan ser un resumen objetivo de las mismas, pues en su elaboración he utilizado la resolución tal y como el Tribunal la dictó. He considerado que el lector debería tener una primer conocimiento objetivo de las mismas, con los mínimos comentarios por parte de la doctrina, para que así pueda llegar a sus propias conclusiones, así es como yo he llegado a las mías. Para ello he utilizado las páginas Web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y las páginas web de los tribunales nacionales, el Boletín de Jurisprudencia Constitucional de las Cortes Generales y las traducciones hechas por algunos autores como Mariano Daranas Peláez, Carlos Vidal Prado, Cristina Elías Méndez, Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez, etc.<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> La mayor parte de las sentencias de los Altos tribunales de los seis Estados pueden encontrarse en su página web en el idioma o idiomas oficiales del País y en inglés, sin perjuicio de que algunas de ellas, han sido traducidas al español, en concreto la sentencias del Tribunal Constitucional alemán: sobre el Tratado de Lisboa, por Carlos Vidal Prado y Cristina Elías Méndez; sobre el Tratado de Maastricht de Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez; la sentencia *Solange I*, en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional, BJC, núm. 58, Cortes Generales; sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) por Daranas Peláez; Las sentencias de la Corte Constitucional italiana como la de 1984, conocida como *Granital* por Presno Linera Roger Campione, la de 1989 conocida como *Fragd* por Pi Llorens; etc. También pueden encontrarse en español la mayor parte de las Constituciones de los Estados

En el resumen de las sentencias seleccionadas me ha parecido que resultaba aconsejable hacer una mera síntesis de los fundamentos jurídicos, evitando los argumentos previos de las partes y los antecedentes fácticos y procesales, salvo alguna excepción, pues si bien hubiere sido aconsejable incluirlos, pues no oscurecen y, a veces, aclaran el contenido dogmático-constitucional, se hubiera hecho un trabajo interminable y excesivamente arduo.

A pesar de que la trascendencia y la importancia político-constitucional sean los criterios utilizados para la selección, no todas las resoluciones elegidas han tenido por sí mismas la atención social que merecerían, ni la importancia dogmática que desde el extranjero se le ha querido atribuir desde una perspectiva jurídico-constitucional. Sin embargo, la selección pretende esclarecer las condiciones materiales que tanto el TJ como los tribunales nacionales establecen en torno a la UE y más concretamente como decía Konrad Hesse, esclarecer la relación de cooperación entre los Altos tribunales y el TJ, no sólo desde el punto de vista institucional, sino especialmente a partir de las condiciones materiales que estos Altos tribunales han impuesto para permitir que el Derecho constitucional y europeo sean considerados desde las exigencias de una interpretación recíprocamente conforme o que lleguen a la recíproca aceptación<sup>9</sup>.

No he querido dejar de hacer referencia en la Segunda Parte de la tesis, en los distintos Capítulos dedicados a los siete Estados miembros a las reformas constitucionales, pues, en algunos países como Francia, Bélgica Holanda o Luxemburgo, han permitido la apertura de su país y su integración en organizaciones internacionales o supranacionales como la UE. Así como también he hecho referencia a otros órganos jurisdiccionales como el Consejo de Estado o los Tribunales Supremos o de Casación que tanta influencia y prestigio han tenido a lo largo de la historia y que han influido decisivamente en la integración europea de su país.

---

miembros, tales como la de Ley Fundamental de la República Federal de Alemania hecha por el Prof. Dr. Ricardo García Macho.

<sup>9</sup> HESSE, K. (1998) “Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1º semestre, UNED, pp. 99-122.

## **PRIMERA PARTE**

---

### **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO CREADOR DEL ACTUAL SISTEMA DE DERECHO COMUNITARIO**



Tras la segunda Guerra mundial, en una Europa profundamente dividida en dos bandos, atrapada entre dos bloques enfrentados, e inmersa en una grave crisis económica surge una Comunidad Europea (primero la CECA, después la CEE y finalmente el EURATOM) de ámbito supraestatal que encuentra su germen en la adopción de la Declaración de *Schuman* de 9 de mayo de 1950, auspiciada por Jean Monnet y el propio Rober Schumann, basada en una unidad cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa.

En efecto se crean tres Comunidades Europeas a las que seis países europeos transfieren un conjunto de competencias de carácter casi exclusivo económico, que pasan a ser ejercidas por unas instituciones comunes. Con el paso del tiempo, las Comunidades Europeas se han convertido en la Unión Europea, el número de miembros se ha expandido a 28 y las competencias transferidas se han ampliado hasta desbordar con mucho los meros ámbitos de la economía y el comercio. Pero quizá lo más importante de este proceso de construcción europeo se da desde un primer momento en la creación e imposición a los Estados miembros de un ordenamiento jurídico comunitario, pues los autores de los Tratados constitutivos fueron conscientes de que una organización como la que se estaba creando necesitaba de la existencia de un orden jurídico complejo que se tradujese en verdaderas obligaciones para los Estados participantes<sup>10</sup>.

A tal efecto se dotaron de un sistema institucional compuesto<sup>11</sup>, acompañado de instrumentos particularmente poderosos<sup>12</sup> y de cláusulas<sup>13</sup> que hicieron de esta empresa una Comunidad siempre abierta a nuevas tareas comunes, en donde lo normal fue la producción sistemática y cotidiana de Derecho, de manera que el ordenamiento comunitario se convirtió en el medio principal de realización de los fines de esta organización internacional hasta el punto de poder decir que la actual Unión Europea es ante todo una entidad reguladora.

Los Tratados constitutivos crearon la base para la construcción de un sistema jurídico revolucionario, donde parte de la soberanía de los Estados miembros se agrupaba más allá del Estado-Nación, “en la UE”. Sin embargo, la consolidación de este sistema y su integración en los Estados miembros sólo se consiguió a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, al preverse en las propias Normas Fundacionales la creación de un poder judicial único para todas las Comunidades dotado de unas funciones y poderes que le permitieron desempeñar

---

<sup>10</sup> GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ R. y CARPI BADÍA, J.M. (2004) “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea” *Revista Jurídica de Castilla y León*. núm. 3, pp. 13-48.

<sup>11</sup> Tres de estas instituciones constituyen el triángulo político básico en el que se concentra el poder político en el sistema. No en vano, las tres comparten, en un equilibrio no siempre sencillo, el poder legislativo. Nos referimos, por supuesto, al Parlamento, el Consejo y la Comisión. GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R. y CARPI BADÍA op. cita, p. 21.

<sup>12</sup> En Derecho originario y la posibilidad de producir Derecho derivado.

<sup>13</sup>Ver el párrafo segundo del artículo 1 del TUE: “*El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible*”.

un papel central en la misma, se permitió al TJ dar pleno efecto a los términos y objetivos de las bases constitucionales prescritas en los Tratados.

Para entender este fenómeno será necesario hacer un estudio cronológico de la jurisprudencia del TJ, pues a través de sus resoluciones se ve con claridad cómo el Tribunal de Luxemburgo ha convertido al Derecho comunitario en un ordenamiento autónomo y distinto del Derecho internacional, donde su aplicación uniforme en todos los Estados miembros es más que una mera condición para el funcionamiento de la Unión. Incluso es una condición de garantía de la igualdad ante la norma comunitaria, tal como lo encontramos en el artículo 9 del TFUE y 20 de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>14</sup>.

Jurisprudencia que ha demostrado la necesidad de una reformulación de las teorías de la integración. La doctrina se ha visto obligada a dejar definitivamente de lado la división tan tajante entre análisis exclusivamente político o exclusivamente jurídico, reconociendo la necesidad, de no minusvalorar el papel tan importante que ostenta el Derecho en la construcción europea, y salvo raras excepciones, la ciencia política ha tenido que aceptar el papel que tanto el TJ como los tribunales nacionales han tenido en la integración europea. Esto es, El TJ a través de su activismo judicial ha provocado la atención de la dogmática no sólo jurídica sino también política obligándoles a una aproximación interdisciplinaria y poniendo en el centro de las teorías de la integración al Derecho.

Pero la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo no sólo ha revolucionado el panorama jurídico desde el punto de vista de la integración, sino también desde la tradicional óptica de la concepción de: la soberanía estatal, del Derecho internacional y de los principios constitucionales propios de cada Estado miembro, pues la coexistencia, y vigencia simultánea, en cada Estado miembro de su propio ordenamiento y del Derecho comunitario plantea, entre otros problemas, además del de averiguar ante qué tipo de norma nos encontramos, (nacional, internacional o supranacional), la posibilidad de conflicto entre la norma interna y la comunitaria y, por tanto, el interrogante sobre cuál de las dos debe considerarse prevalente<sup>15</sup>.

El Tribunal de Justicia a través de sus resoluciones ha proporcionado, como solución a este problema, el principio de primacía del Derecho comunitario respecto del Derecho interno de los Estados miembros, y, ha recalado que el Derecho comunitario es un derecho distinto del Derecho tanto internacional como nacional, que algunos llaman supranacional. Esto es, el TJ con sus resoluciones ha revolucionado toda la dogmática jurídica, no sólo por asentar al Derecho comunitario en los ordenamientos de los Estados miembros, bajo el paradigma de los postulados monistas, frente a una parte de los tribunales supremos o constitucionales nacionales que lo asientan en la contraria dualista<sup>16</sup>, sino también por haber hecho necesario una reformulación de las teorías de la soberanía o de la Constitución. Lo que tras la aprobación del Tratado de Lisboa se ha venido a complicar más, pues, con el reconocimiento de la cláusula de salvaguardia de las identidades constitucionales de los Estados miembros, la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el no reconocimiento en los Tratados de los principios de la supremacía y eficacia directa de las normas comunitarias, se ha producido un viraje jurisprudencial, a raíz del cual los enunciados constitucionales tanto en el ámbito europeo como en el ámbito nacional, se intentan volcar los unos hacia los otros, alimentándose y renovando el sentido recíprocamente, dejando con ello entrar a las teorías pluralistas.

---

<sup>14</sup> PERNICE, I. (2013) "The Autonomy of the EU Legal Order — Fifty Years after Van Gend" *Walter Hallstein-Institut*, WHI - Paper 08/2013 pp. 55-81.

<sup>15</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. (1994) "La primacía del Derecho Comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal" *Revista de Derecho Político*, núm. 38, pp. 93-173.

<sup>16</sup> PESCATORE, P. (2003) "Monismo, dualismo y efecto útil en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, pp. 5-21.

Para entender este fenómeno, he dividido esta Primera Parte en dos Capítulos. En el Capítulo 1 expondremos de manera sucinta la evolución cronológica de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, pues sólo a través de las resoluciones judiciales puede entenderse lo que actualmente llamamos Derecho comunitario. Y, en el Capítulo 2 haré referencia a las distintas posturas de la dogmática jurídica respecto a las causas o el por qué se ha conseguido la creación de este Derecho supranacional de origen jurisprudencial, esto es, se hará una primera aproximación al Derecho de la Unión a través de las diferentes teorías de la integración. Para, finalmente intentar explicar los postulados monistas a los que se acoge el Tribunal de Luxemburgo de forma casi exclusiva hasta el Tratado de Lisboa, con las consecuencias que ello supone frente a los tribunales supremos o constitucionales, y con ello acercarnos a la materia objeto de esta tesis, esto es quien debe tener la última palabra. Sin olvidar que tras los nuevos Tratados fundacionales la doctrina prefiere referirse a nuevas doctrinas como la pluralista o multinivel.

# CAPÍTULO 1

## LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

### 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de estos sesenta y tres años de jurisprudencia comunitaria se ve cómo el Tribunal de Luxemburgo, en diálogo, y a veces pugna, continua con los tribunales de los Estados miembros ha ido afianzando un número elevado de marcas monistas que, evidencian la clara vocación de convertir al ordenamiento jurídico de la Unión Europea en el ordenamiento a seguir por todos los Estados miembros, proclamando su primacía y eficacia directa.

El Tribunal de Justicia no sólo ha conseguido imponer al Derecho comunitario sobre los derechos nacionales de los Estados miembros, sino que ha intentado excluir cualquier dualismo como opción en la relación entre sistemas, pues no sólo ha proclamado la primacía del Derecho de la Unión sobre estos derechos nacionales internos, sino que además, ha determinado las consecuencias de esta primacía en caso de conflicto en el orden interno de cada Estado miembro<sup>17</sup>. Esto es, el principio de primacía del Derecho de la Unión se instala en la jerga de la jurisprudencia comunitaria tanto en su vertiente estructural como normativa<sup>18</sup>.

Este continuo intento de vocación soberana del Tribunal de Luxemburgo ha generado numerosos conflictos con las jurisdicciones constitucionales, las cuales, si bien han terminado por dar cobertura constitucional a la primacía del Derecho comunitario, al mismo tiempo se han preocupado de individualizar una serie de normas que, al expresar valores constitucionales superiores, impiden la aplicación de la doctrina de la primacía. Estos son los contra límites o cláusulas de intangibilidad, lo que ha generado la modificación de los Tratados en punto a la inclusión de aquellas cuestiones que los Estados miembros han considerado necesario proteger frente al Derecho comunitario. Los nuevos Tratados de la UE, vigentes desde el 1 de diciembre de 2009, han incluido (en el artículo 6 TUE) la cláusula de salvaguardia de las identidades constitucionales de los Estados miembros, lo que al menos teóricamente, pone en duda la autoridad última que, a toda costa pretendía tener el Tribunal de Luxemburgo<sup>19</sup>.

En este escenario evolutivo, es pues, importante recordar que el actual artículo 6 del TUE se refiere también al reconocimiento de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6 TUE). Esta última disposición

---

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. (1997), “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”, en *Revista de Derecho Comunitario*, pp. 330-331.

<sup>18</sup> PESCATORE, P. “Monismo, dualismo...”, op. cit., p. 3.

<sup>19</sup> VECCHIO, F. (2012) “Primacía del Derecho europeo y contra límites como técnicas para la relación entre ordenamientos”, *REDCE*, Año 9, núm. 17, enero-junio pp. 67-101.

(seguida de la previsión de adhesión de la Unión al CEDH) rediseña, a través de los derechos y las identidades constitucionales nacionales, este proceso jurisprudencial de integración. Este camino evolutivo experimenta un importante avance en lo que se refiere a la positivación europea de los derechos fundamentales, de la mano de un diálogo no sólo entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Luxemburgo, sino también entre el TJ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que trata de asegurar jurisdiccionalmente los distintos y singulares niveles de garantía desde la óptica de un constitucionalismo multinivel con el que se vienen a confirmar plenamente las identidades constitucionales nacionales.

A través de la evolución cronológica de su jurisprudencia se puede ver cómo el Tribunal de Luxemburgo utilizando instrumentos tales como: la interpretación conforme, la cuestión prejudicial o la inaplicación de la norma interna contraria al Derecho europeo, con el transcurso del tiempo, ha ido elaborando y perfilando un ordenamiento jurídico europeo propio. El camino seguido ha sido largo y complicado, y, todavía no se puede considerar que haya finalizado, pues la constante tensión, tanto política como jurídica, entre las exigencias de la europeización y la conservación de la identidad nacional genera una constante dialéctica que ya no puede ser entendida como una mera pugna entre monismo *v* dualismo<sup>20</sup>. Ya no cabe recurrir a un solo proceso para explicar la integración. La integración basada en un solo formato conceptual, se ha hecho insostenible pues, la extensa ampliación de competencias que ha sufrido la UE han ampliado respectivamente la variabilidad entre los intereses de los Estados miembros y la diversidad de los temas abordados, lo que ha obligado al TJ a buscar nuevos postulados interpretativos para seguir manteniendo la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

En los epígrafes siguientes sólo se han sistematizado aquellas resoluciones judiciales, que, aun versando sobre temas diversos (como tributos, derecho laboral, mercado interior, libre circulación, la última palabra, derechos fundamentales, relaciones exteriores, identidad nacional, etc.) muestran cómo el Tribunal de Luxemburgo ha consolidado un verdadero sistema jurídico europeo integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, de carácter supranacional y basado principalmente en los principios de eficacia directa, primacía, responsabilidad y seguridad jurídica.

Por otro lado, se ha procurado escoger las sentencias de los países que mayores conflictos han tenido con el TJ que salvo alguna excepción coinciden con los Países objeto de estudio en la Segunda Parte. Lo que facilita el conjunto de esta tesis, porque si en esta Primera Parte, se pretende sistematizar las teorías que expliquen cómo el TJ ha ido evolucionado en cuanto a la elaboración de su doctrina jurisprudencial, en la Segunda, en los respectivos Capítulos relativos a los países objeto de la tesis, se verá también cómo fruto de estas mismas resoluciones, de forma paralela, los tribunales nacionales también han ido elaborando sus propias teorías explicativas de los conflictos en cuestión y del Derecho de la Unión Europea.

Si bien la metodología de trabajo va a ser la misma que en los Capítulos de la Segunda Parte, se obviará el asunto materia objeto de la sentencia pues, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo puede encontrarse con facilidad en las páginas web:

- <http://eur-lex.europa.eu/>,
- <http://curia.europa.eu/en/content/juris/c1.htm>,
- <http://curia.europa.eu/en/content/juris/c2.htm>.

---

<sup>20</sup> SALVETI, M. (2011) “La aplicación judicial del Derecho europeo”, *REDCE*, núm. 16, año 8, julio-diciembre, pp. 91-134.

## 2. EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA

### 2.1. Primacía y efecto directo como paradigmas de la integración. Años cincuenta y sesenta

En la década de los cincuenta la concepción por parte del TJCE del Derecho comunitario era dualista, pues ya dijo el primer Presidente del TJ, el 10 de diciembre de 1952, en la primera reunión del órgano judicial europeo que: “*Vasta y delicada, la misión delegada al Tribunal es la de garantizar a las partes interesadas, sean éstos Estados miembros, empresas privadas o simples ciudadanos, el respeto de los límites dentro de los cuales, tiene que estar contenida la acción de los organismos de la Comunidad.*” Esto es, lejos de querer dar origen a discrepancias que se irán progresivamente afirmando con los tribunales de los Estados miembros, el TJ entendía que había sido creado para garantizar sólo el acatamiento de las obligaciones comunitarias, ya que las infracciones de los Estados miembros se veía cómo algo más hipotético que real.

Pero, aunque este planteamiento no dejase amplios márgenes de acción al TJ si le arrogaba el derecho de ser la última instancia en resolver la actuación *ultra vires* de la Comunidad o de los Estados miembros en todas aquellas normas internas que pudiesen entrar en conflicto con el Derecho europeo, no sólo frente a los Estados sino también frente a las empresas y a los ciudadanos. Ello supuso que, casi desde el principio, el TJ, aunque considerase al ordenamiento jurídico comunitario como un ordenamiento jurídico internacional, en vez de recurrir a los métodos tradicionales de interpretación del Derecho internacional (el literal de los Tratados), para conseguir el cumplimiento de los objetivos de la Comunidad (un mercado común) acudiese a la teoría de los poderes implícitos en cuanto a que la existencia de un objetivo dado implica la de cualesquiera poderes razonablemente necesarios para alcanzar esos objetivos.

A tal fin, el TJ acude a la aplicación de los principios generales de derecho como cualquier otro tribunal internacional, fijando con ello una antigua norma del derecho consuetudinario internacional<sup>21</sup>. Sin embargo, el TJ no acude a cualquier principio general del Derecho internacional, sino sólo a aquellos que especifica y hace propios para la mejor consecución de los objetivos de la Comunidad, y que se encuentran en el círculo más limitado de los Estados miembros. Tal fue el sentido de la sentencia de 12 de julio de 1957, asuntos C-7/56 y C-7/57, *Algera e.a v Asamblea*, en donde el Tribunal de Justicia en un impulso de armonizar los Derechos nacionales en sentido amplio, hacia el nacimiento de un Derecho europeo propio, derivó su obligación de asumir una actividad legislativa creativa, por la falta de disposiciones expresas en el Tratado sobre la cuestión planteada, a un principio general. En sus razonamientos, el Tribunal de Justicia recurrió al famoso texto del artículo 4 del Código Civil francés relativo al tema de la denegación de justicia y dictaminó que: “*Si el Tribunal no quiere incurrir en denegación de justicia, tiene la obligación de resolver el problema haciendo referencia a las normas reconocidas por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de los Estados miembros*”<sup>22</sup>. Lo que dejará claro con la sentencia de 25 de marzo de 1959, asunto C-18/57, *Firme I. Nold K.G. v Haute Autorité CECA*, en la que recordó que el TJ “*sólo puede*

---

<sup>21</sup> SSTJCE de 19 de mayo de 1955, asunto C-1/55 *Kergall v Gem Versammlung del EGKS*, y de 16 de mayo de 1956, asunto C-8/55 *Federation charboniere de Belgique v Alta Autoridad*, etc.

<sup>22</sup> SCHWARZE, J. (2011) “*El Derecho administrativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa: observaciones Preliminares*”, Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, Parlamento Europeo B-1047 Bruselas, pp.3-22. Este autor nos recuerda que los principios generales de Derecho, determinados y conformados por el Tribunal de Justicia por medio de un “Derecho comparado evaluativo” (*wertende Rechtsvergleichung*), se utilizan en la jurisprudencia del Tribunal a partir de entonces a fin de colmar lagunas en la legislación vigente y a modo de ayuda para la interpretación.

*eventualmente inspirarse en las normas constitucionales de los Estados miembros para reconocer la expresión de un principio general de derecho susceptible de tomarse en consideración en la aplicación del Tratado”, por cuanto el Tratado de la CECA “(...) no contiene ningún principio general, explícito o no, que garantice el mantenimiento de situaciones adquiridas.”<sup>23</sup>*

Pero, al no especificar más que el principio general de evitar la denegación de justicia, en la sentencia de 4 de febrero de 1959, asunto C-1/58, *Friederich Stork et Cie v Haute Autorité de la CECA*, el TJ considera que en este caso, es necesario recurrir al análisis comparado del Derecho de los Estados miembros para colmar el silencio de los Tratados o en su caso al Derecho internacional<sup>24</sup> y rechazó tomar en consideración la argumentación de los recurrentes de que determinados actos comunitarios eran nulos, puesto que atentaban contra derechos fundamentales amparados por las Constituciones nacionales. Lo que supuso la primera controversia entre las distintas instancias judiciales encargadas de su protección. En efecto, los particulares comenzaron a esgrimir ante los tribunales nacionales y ante el propio Tribunal de Justicia que determinados actos comunitarios eran nulos dado que atentaban contra derechos (en este caso fundamentales) amparados por textos constitucionales nacionales<sup>25</sup>. Se inició entonces, un interesante proceso, que algunos han calificado de “diálogo”, en el que las altas instancias judiciales involucradas fueron definiendo sus posiciones y estableciendo los requisitos para aceptar los planteamientos de sus homólogos<sup>26</sup>.

Se puede observar, por tanto, que en esta primera década, la jurisprudencia del TJCE, se sitúa en la línea de lo que será la solución técnico jurídica de su jurisprudencia posterior. Pues, aun denominando al Derecho comunitario como Derecho internacional, empieza a sentar las bases de un derecho propio, con parámetros propios y que no necesita ni del Derecho internacional ni del nacional<sup>27</sup>.

No obstante, habrá que esperar a la década siguiente para que el acto judicial que funda el monismo comunitario se puede encontrar en la sentencia, de 5 de febrero de 1963, asunto C-26/62, NV, *Algemene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der belastingen*, en el que el TJ debe pronunciarse en concreto sobre si el artículo 12 del Tratado tenía un efecto directo en el derecho interno, en el sentido de que los nacionales de los Estados miembros pudiesen invocar derechos que el juez nacional debía proteger, basándose en este artículo del Tratado.

Así el TJ explicó que para determinar si las disposiciones de un Tratado internacional tienen dicho alcance, “*es preciso atender al espíritu, al sistema y al tenor literal de aquéllas*”. Como “*(...) el objetivo del Tratado CEE, es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que dicho Tratado constituye algo más que un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes. Esta concepción está confirmada por el Preámbulo del Tratado, que, además de a los Gobiernos, se refiere a los pueblos, y lo hace, de forma más concreta, mediante*

---

<sup>23</sup> FJ. 3. A.

<sup>24</sup> CANEDO ARRILLAGA, J. R. y GORDILLO PÉREZ, L. I. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa”. *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39/2008, Bilbao, pp. 27-59.

<sup>25</sup> Autos del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de julio de 1957, de 18 de octubre de 1967, de 9 de junio de 1971 y de 29 de mayo de 1974, todos ellos comentados en RINKHORST, J. B. y SCHEEMERS, H. G. (1977) “*Judicial remedies in the European Communities a casebook*”, 2nd ed. Kluwer, Dordrecht, pp. 181-191. Ver también Segunda Parte, Cap. 6. República Federal Alemana, pp. 239, 241-243 y 274.

<sup>26</sup> CANEDO ARRILLAGA, J. R. y GORDILLO PÉREZ, L. I. op. cit..

<sup>27</sup> SICILIA OÑA, B. (2006) “*Derechos fundamentales y Constitución Europea*”, Colección Derechos humanos, P. Francisco de Vitoria, Ed. Ararteko, Vitoria-Gasteiz, pp. 25-74.

*la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos*<sup>28</sup>. Añade además que la función del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177, es garantizar la unidad de interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, lo que confirma que los Estados han reconocido al Derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos. Por esta razón ha de llegarse a la conclusión de que “[...] *la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias*”<sup>29</sup>.

El Tribunal de Justicia justifica pues, su postura refiriéndose al régimen general y al espíritu del Tratado. La doctrina del efecto directo es esencial, ya que el Derecho comunitario se aplica principalmente por los tribunales nacionales. Si los individuos se viesen privados de su derecho de poder invocar ante los tribunales el Derecho comunitario no serían capaces de poder invocar sus derechos individuales. Así proclama la eficacia directa del artículo 12 del Tratado, al decir: “(...) *contiene una prohibición clara e incondicional, que no es una obligación de hacer, sino de no hacer; que, por otro lado, esta obligación no se acompaña de reserva alguna de los Estados que supedita su efectividad a un acto positivo de derecho interno; que esta prohibición es perfectamente idónea, por su propia naturaleza, para producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables*”<sup>30</sup>.

Ahora bien, con este párrafo se entiende que no toda norma de los Tratados comunitarios puede producir estos efectos directos, sino que debe ser una norma que cumpla los requisitos de ser clara, incondicional, que no necesite de reserva alguna de los Estados y que no dependa de ninguna medida de ejecución nacional.

La doctrina del efecto directo fue sin embargo cuestionada en esta misma sentencia por los tres Gobiernos participantes, el alemán, belga y holandés quienes expusieron sus puntos de vista ante el TJ. Prácticamente los tres coincidieron en que el Tratado comunitario era un tratado internacional ordinario y que por ello debían ser los tribunales holandeses quienes resolviesen, con jurisdicción exclusiva, la cuestión, pues los Estados ya tenían otros medios para demandar el incumplimiento de un tratado internacional.

A pesar de que el Tribunal de Justicia definió al Derecho comunitario como Derecho internacional, lo hizo con matices y entendió que era erróneo el argumento, invocado por los tres Gobiernos que le habían presentado observaciones. En efecto, “(...) *la circunstancia de que el Tratado, en los artículos antes citados, faculta a la Comisión y a los Estados miembros para demandar ante el Tribunal de Justicia a un Estado que no haya cumplido sus obligaciones, no implica la imposibilidad de que los particulares invoquen, llegado el caso, esas obligaciones ante el Juez nacional.*” Pues, de la misma forma “*que el Tratado facilita a la Comisión medios para garantizar el respeto de las obligaciones impuestas a sus sujetos pasivos, no excluye la posibilidad de que en los litigios entre particulares ante el Juez nacional denuncien la violación*

---

<sup>28</sup> FJ. II.B.

<sup>29</sup> FJ. II.B.

<sup>30</sup> FJ. II.B.



*de dichas obligaciones;... limitar las garantías contra una infracción del artículo 12 por los Estados miembros, únicamente, a los procedimientos de los artículos 169 y 170, haría desaparecer toda protección jurisdiccional directa de los derechos individuales de sus nacionales; que la invocación de dichos artículos podría ser ineficaz si tuviera que producirse después de la ejecución de una decisión nacional adoptada con inobservancia de las disposiciones del Tratado;”*<sup>31</sup>.

Pocos meses después, el TJCE no sólo reconoce la eficacia directa de ciertas normas de los Tratados constitutivos sino que dictó la sentencia, de 25 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, relativa a la primacía del Derecho comunitario. Esta sentencia, que tiene la misma raíz que la sentencia *Van Gend & Loos*, contiene toda una serie de matices nuevos, en cuanto califica al Derecho comunitario de ordenamiento jurídico nuevo, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros.

En este caso la Ley italiana en conflicto era posterior a la que había aprobado y ordenado la ejecución de los Tratados comunitarios en Italia, por lo que surgía la cuestión de si resultaba de aplicación al caso, la regla sobre la sucesión de las leyes en el tiempo. El TJ asentó en su sentencia el principio de primacía del Derecho comunitario sobre la norma nacional, sobre la base de la naturaleza y caracteres específicos de las Comunidades Europeas, a partir de una interpretación sistemática y teleológica de los Tratados comunitarios. Por esta razón entiende que en este caso el Tribunal nacional si puede hacer uso del artículo 177 TCEE, aunque el Gobierno italiano aduce “*la inadmisibilidad absoluta*” de la petición del *Giudice Conciliatore*, en razón de que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar una ley interna. Para el Tribunal de Luxemburgo: “*a diferencia de los Tratados internacionales, el Tratado de la CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales; que, en efecto, al instituir una Comunidad de duración ilimitada, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos*”<sup>32</sup>.

Y, añade el Tribunal de Justicia que: “*esta integración en el derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento; que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado..., y sin causar una discriminación prohibida...(...) La primacía del Derecho comunitario está confirmada por el artículo 189, a cuyo tenor los Reglamentos tienen fuerza “obligatoria” y son “directamente aplicables en cada Estado miembro; que esta disposición, que no está acompañada de reserva alguna, carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias...(...) Al derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo*

---

<sup>31</sup> FJ. II.B. Lo que se reitera en la STJCE de 3 de abril de 1968, asunto C-28/67, *Molkerie-Zentrale Westfalen Lippe v Hauptzollamt Paderborn*.

<sup>32</sup> FJ. Sobre la aplicación del artículo 177: Argumento basado en la obligación del Juez de aplicar la ley interna.

*aqué pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad”<sup>33</sup>.*

Por su parte la sentencia de 13 de febrero de 1969, asunto C-14/68 *Walt Wilhelm y otros v Bundeskartellam*, recuerda a los Estados miembros la imposibilidad de mantener medidas que puedan poner en riesgo la efectividad del Tratado a lo que añade que “*los conflictos entre la norma comunitaria y las normas nacionales deben resolverse aplicando el principio de la primacía de la norma comunitaria*”<sup>34</sup>.

Ahora bien, para que esta primacía y eficacia directa tenga los resultados queridos, el Tribunal de Luxemburgo exige a todos los Estados miembros una interpretación y aplicación uniforme del Derecho comunitario, para lo cual insta a los diferentes países a acudir a criterios hermenéuticos diferentes a los de los del Derecho internacional, del tenor literal de los preceptos<sup>35</sup>. Criterios tales como el sistemático<sup>36</sup>, teleológico y a ser posible a la luz de las versiones de otros idiomas de la Comunidad<sup>37</sup>. Llegando incluso a afirmar en la sentencia de 12 de noviembre de 1969, asunto C-29/69, *Erich Stauder v la villa de Ulm-Solzialamt*, que, cuando una sola decisión se dirige a todos los Estados miembros, la necesidad de una aplicación y por tanto una interpretación uniforme se opone a que se considere de manera aislada una de sus versiones, pues exige que sea interpretada en función tanto de la voluntad real de su autor como del objetivo perseguido por éste, en particular a la luz de todas las versiones pues: “*(...) interpretada de este modo, la disposición en litigio no muestra ningún elemento susceptible de poner en cuestión los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario que el Tribunal garantiza (...)*”<sup>38</sup>. Sentencias todas ellas muy importantes ya que uno de los mayores problemas del Reino Unido, tras su incorporación en la década siguiente va a ser el que sus tribunales tengan que abandonar las técnicas hermenéuticas propias y adaptarse a las comunitarias<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> FJ. Sobre la aplicación del artículo 177: Argumento basado en la obligación del Juez de aplicar la ley interna. Doctrina que volverá a reiterar con la sentencia de 13 de noviembre de 1964, asunto C-90/63 y C-91/63, *Comisión v Bélgica y Luxemburgo*, en donde añade que incluso en caso de incumplimiento de las obligaciones por las instituciones comunitarias, las normas del Tratado prohíben a los Estados miembros el incumplir con sus obligaciones.

<sup>34</sup> FJ. I.6.

<sup>35</sup> STJCE de 1 de junio de 1961, asunto C-15/60 *Simon*.

<sup>36</sup> STJCE 12 de mayo de 1964, asunto C-101/63, *Wagner v Fohrmann*.

<sup>37</sup> STJCE de 5 de diciembre de 1967, asunto C-19/67, *Soziale Verzekerings bank v Van der Vecht*.

<sup>38</sup> FJ. 7.

<sup>39</sup> ORDOÑEZ SOLÍS, D. (2002) “la obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario europeo” *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 56, núm. 1921, 2002, pp. 2329-2354. Este autor en su pp. 2330-2331 dice: “*Aunque en el Derecho comunitario los métodos de interpretación sean los tradicionales —literal, histórico, sistemático y teleológico—, la importancia de cada uno de ellos es muy distinta a la de otros ordenamientos. En este sentido, la interpretación literal, a diferencia de lo que ocurre en los Derechos nacionales, es difícil de aplicar porque los textos de Derecho comunitario están redactados en varios idiomas auténticos. Del mismo modo el método de interpretación histórica, al que tanta trascendencia se concede en el Derecho internacional, tiene un peso menor, especialmente en el caso de los Tratados constitutivos y también en relación con el Derecho derivado, porque, tal como ha apuntado Schwarze, los trabajos de las negociaciones o la adopción de decisiones son en su mayor parte secretos e incluso si se conociesen volver a las posiciones negociadoras iniciales implicaría el riesgo de reabrir viejas heridas*”.

E incluso de forma contundente y sin rodeo alguno inicia la protección de los derechos fundamentales, a través de los principios generales del derecho, comunes de los Estados miembro<sup>40</sup>, dejando sólo margen para actuar a los Estados miembros en el ámbito interno, tal y como dice la sentencia de 4 abril de 1968, asunto C-34/67, *Gebrüder Lück c Hauptzollamt Köln-Rheinau*, al establecer que el Derecho comunitario excluye la aplicación de la norma interna incompatible pero, no limita el poder de los órganos jurisdiccionales competentes para elegir, entre los diversos procedimientos previstos en el ordenamiento nacional, los más apropiados para salvaguardar los derechos individuales conferidos por el Derecho comunitario. Lo que se reitera en sentencias posteriores.

## **2.2. Consolidación de los principios comunitarios y de los principios generales del Derecho en el ámbito de los derechos fundamentales. Años setenta**

El principio de supremacía dota al Derecho comunitario, en su conjunto de una jerarquía superior por y sobre cualquier norma de derecho interno. En este sentido la exigencia de garantizar la teoría de los contra límites<sup>41</sup> por parte de algunos Tribunales Constitucionales fue tan fuerte que obligó a al TJ a dictar la sentencia de de 9 de marzo de 1978, asunto C-106/1977 *Amministrazione delle finanze dello Stato v Spa Simmenthal*<sup>42</sup> que establecía con carácter general, los contornos de principio de supremacía. Así la norma comunitaria ha de aplicarse con preferencia a cualquier norma interna, con independencia de su rango y de su condición anterior o posterior. Según la doctrina *Simmenthal*, el juez nacional está obligado a no aplicar de oficio cualquier norma interna que se oponga al Derecho comunitario. Por otra parte la adopción de una norma comunitaria produce efecto futuro, esto es, se impide la producción de nuevas normas internas incompatibles con aquella. Con todo, nada obsta a la presencia de una norma nacional posterior que se conforme al actuar de una norma comunitaria<sup>43</sup>.

Pero, sin duda la cuestión más problemática y que más reticencias ha causado y sigue causando a las jurisdicciones internas es la afirmación de la supremacía del Derecho comunitario también sobre las Constituciones de los Estados miembros, y así se ha planteado básicamente en el terreno de los derechos fundamentales por no contener los tratados fundacionales un catálogo de derechos. Este problema se resolvió por el TJ en la sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, en la que el TJ volvió a asegurar la primacía y eficacia del Derecho comunitario, pero lo hace en términos absolutos y globales, esto es, primacía del Derecho europeo considerado en su conjuntos sobre el Derecho interno también considerado en su conjunto, incluido el constitucional, al decir que: “...al derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma; que la alegación de los derechos fundamentales tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro,

---

<sup>40</sup>SICILIA OÑA, B. op. cit., en la p. 32. Esta autora dice que: “En definitiva, con la sentencia *Stauder* el TJ inauguró una nueva etapa en la que expresiones como “el Tribunal garantiza el respeto de los principios generales del Derecho de la Comunidad, de los cuales los derechos fundamentales forman parte” o muy similares se repetirían continuamente en sus decisiones relativas a tales derechos. Esta sentencia reviste, por tanto, una importancia capital en la materia, y se convierte en un punto de no retorno a partir del cual se desarrollaría y evolucionaría el sistema de protección de los derechos fundamentales por el TJ.

<sup>41</sup> Ver la Decisión núm. 206, de 28 de julio de 1976, de la Corte Constitucional italiana, Segunda Parte, Cap. 5. República Italiana, p. 205.

<sup>42</sup> Ver también Segunda Parte, Cap. 5. República Italiana, pp. 205-206.

<sup>43</sup>FIGERO VEJAR, A. (1998) “los principios de supremacía y operatividad en el Derecho comunitario como fundamentos de la integración”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. Especial pp. 389-393.

*o de los principios de una estructura constitucional nacional no pueden afectar a la validez de un acto de las Comunidades o a su efecto en el territorio de dicho Estado.*<sup>44</sup> El TJCE marcó la clara supremacía del Derecho comunitario, al considerar que debía tener prioridad aun incluso sobre las normas constitucionales de los Estados, pues de lo contrario, se vería privado de su carácter de Derecho comunitario, y podría ponerse en cuestión la propia Comunidad, razón por la cual se niega de nuevo a examinar la legislación nacional alegada. Esto significa que al TJ no le importa la naturaleza o el estado de la disposición legal del Estado miembro. Por tanto, los derechos fundamentales que forman parte de una Constitución o de la estructura constitucional de un Estado no pueden afectar a la validez del Derecho comunitario<sup>45</sup>.

Sin embargo, esta misma sentencia buscó entre su propio ordenamiento algún elemento que pudiera servir a la protección de los derechos reclamados. Así, mostró su compromiso con los derechos fundamentales recurriendo, por primera vez, a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como base para reconocer la existencia de unos principios generales del Derecho comunitario. Y lo hizo en los siguientes términos: *“Que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad; que procede, pues, examinar a la luz de las dudas manifestadas por el Verwaltungsgericht si el régimen de garantías habría menoscabado los derechos fundamentales cuyo respeto debe garantizarse en el ordenamiento jurídico comunitario”*<sup>46</sup>.

La gran novedad de esta sentencia reside en la necesidad de asegurar una protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario, recurriendo a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros para determinar el contenido material de los principios generales del Derecho comunitario. Criterio, que revela la actitud siempre atenta y recelosa del TJ frente al derecho interno de los Estados miembros, pues, al recurrir a la expresión “tradiciones constitucionales”, está recurriendo a un criterio más amplio, que abarca no sólo el texto constitucional, sino también todo el ordenamiento constitucional incluido el bloque de constitucionalidad<sup>47</sup>. Cuyo contenido permite hablar de un Derecho común europeo, resultado de antiguas fuentes comunes y de una historia compartida. Así el TJ da un carácter autónomo a la protección de los derechos comunes respecto a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que no permite de ningún modo olvidar que el único criterio de validez de los actos de la Comunidad es el propio Derecho comunitario. Lo que supone que aunque el Tribunal no tenga competencia sobre una materia, busca *ultra vires*, medios propios de integración de las lagunas del ordenamiento comunitario, a fin de preservar la plenitud de éste y seguir con una concepción exclusivamente monista. Planteamiento éste que no tardará en poner en contra a determinados tribunales nacionales, entre otros al Tribunal Constitucional alemán y a la Corte Constitucional italiana<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> FJ. 3. Sobre la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.

<sup>45</sup> Lo que vuelve a reiterar la STJCE de 13 de julio de 1972, asunto C-48/71, *Comisión v Italia*, (FJ. 8) al establecer que: *“El cumplimiento de los objetivos de la Comunidad exige, que las normas de derecho comunitario contenidas en dicho Tratado o adoptadas en razón de los mismos, se apliquen incondicionalmente, en el mismo momento y con igual eficacia, en todo el territorio de la Comunidad, sin que los Estados miembros puedan oponer ninguna resistencia”*.

<sup>46</sup> FJ. 4. Sobre la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.

<sup>47</sup> MARTÍNEZ RUANO, P. (2010) “La protección de los Derechos fundamentales en la Unión europea” Cap. II, de la Parte I. del Libro *Derecho comunitario y procedimiento tributario*, Dir. Fernández Marín, Fernando Coord. Fornieles Gil, Angel Ed. Atelier, libros jurídicos, pp. 25-54.

<sup>48</sup> Recordar que esta sentencia del Tribunal de Justicia dio lugar a una de las sentencias del TCFA más polémica en torno a la CEE, la Sentencia *Solange I*, de 29 de mayo de 1974, ver Segunda Parte, Cap. 6. República Federal Alemana, pp. 241-244.

Unos años más tarde, aunque sigue manteniendo los principios antes apuntado, tiene sin embargo que matizar su postura anterior y reconocer en la sentencia de 14 de mayo de 1974, asunto C-4/73 *Nold KG v Comisión*: “*que al asegurar la protección de estos derechos, el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las constituciones de éstos Estados.*”<sup>49</sup> El TJ se ve obligado a reafirmar el papel tan importante que juegan tanto las Constituciones nacionales como los acuerdos internacionales firmados por éstas sobre la materia. A este respecto continua la sentencia: “*que los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a los cuales los Estados miembros han cooperado o se han adherido pueden igualmente aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario*”<sup>50</sup>. Parece pues, que con esta resolución el TJ quiere justificar su actuación *ultra vires* y por ello explicar el por qué y en qué condiciones puede esta institución intervenir en la esfera de protección de los derechos fundamentales. Por ello, añade esta sentencia, que los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas sino que deben considerarse con arreglo a la función social de los bienes y actividades protegidas, por lo que la intervención de la Comunidad debe hallar su fundamento en la consecución de los objetivos de interés general perseguidos por los Tratados, que no afecta a la sustancia de estos derechos. Razón por la cual, su protección ha de basarse en el principio del *standar máximo*, es decir de la aplicación en el nivel comunitario de la garantía nacional más elevada, completado con los principios de la CEDH con arreglo a ese *standar mínimo* europeo. Principios estos dos, a los que se acogerán Estados miembros como el Consejo de Estado francés con su teoría de la de la abrogación implícita, frente a determinadas normas de la Unión europea<sup>51</sup>.

Pero quizá los principios hasta ahora establecidos por el TJ pueden verse claramente sistematizados en el conjunto de sentencias de: de 25 de mayo de 1971, en el asunto C-80/70, *Defrenne v Estado Belga*, de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, *Defrenne v. Sabena* y de 15 de junio de 1978, asunto C-149/77, *Defrenne v Sabena*, todas ellos relacionadas con el efecto directo y los derechos fundamentales.

El efecto directo se desprende claramente de las dos primeras sentencias, donde el Tribunal, aun sabiendo de la diferencia en el grado de evolución de las legislaciones sociales en los distintos Estados miembros, entiende que “*el artículo 119 TCEE, actual 157 TFUE, puede aplicarse directamente y, por lo tanto, puede generar derechos en favor de los justiciables, que los órganos jurisdiccionales deben salvaguardar*”<sup>52</sup> porque “*(...) dicha disposición responde a los objetivos sociales de la Comunidad, la cual no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, mediante una acción común, debe garantizar el progreso social, promover la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos, tal como subraya el Preámbulo del Tratado; (...) que de este doble objetivo, económico y social, se desprende que el principio de igualdad de retribución forma parte de los fundamentos de la Comunidad;*”<sup>53</sup> El artículo 119 impone a los Estados miembros una obligación de resultado que debe cumplirse de modo imperativo en un plazo determinado y la eficacia de dicho precepto no puede verse afectada por el hecho de que algunos Estados miembros no hayan adaptado su

---

<sup>49</sup> FJ. 2.13. Sobre el motivo fundado en una pretendida violación de derechos fundamentales.

<sup>50</sup> FJ. 2.13. Sobre el motivo fundado en una pretendida violación de derechos fundamentales.

<sup>51</sup> Ver Decisión del Consejo de Estado, de 21 de noviembre de 2005, asunto *M. Boisvert*. Segunda Parte, Cap. 4. República Francesa, pp. 174-175.

<sup>52</sup> STJCE de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, (FJ. 24. Sobre la primera cuestión (efecto directo del artículo 119)).

<sup>53</sup> STJCE de 8 de abril de 1976, C-43/75, (FJ. 10. Sobre la primera cuestión (efecto directo del artículo 119)).

legislación para hacer realidad el principio o el objetivo. Añade además el TJ que: “*Incluso en aquellos ámbitos en los que el artículo 119 no tuviere efecto directo, no se puede interpretar dicha disposición en el sentido de que reserva al legislador nacional una competencia exclusiva para la aplicación del principio de igualdad de retribución; aplicación que puede resultar, en la medida en que sea necesario, de una convergencia de disposiciones comunitarias y nacionales*”<sup>54</sup>.

Sin embargo la importancia económica de la resolución, pues afectaba a todas las posibles situaciones de discriminación por razón de sexo en todas las retribuciones por un mismo trabajo en toda la Comunidad, el hecho de que la Comisión no había iniciado ningún tipo de procedimiento de infracción contra ningún Estado miembro, y la dificultad práctica en determinar cuáles hubieran sido los niveles retributivos para cada trabajo si las empresas hubieran sido conscientes de la necesidad de prever igual remuneración por igual trabajo, trajo al TJ numerosos problemas con los Estados miembros<sup>55</sup>, que le obligó excepcionalmente a limitar en el tiempo los efectos retroactivos de su sentencia al presente asunto y los que ya se hubieran entablado hasta la fecha<sup>56</sup>. Esta limitación de los efectos en el tiempo, le llevaría en sentencias posteriores a un claro enfrentamiento con la Corte Constitucional italiana y los tribunales del Reino Unido<sup>57</sup>. Aunque lo más importante de esta sentencia es que establece la eficacia directa horizontal del artículo 119 del TCEE en relación con la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo, dándole con ello el mismo tratamiento que le había dado al artículo 7 del Tratado en relación con la discriminación de la nacionalidad en la sentencia de 12 de diciembre de 1974, asunto C-36/74, *Bruno Nils Olaf Walrave, y Longinus Johannes Norbert Koch v. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie, y Federacion Española de Ciclismo*<sup>58</sup>.

Por otro lado, estas sentencias, no sólo van a ser las pioneras en pronunciarse en torno al derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo, si no que van a representar la concepción clara que el TJ tiene respecto a los derechos fundamentales, al afirmar que la no discriminación por razón de sexo constituye un derecho fundamental en el ámbito comunitario, y alude para ello, a la Carta Social Europea de 18 de noviembre de 1961 y al Convenio núm. 111 de la OIT de 25 de junio de 1968. Tras estas sentencias el TJ ha ido aclarando conceptos normativos en su posterior jurisprudencia, hasta el punto de que su doctrina se ha materializado posteriormente en numerosas directivas y Protocolos<sup>59</sup>. Con esta jurisprudencia, se permite advertir la consolidación del sistema iniciado apenas diez años atrás, el cual el propio TJ es

---

<sup>54</sup> STJCE de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, (FJ. 68. Sobre la segunda cuestión (desarrollo del artículo 199 y competencias respectivas de la Comunidad y de los Estados miembros)).

<sup>55</sup> Ver La reforma constitucional de 13 de julio 2006, en la Segunda Parte, Cap. 3. Gran Ducado de Luxemburgo, p. 142. Ver las sentencias *Macarthus Ltd. v Smith* de 17 de abril de 1980 y *Duke v GEC Reliance Ltd*, de 11 de febrero de 1988. en la Segunda Parte, Cap. 7. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, pp. 299-301.

<sup>56</sup> STJCE de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, *Defrenne v. Sabena*.

<sup>57</sup> En concreto la STJUE, de 22 de mayo de 1985, asunto C-33/84, *SpA Fragned contro Amministrazione delle finanze dello Stato*, que se comenta en la Segunda Parte, Cap. 5. República Italiana, p. 210, cita 556, o la sentencia *Pickstone c Freemans* de 30 de junio de 1988 de la Corte de Apelación que se comenta en esta Segunda Parte, Cap. 7. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, pp. 301-302.

<sup>58</sup> UGARTIMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (2014) “Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 33, pp. 443-480.

<sup>59</sup> Como el Protocolo núm. 14 sobre la Política Social anejo al Tratado de Maastricht, del que el Reino Unido e Irlanda del Norte no participaron en las deliberaciones y en la adopción de las propuestas, pues van a ser los países que más conflictos han tenido con el Tribunal de Luxemburgo, valga como ejemplo la STJCE de 9 de febrero de 1982, asunto C-12/81, *Garland v British Rail Engineering Ltd*, (al que hago referencia en la Segunda Parte, Cap. 7. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, pp. 300 y 320. Recordar que su último exponente es el Tratado de Lisboa y la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

consciente cuando afirma que: “(...) el Tribunal ha constatado ya reiteradamente que el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana forma parte de los principios generales del derecho cuyo respeto aquél garantiza (...)”<sup>60</sup>. Evolución jurisprudencial que permite aseverar que el TJ protege los derechos fundamentales a través de los principios generales del derecho, en cuanto derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, para cuya interpretación pueden emplearse los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y, como instrumento especialmente cualificado, el CEDH<sup>61</sup>.

Será también en esta década cuando se reconoce el principio de eficacia directa a otras categorías de Derecho comunitario. La sentencia de 14 de diciembre de 1971, asunto C-43/71, *Politi v Italia*, lo aplica a los reglamentos por su propia naturaleza y posición en el sistema de fuentes comunitarias<sup>62</sup>, y, por el mismo motivo, se amplía a las Decisiones dirigidas a los particulares en la sentencia de 6 de octubre de 1970, asunto C-9/70, *Franz Grad*, “pues si bien los efectos de una Decisión pueden no ser idénticos a los de un Reglamento esta diferencia no excluye que el resultado final sea el mismo que el de un Reglamento directamente aplicable”<sup>63</sup>.

Lo que intentó también ampliar a las directivas en su sentencia de 4 de diciembre de 1974, asunto C-41/74, *Van Duyn*, en la que el Tribunal admitirá la aptitud de las directivas para contener preceptos que confieran a los particulares derechos que puedan alegar ante los tribunales de un Estado miembro y que estos puedan tutelar, argumentando para ello, que si bien por el artículo 189 TCE los Reglamentos son directamente aplicables y, por su propia naturaleza pueden tener efecto directo, de ello no se deriva que otra clase de actos mencionados en dicho artículo nunca puedan tener efectos semejantes. En todos los casos en que las disposiciones de una directiva sean incondicionales y suficientemente precisas cabe su efecto directo. Lo que reitera en la sentencia de 28 de octubre de 1975, asunto C-36/75, *Roland Rutili v Ministre de L'intérieur*. Pero esta sentencia le generó un enfrentamiento con el Consejo de Estado francés<sup>64</sup> el cual, sobre la base del artículo 189 TCE, rechaza su efecto directo y recuerda al TJ que las autoridades nacionales son las únicas competentes para decidir los medios adecuados para hacer posible que las directivas produzcan efectos en el ordenamiento jurídico interno.

Consecuencia de ello, el TJ se vio obligado a matizar su posición en la sentencia de 5 de abril de 1979, asunto C-148/78, *Tullio Ratti*, en la que añadió un nuevo requisito: el de agotar el plazo de ejecución, al decir: “el Estado miembro que no haya adoptado dentro de plazo, las medidas de ejecución que impone la Directiva, no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica; que, de ello se deriva que un órgano jurisdiccional nacional al que recurra un justiciable, que se ha atendido a las disposiciones de una Directiva, solicitando que no se aplique una disposición nacional incompatible con la Directiva a la que no se ha adaptado el ordenamiento jurídico interno del Estado que la incumple, debe estimar dicha petición siempre que la obligación de que se trate sea incondicional y suficientemente precisa”<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> STJCE de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, *Defrenne v. Sabena* (FJ. 26).

<sup>61</sup> PI LLORENS, M. “El Fundamento jurídico de la protección de los Derechos fundamentales por el TJCE”, Cap. II en *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*, Vol. I, Ballaterra, febrero, 1996, pp. 83-131.

<sup>62</sup> Lo que se reitera en la STJCE de 31 de enero de 1978, asunto C-94/77, *Zerbone*.

<sup>63</sup> FJ. 5. Sobre la primera cuestión.

<sup>64</sup> Ver en Segunda Parte. Cap. 4. República Francesa, la Decisión. Núm. 11604, de 22 de diciembre de 1978, asunto *Cohn Bendit*, pp. 157-158.

<sup>65</sup> FFJJ. A. 22-23. Sobre la interpretación de la Directiva 73/173.

Por otro lado, uno de los mayores problemas que seguía teniendo con los Estados miembros, y en concreto con el Reino Unido, era el de los criterios hermenéuticos utilizados por sus tribunales, que en algunas ocasiones suponía la ruptura de la aplicación uniforme del Derecho comunitario, por ello, el TJ, se vio obligado a dictar numerosas resoluciones sobre este tema recordando a los tribunales nacionales, que *“los conceptos jurídicos utilizados en el Derecho comunitario deben interpretarse de manera uniforme en toda la Comunidad”*<sup>66</sup>. *“Por motivo de las diferencias que existen entre las versiones de este texto en idiomas diferentes no se presta a una interpretación clara y uniforme sobre el punto en cuestión. Por consiguiente debe interpretarse por referencia al propósito y el régimen general de las disposiciones de aplicación...”*<sup>67</sup>. Aunque para ello haya que recurrir a la lógica y la equidad<sup>68</sup>. *“Las diversas versiones lingüísticas de un texto comunitario deben interpretarse de manera uniforme y, por tanto, en caso de discrepancia entre estas versiones, la disposición en cuestión, debe ser interpretada a la luz de la estructura general y la finalidad de la normativa de la que forma parte”*<sup>69</sup>. De modo que cuando el Tribunal de Justicia comprueba que existe una aparente diferencia entre una versión en una lengua oficial y en la versión de las demás lenguas oficiales no concede más valor a la interpretación de una versión sobre las demás con el fin de no poner en peligro el principio de seguridad jurídica<sup>70</sup>.

En este mismo orden de cosas procede recordar que uniformidad no requiere reciprocidad, es decir, que los Estados miembros no pueden invocar el principio de reciprocidad ni alegar posibles incumplimientos del Tratado por parte de otros Estados miembros de las obligaciones que a estos incumben para justificar su propio incumplimiento. Por ello en la sentencia de 25 de septiembre de 1979, asunto C-232/78, *Comisión v Francia*, recuerda que los Estados no pueden *“adoptar de modo unilateral medidas correctoras o de defensa para prevenirse contra un posible incumplimiento de las normas del Tratado por parte de otro Estado miembro”*<sup>71</sup>, y en la sentencia de 26 de febrero de 1976, asunto C-52/75, *Comisión v Italia*, le recuerda a este país que *“no pueden invocar los retrasos de otro Estado miembro para justificar su incumplimiento, aunque sólo sea temporalmente... pues el tratado no sólo crea obligaciones recíprocas entre las diferentes personas a las que se aplica, sino que establece un nuevo orden jurídico que rige las facultades, derechos y obligaciones de los sujetos, y los procedimientos necesarios para verificar y sancionar toda violación”*<sup>72</sup>.

Finalmente es necesario también recordar como el propio funcionamiento de la Comunidad Europea puso en evidencia la necesidad por parte del Tribunal de Luxemburgo de recurrir a fuentes jurídicas distintas de los propios Tratados constitutivos para responder correctamente a los desafíos jurídicos que le planteaba la dinámica comunitaria.

---

<sup>66</sup> SSTJCE de 01 de febrero 1972, asunto C-49/71, *Hagen OHG v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, (FJ. 6. Primera Cuestión) y de del 01 de febrero 1972, asunto C-50/71 *Wünsche v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, (FJ. 6. Primera Cuestión).

<sup>67</sup> STJCE de 21 de noviembre 1974, asunto C-6/74, *Moulijn v Comisión*, (FFJJ.10-11.)

<sup>68</sup> STJCE del 05 de febrero 1976, asunto C-94/75, *Süddeutsche Zucker AG v Hauptzollamt Mannheim* (FJ.5.)

<sup>69</sup> STJCE del 27 de octubre 1977, asunto C-30/77, *Regina v Bouchereau*, (FJ. a). 14. Acerca del primer problema).

<sup>70</sup> STJCE de 3 de marzo 1977, asunto C-80/76, *North Kerry Milk Products v Ministro de Agricultura*, (FJ. 11).

<sup>71</sup> FJ. 9. Sobre el fondo. Recordar que Francia al principio su Consejo Constitucional exigía reciprocidad, por entender que la Constitución así lo establecía, ver Segunda Parte, Cap. 4. República Francesa, pp. 153-154, 158,162, 170 y 182-183.

<sup>72</sup> FJ. 11. Lo que años más tarde vuelve a reiterar en la STJCE de 14 de febrero de 1984, asunto C-325/82, *Comisión v Alemania*.



En las relaciones exteriores, la falta de previsión existente en los Tratados y la imposibilidad de recurrir a las competencias implícitas que derivan de los mismos, llevó a que las instituciones comunitarias recurriesen a fuentes de inspiración externas que permitiesen resolver los problemas planteados. Este proceder permitió que estas fuentes materiales externas terminaran por integrarse de facto en el sistema de fuentes del Derecho comunitario, convirtiéndose así en una base jurídica imprevista y complementaria que permitió fundamentar sus actuaciones. Así la propia dinámica comunitaria ha acabado por integrar la costumbre y los principios generales del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico comunitario. El punto de partida se sitúa en la escueta declaración del artículo 220 TCE que dota a la Comunidad de personalidad jurídica y se amplía luego espectacularmente gracias a la jurisprudencia del TJ, al consagrar la teoría de las competencias implícitas. El TJ en su sentencia de 31 de marzo de 1971, asunto C-22/70, *Comisión v Consejo*, dio entrada a la teoría de los poderes implícitos al considerar que la competencia para celebrar acuerdos resulta no sólo de una atribución explícita de los Tratados y de medidas adoptadas, en el marco de estas disposiciones, por las instituciones de la Comunidad sino también, para la puesta en práctica de las políticas comunes previstas por los Tratado. De esta forma: “*para la puesta en práctica de una política común prevista por el Tratado, la Comunidad ha adoptado disposiciones que establecen, bajo cualquier forma, reglas comunes, los Estados miembros dejan de tener derecho individual o colectivamente de contraer con terceros Estados obligaciones que afecten a estas reglas*”<sup>73</sup>.

Pero, en la sentencia de 12 de diciembre de 1972, asuntos C-21-24/72, *International Fruit Company NV y otros*, va más allá pues, el TJ tuvo que enfrentarse a la cuestión de si la validez de los actos adoptados por las instituciones comunitarias, en el sentido del artículo 177 TCE también se refería a su validez respecto al Derecho internacional. El TJ respondió que su “*competencia no implica límite alguno en cuanto a las causas sobre cuya base puede impugnarse la validez de dichos actos*”<sup>74</sup>, cuando estas causas incluyen una discrepancia con alguna norma de Derecho internacional. Para luego responder que, para que la incompatibilidad de un acto comunitario con una disposición de Derecho internacional pueda afectar a la validez de dicho acto, es necesario que dicha disposición sea vinculante para la Comunidad. Lo que obliga al TJ a enfrentarse con la cuestión de que por razón de qué título podrían ser aplicables las normas del GATT en el ordenamiento jurídico comunitario, habida cuenta que el GATT fue celebrado por los Estados miembros antes de la creación de la CEE<sup>75</sup>. El Tribunal de Luxemburgo, resolvió esta cuestión mediante la solución integradora, de la doctrina internacional de la sucesión entre Estados, a la que dio el nombre de sustitución de la Comunidad en los derechos y obligaciones de los Estados miembros. Razonamiento que confirma la naturaleza de la UE, como organización internacional, y por ello sometida al Derecho internacional general tal y como pueden estarlo sus respectivos Estados miembros<sup>76</sup>. Ahora bien, aun admitiendo que la CEE sea una organización internacional, la pregunta que cabe hacerse es: ¿cómo es posible que una Organización fundamente sus actuaciones con arreglo a normas internacionales por las que no está vinculada jurídicamente por el simple hecho de que no ha presentado su consentimiento a la misma, lo que si sucede con sus Estados miembros?. El TJ mediante la aplicación de la analogía responde que se trata de la sucesión

---

<sup>73</sup> FJ. 1.17. Sobre la cuestión previa.

<sup>74</sup> FJ. 5.

<sup>75</sup> La cuestión que se le planteó al TJ se refería a la compatibilidad de un reglamento comunitario con el artículo IX del GATT.

<sup>76</sup> SANCHEZ PATRÓN, J. M. (2006) “La aplicación del Derecho internacional general a las actuaciones de las organizaciones internacionales. La práctica de las Comunidades Europeas-Unión Europea”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 6, pp. 793-816.

estatal en aquellas cuestiones que afectan a la Comunidad y que el principio de continuidad de las obligaciones internacionales, permitiría a una organización europea subrogarse en los derechos y obligaciones asumidos por los Estados miembros con anterioridad. Sin embargo, Y añade que las disposiciones del citado GATT son vinculantes para la Comunidad, en toda medida en que, en virtud del Tratado CEE, la Comunidad ha asumido competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del GATT. Como este GATT no se encuentra vinculado por una disposición normativa en particular, esto es, no es aplicable directamente, la validez de la norma comunitaria no se ve afectada por el GATT. En suma al carecer de efecto directo el GATT no cabe entender que exista conflicto con el Derecho europeo, por lo que en realidad el efecto de las normas internacionales del GATT que de este modo se integran en el ordenamiento comunitario es cero, pues al ser el GATT de gran flexibilidad constituye un escenario en el que todo es negociable.

Cuando son las instituciones comunitarias las afectadas directamente, el Tribunal de Justicia se pronuncia de manera incluso más tajante, tal es el caso de la sentencia de 30 de abril de 1974, asunto C-181/73, *Société de personnes à responsabilité limitée R. & V. Haegeman, Bruselas y el Estado Belga* relativo a la aplicación en Bélgica de una cláusula del Acuerdo de Asociación, celebrado entre la Comunidad Europea y Grecia, el TJ considera que este Acuerdo es un acto adoptado por una de las instituciones de la Comunidad y por ello sus“ (...) disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario; que, por consiguiente, en el marco de dicho ordenamiento jurídico, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del Acuerdo”<sup>77</sup>. Hasta el punto de que en su Dictamen de 26 de abril de 1977 (1/76), el TJ profundiza en esta línea y sienta las bases de su teoría al establecer que: “cada vez que el Derecho comunitario ha establecido para las instituciones de la Comunidad competencia en el plano interno para el logro de un objetivo determinado, la Comunidad es competente para asumir los compromisos internacionales necesarios para la realización de dicho objetivo, incluso en ausencia de disposición expresa al respecto.”

### 2.3. La cuestión prejudicial como fuerza del monismo. Años ochenta

La consolidación de los principios de eficacia directa y primacía del Derecho comunitario, culminará en ésta época para todas las instancias nacionales y en relación tanto del Derecho primario como derivado.

Esto es, el deber de no aplicar legislación nacional en conflicto con la comunitaria y por ello dar primacía al Derecho comunitario, lo ampliará el TJ a todas las autoridades administrativas de los Estados miembros, así como a sus tribunales nacionales. La sentencia de 22 de junio de 1989, asunto C-103/88, *Fratelli Costanzo Spa v Comune di Milano e Impresa ING. Lodigiani Spa*, establece pues la obligación de que “Al igual que al Juez nacional, a la Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en...la Directiva 71/305 del Consejo, así como la de no aplicar aquellas disposiciones de derecho nacional que infrinjan dicho precepto”<sup>78</sup>. Doctrina ésta, que al igual que el reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario sobre el constitucional va a generar problemas en las décadas siguientes<sup>79</sup>, pues, parece dudoso que una autoridad

---

<sup>77</sup> FFJJ. 5-6.

<sup>78</sup> FJ. 33. Sobre la cuarta cuestión.

<sup>79</sup> Ver en la primera década del siglo XXI la STJUE de 19 de mayo de 2009, asuntos C- 171-172/07, *Aphotekerkammer des Saarlandes*.

administrativa, desprovista de facultades del planteamiento de la cuestión prejudicial, tenga sin embargo la obligación de inaplicar normas domésticas<sup>80</sup>.

Así las cosas, la aplicabilidad del Derecho europeo exigida a todas las autoridades nacionales se intentó llevar a cabo mediante la interpretación conforme. Por ello, en la sentencia de 10 de abril de 1984, asunto C-14/83, *Von Colson y Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* establecerá que: “La obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado previsto por ésta, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluido los órganos jurisdiccionales, en el ámbito de su competencia. De ello se desprende que, al aplicar la legislación nacional, en particular las disposiciones de una ley nacional introducida específicamente con el fin de implementar una directiva, se requiere el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y propósito de la directiva”<sup>81</sup>. Añadiendo la sentencia que las directivas obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero deja libertad, “(...) sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios.”<sup>82</sup> Lo que significa que, aunque una disposición deje libertad a los Estados para elegir los procedimientos y los medios destinados a garantizar la aplicación de la norma comunitaria, “(...) ello no obsta a que los Estados miembros destinatarios de aquélla estén obligados a adoptar, en su ordenamiento jurídico nacional, todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la Directiva, conforme al objetivo por ella perseguido”<sup>83</sup>. En consecuencia, si bien “Corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional resolver sobre este extremo de la interpretación conforme a su derecho nacional”<sup>84</sup>, precisa que la obligación de los Estados miembros, es alcanzar el resultado previsto por la norma comunitaria, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, el adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación. El principio de interpretación conforme al que acude el TJ lo hace descansar principalmente en el artículo 5 del TCE como principio de cooperación leal<sup>85</sup>, reconociendo con ello, que las autoridades judiciales de los Estados miembros están sujetas a esta cooperación cuando actúan en el marco de sus competencias. Principio que en otros casos se ha utilizado por el TJ como basamento para el reconocimiento de la obligación de los Estados miembros de garantizar la plena aplicación y el respeto del Derecho comunitario dentro de los mismos. Y, a sensu contrario, en la en la sentencia de 15 de marzo de 1983, asunto C-61/82, *Italia v Comisión*, dirá que: “Si las preocupaciones sociales de un Estado miembro pueden justificar iniciativas apropiadas para obtener, en un entorno comunitario, la adaptación de las normas aplicables, no pueden, sin embargo, conducir a una interpretación contraria a los términos y los objetivos de la normativa comunitaria”<sup>86</sup>. Ahora bien, la interpretación conforme de la norma nacional con la comunitaria no siempre ha sido posible y los problemas para acudir a esta teoría en los Estados miembros no

---

<sup>80</sup> ALONSO GARCÍA, R. (2011) “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)”. *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional Working Papers on European Law and Regional Integration*, Ed. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) WP IDEIR núm. 4, pp. 1-18.

<sup>81</sup> FJ. 26. Lo que reitera en la STJCE del 10 de abril 1984, asunto C-79/83, *Harz v Deutsche Tradax*.

<sup>82</sup> FJ. 18.

<sup>83</sup> FJ. 18.

<sup>84</sup> FJ. 28.

<sup>85</sup> Respecto a estos deberes recíprocos de cooperación leal de las instituciones comunitarias para con los Estados miembros, es significativa la STCE de 6 de julio de 1983, asunto T-230/82, *Kirsten Johanning v Comisión*.

<sup>86</sup> FJ. A.6. La venta de intervención de cereales.

tardaron en llegar, como ocurrió en el asunto *Factortame* y el Reino Unido, al que me referiré en la década siguiente.

Merece también destacar la sentencia de 13 de diciembre de 1989, asunto C-322/88, *Grimaldi*, donde se observa con claridad cómo el TJ al no poder acudir a la teoría de la interpretación conforme recurre a la de los parámetros interpretativos. Así, tras recordar que las recomendaciones carecen de eficacia obligatoria por imperativo de los Tratados, no pueden ser consideradas como carentes en absoluto de efectos jurídicos. Y entre los efectos jurídicos no vinculantes más significativos destaca el de servir como parámetros de interpretación del Derecho comunitario vinculante. Esto es, la doctrina *Grimaldi* impone al juez la obligación de no olvidar la existencia de la recomendación, de utilizar este acto comunitario no como parámetro interpretativo, sino como motivación sobre su posible descarte en la aplicación del Derecho interno contrario al Derecho comunitario. La recomendación debe ilustrar “*acerca de la interpretación de las disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante*”<sup>87</sup>.

La teoría de la interpretación conforme la va a aplicar el TJ también para la propia normativa comunitaria, para exigir que la interpretación que de la norma comunitaria hagan las autoridades nacionales sea conforme a lo querido por los Tratados fundacionales. Dado que los Tratados constitutivos están redactados en los diferentes idiomas oficiales y que el Derecho comunitario derivado es auténtico en las distintas versiones lingüísticas, la ejecución normativa y administrativa o la aplicación judicial resultan especialmente complejas. En efecto, el multilingüismo y las distintas culturas jurídicas interpretativas justifican en muchos casos una intervención del TJ en ayuda a los demás aplicadores del Derecho comunitario. En este sentido, el Tribunal de Justicia en la sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, *CILFIT v Ministerio de la Salud*, dicta una serie de pautas a seguir para zanjar una controversia jurídica con los jueces nacionales, en relación con la teoría del acto claro. El TJ recordó que: “*los textos de Derecho comunitario están redactados en varias lenguas y que las distintas versiones lingüísticas son auténticas por igual; una interpretación de una disposición de Derecho comunitario implica, por tanto, una comparación de las versiones lingüísticas; incluso en los casos de concordancia exacta de las versiones lingüísticas, el Derecho comunitario utiliza una terminología que es propia; además, conviene subrayar que las nociones jurídicas no tienen necesariamente el mismo contenido en Derecho comunitario y en los diferentes Derechos nacionales; toda disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de disposiciones de este Derecho, de sus finalidades y del estado de su evolución en la fecha en la que la aplicación de la disposición de que se trate deba realizarse.*”<sup>88</sup> El Tribunal de Justicia pretende con ello el dejar claro que para la aplicación uniforme del Derecho comunitario no se puede tener en cuenta el sentido y el alcance de interpretación autónoma por parte de un Estado miembro. El TJ busca una interpretación autónoma del Derecho comunitario en el que sea preponderante el método finalista con el fin de

---

<sup>87</sup> FJ. 18-20.

<sup>88</sup> FJ. 18. Ver también SSTJCE del 17 de noviembre 1983, asunto C-292/82, *Merck Hauptzollamt Hamburg-Jonas*; de 13 de diciembre de 1983, asunto C-218/82, *Comisión v Consejo*; de 25 de noviembre de 1986 asuntos C-201-202/85, *Klensch v Secretario de Estado*; sentencias de 4 de diciembre de 1986 asunto C-220/83, *Comisión v Francia*; de 4 de diciembre de 1986, asunto C-252/83, *Comisión v Dinamarca*; de 4 de diciembre de 1986, asunto C-205/84, *Comisión v Alemania*; de 4 de diciembre de 1986, asunto C-206/84, *Comisión v Irlanda*; de 18 de enero 1984, asunto C-327/82, *Ekro*; o de 28 de marzo 1985, asunto C-100/84, *Comisión v Reino Unido*.

recurrir a principios generales que caractericen y distinguan este ordenamiento comunitario de los nacionales<sup>89</sup>.

Pero, la década de los ochenta se va a caracterizar por sentar las bases sobre la cuestión prejudicial, y con ella la relación entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Luxemburgo, ya que la cuestión prejudicial de la UE constituye, el verdadero instrumento de colaboración judicial para garantizar la correcta interpretación y aplicación uniforme del ordenamiento comunitario en los países miembros.

En este sentido, el Tribunal de Justicia ha considerado a la cuestión prejudicial como esencial para la preservación del carácter comunitario del derecho instituido por los Tratados<sup>90</sup>, toda vez que tiene por “*objeto garantizar que, en cualesquiera circunstancia, ese derecho produzca el mismo efecto en todos los Estados miembros*”, en aras a lo que establece “*una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en cuyo marco estos últimos participan de forma estrecha en la correcta aplicación y en la interpretación uniforme del derecho de la Unión, así como en la tutela de los derechos conferidos a los particulares por ese ordenamiento jurídico.*”<sup>91</sup>

En efecto, al haberse demostrado con jurisprudencia de épocas anteriores que el mecanismo de los reenvíos prejudiciales del artículo 177 TCEE eran un poderoso dispositivo de integración entre el Derecho comunitario y el derecho nacional<sup>92</sup>, en esta década el Tribunal de Luxemburgo sentará las bases de la naturaleza de la función prejudicial y los motivos para acudir a ella por los tribunales nacionales. En la sentencia de 7 de julio 1981, asunto C-158/80, *Rewe v Hauptzollamt Kiel*, dirá claramente que: “*el sistema de protección jurídica implantado por el Tratado, tal como se expresa en particular en el artículo 177 significa que cualquier tipo de acción prevista por la legislación nacional debe ser utilizado para garantizar el cumplimiento de las normas comunitarias y su efecto directo en las mismas condiciones de elegibilidad y el procedimiento como si fuera para asegurar el cumplimiento con la legislación nacional*”<sup>93</sup>. Lo que volverá a reiterar en la sentencia 09 de julio 1985 asunto C-179/84 *Bozzetti v Invernizzi*, al recordar que no corresponde al Tribunal intervenir en la resolución de cuestiones de competencia que puedan surgir dentro del sistema judicial nacional de la calificación de determinadas situaciones jurídicas basadas en el Derecho comunitario, salvo que calificación en el Derecho nacional esté ligada a la calificación en el Derecho comunitario, en cuyo caso el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta, en el marco de una remisión prejudicial, los elementos de Derecho comunitario que pueden contribuir a la solución del problema de competencia que se enfrenta.

Por su parte, la sentencia de 16 de diciembre de 1981, asunto C-244/80, *Pasquale Foglia, de S. Vittoria d'Alba v Mariella Novello, de Magliano Alfieri*, el Tribunal enfatiza el carácter jurisdiccional de la cuestión prejudicial que el Tratado atribuye, afirmando que, para salvaguardar ese carácter, es necesario garantizar que la misma no resulte ejercida más que en el

---

<sup>89</sup> ORDOÑEZ SOLÍS D. (2002) “La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario europeo” *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 56, N° 1921, 2002, pp. 2329-2354.

<sup>90</sup> Recordar que esto mismo lo vuelve a reiterar en su Dictamen 1/2009 de 8 de marzo de 2011, sobre la importancia del artículo 267 del TFUE.

<sup>91</sup> Dictamen TJ 1/09, de 8 de marzo de 2011, apartados 84-86. Ver su comentario en CIENFUEGOS MATEO, M., (2011) “La trascendencia de la función como jueces ordinarios del Derecho de la Unión Europea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A propósito del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, del Tribunal de Justicia”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 26, 2012, pp. 1-24.

<sup>92</sup> STJCE de 29 de noviembre de 1978, asunto C-83/78, *Pigs Marketing Board v Raymond Redmond*.

<sup>93</sup> FJ. 44. Sobre las cuestiones tercera, quinta y octava (sobre los derechos de acción conferidos a los justiciables por los Reglamentos y Directivas de que se trate).

marco de verdaderos litigios pues, en otro caso, dicha función perdería tal carácter para convertirse en una tarea meramente consultiva. Así, *“procede recordar, como el Tribunal de Justicia ha tenido la ocasión de señalar en los contextos más diversos que el artículo 177 se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el Juez nacional y el Juez comunitario, en interés de la buena administración y de la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros. A este respecto, corresponde al Juez nacional -ya que es éste quien conoce del fondo del litigio y quien deberá asumir la responsabilidad de la decisión que adopte- apreciar, ..., la necesidad de que se resuelva una cuestión prejudicial para poder pronunciarse. Al hacer uso de dicha facultad de apreciación, el Juez nacional desempeña, en colaboración con el Tribunal de Justicia, una función que se les atribuye en común con el fin de garantizar el respeto del derecho en la aplicación e interpretación del Tratado. ... Por consiguiente, no es competente para responder a cuestiones de interpretación que se le planteen en el marco de artificios procesales utilizados por las partes con el objeto de que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre ciertos problemas de Derecho comunitario que no obedecen a una necesidad objetiva inherente a la solución de un litigio. Una declaración de incompetencia en tal supuesto no menoscaba en absoluto las prerrogativas del Juez nacional, sino que permite evitar que se utilice el procedimiento del artículo 177 con fines que no son los propios”*<sup>94</sup>.

Esto significa que los órganos jurisdiccionales nacionales, sean de primera o de última instancia, no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias porque las competencias reconocidas al Tribunal de Justicia por el artículo 117, tienen esencialmente por objeto garantizar una aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales, y esta exigencia de uniformidad, es particularmente imperiosa cuando se trata de la validez de un acto comunitario, toda vez que las divergencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios pueden llegar a comprometer la misma unidad del ordenamiento jurídico comunitario y perjudicar la exigencia fundamental de la seguridad jurídica<sup>95</sup>.

Todo esto, por otro lado explica que el incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia cuando es necesario hacerlo y la vulneración de sus sentencias prejudiciales cuando son aplicables al litigio nacional sean susceptibles de recursos internos, incluidos los de amparo constitucional. Planteamiento éste que llevó a la que la *Corte Suprema di Cassazione* italiana a preguntar al Tribunal de Justicia la cuestión de que si, en un litigio pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no son susceptibles de un ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia. Ante la duda planteada, el TJ en la sentencia antedicha asunto C-283/81, *CILFIT*, conocida como la sentencia de la teoría del acto claro, explica la razón de ser de la cuestión prejudicial entendiendo que *“(...) se inserta en el marco de la colaboración, instituida con el fin de garantizar la correcta aplicación y la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros, entre los órganos jurisdiccionales nacionales, en su calidad de Jueces competentes para la aplicación del*

---

<sup>94</sup> FFJJ. 14-16 y 18.

<sup>95</sup> CIENFUEGOS MATEO, M. (2013) “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la comunidad andina: similitudes, diferencias e influencias”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 25. Ver en [www.reei.org](http://www.reei.org). Ver también el STJCE de 22 de octubre de 1987, asunto C-14/85, *Foto Frost*, que el FJ. 15. Establece que a esta conclusión se llegaba también si se tenía en cuenta *“la necesaria coherencia del sistema de protección jurisdiccional establecido por el Tratado”*, puesto que la cuestión prejudicial de validez *“constituye, de la misma manera que el recurso de anulación, una modalidad del control de legalidad de los actos de las instituciones comunitarias”* que los Tratados atribuyen en exclusiva al Tribunal de Justicia (FF JJ. 16-18).

*Derecho comunitario, y el Tribunal de Justicia*<sup>96</sup>. Para a continuación establecer la obligación a todos los tribunales nacionales de última instancia “*de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia*”, a menos que, “*haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad*”<sup>97</sup>.

Así pues, es del todo evidente que la inaplicación de una ley nacional por contraria al Derecho de la Unión no pasa por el previo planteamiento, por definición, de una cuestión prejudicial; es más, una imposición interna en ese sentido sería manifiestamente incompatible con la doctrina del Tribunal de Justicia. Esta sentencia deja sentado lo que ya en su momento dijo Laferrèrière de que “*es preciso que haya una cuestión, esto es, una dificultad real planteada por las partes o espontáneamente reconocida por el juez, y que por su naturaleza pueda hacer surgir una duda en un espíritu ilustrado*”<sup>98</sup>.

El TJ ha aceptado, pues, los principios básicos de la doctrina francesa del acto claro, aunque con matices, pues, a la convicción del juez nacional se le une la de la duda razonable, de forma que aunque el juez nacional tenga convencimiento de cuál es la interpretación en los términos del Derecho comunitario, si subsiste la duda razonable deberá plantearse la cuestión prejudicial. Lo que significa que el juicio negativo de validez de las normas de la Unión queda reservado al TJ.

También va a resolver en esta década el TJ qué tribunales nacionales deben o pueden acudir al reenvío prejudicial, en la sentencia de 9 de noviembre de 1983, asunto C-199/82, *Ministrazione delle Finanze dello Stato v SpA*. sobre el particular, “*recuerda su reiterada jurisprudencia según la cual el derecho a someter una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177 corresponde a cualquier órgano jurisdiccional de los Estados miembros, independientemente, por lo demás, de la fase del juicio del que conoce y de la naturaleza de la decisión que deba pronunciar*”<sup>99</sup>. Dota pues el TJ a los Estados miembros de una plena autonomía procesal, en el sentido de que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado designar los órganos jurisdiccionales competentes, así como la modalidad procesal de los recursos en vía jurisdiccional en aras a la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario. Pero, por otro, recuerda y matiza, en esta misma sentencia, que no obstante el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, esas modalidades procesales nacionales no pueden ser menos favorables que las relativas a recursos similares de naturaleza interna y en ningún caso pueden estar dispuestas o articuladas de forma que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario, derechos que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de proteger. De ahí que el Alto Tribunal diga que “*los justiciables que fundamentan sus derechos en el Derecho comunitario no pueden ser*

---

<sup>96</sup> FJ. 7.

<sup>97</sup> FJ. 21.

<sup>98</sup> LAFERRIÈRE, E. (1887) “*Traité de la Jurisdiction administrative et Recours Contentieux*”, Review by Frank J. Goodnow, Published by the Academy of Political Science, vol. 2, núm. 4, Dec, pp. 709-712.

<sup>99</sup> FJ. 8. Sobre la admisibilidad.

*tratados de modo menos favorable que los que formulan reclamaciones análogas fundadas en el derecho nacional*<sup>100</sup>.

Década que terminaré con la sentencia de 23 de abril de 1986, asunto C-294/83 *Parti écologiste "Les Verts" v Parlamento Europeo*, en la que el TJ resume toda su jurisprudencia anterior al reconocer que: "(...) en primer lugar, la Comunidad Económica Europea es una Comunidad de derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la Carta Constitucional fundamental que constituye el Tratado". En segundo lugar, que "(...) los artículos 173 y 184, por una parte, y el artículo 177 por otra, del Tratado establecen un sistema completo de vías de recursos y de procedimientos destinados a confiar al TJ el control de la legalidad de los actos de las instituciones. Las personas físicas y jurídicas se hallan de este modo protegidas contra la aplicación a las mismas de los actos de alcance general que no pueden impugnar directamente ante el TJ en virtud de las condiciones especiales de admisibilidad especificadas en el Tratado. Cuando la aplicación administrativa de estos actos compete a las instituciones comunitarias, las personas físicas y jurídicas pueden interponer un recurso directo ante el TJ contra los actos de aplicación de que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente e invocar, en apoyo de este recurso, la ilegalidad del acto general de base. Cuando su ejecución sea competencia de las instancias nacionales, aquéllas pueden alegar la invalidez de los actos de alcance general ante los órganos jurisdiccionales nacionales e inducirles a consultar al TJ a este respecto mediante las cuestiones prejudiciales"<sup>101</sup>.

#### **2.4. La responsabilidad de los Estados miembros nueva forma de hacer efectivo el Derecho comunitario. Años noventa**

En 1989, Europa y el mundo dieron un viraje decisivo. Fue un momento en el que la historia cambió a una marcha superior.

Una aceleración que quedó simbolizada en la caída del muro de Berlín y las revoluciones de terciopelo en la Europa central y del este. Los regímenes totalitarios y autoritarios fueron abandonando el escenario de la historia. Todos estos acontecimientos tuvieron un impacto fundamental en el proceso de integración europea. El Presidente francés, François Mitterand, receloso ante una posible vuelta a una política hegemónica de Alemania en Europa, decidió apoyar un nuevo impulso al proceso de integración europeo como medio para "anclar" a Alemania en Europa. El Canciller alemán, Helmut Kohl, hizo lo propio para vencer la desconfianza con que se veía en París y Londres a la Alemania reunificada. El "vacío de poder" que se creó en la Europa central y oriental con la caída del comunismo y el derrumbamiento de la URSS, hizo que la CEE se erigiera como una organización que garantizaba estabilidad en medio de una Europa convulsa. De hecho, las nuevas democracias surgidas de la caída del comunismo se precipitaron a iniciar negociaciones para la adhesión a la Comunidad.

Por otro lado, la inestabilidad financiera y monetaria caracterizó también este período. El *crash* bursátil de 1987 que afectó a las principales bolsas mundiales y los problemas del Sistema Monetario Europeo que terminaron por estallar en 1992 (la libra esterlina y la lira italiana tuvieron que salir del SME, y la peseta y el escudo portugués se vieron forzados a la devaluación) fueron también factores que intervinieron para impulsar a los líderes políticos europeos a dar un paso decisivo en la marcha hacia la unidad europea. Todos estos factores confluyeron para dar el gran paso adelante que supuso el Tratado de la Unión Europea. En 1990,

---

<sup>100</sup> FJ. 16. Sobre la primera cuestión.

<sup>101</sup> FJ. 23.



en un mensaje conjunto, Helmut Kohl y Francois Mitterand, afirmaron: “...juzgamos necesario acelerar la construcción política de la Europa de los doce. Pensamos que es el momento de transformar el conjunto de las relaciones entre los Estados miembros en una Unión Europea y dotarla de los medios de acción necesarios”<sup>102</sup>.

Comenzaron así modificaciones significativas para progresar en la integración, tales como: el Acta Única Europea, Maastricht y Ámsterdam<sup>103</sup>. El Acta Única, introdujo los cambios institucionales que requerían una aceleración del mercado único y la adopción de numerosas directivas que permitieron avanzar en la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales. Maastricht, significó las bases de la Unión Económica Monetaria y la fijación de los principios de la ciudadanía europea; y Ámsterdam abrió la perspectiva de una Política Exterior y de Seguridad Común.

En este ambiente de reformas, se optó por no modificar el sistema jurisdiccional limitándose a introducir cambios puntuales pero, el TJ acorde con el sentimiento de integración, no sólo va a mantener su postura de primacía del Derecho comunitario, sino que va a intentar superar los obstáculos de los contra límites de las Constituciones de los Estados miembros y hacer un nuevo intento uniformador de la aplicación del Derecho europeo en todos los Estados miembros, resolviendo los problemas que habían quedado en el tintero en las décadas anteriores.

La doctrina de la primacía sobre la ley interna que asentó bajo la doctrina *Simmenthal*, de inaplicar que no invalidar la norma interna en conflicto con el Derecho comunitario, para evitar injerencias en los ordenamientos de los Países miembros, tuvo que matizarla de nuevo en esta década como resultado del sin fin de problemas que le estaba generando tanto ante los Estados miembros como frente a las instituciones comunitarias.

En relación con las instituciones, lo resolvió con la sentencia de 22 de octubre de 1998, asuntos acumulados C-10/97 a C-22/97, *Ministero delle Finanze E IN. CO. GE. '90 Srl y otros*, sobre inaplicación y anulación de ley nacional en conflicto, pues la Comisión Europea, basándose en la sentencia *Simmenthal*, quería que la norma nacional contraria al Derecho comunitario fuera inexistente. El TJ consideró que no se requería que la ley nacional en conflicto con la legislación comunitaria fuera declarada nula, bastaba con que fuera inaplicada. Así, partiendo de la sentencia *Simmenthal* añadió que: “*Esta jurisprudencia ha sido confirmada en numerosas ocasiones. Por consiguiente, contrariamente a lo que sostiene la Comisión,...no puede deducirse que la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma de Derecho nacional posterior produzca el efecto de determinar la inexistencia de ésta. Ante semejante situación, el Juez nacional está obligado, en cambio, a descartar la aplicación de esa norma, en la inteligencia de que esta obligación no limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar, entre los distintos procedimientos del ordenamiento jurídico interno, aquellos que sean apropiados para salvaguardar los derechos individuales reconocidos por el Derecho comunitario*”<sup>104</sup>. Dejando con ello claro que la diferencia entre inaplicar, invalidar o anular sólo compete a los Estados miembros.

---

<sup>102</sup> <http://clio.rediris.es/udidactica/actaunica.htm>. Consultado el día 14 de julio de 2014.

<sup>103</sup> El Acta Única Europea (AUE), firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia, supone la primera modificación de gran alcance del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Entró en vigor el 1 de julio de 1987. El Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. El Tratado de Ámsterdam que se firmó el 2 de octubre de 1997 y entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

<sup>104</sup> FJ. 21. Sobre la cuestión planteada.

Lo que reiteró en la de 13 de marzo de 1997, asunto C-197/96, *Comisión v República Francesa*, conocida como *Simmenthal II*, al condenar a Francia por no inaplicar el artículo en conflicto con la directiva comunitaria que generaba desconcierto jurídico en los particulares y les exponía a sanciones penales injustificadas. El Tribunal se muestra inflexible de no forzar a los tribunales nacionales a invalidar la ley nacional, se limita a pedirles su no aplicación en caso de conflicto. Ahora bien, como recuerda la citada sentencia: “(...) según jurisprudencia reiterada, la incompatibilidad de una legislación nacional con las disposiciones del Derecho comunitario, aunque sean directamente aplicables, sólo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que las disposiciones internas que deban modificarse. Por consiguiente, las resoluciones judiciales o las meras prácticas administrativas –estas últimas por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada– no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado CE (...)”<sup>105</sup>. Dejando con ello claro, que aunque no exija inadmitir sino meramente inaplicar, las resoluciones judiciales o las meras prácticas administrativas, estas últimas por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado<sup>106</sup>.

Respecto a los Estados miembros, el mayor conflicto se produjo con el Reino Unido y su *Merchant Shipping (Registration of Fishing Vessels) Regulation Act* de 1988, con el que comenzó la larga batalla que desembocó en la sentencia de 19 de junio de 1990, asunto C-213/1989, *The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, conocida como *Factortame I*. Esta sentencia aclaró que, cualquier tribunal nacional es competente para suspender, aunque sea cautelarmente, la aplicación de sus leyes nacionales, cuando se den a primera vista los requisitos de urgencia y contradicción del Derecho comunitario con el derecho interno. El TJ como ya dijo en su sentencia *Simmenthal*, recordó que, “las normas de aplicabilidad directa del Derecho comunitario “deben ser plena y uniformemente aplicadas en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante todo su período de validez”... y que “en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables producen el efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros [...], de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional”. “Según la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, en virtud del principio de cooperación establecido por el artículo 5 del Tratado, proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario. Este Tribunal de Justicia consideró también que sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar ese derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias (sentencia *Simmenthal*, ya citada, apartados 22 y 23)”. Y añade en sus apartados siguientes que: “la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de derecho nacional pudiera impedir al Juez que

---

<sup>105</sup> FJ. 14.

<sup>106</sup> Ver también SSTJCE de 24 de marzo de 1994, asunto C-80/92, *Comisión v Bélgica*; de 26 de octubre de 1995, asunto C-151/94, *Comisión v Luxemburgo*; de 7 de marzo de 1996, asunto C-334/96, *Comisión v Francia*; de 13 de marzo de 1997, asunto C-197/96, *Comisión v Francia*; o de 8 de julio de 1999, asunto C-203/98 *Comisión v Bélgica*.

conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario. De ello resulta que el Juez que, en esas circunstancias, concedería medidas provisionales si no se opusiese a ello una norma de derecho nacional está obligado a excluir la aplicación de esta última norma. Esta interpretación es corroborada por el sistema establecido por el artículo 177 del Tratado CEE, cuya eficacia resultaría menoscabada si el órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento hasta que este Tribunal de Justicia responda a su cuestión prejudicial no pudiera conceder medidas provisionales hasta el pronunciamiento de su resolución adoptada tras la respuesta del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada de que el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales”<sup>107</sup>. Esto es, la sentencia exige para hacer efectivo el Derecho comunitario la obligación, que no la opción, de los jueces nacionales de garantizar preventivamente los derechos que puedan eventualmente derivarse del Derecho comunitario. Es pues, una protección provisional vinculada a la protección judicial efectiva. Se trataría, no tanto de la cuestión clásica de la primacía sino más bien de una cierta primacía preventiva ante una incompatibilidad eventual de la norma nacional<sup>108</sup>. La solicitud y concesión de medidas cautelares han de fundarse en la concurrencia de las dos condiciones clásicas en esta sede: el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, esto es que el derecho aparezca como probable y jurídicamente aceptable y la urgencia o *periculum in mora* por el riesgo de ineficacia de la resolución judicial ante el perjuicio grave e irreparable que se podría producir si se espera a que recaiga la sentencia en el asunto en causa<sup>109</sup>.

Por otro lado, unido a estas aclaraciones en torno a la primacía, resuelve también determinadas cuestiones respecto a la eficacia directa. En concreto respecto de las directivas, más concretamente en los casos de falta de transposición o de incorporación errónea de las directivas a los ordenamientos internos. Lo que supone el tener que analizar los aspectos relevantes de la aplicabilidad de las directivas: los efectos del plazo de transposición, la anticipación o demora legislativa en la incorporación de la directiva y la preocupación por los derechos de los ciudadanos<sup>110</sup>.

En primer lugar habría que hacer referencia a aquellos casos en que no es precisa una incorporación formal porque el ordenamiento nacional ya estaba adaptado, al contar previamente con un contexto normativo apropiado. En estos casos el TJ en su sentencia de 23 de marzo de 1995, asunto C-365/93, *Comisión v Grecia* sólo exigirá que: “el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva por parte de la Administración nacional, y que la situación jurídica, que resulte de dicho derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los Tribunales nacionales.”<sup>111</sup> Recordando además que la norma interna deberá ser adecuada al sentido querido por la directiva, es decir como reza la sentencia de 24 de octubre de 1996, asunto C-72/95, *Kraaijeveld* el tener la posibilidad de oponerse a la aplicación del Derecho nacional que haya sobrepasado el margen de maniobra permitido por la directiva. O en la sentencia de 20 de marzo de 1997, asunto C-13/96, *Bic*

---

<sup>107</sup> FFJJ. 18-21 y 23.

<sup>108</sup> GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R. y CARPI BADÍA, J.M. op. cit., pp. 13-48.

<sup>109</sup> Ver en la Segunda Parte, Cap. 7. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, p. 304.

<sup>110</sup> ORDOÑEZ SOLÍS, D. op. cit., pp. 2329-2354.

<sup>111</sup> FJ. 9.

*Benelux SA*, que los tribunales nacionales deben negarse a aplicar aquella parte de la norma interna que no se ajuste de forma precisa con la directiva<sup>112</sup>.

Cuando los Estados miembros adoptan las disposiciones normativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en una directiva, el TJ, siguiendo la denominada cláusula de interconexión acordada en el Consejo sobre el Mercado interior de 8 de noviembre de 1990, exige a los Estados miembros hacer referencia a la directiva en cuestión, con una referencia de su publicación oficial, a efectos de dar cuenta del origen comunitario de la norma nacional y reforzar la obligatoriedad de interpretar la norma nacional de ejecución de acuerdo con el contenido de la directiva. Así, en su sentencia de 25 de febrero de 1999, asunto C-131/97, *Carbonari y otros*, especifica que: “*En tales circunstancias corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar en qué medida el conjunto de las disposiciones de Derecho nacional y, más concretamente, para el periodo posterior a su entrada en vigor, la disposición de una ley promulgada para adaptar el Derecho interno a la Directiva 82/76 puede interpretarse, desde la entrada en vigor de tales disposiciones a la luz de la letra y de la finalidad de la citada Directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue.*”<sup>113</sup>

Desde otra óptica, el TJ exigirá de forma continua que se interprete el ordenamiento interno conforme a lo querido por una directiva. Así en la sentencia de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89, *Marleasing v Comercial Internacional de Alimentación*, el TJ recuerda que: “*al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado*”<sup>114</sup>.

Interpretación conforme, que además impondrá con una serie de limitaciones. En la sentencia de 14 de junio de 1994, asunto C -91/92, *Faccini Dori* reconoce que: “*cuando no se ha llevado a cabo una adaptación del Derecho nacional a una directiva, ésta no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de los particulares*”<sup>115</sup>. Es decir, no se podrá acudir a esta interpretación conforme cuando la normativa interna contradiga de forma patente y flagrantemente la directiva, en éstos casos se debería acudir al principio de primacía del Derecho europeo sobre el Derecho nacional. Finalmente tampoco cabrá acudir a la interpretación conforme en materia de derecho sancionador. En la sentencia de 26 de septiembre de 1996, asunto C-168/95, *Arcaro*, reconoce que: “*esta obligación del juez nacional de tener presente el contenido de la Directiva al interpretar las normas pertinentes de su derecho nacional tiene sus límites cuando tal interpretación conduce a que se oponga frente a un particular una obligación prevista por una Directiva si aún no se ha adaptado a ella el Derecho interno o, con mayor razón, cuando conduce a determinar o agravar, basándose en la Directiva y a falta de una ley adoptada para su aplicación, la responsabilidad penal de quienes la contravengan.*”<sup>116</sup>, lo que reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1996, asuntos C-75/95 y C-129/95, *Criminal proceedings against X*, con la excepción de aquellos supuestos en los que

---

<sup>112</sup> Consolidada por las posteriores SSTJUE de 16 de septiembre de 1999, asunto C-435/97, *World Wild Fund*; de 16 de junio de 1998, asunto C-226/97, *Lemmens*; y de 21 de septiembre de 1999 asunto C-392/96, *Comisión v Irlanda*.

<sup>113</sup> FJ. 49. El litigio principal. Lo que reitera en la STJUE de 19 de marzo de 2002, asunto C-476/99, *Lomers* al referirse a la interpretación de una Ley holandesa sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

<sup>114</sup> FJ. 8.

<sup>115</sup> FJ. 20. Sobre la invocabilidad de las disposiciones de la Directiva relativa al derecho de renuncia, en un litigio entre un consumidor y un comerciante.

<sup>116</sup> FJ. 37. Sobre la Segunda cuestión.

el Derecho comunitario permite la adopción de medidas de mayor protección, esto es, en los sistemas penales que, de acuerdo con sus propias normas nacionales prevean un régimen sancionador más amplio (sentencia de 22 de junio de 2000, asunto C-318/98, *Fornasar y otros*).

Por su parte la obligación de incorporar al Derecho nacional una directiva queda sometida prácticamente en todos los casos a un plazo. Plazo éste que generará numerosos problemas con los Estados miembros, fundamentalmente de dos tipos:

Por un lado, porque se pretenda la aplicabilidad de una Directiva antes de agotarse el plazo de transposición. El TJ en su sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-129/96, *Inter Environnement Wallonie ASBL v Region de Valona*, acudiendo al principio de cooperación leal, estableció que: “A este respecto, si bien los Estados miembros no están obligados a adoptar medidas antes de expirar el plazo de adaptación del Derecho interno, de la aplicación del artículo 5, en relación con el artículo 189 del Tratado, así como de la propia Directiva, se deduce que durante dicho plazo deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si éstas circunstancias concurren en el caso de las disposiciones nacionales cuya legalidad debe examinar”<sup>117</sup>.

Por otro, porque no se adopte la norma interna de transposición de una directiva o se adopte fuera de plazo. Pues, si bien el TJ reconoció a mediados de los 70 que en los supuestos de directivas precisas, claras e incondicionadas los particulares podían invocarlas directamente, y, en los 80 les reconoció el efecto directo vertical, no se atreverá en esta década, sin embargo, a dar el paso de reconocerles el efecto directo horizontal. Lo único en lo que avanzará será en exigir una reparación por parte del Estado en cuestión, de los daños causados al particular por no haber transpuesto dicho Estado la directiva en el plazo exigido<sup>118</sup>.

La sentencia de 28 de mayo de 1991, asuntos C-6/90 y C-9/90 *Francovich* sienta definitivamente las bases sobre la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho comunitario. En la primera parte de la sentencia, el Tribunal constató, acorde con su jurisprudencia anterior, que una directiva no tiene efecto directo, cuando sus disposiciones no son suficientemente precisas e incondicionales por lo que los particulares no podían, pues, exigir al juez la aplicación directa de la directiva. Sin embargo, al recordar los fundamentos mismos del ordenamiento jurídico comunitario y la obligación de los jueces de garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario y proteger los derechos que este confiere a los particulares, el Tribunal añadió, en la segunda parte de la sentencia, “que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado Miembro”<sup>119</sup>. Según el Tribunal, esta posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado, como, por ejemplo, la transposición de una directiva. Con una referencia al artículo 5 del Tratado (ahora artículo 10 CE), el Tribunal llega a la conclusión de que “el Derecho comunitario impone el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables”<sup>120</sup>. Mediante

---

<sup>117</sup> FJ. 45. Sobre la Primera cuestión.

<sup>118</sup> Luxemburgo es uno de los países que más se ha sancionado por no trasponer en plazo directivas. Ver Segunda Parte, Cap. 3. Gran Ducado de Luxemburgo, p. 140.

<sup>119</sup> FJ. a) 33. Sobre el principio de responsabilidad del Estado.

<sup>120</sup> FJ. a) 35. Sobre el principio de responsabilidad del Estado.

dicha sentencia, el Tribunal sentó el principio de la responsabilidad del Estado, al ser este “*inherente al sistema del Tratado*”<sup>121</sup>. La jurisprudencia del Tribunal ha retomado esta fórmula sistemáticamente<sup>122</sup>. Posteriormente el TJ aportó una serie de precisiones en la sentencia de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/1993 y C-48/1993, *Brasserie du Pecheur SA v Factortame LTD y otros*<sup>123</sup>.

El *Bundesgericht alemán* y la *High Court* inglesa habían planteado al Tribunal cuestiones prejudiciales relativas al principio de la responsabilidad de un Estado miembro en asuntos distintos al de no transposición de directivas y al derecho de los particulares a obtener reparación. Ambos asuntos trataban, pues, de averiguar si el principio de responsabilidad del Estado se aplicaba de manera general, especialmente en caso en que una ley nacional violara disposiciones directamente aplicables, y en qué condiciones. La sentencia *Brasserie des pecheurs* reforzó de modo particular los medios de que disponen los particulares para imponer el respeto del Derecho comunitario a las autoridades nacionales, estableciendo el reconocimiento general del principio de la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario, con independencia de cuál sea el órgano del Estado autor de la violación o de la naturaleza de la norma comunitaria infringida, constituyendo el derecho a reparación “*el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado*”<sup>124</sup> aunque sometido a una serie de requisitos.

El Tribunal se guio por una parte, por el principio de efectividad del Derecho comunitario, es decir, el de garantizar tanto su plena eficacia como la protección efectiva de los derechos que confiere a los particulares, y, por otra parte, por el principio de la coherencia entre el régimen de la responsabilidad extracontractual de la Unión y el régimen de responsabilidad nacional. El Tribunal concluyó afirmando que, a falta de justificación específica, los requisitos de ambos regímenes no deben diferir en circunstancias comparables<sup>125</sup>.

Los principios establecidos por la sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame II* tuvieron rápidamente aplicación en la sentencia de 26 de marzo de 1996, asunto C-392/93, *The Queen and H. M. Treasury, v British Telecommunications pic*. Aunque el Tribunal atribuye a los órganos jurisdiccionales nacionales la competencia para determinar si se cumplen o no los

---

<sup>121</sup> FJ.a) 35. Sobre el principio de responsabilidad del Estado.

<sup>122</sup> Ver SSTJCE de 26 de marzo de 1996, asunto C-392/93, *The Queen H.M / H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications*; de 23 de mayo de 1996, asunto C 5/94, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland)*; de 8 de octubre de 1996, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, *Dilenkofer and other v Bundesrepublik Deutschland*; de 17 de octubre de 1996, asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, *Denkavit Internationaal and other v Bunesamt für Finazen*; de 22 de abril de 1997, asunto C-66/95, *The Queen v Secretary of State for Social Security*; de 10 de julio de 1997, asuntos acumulados C-94/95 y C-95/95, *Bonifaci and others*; de 10 de julio de 1997, asunto C-261/95, *Palmisani v INPS*; de 2 de abril de 1998, asunto C-127/95, *Norbrock Laboratories v Ministry of Agriculture*; de 24 de octubre de 1998, asunto C-319/96, *Brinkman Tabakfabriken*; de 4 de julio de 2000, asunto C-424/97, *Haim*; de 28 de julio de 2001, asunto C-118/00, *Larsi*; de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, *Köbler*; de 4 de diciembre de 2003, asunto C-63/01, *Evans* ; y de 24 de marzo de 2009, asunto C-445/06, *Danske Slagterier*.

<sup>123</sup> El estudio de la misma se puede ver en SOBRIDO PRIETO, M. (1997) “Responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables”. (Comentario a la St. del TJCE de 5-III-1996, *Brasserie du pêcheur SA v RFA* y *The Queen v Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd* y otros; C-46/93 y C-48/93)”, en “*Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña*”, vol. 1, pp. 655-664. Ver también Segunda Parte, Cap. 7. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, p. 305.

<sup>124</sup> FJ. 22. Sobre la responsabilidad del Estado por los actos y omisiones del legislador nacional contrarios al Derecho comunitario (primera cuestión en cada uno de los asuntos C-46/93 y C-48/93).

<sup>125</sup> Ver COMISIÓN EUROPEA (2009) “*Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre daños y perjuicios en relación con la violación del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros*”, Bruselas, 15 de julio de 2009, en [http://ec.europa.eu/eu\\_law/infringements/pdf/jur\\_09\\_30385\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/pdf/jur_09_30385_es.pdf).

criterios de responsabilidad del Estado, decidió pronunciarse al considerar que disponía “*de todos los elementos necesarios para apreciar si los hechos del caso de autos deben calificarse de violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario*”<sup>126</sup>. Desde el asunto *British Telecommunications*, el Tribunal, en varios asuntos, optó por adoptar directamente una postura intervencionista, apreciando por sí mismo si una situación concreta constituía una violación caracterizada del Derecho comunitario y podía consiguientemente dar lugar a la responsabilidad del Estado miembro.

Poco tiempo después, en la sentencia de 8 de octubre de 1996, asunto acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94 *Erich Dillenkofer y otros v Bundesrepublik Deutschland*, el Tribunal consideró, que el hecho de que un Estado se abstenga de adoptar ninguna medida de adaptación del Derecho nacional a una directiva para alcanzar el resultado prescrito por esta dentro del plazo fijado para ello constituye una violación del Derecho comunitario.

En lo que respecta a los derechos fundamentales, en ésta década va a resultar difícil resumir con fórmulas abstractas el método de determinación del parámetro común de protección seguido por el TJ, entre otras razones, como consecuencia del carácter poco explícito de su discurso jurisprudencial<sup>127</sup>. Lo único que deja claro el Tribunal de Luxemburgo es que el parámetro no se construye sobre la base de un estándar mínimo común, ya que la definición del estándar comunitario de protección se realiza sobre la base de una comparación crítica y valorativa de los sistemas jurídicos y jurisprudenciales nacionales y que culmina con una opción jurisprudencial del propio Tribunal de Luxemburgo que se gesta en el proceso dialéctico de la deliberación. Posición que sin embargo, no obsta para que se vea reflejado en su jurisprudencia la relevancia que tiene en el Derecho comunitario la recepción de los derechos fundamentales reconocidos en determinados Estados, como Alemania. En efecto el TJ se vio impulsado a reconocer como derechos fundamentales ciertos derechos reconocidos específicamente en la Ley Fundamental de Bonn, lo que pone de relieve que el Derecho constitucional interno y, naturalmente, la jurisprudencia constitucional son fuentes de inspiración de la jurisprudencia comunitaria, aunque ello no aparezca de modo explícito, como es el caso de las resoluciones judiciales que dictó sobre la organización común de mercados en el sector del “plátano” que acoge en el plano comunitario el derecho al libre ejercicio de actividades profesionales y, que provocó un clamor de indignación en Alemania<sup>128</sup>.

Por otro lado, destaca de esta década una serie de sentencias contrarias a épocas anteriores, en las que parece que el TJ da un paso atrás y se ve en la necesidad de respetar el Derecho internacional aunque ello suponga la anulación de una norma de Derecho comunitario.

En la Sentencia de 2 de agosto de 1993, asunto C-158/91, *Ministère public y Direction du travail et de l'emploi y Jean-Claude Levy*, el TJCE en contra de lo mantenido en su jurisprudencia anterior, declaró la no sustitución de los Estados miembros por la Comunidad

---

<sup>126</sup> FJ. 41. Sobre la Cuarta cuestión.

<sup>127</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS, C. y VALLE GÁLVEZ A. (1997) “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”, *RDCE*, núm. 2, pp. 329-376.

<sup>128</sup> En este sentido destacan las resoluciones del TJ siguientes: Auto de 21 de junio de 1993, asunto C-257/93, *Léon Van Parijs v Consejo*; Auto de 21 de junio de 1993, asunto C-276/93, *Chiquita Banana v Consejo*; Auto de 29 de junio de 1993, asunto C-280/93, *Alemania v Consejo*; STJCE de 5 de octubre de 1994, asunto C-280/93, *Alemania v Consejo*; STJCE de 8 de junio de 1995, asunto C-389/93, *Antón Dürbeck*, STJCE de 9 de noviembre de 1995, asunto C-466/93, *Atlanta*; STJCE de 17 de octubre de 1995, asunto C-478/93, *Países Bajos c Comisión*; STJCE de 26 de noviembre de 1996, asunto C-68/95, *T. Port*; STJCE de 4 de febrero de 1997, asuntos acumulados C-9/95, C-23/95 y C-156/95, *Bélgica y Alemania*; o STJCE de 4 de febrero de 1997, asuntos acumulados C-71/95, C-155/95 y C-271/95, *Bélgica v Comisión*. Ver también en la Segunda Parte, Cap. 6. República Federal Alemana, p. 278.

Europea aunque se mantengan las obligaciones contraídas con terceros Estados para el Estado miembro. En esta sentencia traslada al juez nacional el averiguar las obligaciones impuestas a su Estado por un tratado internacional: *“No obstante, corresponde al Juez nacional, y no al Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento prejudicial, determinar cuáles son las obligaciones que se imponen al Estado miembro de que se trata en virtud de un Convenio internacional anterior y trazar sus límites, para determinar en qué medida obstaculizan tales obligaciones la aplicación del artículo 5 de la Directiva. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el Juez nacional tiene la obligación de garantizar el pleno cumplimiento de la Directiva dejando inaplicada cualquier disposición contraria de la legislación nacional, salvo si la aplicación de dicha disposición fuera necesaria para garantizar el cumplimiento por el Estado miembro de que se trata de obligaciones resultantes de un Convenio celebrado con Estados terceros antes de la entrada en vigor del Tratado CEE”*. En consecuencia, se mantiene el respeto de las obligaciones contraídas con terceros Estados y para el Estado en cuestión se habilita la oponibilidad frente a las instituciones comunitarias. Esta solución de la simple oponibilidad, como dice Jean Victor Louis, *“tiene la ventaja de que no paraliza a la Comunidad en el ejercicio de sus competencias y evita que el conjunto de los Estados miembros tengan que asumir obligaciones que no todos han suscrito”*<sup>129</sup>.

El TJ se ve en la obligación de reconocer a los principios generales del Derecho internacional como parte de las fuentes del Derecho europeo, de ahí que en las sentencias de 24 de noviembre de 1992, asunto C-286/90, *Anklagemyndigheden (Ministerio Fiscal) y Peter Michael Poulsen, Diva Navigation Corp.*, y la de 16 de junio de 1998 asunto C162/96, *A. Racke GmbH & Co. y Hauptzollamt Mainz*, deje claro que el Derecho internacional general ha de ser respetado por los actos normativos adoptados por las instituciones comunitarias: *“Con carácter preliminar, es necesario destacar, en primer lugar, que las competencias de la Comunidad deben ser ejercidas respetando el Derecho internacional y que, por consiguiente, el artículo 6, antes citado, debe interpretarse, y su ámbito de aplicación circunscribirse, a la luz de las correspondientes normas de Derecho internacional”*<sup>130</sup>. *“De lo antedicho se deduce que las normas del Derecho consuetudinario internacional... vinculan a las Instituciones de la Comunidad y forman parte del ordenamiento jurídico comunitario”*<sup>131</sup>. Una vez en vigor el acuerdo internacional, y en virtud del principio *pacta sunt servanda*, nacerá para la Comunidad la obligación internacional de aplicarlo conforme a la regla de la buena fe, unida a la imposibilidad de invocar una norma comunitaria como justificación de su no aplicación. Pero al mismo tiempo, y a partir de ese momento, el acuerdo se convierte en parte integrante del Ordenamiento jurídico comunitario, lo que deja ya entrever la importancia de la labor del TJCE en este terreno.

Lo que completa con la negación de la competencia a la Comunidad para celebrar acuerdos internacionales, en el célebre Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996<sup>132</sup>, en el que negó que el artículo 235 del Tratado confiera competencia a la CE para adherirse al CEDH, pues el citado artículo *“tiene por objeto suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las Instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten no obstante necesarios para que la Comunidad pueda*

---

<sup>129</sup> FFJJ. 21-22. Ver también, LOUIS, J-V. (1991) *“El ordenamiento jurídico Comunitario”*, Ed. 4ª, Colección Perspectivas Europeas, Bruselas-Luxemburgo, pp. 141-154.

<sup>130</sup> STJCE de 24 de noviembre de 1992, asunto C-286/90, (FJ. 9).

<sup>131</sup> STJCE de 16 de junio de 1998 asunto C-162/96, (FFJJ. 45-46.)

<sup>132</sup> Recordemos que para que la UE firme un Acuerdo Internacional es necesario un Dictamen del Tribunal de Justicia.



*ejercer sus funciones con vistas a alcanzar alguno de los objetivos establecidos por el Tratado. Al ser parte integrante de un orden institucional basado en el principio de las competencias de atribución, dicha disposición no puede servir de base para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado, y en particular de las que definen las misiones y acciones de la Comunidad. En cualquier caso, no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo”.*

## **2.5. Introducción de elementos dualistas o multinivel consecuencia del Tratado de Lisboa. Primera década del siglo XXI**

La perspectiva de la ampliación de la UE a nuevos países exigía replantearse el proceso de integración en su conjunto, algo que no se había hecho en los últimos cincuenta años, en los que cualquier revisión de los Tratados, había eludido una reflexión global sobre la construcción europea, para concentrarse en aspectos parciales de la misma. Así, con el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, que entro en vigor el 1 de febrero de 2003, se mostró la urgencia de abordar la nueva situación creada con la entrada de nuevos socios en la UE y abrió el camino a la reforma institucional necesaria para la ampliación de la Unión Europea a los países del este y el sur de Europa<sup>133</sup>. Por su parte el Consejo Europeo de Laeken de 2001, fruto de lo debatido en Niza, acuerda un método nuevo para la modificación de los Tratados: la convocatoria de una Convención con la participación de un representante designado por cada Jefe de Gobierno, 16 diputados del Parlamento europeo, 30 diputados nacionales, dos por cada Estado, designados por sus respectivas Cámaras y dos representantes de la Comisión europea. Se trataba así de salir al paso de las críticas a las modificaciones de los Tratados que hasta entonces sólo se hacían en el marco intergubernamental estricto, sin participación de las opiniones públicas, del Parlamento europeo y de los Parlamentos nacionales que sólo intervenían en el momento final de la ratificación. Esta Convención al concluir su trabajo lo remitió a la Conferencia Intergubernamental y el resultado fue el “*Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*” firmado el 29 de octubre de 2004. Sin embargo, el resultado negativo<sup>134</sup> de su aceptación por *referéndum* en Francia y los Países Bajos supuso la paralización del proceso. Paralización que se convirtió en un rechazo del texto y la firma de un posterior Tratado: el de Lisboa, el 18 de octubre de 2007 que puso fin a la Conferencia intergubernamental.

En lo que al Tribunal de Justicia se refiere, el Tratado de Niza adopta medidas importantes para mejorar el funcionamiento del sistema jurisdiccional, pues, tanto el aumento del número de expedientes y la ampliación de la UE a 27 Estados miembros, hacen que esta institución experimente dificultades para cumplir rápida y eficazmente su cometido. Estas reformas se

---

<sup>133</sup> Hay que recordar que el Tratado de Niza fue el resultado de la Conferencia Intergubernamental (CIG), iniciada en febrero de 2000 con objeto de adaptar el funcionamiento de las instituciones europeas antes de que se incorporaran nuevos Estados miembros. Algunas de sus disposiciones fueron adaptadas por el Tratado de adhesión de los diez nuevos Estados miembros, firmado en abril de 2003 en Atenas, y por el Tratado de Luxemburgo relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumania, firmado en abril de 2005. Desde el 1 de enero de 2007, fecha de la penúltima ampliación, la Unión se funda, pues, en los Tratados UE y CE, modificados en último lugar por los Tratados de Niza, Atenas y Luxemburgo.

<sup>134</sup> El proyecto de Constitución, firmado en octubre de 2004, fue concebido como la prolongación del proceso de reformas institucionales emprendido con el Tratado de Niza. Durante el año 2005 se produce (el intento de) ratificación del Tratado por los Estados. Algunos lo hacen vía parlamentaria, mientras que otros optan por el referéndum. Ver también Segunda Parte, Cap. 3. Reino de los Países Bajos, pp. 133-134 y Cap. 4. República francesa, p. 171.

refieren principalmente a la composición del Tribunal de Justicia, al reparto de competencias, a los procedimientos para la adopción del Estatuto y del Reglamento de Procedimiento del mismo, así como al tratamiento de los litigios relativos a los títulos comunitarios de propiedad industrial.

Sin embargo, el problema de los espacios competenciales del Tribunal de Luxemburgo y los tribunales nacionales, siguió sin resolverse y con las novedades introducidas en los Tratados, parecían solaparse y, en ocasiones, contradecirse, pues si el TJ seguía teniendo el monopolio sobre el control de interpretación y validez del Derecho europeo, y los tribunales nacionales podían arrogarse el papel de declarar la invalidez de actos nacionales que implementen Derecho europeo por considerarlo contrario a los elementos identitarios constitucionales o los valores comunes de los Estados miembros, no se sabía muy bien quien tenía la última palabra en torno a determinadas materias.

Cuestión que parece complicarse con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, pues, el principio de primacía del Derecho comunitario, sí estaba incorporado en la Constitución Europea<sup>135</sup>, y deliberadamente se excluyó del Tratado quedando exclusivamente reconocido en una Declaración aneja al Tratado<sup>136</sup>. Si a ello se le suma que el Tratado eleva a disposición comunitaria (artículos 4.2 y 6.2 TUE) la identidad constitucional de los Estados miembros y a principios generales del Derecho comunitario las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, se rechaza formalmente la absoluta primacía del Derecho comunitario, hasta el punto de que en caso de conflicto entre los sistemas de protección, el Tribunal de Luxemburgo deberá hacer prevalecer la norma que mejor garantice los derechos individuales.

A pesar de ello, para el TJ el cambio de posición de la primacía de la parte positiva del Tratado, relacionada con los principios fundamentales, a un anejo, como Declaración final núm. 17, no ha influido significativamente en su doctrina, pues ha entendido que su simple afirmación, mediante una Declaración no vinculante, en nada empieza su aplicación, ya que es un principio de creación jurisprudencial que no necesita codificarse. Sin embargo, los Altos tribunales nacionales, sí han entendido que representa un factor muy importante que pone en discusión el principio de primacía del Derecho europeo y, con él, la tesis monista, pues denota el que los autores de los Tratados no han querido positivizar esta construcción jurisprudencial. Por ello, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el TJ aun cuando sigue manteniendo la primacía del Derecho de la Unión y la aplicación uniforme de del Derecho europeo, se verá forzado a acudir a nuevos planteamientos.

Ejemplo claro de ello se verá en la sentencia de 16 de diciembre de 2008, asunto C-213/07, *Michaniki AE Ethniko Symvoulio Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias, Elliniki Technodomiki (TEVAE)*, en la que, a pesar de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Poiares Maduro<sup>137</sup>,

---

<sup>135</sup> El artículo I-6, bajo la rúbrica Derecho de la Unión, establecía que: “*La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros*”.

<sup>136</sup> Declaración aneja al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, en su apartado A: “*Declaraciones relativas a disposiciones de los Tratados*”, la número 17 “*Declaración relativa a la primacía*”.

<sup>137</sup> Conclusiones del Abogado General, presentadas el 8 de octubre de 2008, que en el epígrafe IV. B.31-32 Requisitos exigidos a los casos de exclusión adicionales, dice: “*Es cierto que el respeto de la identidad constitucional de los Estados miembros constituye un deber para la Unión Europea. La jurisprudencia ya ha sacado consecuencias de esta obligación de respetar la identidad nacional de los Estados miembros –incluida su dimensión constitucional– que imponen a la Unión Europea sus textos fundacionales. Su lectura atenta parece indicar que, en determinados casos y obviamente bajo el control del Tribunal de Justicia, un Estado miembro puede reivindicar que se preserve su identidad nacional para justificar una excepción a la aplicación de las libertades fundamentales de circulación*”.

de que efectivamente se plantea un conflicto entre la norma comunitaria y el Derecho constitucional griego, y que por lo tanto hay que hacer referencia a la identidad constitucional de los Estados miembros, pues dichos Estados puede invocar explícitamente esta obligación como motivo legítimo y autónomo de excepción de cumplimiento del Derecho europeo. El TJ entiende que en nada le atañe esclarecer si la norma europea es o no compatible con la Constitución, pues su competencia se limita exclusivamente *a resolver las cuestiones que se le plantean en cuanto a la interpretación del Derecho europeo. El Tribunal de Justicia, está en principio obligado a pronunciarse, la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el TJ no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. Debe señalarse que en el presente asunto no sucede así. En este caso, la respuesta del TJ que reciba la petición de decisión prejudicial proporcionará al órgano jurisdiccional remitente la interpretación que necesita para pronunciarse sobre la cuestión de la que depende la resolución del litigio principal, es decir sobre la conformidad con el Derecho comunitario del régimen de incompatibilidad entre el sector de los contratos públicos y el de los medios de comunicación, establecido por el artículo 14.9 de la Constitución y desarrollado por la Ley...*<sup>138</sup>. Es decir, el TJ entiende que si bien la identidad nacional constituye un objetivo legítimo y respetado por el ordenamiento jurídico comunitario, no puede entenderse como una deferencia absoluta respecto a todas las normas constitucionales nacionales. Al igual que el Derecho comunitario tiene en cuenta la identidad constitucional de los Estados miembros, el Derecho constitucional nacional debe adaptarse a las exigencias del ordenamiento jurídico comunitario que *sólo admitirá limitaciones cuando sean conformes al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho comunitario*<sup>139</sup>. Si no fuera así, los Estados miembros podrían escudarse en las Constituciones nacionales para eludir el Derecho comunitario en ámbitos determinados. Más aún, podrían surgir discriminaciones entre Estados miembros en función del contenido que cada uno de ellos diera a su Constitución.

Aunque las sentencias *Michaniki* y *Angelidaki* provocan (o más bien afloran) un conflicto entre el Derecho de la UE y preceptos constitucionales, no se puede sostener que en ellas el TJ ignoró la exigencia de respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros, pues no cuestiona normas constitucionales merecedoras de una especial protección<sup>140</sup>.

Por su parte, en la sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09 *Sayn Witgenstien*<sup>141</sup> el TJ, admitió la identidad constitucional como posible justificación de una norma nacional en principio contraria al Derecho comunitario. En efecto, aunque esta sentencia no ha dado lugar a una amplia jurisprudencia, sí muestra cómo el TJ restringe y justifica los obstáculos que las identidades constitucionales de los Estados miembros ponen a las libertades de circulación o de mercado interior. Así recuerda la sentencia que: *“De conformidad con reiterada jurisprudencia, un obstáculo a la libre circulación de personas sólo podría*

---

<sup>138</sup> FFJJ. 33-35. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia y la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales.

<sup>139</sup> FJ. 48. Primera cuestión. Sobre las cuestiones prejudiciales.

<sup>140</sup> DÍEZ-HOCHLEITNER, J. op. cit., pp. 17-18. Recuerda este autor que no se debe olvidar que el artículo 14.9 de la Constitución griega fue introducido en la Carta magna en 2001 debido a circunstancias sobrevenidas.

<sup>141</sup> En esta sentencia, el órgano jurisdiccional austriaco pregunta al Tribunal de Justicia si el principio de libre circulación y de libre residencia de los ciudadanos de la Unión permite a las autoridades austriacas negarse a reconocer, en todos sus elementos, el apellido de un nacional austriaco, tal como ha sido determinado en Alemania, en donde reside el citado nacional, debido a que dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido por el Derecho constitucional austriaco.

*justificarse si se basara en consideraciones objetivas y fuera proporcionado al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional*<sup>142</sup>. Cómo puede invocarse “una consideración objetiva como razón justificativa, en el asunto principal en relación con la Ley de abolición de la nobleza, que tienen rango de norma constitucional y aplicarse en éste ámbito el principio de igualdad, ...,” cabe admitir que “en el contexto de la historia constitucional austriaca, la Ley de abolición de la nobleza, como elemento de la identidad nacional, puede ser tomada en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el Derecho de la Unión”<sup>143</sup>. El Tribunal de Justicia añade a este respecto que no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido y que, al contrario, el mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no excluye la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia. Razón por la cual considera que en este caso es necesario respetar la identidad constitucional austriaca.

El TJ recuerda que la identidad constitucional de un Estado miembro no se puede equiparar a todo su Derecho constitucional, pues este Derecho debe soportar la primacía del Derecho de la Unión en aquello que no es inherente a su identidad constitucional. En esta línea se sitúa la sentencia de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, *Tanjia Kreil v Bundes Republik Deutschland*<sup>144</sup>, en la que el TJ acudiendo a la teoría de los poderes implícitos y al principio de proporcionalidad justifica su fallo en el buen funcionamiento del mercado común aunque ello suponga ir en contra de un precepto constitucional de la República alemana, y por ello cubierto por una competencia general implícita de la Comunidad, la orientada a defender los intereses del Mercado Común. Así el TJ procede a la aplicabilidad del Derecho comunitario en el ámbito de la organización de las Fuerzas Armadas, que si bien no era competencia de la UE, el TJ en este caso considera que cabe su conocimiento pues si bien, “Corresponde a los Estados miembros el establecer las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, así como adoptar las decisiones relativas a la organización de las fuerzas armadas”<sup>145</sup>, ello no significa que esté totalmente fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario toda medida adoptada por motivos de seguridad pública. Pues reconocer la existencia de tal reserva, sin atender a las disposiciones del Tratado podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario. En concreto el Tratado no prevé excepciones relativas al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, es principio rector de toda la actividad de la UE. El principio de igualdad tiene alcance general y se aplica a todas las relaciones, por lo que cualquier excepción a un derecho fundamental debe respetar el principio de proporcionalidad, que exige “que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de

---

<sup>142</sup> FJ. 81. Respuesta del Tribunal. Sobre la existencia de una justificación de la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión.

<sup>143</sup> FFJJ. 82-83. Respuesta del Tribunal. Sobre la existencia de una justificación de la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión

<sup>144</sup> Para más información sobre esta sentencia ver MARTÍN VIDA, M. A. (2004) “La reforma del artículo 12 de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la sentencia “Kreil” del Tribunal de Justicia” Jurisprudencia, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio, pp. 357-380. Ver también VIDAL PRADO, C. (2003) “Tribunales constitucionales nacionales y Tribunal de Justicia de las comunidades europeas”, en “VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, Sevilla.

<sup>145</sup> FJ. 15. Sobre la cuestión prejudicial.

la actividad de que se trate”<sup>146</sup>. El razonamiento del TJ no convenció al Tribunal Constitucional Alemán que consideraba estas pretensiones contrarias al artículo 12.a de la LFB, pues el servicio de las Fuerzas Armadas está fuera del campo de actuación de la Comunidad. Para el TJ es incuestionable la primacía del Derecho comunitario originario y derivado sobre el Derecho de los Estados miembros aunque sea una norma constitucional<sup>147</sup>. Lo que reitera en la sentencia de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07 *Kiriaki Angelidaki y otros v Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis* (C-378/07), *Charikleia Giannoudi contra Dimos Geropotamou y Georgios Karabousanos* (C-379/07) y *Sofoklis Michopoulos contra Dimos Geropotamou* (C-380/07), que analiza la compatibilidad del artículo 103.8 de la Constitución Griega, recurriendo al principio de la interpretación conforme. O la sentencia de 8 de septiembre de 2010, asunto C-409/06, *Winner Wetten* donde vuelve a reiterar que “no puede admitirse que normas de Derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, menoscaben la unidad y la eficacia del Derecho de la Unión”<sup>148</sup>.

Por su parte, aun reconociendo la primacía del Derecho europeo, utilizará estos mismos argumentos cuando los derechos fundamentales entren en conflicto con el Derecho europeo, en aras a aceptar medidas restrictivas de los Estados miembros. El TJ considera que en materia de protección de los derechos fundamentales, también es necesario acudir al criterio de proporcionalidad. Proporcionalidad no sólo en favor de la norma comunitaria sino también en punto a la aceptación de una medida restrictiva de los Estados miembros cuya finalidad sea la protección de un derecho fundamental, sin necesidad de que esa medida sea compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades o el nivel de protección del derecho fundamental considerado. Tal va a ser el significado de la sentencia de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02, *Omega*. Donde llega a la conclusión de que el Derecho europeo admite restricciones siempre que se cumplan las cuatro condiciones que el Tribunal denomina reglas de reconocimiento de la proporcionalidad: que no impliquen una discriminación por razón de la nacionalidad; que estén fundadas en un motivo de interés público general; que sean adecuadas al fin perseguido y que sean proporcionales. Ahora bien, esto no puede valorarse por igual en todos los Estados miembros, luego el valor subyacente es nacional, aunque el TJ sea el que tenga que valorarlo. Como quiera que en este caso la prohibición de las autoridades alemanas está basada en la protección de la dignidad humana, el Tribunal de Luxemburgo considera que es un valor legítimo y está justificado. Añade a continuación que además el respeto a la dignidad humana es un valor compartido por todos los Estados miembros y fácilmente puede inferirse la conclusión de que forma parte de la tradición constitucional común de los Estados miembros, como así declaró en su sentencia de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98, *Países Bajos v Consejo* en relación con la patentabilidad de las invenciones relativas al cuerpo humano<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> FJ. 23. Sobre la cuestión prejudicial.

<sup>147</sup> Sin embargo, para el TCFA esta primacía tiene su anclaje en la Ley Fundamental de Bonn y ahí está también su límite. Ver Segunda Parte, Cap. 6. República Federal Alemana, pp.253-254.

<sup>148</sup> FJ. 61. Sobre la primera cuestión. Sobre el fondo. Por contra, en la sentencia de 11 de marzo de 2003, asunto C-186/01 *Alexander Dory v Alemania*, el TJ descartó que el servicio militar obligatorio sólo para hombres consagrado en el artículo 12 a LFB fuera contrario a la directiva citada, estimando que la decisión de un Estado miembro de garantizar parcialmente su defensa a través de un servicio militar obligatorio respondía al modelo de elección de su organización militar y, por consiguiente no era competencia de la UE. Lo que parece ser una sentencia conciliadora, para evitar nuevos conflictos con Alemania. Ver Segunda Parte, Cap. 6. República Federal Alemana, p. 256.

<sup>149</sup> SÁNCHEZ LORENZO, S. (2006) “Derechos fundamentales y libertades de circulación a la sombra de una constitución para Europa: Comentario a la STJCE (sala 1ª) de 14 de octubre de 2004) (As C-36/02 “Omega”)”. *REDCE* núm. 5, jurisprudencia, año 3, enero-junio 2006.

En esta misma línea se va a pronunciar en la sentencia de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*<sup>150</sup>, donde el TJ hace varias reflexiones: la primera, la de la si la modificación introducida en la normativa nacional se adecua a la directiva comunitaria, pues si bien es cierto que la finalidad de la norma interna es la misma que la directiva, es necesario averiguar si los medios utilizados para lograr este legítimo objetivo son los adecuados y necesarios. Llega así a la conclusión de que la normativa alemana es contraria al Derecho comunitario en general, por atentar contra el derecho a la igualdad que es un principio general del Derecho europeo, que encuentra sus fuentes en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Y, añade la sentencia, que aunque no haya finalizado el plazo para la adaptación de la directiva, durante este plazo los Estados miembros deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta. Durante este plazo el Estado debe adoptar progresivamente medidas que permitan aproximar su legislación a la directiva. Por ello, el fallo de la sentencia declara expresamente que corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar la plena eficacia del principio general de no discriminación por razón de edad.

Y es que como dice el TJ en la sentencia de 25 de marzo de 2004, asuntos acumulados C-231/00, C-303/00 y C-451/00 *Cooperativa Lattepiù arl*, los principios generales son la base de la Unión y regulan las relaciones entre ésta y los Estados miembros. Como según el artículo 5 del Tratado (actual artículo 10), es una obligación que las autoridades nacionales garantizar la aplicación de la normativa comunitaria, deberán también cumplir durante la ejecución de la normativa comunitaria, con estos principios generales, según las reglas de forma y de fondo de su legislación nacional. Ahora bien cuando la adopción de medidas para aplicar la normativa comunitaria, las autoridades nacionales deben ejercer su facultad discrecional tendrán que observar los principios generales del Derecho comunitario, que incluyen los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima<sup>151</sup>.

Proporcionalidad que exigirá también a las instituciones de la UE en la aplicación del Derecho europeo, así el Auto de 30 de marzo de 2006, asunto C-110/04 *Strintzis Lines Shipping v Comisión*, en el que el TJ procede a la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas frente a las intervenciones arbitrarias o desproporcionadas de los poderes públicos. Por ello recuerda que: “*De la jurisprudencia anteriormente recordada se desprende que en sus actividades de inspección la Comisión debe respetar el principio de legalidad de la actuación de las instituciones comunitarias y el principio de protección contra las intervenciones arbitrarias de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona física o jurídica. Sería excesivo y contrario a lo dispuesto en el Reglamento n° 4056/86 y a los principios fundamentales del Derecho reconocer a la Comisión con carácter general un derecho de acceso, sobre la base de una decisión de inspección dirigida a una entidad jurídica determinada, a los locales de una entidad jurídica tercera con el mero pretexto de que dicha entidad está estrechamente vinculada a la destinataria de la decisión de inspección o de que la Comisión piensa que puede encontrar en esos locales documentos de ésta y el derecho a realizar inspecciones en ellos sobre la base de la citada decisión*<sup>152</sup>”.

---

<sup>150</sup> Sentencia donde se le plantea al TJ una cuestión prejudicial, en materia de política social y en concreto sobre el derecho fundamental de no discriminación por razón de la edad.

<sup>151</sup> Lo que se reitera en las SSTJUE de 25 de marzo de 2004, asunto C-495/00, *Azienda Agricola Giorgio, Giovanni y Luciano Visentin ea* y de 25 de marzo de 2004, asuntos acumulados C-480/00, C-481/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00, C-490/00, C- 491/00, C-497/00, C-498/00 y C-499/00 *Azienda Agricola Ettore Ribaldi ea*.

<sup>152</sup> FFJJ. 30-33. Apreciación del Tribunal. Sobre el primer motivo basado en la legalidad de los acots en la vista y en la comprobación.

Conforme a esta jurisprudencia parece pues, que el TJ se arroga la competencia de determinar el común de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, pues, sí dicha tradición constitucional del Estado miembro pueda resultar incompatible con los propios Tratados que rigen la UE o con los sucesivos Tratados de revisión, estará llamado a ejercer su responsabilidad en el marco de un eventual control preventivo. Lo que le ha generado numerosos conflictos con los tribunales de los Estados miembros, que continúan reservándose espacios de decisión sobre la eficacia del Derecho comunitario y la extensión del principio de primacía cuando afecta a sus parámetros constitucionales internos.

Tal fue el caso de la sentencia de 28 de noviembre de 2002, asunto C-259/01 *Comisión v Francia*, en la que acudiendo a la primacía del Derecho europeo recurre de nuevo a los principios y aclara que el mantenimiento de una normativa nacional, cuando es incompatible con el Derecho comunitario, da lugar situaciones de hecho ambiguas al mantener, en un estado de incertidumbre a las personas afectadas, en cuanto a las posibilidades que se les da de recurrir al Derecho comunitario. También es probable que crear tal estado de incertidumbre, sea incompatible con el principio de seguridad jurídica ya que cabe la posibilidad de la aplicación de una norma contraria al Derecho comunitario aunque que haya caído en desuso.

Por otro lado, también en esta década vuelve el TJ a reiterar la necesidad de la aplicabilidad o eficacia directa del Derecho de la Unión en la sentencia de 7 de junio de 2007, asunto C-80/06, *Carp Sne di L. Moleri e V. Corsi*, recordando, sin embargo, que las directivas obligan a los Estados y no a los particulares. Así dirá: “*A este respecto procede recordar, sin necesidad de examinar previamente la validez de la Decisión 1999/93, que, según reiterada jurisprudencia, una directiva no puede, por sí sola, imponer obligaciones a un particular y no puede por tanto ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona. De ello se deduce que incluso una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio en el que sólo se enfrentan particulares. La Decisión 1999/93 está dirigida a los Estados miembros*”<sup>153</sup>. Debe pues el Estado proceder a trasponer la directiva sin olvidar la obligatoriedad de ello, pues *un particular no puede invocar en un litigio sobre responsabilidad contractual contra otro particular la infracción por parte de este último de las disposiciones de una Decisión*”<sup>154</sup>.

Sin embargo, esta última exclusión de la eficacia horizontal debe ser objeto de las siguientes matizaciones: según la sentencia de 26 de septiembre de 2000, asunto C-443/98, *Uniliver*, el TJ parece admitir la posibilidad de que un particular invoque una directiva frente a otro a los puros efectos de oponerse a la aplicación de Derecho interno con ella incompatible, y según la sentencia de 19 de enero de 2010 asunto C-555/07, *Kukurdeveci*, se admite la posibilidad de la eficacia horizontal de aquellas directivas que se limiten a concretar principios generales del Derecho de la Unión, sobre todo si los citados principios se localizan en la CDFUE. Ahora bien, como dice en la sentencia de 15 de enero de 2014, asunto C-176/12, *Association de médiation sociale*, sólo cabe la eficacia horizontal de las directivas en aquellos casos que se invoquen principios, en este caso derechos, que sean suficientes por sí mismos para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal. Por ello recordará que: “*las circunstancias del asunto principal se diferencian de las que dieron lugar a la sentencia Kukurdeveci, porque el principio de no discriminación por razón de la edad objeto de éste último asunto, reconocido por el artículo 21.1 de la Carta, es suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal. Como del texto del artículo*

---

<sup>153</sup> FJ. 20. Sobre las cuestiones prejudiciales.

<sup>154</sup> FJ. 22. Sobre las cuestiones prejudiciales. Ver también Auto de 21 de mayo de 2008, T- 18/07, *Kronberger v Parlamento*.

27 de la Carta resulta por tanto con claridad que, para que este artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser precisado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional.... el artículo 27 de la Carta no se puede invocar, como tal, en un litigio como el principal para fundamentar la inaplicación de la disposición nacional conforme con la Directiva”<sup>155</sup>. Por su parte la sentencia de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, permite la interpretación conforme como eficacia indirecta<sup>156</sup> (o directa como en la sentencia de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03, *Pupino*), y con independencia del sujeto, esto es aunque sea entre particulares como dice la sentencia de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04.

Desde otra perspectiva, al establecerse de forma clara en el Tratado de Lisboa la necesidad de respetar los límites de los Estados miembros, o su identidad constitucional y no reconocer con carácter vinculante la primacía del Derecho comunitario, los Altos tribunales de los Estados miembros empiezan a cuestionarse la primacía del Derecho de la Unión, pues, los límites nacionales a la eficacia del Derecho europeo, impiden de forma particular que pueda concretarse un contenido común del propio principio de primacía, ya que sus contornos variarían dependiendo de cada jurisdicción constitucional. Esto, que sin embargo no va a afectar al TJ, que sigue considerándose el Señor de los Tratados, si va a representar un paradigma importante para que los tribunales nacionales empiecen a cuestionarse la indiscutible primacía del Derecho europeo. Cuestionamiento que ha generado conflictos de autoridad de los Altos tribunales nacionales con sus propios tribunales ordinarios, y, que lleva a pensar que el Tratado de Lisboa lejos de convertirse en un Tratado pacificador, o al menos conciliador en torno a la competencia de las competencias, ha generado mucha más confusión.

Claro ejemplo de ello se va a dar en los Países del Este, como en Polonia con la sentencia de 19 de noviembre de 2009, asunto C-314/18, *Krzysztof Filipiak y Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, en la que se le plantea al juez nacional el tener que elegir entre la aplicación de una norma nacional que había sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional polaco pero que aún desplegaba efectos y una norma de Derecho europeo con la que éstos efectos entran en conflicto. El Tribunal polaco pregunta al TJ si en este caso tenía que inaplicar el derecho nacional o si podía respetar la resolución dictada por su Tribunal Constitucional, garantizando la aplicación de la norma nacional hasta el plazo elegido por el Constitucional polaco. Sin dudar el TJ especificó que si el Derecho comunitario se oponía a disposiciones nacionales, el juez nacional estaba obligado a aplicar el Derecho comunitario y dejar de aplicar las disposiciones nacionales contrarias a éste, conforme al principio de primacía del Derecho de la Unión, independientemente de la resolución del Tribunal constitucional nacional de aplazar la pérdida de vigencia de esas disposiciones declaradas inconstitucionales. Lo que vuelva a reiterar en la sentencia de 8 de septiembre de 2010, asunto C-409/06, *Winner Wetten GmbH v Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*.

En Hungría con las sentencias de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*<sup>157</sup> ante la duda que le plantea el Tribunal húngaro, de la posibilidad de

---

<sup>155</sup> FFJJ. 47-48. Sobre las cuestiones prejudiciales.

<sup>156</sup> La sentencia especifica en sus FFJJ. 102-104. Sobre la el efecto directo del artículo 6.2 de la Directiva 93/104 y las consecuencias que de ello se derivan para los asuntos principales, que: “...la normativa nacional pertinente no resulta conforme con las disposiciones de la Directiva...A este respecto, de la jurisprudencia reiterada del TJ se desprende que, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado... Pues bien el artículo 6.2 de la Directiva cumple con dichos criterios”.

<sup>157</sup> Decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Szegedi Ítéltábla (Hungría), por la que se pide esencialmente al Tribunal de Justicia que dilucide si un órgano jurisdiccional, como el órgano jurisdiccional



recurrir internamente la decisión de plantear cuestión prejudicial, el TJ dijo: “Pues bien, ..., la competencia autónoma de acudir ante el Tribunal de Justicia que el artículo 234 CE confiere al primer juez se pondría en tela de juicio si, al reformar la resolución en la que se acuerde la remisión prejudicial, revocarla y ordenar al órgano jurisdiccional que dictó esa resolución proseguir el procedimiento suspendido, el órgano jurisdiccional de apelación pudiera impedir al órgano jurisdiccional remitente ejercer la facultad que le confiere el Tratado CE de plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia”<sup>158</sup>.

En Bulgaria con la sentencia de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09, *Georgi Ivanov Elchinov y Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*<sup>159</sup> en la que recordará el TJ que las normas procesales nacionales no pueden poner en entredicho la facultad que tienen los órganos jurisdiccionales nacionales de plantear al TJ una petición de decisión prejudicial cuando albergan dudas acerca de la interpretación del Derecho de la Unión y que el órgano jurisdiccional nacional que no resuelve en última instancia debe tener la libertad de someterle la cuestión que le preocupa, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al derecho de la Unión. Pues es el Juez nacional, vinculado a resolver el litigio principal, el obligado a aplicar el Derecho comunitario y debe dejar a un lado las valoraciones del juez superior, si habida cuenta la anterior interpretación, estima que las referidas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión.

Pero que también afectará a los fundadores como Alemania con la sentencia de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Seda Küçükdeveci y Swedex GmbH & Co. KG*, que trae causa de una petición prejudicial de un tribunal de instancia alemán preguntando sobre la eventual obligación del juez nacional, que conoce del litigio entre particulares, de plantear al TJ dicha cuestión antes de poder dejar de aplicar una disposición nacional, teniendo en cuenta que un tribunal alemán no puede dejar de aplicar una ley nacional sin la previa declaración de inconstitucionalidad de la citada ley. Esto es, la pregunta clave de quien debe responder ante estos supuestos si el TJ o el Tribunal Constitucional, o quien tiene la última palabra. El TJ respondió que: “...el juez nacional que conoce de un litigio entre particulares no está obligado, sino que tiene la facultad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia sobre la interpretación del principio..., El carácter facultativo de esta remisión es independiente de los procedimientos que el Derecho interno imponga al juez nacional para dejar sin aplicación una disposición nacional que éste estime contraria a la Constitución”<sup>160</sup>. Y añade a continuación que la primacía del Derecho de la Unión le obliga a dejar “si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a este principio, con independencia del ejercicio de la facultad de que dicho órgano jurisdiccional dispone, de formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del citado principio.”<sup>161</sup> Por lo que da a entender que el carácter facultativo de la remisión es independiente de los procedimientos que el derecho

---

remitente, que conoce de un recurso de apelación contra una resolución de un tribunal competente para la llevanza del registro mercantil que desestima una petición de modificación de un dato que figura en dicho registro, debe calificarse de órgano jurisdiccional facultado para presentar una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, a pesar de que ni la resolución de dicho tribunal ni el examen por el órgano jurisdiccional remitente del recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución tuvieran lugar en un procedimiento contradictorio.

<sup>158</sup> FJ. 98. Sobre el fondo. Sobre la tercera cuestión.

<sup>159</sup> Que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el *Administrativen sad Sofia-grad* (Bulgaria) sobre la interpretación de un Reglamento comunitario, en relación con la aplicación del régimen de Seguridad social a los trabajadores por cuenta propia, ajena y miembros de sus familias que se desplazan dentro del territorio de la Comunidad.

<sup>160</sup> FJ. 55. Sobre la segunda cuestión.

<sup>161</sup> FJ. 56. Sobre la segunda cuestión.

interno imponga al juez nacional para dejar de aplicar una disposición nacional que éste estime contraria a la Constitución<sup>162</sup>.

Francia por su parte protagoniza uno de los casos más llamativos con la sentencia de 22 de junio de 2010 asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, *Aziz Melki y Sélim Abdeli*, la cual versa directamente sobre la posibilidad y límites que se plantean al juez nacional que actúa como juez comunitario cuando se enfrenta a una ley nacional que puede ser contraria a priori a la Constitución nacional y al Derecho de la Unión. En concreto la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Luxemburgo por el Tribunal de Casación francés versa sobre una ley nacional que establece el carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad. La respuesta del Tribunal de Luxemburgo, no se hizo esperar y entendió que la compatibilidad de la Ley constitucional francesa con el Derecho comunitario (artículo 267 TFUE) queda condicionada a que los demás órganos jurisdiccionales sigan estando facultados para plantear cuestión prejudicial al TJ sobre cualquier cuestión que consideren necesario, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental del control de constitucionalidad, ya que lo contrario, podría llevar al Consejo Constitucional francés a realizar un control indirecto de la normativa comunitaria<sup>163</sup>.

Conflictos que se van a suceder también en Bélgica con los Autos el 22 de diciembre de 2010, asunto C-622/10 o de 1 de marzo de 2011, y que el TJ resuelve con los principios aplicados en la sentencia *Melki*.

En esta misma línea hay también que recordar la preocupación del Tribunal de Luxemburgo sobre la problemática situación que podía generarse tras la adhesión de la UE al CEDH y con ello al planteamiento de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales ante el Tribunal de Estrasburgo. Así en el Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 5 de mayo de 2010, el TJ manifiesta su preocupación al decir que: *“el sistema establecido por el Convenio Europeo no exige, como requisito para la admisibilidad de un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en cualquier caso se haya ejercitado previamente una acción ante un tribunal del máximo rango jerárquico para que se pronuncie sobre la supuesta vulneración de los derechos fundamentales por el acto controvertido. Sin embargo, en el supuesto antes mencionado la cuestión decisiva no es la intervención del Tribunal de Justicia como órgano jurisdiccional superior de la Unión, sino la ordenación del sistema jurisdiccional de la Unión de forma tal que, cuando se ponga en cuestión un acto de la Unión, pueda ejercitarse una acción ante un órgano jurisdiccional de la Unión para que éste efectúe un control interno antes de que se produzca el control externo. Por consiguiente, a fin de respetar el principio de subsidiariedad inherente al Convenio y asegurar al mismo tiempo el buen funcionamiento del sistema jurisdiccional de la Unión, es preciso disponer de un mecanismo capaz de garantizar que el Tribunal de Justicia pueda conocer de forma efectiva sobre la cuestión de validez de un acto de la Unión antes de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncie sobre la conformidad de ese acto con el Convenio”*. Cuestión ésta que aún no ha sido resuelta pues la adhesión no se ha producido. Por lo que el TJ en materias objeto del CEDH actúa conforme a los principios adoptados en materia internacional.

---

<sup>162</sup> UGARTEMENDIA ECIZABARRENA, J. I. (2013) “La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional Español”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, UNED pp. 391-428.

<sup>163</sup> Ver en la Segunda Parte, Cap. 3. Reino de Bélgica pp. 119-120, y Cap. 4. República Francesa, pp. 178.

En este ámbito internacional, en concreto en materia de seguridad, es necesario referirse a la sentencia de 3 de septiembre de 2008, asuntos C-402/05 y C-415/05, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, donde el pluralismo de los sistemas normativos es la base sobre la que fundamenta todo su argumento. En esta sentencia y sin negar lo que ya había dicho en sentencias anteriores<sup>164</sup>, el TJ rechazó sin ambigüedades, la tesis de la inmunidad de jurisdicción de los actos comunitarios que dan cumplimiento a las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. El TJ tenía que determinar si las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas gozaban de primacía sobre el Derecho comunitario. Debía aclarar hasta qué punto el Tribunal puede revisar los Reglamentos europeos que ejecutan obligaciones internacionales impuestas por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad. El Tribunal adoptó una postura pluralista en torno a la relación entre el ordenamiento de la UE y el ordenamiento internacional, y desde esta perspectiva rechazó la primacía de las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre los reglamentos comunitarios. Su argumento central radicaba en que los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son las bases del ordenamiento jurídico comunitario y están consagrados como bases de la Unión en el artículo 6, de modo que todas las medidas de la Unión deben ser compatibles con el respeto de los derechos humanos, que forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Ahora bien, esta función del TJ de asegurar la coherencia y la integridad del orden legal de la UE en el contexto de sus principios constitucionales, es lo que le obliga a remitirse precisamente a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como a los instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, es decir al derecho que es vinculante para todos<sup>165</sup>. Añade así en la sentencia de 12 de julio de 2006, asunto T-253/02 *Avadi v Consejo*, que el Tribunal está facultado para controlar, de forma indirecta, la legalidad de tales resoluciones en materia de *ius cogens*, entendido como un derecho público internacional vinculante para todos los sujetos de Derecho internacional, incluida la ONU, y que es inderogable.

En otras sentencias como la de 4 de julio de 2000, asunto C-62/98 *Comisión v Portugal*, añade que el artículo 234.1 TUE deja claro, de acuerdo con los principios del Derecho internacional, la aplicación de las normas comunitarias no afectará a los compromisos que un Estado miembro tenga de respetar los derechos con terceros países en virtud de un convenio anterior y de cumplir sus obligaciones. Sin embargo, en el segundo párrafo del artículo 234 TUE, si los Estados miembros tienen la opción de decidir la acción apropiada a tomar, tienen la obligación de eliminar las incompatibilidades que existan entre un preacuerdo y el Tratado. Si un Estado miembro se encuentra con dificultades o con que el ajuste del Derecho comunitario y el acuerdo es imposible, no se puede excluir la obligación de denunciar dicho acuerdo. De hecho, el equilibrio de intereses en la política exterior de un Estado miembro y el interés comunitario se expresa en el artículo 234 del Tratado, en la medida en que dicha disposición, por un lado, permite a un Estado miembro interpretar una disposición comunitaria con el fin de respetar los derechos de terceros países en virtud de un convenio anterior y de cumplir sus

---

<sup>164</sup> STJUE de 31 de enero de 2007, asunto T-362/04, *Minin v Comisión*, el TJ recordó que en virtud del Tratado, la Comunidad ha asumido competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de la Carta de la ONU, las disposiciones de dicha Carta son vinculantes para la Comunidad, que está obligada, por el propio Tratado que la creó, a adoptar, en el ejercicio de sus competencias, todas las medidas necesarias para permitir que los Estados miembros cumplan con sus obligaciones en virtud de la Carta.

<sup>165</sup> Ver también STJUE de 21 de septiembre de 2005, asunto T-306/01, *Yusuf y Al Barakaat Internacional Fundación v Consejo y Comisión* y STJUE de 21 de septiembre de 2005, asunto T-315/01, *Kadi v Consejo y Comisión*.

obligaciones y, en por otro, debe buscar la elección de los medios apropiados para hacer compatible el Derecho comunitario con el acuerdo en cuestión<sup>166</sup>.

En síntesis, el Tribunal de Luxemburgo se arroga la competencia completa para revisar las resoluciones de un organismo internacional. Manifiesta que es parte de su función y su obligación el garantizar el control de la legalidad de los actos de la Unión desde el punto de vista de los derechos fundamentales<sup>167</sup>. Si a ello se le añade que el Comité borró el nombre de *Kadi* de la lista el 5 de octubre de 2012, tras la petición planteada por el *Ombudsperson*<sup>168</sup>, se ve la repercusión tan importante que tienen las sentencias del Tribunal de Luxemburgo en el seno de Organizaciones Internacionales (como el Comité de Sanciones, que se vio obligado a establecer un sistema de garantías de los derechos fundamentales inexistente hasta entonces). El núcleo central de esta lectura se asienta en que las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden producir el efecto de perjudicar los principios constitucionales del Tratado de la UE.

## 2.6. Posicionamiento en el ámbito internacional. Segunda década del siglo XXI

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, junto con la obligación de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha generado un nuevo marco jurídico que incluye como novedad relevante el carácter jurídicamente vinculante de la Carta y con ello, el control judicial externo por el TEDH. Ahora bien, la introducción de este control judicial externo requiere de la materialización del Acuerdo de adhesión entre los 47 Estados parte del CEDH y la UE, lo que hasta la fecha no se ha conseguido, pero que en el ámbito de los derechos fundamentales obliga a los Estados a regirse por tres sistemas de respeto y garantía de los derechos fundamentales consagrados en la Carta: los derechos fundamentales nacionales, los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito internacional, formado por todos los Tratados internacionales sobre derechos humanos donde destaca el CEDH y el sistema europeo de derechos fundamentales que afecta a los Estados miembros cuando éstos actúan en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En este contexto el TJ viene asumiendo la idea de que la protección de los derechos fundamentales es algo que el Derecho comunitario no puede obviar y que por ello, estos derechos deben ser tratados como principios generales del Derecho de la UE deducibles de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como de los Tratados internacionales para la protección de los Derechos Humanos de los que los Estados miembros han colaborado o son signatarios, acogiéndose a la doctrina del estándar máximo de protección.

Con la entrada en vigor de la Carta y, con ella del artículo 51.1, aunque el TJ debería acatar que las disposiciones de ésta deberán ser respetadas por los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho comunitario, con su jurisprudencia continúa asumiendo una concepción amplia del ámbito de aplicación de estos derechos fundamentales y se ha arrogado la función de determinar cuál es el estándar nacional de protección de estos derechos fundamentales (nacional o de la UE) que debe utilizar el juez nacional que aplica el Derecho europeo y con qué posibilidades y límites. Ello ha reavivado en los últimos tiempos el debate en

---

<sup>166</sup> Ver también SSTJUE de 3 de marzo de 2009, asunto C-205/06, *Comisión v Austria* y de 3 de marzo de 2009, asunto C-249/06, *Comisión v Suecia*.

<sup>167</sup> ABRISKETA URIARTE, J (2013) “*Algunos rasgos del orden internacional tras el caso Kadi: “L'affaire du siècle”*”, XXV Jornadas Ordinarias de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales: La Gobernanza del interés público global, Comunicaciones, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 19 y 20 de septiembre, pp. 11-16.

<sup>168</sup> Mecanismo establecido por la Resolución 1904 (2009), de 17 de diciembre de 2009, del Consejo de Seguridad.

torno a la primacía última, respecto a los derechos fundamentales. Y es que aunque sea los derechos fundamentales, presididos tradicionalmente por la doctrina del estándar máximo de protección, lo cierto es que la diferencia de los tratados internacionales circunscritos a los derechos humanos, que tienen una clara vocación de complementariedad de los sistemas nacionales de protección, la Carta se enmarca en un contexto, el de la propia UE, el cual construido conceptualmente en términos de autonomía y con vocación integradora, tiende a desplazar en aras a la uniformidad y a través del principio de primacía, las disparidades de los Estados miembros, incluidas las derivadas de hipotéticos niveles nacionales de superior protección<sup>169</sup>.

Tal es el sentido de la sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, *Stefano Melloni*<sup>170</sup>, en la que el Tribunal de Luxemburgo entiende que la Decisión Marco es compatible con los artículos de la Carta de Derechos y por tanto no suponen una violación del derecho fundamental a que se refiere el Tribunal Constitucional español. Para llegar a esta conclusión el TJ añade que esta conclusión concuerda con el alcance reconocido a los derechos garantizados en el CEDH y por la jurisprudencia del TEDH. Y añade que: “*Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión*”<sup>171</sup>, esto es el Tribunal de Luxemburgo deja de forma categóricamente claro la idea de que es el estándar europeo establecido en la norma comunitaria de los Derechos fundamentales, es el que debe funcionar como parámetro de enjuiciamiento de las resoluciones judiciales nacionales, en concreto el estándar establecido de acuerdo con la Carta y el Convenio, en la propia norma comunitaria (en este caso la euro orden de la Decisión Marco). Luego para el TJ el estándar europeo, o la norma comunitaria, no cabe condicionarlo al estándar nacional cuando un acto del Derecho de la Unión no requiere medidas nacionales de ejecución, porque su regulación está totalmente detallada y determinada. En este caso el TJ deja entender que no existe margen para utilizar estándares o particularidades nacionales de protección de los derechos fundamentales ante la actuación interna pues ello va contra la uniformidad del Derecho comunitario.

En la sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*<sup>172</sup>, donde el acto de la UE requería medidas de ejecución. Como ni la norma nacional ni la legislación en la que se basa la acción penal, constituyen para el TJ una aplicación del Derecho de la Unión entiende el Tribunal que es un supuesto no regido por la aplicación del Derecho comunitario y dado que el grado de conexión entre el Derecho de la UE y el ejercicio de la potestad pública del Estado es debílimo no se encuentra en un supuesto de interés claramente identificable con la UE, por lo que ésta no debe asumir la garantía de ese concreto derecho fundamental hacia la UE, de manera que el TJ no debe apreciar el caso como un supuesto de aplicación del Derecho europeo en el sentido del artículo 51.1 de la Carta. Pues la

---

<sup>169</sup> ALONSO GARCÍA, R. (2014) “*Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión europea*”, Estudio y Jurisprudencia, 5ª Edición, Ed. Thomson Reuters, pp.1-717, en concreto p. 86.

<sup>170</sup> Resolución del TJ de la cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal Constitucional español respecto a la aplicación judicial de la Orden europea de Detención y Entrega para el cumplimiento de condena. En España se consideraba que la Euro orden violaba diversos derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE.

<sup>171</sup> FJ. 60. Sobre la tercera cuestión.

<sup>172</sup> Esta sentencia trae causa de una remisión prejudicial de un tribunal sueco en relación con la posibilidad de entablar una acción penal por infracción fiscal contra una persona a la que ya se ha impuesto un recargo fiscal por los mismos hechos, por lo que de acuerdo con el derecho fundamental a no ser inculcado o sancionado dos veces por la misma infracción reconocido en el artículo 50 de la Carta se pregunta al TJ.

actividad de los Estados está vinculada por la Carta y las exigencias derivadas de la misma cuando apliquen el Derecho comunitario, tal y como se refleja en el artículo 51.1 de la citada Carta y en las explicaciones de la misma. De ahí que en la resolución de 18 de marzo de 2014, asunto C-363/12 Z y C-363/12 el Abogado General, Sr. Wahl diga que no bastará invocar un precepto de la Carta para transformar una situación comprendida en el ámbito de la legislación nacional, en una situación cubierta por el Derecho de la UE.

En esta línea hay que recordar el Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014, en el que el TJ se pronuncia sobre el Proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al CEDH donde de forma clara establece la peculiaridad del Derecho europeo y por tanto que su enjuiciamiento corresponde sólo a las instituciones europeas. En este sentido dirá que, que si bien, el artículo 6.2 y 3 del TUE establece que *“La... adhesión al CEDH no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. Los derechos fundamentales que garantiza el [CEDH] y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”*. Añadiendo el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) que esta adhesión se caracteriza por importantes peculiaridades, pues la UE, desde el punto de vista del Derecho internacional, no puede, por su propia naturaleza, ser considerada un Estado, además de la circunstancia de que esta UE está dotada de un ordenamiento jurídico de nueva índole, con una naturaleza específica, un marco constitucional y principios fundacionales propios, una estructura institucional particularmente elaborada y un conjunto completo de normas jurídicas que aseguran su funcionamiento.

Precisamente en atención a esta circunstancia, dirá el TJ que los Tratados someten esta adhesión al CEDH, al cumplimiento de diversos requisitos: la necesidad de preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión y garantizar que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones, ni a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH, ni tampoco al artículo 344 TFUE. La autonomía de que goza el Derecho de la Unión con respecto a los Derechos de los Estados miembros y con respecto al Derecho internacional exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión. Para garantizar la preservación de las características específicas y la autonomía de ese ordenamiento jurídico, los Tratados han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión. En ese marco, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables (Dictamen 1/09). En particular, la piedra angular del sistema jurisdiccional así concebido es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el artículo 267 TFUE, que, al establecer un diálogo de juez a juez precisamente entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión.

Esto significa que un acuerdo internacional únicamente puede afectar a las propias competencias de la UE si se cumplen los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de éstas y, por lo tanto, no se pone en peligro la autonomía del sistema jurídico comunitario. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Tal es el sentido de la sentencia de 30 de mayo de 2006, asunto C-459/03 *Comisión v Irlanda* o de la sentencia de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, en torno a incluir la no discriminación por razón de

la orientación sexual en el contenido de la Directiva 2005/85/CE sobre las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. O la sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2014, de sacar a la organización palestina Hamasén de las listas terroristas europeas.

Finalmente hay que recordar que la reforma de Lisboa, en aras a conseguir la efectividad directa de las normas de la UE opta en su artículo 263 TFUE por permitir a “*Toda persona física o jurídica interponer recurso, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución*”. En esta línea la sentencia de 3 de octubre de 2013, asunto C-583/11P *Inuit Tapiriit e.a. v Parlamento Europeo y Consejo* y la sentencia de 19 de diciembre de 2013, asunto C-274/12P, *Telefónica v Comisión*, aclaran que los términos de esta apertura de la legitimación a los particulares se ciñe a los actos reglamentarios, entendidos como actos de alcance general que no tengan la condición de actos legislativos, respecto de los cuales se mantiene el enfoque restrictivo de la afectación directa e individual. Por ello dice el TJ “*Con esta finalidad, el TFUE, mediante sus artículos 263 y 277, por una parte, y mediante su artículo 267, por otra, ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de la Unión, confiando dicho control al juez de la Unión*”<sup>173</sup>. De este modo, dado que las personas físicas o jurídicas no pueden, en atención a los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 263 TFUE, impugnar directamente los actos de la Unión de alcance general, éstas se encuentran protegidas contra la aplicación a las mismas de tales actos. Cuando la aplicación de estos actos compete a las instituciones de la Unión, estas personas pueden interponer un recurso directo ante el juez de la Unión contra los actos de aplicación en las condiciones establecidas en el artículo 263 TFUE, e invocar, en virtud del artículo 277 TFUE, en apoyo de ese recurso, la ilegalidad del acto general en cuestión. Cuando esta aplicación sea competencia de los Estados miembros, aquéllas pueden alegar la invalidez del acto de la Unión de que se trate ante los órganos jurisdiccionales nacionales e inducirles a consultar al Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 267 TFUE mediante las cuestiones prejudiciales. A tal efecto, debe precisarse que los justiciables, en el marco de un procedimiento nacional, tienen derecho a impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otro acto nacional por los que se les aplique un acto de la Unión de alcance general, invocando la invalidez de este último acto. De lo anterior se deduce que la remisión prejudicial para que se aprecie la validez de un acto, constituye, de la misma manera que el recurso de anulación, una modalidad del control de legalidad de los actos de la Unión<sup>174</sup>.

Esta eficacia directa sigue sin ser reconocida respecto de las directivas. No obstante la sentencia de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, *Maribel Domínguez*, marca de forma clara y concisa las pautas que debe seguir el juez nacional respecto de la integración de las directivas comunitarias en el ámbito interno, cuando son incompatibles con el Derecho interno. Primero analizando si cabe una interpretación conforme de tal disposición, pues la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del TFUE, en la medida en que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen. Segundo, esta interpretación conforme tiene como límite los principios generales del Derecho, que el juez nacional debe utilizar como referencia para el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional y no puede servir de

---

<sup>173</sup> FJ. 57. Apreciación del Tribunal de Justicia. Sobre el primer motivo de casación.

<sup>174</sup> SSTJUE de 21 de febrero de 1991, asunto C-143/88 y C-92/89 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest*, y de 6 de diciembre de 2005, asunto C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, *ABNA y otros*.

base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.<sup>175</sup> Tercero, en caso de que tal interpretación no sea posible, deberá examinarse si la directiva tiene efecto directo y, en ese caso, si el particular puede invocarlo frente a las partes demandadas en el procedimiento principal, dada la naturaleza jurídica de éstas. Y, cuarto, cuando los justiciables pueden ampararse en una directiva frente al Estado, no frente a un particular, pueden hacerlo independientemente de cuál sea la condición en que actúa el Estado, empleador o autoridad pública. En efecto, en uno y otro caso hay que evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión<sup>176</sup>. Esto es, una posible acción de responsabilidad contra el Estado, por infracción del Derecho de la UE.

No cabe despedir esta década sin hacer referencia a la sentencia de 16 de junio de 2015, asunto C-62/14, *Gauweiler y otros*, en la que el TJ admite a trámite y resuelve sobre el fondo, las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Constitucional Alemán, pues la admisión a trámite del litigio principal parece ir en contra de muchos de los argumentos que hasta la fecha había reiterado el TJ en torno a la impugnación de los actos de la UE y de admisión a trámite de una cuestión prejudicial.

En efecto, lo primero y quizá más importante que destaca de esta sentencia, es la admisión a trámite de una cuestión prejudicial como la suscitada, y que los Gobiernos de Irlanda, Grecia, España, Francia, Italia, Holanda, Chipre, Portugal y Finlandia, así como el Parlamento Europeo y la Comisión Europea consideran inadmisibles por ficticia y artificial ya que la consulta se refiere a un acto preparatorio y carente de efectos jurídicos, pues versa sobre la interpretación de un comunicado de prensa hecho por el Consejo de Gobierno del BCE el 5 y 6 de septiembre de 2012<sup>177</sup>, pensado para adoptar actos en el futuro.

El TJ haciendo caso omiso de 9 Estados miembros y de dos instituciones de la UE admite a trámite la cuestión dando como argumentos:

Por un lado, el artículo 267 TFUE como procedimiento de cooperación directa entre el TJ y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y recordando su reiterada jurisprudencia de que: “*corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que se ha de pronunciar, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al TJ. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación o la validez de una norma del Derecho de la Unión, en principio del TJ está obligado a pronunciarse*”<sup>178</sup>.

Por otro, haciendo una excepción al requisito que desde los primeros años de su actividad jurisdiccional ha exigido para impugnar los actos de la UE. A saber: la concurrencia del carácter vinculante y la capacidad de que el acto de la UE produzca efectos jurídicos.

En efecto, a lo largo de la resolución el TJ reconoce que el comunicado de prensa sólo podrá tener efectos jurídicos vinculantes tras la adopción de nuevos actos jurídicos<sup>179</sup>, pero

---

<sup>175</sup> STUE de 15 de abril de 2008, asunto C-268/06, *Impact*.

<sup>176</sup> SSTJUE de 26 de febrero de 1986, asunto C-152/84, *Marshall*, de 12 de julio de 1990, asunto C-188/89, *Foster y otras*, y de 14 de septiembre de 2000, asunto C-343/98, *Collino y Chiappero*.

<sup>177</sup> Sobre las decisiones adoptadas respecto algunas características técnicas de los aspectos básicos de las operaciones monetarias de compraventa (OMT). Esto es, sobre las OMT para casos futuros de programas de ajuste macroeconómico o de programas precautorios del FEEF/MEDE.

<sup>178</sup> FJ. 24. Sobre la admisibilidad.

<sup>179</sup> Así en el FJ. 28 reconoce que las decisiones relativas a las OMT no han sido aplicadas aún y que sólo podrán aplicarse tras la adopción de nuevos actos jurídicos, o en los FFJJ. 70-71, recuerda que según reiterada jurisprudencia del TJ el autor del acto controvertido debe revelar de manera clara e inequívoca el razonamiento para que el TJ pueda ejercer su control o en el FJ. 84 recuerda que han pasado más de dos años desde el comunicado y el anuncio del



entiende que en el presente caso el comunicado de prensa y los proyectos de actos examinados en la reunión del Consejo de Gobierno en la que se aprobó dicho comunicado permiten conocer los aspectos esenciales de un programa como el que se anunció en dicho comunicado y bastan para permitir que el TJ ejerza su control. A lo que añade que la circunstancia de la falta de un acto formal, como indica el órgano jurisdiccional remitente, no priva de objeto a los recursos examinados en el litigio principal, ya que el derecho alemán permite, con ciertos requisitos, otorgar una tutela judicial preventiva en una situación de esta índole. Por ello dice que, “*si bien es cierto que los recursos examinados en el litigio principal, destinados a evitar la vulneración de unos derechos amenazados, se basan en unas previsiones inciertas, no es menos cierto que, según el TC remitente, el derecho alemán permite tales recursos, en la medida en que, en el marco del procedimiento establecido en el artículo 267 TFUE, la interpretación del derecho nacional corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional remitente, el hecho de que las Decisiones relativas a las OMT no hayan sido aplicadas aún y de que sólo puedan aplicarse tras la adopción de nuevos actos jurídicos no puede, por tanto, llegar a negar que la petición de decisión prejudicial responda a una necesidad objetiva para la solución del litigio de que conoce dicho órgano*<sup>180</sup>”.

Con esta sentencia el TJ, no sólo le ha quitado la razón a la sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2013<sup>181</sup> sino que admite a trámite las cuestiones prejudiciales presentadas por el TCFA con nuevos argumentos. Pues no basa la excepcionalidad de su admisión en los argumentos recogidos en las Conclusiones del Abogado General Don Pedro Cruz Villalón de las sentencias de 31 de marzo de 1971, asunto C-22/70, *Comisión v Consejo* o la sentencia de 9 de octubre de 1990, asunto C-366/88, *Comisión v Francia* de tratarse de una disposición general que en atención a las circunstancias específicas puede tener la capacidad de influir decisivamente en la situación jurídica de terceros, lo que justificaría su tratamiento como un acto, para evitar que una institución de la UE desvirtúe el sistema de actos y sus correspondientes garantías jurisdiccionales, disfrazando actos con vocación hacia el exterior como programas generales. Sino que admite a trámite el recurso conforme a la teoría de la sentencia de 10 de diciembre de 2002, asunto C-4921/01, *British American Tobacco*, de que los particulares pueden alegar ante los tribunales nacionales la invalidez de un acto de la UE de alcance general sin necesidad de que se hayan adoptado efectivamente medidas de aplicación de dicho acto con arreglo al derecho nacional. Esto es, el TJ entiende que basta con que el órgano jurisdiccional nacional conozca de un litigio real en el que se le plantee, con carácter incidental, la cuestión de validez de tal acto para que se pueda admitir una cuestión prejudicial. Argumento éste un tanto laxo y que va a permitir a cualquier tribunal nacional por cualquier noticia o acto de la UE, produzca efectos jurídicos o no, interponer una cuestión prejudicial.

### 3. CONCLUSIONES

A partir de una interpretación sistemática y teleológica de los Tratados comunitarios, que no sólo aplicará él en sus resoluciones sino que les exigirá a los tribunales de todos los Estados miembros en aras a llegar a una interpretación y aplicación uniforme del Derecho comunitario, el Tribunal de Luxemburgo con las paradigmáticas sentencias de los años sesenta, *Van Gen & Loos* y *Costa v ENEL*, establece los principios de eficacia directa y primacía del Derecho

---

programa discutido en el litigio principal sin que se haya llevado a cabo, al haber considerado el Consejo de Gobierno del BCE que la situación económica de la zona euro no justificaba aplicarlo.

<sup>180</sup> FJ.28. Sobre la admisibilidad.

<sup>181</sup> Sentencia por la que inadmite la impugnación de *Von Storch* y otros contra la Decisión OMT (T 492/12) por carecer de legitimación activa, ya que la Decisión OMT carece de efectos directos sobre la situación jurídica de los recurrentes y sus destinatarios son los bancos centrales.

europeo, creando con ello, un sistema jurídico autónomo respecto del de los ordenamientos de los Estados miembros, pero al mismo tiempo, integrado en el orden interno de estos Estados, inmediatamente aplicable y, como tal, invocable por los particulares ante los órganos jurisdiccionales estatales que tiene obligación de aplicarlo.

Principios incipientes que se consolidan en la década de los setenta, asentándolos no sólo sobre los Tratados fundacionales sino sobre todo el Derecho de la Unión y frente cualquier norma interna de los Estados miembros, con independencia de su rango y de su condición anterior o posterior. Pues la primacía del Derecho europeo lo es sobre todo el derecho interno, incluido el constitucional (sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*). Y la eficacia directa se impone para toda norma de Derecho originario de la Unión y no sólo la de los Tratados (sentencias *Defrenne*) e intenta también ampliarla a algunas normas de derecho derivado como las directivas, por las que impone una eficacia vertical y horizontal matizada (sentencia *Van Duyn*).

Sin embargo, la creación de este Derecho supranacional es fruto de la colaboración del TJ con los tribunales nacionales, a través de la cuestión prejudicial. Consciente de ello, en la década de los ochenta el TJ sienta las bases sobre la cuestión prejudicial (sentencia *CILFIT*), y con ella la relación entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Luxemburgo. En esta década el Tribunal de Luxemburgo sentará las bases de la naturaleza de la función prejudicial y los motivos para acudir a ella por los tribunales nacionales. Dota pues el TJ a los Estados miembros de una plena autonomía procesal, en el sentido de que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado designar los órganos jurisdiccionales competentes, así como la modalidad procesal de los recursos en vía jurisdiccional en aras a la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario.

En la década de los noventa, década de las grandes y significativas modificaciones de los Tratados fundacionales, el TJ acorde con el sentimiento de integración, no sólo va a mantener su postura de primacía del Derecho europeo, sino que va a intentar superar los obstáculos de los contra límites de las Constituciones de los Estados miembros y hacer un nuevo intento uniformador de la aplicación del Derecho europeo en todos los Estados miembros, resolviendo los problemas que habían quedado en el tintero en las décadas anteriores. Asienta por ello definitivamente las bases de su doctrina *Simenthal* y con las sentencias *Francovich*, *Factortame* y *Brasserie* reconoce la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho comunitario, estableciendo el principio de la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario, con independencia de cuál sea el órgano del Estado autor de la violación o de la naturaleza de la norma comunitaria infringida, constituyendo el derecho a reparación el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, así como el reconocimiento de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y la no inclusión de los principio de la eficacia directa y primacía del Derecho europeo en la parte dispositiva, si bien el TJ no cambia significativamente su doctrina, si la matiza, pues deberá actuar llegando a un equilibrio. La jurisprudencia de esta década se va a caracterizar por el intento de no cuestionar el que el Derecho europeo sea un ordenamiento jurídico autónomo que cumple funciones constitucionales, pero que respeta las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, por cuanto vienen reconocidas en el TUE como límite de actuación del poder normativo europeo.

El TJ solventará la necesidad de respetar esta identidad constitucional reconocida en los Tratados acudiendo al principio de proporcionalidad (sentencias *Michaniki* y *Angelidaki o Witgenstein*), y recordando que la identidad constitucional de un Estado miembro no se puede

equiparar a todo su Derecho constitucional, pues este Derecho debe soportar la primacía del Derecho de la Unión en aquello que no es inherente a su verdadera identidad constitucional. Y utilizará estos mismos argumentos cuando los derechos fundamentales entren en conflicto con el Derecho comunitario, en aras a aceptar medidas restrictivas de los Estados miembros (sentencia *Omega*). Proporcionalidad no sólo en favor de la norma comunitaria sino también en punto a la aceptación de una medida restrictiva de los Estados miembros cuya finalidad sea la protección de un derecho fundamental, sin necesidad de que esa medida sea compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades o el nivel de protección del derecho fundamental considerado. El TJ llega así a la conclusión de aplicar la norma que mayor estándar de protección de a ese derecho fundamental.

Sin embargo el Tratado de Lisboa lo que verdaderamente supone es que los límites nacionales a la eficacia del Derecho europeo, impiden de forma particular que pueda concretarse un contenido común del propio principio de primacía, pues sus contornos variarán dependiendo de cada jurisdicción constitucional. Se puede con ello decir que, las recientes modificaciones a las que ha sido sometido el Tratado de la UE, representan los paradigmas más importantes para que los tribunales nacionales se cuestionen el principio de primacía del Derecho europeo y qué tribunal deba tener la última palabra. Al establecerse en el Tratado de Lisboa la necesidad de respetar los contra límites de los Estados miembros, o su identidad constitucional y no reconocer con carácter vinculante la primacía del Derecho comunitario, los tribunales nacionales empiecen a plantear sus dudas en cuanto al intérprete último de su derecho nacional (sentencia *Melloni*). Dudas que, sin embargo, no se plantea el TJ que sigue considerándose el Señor de los Tratados y que tendrá como resultado un sinfín de conflictos entre los Altos tribunales y sus tribunales ordinarios en cuanto al reconocimiento de la autoridad última (sentencia *Melki*). Incluso sobre la problemática situación que podía generarse tras la adhesión de la UE al CEDH y con ello al planteamiento de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales ante el Tribunal de Estrasburgo o ante cualquier Organismo internacional, el Tribunal de Luxemburgo llega a la conclusión de arrogarse la competencia completa para revisar toda resolución cuando afecte al Derecho europeo, tanto la de un organismo internacional (sentencia *Kadi*), como en relación con el CEDH, (sentencia *Kukurdevecia*). Y, ha manifestado que es parte de su función y su obligación el garantizar el control de la legalidad de los actos de la Unión desde cualquier punto de vista incluido el punto de vista de los derechos fundamentales y de los acuerdos internacionales.

No es, por tanto una novedad afirmar que a lo largo de todas estas décadas el TJ, a través de su jurisprudencia se ha erigido de forma matizada en el Señor de los Tratados, pues aun partiendo de una concepción internacional el Derecho comunitario (dualista) en estas casi siete décadas ha creado un nuevo derecho “el europeo” cuya primacía y eficacia es incuestionable y que todos los Estados miembros no sólo lo deben acatar sino también aplicar e interpretar conforme a los planteamientos que su jurisprudencia va determinando, llegando así a planteamientos puramente monistas del Derecho de la UE. Lo que sin duda ha generado nuevos problemas en la dogmática jurídica. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha revolucionado las concepciones tradicionales y obligado a la doctrina a buscar nuevas explicaciones que permitan entender cómo un órgano salido del Derecho internacional, que no es ni legislativo ni ejecutivo, ha conseguido imponerse a los tribunales nacionales de los Estados miembros e integrar de manera uniforme el Derecho comunitario en los ordenamientos de estos países miembros, cuestión éstas a la que me referiré en el Capítulo siguiente.

## CAPÍTULO 2

# LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO Y SU INTERFERENCIA EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN: PRIMACÍA, EFICACIA DIRECTA Y CUESTIÓN PREJUDICIAL

### 1. INTRODUCCIÓN

El proceso de integración comunitaria ha generado una intensa actividad doctrinal<sup>182</sup>, consecuencia de que los Tratados fundacionales dotaron desde el principio a la Comunidad primero y la Unión Europea después de una estructura política, económica y jurídica que no se corresponde con ningún modelo conocido hasta la fecha. La división tajante, y ciertamente, un tanto artificiosa, que la doctrina ha hecho entre análisis exclusivamente políticos y exclusivamente jurídicos hace que muchas veces se olvide, o minusvalore, el papel tan importante que tuvo el Derecho en la construcción europea. En concreto parece que la doctrina no se paró a pensar que un órgano que se percibe como fuera del ejecutivo y del legislativo “el judicial” pudiese influir en el desarrollo del proceso de integración de la UE<sup>183</sup>. Por ello, a pesar de que la mayoría de las teorías entorno a la integración se refieren a la integración política, también se han desarrollado teorías de la integración jurídica, en concreto la teoría de la integración a través del Derecho (*Integration through Law*)<sup>184</sup>.

Ahora bien, no es fácil emplazar la ITL en el amplio espectro de la teoría de la integración. Y no lo es porque siendo un campo tan fecundo, no es infrecuente encontrar similitudes con otras aproximaciones. Lo que es claro, es que el Derecho ha sido el principal *leit motiv* en la historia de la integración europea. El Derecho ha instaurado la promoción del proceso de integración con un claro propósito, el de un orden común muy concreto, en el abanico de lo económico, monetario y político. El TJ, en aras al cumplimiento de este orden común,

---

<sup>182</sup> Una sistematización de las diferentes teorías puede encontrarse en MARISCAL, N. (2010). “*Más allá de Lisboa: horizontes europeos*”, Ed. Tecnos.

<sup>183</sup> KALLESTRUP, M. (2009) “European integration and European Court of Justice. Can European Court of Justice be seen as a pro-integrative institution?” Course title: *Governance and Its Impact - The Interrelationship between European and National Policy-Making*, University of Copenhagen Faculty of Social Science Department of Political Science Winter 2009, 10 ECTS.

<sup>184</sup> GORDILLO PÉREZ, L.I. (2005) “*El proceso de integración europea y la teorización de la dinámica comunitaria jurídica*”, núm. 2, pp. 47-80. Este autor recuerda que se habla de la integración a través del Derecho adoptado con las siglas ITL (*Integration through Law*) por ser el primer calificativo que tuvo este movimiento en la doctrina. Actualmente se emplean términos como *legal integration (theory)*, *legalist approach* o simplemente *legalism*. Esta situación se prolongó hasta mediados de los ochenta cuando el activismo judicial del TJ que Weiler con buen juicio relacionó con el inactivismo de las instancias políticas provocó la atención de la doctrina.

raramente ha perdido de vista en sus decisiones el objetivo de la integración, lo que le ha valido los aplausos de unos y las críticas de otros<sup>185</sup>.

Aunque la teoría de la integración a través del Derecho o ITL sugirió a su creador Joseph H.H. Weiler dos teorías alternativas, que podrían utilizarse para crear una identidad constitucional en Europa<sup>186</sup>, la realidad es que se trata más bien de un movimiento cuyo objetivo común será el interés cognoscitivo de los científicos de estudiar el papel de la ley y las instituciones legales en el proceso de integración europea. Movimiento que no ha evitado que se hayan intentado sistematizar sus explicaciones en las diferentes teorías salidas la integración política<sup>187</sup> y, en concreto en las dos contrapuestas (neofuncionalista y neorrealista) y la de creación europea (supranacionalista), junto con otras exclusivamente jurídicas como la legalista, o la de competencia de los tribunales, todas ellas dirigidas a explicar cómo el Derecho europeo, fundamentalmente a través de la jurisprudencia del TJ ha moderado los efectos del poder político y los potenciales excesos de las reclamaciones individuales, convirtiéndose en la columna vertebral de la construcción europea<sup>188</sup>.

Como muchos estudiosos han planteado ideas interesantes fuera de los principales marcos analíticos presentados, no me voy a centrar en ninguna de ellas sino que intentaré sistematizar los argumentos de unas y otros, sin etiqueta alguna, y partiendo de los principios de primacía y eficacia directa, pues como dice Karen J. Alter<sup>189</sup> todas contienen significativas verdades que permiten averiguar el por qué el TJ ha sido y será un verdadero promotor de la integración.

Desde otro punto de vista, hay que recordar que la primacía del Derecho comunitario es de creación jurisprudencial, lo que evidencia la intención de los Unión de dejar en manos de los tribunales la determinación del alcance de la integración del Derecho europeo en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Ahora bien, al ser la UE una organización basada en el principio de atribución, primacía no implica una subordinación de toda la legislación nacional, sino simplemente implica que el Derecho comunitario debe tener prioridad sobre la legislación nacional en un área en la que los Estados miembros han conferido competencia a la Comunidad. En consecuencia, el Derecho comunitario no puede prevalecer sobre el Derecho nacional en un campo en que la Comunidad carece de competencias. El alcance de los límites de estas competencias está a menudo abierto a discusión tanto entre los tribunales como entre los juristas. Por tanto, la cuestión de la supremacía está entrelazada con la cuestión de los límites legales de la Comunidad y del concepto de soberanía, también conocida como la cuestión de la competencia de las competencias. El Tribunal de Justicia ha reclamado

---

<sup>185</sup> GORDILLO PÉREZ, L.I. op. cit.. Este autor recuerda en su cita 108, que entre los que ven al TJ como un “héroe que ha hecho avanzar enormemente la causa de integración”, están ALTER, K. y MEUNIER-AITSAHALIA, S. (1994) “Judicial Politics in the European Community: European integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decisión”, en *Comparative Political Studies*, vol. 26, pp. 535-561, en concreto p. 536. De entre los que critican esta suerte de “activismo judicial”, RASMUSSEN, H. (1986) “What role for the Court” in *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 377-383, donde llega a calificar a este activismo judicial como una “usurpación de competencias”.

<sup>186</sup> CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, M. y WEILER J.HH. (1986) “Integration through Law: European and the American Federal Experience”, Vol. 1-2, Ed. Walter de Gruyter, pp 1-405. Weiler sugirió dos teorías alternativas que podrían dar explicación a la creación de una identidad constitucional en Europa, la primera es una identidad más federal, como hace Cappelletti, basada en lo que él llama Europa como unidad, y la segunda basada en una identidad intergubernamental, que denomina Europa como comunidad.

<sup>187</sup> Perfectamente sistematizadas en WIENER, A. y DIEZ, T. (2009) “*European Integration Theory*”. Second edition, Oxford University, pp. 1-322.

<sup>188</sup> VAUCHEZ, A. (2008) “Integration-through-law. Contribution to a socio-history of EU political commonsense”. *EUI Working Papers*, RSCAS 2008/10, pp. 1-33. Consultar en <http://ssrn.com/abstract=1260166>

<sup>189</sup> ALTER, K. J. (1996) “Who are the “Master of the Treaty?” Europeans Governments and the Euroean Court of Justice”, unespecificed seattle, WA, pp. 1-31. Ver en: <http://aei.pitt.edu/2434/>.

esta “*Kompetenz-Kompetenz*” judicial<sup>190</sup> que, básicamente, significa el poder de determinar la inconstitucionalidad de la legislación comunitaria, como se ha visto en el desarrollo de su jurisprudencia en el Capítulo anterior. Por el contrario algunos tribunales nacionales se han opuesto firmemente a esta reclamación y consideran que los Estados miembros no han renunciado a su soberanía sólo han hecho un traspaso de competencias y por ello tienen derecho a impugnar la constitucionalidad de las disposiciones de la Comunidad, máxime cuando los nuevos Tratados fundacionales han reconocido la cláusula de salvaguardia de las identidades constitucionales de los Estados miembros y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión con el mismo valor jurídico que los Tratados.

Este análisis jurídico de la soberanía y de la interrelación entre sub ordenamientos jurídicos exige, a su vez, según Benito Aláez Corral<sup>191</sup>, saber en cuál de ellos se puede residenciar aquella cualidad de la soberanía y si es posible residenciarla en varios ordenamientos al mismo tiempo sin que las condiciones de existencia de éstos se vean alteradas. Es decir, habría sido preciso que los Tratados fundacionales se hubiesen pronunciado, sobre si existe un único ordenamiento jurídico del que forman parte los demás, aunque dotados de autonomía, o diversos ordenamientos jurídicos con posibles existencias soberanas simultáneas. Pues, tanto el TJ como algunos Tribunales constitucionales pugnan por la existencia de un único ordenamiento jurídico de validez, que funcione como un “todo único”, el comunitario o el constitucional respectivamente.

Tras la aprobación del Tratado de Lisboa, las exigencias de la europeización y la conservación de la identidad nacional, en vez de mitigarse se han intensificado, lo que según algunos autores ha generado una constante dialéctica que ya no puede ser entendida como una mera pugna entre monismo y dualismo<sup>192</sup>. Al igual que ya no cabe recurrir a un solo proceso para explicar la integración, tampoco cabe recurrir a un solo método para explicar la interacción. La relación entre ordenamientos y la explicación de su interacción basada en un solo formato conceptual, se ha hecho insostenible pues, la extensa ampliación de competencias que ha sufrido la UE han ampliado respectivamente la variabilidad entre los intereses de los Estados miembros y la diversidad de los temas abordados. El centro de gravedad en la UE ya no puede verse sólo desde la confrontación de los paradigmas monismo y dualismo, sino que es necesario acogerse a nuevas formas experimentales, nuevos caminos, que permitan dar entrada a nuevas teorías jurídicas, distintas de las anteriores<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> Este término enlaza con la teoría general del Estado de corte germánico, que durante la segunda mitad del siglo XIX elaboró el concepto jurídico de Estado a partir de la capacidad de éste para autoobligarse jurídicamente, para poner límites a su poder, en fin para configurar sus competencias: el Estado tenía la competencia para determinar sus competencias, de ahí el término “*Kompetenz-Kompetenz*”. Ver VON BOGDANDY, A. (2000) “Notas sobre la ciencia del Derecho europeo (contexto, debates y perspectivas del desarrollo de la teoría general del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 1º semestre, pp. 203-257, en concreto, p. 213, cita 53.

<sup>191</sup> ALÁEZ CORRAL, B. (2012) “Soberanía Estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal alemán”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, pp. 359-285. En concreto se refiere este autor al monismo o pluralismo ordinamental en pp. 366-367

<sup>192</sup> SALVETI, M. op. cit..

<sup>193</sup> BARANI, L. (2006) “Hard and Soft Law in the European Union: The case of Social Policy and the Open Method of Coordination” Université Libre de Bruxelles, *Webpapers on constitutionalism & Governance beyond the State*, núm. 2, pp. 1-31.

## 2. LA PRIMACÍA ORIGEN DE LA INTEGRACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO

La génesis de la primacía representa, aun hoy uno de los misterios más fascinantes y controvertidos del Derecho comunitario. No por su originalidad, pues la primacía (*pacta sunt servanda*) constituye un principio fundamental del Derecho internacional<sup>194</sup>, sino por haberse convertido, gracias al TJ, en el eje jurídico central del proceso de integración, dando lugar a la efectiva integración del Derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos internos. Es más, la doctrina sigue preguntándose cómo fue posible que, en un contexto normativo (tanto nacional como comunitario) que ofrecía muy pocas posibilidades de anclaje y, en un entorno cultural que, hasta los años setenta, prefirió los esquemas del dualismo, la simple aplicación uniforme del Derecho comunitario pudiese establecer un sistema en el que, comúnmente la aplicación de la norma comunitaria prevaleciese sobre la aplicación de la norma nacional<sup>195</sup>.

Algunos encuentran su explicación en la naturaleza jurídica de los Tratados. Es decir, en la idea de los dos políticos franceses, que con la ayuda del jurista Paul Reuter, decidieron elaborar una comunidad internacional basada en un "método funcional" de carácter "supranacional"<sup>196</sup>. Pues, después de la entrada en vigor de los Tratados constitutivos, si bien los gobiernos de los seis Estados miembros no hubieran dado efecto a lo acordado, con la creación de un Tribunal de Justicia como órgano judicial dotado de todas las características propias de un auténtico poder judicial, en particular independiente e imparcial, pusieron en marcha el mecanismo necesario para hacer efectivo con su jurisprudencia los principios fundamentales que estaban implícitos en el texto y la estructura de los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas primero y de la Unión Europea después<sup>197</sup>, y consiguieron, mediante la consagración jurisprudencial de dichos principios, los rasgos característicos del ordenamiento jurídico comunitario. Así, este Derecho europeo permite reconocer que la UE, aun siendo su matriz original el Derecho internacional, es una organización internacional sui generis, a la que se le ha acuñado el término de organización supranacional<sup>198</sup>, que se contrapone al carácter intergubernamental que tradicionalmente han tenido las relaciones internacionales.

---

<sup>194</sup> Recordar los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, que se refieren a la observancia de los Tratados.

<sup>195</sup> VECCHIO, F. "Primacía del Derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales: consecuencias asimétricas de la europeización de los contra límites". Tesis Doctoral, Balaguer Callejón, Francisco y Vasco Pereira Da Silva (Directores), Ed. Universidad de Granada y universidad de Lisboa 2011-2012, pp. 39-100.

<sup>196</sup> ZAMORANO-GUZMÁN, C. (2008) "La gobernanza de la Unión Europea: Principio de primacía, efecto directo y traumatismo fundador", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI* (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2008, pp.471-490.

<sup>197</sup> MITTRANY, D. (1933) "*The Progress of International Government*", Yale University Press, New Haven, pp. 1-176. Ver también de este mismo autor (1943) "*A working peace System. An Argument for the functional Development of International Organization (and other essays)*", Oxford University Press, Quadrangle Books, Oxford Chicago; MUTIMER, D. (1992) "1992 and the political integration of Europe: Neofunctionalism reconsidered" in *Journal of European Integration*, vol. 13(1), pp. 75-101. Este autor habla de temas como el desbordamiento de la legitimidad otorgada a las instituciones comunitarias; y PEDERSEN, T. (1992) "Political change in the European Community. The Single European Act as a case of system transformation" in *Cooperation and Conflict*, vol. 27(1), pp. 7-44, se refiere a los modelos sistemáticos de cambio del sistema que consideran a las influencias externas del entorno internacional; y GORDILLO PÉREZ, L.I. op. cit., teorías que engloba este autor dentro del neofuncionalismo como motor de la integración.

<sup>198</sup> DÍEZ DE VELASCO Y VALLEJO, M. (1988) "La reforma del régimen de adopción en el orden internacional", *Anales*, núm. 18 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ver también DÍEZ-PICAZO, L. (2008) "La naturaleza de la Unión Europea". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, Barcelona, octubre 2008, pp. 1-67. Este autor considera que nada impide que una Constitución sea adoptada mediante un tratado internacional, y poder hablar de un constitucionalismo supranacional, a pesar de que a muchos juristas

Otros, sin embargo, buscan la explicación en el contexto histórico del momento, cuando el General Charles De Gaulle, poco después de su elección como Presidente de la República francesa empezó a dudar sobre la integración europea, impuso veto de entrada al Reino Unido<sup>199</sup> y declaró públicamente (en el año 61) que Europa es de las naciones “*Europe des patries*”. Por el contrario la Comisión presidida por Walter Hallstein, persigue la idea de una Europa federal, pero con el fortalecimiento de los intereses nacionales había perdido su influencia y con ello el de poder introducir sus ideas europeístas<sup>200</sup>. A la luz de esta situación el TJ aprovechó la conjunción de las características especiales de los Tratados fundacionales, para intentar recuperar el europeísmo perdido. Al plantearle un tribunal holandés una cuestión prejudicial, por el artículo 177, éste aprovechó la ocasión para aplicar el principio de eficacia directa propio de la hermenéutica clásica del Derecho internacional. Dicho de otra manera, al pedir la cuestión prejudicial y hacer referencia al artículo 12 del Tratado, en el asunto *Van Gen en Loos*, el tribunal holandés abrió la puerta conceptual (y políticamente) al Tribunal de Justicia para la aplicación del principio de eficacia directa<sup>201</sup>. Dos años más tarde al volverle a plantear una cuestión prejudicial un juez de paz de Milán, volvió a recuperar un concepto propio de la tradición internacional y reconoció la primacía del Derecho comunitario.

Por esta razón dicen algunos, que las sentencias *Van Gend & Loos* y *Flaminio Costa v ENEL* unidas a la cuestión prejudicial son, probablemente, las dos resoluciones, más importantes del TJ, pues a través de ellas el Tribunal de Luxemburgo decidió básicamente el futuro del Derecho comunitario, como aquel que debía tener primacía y eficacia directa sobre el Derecho nacional, cimentando las bases de la importancia que posteriormente tendría la legislación europea en los diferentes Estados miembros. Sin estas resoluciones, fruto de cuestiones prejudiciales, la norma comunitaria habría sido una norma más del Derecho internacional. No hubiera habido Tratados europeos eficaces sin la supremacía de la legislación europea sobre la ley de Estados miembros; ninguna supremacía hubiera subsistido sin efecto directo oponible por los ciudadanos; y ningún efecto directo se hubiera producido sin resoluciones prejudiciales previas que hubieran garantizado la aplicación uniforme de la norma Europea en todo la Unión Europea. Sin estos tres pilares la Comunidad Europea se hubiera

---

contemporáneos, educados en que tratados y constituciones son cosas distintas, la afirmación de que una constitución pueda estar contenida en un tratado les produce extrañeza. Ver CAUNES, K. (2003), “Constitutionalism in Europe in the era of the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe,” *EUI Review*, núm. 3, pp. 10-11.

<sup>199</sup> La solicitud británica para la adhesión a la CEE se había presentado en agosto de 1961. A principios de 1963, De Gaulle declaró su veto unilateral contra la adhesión británica en rueda de prensa.

<sup>200</sup> VAUCHEZ, A. op. cit., p. 7. Recuerda este autor, que en la década de los sesenta, los líderes políticos paneuropeos se enfrentaban al cierre de las políticas de integración europeas, por los muchos desacuerdos y la crisis que se desarrolló entre los Estados miembros de 1962 a 1966. El fracaso de la diversas iniciativas para reactivar la integración europea (por ejemplo, el plan Fouchet de 1961-1962 y, sobre todo, las propuestas Hallstein de marzo 1965, pero también el rechazo de la solicitud británica para formar parte de la Comunidad (en enero de 1963)) ilustra el endurecimiento de las posiciones diplomáticas de los Estados miembros y marcó una ruptura repentina en el ascenso de la Comisión dentro del sistema institucional de la CE. Rápidamente quedó claro que era “poco realista” esperar una revitalización conjunta de la Comisión y el Parlamento. Pero, como muchos de los líderes políticos paneuropeos con posiciones destacadas en las instituciones comunitarias eran a la vez juristas de reconocido prestigio (*Fernand Dehousse, Walter Hallstein, Carl Ophuls, Jean Rey, Ivo Samkalden, Paul-Henri Spaak, o Pierre-Henri Teitgen*) las fronteras entre el derecho y la política empezaron a desdibujarse. Esta difuminación de las fronteras entre el derecho y la política será esencial para comprender cómo estos *gentleman* políticos de la ley fueron capaces de aprovechar el nuevo curso del TJ para redirigir sus propias inversiones paneuropeas en la promoción del Estado de Derecho europeo.

<sup>201</sup> WEILER, J.H.H. (2013) “Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the individual” en *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend et Loos, 1963-2013*, Conference Proceedings–Luxembourg 13 may 2013, pp. 11-21.



desmoronado, porque no habría podido poner en orden la heterogénea y multinivel esfera de competencias europeas<sup>202</sup>.

A través del procedimiento prejudicial, mediante la aplicación de los principios de la supremacía y eficacia directa, el TJ hizo del Derecho comunitario un verdadero Derecho supranacional. E incluso, la historia misma de la integración de la Unión Europea a menudo se presenta como el progresivo despliegue de esta jurisprudencia comunitaria, pues, por un lado, a través de ella, se ha clarificado el alcance del Derecho europeo, es decir, qué artículos de los Tratados tienen efecto directo, qué normas comunitarias gozan de primacía absoluta, qué consecuencias en términos de responsabilidad tienen los Estados por su incumplimiento, etc., por otro, también a través de su aceptación difícil y desigual por las diferentes jurisdicciones nacionales, se muestra como se ha producido la diferente adaptación en los distintos Estados de la Unión del Derecho europeo.

Al adoptar estas resoluciones el juez europeo se convierte en el promotor de la integración europea y aleja de los políticos nacionales la posibilidad de dictar normas contrarias al Derecho comunitario. Esto es, el TJ, en terminología de Joseph Weiler<sup>203</sup>, sustituye la supranacionalidad política por la supranacionalidad normativa. El TJ consciente de las decisiones que tomaba entendió que sólo a través de la primacía y el efecto directo cabía establecer un Derecho comunitario supranacional. El TJ asumió la tarea de encargarse del proceso de integración europeo porque la política había fallado. Tarea que se ha hecho tradicional y puede ser observada hasta hoy en las decisiones del Tribunal<sup>204</sup>.

No hay que olvidar, sin embargo, que lo anterior no hubiera sido posible sin el sumiso silencio con el que los Gobiernos nacionales aprovecharon las ventajas de la primacía para adoptar, en sede europea, decisiones políticamente costosas o jurídicamente imposibles de ser ejecutadas a nivel nacional<sup>205</sup>. Así como el entusiasmo con el cual, los jueces ordinarios, acogieron el principio que les ha permitido no seguir el orden jerárquico de los ordenamientos judiciales internos y actuar, en un cierto sentido, con un cierto margen de discrecionalidad<sup>206</sup>.

---

<sup>202</sup> VAUCHEZ, A. op. cit., p. 17.

<sup>203</sup> WEILER, J.H.H. (1981) "The Community System: The Dual Character of Supranationalism", in *Year Book European Law*, vol. 1 (1), pp. 267-306.

<sup>204</sup> MANGOLD, A. K. (2011) "Costa v Enel (1964): On the importance of Contemporary Legal History" in Augusti, E. Domeier, N. Georg Von Graevenitz, F. and Prutsch, M.J. (Eds), *Inter-Trans-Supra? Legal Relations and power Structures in History*, Saarbrücken, Akademiker Verlag, pp. 220 -234.

<sup>205</sup> KEOHANE, R. O. y HOFFMANN, S. (1990) "Conclusions: community Politics and Institutional Change", Ed. Wallace W, in *The Dynamics of European Integration*, Pinter Publications, UK, London pp 276-3000. Hoffmann y Keohane reconocen la conveniencia de realizar una nueva interpretación del proceso de cambio institucional en la Comunidad Europea, caracterizándola como organización que comparte soberanía sin cederla ni transferirla, que va más allá de una organización internacional pero más acá de una federación y que se fundamenta en la realización de negociaciones intergubernamentales como requisito previo al desbordamiento (*spill over*) exitoso. MORAVCSIK, A. (1991) "Negotiating the Single European Act: national interests and conventional statecraft in the European Community", *International organization*, vol. 45(01), pp. 19-56. Moravcsik va a analizar el Acta Única Europea primero y el Tratado de Maastricht después, y construirá su teoría del "intergubernamentalismo liberal" basado en el comportamiento racional del Estado, la formación de la preferencia nacional y una negociación interestatal. Es decir, los gobiernos indican sus preferencias nacionales, las cuales son confrontadas después con aquellas de los gobiernos en las negociaciones interestatales, para finalmente acordar una cesión de soberanía responsabilizando a las instituciones supranacionales de los acuerdos obtenidos. Ver un resumen de estas teorías en POSADA, E.V. (2008) "Evolución de las Teorías sobre integración en el contexto de las teorías de relaciones internacionales", en *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*, Ed. Pontificia universidad Javeriana, convenio Andrés Bello, pp. 144-213, en concreto 188-190.

<sup>206</sup> ALTER, K. (2001) "*Establishing the supremacy of European Law*" New York OUP; RASMUSSEN, H. op. cit., p. 377.

Razones todas ellas que hacen necesario observar a la UE desde el punto de vista de sus fines y su funcionamiento, en lugar de hacerlo desde el punto de vista de su origen.

Para otros, la causa fundamental de esta actuación se encuentra en la lógica y en un razonamiento jurídico específico, que ha creado a su vez su propia dinámica interna de expansión, compeliendo al TJ a dictar sentencias que favorecen la integración, y compeliendo a los tribunales nacionales a aplicar esta jurisprudencia comunitaria<sup>207</sup>.

Esa lógica jurisprudencial, en concreto hay que buscarla en la hermenéutica, pues, es indudable que estos principios no hubieran prosperado si el TJ, desde sus comienzos, no hubiera partido de un razonamiento basado en el espíritu, el sistema y el tenor literal del Tratado. Esto es, al dejar los Tratados poco margen de actuación literal al TJ, ya que la idea de un proceso de europeización impulsado por el Tribunal de Justicia parecía muy remoto en el momento de la firma de los Tratados, si este órgano judicial no hubiera acudido a un método interpretativo teleológico, en lugar del literal, la integración probablemente no se hubiera conseguido. El TJ ha interpretado la voluntad y las intenciones de los seis Estados fundadores al crear el ordenamiento jurídico comunitario.<sup>208</sup> El Tribunal va a tratar de demostrar que “el tenor literal y el espíritu del Tratado” tienen por corolario “la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, en contra de un ordenamiento jurídico que han aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que, por consiguiente, no se puede oponer a dicho ordenamiento”. No pueden considerarse aquí los argumentos basados en el análisis del texto, que no tienen, quizá, la misma fuerza que los fundados en la descripción de las características esenciales del ordenamiento jurídico comunitario. Para apoyar estos argumentos, el Tribunal encuentra una “confirmación” de la “preeminencia del Derecho comunitario” en los términos del artículo 189 TCE, según el cual los reglamentos tienen valor “obligatorio” y son “directamente aplicables en cada Estado miembro”. De este modo, el Tribunal subraya una vez más el vínculo entre aplicabilidad directa y primacía, pero también entre ésta y atribución de un poder legislativo a la Comunidad<sup>209</sup>.

Ahora bien, el TJ en su práctica teleológica se ha inclinado por una interpretación amplia de la competencia funcional<sup>210</sup>, pues ha entendido que, aunque el sistema europeo se basaba (y se sigue basando) en atribuciones de competencias concretas y expresas de los Estados y para objetivos especificados, un sistema así de rígido, siendo una buena opción para controlar la cesión del ejercicio de soberanía, podría no ser práctico ante nuevos problemas que exigieran una respuesta en tiempo razonable, aunque no se tuviera competencia suficiente o ninguna competencia, para alcanzar los objetivos asignados a las Comunidades<sup>211</sup>. Así pues, además de la cláusula de flexibilidad, que permite aprobar normas a la UE en situaciones imprevistas en las que carece de competencia en los Tratados pero el objetivo entra dentro de los asignados

---

<sup>207</sup> MANCINI, G.F. (1989) “the Making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review*, vol. 26, pp 595-614.

<sup>208</sup> CRAIG, P. and DE BURCA, G. (2011) “The Nature and Effect of EU Law: Direct Effect and Beyond”, cap. 7, in *EU Law, Text, Cases and Material*. Oxford University Press, 5th Edn, pp. 1-1320, en concreto p. 180.

<sup>209</sup> LOUIS, J-V. (1991) “El ordenamiento jurídico Comunitario”, op. cita, pp. 141-154.

<sup>210</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T. (2010) “La interpretación del Derecho constitucional europeo”, *Anuario del Pensamiento Crítico, Vide tur Quod*, pp. 202-231. Este autor dice que: “la materia de derechos fundamentales es un ejemplo significativo de interpretación evolutiva producto del criterio teleológico pues aunque los Tratados contienen ante todo materias de contenido económico y pocas relacionadas con derechos humanos, el Tribunal progresivamente fue integrado la protección de éstos en su construcción a partir de algunas menciones como la de la “constante mejora de las condiciones de vida y del trabajo de sus pueblos” contenida en el Tratado de Roma.” p. 268.

<sup>211</sup> MANGAS MARTÍN, A. “Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado constitucional de la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, pp. 49-74.

(artículo 352 TFUE), el Tribunal de Luxemburgo ha entendido que el principio de atribución de competencias sólo puede ser definido en función de los objetivos a alcanzar, es decir, leerse a la luz de la doctrina de los poderes implícitos, pues, la existencia de un determinado poder conlleva la de cualquier otro razonablemente necesario para el ejercicio de aquel. Doctrina cuya aplicación le ha llevado no sólo a enfrentamientos y críticas de algunos tribunales nacionales que le han acusado de actuar *ultra vires* o de forma abusiva, sino también doctrinales<sup>212</sup>, lo que permite hablar de un claro “activismo judicial”<sup>213</sup>. Hasta el punto de que algún autor ha considerado que la aplicación del principio de supremacía en la sentencia *Costa v ENEL* es una decisión política más allá del alcance apropiado de cualquier intervención judicial, que si bien se consideró como inevitable para crear el actual ordenamiento jurídico comunitario tiene la gran dificultad de averiguar hasta dónde puede llegar este Tribunal de Justicia para conseguir la integración política, cultural, económica y social de la UE<sup>214</sup>.

No faltan sin embargo, autores que entienden que este activismo debe ser bien entendido pues, ha llevado al TJ, en aras a evitar enfrentamientos múltiples, al diálogo con los tribunales nacionales, lo que explicaría la falta de uniformidad que han mostrado en ocasiones las resoluciones judiciales, pues el Tribunal de Luxemburgo se ha visto forzado a modular su jurisprudencia en función del país de que se trate<sup>215</sup>.

Pero, en lo que coinciden casi todos es en el papel casi secundario que el TJ ha atribuido a la interpretación gramatical de los preceptos, pues la variedad lingüística de los textos hace que sea muy difícil acudir a este criterio hermenéutico, lo que no le ha impedido asegurar que cuando los textos son claros hay que aplicarlos según su tenor literal.

Para otros, sin embargo, la primacía es propia de cualquier organización internacional, como lo fue la UE en sus comienzos, por ello, más que de activismo judicial y de la teoría de los poderes implícitos habría que hablar de la función constitucional<sup>216</sup>, que le atribuyen los propios Tratados constitutivos, y que le ha permitido actuar con los métodos de interpretación propios de cualquier orden jurídico nacional, y, más concretamente con los métodos propios de un tribunal constitucional. Prueba de ello es que, la característica esencial de la judicatura en la Comunidad Europea es no residenciarse exclusivamente en el TJ sino incluir, a todos los tribunales de los Estados miembros y, en última instancia, a este Tribunal de Justicia. Hasta el

---

<sup>212</sup> ALONSO GARCÍA, R. (2014) “*Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia...*” op. cit., pp. 24-26.

<sup>213</sup> ALONSO GARCÍA, R. (1994) “*Derecho Comunitario, Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*”, Ed. Civitas, Madrid, pp. 1-448, en concreto p. 238. Esta autor recuerda la frecuencia con la que el TJ recurre a los principios generales del Derecho, tanto internacionales como nacionales para colmar sus lagunas e insuficiencias del ordenamiento comunitario, optando por los criterios de mayor progresividad y carácter funcional en la incorporación y creando así un derecho comunitario autónomo.

<sup>214</sup> WEATHERILL, S. and BEAMONT, P. (2008) “*EU Law: the essential guide to the legal working of European Union*” Penguin Books Ltd; 4th edition March 27, 2008, pp. 1-806. RASMUSSEN, H. op. cit., p. 28.

<sup>215</sup> SLAUGHTER, A.M. STONE SWEET, A. and WEILER J. H. H. (1998) “*The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence Legal Change in Its Social Context*”, Oxford, pp. 1-448. En concreto en este libro se analiza primero la jurisprudencia de los países de Bélgica, Alemania, Italia, Francia y Reino Unido, para después ver cómo se ha producido la integración del derecho comunitario refiriéndose a ellos K. Alter en el Capítulo 8, de la Parte II, como los intermediarios críticos en la integración jurídica (*The critical Intermediaries in Legal Integration*), pp. 227-241.

<sup>216</sup> GORDILLO PÉREZ, L. y MARTINICO, M. (2013) “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, pp. 429-478. Nos recuerdan estos autores que normalmente con “constitucionalización” de la UE, los estudiosos se refieren a la transformación progresiva del Derecho comunitario (y ahora de la UE) desde la perspectiva de una organización internacional a la de una entidad caracterizada por un componente “federal”; en este sentido, la expresión “constitucionalización” ha sido entendida como progresiva “federalización” del ordenamiento de la UE. Ver a este respecto CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, M., WEILER, J. H. H. (1986) “A General Introduction”, in *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, vol. I, Berlin-Nueva York, pp. 1-15.

punto de que apenas es una exageración decir que los tribunales ordinarios de los Estados miembros son los verdaderos jueces del Derecho comunitario y que sólo en caso de conflicto o de interpretación es necesario acudir al juez comunitario<sup>217</sup>.

Algunos autores amalgaman todos los argumentos anteriores y entienden que la integración a través del Derecho (ITL) se debe a la articulación de los contenidos normativos de los Tratados en función de los objetivos proclamados especialmente en los artículos 2 y 3 del TCE, uno de cuyos exponentes más claros se encuentra en el método funcional que preside la atribución de competencias a las instituciones, en la envergadura tanto política como jurídica de dichos objetivos (la integración), en la dinámica del proceso que presiden los Tratados y en la atribución al TJ del monopolio en la interpretación del Derecho de la UE<sup>218</sup>.

Sea como fuere, la realidad es que esta primacía y eficacia directa del Derecho comunitario al ser de creación jurisprudencial y nunca haberse reconocido en los Tratados ha obligado a los tribunales nacionales a lidiar con su aplicación<sup>219</sup>.

Naturalmente, la recepción de la doctrina de la supremacía por parte de los Estados miembros ha sido variada, y, a veces un tanto complicada, pues, si bien los tribunales inferiores han tendido a colaborar con el Tribunal de Luxemburgo, los Altos tribunales o jerárquicamente superiores han frustrado a veces esa expansión y penetración del Derecho europeo en el ordenamiento jurídico nacional. No sólo porque se vean amenazados por el TJ sino porque parten de la supremacía constitucional. Ello implica que la Constitución nacional termina delimitando el ámbito de validez y la aplicabilidad de las normas internas, pero también delimita la eficacia y, en consecuencia, la aplicabilidad de las normas externas en el interior del propio ordenamiento. Con independencia de la adscripción monista o dualista tradicional del ordenamiento de que se trate, es indiscutida, desde el punto de vista de los tribunales constitucionales, la cuestión de la supeditación de las normas internacionales a la Constitución, como pone de manifiesto el hecho de que la ratificación de un tratado internacional contrario a la Constitución solo será posible previa reforma de ésta<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> MERTENS DE WILMAR, J. (1986) "Reflexions sur les methodos d'interpretation de la Cour de justice des Communautés européennes", *CDE*, núm. 1, pp. 5-20. Ver también BALAGUER CALLEJON, F. (2010) "La contribución de Peter Haberle a la construcción del derecho constitucional europeo" *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, núm. 13, enero-junio, pp 339-376. Ver también MADURO, M.P. (2003) "Las formas del poder constitucional de la Unión europea", *Revista de Estudios Políticos, Nueva Época*, núm. 119, enero-febrero, pp.11-55.

<sup>218</sup> DÍEZ-HOCHLEITNER, op. cita, p. 54, el cual recoge parte de los argumentos de MERTENS DE WILMAR en la obra citada anteriormente.

<sup>219</sup> BREITHOLZ, C.J. (2003) "From Costa to Constitution: The Case Continues..." Master Thesis, supervisor Norinder, H., *European Law*, autumn, pp. 1-75. Este autor recuerda que la doctrina de la supremacía es una creación del Tribunal de Justicia. Y a pesar de que Craig y De Burca han examinado brevemente algunos artículos del Tratado que pueden explicar la doctrina de la primacía (como el artículo 249 que establece que un reglamento tendrá un alcance general y será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros), el caso de *Van Gend & Loos*, estableció el principio de efecto directo refiriéndose al "espíritu, régimen general, y la redacción del Tratado". El Tribunal sostuvo que el propio Tratado presupone la base para que el efecto directo sea inherente al Tratado. Los principios de efecto directo y primacía han sido el resultado de un razonamiento teológico en vez de literal. El Tribunal de Justicia es el motor de la integración legal y su vasta jurisprudencia constitucional, sin duda, ha profundizado aún más la relación jurídica de la Comunidad. Craig y De Burca han criticado este punto de vista realizado por el Tribunal pues tan solo con el artículo 249 no se puede crear una doctrina general de la supremacía de todo el Derecho comunitario (pp. 7-9).

<sup>220</sup> Salvo en Holanda que se admiten los Tratado derogatorio de la Constitución. Ver en la Segunda Parte, Cap. 3. Reino de los Países Bajos, p. 133. Ver también DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2008) "Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 9, pp. 85-116.

Los seguidores de esta teoría, entienden por tanto que, esta vinculación de la justicia constitucional a la Constitución hace necesario que el proceso de integración del Derecho europeo solo pueda ser objeto de enjuiciamiento en las condiciones establecidas en la Constitución nacional y de acuerdo con las características generales del sistema constitucional estatal. Es decir, habrá que estar en todo caso a las habilitaciones genéricas y específicas que el Estado establece para su incorporación al proceso de integración, a las posibles cláusulas de intangibilidad y a las relaciones previas que los Altos Tribunales establezcan con sus respectivos ordenamientos. Lo que supone que los Tribunales supremos o constitucionales sólo puedan operar de acuerdo a la conformación y definición concreta del ordenamiento al que pertenecen, lo que a su vez ha tenido como consecuencia, que si bien han terminado por dar cobertura constitucional a la primacía del Derecho europeo, al mismo tiempo se han preocupado de individualizar una serie de normas que, al expresar valores constitucionales superiores, impiden la aplicación de la doctrina de la primacía del Derecho comunitario. Estos son los contra límites o cláusulas de intangibilidad, que hacen que el diálogo entre los tribunales superiores y el TJ sea limitado, pues son la barrera infranqueable sobre la que no se puede dialogar<sup>221</sup>. Por ello, algún autor ha dicho que, si bien se considera a los tribunales nacionales como co-protagonistas de la integración del Derecho comunitario, por el contrario, se ve a los Altos Tribunales más como antagonistas que como protagonistas en este proceso de integración<sup>222</sup>.

### 3. MONISMO, DUALISMO, O PLURALISMO COMUNITARIO

En consonancia con lo anterior el monismo y dualismo<sup>223</sup>, salidos de las profundidades del Derecho internacional<sup>224</sup>, han conocido una suerte particular en el Derecho comunitario, pues el paradigma de razonamiento del TJ se asienta en los postulados monistas, mientras que una parte de los de la jurisprudencia de los tribunales nacionales se asienta en la contraria dualista.

Ahora bien, los nuevos Tratados de la UE, vigentes desde el 1 de diciembre de 2009, han incluido (en el artículo 6 TUE) la cláusula de salvaguardia de las identidades constitucionales de los Estados miembros, lo que al menos teóricamente, pone en duda la concepción monista que, a toda costa pretendía instaurar el Tribunal de Luxemburgo<sup>225</sup>.

En este escenario evolutivo, es pues, importante recordar que el actual artículo 6 del TUE se refiere también al reconocimiento de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del mismo valor jurídico que los Tratados. Esta última disposición (seguida de la previsión de adhesión de la Unión al CEDH) rediseña, a través de los derechos y las identidades

---

<sup>221</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. (2007) “Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, pp. 327-375. Este autor entiende que si sobre los contra límites se puede dialogar y ceder, entonces es que no son principios estructurales esenciales.

<sup>222</sup> CRUZ VILLALÓN, P. (2004) “El Tratado según la Constitución: tres planteamientos”. Ponencia impartida en el *III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, celebrado en Barcelona, los días 21 y 22 de diciembre de 2004, pp. 7-9. Accesible desde <http://www.derecons.es>.

<sup>223</sup> Para un resumen somero del monismo y el dualismo ver MALPICA DE LAMADRID, L. (2002) “Relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno” en *La influencia del derecho internacional en el Derecho mexicano*, Ed. Limusa S.A. pp. 69-73.

<sup>224</sup> VERDROSS, A. (1923) “Die Einheit des rechtlichen Weltbildes”, Tübingen, Este autor fue el que acuñó las expresiones teoría monista y teoría dualista, clasificación que tuvo aceptación generalizada y que sigue actualmente en vigor, aunque en vez de dualismo se quiera hablar de pluralismo.

<sup>225</sup> VECCHIO, FAUSTO (2012) “Primacía del Derecho europeo y contra límites como técnicas para la relación entre ordenamientos”, *ReDCE*, Año 9, núm. 17, Enero-junio 2012 pp. 67-101.

constitucionales nacionales, este proceso de integración. Actualmente, este camino evolutivo experimenta un importante avance en lo que se refiere a la positivación europea de los derechos fundamentales, de la mano de un diálogo no sólo entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Luxemburgo, sino también entre el TJ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que trata de asegurar jurisdiccionalmente los distintos y singulares niveles de garantía desde la óptica de un constitucionalismo multinivel con el que se vienen a confirmar plenamente las identidades constitucionales nacionales.

Esto supone entender que el modelo de integración supranacional experimentado en Europa sigue las pautas de una asimetría, que algunos han considerado que se ajusta a un marco confederal en el plano político de la adopción de decisiones y a un marco federal en el plano jurídico de aplicación efectiva de esas decisiones. Los Estados consiguen trasladar al plano internacional, que se rige todavía por el principio de soberanía estatal, la adopción de decisiones que en el ámbito interno estarían sometidas a limitaciones jurídicas en lo constitucional. La conjunción de estos dos elementos (limitación del poder en el ámbito interno y ejercicio externo de la soberanía en el ámbito internacional) es la que hará posible una transformación del poder estatal que le permitirá liberarse de las trabas democráticas internas y recuperar su pérdida capacidad de maniobra. Se genera así una escisión inevitable entre el Derecho constitucional estatal y las normas fundamentales que rigen la actividad de las instituciones europeas. Estas últimas no se configuran, en realidad, como Derecho constitucional sino que se someten a los acuerdos entre Estados partiendo de la base de la soberanía formal de éstos en el ámbito internacional y europeo<sup>226</sup>. Lo que significa hablar de la unidad en la diversidad o una interpretación integrada de todo el ordenamiento jurídico.

### 3.1. Los paradigmas monistas del Derecho comunitario

Siguiendo a Hans Kelsen monismo significa que el derecho es un conjunto normativo, y, todo sistema normativo es un todo unitario que está determinado por su fuente, la cual es el único fundamento de su validez. Fuente que, a su vez, se basa en el principio de subordinación de las normas, unas normas dependen de otras, de donde derivan y obtienen su fuerza obligatoria<sup>227</sup>, hasta llegar a la norma hipotética fundamental, que es la “*pacta sunt servanda*”. La dogmática de las sentencias *Van Gend & Loos* y *Costa ENEL* de la década de los sesenta viene a establecer y dar nacimiento al monismo comunitario, en cuanto que califica al Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico nuevo integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros. Hasta el punto de que como recuerda Carl-Johan Breitholtz<sup>228</sup> en terminología del propio Tribunal de Luxemburgo, la magnitud de estas dos sentencias es tal que incluso se las considera como “*la regla fundamental para la existencia de la Comunidad*”, el fundamento mismo de la construcción europea, pues, para alcanzar los objetivos de los Tratados

---

<sup>226</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. (2010) “la contribución de Peter Häberle...op. cit., pp. 339-376.

<sup>227</sup> KELSEN, H. (1982) “Teoría pura del Derecho”, 2ª Ed. Traducida por Vernengo, R. J. Universidad Autónoma de México, pp. 1-357, en concreto p. 330, se puede descargar de la pág. web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1039>. Consultada el 20 de agosto de 2014. Este autor crea así su famosa teoría piramidal, donde la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno se explica porque el derecho internacional regula las relaciones entre Estados jurídicamente iguales, y en él existen normas que tienen una existencia objetiva, independiente de la voluntad de los Estados. El carácter objetivo del derecho internacional frente a los Estados no consiste sólo en una objetividad formal, sino que implica a la vez que tiene una fuente propia, diferente de la del derecho interno. Esto conlleva la necesidad de abandonar la teoría del reconocimiento del derecho internacional, ya que éste es objetivamente válido.

<sup>228</sup> BREITHOLTZ, C. J. op. cit., pp. 9-10.

es necesario aplicar de manera uniforme el Derecho comunitario en los diferentes Estados miembros.

En efecto, el acto judicial que fundó el monismo comunitario fue la sentencia *Van Gen & Loos* con el reconocimiento de la eficacia directa, al permitir a los nacionales de los Estados miembros invocar derechos europeos que el juez nacional debía proteger. Poco después se dicta la sentencia *Costa v ENEL* relativa a la primacía del Derecho comunitario. Y, esta decisión, que tiene la misma raíz que la sentencia *Van Gen & Loos*, (pues la primacía no es entendible sin la eficacia directa), apunta toda una nueva serie de matices monistas en cuanto a que califica al Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico nuevo, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y supranacional. Esto es, se califica a este nuevo ordenamientos como un cuerpo normativo aplicable simultáneamente a los Estados miembros y a sus nacionales, supranacional, palabra que se había vuelto innombrable ante la oposición *gaullista* que en aquella época presentaba sus primeras manifestaciones virulentas<sup>229</sup>, y basado en la “integración” del Derecho europeo en los Derechos de los Estados miembros, que implica como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer unilateralmente medidas nacionales frente al ordenamiento jurídico comunitario. El TJ subraya, el carácter definitivo de la transferencia de soberanía de los Estados miembros a la Comunidad y el papel existencial de la primacía del Derecho europeo designada como “base jurídica de la Comunidad”.

Esta doctrina del TJ quedará codificada de manera concluyente en la sentencia *Simmenthal* de 1978, que añade varios matices a las precedentes. Tras recordar el acervo jurisprudencial en los relativo al efecto directo y a la primacía, en términos visiblemente inspirados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, reitera la doctrina de la primacía al decir que las disposiciones del Derecho comunitario por formar parte integrante del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros, impide la formación válida de actos legislativos incompatibles con el Derecho comunitario. Lo que reiterará en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, en términos absolutos y globales, al especificar la primacía del Derecho europeo considerado en su conjunto sobre el Derecho interno también considerado en su conjunto, incluido el constitucional. Esto significa que al Tribunal de Luxemburgo no le importa la naturaleza o el estado de la disposición legal del Estado miembro. Por tanto, los derechos fundamentales que forman parte de una constitución o de la estructura constitucional de un Estado no pueden afectar a la validez del Derecho europeo. Sin embargo, esta misma sentencia buscó entre su propio ordenamiento algún elemento que pudiera servir a la protección de los derechos reclamados. Así el TJ da un carácter autónomo a la protección de los derechos comunes respecto a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que no permite de ningún modo olvidar que el único criterio de validez de los actos de la Comunidad es el propio Derecho comunitario. Lo que supone que, aunque el Tribunal no tenga competencia sobre una materia, busca *ultra vires*, medios propios de integración de las lagunas del ordenamiento comunitario, a fin de preservar la plenitud de éste y seguir con una concepción exclusivamente monista. Planteamiento éste que no tardará en poner en contra a determinados tribunales nacionales, entre otros al Tribunal Constitucional alemán y a la Corte Constitucional italiana.

La consolidación de los principios de autonomía, eficacia directa, primacía del Derecho comunitario e integración culminará en la década de los ochenta en las sentencias, *SpA* o *Grimaldi*, para todas las instancias nacionales y en relación tanto del Derecho primario como derivado. Para conseguir este objetivo, el TJ recuerda a los tribunales nacionales que deben acogerse a una interpretación teleológica o finalista, esto es, ante la duda de la compatibilidad de una norma interna con una comunitaria, deben interpretar su norma interna conforme al

---

<sup>229</sup> PESCATORE, P. “Monismo, dualismo...” op. cita, p. 9.

sentido de su norma comunitaria y, ante la duda del sentido de la norma comunitaria, deben interpretarla conforme a los objetivos perseguidos por los Tratados. En efecto, el recelo del Tribunal de Luxemburgo al Derecho interno de los Estados miembros le lleva a imponer un método interpretativo frente a otros, que gire en torno a los objetivos o fines perseguidos por los Tratados. Por ello recordará que, el multilingüismo y las distintas culturas jurídicas interpretativas justifican en muchos casos una intervención del TJ en ayuda a los demás aplicadores del Derecho europeo.

Pero, la década de los ochenta se va a caracterizar por sentar las bases sobre la cuestión prejudicial, ya que la cuestión prejudicial de la UE constituye, el verdadero instrumento de colaboración judicial para garantizar la correcta interpretación y aplicación uniforme del ordenamiento comunitario en los Países miembros, En este sentido, al haberse demostrado con jurisprudencia de épocas anteriores que el mecanismo de los reenvíos prejudiciales del artículo 177 TCEE eran un poderoso dispositivo de integración entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, el Tribunal de Justicia en la sentencia *CILFIT*, va a considerar a la cuestión prejudicial como esencial para la preservación del carácter comunitario del derecho instituido por los Tratados”, toda vez que tiene por “*objeto garantizar que, en cualesquiera circunstancia, ese derecho produzca el mismo efecto en todos los Estados miembros*”, en aras a lo que establece “*una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en cuyo marco estos últimos participan de forma estrecha en la correcta aplicación y en la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, así como en la tutela de los derechos conferidos a los particulares por ese ordenamiento jurídico.*”<sup>230</sup>

Para un sector de la doctrina, la cuestión prejudicial es quizá la base sobre la que se asienta todo el Derecho comunitario, y, por tanto el elemento monista por excelencia. La relación simbiótica entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia en la puesta en funcionamiento de la eficacia directa en confluencia con la supremacía y aneja a la consideración del individuo como sujeto Europeo, junto con su identidad nacional, décadas antes de que la UE institucionalizase la Ciudadanía de la Unión, son los elementos que han conseguido calificar al Derecho comunitario como verdadero Derecho supranacional.

Este argumento basa sus premisas en que, si bien era posible encontrar en el orden constitucional de muchos Estados miembros una variedad de disposiciones que permitían a los tribunales nacionales dar efecto directo de forma automática a las disposiciones de tratados internacionales, hasta la sentencia *Van Geen & Loos* no lo hicieron. Los tribunales nacionales eran extremadamente reacios a aprovechar tales disposiciones, por inseguridad y timidez en cuanto a la efectiva interpretación de las normas internacionales. Aunque constitucionalmente podían aplicar las normas internacionales como si fuera una norma interna, el juez no la sentía como tal, la consideraba como una ley externa o extranjera y por ello difícil de aplicar, entre otras cosas porque los destinatarios del Derecho internacional eran los gobierno, y su alegación por parte de los ciudadano ante los tribunales, podía suponer actuar en contra del propio gobierno del ciudadano de ese Estado, lo que podría llevar a ese tribunal a comprometer los intereses nacionales de su país en el ámbito internacional.

Lo que hizo que el efecto directo fuera eficaz y seductor para los tribunales nacionales en el sistema europeo fue el hecho de que el sistema preliminar de referencia eliminaba todos esos impedimentos: el tribunal nacional del Estado miembro no tenía que lidiar con una interpretación incierta pues, a través de la cuestión prejudicial recibía una interpretación autorizada del Tribunal de Justicia. Y, lo que es más, la interpretación era válida de *facto erga*

---

<sup>230</sup> CIENFUEGOS MATEO, M., (2011) “La trascendencia de la función..., op. cit., pp. 1-24.



*omnes*, es decir, vinculada a todos. "Los tribunales de los Estados miembros no están solos" cuando confrontan una norma de un tratado internacional"<sup>231</sup>.

Sin embargo, otros autores consideran que si bien se quiere ver en la cuestión prejudicial un elemento claramente monista de integración, el citado reenvío prejudicial hace depender al TJ de los tribunales nacionales, porque la relación simbiótica se puede ver desde el otro lado, lo que a su vez supone el establecer unos límites significativos a la actuación del TJ, pues supone dejar en manos de estos tribunales la aceptación de la supremacía del Derecho comunitario<sup>232</sup>. Ello supone que exista siempre el riesgo potencial de no acudir al TJ e incluso de desobediencia u obediencia medida, en el sentido de acudir al TJ pero no aplicar la interpretación del Derecho europeo realizada por el TJ o no aplicarla en sus justos términos<sup>233</sup>. Riesgo éste que ha sido rebatido por otros autores con los artículos 226 y 227 o 234 TUE que regulan el régimen de responsabilidad de los Estados miembros por el incumplimiento del Derecho europeo, consagrada por el Tribunal de Justicia en las sentencias *Francovich* y *Factortame* de la década de los noventa<sup>234</sup>.

La consagración del reconocimiento general del principio de la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario, ha sido considerada por algunos eruditos cómo el logro de mayor alcance por parte del TJ en la aplicación del principio de supremacía, en el sentido no tanto de la concepción clásica de la primacía sino más bien de una cierta primacía preventiva ante una incompatibilidad eventual de la norma nacional con la norma comunitaria<sup>235</sup>. La sentencia *Factortame* no sólo tuvo un impacto considerable en el Reino Unido por basarse en el principio de soberanía, sino que reforzó de modo particular los medios de que disponen los particulares para imponer el respeto del Derecho comunitario a las autoridades nacionales, estableciendo el reconocimiento general del principio de la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario, con independencia de cuál sea el órgano del Estado autor de la violación o de la naturaleza de la norma comunitaria infringida. El derecho de reparación se convirtió en "el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado"<sup>236</sup>.

Incluso en la sentencia *Francovich*, el TJ aplica la sanción aun cuando la normativa comunitaria en cuestión carezca del efecto directo, y añade en sentencias posteriores que es preferible, que las jurisdicciones nacionales estén en condiciones de resolver el problema de la falta del efecto directo horizontal recurriendo a las técnicas de la interpretación conforme, con el resultado buscado por la directiva. De este modo, como dice la sentencia *Marleasing* de 1990, se podrá dar efecto a la obligación del Estado para con la Comunidad, para con los restantes Estados y para con los particulares. Llega incluso a matizar en la sentencia *Uniliver* de 2000, la posibilidad de que un particular invoque una directiva frente a otro a los puros efectos de oponerse a la aplicación de Derecho interno con ella incompatible, y en la sentencia

---

<sup>231</sup> WEILER, J. H. H. (2013) "Revisiting *Van Gend en Loos*: Subjectifying and Objectifying the Individual" in *1963–2013: 50 ème anniversaire de l'arrêt*, pp. 11-23, Conference Proceedings, Luxembourg, 13 may 2013.

<sup>232</sup> ALTER, K. (2003) "Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe", Oxford University Press, pp. 1-284.

<sup>233</sup> MAYER, F. (2003) "The European Constitution and the Courts: Adjudicating European constitutional law in a multilevel system," in *European Integration: The New German Scholarship*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Dir. Von Bogdandy, A. Jean Monnet Working Paper No 9/03, pp. 1-74, en concreto, p. 21.

<sup>234</sup> BREITHOLZ, op. cit., pp.16-17.

<sup>235</sup> CRAIG, P. y DE BÚRCA, G. op. cit., p. 282.

<sup>236</sup> Pues lo característico de los ordenamientos jurídicos, y que los diferencia de los ordenamientos morales es la capacidad de que sus normas puedan imponerse, incluso por la fuerza, esto es, lo que Max Weber en su Teoría sociológica llamaba "monopolio de la coacción legítima".

*Kukurdeveci* de 2010 se admite la posibilidad de la eficacia horizontal de aquellas directivas que se limiten a concretar principios generales del Derecho de la Unión, sobre todo si los citados principios se localizan en la CDFUE, tal y como reitera la sentencia *Maribel Domínguez*, sin olvidar *Inuit Tapiriit e.a. v Parlamento Europeo y Consejo* en el que aclara los términos de la apertura de la legitimación ante el TJ a los particulares.

Con todo, el TJ nunca se ha atrevido a declarar de forma abierta la eficacia horizontal de las directivas comunitarias.

### 3.2. Los postulados dualistas en el Derecho comunitario

Será principalmente por estas interpretaciones en torno a las directivas y por el efecto expansivo que el TJ estaba haciendo de las competencias comunitarias, por las que los Estados miembros en las reformas de los Tratados fundacionales, van introduciendo límites frente a este activismo institucional. En concreto, tras el recordatorio de la sentencia del TCFA sobre el Tratado de Maastricht de 12 de octubre de 1993, de que los Estados miembros son los Señores de los Tratados constitutivos, las reformas van dirigidas fundamentalmente al reconocimiento de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, identidad nacional y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, e incluso a un esclarecimiento de las competencias comunitarias, lo que culmina en el Tratado de Lisboa con el reconocimiento en los artículos 5 y 6 del TUE de los principios enunciados y en los artículos 2 a 6 del TFUE definiendo de forma más clara las competencias de la UE, al mismo tiempo que determinan los ámbitos, la delimitación, las condiciones de ejercicio y unas categorías de competencias de la Unión.

Esto, unido, al no reconocimiento en los Tratados de los principios de primacía y eficacia directa de la normativa europea ha supuesto que algún sector de la doctrina<sup>237</sup> entienda que los postulados monistas que a toda costa se intentan ver en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, se vean matizados por la entrada de algunos tintes dualistas, pues el TJ se ve obligado al respeto de las cláusulas de subsidiariedad, proporcionalidad, y de identidad constitucional de los Estados miembros, lo que comporta, aunque sea de forma mínima, una limitación o al menos matización de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho europeo.

En efecto, si por dualismo entendemos que los dos ordenamientos jurídicos son independientes, distintos, separados o impenetrables<sup>238</sup>, principios tales como el de subsidiariedad, o el reconocimiento de la identidad constitucional de los Estados miembros pueden entenderse desde una perspectiva dualista. Y más concretamente cabría decir que el artículo 4.2 TUE al consagrar la identidad nacional, está consagrando la constitucionalidad “singular” de los Estados miembros. Pues, el precepto mantiene el compromiso, ya señalado, de “respeto” a las “funciones esenciales” del Estado.

Respecto al principio de subsidiariedad, cabe recordar la sentencia de 10 de diciembre de 2002, asunto C-491/01, *Reino Unido v British American Tobacco*, o la de 14 de abril de 2005, asunto C-110/03, *Bélgica v Comisión*, en las que el TJ haciendo referencia al Protocolo sobre

---

<sup>237</sup> Entre otros PESCATORE op. cita, p. 15.

<sup>238</sup> Esta tesis ha sido expuesta principalmente en Alemania por Triepel, Strupp y Heilborn, y, en Italia por Anzilotti, Cavaglieri, Diena y Salvioli aunque las dos exposiciones más brillantes que han devenido clásicas son la de Heinrich Triepel y Dionizio Anzilotti. Ver TRIEPEL, H. (2014) “*Volkerrecht Und Landesrecht - Primary Source Edition*”; Ed. Nabu Press, de 13 de marzo de 2014; ANZILIOTTI, D. (2010) “*Il Diritto Internazionale Nei Giudizi Interni (Italian Edition)*” Ed. Kessinger Pub Co, de 1 de septiembre de 2010.

los principios de subsidiariedad y proporcionalidad utiliza estos principios como herramientas para la revisión judicial. Sin embargo el impacto de este principio en la jurisprudencia comunitaria es en la práctica modesto, pues aunque el Tribunal de Luxemburgo en varias ocasiones ha revisado actos de la Unión cuando iban en contra de estos principios, aún no ha anulado ninguno en aplicación de los mismos. Esto se debe, no sólo a la polémica que hay en torno a estos principios por su contenido esencialmente político y la redacción ambigua de sus términos, sino también porque su aplicación supondría establecer unos límites jurídicos estrictos a la acción comunitaria, con lo que el TJ estaría corrigiéndose a sí mismo, tras décadas de deferencia y apoyo a la expansión de competencias por instituciones europeas<sup>239</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia sobre la identidad nacional de los Estados miembros se ve de forma clara en sentencias como *Omega* de 2004 o *Sayn-Wittgenstein* de 2010, en las que el TJ reconoce la “funcionalidad” del término, en el sentido de que la identidad constitucional recibe “carta de naturaleza” en el contexto de la interpretación del Derecho de la Unión. La identidad constitucional resulta “alegable” ante una problemática tan usual como es el de la justificación a una determinada situación de restricción a una libertad. Y puede por ello ser vista como representante del último refugio para las Constituciones nacionales frente a la regla general de primacía del Derecho de la Unión. La identidad nacional se constituye en una clara vía a través de la cual las Constituciones nacionales se hacen presentes en la comprensión del ordenamiento jurídico de la Unión, de ahí que algún autor vea en esta cláusula los verdaderos contra límites del Derecho comunitario<sup>240</sup>, mientras que otros ven en la cláusula de identidad nacional un postulado propio del pluralismo constitucional<sup>241</sup>.

Pero, al igual que se ve a esta cláusula como la puerta por la que pueden ver los Estados miembros reconocida su identidad estatal en el seno de la UE, ha corrido y corre con el coste de tener que competir con una pluralidad de categorías y, en particular con el juicio de proporcionalidad. Esto es, el TJ admite sin problemas la cláusula pero a costa de perder su eventual carácter absoluto, pues, según su reiterada jurisprudencia, cualquier excepción a los artículos de los Tratados tiene que ser proporcional, y, en todo lo que sea compatible con la eficacia del Derecho de la Unión. Al no existir ningún criterio general que evalúe la proporcionalidad de la identidad constitucional, ésta se relativiza en función de las circunstancias y de las materias afectadas<sup>242</sup>. Por ello en sentencias tales como *Comisión v Luxemburgo* de 2011, el TJ aun reconociendo la importancia de preservar la identidad nacional de los Estados miembros no la reconoce como proporcionada en el caso en cuestión, e incluso en la sentencia *Michaniki* de 2008, a pesar del argumento del Abogado General Maduro abordando el aspecto constitucional del caso y haciendo referencia a la cláusula identidad, el TJ no hizo referencia a la función constitucional de la disposición impugnada y aplicó el principio de primacía. El deber de respetar la identidad nacional, por lo tanto no crea una obligación al TJ de exclusión del Derecho de la Unión, excepto cuando dicha disposición nacional es proporcional al objetivo perseguido, de ahí que se vea de forma diferente esta cláusula por el TJ y los tribunales nacionales de los Estados miembros, pues la proporcionalidad al ser indeterminada es medible. Ejemplo claro de ello se da con las sentencias *Omega* y *Kreil* donde

---

<sup>239</sup> DE AREILZA CARVAJAL, J.M. (1995) “El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, núm. 45, septiembre –diciembre, pp. 53-93.

<sup>240</sup> VECCIO, F. op. cit.

<sup>241</sup> ELANDER DUQUE, E. (2013) “*United in Diversity or Through diversity?. National Identity As a Flexibility Clause-Granting Member States a Margin of Appreciation*”, Graduate Thesis, Supervisor Groussot X. Faculty of Law, Lund University, spring, pp. 1-59.

<sup>242</sup> CRUZ VILLALON (2013) “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos.” *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (AFDUAM)*, núm. 17 Boletín Oficial del Estado; Universidad Autónoma de Madrid, pp. 501-514.

el TJ basándose en este mismo principio llega a conclusiones opuestas, lo que en este caso probablemente se debió más a un intento de no entrar en un nuevo conflicto con la República Federal Alemana, pues el supuesto de colisión última e insalvable entre el Derecho de la Unión y la Constitución nacional, ora provoca una reforma constitucional interna ora europea, según el peso específico del Estado afectado en el seno de la UE o el momento concreto en el que se produzca la colisión<sup>243</sup>.

Otros autores han querido ver en las directivas comunitarias, que no son directamente aplicables o en la distinción del TJ entre inaplicar e inadmitir de la sentencia *INCo GE* de 1990, la muestra clara la existencia de dos ordenamientos jurídicos separados por el principio de atribución de competencias<sup>244</sup>.

Pero, será, en concreto en materia de Derecho internacional donde un sector de la doctrina ve de forma clara cómo el TJ se acoge al enfoque dualista o en terminología de De Burca a un pluralismo extremo<sup>245</sup>. Así, si en la sentencia *Intertanko* de 2008, el Tribunal de Justicia analiza una serie de cuestiones vinculadas a la relación entre Derecho internacional y Derecho europeo y niega por primera vez, la posibilidad de que las disposiciones de un acuerdo internacional contemplado en su totalidad, produzcan efecto directo y puedan por tanto ser invocadas ante los Tribunales comunitarios. La doctrina se pregunta sobre la dirección que esta jurisprudencia habrá de tomar en un futuro próximo a la hora de abordar el problema de los efectos del Derecho Internacional en el comunitario y, en particular, sobre si irá abandonando su doctrina sobre el efecto directo de normas internacionales en pos de un mayor protagonismo de las instituciones políticas comunitarias en el marco de sus relaciones exteriores. Lo que se confirmará con la sentencia *Kadi*, pues en ella el TJ reconoce de forma clara y abierta la autonomía y separación del orden legal de la UE frente al dominio del orden internacional y la primacía del Derecho europeo sobre las normas de Derecho internacional. Esto es, el TJ actúa en el asunto *Kadi* de la misma forma que en el asunto *Solange* pero con la diferencia de que en *Solange* el TJ partió de la supremacía de un único orden jurídico el europeo y de un problema de interpretación, no de la existencia de diferentes órdenes legales. En *Kadi* aprovecha el TJ para recordar que el Derecho europeo no es sino que es un Derecho autónomo, propio, e independiente del Derecho internacional. Parece pues, que en política exterior el TJ vuelve a reiterar los argumentos que en su momento impuso con las sentencias *Van Geen & Loos* o en *Costa v ENEL* cuarenta años después y en contra de su reiterada jurisprudencia de considerar al Derecho internacional como parte integrante del Derecho europeo. Reconoce al menos la existencia de dos ordenamientos separados el Internacional y el Comunitario. Ello ha llevado a un fuerte sector de la doctrina a entender que más que dualismo o monismo para hacer referencia al Derecho europeo es necesario referirse a los enfoques pluralistas.

---

<sup>243</sup> Como ocurrió en relación con la cuestión del aborto, con el Protocolo núm. 35 sobre el artículo 40.3.3 de la Constitución Irlandesa, adoptado con ocasión de la reforma de Maastricht como solución a la preocupación de Irlanda a resultas de la sentencia del TJ de 4 de octubre de 1991, asunto C-159/90, *Grogan*. Ver ALONSO GARCÍA, R. (2014) “*Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia...*” op. cit., p. 88.

<sup>244</sup> DE WITTE, B. (1999) “Direct effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order”, in Craig, P. and De Burca, G. (eds) *The Evolution of EU Law*, Oxford, university Press, pp. 323-362 ; WEATHERILL, S. (1999) “EU Law: the essential guide to the legal working of European Union”, 3ª rev. ed. London Penguin Books, pp. 1-806.

<sup>245</sup> DE BÚRCA, G. (2012) “The ECJ and the international legal order” in *The Worlds of European Constitutionalism* Ed. by Gráinne de Búrca and J.H.H. Weiler, Cambridge, pp. 105-149.

### 3.3. Los enfoques pluralistas como explicación de las posturas adoptadas por el Tribunal de Justicia

En el ámbito del Derecho europeo, el pluralismo jurídico ha hecho fortuna ocupándose en gran medida del debate acerca de la repercusión de la internacionalización del Derecho sobre el constitucionalismo tradicional, o lo que es igual sobre el concepto de Estado constitucional. Así pues, desde la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht, bajo la etiqueta de pluralismo constitucional aparecen nuevas construcciones doctrinales que pretenden demostrar que las características novedosas y particulares, que surgieron con el tiempo en el Derecho de la UE no permiten seguir viendo a la Unión Europea sólo desde la perspectiva de una organización internacional lo que justifica la idea de que ya no debe considerarse al Derecho europeo como un experimento jurídico internacional, sino como algo totalmente distinto y, por tanto que debe ser estudiado desde una perspectiva distinta. La UE refleja y contribuye a una variación en la forma de la modernidad política.

En este sentido siguiendo a Nomberto Bobbio<sup>246</sup>, cabe definir la concepción pluralista surgida con el institucionalismo, como aquella en la cual cada grupo social organizado posee su propio ordenamiento jurídico. Eso supone que además de ordenamientos estatales existen ordenamientos supraestatales, como el ordenamiento internacional. Por tanto, según esta concepción, al analizar la estructura de un ordenamiento, hay que tener en cuenta su probable relación con otros ordenamientos jurídicos que operan en su entorno, pues la estructura jerárquica de un ordenamiento puede prolongarse fuera del mismo, si tal ordenamiento está subordinado a otro superior, o éste reenvía a otros ordenamientos menores o parciales la regulación de determinados comportamientos o el ordenamiento superior absorbe las normas de un ordenamiento inferior. El pluralismo permite pues ilustrar las relaciones entre ordenamientos inter o supranacionales. Consiste en entender que las relaciones entre los sistemas normativos son horizontales, y no jerárquicas. De esta forma es claro que el pluralismo sirve mejor para explicar la relación entre ordenamientos estatales e internacionales, pues promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Este concepto conlleva a una importante consecuencia para la concepción del Derecho constitucional: ninguna constitución es ya un universo en sí misma, sino más bien, un elemento de un pluriverso normativo, como pone de manifiesto, especialmente el caso europeo. En este contexto, el pluralismo es un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas o el acoplamiento entre ordenamientos jurídicos. Este acoplamiento se llevaría a cabo a través de las doctrinas del efecto directo y de la interpretación conforme a la luz de sus roles constitucionales<sup>247</sup>.

El Tratado de Lisboa ha traído a la Unión la unidad en la diversidad que ha sido aprovechado por la doctrina para superar la retórica monista y dualista (por la cual está aún influenciada todavía la jurisprudencia europea y constitucional nacional), y dejar entrar a la pluralista con la intención de hacer dialogar a las instituciones judiciales europeas y nacionales. Principios tales como el de cooperación leal, en el artículo 5 TUE, llevan a esta finalidad de intentar facilitar la producción-interpretación jurídica a raíz de los cuales los enunciados constitucionales tanto en el ámbito europeo como en el ámbito nacional, se vuelquen los unos hacia los otros, alimentándose y renovando el sentido recíprocamente. Con el Tratado de

---

<sup>246</sup> BOBBIO, N. (1990) "Contribución a la teoría del Derecho", Ed. Debates, pp. 1-408.

<sup>247</sup> DOMÍNGUEZ VALVERDE, C. (2008), "*La relación entre el derecho de la comunidad Europea y el Derecho de los Estados miembros-Aproximación teórica y la revisión de los casos de Alemania, España y Francia*", Monografías del CESEDEN 110, Ministerio de Defensa, pp. 1-305. Disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/106824>

Lisboa, se abre una nueva etapa jurisprudencial conocida como la de constitucionalización del ordenamiento comunitario, lo que para un sector de la doctrina supone la entrada de la nueva teoría del pluralismo jurídico aplicado al ordenamiento europeo como un sistema constitucional multinivel en su funcionamiento prácticamente unitario.

Dentro de esta teoría del pluralismo jurídico es necesario referirse a la teoría salida del Derecho internacional conocida como pluralismo constitucional o constitucionalismo multinivel<sup>248</sup>. El constitucionalismo multinivel cuyo primer exponente fue Ingolf Pernice<sup>249</sup>, parte de no dramatizar la cuestión de la unidad del ordenamiento jurídico y de elaborar perfiles teóricos distantes de la tradición moderna, en los que se dé una interpretación integrada de todo el ordenamiento jurídico, mediante una unidad que delegue el correcto funcionamiento del sistema al sentido de responsabilidad de las instituciones involucradas en el proceso, consiguiendo con ello la unidad en la diversidad. Lo que según Weiler<sup>250</sup>, tiene la ventaja de representar de forma auténtica el *ethos* original de una integración que ha tenido siempre como objetivo el llevar a cabo esta unidad en la diversidad.

Este constitucionalismo multinivel, cabe pues entenderlo, según Bustos Gisbert<sup>251</sup>, como aquel en el que existen, al menos dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como su fuente de validez. Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una constitución (en el sentido de cuerpo normativo de rango superior que establece y condiciona el ejercicio del poder político) y, en el que se reconocen, mutuamente la legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme supremacía de uno sobre otro. Pues, como dice Ingolf Pernice<sup>252</sup>, cuando se acepta referirse a la UE como que tiene una constitución, el término no se debe escribir con mayúscula, sino con “c” minúscula en el sentido de entender por constitución europea el único sistema legal, compuesto por dos capas constitucionales complementarias, la europea y la nacional, que están estrechamente entremezcladas y son interdependientes, que una no se puede leer y entender completamente sin hacer referencia a la otra. La constitución europea estaría así compuesta por el Derecho originario de la UE, el Derecho elaborado por el TJ, las Constituciones nacionales y la jurisprudencia relacionada de los tribunales nacionales.

---

<sup>248</sup> PERNICE, I. (2012) “La dimensión global del constitucionalismo multinivel: Una respuesta legal a los desafíos de la globalización.” *Documento de trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, núm. 61/2012, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, pp. 5-27. Este autor en su pág. 5 recuerda que la Escuela actualmente representada por *Christian Tomuschat* y *Antonio Cassese*, llamada la “escuela de la comunidad internacional” (n. del T.: *international community school*). Se basa en el supuesto de la existencia y desarrollo progresivo de normas vinculantes del derecho internacional que son independientes de la voluntad individual de los Estados, como el *ius cogens*, calificado como el “corazón de una constitución internacional”, o quizás como las “meta-normas” o “normas sobre normas” (H.L.A. Hart), en pocas palabras: “*the international constitution is the entirety of those basic rules –whether formal or substantive– which every State is bound to observe irrespective of its own will*”

<sup>249</sup> PERNICE, I. (1999). “Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?” *Common Market Law Review*, 36(4), pp. 703-750.

<sup>250</sup> WEILER, J.H. H. and WIND, M. (2003) “European Constitutionalism beyond the State”, Ed. Cambridge University Press CUP, pp. 1-226.

<sup>251</sup> BUSTOS GISBERT, R. (2008) “Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa”, en *La Ciencia del Derecho procesal constitucional*, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, en sus cincuenta años como investigador de derechos. Coord. Ferrer Mac Gregor, E y Zaldívar Lelo de Larrea, A. *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, Tomo IX, Ed. Marcial Pons, Méjico, pp. 753-777.

<sup>252</sup> PERNICE, I. (2012) “El constitucionalismo multinivel en la Unión europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, pp. 639-674.

Desde la perspectiva del constitucionalismo multinivel, la relación entre el Derecho europeo y el Derecho nacional no es jerárquica, sino funcional: los Estados miembros tienen que ser democráticos y respetar el imperio de la ley, así como los derechos fundamentales, porque esto es la base del sistema político en el nivel de la UE, y la condición para el correcto uso por los ciudadanos de sus derechos en cada Estado miembro, puesto que el origen del poder público europeo son los ciudadanos de la UE, que a su vez son el origen de la legitimidad de sus respectivas Constituciones nacionales. No hay, pues, una supremacía a priori ni del Derecho europeo, ni de las Constituciones nacionales, y, por tanto, no cabe hablar de jerarquía. Ambos ordenamientos jurídicos coexisten, desde su origen y construcción. Ello lleva aparejado que la competencia sobre las competencias no pertenece ni a la UE ni a los Estados miembros, pues pertenece a los pueblos de Europa que son los verdaderos soberanos, los que confieren poderes específicos y competencias a las instituciones que, a su vez, acuerdan establecer el proceso de construcción de la UE y las correspondientes modificaciones implícitas de sus Constituciones nacionales. Consecuencia de lo anterior, los Estados no son los Señores de los Tratados sino los instrumentos de la auto organización y autodeterminación de la sociedad. Los Señores de los Tratados son los ciudadanos, que a través de sus tribunales nacionales y europeos y a su cooperación judicial determinan en el caso concreto si es aplicable la norma nacional o el Derecho europeo.

Por esta razón, se debe dar preferencia a la norma europea, no por la necesidad de preservar el funcionamiento del ordenamiento jurídico europeo, sino por el propio fundamento del Derecho, es decir porque la norma general del Estado de Derecho requiere la aplicación igual a todos los casos donde se cumplan las condiciones de la norma, sin tomar en consideración ni la nacionalidad, ni el Estado miembro en cuestión. La legitimidad y aceptación del Derecho europeo se encuentra en esta base, en la de que un ciudadano se sentirá europeo y cumplirá con sus normas si sabe y tiene garantizado que los demás también lo hacen. La reciprocidad forma la base contractual para la validez de cada norma general. Reciprocidad, entendida como que es necesario respetar el cumplimiento de las normas comunes por todos. Por ello, la última palabra la habrá de tener, por un lado el TJ, estableciendo una interpretación uniforme e igual del Derecho europeo en todos los países miembros y la Comisión vigilando, y, en su caso sancionando su incumplimiento.

Si bien es cierto que el TJ no ha abrazado abiertamente este pluralismo, sí que cabe encontrar en su jurisprudencia elementos claros del constitucionalismo multinivel, pues al basarse esta teoría en una pluralidad de fuentes del derecho (tanto nacionales como europeas) que nutren el marco constitucional de la UE y sus principios generales, el TJ en todas aquellas sentencias que hacen referencia a la identidad nacional o constitucional de los Estados miembros, la doctrina del estándar máximo de protección de los derechos fundamentales, los principios generales del Derecho, tanto internacionales como nacionales para colmar las lagunas e insuficiencias del ordenamiento comunitario y el deber de cooperación leal, está de manera implícita haciendo referencia al constitucionalismo multinivel. Es decir, como dice Maduro<sup>253</sup>, gracias a estas sentencias se puede llegar a una concepción pluralista del ordenamiento jurídico de la UE, como un ordenamiento jurídico europeo más amplio, del que forman parte tanto el Derecho europeo como los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, lo que a su vez conlleva el concebir formas de reducir o sobrellevar los potenciales conflictos entre ordenamientos jurídicos, al tiempo que se promueve la comunicación entre ellos y se requiere de los tribunales que discurren sus sentencias y conflictos de intereses a la luz de este ordenamiento jurídico europeo nuevo o más amplio, que surja del diálogo entre los ordenamientos nacionales y de la Unión Europea.

---

<sup>253</sup> MADURO, M.P. op. cit., pp. 11-55.

Pluralismo constitucional con el que el TJ ha pretendido responder no sólo a la cuestión de la prelación entre los respectivos órdenes constitucionales de la UE, sino también a la prelación de éstos ordenes con otros sistemas internacionales y con ello, de los correspondientes sistemas normativos, como se refleja en la paradigmática sentencia del Tribunal General y del TJ en los asuntos acumulados *Kadi* y *Al Barakaat* sobre la aplicación de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, a través de medidas normativas de la UE, y su sometimiento a los derechos fundamentales. Al decir el TJ que *en un mundo cada vez más interdependiente, los diferentes ordenamientos jurídicos tendrán que esforzarse en hacer compatibles entre sí las respectivas pretensiones judiciales*, está reconociendo la existencia de una pluralidad de ordenamientos todos válidos en su ámbito. E incluso reconoce que, *en alguno de estos casos, no siempre podrá, reclamar el monopolio de determinar cómo han de conciliarse determinados intereses fundamentales*, pues, entiende que *siempre que resulte posible, se deberá reconocer la autoridad de aquellas instituciones que, como el Consejo de Seguridad, han sido creadas en virtud de un ordenamiento jurídico distinto del suyo y que en ocasiones se encuentran mejor situadas para sopesar los mencionados intereses fundamentales*. Esto es, el TJ reconoce la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos a los que no podrá dar la espalda cuando afecten a los valores fundamentales en los que se sustenta el ordenamiento jurídico comunitario y cuya protección debe garantizar. Añade incluso que *el respeto a otras instituciones tan sólo tendrá sentido si puede edificarse basándose en un entendimiento común de los referidos valores y en el mutuo compromiso de protegerlos*. En consecuencia, en aquellas situaciones en las que los valores fundamentales de la UE están en juego, puede ocurrir que el TJ se vea obligado a examinar determinadas medidas adoptadas por las instituciones comunitarias aun cuando tales medidas sean reflejo de los deseos del ordenamiento jurídico internacional del Consejo de Seguridad de la ONU.

La saga de las sentencias *Kadi I* se incardinan en un marco hermenéutico particular, tanto criticado como elogiado. Para algunos como Gráinne de Búrca<sup>254</sup>, en esta sentencia es cuestionable la aproximación fuertemente pluralista del Tribunal en torno a la relación entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional, en la medida en que representa un profundo giro para la organización regional en su tradicional compromiso con el Derecho internacional. El TJ debería haber apoyado sus argumentos en un constitucionalismo moderado<sup>255</sup>, pues al ser la rama jurídica de una organización supranacional debería haber invocado las normas de Derecho internacional antes que basarse en argumentos tales como la primacía y la relevancia de las normas de la UE cuando inadmitió la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU en cuanto a la aplicación del contenido de sus sanción. En efecto, añade este autor, que el TJ ignora el Derecho internacional y se apoya en el sistema legal interno sin referencia alguna a los principios de Derecho internacional. La estrategia utilizada por el TJ en *Kadi* ha encerrado en sí y evitado el tipo de compromiso internacional y el diálogo que con frecuencia ha sido presentado como uno de los puntos fuertes de la UE como actor global. La posición adoptada por el TJ ha sido la defendida por autores como Nico Krisch<sup>256</sup> que enfatizan el valor de los múltiples sistemas normativos. Consideran que las acomodaciones pragmáticas del pluralismo son desde el punto de vista normativo preferibles a las aproximaciones constitucionalistas basadas en premisas de coherencia y unidad. Krisch incluso afirma que el pluralismo lleva a una más fuerte responsabilidad internacional. Defiende que el escenario desordenado y desconectado de la responsabilidad global administrativa permite influencia mutua y

---

<sup>254</sup> DE BÚRCA, G. (2012) "The ECJ and the international legal order: a re-evaluation", in *The Worlds of European constitutionalism*, Ed. De Búrca, G and Weiler J.H.H., Cambridge University, pp. 105-149.

<sup>255</sup> En concreto este autor es partidario del constitucionalismo moderado de Habermas.

<sup>256</sup> KRISCH, N. (2006) "The pluralism of Global Administrative Law", 17 *European Journal International Law*, pp. 247-278.



aproximación gradual, lo que queda demostrado en este caso, ya que *Kadi* tendría motivos para solicitar ante el TJ responsabilidad extracontractual por la inclusión errónea de su nombre en la lista.

Para otros sin embargo, de esta sentencia no cabe interpretar que el TJ procede a tener un enfrentamiento con el orden internacional, sino todo lo contrario, el Tribunal de Justicia declaró expresamente que “*las competencias de la Comunidad en materia de cooperación y desarrollo [...] deben ejercerse respetando los compromisos asumidos en el marco de las Naciones Unidas y de las demás organizaciones internacionales*”. De modo que en términos generales la postura del TJ es esencialmente pluralista, entendida desde una doble perspectiva, tanto la del *pluralismo interno* como la del *pluralismo externo*. Si bien el TJ podía haber formulado una llamada al orden internacional de mayor alcance en *Kadi*, el que no lo hiciera no significa que se apartara por completo del Derecho internacional. Inferir de la sentencia una hostilidad general hacia el Derecho internacional<sup>257</sup>, sería injusto. De hecho, justamente desde la sentencia *Kadi II*, pero sobre todo en la última sentencia de 2013, se pone de manifiesto que el *corpus* normativo de la UE no es ni independiente ni autosuficiente para proteger los derechos fundamentales. La respuesta legal ofrecida por el TJ se remite al proceso de diálogo entre el Consejo de Seguridad y la UE, a dinámicas de cooperación, y a procesos destinados a cubrir las lagunas sobre la protección efectiva de los derechos que pudiera provocar la inclusión en las listas. Y es que, como dice el Abogado General Poiares Maduro en las Conclusiones Generales de esta sentencia: “[...] sería erróneo llegar a la conclusión de que, a partir del momento en que la Comunidad está vinculada por una norma de Derecho internacional, los Tribunales comunitarios deben inclinarse ante esa norma con completa aquiescencia y han de aplicarla incondicionalmente en el ordenamiento jurídico comunitario”. Lo que se ve con claridad de las conclusiones de esta sentencia, ya que la relación entre el Derecho internacional y el ordenamiento jurídico comunitario se rige por este último, y el Derecho internacional únicamente puede penetrar en ese ordenamiento jurídico con sujeción a las condiciones que establecen los principios constitucionales de la Comunidad.

#### 4. CONCLUSIONES

Como nos recuerda Capelletti<sup>258</sup> durante décadas, el Tribunal de Justicia, sin la fuerza de la espada, del oro o del carisma popular, ha demostrado, sin embargo, ser en conjunto el órgano comunitario más coherente y efectivo en perseguir una política firme de integración europea. El por qué se ha dejado tarea tan gigante en manos de un tribunal, es quizá una de las preguntas que más misterio ha generado en la doctrina, hasta el punto de dar lugar al nacimiento de nuevas teorías de la integración, basadas en la integración jurídica y no exclusivamente política, teorías en donde el Derecho se convierte en el principal motivo para entender la integración europea.

En sus comienzos la mayoría de los autores intentaron explicar esta integración jurídica a través de las teorías políticas existentes, tales como las neofuncionalistas, neorrealistas o supranacionales, pero pronto se descubrió que eran insuficientes y surgieron nuevas teorías exclusivamente basadas en lo jurídico como: la integración a través del Derecho (*Integration through Law*), la legalista, o de competencias de los tribunales. Sin embargo, la literatura en torno a este punto ha crecido de forma tan considerable que, muchos autores han planteado ideas

---

<sup>257</sup> KOKOTT, J. y SABOTTA, C. (2012) “The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?”, *The European Journal of International Law* Vol. 23 no. 4 EJIL, Vol. 23 No. 4, pp. 1015–1024.

<sup>258</sup> CAPELLETTI, M. (1980) “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, enero-febrero, pp. 61-103.

interesantes, desde todo punto de vista, que no pueden encajarse sólo ya en los marcos analíticos existentes. Y es que como dice Karen Alter ello se debe a que todas contienen significativas verdades.

En efecto, desde sus comienzos, ya sea por razones históricas, por la naturaleza de jurídica de carácter institucional de la Unión, por los objetivos perseguidos por los Tratados o por los métodos interpretativos utilizados por el Tribunal, la realidad es que el TJ aprovechó la ocasión para reconocer (en las sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa v. Enel*) los principios de eficacia directa y primacía, principios que han supuesto los dos pilares básicos de la construcción del ordenamiento jurídico europeo. Desde su afirmación, la doctrina ha considerado que ambos principios abrieron el camino para la progresiva integración del Derecho europeo en los diferentes Estados miembros de la Unión.

El Tribunal de Luxemburgo, a través del reenvío prejudicial, mediante un razonamiento teleológico y acudiendo a la teoría de los poderes implícitos, ha conseguido integrar de manera uniforme al Derecho comunitario en el Derecho nacional de los Estados miembros dándole primacía y eficacia directa, aun por encima de las normas constitucionales nacionales.

Este activismo judicial, fundamentalmente a través de la cuestión prejudicial, es visto por algunos como una juridificación de la política, es decir por primera vez, los tribunales nacionales extremadamente reacios a aplicar las disposiciones de los tratados internacionales, por considerarlas como una ley externa y extranjera, entre otras cosas porque los destinatarios eran los Gobiernos, como la norma comunitaria se dirige a los ciudadanos y es directamente aplicable, a través de la cuestión prejudicial y la interpretación autorizada del Tribunal de Luxemburgo empiezan a aplicar este nuevo Derecho comunitario resolviendo los conflictos con el propio Tribunal de Luxemburgo. Hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que los tribunales nacionales de los Estados miembros son los verdaderos jueces del Derecho comunitario y por tanto los verdaderos artífices de la integración comunitaria.

No faltan sin embargo autores que parten del planteamiento opuesto, de que la integración fue posible por la politización de la justicia. Por un lado, ante la imposibilidad de los gobiernos nacionales de adoptar determinadas decisiones en sede comunitaria, aprovechan la primacía y eficacia directa de creación jurisprudencial, para adoptar por vía judicial decisiones comunitarias políticamente costosas o imposibles de ser ejecutadas a nivel nacional. En terminología de Joseph Weiler, la supranacionalidad política ha sido sustituida por la supranacionalidad normativa. El Tribunal de Luxemburgo pudo dictar estas sentencias porque la política había fallado y asumió la tarea de encargarse del proceso de integración europeo. Por otro, los tribunales nacionales se acogen a los principios comunitarios como medio para no seguir el orden jerárquicamente establecido en los ordenamientos judiciales nacionales y así tener un cierto grado de decisión discrecional.

Ahora bien, sea cual sea la razón, la realidad es que esta actuación jurisprudencial, más allá del alcance apropiado de cualquier intervención judicial, si bien nadie discute que fue bueno en sus comienzos y se consideró inevitable para conseguir la integración del Derecho comunitario corre, en la actualidad, el riesgo de averiguar hasta dónde puede llegar.

En efecto, la realidad es que desde el reconocimiento jurisprudencial de la primacía y eficacia directa del Derecho comunitario en la década de los sesenta, los Tratados fundacionales han sido modificados en numerosas ocasiones sin que se haya incluido entre sus preceptos estos principios jurisprudenciales. Es más, las circunstancias que impidieron la entrada en vigor del Tratado constitucional, y que determinaron la entrada en vigor del Tratado de Lisboa parece que se basaron más en los tradicionalistas europeos, en cuanto que la primacía y eficacia directa no se basaron más en los tradicionalistas europeos, en cuanto que la primacía y eficacia directa no se positiva, sino que se hace desaparecer del articulado del Tratado y se desplaza a una

Declaración (la núm. 17) aneja al Tratado, lo que unido al reconocimiento de la necesidad de respetar la identidad nacional de los Estados miembros (artículo 4 TUE), así como las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (artículo 6 TUE), parecía dar a entender de manera significativa que, al menos en apariencia, se confirma la voluntad normativa de formalizar un sistema de relaciones entre ordenamientos que, más allá de lo consolidado, le confía a la lógica del equilibrio la tarea de recuperar los principios nacionales en los que se personifica la identidad constitucional.

Sin embargo, el reconocimiento en la Declaración número 17 de estos principios, ha llevado al TJ a seguir con sus mismos planteamientos y, a entender que no es necesario la positivización de estos principios para su aplicación. Porque como dice Fausto Vecchio la codificación de la regla de la primacía se ha hecho salir por la puerta para dejarla entrar por la ventana. Consecuencia de ello, los tribunales nacionales tienen que lidiar con estos principios, unidos a los constitucionales o supremos porque parten de la supremacía de su constitución.

Esto ha supuesto la necesaria interrelación entre sub ordenamientos jurídicos, lo que exige a su vez averiguar en cuál de ellos puede residenciar la soberanía o la competencia de las competencias y si es posible residenciarlo en varios ordenamientos al mismo tiempo sin que las condiciones de existencia de éstos se vean alteradas. En esencia, es una cuestión de averiguar si corresponde la última palabra al Tribunal de Justicia, sobre la base de las competencias que le asignan los Tratados y el objetivo de llegar a una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, o si corresponde a los tribunales nacionales por el principio de atribución y de reconocimiento de la identidad de sus Constituciones nacionales. Es el eterno debate de si la Unión tiene lo que los alemanes se refieren como *Kompetenz-Kompetenz*, es decir, si la Unión tiene la autoridad para decidir los límites de su propias competencias o esta función corresponde a los Estados miembros.

El TJCE ha respondido a la pregunta sobre las medidas judiciales *Kompetenz-Kompetenz* en su propio favor, aunque los tribunales nacionales lo siguen haciendo en el suyo. Y aquí radica el nudo gordiano de la cuestión y la evidente tensión entre el principio de atribución y el principio de primacía.

En efecto, el Tribunal de Luxemburgo se ha considerado desde sus inicios como aquel que debe tener la última palabra, en cualquier conflicto que exista en el ámbito de competencias de la Unión, aunque el conflicto se produzca con una norma constitucional o internacional, pues parte de la premisa de la supremacía del Derecho comunitario y de su eficacia directa. Conforme se desprende de su jurisprudencia, parece pues, que el TJ se arroga la competencia de las competencias, incluso en determinar el común de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, pues, sí dicha tradición constitucional del Estado miembro puede resultar incompatible con los propios Tratados que rigen la UE o con los sucesivos Tratados de revisión, estará llamado a ejercer su responsabilidad en el marco de un eventual control preventivo. Y es que aun en materia de derechos fundamentales, el TJ tiende a desplazar, en aras a la uniformidad, y a través del principio de primacía, las disparidades de los Estados miembros incluidas las derivadas de hipotéticos niveles nacionales superiores de protección, para enmarcar a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión en el contexto de la propia UE, constituida en términos de autonomía y con vocación integradora.

Para algunos esto se debe a que el Tribunal de Justicia se acoge a una postura netamente monista del Derecho europeo. Por cuanto el TJ se basa en el carácter definitivo de la transferencia de soberanía de los Estados miembros a la Comunidad y el papel existencial de la primacía del Derecho europeo designada como base jurídica de la Unión.

Para otros sin embargo, a pesar de la reticencia del TJ de acudir a los ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales, al reconocer los Tratados principios tales como: la identidad nacional, la subsidiariedad o las tradiciones constitucionales nacionales, se ha visto obligado a abandonar las posturas netamente monistas y dejar entrar ciertos postulados dualistas.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina, fundamentalmente tras la sentencia *Kadi* considera que el TJ se ha aproximado a la teoría pluralista, y, más concretamente a la teoría del constitucionalismo multinivel, ya que reconoce la existencia de múltiples sistemas normativos, pues el Derecho comunitario es un Derecho diferente del Derecho internacional y nacional, aunque se integre en ambos, que sólo puede ser enjuiciado por los jueces comunitarios y, en el que podrá penetrar tanto el Derecho internacional como parte del derecho nacional siempre que respeten los principios constitucionales de la Unión.

Monismo, dualismo, o pluralismo, da igual cómo se llame, la realidad es que, la visión monolítica de un único Derecho está siendo sustituida gradualmente por una realidad mucho más compleja y polifacética. Está emergiendo un nuevo pluralismo. El derecho escrito ordinario tiene ahora numerosos compañeros y concurrentes: el derecho que algunos llaman “superior” de las constituciones; las normas de la Unión Europea, que también reclaman para sí el *status* de “derecho superior”, incluso superior al de las Constituciones nacionales; los “principios generales” escritos y no escritos, tanto nacionales como supranacionales e internacionales; los derechos fundamentales nacionales, supranacionales e internacionales, etc. Y al lado de todo esto emerge, naturalmente, una nueva función de los jueces, ya que la función de los jueces se realza y engrandece a causa del pluralismo y la competencia de las fuentes de creación de derecho. El pluralismo y la competencia exigen comparación y control. Exigen control judicial. Control que tanto unos como otros reclaman para sí en el marco de su competencia, sin recordar que muchas veces las competencias son mutuas, y, que al recaer sobre los mismos ciudadanos deben aplicarse de forma uniforme. Control que exige a los tribunales nacionales y europeos su cooperación en aras a determinar en el caso concreto si es aplicable la norma nacional o de Derecho europeo. Pero, sin olvidar que hay que dar prioridad a la norma europea frente a la nacional en conflicto, no por la necesidad de preservar el funcionamiento de la UE, sino sobre todo porque así lo prevé el propio fundamento del Derecho europeo, que requiere una la aplicación igual para todos los casos donde se cumplan las condiciones de la norma europea, sin tomar en consideración ni la nacionalidad, ni el Estado miembro en cuestión, pues los ciudadanos no se sentirán vinculados y cumplirán con las normas si no hubiera la garantía de que los demás también lo hacen.

## **SEGUNDA PARTE**

---

### **LOS TRIBUNALES DE LOS SEIS ESTADOS FUNDADORES Y DEL REINO UNIDO**

En esta Segunda Parte se pretende de nuevo reflexionar sobre la relación que se establece entre el dogma de la supremacía de las constituciones nacionales y el proceso de integración europea pero, desde la perspectiva de la jurisprudencia de los Altos Tribunales de los Estados miembros. Pues esta jurisprudencia trata de recordar los límites jurídico-constitucionales internos de los Estados miembros que vinculan tanto a los órganos nacionales como a las instituciones europeas en la adopción de las decisiones políticas que guían este proceso de integración.

Es por ello necesario recordar que, en la actualidad, los Estados regulan sociedades cada vez más complejas, donde la globalización ha hecho que no sea factible aportar soluciones exclusivamente nacionales a los problemas que se suscitan. Por ello, la interacción entre el ámbito nacional y el internacional se ha convertido, no en una conveniencia organizativa, sino en una necesidad.

Esta interacción entre lo nacional y lo internacional no es, obviamente, nueva. Desde el siglo XIII se especula con la necesidad de unir a los pueblos en organizaciones de carácter supranacional sobre el federalismo internacional y sobre la necesidad de constituir una *civitas gentium*, lo que tras la segunda mitad del siglo XX, con la creación de la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica se ha hecho realidad, aunque la meta aún no se haya alcanzado plenamente. Con la firma del Tratado de Roma, los seis países firmantes se comprometieron a ceder, a las instituciones supranacionales creadas, importantes responsabilidades que hasta entonces habían estado asociadas a la soberanía nacional. Tras la creación de la UE ya no cabe duda alguna de que la soberanía de los Estados miembros, no ya política sino principalmente jurídica, se ve determinadamente afectada por el proceso de integración europea hasta cotas inimaginables. De ahí que se haga necesario un estudio jurisprudencial sobre las consecuencias que el proceso de integración europea ha tenido en la soberanía nacional, y, en particular, en la soberanía constitucional de los Estados miembros.

En este sentido el debate teórico tanto en la jurisprudencia de los países miembros de la UE, como en la doctrina científica, principal aunque no exclusiva de los Altos tribunales de los Estados miembros, se ha centrado de manera más o menos abierta en la preservación de la soberanía estatal, en el respeto del principio democrático o en la defensa de los derechos fundamentales como núcleo intangible de la identidad constitucional, lo que según Aláez Corral<sup>259</sup> si bien no reflejan conceptual ni dogmáticamente los auténticos contenidos de la soberanía en sentido jurídico, si ponen de relieve la influencia que la interrelación entre el ordenamiento estatal y el comunitario produce sobre esta calificación del ejercicio de la soberanía, comúnmente asumidas por los ordenamientos estatales en sus normas supremas, lo que hace necesario su consideración.

Y es que desde las paradigmática sentencias *Van Gen & Loos*, y *Costa v ENEL*, sin la previa existencia en los Tratados fundacionales de un ordenamiento jurídico global europeo que se superponga a los Estados miembros, el TJ ha colocado en una posición muy delicada a los Altos tribunales de los Estados miembros, pues la traslación de la *Kompetenz Kompetenz* a la Unión Europea aún no se ha producido. El principio de primacía del Derecho europeo afirmado por el TJUE también con respecto a las normas constitucionales de los Estados miembros viene a suponer una amenaza para la supremacía de las constituciones nacionales, auténtico *alma mater* de la soberanía estatal. Y, en consecuencia, cuestionado por el Tribunal Supremo para Inglaterra y Gales y por algunos Tribunales constitucionales como el alemán, el francés, el italiano, el checo, el polaco, el belga o el español, pues salvo que se afirme la transferencia a la Unión Europea de la competencia sobre las competencias y la consiguiente disolución de la

---

<sup>259</sup> ALÁEZ CORRAL, B. (2012) "Soberanía Estatal..." op. cit. pp. 360-366.

supremacía jurídica de las constituciones nacionales, la función de salvaguardia de estas constituciones nacionales es un deber de estos Altos tribunales.

La jurisprudencia de estos Altos tribunales de los Estados miembros ponen de relieve la tensión existente entre la aspiración política de continuar el proceso de integración europea y la afirmación de la identidad constitucional de los Estados miembros. Tensión que se ha traducido en diferentes respuestas jurídicas, que la doctrina denomina de diálogo entre los tribunales nacionales y el TJ y que como dice Josef Insensee<sup>260</sup> lo que realmente esconde es la pregunta del poder, si los Estados miembros todavía son los Señores de los Tratados o si la soberanía (a la que pertenece la autoridad de interpretación) pertenece a la UE. En la colisión normativa se siente la tensión básica entre la integración europea y la autoafirmación de los Estados miembros, cuyas constituciones delinear el estuche legal de su identidad nacional.

Sin embargo, como la mayoría de los Estados miembros de la UE han tenido y siguen teniendo diferencias notables, ya que como afirma Yolanda Gómez<sup>261</sup> no hay dos organizaciones estatales iguales, seguramente porque no hay dos pueblos idénticos. No es pues fácil alcanzar unas conclusiones universales de la posición que el Derecho europeo alcanza en los 28 Estados miembros de la UE, pues tampoco es fácil conseguir una concepción unitaria del concepto Estado en los diferentes países que integran la UE. Por esta razón, como los Estados de la UE están hoy tan estrechamente entrelazados, y cualquiera se ve afectado por el modo en que uno de ellos resuelve la colisión normativa, me referiré exclusivamente a los seis Estados fundadores y al Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

La razón principal de la elección de estos países se debe a intentar responder a la pregunta que se hacen los historiadores, si Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Francia, Italia y Alemania cuando firmaron en Roma estaban realmente comprometidos con el espíritu de los Tratados que firmaron o lo veían como la mejor fórmula para defender sus intereses nacionales. Es decir la eterna pregunta de si fueron realmente conscientes de las consecuencias que esa firma les iba a traer. Y, en concreto el averiguar el por qué los tribunales nacionales de estos países fundadores aceptaron los principios de creación jurisprudencial de eficacia directa y primacía del Derecho europeo sin formular casi oposición.

Esto supone el preguntarse cómo recuerda José Carlos Montejano,<sup>262</sup> el por qué desde su creación, los Altos tribunales de los seis Estados fundadores han aceptado que el TJ se haya proclamado en guardián último de los Tratados e interprete auténtico del Derecho comunitario sin entrar en una dinámica de negociar su jurisdicción, con una pretensión de aplicabilidad *ab origine* en el ámbito interno de los Estados miembros, y desarrollando los caracteres que le dan esas notas, la mayoría de las veces por su propia doctrina.

Estas seis décadas de integración de los Estados fundadores en la UE ponen de manifiesto cómo ha evolucionado, no sólo el sistema constitucional de estos países en punto al reconocimiento del Derecho europeo, sino también la interpretación que del mismo han hecho sus tribunales, para conseguir aplicar el derecho europeo en conflicto con el derecho interno incluso el constitucional y, con ello evitar la desintegración de la UE. Por esta razón, los argumentos de estos tribunales no debe ser menospreciado pues son una verdadera obra de ingeniería jurídica, que conducen por un lado, a la supremacía última de las constituciones nacionales de las que surgen los poderes para celebrar los Tratados constitutivos de la UE frente

---

<sup>260</sup> INSENSEE, J (2001), “Prólogo”, en *La integración europea desde el Tribunal constitucional alemán de José Carlos Cano Montejano*, CEPC, pp. 9-11.

<sup>261</sup> GÓMEZ, SANCHEZ, Y. (2004) “Estado constitucional y protección internacional”, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Coord. Yolanda Gómez, UNED, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 231-280.

<sup>262</sup> CANO MONTEJANO, J.C. (2001) “*la integración europea desde el Tribunal Constitucional Alemán*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, pp. 13-15.

a los postulados contrarios del TJ, y por otro la constatación de que cabe compaginar, al menos teóricamente, la vocación supranacional del Derecho europeo con la supremacía constitucional, y, por ende no frustrar la integración de la UE.

La inclusión del Reino Unido se debe sin embargo, a dos razones distintas, la primera por ser el único país de la UE carente de constitución escrita y, por tanto, por aplicar e interpretar el Derecho europeo de forma distinta al resto de los países de la UE, la segunda por ser el siguiente Estado miembro que se integra en la UE después del reconocimiento jurisprudencial de *Van Gen & Loos* y *Costa v ENEL*, lo que le ha llevado desde su adhesión a tener que asumir la primacía y eficacia directa del Derecho de la UE.

En los capítulos siguientes se verá pues la actitud constitucional, representada por la jurisprudencia de los Altos tribunales de estos siete países de la UE, ante el Derecho comunitario desde el origen de la Comunidad Europea hasta la actualidad. Las afirmaciones, las negaciones e incluso las nuevas teorías que estos Tribunales han desarrollado en torno a la relación entre el Derecho comunitario y los presupuestos derivados de su Derecho constitucional interno. Lo que según Luís María Díez Picazo<sup>263</sup> es muy enriquecedor pues les ha llevado a buscar justificaciones muy diversas para reforzar sus identidades constitucionales y recurrir a la idea de que aún conservan un poder último de desligarse de ciertos vínculos derivados de los Tratados constitutivos cuando sus propias exigencias (constitucionales o de otra índole) así lo exijan imperativamente.

---

<sup>263</sup> DÍEZ PICAZO, L.M. (2008) “La naturaleza de la Unión Europea”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, pp. 1-67. Se puede ver también (2009) “La naturaleza de la Unión Europea” en cap. 6 del *Tratado de Derecho y políticas de la Unión europea, Tomo I, Desarrollo histórico y caracteres básicos de la Unión europea. Naturaleza, valores principios y competencias*. Coord. Jerónimo Maillo González-Orús y Belén Becerril Atienza, Ed. Aranzadi, pp. 343-424.



## CAPÍTULO 3

# BÉLGICA, HOLANDA Y LUXEMBURGO

### 1. EL REINO DE BÉLGICA

A pesar de ser Bélgica uno de los Estados fundadores de la CEE, en el momento de la firma de los Tratados comunitarios, la Constitución de 1831 no fue objeto de reforma o de inclusión de algún precepto que se refiriese a la relación entre el Derecho interno y el Derecho comunitario o el Derecho internacional. Muy al contrario hasta su primera reforma en 1970, la Constitución Belga de 1831 no establecía ni siquiera un control jurisdiccional y se caracterizó, hasta los años 70, por seguir con la fórmula decimonónica de su artículo 25 de que “*todos los poderes emanan de la Nación*”. Por ello, como afirman Alfonso Celotto y Tania Groppi<sup>264</sup> probablemente en los veinte años que precedieron a dicha reforma, la pertenencia de Bélgica a la CEE era contraria a la Constitución.

Según Marlies Carden<sup>265</sup>, la explicación a todo ello, se debe a que la Constitución Belga se aprobó en un momento histórico y social único: tras la independencia de Bélgica de los Países Bajos y su nacimiento como Estado.

En efecto, la Constitución de 7 de febrero de 1831, no sólo dio vida al Reino de Bélgica como país soberano, sino que además lo asienta en un Estado de Derecho parlamentario unitario, con una única lengua oficial (el francés), y bajo los principios fundamentales del derecho a la propiedad privada y la libertad individual, consecuencia de unos fuertes sentimientos patrióticos (anti holandés) ideológicos (de apoyo a la religión católica) y de unión a la filosofía liberal del siglo XIX.

Por todas estas razones, aunque la Constitución era la Norma Fundamental del Estado y, ocupaba la posición suprema del ordenamiento jurídico, al carecer de espíritu jurídico y fuerza obligatoria, tuvo que ser la jurisprudencia del Tribunal de Casación quien a partir de la sentencia 20 de abril de 1950, exigiese, que toda ley debía interpretarse de acuerdo con la Constitución<sup>266</sup>.

A pesar de estas peculiaridades, el rasgo que caracterizó a Bélgica durante todos estos años y hasta la primera reforma constitucional de 1970, fue el tener que resolver el proceso de federalización en curso y su incorporación a la CEE.

---

<sup>264</sup> CELOTTO, A. Y GROPPPI, T. (2005) “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites” en “*Constitución europea y Constituciones nacionales*” Dir. Cartabia M, De Witte, B. y Pérez Tremps, P. Coord. Gómez Fernández, I. Ed. Tirant lo Blanch, Derecho comparado, Valencia, pp. 287-372, en concreto Bélgica, pp. 296-300.

<sup>265</sup> CARDOEN, M. (2005) “El sistema constitucional de Bélgica”, *REDCE*, núm. 15, pp. 1-36.

<sup>266</sup> El artículo 33 establecía que: “*todos los poderes del Estado se ejercerán del modo establecido en la Constitución*”, sin embargo al carecer de fuerza obligatoria la Constitución y no tener tribunal constitucional no se aplicaba por los tribunales.

Respecto al proyecto de federalización en curso, supuso que el pluralismo cultural y la proyección política que Bélgica venía arrastrando desde antes de la Gran Guerra terminara por provocar la transformación del Estado unitario en un Estado federal. Estado cuyas competencias, muy limitadas al principio, se fueron ampliando progresivamente, a la vez que se le dotaba de una organización institucional propia, basado en órganos representativos directamente elegidos y en un Gobierno directamente responsable ante los mismos.

En cuanto a la integración de Bélgica en la CEE, la CECA y el EURATOM, con tan sólo un artículo 25 de la Constitución donde se establecía que el poder emanaba de la Nación, planteaba el problema de la necesidad de una reforma constitucional, en cuanto al ejercicio de la soberanía, si se quería que una Alta Autoridad de carácter supranacional fuera investida con poderes legislativos y ejecutivos, llegando incluso a generar derechos a los individuos y con poder fiscal para imponer multas y sanciones. Pero el apoyo al compromiso europeo por parte de la opinión pública belga y el Dictamen del Consejo de Estado de 15 de enero de 1953, en el que se afirmaba que artículo 25 no se oponía a la ratificación de los Tratados ni requería una reforma constitucional, por cuanto los Tratados europeos no implicaban un abandono o transferencia de la soberanía, sino una simple atribución temporal de poderes<sup>267</sup>, llevaron a la ratificación de los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas por Ley de 25 de junio de 1952. Razones todas ellas que pospusieron la reforma constitucional, que si bien se propuso en 1953, se reanudó en 1958 y se volvió a plantear en 1964, no se concluyó hasta el 20 de julio de 1970, en la que se incluyó en la Constitución un artículo 25 bis (actual artículo 34) con el siguiente contenido: “*el ejercicio de un poder específico puede asignarse mediante un Tratado o mediante una ley a instituciones de Derecho internacional público*”. Con la aprobación de este precepto constitucional, muy cercano al artículo 49 bis de la Constitución de Luxemburgo, Bélgica se puso en línea con las constituciones de sus socios europeos en cuanto al reconocimiento constitucional de la transferencia de competencias a las instituciones internacionales.

Es por ello que puede decirse que, las cuatro primeras reformas constitucionales de 1970, 1980, 1988-89 y 1993 consolidan a Bélgica como un Estado federal compuesto por Comunidades y Regiones, trilingüe, con un fuerte pluralismo cultural y monista en cuanto al reconocimiento de la supremacía de los Tratados internacionales. Todos estos cambios motivaron la aprobación de la Constitución actual de 1994, sin perjuicio de que hasta la fecha ha sufrido más de veintisiete reformas, la primera en 1996 y la última el 6 de enero de 2014.

Estas reformas sin embargo, siguen sin hacer muchas alusiones a la Unión Europea, pues sólo los artículos 117 y 168 bis se refiere a las elecciones al Parlamento Europeo y el artículo 168 afirma que las Cámaras deberán ser informadas de las negociaciones tendentes a revisar los Tratados que crearon las Comunidades Europeas, así como recibir cualquier borrador de modificación o complemento de los tratados o actas, con anterioridad a su firma.

Con todo, gracias a la acción jurisprudencial, la norma internacional gozó de prioridad con respecto a otras normas nacionales, aunque, el reconocimiento actual de su vigencia legal en el ordenamiento jurídico nacional depende de transferencia de competencias que permite el artículo 34 de la Constitución. La cláusula del artículo 34 ha permitido al Reino de Bélgica ceder parte de su soberanía a la UE, especialmente, en materia legislativa, lo que unido a la actuación jurisprudencial permite decir que Bélgica ha sido uno de los países que ha participado más activamente en la integración europea, pues tanto los tribunales ordinarios, como el Consejo de

---

<sup>267</sup> Traspaso que el Rey, con el consentimiento de las Cámaras podía consentir sobre la base del artículo 68 de la Constitución. Ver DE VISSCHER, P. (1986) “Le Constitution belge et le droit international”, *RBDI*, pp. 5-58.

Estado han aplicado los principios de primacía y eficacia directa del Derecho europeo, a veces incluso yendo más allá de lo postulado por el propio Tribunal de Luxemburgo.

La ausencia desde la Constitución de una visión clara de la jerarquía de las normas y el carácter plural del ordenamiento jurídico belga, no sólo por la existencia de diferentes fuentes del Derecho, sino también por la existencia de varias autoridades con competencia para promulgar normas legales (consecuencia del fraccionamiento territorial del País) hizo necesario la creación de un Tribunal especial (el Tribunal de Arbitraje) a finales de los años setenta que se incorporó a la Constitución belga en 1984. Tribunal, que fue destinado primero a dirimir los conflictos de competencias entre el Estado, las Comunidades y las Regiones, después a ser guardián de los derechos y libertades constitucionales y con el tiempo, se ha convertido en una especie de órgano constitucional, hasta su transformación en un verdadero Tribunal Constitucional con la reforma de 2007 en el que pasó a denominarse con ese nombre.

Este breve resumen es de gran importancia pues, con ello se pone de manifiesto los dos grandes problemas que en Bélgica se han suscitado en torno a la primacía del Derecho comunitario. El primero, que aún se sigue suscitando, el peculiar federalismo belga. Y, el segundo, la posición que ocupa el Derecho comunitario en el sistema de fuentes del Derecho belga.

Cuestiones éstas a las que me voy a referir en los epígrafes siguientes, no sin antes recordar que, hasta la década de los ochenta, la resolución de los conflictos que se suscitaron en el ámbito interno con el Derecho europeo o entre las entidades territoriales le ha correspondido a los tribunales ordinarios, y, en concreto al Tribunal de Casación y al Consejo de Estado. Pero, tras la creación en 1984 del Tribunal de Arbitraje será éste quien, a través de un control indirecto, resolverá la posición de las fuentes del Derecho en Bélgica, incluidas las de Derecho internacional o supranacional. Por lo que al hacer referencia a la evolución cronológica de la jurisprudencia en torno a la UE será necesario referirse a toda su organización judicial, y, más concretamente a la jurisprudencia del Tribunal de Casación, del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional.

### **1.1. El problema de la Federación y el Derecho comunitario**

Bélgica se singulariza por las competencias internacionales que reconoce no sólo al Estado federal sino también a las partes integrantes. El poder de estas Comunidades y Regiones<sup>268</sup> les permite llevar a cabo una política internacional autónoma, lo que las pone en igualdad con el Estado federal cuando se trata de promover la política internacional, incluyendo la conclusión de tratados, en sus ámbitos específicos de competencia.

Esto ha supuesto que se encuentre con el problema de la inserción de las Comunidades y Regiones en este orden internacional, y, en concreto en lo que a la ejecución del Derecho comunitario se refiere, pues el Estado federal no tiene ninguna prerrogativa de constreñimiento. No podrá forzar a las colectividades federadas a actuar aunque su inactividad sea de naturaleza tal que pudiera comprometer la responsabilidad del Estado belga ante el TJ. La única fórmula que se ha articulado es en el artículo 169 de la Constitución mediante la sustitución temporal de los órganos obligados a garantizar las cuestiones internacionales o supranacionales. Por su parte, la Ley orgánica de 8 de agosto de 1988, precisa en su artículo 16.3 las modalidades de este

---

<sup>268</sup> En Bélgica existen tres Comunidades: la neerlandófona o flamenca, la francófona o valona y la germanófona. A su vez existen también tres Regiones: Flandes, Valonia y Bruselas capital.

control<sup>269</sup>. Pero la vigilancia, y a fortiori la sustitución federal es muy limitada, porque no se reduce sólo a velar por el respeto a la Constitución o el respeto a los compromisos internacionales, si no que entra en los límites del control de oportunidad, lo que hace más político que jurídico este control y permite que se pueda definir a Bélgica como un sistema poco compatible con la existencia de un sistema federal equilibrado<sup>270</sup>.

Con todo, no suele darse este incumplimiento por dos razones: por un lado, porque desde 1992, el Tratado de Maastricht prevé que el Consejo se componga de "*un representante de cada Estado miembro con rango ministerial*" (artículo 203 TUE). Lo que en Bélgica ha supuesto que los ministros federados participen en los trabajos de las organizaciones supranacionales siempre que tales trabajos atañan a materias de su competencia. Se ha establecido un régimen rotativo para que cada colectividad federada pueda ejercer esta función, lo que permite a las Comunidades y Regiones participar en las decisiones con la garantía de que la acción estatal en el ámbito comunitario no las va a desposeer de sus atribuciones en el orden interno. Por otro, porque la relación de estas Comunidades y Regiones con el Derecho comunitario pasa, como con el resto, por el filtro de los tribunales ordinarios y del Consejo de Estado y, desde su creación por el Tribunal de Arbitraje posterior Tribunal Constitucional.

## **1.2. Las grandes etapas del sistema judicial en torno a la aplicación del Derecho comunitario**

De los seis Estados miembros fundadores de las Comunidades Europeas, sólo Bélgica no adaptó su Constitución para dar base suficiente a la supranacionalidad, lo cual sin embargo no tuvo muchos efectos prácticos debido a la inexistencia, en ese momento, de sistema alguno de control de constitucionalidad de las leyes<sup>271</sup>. En virtud de una jurisprudencia constante, las jurisdicciones se inhiben de controlar la constitucionalidad de las leyes y consideran los Tratados y los actos de las instituciones comprendidas en virtud de esos Tratados, inatacables.

Ahora bien, a diferencia de la costumbre internacional, los tratados internacionales no eran directamente aplicables pues, el artículo 167, (actualmente el 68) de la Constitución establecía que los tratados internacionales no producirían efectos en el ordenamiento nacional hasta que no hubieran obtenido su asentimiento por el Parlamento. La naturaleza legal de esta aceptación parlamentaria ha sido muy discutida por la doctrina, en el sentido de que induce a confusión. Para algunos significa que Bélgica sigue un sistema monista, aunque la mayoría considera que es dualista. Actualmente la concepción que prevalece descansa entre ambas, pues el asentimiento del Parlamento es visto no sólo como un mero requisito formal sino como un requisito que introduce las obligaciones internacionales en el ordenamiento jurídico belga. Ello fundamentalmente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la que se podría deducir que el asentimiento parlamentario hace que Bélgica se encuentra entre los países seguidores de un sistema dualista. Al atribuir a este Tribunal Constitucional, entre otras competencias la de revisar la validez del asentimiento parlamentario para ratificar un Tratado internacional, supone preguntarse cómo puede un tribunal tener poder para revisar la validez sustantiva del

---

<sup>269</sup> El artículo 169 de la Constitución dice: "*A fin de garantizar el respeto de las obligaciones nacionales y supranacionales, los poderes citados en los artículos 36 y 37, podrán respetando las condiciones fijadas por Ley, sustituir temporalmente a los órganos aludidos en los artículos 115 y 121. Tal ley deberá ser aprobada con la mayoría prevista en el artículo 4, último párrafo.*"

<sup>270</sup> DELPÉREÉ F. "*Bélgica: Estudio comparado sobre los techos competenciales*", Ed. Obsei, pp. 1-32.

<sup>271</sup> BREWER-CARÍAS, A. R. (1998) "*Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*". *Cuadernos de la Cátedra Allan R Brewer-Carías de Derecho Público*, Universidad de Tachira núm. 5. Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 1-167, en concreto Bélgica, p. 69.

asentimiento del Parlamento, cuando es considerado como un mero requisito formal. Lo que según Herbé Bravosía<sup>272</sup> sólo cabe explicarlo si se entiende que el citado asentimiento es una cuestión de fondo donde lo que realmente se cuestiona no es el asentimiento en sí, sino el dictamen que acompaña a ese asentimiento, que es el propio Tratado, esto es la constitucionalidad del Tratado internacional que se pretende ratificar.

Según esta pequeña introducción se puede ver con claridad dos periodos históricos bien diferenciados. Uno, desde la ratificación de los Tratados Comunitarios hasta la creación del Tribunal de Arbitraje, en donde la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>273</sup> y de los tribunales ordinarios va a ser la encargada de establecer la eficacia directa del Derecho comunitario, y, la segunda desde la creación en 1984 del Tribunal de Arbitraje hasta nuestros días, donde será fundamentalmente este Tribunal Constitucional, el encargado de cuestionar aquellas normas tanto internacionales como europeas contrarias a la Constitución.

Por otro lado, este control constitucional del Tribunal Constitucional puede a su vez ser dividido en cinco fases.

La primera entre 1985 y 1989, donde este Tribunal era únicamente competente para controlar la constitucionalidad de la distribución de competencias entre los diferentes entes territoriales conforme al reparto de competencias establecido en la Constitución y en las leyes que requieren para su aprobación una mayoría especial.

La segunda desde 1989 hasta 2003, donde las competencias del Tribunal se ampliaron al control de constitucionalidad de los artículos 10, 11 y 24 de la Constitución<sup>274</sup>. El Tribunal Constitucional sin embargo, ha considerado a los dos primeros artículos, desde sus comienzos, cómo uno sólo al que ha denominado sistemáticamente de igualdad y no discriminación, y, el control que ha seguido de éstos dos principios sigue las mismas reglas que ha utilizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La tercera, por la reforma del artículo 142 de la Constitución que habilitó a este Tribunal Constitucional a extender, por Ley orgánica, el poder controlar otros artículos de la Constitución, así la Ley orgánica de 9 de marzo de 2003, estableció la posibilidad de que el Tribunal Constitucional garantizase el cumplimiento de todos los derechos fundamentales regulados en el Título II de la Constitución, y los artículos 170, 171 y 191 de la Norma Constitucional. Esto es, de una parte el control de distribución territorial de competencias y, de otra el control de constitucionalidad de los derechos fundamentales, sin incluir el control de convencionalidad.

La cuarta, tras la reforma de la Ley orgánica del Tribunal de Constitucional, por la Ley orgánica de 12 de julio de 2009, que desencadenó la controversia entre tribunales, pues estableció la doble prejudicialidad, al disponer que en caso de conflicto relevante entre un

---

<sup>272</sup> BRIBOSIA, H. (1998) "Report of Belgium" in Part I, National Reports, en *The European Courts & National Courts-Doctrine and Jurisprudence*. Ed. Slaughter Anne-Marie, Stone Sweet Alec and Weiler, J.H.H. pp. 1-37.

<sup>273</sup> Recordar que el Consejo de Estado belga se creó por Ley de 23 de diciembre de 1946 con la finalidad de controlar tanto al legislador como al Gobierno para una mejor protección jurisdiccional del administrado y de mejora de las leyes y decretos, así como prevenir y regular los conflictos entre la ley que es la norma nacional y el decreto que expresa la voluntad normativa de las Asambleas que representan a las Comunidades y Regiones de las que Bélgica está hecha. Ver más sobre este tema en MARTINEZ MARÍN, A. (1984) "Sistema político-administrativo y Administración consultiva en Bélgica", *Anales de Derecho* Vol. 5, pp. 185-250.

<sup>274</sup> El artículo 24 de la Constitución garantiza varias libertades en materia de enseñanza cuyo respeto se colocó bajo el control del Tribunal Constitucional cuando las Comunidades asumieron la competencia de la enseñanza, de modo que el Constituyente estimó que debía protegerse de la minoría católica respecto a la enseñanza francófona y a la minoría laica de la enseñanza neerlandófona. El artículo 10 de la Constitución garantiza el principio de igualdad y el artículo 11 el principio de no discriminación.

parámetro internacional o comunitario y un parámetro constitucional, los tribunales ordinarios y administrativos están obligados a recurrir al Tribunal Constitucional antes de poder establecer la legitimidad comunitaria y convencional de la disposición europea o internacional, interrumpiendo con ello la tradicional apertura del ordenamiento jurídico belga a los Tratados internacionales o comunitarios y limitando la posibilidad del juez ordinario a dar inmediata aplicación de la norma internacional o supranacional en el caso del doble reenvío.

Las décadas a que haremos referencia en los epígrafes siguientes coinciden con estas cinco pues, la evolución en torno a la eficacia directa y primacía del Derecho europeo se encuentra muy ligada a las reformas citadas.

### 1.2.1. *Monismo matizado: década de los cincuenta y sesenta*

Los tribunales nacionales belgas han aceptado desde tiempo inmemorial la competencia para enjuiciar la aplicación, interpretación y decisión de los tratados internacionales con los derechos y obligaciones de los ciudadanos. Ni siquiera esperaron a la opinión de la Corte Internacional de Derechos de 3 de marzo de 1928, acerca de los derechos civiles de los funcionarios de Danzing, o a la progresiva jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo o del TEDH.

El Tribunal de Casación desde sus comienzos equipara estos tratados internacionales, una vez que han recibido el asentimiento del Parlamento con las leyes nacionales, y, como tales, les aplica los principios propios de estas disposiciones legales, esto es, que la ley posterior deroga la anterior y que la ley especial deroga la general. Así en resoluciones como la de 20 de mayo de 1916, afirma que los tratados aprobados por el Parlamento tienen fuerza de la ley, o en la sentencia de 27 de noviembre de 1950, que los tratados son equivalentes a la ley. Con todo, los problemas se suscitaron cuando una ley entraba en conflicto con un tratado internacional. Razón ésta que llevó a las Asambleas Constituyentes de 1965-68 y de 1968-71 a considerar la inclusión de un artículo 107 bis con el siguiente tenor: “*los tribunales deben aplicar las normas con rango de ley y su regulación sólo cuando fueran conformes con los tratados internacionales y en particular cuando los tratados fueran debidamente publicados*”. Sin embargo la pronta disolución del Parlamento hizo imposible su aprobación. Por ello, la solución aportada por el Tribunal de Casación cuando se daba un conflicto entre un Tratado y una ley promulgada con anterioridad permaneció inmutable, durante más de cuarenta años, a saber: que los Tratados posteriores suspendían los efectos de las leyes con las que entraban en conflicto.

Sólo en dos sentencias, ambas de 7 de noviembre de 1961, el Tribunal de Casación implícitamente reconoce la supremacía de los tratados frente al derecho interno, independientemente de que la legislación fuese promulgada antes o después de los tratados. En el resto de los supuestos, se partió de la idea de que los tribunales no eran competentes para derogar normas con rango de ley, puesto que la ley proviene de un poder soberano que se presume no dicta normas contrarias a las obligaciones internacionales asumidas por el Reino de Bélgica, por lo que las leyes en conflicto con los tratados internacionales no eran derogadas sino inaplicadas hasta que el Tratado en cuestión dejara de ser efectivo. Doctrina ésta que permitió a los Fiscales Generales Hayot de Termicourt entender que el adagio *lex posterior derogat legi priori* era inadecuado para explicar las resoluciones judiciales y a Ganshof van der Meersch en su *mercuriale*<sup>275</sup> de 1966 considerar a las sentencias de 1961 como referente, de una nueva,

---

<sup>275</sup> Un *mercuriale* es un discurso pronunciado al año, por lo general por el Fiscal General en la sesión de reapertura ceremonial del Tribunal de Casación, que comprende un estudio doctrinal exhaustiva abordando un tema de actualidad.

aunque discreta, dirección adoptada por el Tribunal de Casación. La realidad es que, en esta década, no se tuvo la intención abierta de reconocer el principio de la supremacía de los Tratados internacionales ni revertir las concepciones tradicionales.

Años más tarde, se entendió que era necesario distinguir entre los tratados internacionales que tenían eficacia directa *strictu sensu* de los que no. El Tribunal de Casación entendió que los tratados internacionales forman parte del derecho nacional interno tan pronto como han recibido el asentimiento o su conformidad por el Parlamento aunque éste no produzca necesariamente derechos subjetivos y obligaciones a los individuos. Ahora bien, la eficacia directa de los Tratados requiere que la norma internacional genere derechos a favor de los individuos que puedan invocar ante los tribunales, sin necesidad de una norma interna de trasposición. Esta concepción supone que el Tratado sólo sea justiciable si es directamente aplicable a los ciudadanos y no requiere una norma de trasposición. Esta concepción expuesta por primera vez por el Fiscal General R. Hayoit de Termicourt en 1963, fue aplicada un año más tarde por el Tribunal de Casación en la sentencia de 13 de abril de 1964, y el Consejo de Estado en su resolución de 13 de marzo de 1964 caso *Lippens*. Esto es, se entendió que como los tribunales no tenían poder para rechazar o inaplicar una ley sobre la base de que no cumplía con las obligaciones internacionales asumidas por Bélgica, cuando el Tratado sólo impusiese obligaciones al Gobierno belga como tal, se debía de partir de la base de que las leyes posteriores eran conformes con los Tratados pues, se presume que el Legislador al aprobarlas no tiene intención de violar un compromiso adquirido por el Estado belga en el ámbito internacional. Los tribunales nacionales debían presumir que las leyes nacionales no violaban las leyes internacionales, y, en caso de duda, debía interpretarse la ley nacional conforme al Tratado internacional. Los tribunales nacionales debían acudir a la interpretación teleológica para presumir la conformidad de la legislación interna con la internacional. De ahí que, en esta sentencia el Tribunal de Casación afirmase que sería inexacto decir que un tratado deroga la legislación nacional antes de que se produzca la contradicción. Contradicción que sólo podrá producirse cuando el tratado genere derechos u obligaciones a los ciudadanos invocables ante los tribunales, e, incluso en estos casos, el Tratado sólo podrá suspender la aplicación de la legislación nacional o renunciar a su aplicación durante su periodo de vigencia.

Los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas no se consideraron distintos a cualquier tratado internacional. Por ello, como cualquier otro tratado necesitaron del asentimiento del Parlamento para su inclusión el ordenamiento jurídico belga, y los tribunales nacionales desde sus comienzos procedieron a su ejecución como cualquier otro tratado internacional. Si bien, las resoluciones judiciales en torno al Derecho europeo fueron más bien escasas durante los primeros doce años, la justicia belga partió de la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario en el derecho nacional, en virtud del artículo 177 del TCE.

Los tribunales ordinarios y administrativos, siguiendo pues esta línea jurisprudencial, empezaron a aplicar la primacía del Derecho comunitario, y llegaron incluso a ser tan conscientes de ello que, van más allá de lo declarado en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y además de acatar incondicionalmente la supremacía y eficacia directa del Derecho comunitario, desde su postura monista, acudieron con frecuencia a la cuestión prejudicial e interpretaron el derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario, utilizando para ello la propia jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Tal fue el caso del Auto del Tribunal de Comercio de Amberes de 25 de octubre de 1963, cuando sólo existía la excepción de la sentencia *Da Costa*, que se acogió a la teoría del acto claro a fin de no remitir

nuevamente la cuestión.<sup>276</sup> O la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas, de 25 de junio de 1964 que llega a afirmar que las sentencias comunitarias interpretativas tienen la misma fuerza obligatoria que los tratados y los reglamentos adoptados en aplicación de éste. Otras<sup>277</sup>, asimilan estas sentencias comunitarias a las disposiciones normativas en razón de su naturaleza general e imperativa y explican que el procedimiento instituido por el artículo 177 TCE significa que las sentencias comunitarias tienen fuerza vinculante, porque su función principal es de unificación de las jurisprudencias nacionales, de ahí que sean de orden general y se impongan a las jurisdicciones nacionales de los diversos Estados miembros.

Incluso el Consejo de Estado en la sentencia de 7 de octubre de 1968, caso *Corveleyn*<sup>278</sup> procedió a dar primacía al Derecho europeo aunque no tuviera eficacia directa. Desde entonces los tribunales belgas, salvo excepciones, aplican el efecto directo de las directivas, al menos en sentido vertical, conforme a la sentencia del TJ, de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95, *Marshall*. Y es que, según Hervé Bribosia, debe ser mencionada como el precedente de lo que fue unos años más tarde la sentencia del TJ, de 4 de diciembre de 1974, asunto C-41/71 *Van Duyn*, aceptando el principio de aplicación directa de las directivas o la sentencia de 1 de febrero de 1977, asunto C-51/76, *Verband van Nederlandse Ondernemigen*, definiendo el efecto directo *sensu lato*.

Por su parte el Tribunal de Casación aunque va a aplicar los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario, comenzará no dándole tanta importancia a la jurisprudencia interpretativa del Tribunal de Luxemburgo. En la sentencia de 8 de junio de 1967, en relación a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, especificó que un motivo dado en una resolución prejudicial del Tribunal de Luxemburgo no constituye ley y por tanto no cabe recurrirla en casación. Lo que matizará unos años más tarde, en las sentencias de 16 de febrero de 1970 o de 24 de febrero de 1976, al aclarar que aunque no quepa casación, el juez nacional si está vinculado por la interpretación dada por el TJ, cualquiera que sea el lugar que la citada interpretación tenga en el texto de la sentencia comunitaria. Para finalmente aceptar en la sentencia de 24 de diciembre de 1970, asunto *Advance Transformer v Bara*, que las sentencias comunitarias tienen valor normativo, admitiendo implícitamente que su violación puede dar lugar a casación<sup>279</sup>.

### 1.2.2. *Le Ski, como imposición del paradigma monista: década de los setenta*

Tras la reforma constitucional de 23 de diciembre de 1970<sup>280</sup>, se incluyó en el texto constitucional un artículo que permitía al Reino de Bélgica el traspaso de competencias a instituciones de Derecho internacional público por la firma de un tratado o una ley. Después de

---

<sup>276</sup> Por ejemplo Auto del Juzgado de Paz de Amberes de 24 de diciembre de 1968 o la sentencia del Consejo del Estado de 27 de junio de 1972, haciendo referencia a la sentencia del TJUE de 25 de mayo de 1971 en el asunto C-80/70, *Defrenne*. Todas estas sentencias pueden verse en: <http://justice.belgium.be/fr/>.

<sup>277</sup> Sentencia de 23 de febrero de 1973, del Tribunal de Trabajo de Amberes, en el caso, *Eversen v Sperl*.

<sup>278</sup> En esta sentencia el Consejo de Estado anula una Orden ministerial que violaba la Directiva 64/221, que a su vez no había sido traspuesta y hace valer el principio de aplicación directa de las directivas aun cuando no se hayan adaptado.

<sup>279</sup> Las sentencias se pueden ver en <http://justice.belgium.be/fr/>.

<sup>280</sup> Se aprueba un nuevo artículo 25 bis (actual artículo 34) en el que se establece que: “El ejercicio de determinadas facultades se puede atribuir por un tratado o por una Ley a instituciones de Derecho internacional público.” y un nuevo artículo 18, (actual artículo 167) que establece en su apartado 1.1 que: “El Rey dirige las relaciones internacionales, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades y de las Regiones de regular la cooperación internacional, incluyendo la conclusión de tratados, para las materias relativas a su competencia respectiva según la presente Constitución o en virtud de ella”.



haber conocido una jurisprudencia que reconocía a los acuerdos internacionales el valor de ley ordinaria, el Tribunal de Casación, da un paso más e impulsado por un movimiento doctrinal encabezado por sus sucesivos fiscales generales, consagró claramente el principio de la primacía del Derecho internacional convencional y, a fortiori del Derecho comunitario sobre la ley belga aun posterior, por considerandos inspirados en la jurisprudencia del TJ y la jurisprudencia luxemburguesa<sup>281</sup>. La sentencia de 27 de mayo de 1971, en el caso *Etat belge v Fromagerie franco-suisse Le Ski*<sup>282</sup>, afirmó la superioridad de los Tratados sobre las normas legislativas y reglamentarias internas, donde la resolución de las antinomias comporta la inaplicación de la norma interna contraria al Derecho comunitario.

En esta sentencia, el Tribunal de Casación inaplica el principio de que una ley posterior deroga la anterior en favor de la primacía del Derecho comunitario. El razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

*“Considerando que en caso de un conflicto entre una norma de derecho interno y una norma de Derecho internacional que produce efectos directos en el ordenamiento jurídico interno, la regla establecida por el tratado debe prevalecer; pues la primacía del tratado resulta de la propia naturaleza del Derecho internacional convencional.*

*Considerando que esto es particularmente cierto cuando existe un conflicto, como en el presente caso, entre una norma interna y una norma de Derecho comunitario. La razón es que los tratados que han creado el Derecho comunitario han instituido un nuevo sistema legal en cuyo favor los Estados miembros han limitado el ejercicio de sus poderes soberanos en los ámbitos que esos Tratado determinan.*

*Considerando que el artículo 12 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea tiene efecto directo y confiere derechos a las personas individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a respetar...*

*Considerando que habiéndose comprobado en este caso que las normas de Derecho comunitario y las normas de derecho interno son incompatibles, el fallo atacado pudo decidir sin violar las disposiciones legales indicadas que los efectos de la ley interna fuesen detenidos en la medida en que estaban en conflicto con una disposición directamente aplicable del Derecho internacional convencional”<sup>283</sup>.*

La sentencia *Le Ski*, sin embargo fue criticada por el Gobierno que argumentó ante el Tribunal de Casación que los jueces no tenían competencia para dejar de lado una ley cuando entra en conflicto con un tratado anterior ya que el Legislador es soberano y tiene la prerrogativa exclusiva para evaluar la conformidad de las leyes, tanto con la Constitución como con los tratados vinculantes al Reino de Bélgica. El Tribunal de Casación basándose en las conclusiones de su Fiscal General, Ganshof Van der Meersch, se abstuvo de responder a este

---

<sup>281</sup> LOUIS, J-V. (1991) “Las relaciones entre el Derecho comunitario y el derecho nacional en las Comunidades Europeas”. Cap. III, en *El Ordenamiento jurídico comunitario*, Colección “perspectivas Europeas”, Bruselas, Ed. 4ª, pp. 11-173.

<sup>282</sup> Bélgica había introducido (por Decreto), después de la entrada en vigor del Tratado de la CEE, derechos especiales a la importación, en contravención con la *regla Standstill* contenida en el artículo 12 del Tratado. A requerimiento del TJUE, la Comisión comprobó la contradicción de este arancel con el artículo 12 TCEE y su aplicabilidad directa. Mientras tanto una Ley belga había ratificado esos aranceles establecidos por Decreto y establecía que: “*Las sumas abonadas en aplicación de esos Decretos se consideran definitivamente pagada. Su pago es irrevocable y no puede dar lugar a discusión*”. Este apartado no impidió al Tribunal Supremo belga dar prioridad al artículo 12 del Tratado a través de los considerando de la sentencia.

<sup>283</sup> El Tribunal de Casación belga en esta sentencia confirmó la condena impuesta a su Estado a reembolsar las sumas indebidamente cobradas por el órgano judicial inferior, pese a la existencia de una Ley nacional que descartaba retroactivamente la posibilidad de tal reparación.

argumento refiriéndose al principio admitido por unanimidad de que los jueces no examinan la constitucionalidad de la ley, sino que se basan en la naturaleza misma del Derecho internacional, por lo que anular una ley contraria a un tratado, no implica formalmente un ejercicio de revisión del ordenamiento constitucional, lo que sí se daría si una ley modificase un tratado internacional. Y añadió que las normas internacionales e internas no pueden ser a la vez validas e inválidas, obligatorias y no obligatorias al mismo tiempo. Ello supone que no es necesario pronunciarse sobre el principio de primacía de la Constitución por la sencilla razón de que las previsiones constitucionales sólo tienen efectos declaratorios. La primacía innata del Derecho internacional hace que no se pueda obligar a los tribunales a acatar cualquier disposición legal expresa cuando sea contraria a un Tratado internacional suscrito por Bélgica, pues los tratados internacionales tienen primacía porque así lo establece el Derecho internacional y deben aplicarse cuando tengan efecto directo y se encuentren en vigor, con independencia de la ley posterior. El Derecho comunitario tal y como fue expresado en *Le Ski* coincide con la naturaleza del Derecho internacional, pues se basó en la limitación voluntaria que el Reino de Bélgica ha hecho de su soberanía en favor de una institución internacional, en este caso la Comunidad Europea. De este modo, mediante el reconocimiento de la cesión de soberanía a la UE, el Tribunal de Casación belga declara la supremacía del Derecho europeo, tomando como referencia de forma clara la sentencia del TJ *Costa v Enel* de 1964, aun sin nombrarla, sobre la base del artículo 34 de la Constitución.

*Le Ski* dio paso a una fuerte reacción tanto política como doctrinal.

La reacción política, se produjo porque esta interpretación suponía una alteración de la separación de poderes, pues llevaba a cabo un reajuste de poderes en donde al Legislador le quedaba en última instancia o negarse a emitir su dictamen conforme a los tratados celebrados por el Ejecutivo, o provocar que éste rechazase o modificase los tratados en cuestión. Lo que tuvo como consecuencia que en 1978 y 1981 la Comisión parlamentaria de reformas constitucionales intentase llegar a una solución sobre la primacía de los tratados internacionales. Sin embargo como las divergencias de opinión en esta materia eran remarcables la Comisión finalmente consideró que no era el momento de adoptar una decisión política sobre esta cuestión.

En el ámbito doctrinal, el Fiscal General J. Velu adoptó una posición monista de la sentencia *Le Ski* frente a los argumentos confusos dados por Ganshof Van der Meersch en su *mercuriale* de 1968, en orden a justificar la supremacía de los tratados sobre a la Constitución. El Derecho solamente puede ser algo superior bajo pena de no ser nada, toda norma debe constar de una sola orden o no ser nada en absoluto. Los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales deben ser considerados como esferas de una más amplia y no como algo separado. J. Velu concluye que la sentencia *Le Ski* no crea una distinción entre Derecho nacional y constitucional por la sencilla razón de que esta distinción es injustificada. Autores como Pescatore<sup>284</sup> concluyeron que no era exagerado afirmar que con *Le Ski* una nueva página de la historia judicial de Bélgica había comenzado, lo que según otros, como Jean Victor Louis<sup>285</sup>, no debe sorprendernos pues, por un lado, gracias a la acción de alguno de los hombres de Estado de Bélgica, la firma del Tratado de Roma fue posible, y por otro, es un Estado que más que otros, sienten por su historia y por su ubicación geográfica, la necesidad de una unión aún más estrecha entre los pueblos europeos. No faltan sin embargo aquellos<sup>286</sup> que consideran que en esta sentencia el Tribunal de Casación no adopta una postura clara sobre la materia,

---

<sup>284</sup> PESCATORE, P. (1973) “*Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*”. Ed. Instituto para la Integración de América Latina internacionales, pp. 1-105.

<sup>285</sup> LOUIS, J-V. op. cit., p. 20.

<sup>286</sup> BRIBOSIA, H. op. cit., p. 23.

porque considera al Derecho comunitario como Derecho internacional y no se pronuncia sobre la primacía del Derecho europeo en relación con la Constitución. Al decir que la primacía del Derecho internacional no afecta a las previsiones constitucionales parece dar a entender que lo que verdaderamente prima es la Constitución, mientras que para otros esta primacía supone entender que la Constitución también está subordinada al orden internacional.

Sin embargo, como en el ámbito judicial, salvo excepciones, los tribunales se adhirieron al principio sobre el que descansaba la sentencia *Le Ski* del Tribunal de Casación. Ello supuso que mientras que se asignase a los tratados el mismo rango legal que a las leyes, el conflicto entre los tratados internacionales y la ley será el mismo que entre las leyes y la Constitución. Ahora bien, al carecer los tribunales de la competencia para enjuiciar la constitucionalidad de una ley, aunque la Constitución sea la norma superior, tampoco pueden enjuiciar la constitucionalidad de los tratados, por lo que los tratados deben ser aplicados aunque sean contrarios a la Constitución, y, la polémica abierta pierde importancia práctica quedando exclusivamente en el ámbito teórico.

Tras la creación del Tribunal de Arbitraje se ha abierto de nuevo esta polémica, pues los tribunales nacionales, incluido el Consejo de Estado se sumaron sin problemas a la primacía del Derecho internacional en general y del Derecho comunitario en particular.

### 1.2.3. *Un giro dualista con la creación del Tribunal de Arbitraje. Década de los ochenta y noventa*

La estructura política inspirada en un modelo federalista impuso a Bélgica a una nueva reforma constitucional (la de 8 de agosto de 1980), por la que estableció la obligación de crear un Tribunal, al que llamaron de Arbitraje, para garantizar que el reparto de competencias entre el Estado, las Comunidades y Regiones se hiciese conforme a lo establecido en la Constitución (artículo 107 ter). La Ley orgánica de 28 de junio de 1983, desarrolla esta previsión constitucional y reguló la creación, organización, funcionamiento y competencias del Tribunal de Arbitraje, que tras la reforma de 15 de julio de 1988 y la Ley orgánica de 6 de enero de 1989, que sustituyó a la de 1983, ampliaron las competencias de éste órgano y lo reorganizaron<sup>287</sup>.

En efecto hasta 1989, el Tribunal, al que llamaré Constitucional, sólo se encargaba de la resolución de los litigios generados por el reparto de competencias en el ámbito legislativo entre los distintos componentes territoriales del Estado, a través del recurso directo de anulación o la cuestión prejudicial. Aparecía así como un guardián de la separación vertical de poderes. Su misión era puramente garantista. Sin embargo tras la aprobación de la nueva la Ley orgánica de 6 de enero de 1989, el Tribunal Constitucional no sólo se encargó del reparto correcto de competencias, sino también de la supervisión de los artículos 10, 11 y 24 de la Constitución garantizando los principios de igualdad y no discriminación, así como los derechos y libertades con respecto a la educación.

Por su parte la Ley de 1989 también dotó al Tribunal del poder para controlar la conformidad de las leyes y decretos del Derecho internacional con el constitucional, lo que fue una auténtica revolución<sup>288</sup>, pues, desde la sentencia *Le Ski* de 1971 del Tribunal de Casación, se había abierto de forma indiscutida la puerta a la aplicación directa del Derecho Internacional. Al establecer el artículo 3.2 de la Ley orgánica de 6 de enero de 1989 que, “*un Tratado es*

---

<sup>287</sup> FERNÁNDEZ RODRIGUEZ J. J. (1997) “El Tribunal de Arbitraje”, *Dereito*, vol. 6, núm. 2, pp. 129 - 155.

<sup>288</sup> CEREXHE, G. y CHIDIAC, M. J. (1988) “El Tribunal Constitucional en Bélgica: una jurisdicción constitucional. En comentarios y notas de la *Revista catalana de derecho público: Autonomies*, núm. 9, pp.163-169.

*obligatorio para Bélgica si no se interpone, en el plazo de 60 días desde su publicación, un recurso de anulación de la totalidad o parte de la ley, del decreto o de la orden a que se refiere el artículo 134 de la Constitución sobre la adhesión al Tratado*”, el Tribunal entendió que era competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados cuando se interpusiera un recurso de anulación, mediante el enjuiciamiento a posteriori de la ley de autorización.

En una de sus primeras sentencias, tras la reforma de 1989, llevó a cabo una revisión del asentimiento parlamentario, entendiendo que el citado asentimiento era una decisión individual del Parlamento de incluir ese tratado en el sistema legal belga, por lo que la validez de dicho consentimiento dependerá de la constitucionalidad del tratado. En este sentido la resolución 88/90 de 23 de mayo, va a declarar expresamente (y por primera vez) su competencia al decir que: *“Los derechos y libertades garantizados a los belgas por el artículo 11 de la Constitución, son los derechos y libertades derivados de disposiciones de tratados o convenios internacionales que vinculan a Bélgica y se deben aplicar en el derecho interno, por orden del acto de asentimiento dado por ley de ratificación del tratado o convenio”*<sup>289</sup>. El Tribunal Constitucional, a través de la vía de los derechos fundamentales se va a considerar competente para enjuiciar el Derecho internacional mediante el enjuiciamiento de la ley de autorización, siempre y cuando, como se desprende de la sentencia citada, se cumplen tres requisitos: que la norma de autorización del Tratado o Convenio produzca efectos directos en el ordenamiento jurídico interno; que se refiera a derechos y libertades constitucionalmente garantizados; y que estos derechos se violen de manera discriminatoria por el legislador.

Consecuencia de lo anterior, es que ya no va a seguir la teoría monista de la sentencia de 1971 pues a través de éste control indirecto, va a demostrar una cierta resistencia a admitir la primacía de los tratados y del Derecho comunitario sobre la Constitución.

Incluso en la sentencia 26/91, de 16 de octubre, va a ir más allá y través de distintas técnicas entendió que también era competente indirectamente para enjuiciar la constitucionalidad de estas normas jurídicas supranacionales, contra las que no podía ejercer un control directo: el Tribunal Constitucional se va a considerar competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes de aprobación de los tratados no sólo cuando se interponga un recurso de anulación, si no también cuando algún tribunal nacional le plantee una cuestión prejudicial.

Así, dice el Tribunal Constitucional que, si bien el artículo 3.2 de la Ley establece un periodo de 60 días para poder interponer un recurso de anulación sobre la ley de autorización de un Tratado, con el fin de garantizar la seguridad y estabilidad de las relaciones internacionales, el citado precepto no excluye la competencia del Tribunal para resolver una cuestión prejudicial relativa a una Ley que apruebe un Tratado Internacional. Pues la revisión de constitucionalidad también implica un examen del contenido de las disposiciones normativas de adhesión a un Convenio o Tratado e incluso, como en este caso, del Tratado en cuestión, a pesar de que al llevar a cabo este examen el Tribunal sea consciente de que no es un acto soberano unilateral si no que produce efectos jurídicos fuera del ordenamiento jurídico belga. La Constitución prohíbe al legislador nacional aprobar normas internas contrarias a la Constitución y no cabe dicha autorización por el procedimiento indirecto de asentir a través de la ratificación de un tratado internacional, de ahí que corresponda a este Tribunal su supervisión aunque sea a través de la resolución de una cuestión prejudicial. Ahora bien, el Tribunal consideró que la seguridad jurídica interna e internacional no se lograría si el Tribunal pudiese sin límite de tiempo, anular una Ley de ratificación de un Tratado mediante la resolución de una cuestión prejudicial,

---

<sup>289</sup> Todas las sentencias del Tribunal Constitucional se pueden ver en <http://www.const-court.be/redirection.html>. La sentencia de 23 de mayo de 1990, en la que el Tribunal Constitucional dicta sentencia, en relación con un recurso de anulación interpuesto sobre el uso de las lenguas en materia administrativa.

dictando una sentencia firme, con efectos *erga omnes* y autoridad de cosa juzgada. A diferencia de una sentencia dictada en un recurso de anulación, una decisión prejudicial por la cual el Tribunal formula una constatación de una violación constitucional de un derecho fundamental con efectos directos, no es aplicable *erga omnes*, ni produce el efecto de que la norma jurídica de que se trate desaparezca del ordenamiento jurídico belga.

Y, en concreto en la sentencia 12/94, de 3 de febrero, llega a negar expresamente que la norma exterior prevalezca sobre la norma constitucional. Ni siquiera el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados autoriza a los Estados a crear tratados contrarios a la propia Constitución<sup>290</sup>.

Ahora bien, aun reconociendo la primacía de la Constitución sobre los tratados internacionales o supranacionales, también va a utilizar esta técnica del control indirecto (a través de los artículos 10 y 11 de la Constitución) para tener en cuenta otras normas jurídicas superiores respecto a las cuales el Alto Tribunal no podía ejercer un control directo<sup>291</sup>, como los principios generales de derecho no escrito<sup>292</sup> y del Derecho internacional y europeo. En la sentencia 81/95, de 14 de diciembre, el Tribunal Constitucional motiva la violación de los principios de libertad individual y libertad de trabajo basándose, no sólo en los artículos 10, 11 y 23 de la Constitución, sino también en una variedad de instrumentos internacionales<sup>293</sup>. En la sentencia 122/98, de 12 de marzo, el Tribunal confirmó que no había discriminación de conformidad con el artículo 22 de la Constitución y los artículos 6 y 8 del CEDH. Incluso en la sentencia 91/98, de 15 de julio, el Tribunal utilizó como referencia para dictar su resolución tanto el artículo 6 TCE como la sentencia del TJ de 13 de febrero de 1985, asunto C-293/83, *Gravier*. Con ello, pretende por una parte aplicar tanto el Derecho internacional como supranacional y por otro, no entrar en conflicto con la jurisprudencia internacional o supranacional, además de dotar a estos principios fundamentales, recogidos en la Constitución Belga desde 1831, de una interpretación evolutiva que los hace corresponderse con los Tratados internacionales o supranacionales<sup>294</sup>.

A partir de ésta década el Tribunal Constitucional no sólo acude a las convenciones internacionales o supranacionales para resguardar los principios constitucionales, sino que los considera parte del bloque de constitucionalidad, pues se acoge a la teoría de aplicar aquel precepto que más refuerce o garantice el derecho fundamental en cuestión. Esto es, llega a la conclusión de que el Legislador, al igual que no puede por asentimiento incluir en el Reino de Bélgica un tratado internacional contrario a la Constitución, tampoco puede desconocer las

---

<sup>290</sup> En esta sentencia entiende el Tribunal que es competente incluso para la revisión o examen de las disposiciones internacionales, pues corresponde al Tribunal ejercer este control, aunque la disposición en cuestión no sea un precepto unilateral soberano, sino una disposición de un tratado que tiene también efectos jurídicos fuera del ámbito nacional. Concluye el Tribunal que, no puede autorizarse al Legislador a dictar normas contrarias a la Constitución por la vía indirecta de asentir a un Tratado internacional, aunque sea el artículo 27 de la Convención de Viena. Ver en <http://www.const-court.be/redirection.html>.

<sup>291</sup> Ver en <http://www.const-court.be/redirection.html>, sentencias tales como la 81/95, de 14 de diciembre de 1995; 34/96, de 15 de mayo de 1996, 17/97, de 25 de marzo de 1997; 122/98, de 3 de diciembre de 1998,

<sup>292</sup> Sentencias tales como la 72/92, de 18 de noviembre (el derecho a la defensa); 49/96, de 12 de julio de 1996 (el principio de seguridad jurídica), etc.

<sup>293</sup> Tales como el Convenio núm 29, de 28 de junio de 1930, sobre el trabajo forzoso, el Convenio de la OIT, los artículos 4, 6 13, 14, 15 y 60 del CEDH, el artículo 48 del TCE y el artículo 1 de la Carta Social Europea, junto con el *status quo* de las obligaciones previstas en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966.

<sup>294</sup> ALEN, A. SPREUTELS, J. PEREMANS, E. y VERRIJD W. (2014) “*Rapport de la Cour Constitutionnelle de Belgique présenté au XVII<sup>e</sup> Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes. La coopération entre les Cours Constitutionnelles en Europe – situation actuelle et perspectives réponses au questionnaire devant servir de base aux rapports nationaux*” Vienne 12-14 mayo 2014, pp. 1-53.

obligaciones internacionales o supranacionales que ha asumido Bélgica, pues la violación de estas obligaciones no puede dar lugar o ser de tal naturaleza que perjudique a los belgas respecto de los mismos derechos que tendrían los ciudadanos de otros Estados que suscribieron esas mismas obligaciones. Razón por la cual se debe acudir a los Tratados internacionales y supranacionales, para averiguar la mejor forma de proteger estos derechos. Lo que dio como resultado que, aunque el Tribunal Constitucional no era competente para ejercer un control directo sobre el Derecho europeo e internacional, a través del control indirecto y mediante la técnica de la analogía de los derechos fundamentales, este Derecho europeo e internacional no sólo desarrolló un papel capital en su jurisprudencia sino que permitió al Tribunal Constitucional actuar como si tuviera un control directo sobre él o europeo. Así, cualquier Derecho constitucional que tenga parcialmente un equivalente en una norma convencional permite al Tribunal Constitucional aplicar aquella que mejor proteja ese derecho fundamental.

Vuelve así el Tribunal Constitucional a una postura claramente dualista con respecto a las relaciones entre el Derecho internacional y comunitario con el nacional cuando afecta al Derecho constitucional. En efecto el Tribunal a través de esta variopinta jurisprudencia, por un lado parece que admite la primacía del Derecho comunitario e internacional y por otro parece negarlo adoptando una posición ambigua en torno al tema, pero dando a entender que en todo caso prima la Constitución.

En concreto, respecto a la primacía del Derecho comunitario, aunque el Tribunal Constitucional ha demostrado una gran flexibilidad y casi siempre ha admitido los lazos de unión del Derecho originario de la UE y, en concreto respecto de las libertades reconocidas en los Tratados, con los principios de igualdad y no discriminación, es consciente de que no toda violación del Derecho europeo supone una violación de un derecho fundamental, o del principio de igualdad y no discriminación. De ser así podría enjuiciar todo el Derecho europeo, competencia que el Constituyente no le ha otorgado. Por esta razón, pocas son las sentencias de esta década sobre las que ha tenido que pronunciarse en relación con el Derecho europeo y, en las que podía haber resuelto la cuestión (como la que se le planteó sobre el Tratado de Maastricht) no ha entrado en el fondo del asunto y las ha inadmitido ora por falta de legitimación de los recurrentes<sup>295</sup>, ora por no considerar que fuera necesario plantear cuestión prejudicial ante el TJ<sup>296</sup>.

---

<sup>295</sup> En la sentencia 76/94, de 18 de octubre de 1994. El Tribunal desestimó un recurso interpuesto por un número de personas físicas, actuando en su condición de electores y por un concejal del Ayuntamiento, por el que se solicitaba la nulidad de la Ley de 26 de noviembre de 1992 por la que se aprobaba el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, en particular los preceptos que incorporaban los artículos 8.1 y 8.B.1 del TUE. Los demandantes alegaban que las disposiciones en cuestión alcanzaban a sus derechos como electores. Afirmaban que la ampliación del derecho al voto en las elecciones municipales a las nuevas categorías de personas establecidas en la norma, reducía la importancia de su propio voto y afectaba al resultado de las elecciones municipales. El Tribunal Constitucional entendió que aceptar la legitimación de los recurrentes por existir un mero interés, sería tanto como aceptar una acción popular, lo que no era la intención del Constituyente. La Constitución Belga, la Ley orgánica de 6 de enero de 1989 del Tribunal Constitucional y la reiterada jurisprudencia de este Tribunal han establecido que no basta con tener un interés legítimo para recurrir, sino que la disposición objeto de recurso tiene que afectar de forma directa a los interesados. En consecuencia, el Tribunal estimó que si la acción popular no puede recurrir en estos casos, no se puede admitir tampoco el presente recurso pues los recurrentes equivalen a una acción popular.

<sup>296</sup> Tal es el caso de la Sentencia de 30 de septiembre de 1999, en la que anuló parcialmente el artículo 6 de la Ley de 10 de diciembre de 1997, por considerarlo contrario a los principios de igualdad y no discriminación recogidos en los artículos 10 y 11 de la Constitución, sin atender a la demanda de algunas partes para que sometiera al TJ una cuestión prejudicial, sobre la prohibición de los productos de tabaco que incorpora la Directiva 98/43/CE, y que violaban el artículo 28 del TCE. El Tribunal Constitucional entendió que no era necesario acudir al TJ porque la citada Ley no constituía un obstáculo a la libre circulación de mercancías regulada en el Tratado y que estaría en cualquier caso justificada por la protección de la salud pública. La Sentencia 137/2000, de 21 de diciembre, en la que consideró que no estaba obligado a plantear cuestión prejudicial alguna ante el TJ, porque se extralimitaría de sus

Por su parte, los tribunales ordinarios y administrativos, siguen anclados en la primacía del Derecho internacional y comunitario y la postura del Tribunal Constitucional fue vista como un desafío, lo que llevó al Fiscal General J. Velu a decir que el Tribunal Constitucional estaba dando una clara razón para que surgiese controversia entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, pues el Tribunal Constitucional, sin tener competencia directa para ello, al enjuiciar la constitucionalidad de los tratados internacionales y el Derecho europeo abría la puerta al conflicto entre distintos ordenamientos jurídicos que se consideran supremos en su orden, generando inseguridad jurídica respecto de aquello que debe ser aplicado por los tribunales ordinarios. Y más concretamente, en el ámbito del Derecho europeo que con la doble prejudicialidad limita la posibilidad del juez nacional de dar inmediata aplicación a la norma supranacional<sup>297</sup>. Cuestión que no tardó en suceder con el Consejo de Estado<sup>298</sup>.

El Tribunal Constitucional en las sentencias 7 y 8/95, de 2 de febrero, inadmitió dos recursos de anulación presentados contra disposiciones nacionales que introducían impuestos ecológicos, por violación del principio constitucional de igualdad, combinado fundamentalmente con los artículos 30 y 95 del TUE así como la Directiva 83/189/CEE. El Tribunal Constitucional consideró que estas disposiciones nacionales no violaban los citados preceptos y se negó a plantear ante el TJ cuestión prejudicial alguna. Dichas disposiciones nacionales fueron objeto de recurso de anulación ante el Consejo de Estado que sí planteó una cuestión prejudicial ante el TJ en cuanto a la interpretación de la Directiva 83/189/CEE, el 4 de diciembre de 1995<sup>299</sup>.

Pero será la sentencia en el caso *Orfinger*, de 5 de noviembre de 1996<sup>300</sup>, en la que el Consejo de Estado sostuvo de forma tajante la postura contraria al Tribunal Constitucional, al entender que la supremacía del Derecho comunitario se debe dar sobre cualquier norma interna incluso constitucional, pues el artículo 34 de la propia Constitución permite afirmar que las disposiciones de los Tratados deben prevalecer sobre el Derecho constitucional belga: “*el ejercicio de determinados poderes se pueden atribuir mediante tratado o ley a instituciones de Derecho internacional público, lo que constituye el fundamento constitucional de los mecanismos institucionales que el Tratado de la CEE ha establecido para asegurar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Países de los Estados miembros*”. Cuando existe un conflicto entre una norma de derecho interno y una norma de Derecho internacional que afecta de forma directa en el ordenamiento jurídico interno, la norma

---

competencias si decidiera que toda violación del Derecho comunitario implica una violación del principio de igualdad. Por lo que sólo podrá tener en cuenta el Derecho comunitario en el ejercicio de su control cuando su desconocimiento pueda afectar a una categoría de personas determinada y cuando se precise en qué, y con relación a qué otra categoría de personas, se produciría un trato desigual injustificado.

<sup>297</sup> VELÚ, J. en su *Mercuriale* de 1992 “*Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*”, entendió que al no existir una ley especial que previese la revisión constitucional de los tratados internacionales o comunitarios suponía generar un conflicto de reenvío para los tribunales respecto a la norma a aplicar. Por ello si se quiere llevar a cabo esta revisión constitucional debería hacerse antes de que el tratado internacional o la norma comunitaria se adopte formalmente en el ámbito interno, esto es, antes de que el Parlamento lo ratifique.

<sup>298</sup> Tras la ratificación del Tratado de Maastricht, en un primer momento pareció que el Consejo de Estado apoyaba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, porque destacó, en un Dictamen sobre la ratificación del nuevo Tratado de la Unión, la necesidad de reformar la Constitución para superar las discordancias con el Tratado, en particular con respecto a la ciudadanía europea. Postura que parecía implicar la supremacía de la Constitución sobre el Tratado. Sin embargo, su jurisprudencia posterior lo desmiente.

<sup>299</sup> Dando lugar a la STJUE de 20 de marzo de 1997, asunto C-13/96, *Bic Benelux SA v Reino de Bélgica*.

<sup>300</sup> Sentencia del Consejo de Estado Belga de 5 de noviembre de 1996, nº 62.922 *Orfinger v Estado Belga*, donde el órgano judicial dio cuenta de un conflicto entre el antiguo artículo 8 de la Constitución, que restringía el acceso a la función pública sólo a los ciudadanos belgas y el artículo 48 del Tratado de Roma, según la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

establecida por el Tratado debe prevalecer, ya que la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, ha dicho que el uso de las disposiciones jurídicas internas para limitar el alcance de las disposiciones del Derecho comunitario se traduciría en socavar la unidad y la eficacia de del Derecho europeo y, por tanto, no puede ser admitido, aunque las disposiciones de derecho interno sean las de la Constitución. Añade así el Consejo de Estado que de conformidad con el artículo 34 de la Constitución, la autoridad competente para interpretar el Tratado de Roma es el TJ, aunque esta interpretación tenga efectos contrarios a alguna disposición de los artículos 8 y 10 de la Constitución. Para el Consejo de Estado la aplicación del Tratado de Roma en todas sus disposiciones y la interpretación dada a las mismas por el TJ es consecuencia de la adhesión de Bélgica a la UE, que podrá en todo momento abandonarse, pero sólo por iniciativa de las autoridades belgas, renunciando a dicha adhesión o renegociándose sus condiciones, pero mientras una iniciativa de estas características no se produzca, el principio del Estado de Derecho impone que las normas comunitarias se apliquen íntegramente, y si es lícito desear que el texto constitucional se adapte a las exigencias del Derecho europeo, dicha adaptación no puede condicionar la aplicación de este Derecho, aplicación que se impone incluso en su ausencia, lo que en poco tiempo le supuso una confrontación con el Tribunal Constitucional.

Postura ésta seguida por el Tribunal de Casación<sup>301</sup> que en cuanto se le ha presentado un conflicto entre una ley y un tratado ha considerado que primaba el tratado internacional. Cada vez que se le ha dado la posibilidad de resolver un conflicto entre una ley y un tratado en sus resoluciones, no ha distinguido a la Constitución, en sus relaciones con el Derecho internacional de las normas que están por debajo de ella en el derecho interno. Incluso en la sentencia 73/2000, de 14 de enero, tuvo que especificar los criterios de la responsabilidad del Estado belga cuando aprobaba un Reglamento contrario a una disposición comunitaria que surtiese efecto directo en el ordenamiento jurídico interno<sup>302</sup>.

#### 1.2.4. *El difícil encaje en los paradigmas tradicionales, en el siglo XXI*

##### 1.2.4.1. Primera década

El Tribunal Constitucional en el siglo XXI va a reforzar sus criterios y se decanta de forma abierta por una postura dualista frente a la monista de los tribunales ordinarios. Hasta el punto de que si en la jurisprudencia de años anteriores había entrado a controlar la constitucionalidad, no sólo de la ley posterior de adhesión al Tratado, sino el Tratado en sí, en la sentencia 41/2002, de 20 de febrero<sup>303</sup>, el Tribunal se va a considerar competente para ejercer un control indirecto

---

<sup>301</sup> SLAUTSKY, E. (2004) “*De la hiérarchie entre Constitution et droit international: Réflexions au départ de l’arrêt de la Cour de Cassation du 16 novembre 2004*”, pp. 1-22.

<sup>302</sup> Sentencia ésta que versaba sobre la normativa nacional relativa a las características técnicas de los vehículos.

<sup>303</sup> Sentencia de 20 de febrero de 2002, núm. 41/02, que se refería a La Ley de 15 de diciembre de 1970 reguladora del pequeño comercio, que establece que para que se pueda ejercer determinadas actividades profesionales por cuenta propia se requiere el cumplimiento de determinados requisitos. Requisitos que se acreditarán mediante la expedición de un certificado por el gremio competente. Si el certificado es denegado se podrá recurrir en apelación ante el consejo competente y en última instancia ante el Consejo de Estado. Al Sr. Ceressia se le negó el certificado y apeló sin éxito ante el consejo del gremio en cuestión y luego interpuso un recurso ante el Consejo de Estado. El Consejo de Estado planteó dos cuestiones prejudiciales al Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad de la Ley de 15 de diciembre de 1970, con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación de los artículos 10 y 11 de la Constitución, tomados en su conjunto con otras disposiciones de la Constitución y los tratados internacionales, así como la imposibilidad de recurrir ante los tribunales ordinarios. El Tribunal se basó en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el derecho a la propiedad del artículo 1 del Protocolo del CEDH y no consideró como una cuestión distinta la no discriminación e igualdad de los artículos 10 y 11 de la Constitución con el derecho a la libertad de elección de una actividad profesional del artículo 23 de la Constitución.



de la disposición de un tratado, sin considerar necesario cumplir el requisito de la eficacia directa del tratado en sí.

El Tribunal Constitucional empieza a revisar las normas de adhesión a los tratados internacionales y comunitarios a pesar de que éstos no tengan efecto directo en el ordenamiento jurídico belga. Y en la sentencia 106/2003, 22 de julio<sup>304</sup>, deja claro que esta postura no es por descuido, sino por elección deliberada, principalmente para demostrar su posibilidad de control de constitucionalidad ante cualquier disposición, pues el Consejo de Ministro había sostenido que el Tribunal no estaba en condiciones de ejercer un control indirecto de un Convenio Internacional. El Tribunal entendió que la disposición controvertida en el derecho belga podía vulnerar los artículos 10 y 11 de la Constitución, por lo que no era relevante examinar si estos artículos tenían efectos directos en el derecho interno, sino simplemente si el legislador hizo caso omiso de su obligación de no discriminación mediante compromisos internacionales.

Consecuencia de las reacciones políticas y jurisprudenciales, y, puesto que la Constitución de 17 de febrero de 1994, seguía sin establecer la relación entre el Derecho comunitario y el derecho nacional, en 2003, se lleva a cabo una modificación de la Ley orgánica de Arbitraje, que lejos de resolver el problema lo agrava aún más, pues dota al Tribunal Constitucional de los instrumentos necesarios para convertirse en el verdadero garante de los derechos fundamentales establecidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales relativos a los derechos humanos<sup>305</sup>.

En efecto, si bien la Ley orgánica de 9 de marzo de 2003, de modificación de la de 6 de enero de 1989, en aplicación del artículo 142 de la Constitución, por una parte amplía el ámbito de competencias del Tribunal Constitucional por otro, se las tasa considerablemente. En materia de derechos fundamentales amplía el ámbito de control a todos derechos fundamentales del Título II de la Constitución, mientras que en materia internacional o comunitaria aunque se le sigue permitiendo el que pueda resolver un recurso de anulación (en el artículo 2) sobre una ley, decreto u orden de ratificación de un tratado o convenio internacional, transcurridos 60 días desde su publicación, añade un nuevo artículo 26.1 bis, que excluye al Tribunal Constitucional de la resolución de una cuestión prejudicial que afecte a decretos y normas por el cual se ha ratificado un Tratado de la Unión Europea o el Convenio Europeo de Derecho Humanos y sus Protocolos adicionales.

Lo que sin embargo, no va a afectar al Tribunal Constitucional, pues a través del recurso de anulación y de la cuestión prejudicial, se arroga la función de ser el garante de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y, a través de esta vía, controla los tratados internacionales y/o europeos. Esto es, como declara en la sentencia 136/04, de 22 de julio, muchos de los derechos básicos consagrados en la Constitución tienen un equivalente en uno o más tratados internacionales. En estos casos, el control de un derecho fundamental del Título II de la Constitución Belga se debe llevar a cabo teniendo en cuenta no sólo las disposiciones constitucionales sino también las disposiciones de Derecho internacional que garantizan derechos y libertades análogas a las previstas en la Constitución. Esto mismo ocurre con el Derecho comunitario, pues los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Belga son en general similares a los reconocidos supranacionalmente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y con carácter subsidiario en la Convención Europea de Derechos Humanos, lo que permite al Tribunal Constitucional admitir que el TJ puede resolver las dudas

---

<sup>304</sup> Dicha sentencia fue confirmada, en particular por la 92/2004, 19 de julio y la 189/2004, 24 de noviembre.

<sup>305</sup> BERNAL-CANO, N. (2009) "Le contrôle de constitutionnalité de la loi sur recours d'un individu en Allemagne, Belgique et Colombie. Réflexions comparatives pour un nouveau modèle de Justice constitutionnelle". Tesis doctoral, dir. Pfersmánn, Université de Paris 1 Pantheon Sorbonne, Ed. Logiques Juridiques del Harmattan Editions, Coord. Gerad Marcou.

que se susciten en torno a la interpretación de su normativa comunitaria pues, al partir de la misma protección de los derechos fundamentales se reduce el riesgo de problemas entre la Constitución Belga y el Derecho comunitario.

El Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia de 2004, adopta como regla el método conciliador o de la analogía de la década anterior, y que el autor Marc Verdussen<sup>306</sup> denomina un todo inseparable. Cuando una norma de un tratado internacional tiene en Bélgica un alcance similar a una o varias disposiciones constitucionales, las garantías consagradas en la norma internacional “*forman un todo indivisible con las garantías consagradas en las disposiciones constitucionales en cuestión*”. En el ámbito del Derecho comunitario, bajo éste método, el Tribunal tiene en cuenta en sus revisiones la Carta de Derechos Fundamentales y la jurisprudencia del TJ y, si la duda surge en torno al alcance de una norma adoptada por un Tratado de UE lleva a cabo esta conciliación mediante la solicitud al TJ de una cuestión prejudicial. A diferencia de la década anterior, en la que prácticamente nunca consideraba necesario plantear una cuestión ante el Tribunal de Luxemburgo, el Tribunal Constitucional empieza a ser consciente de la utilidad del reenvío prejudicial y empieza a utilizar de forma frecuente este procedimiento ante Luxemburgo como herramienta de diálogo entre ambos tribunales<sup>307</sup>.

Con este método conciliador del todo inseparable, que formalmente se reconoce en el año 2004, el Tribunal Constitucional, no sólo apela al Derecho y la jurisprudencia comunitaria, sino que parece mostrar una fuerte lealtad hacia la UE, sus instituciones y sus reglas. Ello refleja su deseo de conectar con los valores supranacionales que, paradójicamente no se reconocen a nivel nacional<sup>308</sup> y, se convierte en uno de los tribunales constitucionales que más ha colaborado con el Tribunal de Luxemburgo.

Sin embargo, esta lealtad y conciliación se dará siempre y cuando la norma comunitaria sea conforme a la Constitución pues, tampoco han faltado sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha discrepado de la interpretación hecha por el Tribunal de Luxemburgo<sup>309</sup>. El

---

<sup>306</sup> VERDUSSEN, M. (2014) “*Le dialogue entre les Cours Constitutionnelles et la Cour de Justice de L’Union européenne vers une Justice post-nationale?*”, IX Congrès mondial de droit copnstitutionnel-Oslo, 16-20 juin 2014, Défis constitutionnels: globaux et locaux”, *Atelier núm. 5: Dialogues sur la Constitution*, pp.1-15, ver en <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws5/w5-verdussen.pdf>.

<sup>307</sup> Ello no quiere decir que, con anterioridad no recurriese a la cuestión prejudicial, pues La primera cuestión prejudicial la planteó en la sentencia 6/97, de 19 de febrero, en torno a la interpretación de una directiva Comunitaria, sin embargo, era reacio a su planteamiento. En el siglo XXI y fundamentalmente, tras la sentencia de 2004, muchas son las cuestiones prejudiciales que se han plantado ante Luxemburgo, tales como la sentencia 124/05, de 13 de julio, sobre una decisión marco; la 12/08, de 14 de febrero, en torno a la interpretación de determinados preceptos del TUE, sobre la educación y salud y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales; la 03/09, de 18 de junio, sobre la compatibilidad de una disposición de una directiva con el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea y, en particular con el principio de igualdad y no discriminación garantizado por esta disposición, etc. Cuestiones prejudiciales todas ellas, con motivo de recursos de anulación, salvo la sentencia C-128/09, de 24 de julio, en relación con la interpretación de la Decisión Marco relativa a las Órdenes de Detención Europea, a partir de una cuestión prejudicial que previamente le habían planteado a él.

<sup>308</sup> VERDUSSEN, M. op. cit., pp. 6-8.

<sup>309</sup> El ejemplo más claro se da en el caso presentado ante el Tribunal Constitucional sobre la trasposición de la Directiva 2001/97/CE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de dinero. El Tribunal Constitucional solicita, mediante sentencia de 26 de junio de 2007, al TJUE el que se pronuncie sobre la validez de una disposición de la Directiva que podía vulnerar el derecho fundamental de un juicio justo garantizado por los artículos 6 del CEDH y del TUE respectivamente. El TJUE considera que no se viola derecho alguno, porque el abogado informe a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de dinero y coopere con ellos, aunque sea su cliente. En una segunda sentencia de 27 de julio de 2011, consecuencia de la anterior, el Tribunal Constitucional, recuerda que el abogado está amparado por el secreto profesional incluso si la cuestión está fuera de cualquier procedimiento legal, por lo que la Ley de trasposición de la Directiva prácticamente queda vacía de

Tribunal Constitucional considera que el Derecho internacional o comunitario ocupa un lugar inferior al de la Constitución Belga en la jerarquía de las normas. De conformidad con el artículo 167 de la Constitución, un tratado puede en efecto vincular a Bélgica sólo si es aprobado por una norma legislativa que emana del legislador competente. Esta ley de asentimiento o adhesión, lo mismo que el texto del tratado aprobado, entra íntegramente dentro del control del Tribunal Constitucional, pues se debe asegurar que el Legislador no pueda indirectamente hacer, por la vía de la aprobación de un tratado internacional, lo que no podría hacer directamente, a saber, violar la Constitución. Por ello, a pesar de sus deseos conciliadores, la posición sustancialmente ambigua del Tribunal Constitucional, ha hecho que la doctrina considere a este Tribunal como contradictorio, e impida integrar a este País en una categoría correcta desde el punto de vista de las teorías internacionales.

El Consejo de Estado (en una notificación expedida el 4 de noviembre de 2005, sobre la transposición a la legislación belga, de una Directiva incompatible con el artículo 19 de la Constitución) reafirma su posición monista de las décadas anteriores respecto al Derecho comunitario derivado y el orden constitucional belga. Vuelve a recordar que desde el punto de vista constitucional, el artículo 34 de la Constitución establece el vínculo entre, de una parte la primacía reconocida al Derecho comunitario, en particular por el artículo I 6 del Tratado y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y, por otro, el rango que ocupa la Constitución Belga dentro del ordenamiento jurídico interno. A partir de esta distinción, añade el Consejo de Estado que si bien el artículo 34 de la Constitución reconoce constitucionalmente la atribución de determinados poderes a una institución de Derecho internacional público, en caso de conflicto entre un tratado y la Constitución sobre una cuestión que no le esté atribuido, es necesario una reforma constitucional antes de su ratificación. Consecuencia de lo anterior, dirá que, el derecho derivado del ejercicio de estas competencias transferidas prima, en virtud del artículo 34, sobre el resto de la legislación nacional, incluidas otras disposiciones de la Constitución, ya que no es más que el producto de esta transferencia constitucional del ejercicio de competencias. Ahora bien, según Christian Franck, Hervé Leclercq y Claire Vandevivere<sup>310</sup>, el argumento de que el Derecho internacional tenga primacía sobre el Derecho constitucional porque así lo quiere la propia Constitución en su artículo 34 siempre que se haya ratificado, es flojo, por la simple razón de que el artículo 34 de la Constitución puede ser modificado en virtud de ciertos procedimientos de tal forma que en el futuro se cuestione de nuevo.

El Tribunal de Casación, también va a mantener su jurisprudencia constante, llegando incluso en esta década, a defender que la norma de Derecho internacional tiene efecto directo en la Constitución. Así, en la sentencia de 9 de Noviembre de 2004<sup>311</sup>, el Tribunal decidió que el Convenio “(...) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales prima sobre la Constitución”. Sin embargo, la relevancia de esta sentencia será principalmente, el que ya no esconde su enfrentamiento abierto con el Tribunal Constitucional,

---

contenido, y por lo tanto gran parte del contenido de la Directiva objeto de discusión. Ahora bien, la sentencia, consecuencia de la queja planteada ante el Tribunal Constitucional, no encuentra su fuente en las disposiciones legislativas de trasposición de la Directiva sino en una disposición de un Reglamento de la UE, que el TJUE no puede inaplicar.

<sup>310</sup> FRANCK, C. LECLERCQ, H. y VANDEVIEVERE, C. (2003) “Belgium: Europeanisation and Belgian federalism”. *Wessels, W. Maurer, A. Mittag, JH, Fifteen into one*, pp. 69-91.

<sup>311</sup> Sentencia que se fundamenta en un recurso de apelación contra una sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte de Apelación de Gante. En este caso, el acusado fue procesado por tráfico de drogas y blanqueo de dinero. El acusado recurrió en casación por entender que el procedimiento estaba viciado de nulidad al no haberse observado los artículos 6 y 8 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como los artículos 12.2 y 15 de la Constitución y el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y solicitó al Tribunal de Casación que plantease una cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional. Pero el Tribunal de Casación no acudió al Constitucional y resolvió directamente.

pues para motivar su negativa de acudir al Órgano constitucional, que le había sido solicitado por el recurrente, dijo que el juez *a quo* debe primero comprobar el cumplimiento de las disposiciones de que se trate con las disposiciones pertinentes del Derecho internacional sobre la Constitución y, si la Constitución no añade ningún requisito adicional a lo establecido en el Derecho internacional no es necesario más que aplicar el Derecho internacional y por tanto no procede acudir al Tribunal Constitucional. Si la Constitución no establece ningún requisito más que el de las disposiciones de un tratado con efectos directos, el control de la ley a la luz de ese acuerdo es suficiente y el control posterior de la ley a la luz de la Constitución se hace irrelevante<sup>312</sup>. Por lo tanto, el Tribunal de Casación, a través del prisma de la primacía del CEDH sobre la Constitución, se considera competente para evaluar, aunque indirectamente, la constitucionalidad de la norma legislativa, siempre y cuando las normas de Derecho internacional tengan efecto directo en el ordenamiento jurídico interno y a pesar de que la Constitución otorga únicamente la jurisdicción para revisar la constitucionalidad de los actos legislativos al Tribunal Constitucional.

Lo que reiterará en la sentencia de 28 de septiembre de 2006, pues sin plantear cuestión prejudicial alguna ante el Tribunal Constitucional, confirma por primera vez la responsabilidad del Legislador por no haber adoptado las medidas legislativas necesarias a fin de cumplir con sus obligaciones positivas derivadas del artículo 6 (1) del CEDH. O en la sentencia 10/08 de 23 de enero, que considera la cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional absorbida de una manera implícita por la aplicación de la norma comunitaria, y por entender que debe ser el Tribunal de Justicia quien resuelva la interpretación. Llega así el Tribunal de Casación, en cumplimiento de la sentencia del TJ de 9 de marzo de 1978, asunto C-86/77, *Simmental*, a favorecer claramente la ausencia de un control de constitucionalidad en relación con las necesidades internacionales, en la creencia de que no sirve de nada plantear una cuestión prejudicial, si la Constitución no establece una mayor protección de los derechos reclamados en este caso que el Derecho internacional.

Sin embargo según Slaustsky<sup>313</sup>, esta posición del Tribunal de Casación conlleva el riesgo por un lado, de una alineación indebida con el alcance de las disposiciones internacionales en materia de organización interna, lo cual es contrario a principio de interpretación autónoma de la primera y, por otro, puede llevar al TJ a enjuiciar la Constitución Belga. Es pues, cuestionable la postura del Tribunal de Casación porque su afán de evitar el plantear una cuestión ante el Tribunal Constitucional puede llevarle a interpretar el Derecho internacional, de modo que no tenga en cuenta las mayores exigencias que las disposiciones constitucionales establecen, o por el contrario, al solicitar al TJ una cuestión prejudicial, conducir al Tribunal de Luxemburgo a interpretar la Constitución para juzgar la pertinencia de la cuestión, papel que, en virtud del artículo 142 de la Constitución, corresponde al Tribunal de Constitucional. Por su parte, Marc Bossuyt y Willen Verrijdt<sup>314</sup> añaden a esta crítica que este criterio terminaría con el *modus vivendi* establecido orgánicamente entre los más Altos tribunales, pues esta forma de actuar del Tribunal de Casación podría tener el efecto de socavar la competencia del Tribunal Constitucional ya que casi todos los derechos fundamentales tienen un hermano en una disposición directamente aplicable en algún precepto de un Tratado.

---

<sup>312</sup> Ver también sentencias de 16 de noviembre de 2004 y de 1 de junio 2006.

<sup>313</sup> SLAUTSKY, E. op. cit., pp. 4-6.

<sup>314</sup> BOSSUYT, M y VERRIJDT, W. (2011) “*The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment*” EU Const. pp, 355-391.

#### 1.2.4.2. Segunda década

La voluntad de impedir, que en el futuro los tribunales ordinarios pudieran perpetuar la teoría del Tribunal de Casación, se intentó solventar por el Legislador modificando la Ley orgánica del Tribunal Constitucional el 12 de julio de 2009, en el que estableció un nuevo artículo 26.4, que lejos de resolver el problema desencadenó una nueva controversia doctrinal y jurisprudencial<sup>315</sup>.

En efecto el artículo 26.4 de la Ley Orgánica de 12 de julio de 2009, al establecer que: “*Si ante una jurisdicción se alega que una disposición legal viola un derecho fundamental que está garantizado de manera total o parcialmente análogo en una disposición del Título II de la Constitución y en una disposición de la legislación europea o internacional, la jurisdicción debe primero plantear una decisión prejudicial ante el Tribunal Constitucional sobre la conformidad con la disposición del Título II de la Constitución*”, está exigiendo una coincidencia entre los derechos constitucionales e internacionales, lo que ha permitido a Marc Bossuyt<sup>316</sup> considerar que esta reforma poco ayudó a resolver el problema, pues, para consolidar el control centralizado de constitucionalidad, es por naturaleza, necesario garantizar que el Tribunal Constitucional pueda revisar los casos originales, y evitar que los jueces ordinarios y administrativos se nieguen a pedir una resolución prejudicial con el único argumento de que una organización internacional de derechos humanos también entra en juego. Con el fin de garantizar la revisión judicial de un tratado, sería necesario que se le concediese al Tribunal Constitucional el derecho a examinar si la disposición legal *sub iudice* respeta el derecho internacional. Esta opción hubiera sido la lógica, pues acudir al procedimiento prejudicial, que suspende la tramitación del caso por el juez remitente, cuando los juicios contradictorios recaen sobre las mismas disposiciones legales conforme a los mismos derechos fundamentales, garantizados por dos textos distintos, debería haberse evitado.

El reenvío prejudicial se debería aplicar tan pronto como la sustancia del derecho fundamental garantizado por la Constitución y por el Derecho internacional o europeo sea "parcialmente análogo", independientemente de las diferencias de alcance o de limitación en sus respectivos terrenos. Sin embargo, no se aplica hasta que las partes interesadas invocan el citado derecho fundamental, y, una vez invocado, incluso aunque solo mencionen la disposición de un tratado, el juez debe examinar, de oficio, si el mismo derecho fundamental está garantizado por el Título II de la Constitución. En estos casos, si el Tribunal Constitucional declara una violación de la Constitución, no tiene sentido un nuevo examen del tratado por el juez remitente, que estipula la aplicación de la disposición legal de que se trate. Pero, si el Tribunal Constitucional no encuentra una violación de la Constitución, el juez remitente sigue siendo competente para llevar a cabo una revisión del tratado y puede negarse a la aplicación de la disposición legal sobre esa base. El mero hecho de que el Tribunal Constitucional utilice disposiciones de tratados análogos con el fin de dar una interpretación evolutiva de los derechos constitucionales no influye en esta competencia.

---

<sup>315</sup> El texto elaborado por el profesor Vealears, con la colaboración de las tres instancias judiciales que fue llevado al Senado el 23 de abril de 2008, fue un texto de compromiso. Para más información sobre el texto, ver STORME, M. (2012) “*The Struggle Concerning Interpretative Authority in the Context of Human Rights-The Belgium Experience Belgian*”, report at the XVIIIth International Congress of Comparative law, Washington D.C. 2010, Topic “Are human rights universal and binding?” general reporter: Prof. Arnold. La versión original está publicada en Arnold, R. The Universalism of Human Rights, serie, Ius Gentium, *Comparative Perspectives on Law and Justice* núm. 16, Springer, cap.13, que se puede encontrar en: [www.springerlink.com](http://www.springerlink.com).

<sup>316</sup> BOSSUYT, M. y VERRIJDT, W, op. cit. pp. 355-391.

A lo anterior hay que unirle que el alcance de esta cuestión prejudicial se ve mitigado en el segundo párrafo del artículo 26.4 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Por cuestiones de economía procesal, este segundo párrafo regula las razones por las que tanto los tribunales ordinarios como los administrativos, incluidos los Altos tribunales, pueden decidir no plantear una cuestión prejudicial<sup>317</sup>. Y, en concreto, la excepción del “*éclairé acte*” significa que la obligación de remisión no se aplica si una sentencia de un tribunal supranacional o internacional ya demuestra que la disposición legal en cuestión viola la legislación europea o internacional, o si una sentencia del Tribunal Constitucional ya ha determinado que viola la Constitución, lo que permite una cierta preocupación sobre la posibilidad de los tribunales de abusar de esta cláusula, aunque la negativa a replantear una decisión prejudicial tenga que ser debidamente motivada.

Van Nuffel<sup>318</sup> ha entendido esta doble prejudicialidad como que los tribunales ordinarios vean interrumpida su tradicional apertura del ordenamiento jurídico belga a la UE y vean limitadas sus posibilidades a dar inmediata aplicación de la norma supranacional, lo que en el campo de aplicación del Derecho de la Unión Europea, es contrario a la condición de inmediación establecida por la jurisprudencia *Simmmenthal* y contrario a la libertad de devolución establecida por la jurisprudencia *Rheinmühlense*. Lo que también fue compartido por los tribunales ordinarios suscitando una auténtica *querelle judicial* que tuvo como protagonistas a estos mismos jueces<sup>319</sup>.

El Consejo de Estado en su Dictamen 45.905/AV, de 3 de marzo 2009, sobre el proyecto de ley de modificación de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, entendió que el artículo 26.4 establecía el reenvío prejudicial sin violar el derecho de la UE, ya que no iba dirigido a hacer una revisión constitucional de cada disposición del Tratado y permitía el examen de las dos cuestiones. Y concluyó que la regla del reenvío prioritario no prohíbe el juez nacional aplicar directamente la legislación comunitaria, pero, sus explicaciones no convencieron a los tribunales ordinarios. El Tribunal de Primera Instancia de Lieja, el 23 de noviembre de 2009, en el asunto C-457/09, *Claude Chartry v État belge* planteó al Tribunal de Luxemburgo una cuestión prejudicial sobre si el artículo 26.4 de la Ley orgánica de 12 de julio de 2009, era contrario al artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, y el artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, al imponer al juez nacional, la obligatoriedad de interponer un recurso previo ante el Tribunal Constitucional sin que dicho juez pueda garantizar inmediatamente la aplicabilidad directa del Derecho europeo al litigio del que conoce y pueda seguir ejerciendo el control de convencionalidad hasta que el Tribunal Constitucional haya reconocido la compatibilidad de la ley nacional con los derechos fundamentales garantizados por el Título II de la Constitución<sup>320</sup>.

---

<sup>317</sup> El párrafo segundo del artículo 26.4 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional establece las siguientes excepciones:” 1 en los casos contemplados en los apartados 2 y 3; 2. cuando el tribunal considere que las disposiciones del Título II de la Constitución no han sido claramente violada; 3 cuando el tribunal considere que una sentencia de un tribunal internacional ya se pronunció de forma clara sobre que esta misma disposición viola la legislación europea o internacional. 4. cuando el tribunal considera que una sentencia del Tribunal Constitucional ya se pronunció claramente sobre esta misma disposición legal que viola el Título II de la Constitución.” Ver en <http://www.const-court.be/>.

<sup>318</sup> VAN NUFFEL, P. (2009-10) “Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraak na het Verdrag van Lissabon” [Preliminary Questions to the Court of Justice of the European Union: A Guide for Legal Practitioners after the Lisbon treaty], *Rechtskundig Weekblad* (2009-2010) pp. 1170-1172.

<sup>319</sup> VECCHIO, F. op. cita, pp 281 y ss.

<sup>320</sup> STORME, M. op. cit. Según este autor, tal conflicto entre tribunales tiene su explicación, pues no puede contextualizarse la cuestión prejudicial del Tribunal de primera Instancia de Lieja sin hacer mención a las resoluciones de 10 de octubre de 2002 o de 21 de febrero de 2003, del Tribunal de Casación que repentinamente había cambiado su jurisprudencia relativa a la limitación de las deudas tributarias, provocando muchas disputas tributarias. Jurisprudencia que además costaría al Tesoro aproximadamente mil millones de euros. Para solventar

El Tribunal de Justicia contestó al Tribunal de Primera Instancia de Lieja, mediante Auto de 1 de marzo de 2011, que la materia objeto de litigio versaba sobre la aplicación de medidas nacionales por lo que no era competente para resolver el problema planteado. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, sólo se aplica a los Estados miembros en los casos que afectan a materias de la UE. El TJ no puede referirse a una disposición de la Carta para cuestionar una ley puramente nacional, pues supondría que podrían ser llevados ante el Tribunal de Luxemburgo cualquier asunto con el argumento de violación de un derecho fundamental, lo que habría ampliado el ámbito de aplicación del Derecho de la UE a la totalidad de las legislaciones nacionales, ya que todos los Estados tienen que cumplir con los derechos fundamentales. El TJ sin embargo recuerda en este Auto su jurisprudencia en torno al tema e incluye los argumentos que ya dio en la sentencia *Melki* en relación con el Tribunal de Casación francés<sup>321</sup>.

Bossuyt y W. Verrijdt<sup>322</sup>, consideraron que este Auto del TJ permite reemplazar la aplicabilidad inmediata del Derecho de la Unión por la garantía de tomar medidas provisionales fundadas sobre la jurisprudencia *Factortame*, y debería haber cerrado la polémica entre tribunales, en el sentido de entender que el procedimiento previsto por el artículo 26. 4, de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional es compatible con el principio del efecto directo del Derecho de la Unión, pues los criterios establecidos en la sentencia *Melki* se cumplen. Con este artículo 26.4 de la Ley no se ha tenido la intención de crear un impedimento de la obligación del juez de aplicar los derechos derivados de la legislación comunitaria. La cuestión prioritaria sólo obliga al juez *a quo* a abstenerse de llevar a cabo su revisión de la normativa de la UE hasta que la revisión del Tribunal Constitucional haya finalizado. Las cuestiones prejudiciales paralelas, por tanto, no son un impedimento real a la inmediatez de la legislación de la UE. Siempre y cuando se aplique la alternativa *Factortame*, no hay ninguna norma que prohíba a los jueces tomar las medidas provisionales o cautelares antes de referir el asunto al Tribunal Constitucional.

---

estos conflictos, el Legislador reformó el artículo 2244 del Código Civil para aplicarlo de forma retroactiva, lo que fue objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, el cual resolvió, en su sentencia 177/2005, de 7 de diciembre, que sólo podía ser considerada constitucional la retroactividad por “razones imperiosas de interés general”. Lo que según el Tribunal, era el caso de los supuestos tipificados en la sentencia de casación de 2002, por su carácter excepcional, por haber liberado a una categoría de personas de sus deudas tributarias, a pesar de que nunca se hubieran podido presumir razonablemente que no tendrían que pagar, y debido a que los casos más importantes de fraude fiscal también perecerían a causa de la nueva jurisprudencia. Consecuencia de esta sentencia del Tribunal Constitucional, esta disposición legal retroactiva debía aplicarse en los litigios fiscales pendientes. Algunos jueces fiscales simplemente aplicaron esta disposición, mientras que otros acudieron al artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH y al artículo 6.1 CEDH con el fin de garantizar que la disposición interna de aplicación retroactiva había logrado un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados. En el caso *Chartry*, el Tribunal de Primera Instancia de Lieja podría haber optado por un camino similar, en vez de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, sobre la compatibilidad del artículo 26.4 de la Ley con el Derecho europeo. El Tribunal de Lieja entendió que Tribunal Constitucional no posee competencia para examinar esta cuestión, ya que, en ausencia de un procedimiento comparable a la *Verfassungsbeschwerde* o el recurso de amparo, no puede examinar la constitucionalidad o la conformidad con el derecho internacional de un caso concreto.

<sup>321</sup> Ver Cap. 4. La República Francesa, p. 178.

<sup>322</sup> BOSSUYT, M. y W. VERRIJDT, op. cita, pp 380-383; Ver también: GERARD, P. (2011) “*De hoeder van de meerlagige Europese Constitutietussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België*”, *SEW*, pp. 152-165; KEYAERTS, D. (2012) “*De europeanisering van het Belgische staatsrecht: impressies betreffende integratie van het Unierecht en convergentie met het Unierecht*”, in *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 3*, A.Allen, J, Theunis V. De Schepper, A. D`espallier, S. P. Gérard, D. Keyaerts, M. Merckaert, K.A. Alen et J. Theunis (éds.), *l.c.*, pp. 66-69; VELAERS, J. (2010-11) “*Het arrest- Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk ‘fiat’ voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationale en het Europese recht*”, *Rechtskunding Weekblad*, vol. 14, 2010-2011, pp. 770-794.

De hecho, el Consejo de Estado ya lo ha llevado a efecto suspendiendo la aplicación de disposiciones legales belgas hasta la resolución de la cuestión prejudicial por el Tribunal Constitucional, incluso en recursos no relacionados con el Derecho de la UE<sup>323</sup>. Tal fue el caso planteado en un recurso de anulación contra una disposición legal que ya había sido inadmitida por el Tribunal Constitucional. Mediante la sentencia de 2010, de 2 de julio, El Consejo de Estado examinó la conformidad de la disposición con las mismas disposiciones del CEDH, y llegó a las mismas conclusiones que el Tribunal Constitucional. El Consejo de Estado basó su razonamiento en el artículo 9.2, de la Ley del Tribunal Constitucional, que establece que una resolución que inadmite un recurso de anulación es vinculante para todos los jueces. El Consejo de Estado señaló que estos efectos vinculantes se refieren a la disposición constitucional y, en caso de una interpretación conforme a la Constitución, también a la disposición legal objeto de control, pero añade que esta disposición no puede recortar la posibilidad del juez para examinar esa misma disposición legal conforme al Derecho internacional. Para el Consejo de Estado el único órgano competente para interpretar con autoridad el CEDH es el Tribunal de Estrasburgo y el Derecho europeo el Tribunal de Luxemburgo, negándosele con ello al Tribunal Constitucional, al tiempo que acepta la interpretación autorizada del Tribunal Constitucional de la Constitución.

Por su parte el Tribunal Constitucional en su sentencia 96/2010, de 29 de julio, también ha indicado que los tribunales podrían, en cualquier fase del procedimiento, tomar medidas provisionales, y después acudir si lo estiman pertinente al reenvío prejudicial ante Luxemburgo.

Pero la doctrina *Melki* y la jurisprudencia del Consejo de Estado, no convencen y el Tribunal de Primera Instancia Namur, el 22 de diciembre de 2010 (asunto C-622/10) vuelve a preguntar al Tribunal de Luxemburgo, si se oponen, por una parte, el artículo 6 del TUE, y el artículo 234 TUE, y/o, por otra, el artículo 47 de la CDFUE, a que el artículo 9. 2, de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional imponga a los jueces nacionales la jurisprudencia que resulta de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sobre recursos de anulación de disposiciones de Derecho interno de los que conoce, cuando dichos recursos se basen en una vulneración del Derecho de la Unión Europea directa y prioritariamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno, u obliguen a los jueces nacionales a plantear ante el Tribunal Constitucional cualquier cuestión prejudicial relativa a la interpretación de las disposiciones pertenecientes al Derecho de la Unión directa y prioritariamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno, cuando dichas disposiciones se reproducen también en la Constitución nacional y cuando dichos jueces presumen que dichas disposiciones se vulneran en el marco de litigios de los que conocen, lo que provoca que dichos jueces resulten privados de la posibilidad de aplicar inmediatamente el Derecho europeo<sup>324</sup>. Sin embargo el Tribunal de Justicia mediante Auto de 22 de septiembre de 2011 vuelve a reiterar que es manifiestamente incompetente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas.

A pesar de estas manifestaciones reacias puntuales, se puede afirmar que todos los tribunales, incluido el Tribunal de Casación<sup>325</sup>, se han acogido a la reforma de la Ley orgánica

---

<sup>323</sup> Sentencias del Consejo de Estado tales como la núm 119.261, de 12 de mayo de 2003, *Brouillard* ; la núm 127.040, de 13 de enero de 2004, *Servais*; la núm. 202.039, de 18 de marzo de 2010, *X v Gemeenschapsonderwijs*, etc.

<sup>324</sup> Lo que vuelve a reiterar el Tribunal de Primera Instancia de Lieja el 19 de noviembre de 2010, asunto C-538/10 y el 30 de junio de 2010, asunto C-314/10 *Hubert Pagnoul v État belge - SPF Finances*.

<sup>325</sup> El Tribunal de Casación ha aceptado esta reforma, aunque se acoge con frecuencia a las excepciones establecidas en la Ley. No faltan sin embargo autores que consideran que el Tribunal de Casación, sigue aplicando su doctrina sobre la relación entre la Constitución y el Derecho internacional, lo que presumiblemente incluye no sólo el Derecho originario de la UE sino también el derivado, pues cuando se le ha planteado un conflicto relacionado con el Derecho derivado de la UE, ha solido invocar la resolución del Tribunal de Luxemburgo *Internationale*



del Tribunal Constitucional planteando numerosos recursos tanto por el procedimiento de anulación como por la vía prejudicial. Procedimientos, todos ellos que el Tribunal Constitucional ha resuelto haciendo referencia a la jurisprudencia del TJ o remitiendo una cuestión al Tribunal de Luxemburgo. Es más, los tribunales ordinarios han acudido a los recursos de anulación, para anular que no inaplicar la disposición interna en conflicto con el Derecho supranacional, pues los tribunales ordinarios son conscientes de que sólo acudiendo al recurso de anulación ante el Tribunal Constitucional pueden anular una disposición nacional.

En relación con la cuestión prejudicial, no faltan sentencias donde el Tribunal Constitucional para ver si la norma interna traspone la directiva conforme a lo querido en la UE acude a conceptos establecidos en la jurisprudencia del TJ, tal fue el caso de la sentencia 55/2011, de 6 de abril, donde a través de los principios de igualdad y no discriminación el Tribunal Constitucional, se acoge al concepto de empresa dado por el TJ; en las sentencias 180/98 y 184/98, de 12 septiembre de 2002, para que los tribunales nacionales aplicasen el contenido de la directiva, sin aplicar las excepciones que la ley belga establecía. Ni sentencias en las que recuerda que hay que distinguir sobre si la aplicabilidad del Derecho de la UE emana de una norma de trasposición, o por el contrario se trata de una disposición interna que pudiera entrar en conflicto con el Derecho de la UE. Es decir, en el caso de una norma de trasposición de una directiva el campo de aplicación de la norma de trasposición debe coincidir con el de la directiva y si existe alguna contradicción, la disposición interna que entra en conflicto con la directiva debe ser anulada. Ahora bien, si la norma interna o comunitaria es transfronteriza y puede afectar a varias disposiciones, la resolución del Tribunal Constitucional debe adoptarse teniendo en cuenta no sólo el Derecho Europeo sino también cualquier otro Derecho con el que la disposición entre en conflicto. Como se estableció en la sentencia 144/2012, de 22 de noviembre, donde la cuestión que se planteó al Tribunal Constitucional no era la violación de la norma de trasposición de la directiva sino una norma interna que violaba el principio de igualdad y no discriminación (artículos 10 y 11 de la Constitución) y el derecho a la protección del medio ambiente (artículo 23 de la Constitución) junto con los artículos 3.9 y 9.2 a 9.4 de la Convención de Aarhus sobre el “acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente” y además el artículo 10 bis de la Directiva 85/337 /CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985. El Tribunal no sólo enjuició la relación de esta norma con los artículos 10, 11 y 23 de la Constitución, sino también la compatibilidad de esta disposición con el Derecho internacional y europeo. Lo que volvió a suceder en la sentencia de 1 de marzo de 2011, asunto C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros*, en donde el Tribunal Constitucional decidió resolver la cuestión planteando una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, en vez de acudir al CEDH siendo éste el que declarase, acto seguido, “*que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113, que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por dicha Directiva y resulta incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”.

---

*Handelsgesellschaft* para concluir que los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de un Estado miembro no pueden influir en la validez o la aplicabilidad interna de un acto del Derecho comunitario, manteniendo con ello su doctrina de la sentencia *Le Ski*. Ver CRAIG P. y G. DE BURCA, (2008) “*Derecho de la UE*”, 4ª Ed., Oxford, Oxford University Press, pp. 379 y ss.

## 2. EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS

El Reino de los Países Bajos una vez conseguida su independencia en 1814 promulgó oficialmente su primera Constitución (*Grondwet*) en 1815. Los avatares políticos posteriores y en concreto la pérdida del territorio belga, las dos guerras mundiales y su carácter abierto en el ámbito cultural, religioso e ideológico condujeron a este País a una profunda transformación constitucional, inaugurando un nuevo método de hacer política, que se ha dado a llamar democracia consociacional y monista o de superación del Estado nacional. Lo primero, fruto de la tolerancia, o de una estrecha colaboración de los distintos grupos en que está dividida la sociedad, dando lugar de forma regular a gobiernos de coalición y, lo segundo, por su carácter aperturista que ha convertido a este País en uno de los primeros en tener una Carta Fundamental de Derechos (en 1840) y en traspasar la soberanía a las organizaciones internacionales. Lo que permite argumentar que en el marco del Derecho constitucional, a pesar de tener una Constitución rígida, Holanda es uno de los países más avanzados jurídicamente, pues su Constitución regula desde los principios fundamentales clásicos sobre los que a partir del Siglo XIX, se basa el Estado de Derecho, hasta los derechos de última generación<sup>326</sup>, junto con una concepción monista del Derecho internacional donde los tribunales holandeses pueden inaplicar las leyes internas contrarias al Derecho internacional.

En relación con el derecho convencional, los Países Bajos como monarquía constitucional reservaban a la Corona el poder supremo en materia de relaciones internacionales. Sin embargo, tras su transformación en una Monarquía parlamentaria la aprobación de los tratados fue progresivamente limitada por el Parlamento. Y, en la reforma de 1922 se planteó el principio de que todos los tratados necesitaban la aprobación parlamentaria antes de ser ratificados por la Corona, salvo los simplificados que podían ser concluidos por la Corona con la simple comunicación al Parlamento. Sin embargo, esta reforma no permitía la transferencia de competencias soberanas a favor de organizaciones internacionales, lo que no impidió, ni puso en duda la validez constitucional de los acuerdos internacionales firmados por Holanda.

Tras la incorporación de Holanda, a los Tratados Constitutivos de la CECA, CEE y EURATOM, se plantearon los primeros problemas por el alto grado de integración y la importancia de las competencias transferidas. La respuesta se encontró en las reformas constitucionales de 1953 y 1956, que permitieron el traslado de competencias soberanas a las organizaciones internacionales aun cuando éstas fueran contrarias a la Constitución, con la previa autorización de los Estados Generales. Tras las reformas posteriores y la aprobación de la actual Constitución de 17 de febrero de 1983, actualizada en el año 2008, prácticamente no se modificó este reconocimiento del Derecho internacional, por lo que desde la década de los cincuenta se ha seguido el mismo procedimiento de transferencia de competencias estatales a favor de las organizaciones internacionales o supranacionales, además de proclamar la licitud de los tratados derogatorios de la Constitución siempre que reúnan las condiciones previstas en los preceptos de la Norma Fundamental.

Por otro lado, es necesario recordar que en los Países Bajos el poder judicial se encarga exclusivamente de las causas civiles y penales y su máximo órgano, el Tribunal Supremo o *Hoge Raad* tiene como función principal la de la aplicación uniforme del Derecho holandés, pero, ningún órgano judicial tiene atribuido el control de constitucionalidad de las leyes. De hecho al prohibir el artículo 120 de la Constitución el que los tribunales puedan juzgar la

---

<sup>326</sup> MASSA GALLERANO, G. (2011) “Los sistemas constitucionales de Holanda y Luxemburgo”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 15, pp. 185-222. Como recuerda esta autora es preciso recordar que Holanda ha sido el primer país en el mundo en aprobar, en abril de 2001, una ley sobre eutanasia y sobre el suicidio asistido. La Ley, núm. 194, de 12 de abril de 2001.

constitucionalidad de los actos del parlamento y los tratados, se convierte en el único país de Europa en el que el control de constitucionalidad está expresamente prohibido por la Constitución. Lo más cercano a este control se encuentra en el Consejo de Estado como supremo órgano consultivo y al que el Gobierno debe acudir respecto de todos los proyectos de ley o decretos o cuando someta a los Estados Generales un tratado para su ratificación. No existe pues, ninguna forma de control de constitucionalidad de las leyes, por lo que indirectamente se otorga al Parlamento la exclusividad de este control, pues al Parlamento es al que corresponde, según el artículo 91, aprobar un Tratado por mayoría de 2/3 de los votos expresados en cada Cámara y decidir en caso de conflicto. Esto supone que el citado control de constitucionalidad sólo tiene sentido si se ejercita antes de la ratificación de un tratado, pues a posteriori la Constitución precisa que el juez no tiene derecho a controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales, ya que éstos poseen en si la presunción *iure et de iure* de conformidad con la Constitución lo que supone que el principio establecido para las leyes se haga extensivo a los tratados.

Se puede con ello argumentar que haciendo honor a las tradiciones monistas, las reformas constitucionales de los años cincuenta tuvieron como objetivo favorecer el desarrollo del Derecho internacional, lo que tras aprobación de la actual Constitución de 17 de febrero de 1983, supone fundamentalmente reconocer la primacía del Derecho europeo, con la peculiaridad de que al no existir control de constitucionalidad, esta primacía de la norma europea, es reconocida por los tribunales, para todo el Derecho de la UE, esto es, tanto originario como derivado. Se llega con ello a la paradoja de que el derecho originario sufre el contra límite del control parlamentario, mientras que el derivado prevalece en todo caso sobre todas las normas nacionales incluso las constitucionales, lo que se ha intentado remediar mediante la Ley de 15 de febrero de 2012, de Remisión de cuestiones prejudiciales al *Hoge Raad*, que es vista por la mayoría de la doctrina, salvo excepciones, como un recurso de casación reforzado. Cuestiones éstas a las que haré referencia en los epígrafes siguientes.

Finalmente hay que recordar que la actual posición holandesa ante la UE está siendo un tanto paradójica. El país es cada vez más escéptico acerca de la Unión Europea como se desprende de la oposición ciudadana a la Constitución para Europa, el impedimento del ingreso de Serbia, o el mantenimiento de Rumania y Bulgaria fuera de la zona *Schengen*. Y, ello fundamentalmente porque los Países Bajos están en crisis con sus propios conceptos. Esto es, su condición de un país aperturista les ha llevado a tener un problema grave con la inmigración (fundamentalmente islámica) y la integración<sup>327</sup>, lo que unido a la actual crisis económica, influye decisivamente respecto a la posición que los Estados Generales tienen con la UE. En parte por esa razón, el Gobierno mantiene una línea dura cuando se refiere a Europa, pues sus nuevas propuestas, en la práctica, significan un cambio importante de soberanía política respecto a Bruselas. Lo que según Alfonso Celotto y Tania Groppi<sup>328</sup> se torna muy importante al carecer la Constitución holandesa de contra límites, y ser los Estados Generales con esta mayoría de dos tercios quienes deciden y pueden en cierto modo ser considerados como tales límites.

---

<sup>327</sup> Desde el asesinato por motivos políticos de Pim Fortuyn y por motivos ideológicos del cineasta Theo Van Gogh, los holandeses están muy sensibles a la cuestión de la inmigración y la integración, lo que unido a la actual crisis económica, ha hecho que aumente considerablemente el euro escepticismo y se cuestionen el aumento de los poderes a la UE.

<sup>328</sup> CELOTTO, A. y GROPPi, T. op. cit., en concreto Países Bajos, pp. 335-337,

## 2.1. Las reformas constitucionales de los años cincuenta: consolidación de la teoría monista

Tras la incorporación de los Países Bajos al Tratado de París por el que se fundaba la CECA en 1951, se plantearon los primeros problemas por el alto grado de integración y la importancia de las competencias trasferidas. Aun cuando se hicieron reservas, ningún problema se suscitó sobre la constitucionalidad del Tratado, lo que permitió su aprobación sin modificación de la Constitución. Pero, como consecuencia del intento de crear la Comunidad Europea de Defensa y de traspasar competencias en materia de defensa, que según los artículos 184 y 195 de la *Grondwet* eran exclusivas del Estado, pues el ejército debía sólo servir a la defensa del territorio y el mantenimiento de la independencia del Estado, se empezó a cuestionar la aplicación de la norma comunitaria.

Si bien la aprobación de un tratado derogatorio de la Constitución no era un problema nuevo pues, ya se había suscitado en 1948 cuando se introdujo el Capítulo XIV en la Constitución, para reorganizar por un lado las relaciones de Indonesia con el Reino de los Países Bajos como Estados soberanos y, por otro, las relaciones del Surinam y las Antillas neerlandesas dentro del marco del Estatuto del Reino, como se resolvió de forma concreta para esas cuestiones<sup>329</sup>, había que buscar otros cauces para su adecuación.

En 1952, los Estados Generales propusieron el reconocimiento de la supremacía del Derecho internacional *vis-à-vis* con la legislación nacional, a través de un proyecto de reforma constitucional. La propuesta de reforma había sido elaborada sobre la base del informe provisional de la Comisión Constitucional *Van Schaik*. El objetivo era explícitamente preparar el sistema legal holandés para las nuevas obligaciones establecidas en el Tratado de la CECA. El Gobierno holandés se opuso firmemente a la reforma pues, era notoriamente escéptico hacia la integración supranacional y consideró que era responsabilidad del Parlamento asegurar que los tratados internacionales no entrasen en conflicto con las disposiciones nacionales, en particular porque a los tribunales holandeses la Constitución no les permitía revisar la constitucionalidad de las leyes. Una nueva Comisión Constitucional *Kranenburg*, propuso un nuevo proyecto de reforma constitucional que limitaba la supremacía del Derecho internacional y evitaba así lo que el Gobierno consideraba como graves repercusiones para la soberanía del Parlamento holandés. La reforma constitucional fue aprobada por el Parlamento el 22 de junio de 1953<sup>330</sup>.

Esta reforma introdujo los preceptos necesarios para hacer posible la transferencia de competencias en favor de organizaciones internacionales, previa autorización o ratificación, según los casos, por el Parlamento, aunque sin dar una respuesta general, pues se refería al traslado de competencias específicas en el ámbito legislativo, ejecutivo y judicial, conforme el artículo 67.1 (actual artículo 92) en el que se establecía que: “*Siempre que se observe, de ser necesario, lo dispuesto en el artículo 63, se podrán confiar por un tratado o en virtud de éste*

---

<sup>329</sup> CONSTANTINESCO, L. (1970) “Derecho comunitario y derecho constitucional neerlandés”, Derecho de la integración. *Revista jurídica latinoamericana*, Instituto para la Integración de América Latina, Banco Interamericano de Desarrollo, Buenos Aires, núm. 7, pp. 101-122. Recuerda este autor que se resolvió con las disposiciones de los artículos 217 y 218 del Capítulo XIV de la *Grondwet* mediante la adopción de un nuevo orden jurídico y siempre que fuera votado por la mayoría de 2/3 por ambas Cámaras.

<sup>330</sup> RASMUSSEN, M. (2010) “Constructing and Deconstructing ‘Constitutional’ European Law: Some reflections on how to study the history of European law” EUSA conference paper Published in December 2010 in *Europe. The New Legal Realism* Henning Koch, Karsten Hagel-Sørensen, Ulrich Haltern and Joseph Weiler (eds.), DJOF Publishing, pp. 1-21.

*competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones de Derecho internacional*"<sup>331</sup>.

Reforma que se perfeccionó en 1956, añadiendo al control político, un control jurídico de la mano del Consejo de Estado. Según el artículo 73 de la Constitución, la Corona tiene la obligación de aceptar el parecer del Consejo de Estado antes de concluir un tratado que necesite autorización de los Estados Generales. Y añadiendo en el artículo 60 (actual 120) de la Constitución que el Juez no puede juzgar la constitucionalidad de los tratados. Lo que significa consagrar constitucionalmente que el control a posteriori no existe, pues se subraya el carácter definitivo de las leyes y que los tribunales no puedan declarar inconstitucional un tratado aun cuando tengan certeza de que el Gobierno ha cometido un error al aprobarlo, aunque sea formal.

Ahora bien, el sistema constitucional del artículos 67 (92) en relación con el artículo 63 (91) si bien permita la trasferencia de competencias estatales en favor de organizaciones internacionales y proclama la licitud de los tratados derogatorios de la Constitución, no afirma claramente que se permita que un tratado derogue la Constitución por el simple hecho de que proceda a transferir competencias soberanas, sino que hay que entenderlo en el sentido de que abre la vía hacia un camino nuevo de favorecer al Derecho internacional convencional que permite a un tratado, aun cuando sea contrario a la Constitución ser introducido en el ordenamiento jurídico interno sin modificar la Constitución cuando se den una serie de requisitos de fondo y forma establecidos en el artículo 63. Los de fondo son puramente políticos, pues el artículo exige que "*la evolución del orden jurídico internacional así lo exija*", lo cual al ser tan subjetivo, sólo puede ser apreciado por la interpretación que den los Estados Generales, y del modo en que éste aprecie la situación internacional en un momento dado. El requisito de forma será que las dos Cámaras autoricen tales tratados por mayoría de dos tercios. Lo que no es sino un procedimiento simplificado de revisión constitucional<sup>332</sup>.

Es por ello, que se ha afirmado que estas reformas constitucionales iban dirigidas a conseguir tres objetivos principales: el primero, hacer más democrático el proceso de ratificación de los tratados internacionales a través de su control parlamentario, lo que en el caso de los Tratados comunitarios se hace muy importante dado el alto grado de trasferencia de competencias que se hace a favor de la UE. Por ello el Tratado de la CEE en 1957, fue el primer tratado comunitario ratificado por Holanda conforme a este procedimiento; el segundo, reconocer expresamente la supremacía del Derecho internacional y/o comunitario sobre el derecho interno; y el tercero reconocer la limitación de la soberanía nacional en favor de la organización internacional a la que se le ha trasferido dicho poder<sup>333</sup>. Lo que según De Witte<sup>334</sup>, puede entenderse como suficiente pues, buscaban excluir toda duda constitucional futura en cuanto a la posibilidad de atribuir, mediante una convención internacional, poderes "supranacionales" a una organización como la Unión Europea, aun sin referirse a la Comunidad

---

<sup>331</sup> Por su parte, el artículo 63 establecía que: "*cuando lo exija el desarrollo del orden jurídico internacional, podrá un tratado apartarse de los preceptos de la Constitución. En tal caso la ratificación sólo podrá conferirse de forma expresa y las Cámaras sólo podrán aprobar el correspondiente proyecto de ley por mayoría de dos tercios de los votos emitidos.*" Después de la reforma constitucional de 1983, esta disposición pasó a ser el artículo 91, párrafo 1º. Para una comprensión completa del problema que se suscitó ver: Grondwet en internationale rechtsorde, en: <http://www.denederlandsegrondwet.nl/9353000/1/j9vvihlf299q0sr/vgrnbcfbaw3>

<sup>332</sup> CONSTANTINESCU, op. cit., pp. 108-110.

<sup>333</sup> UGOLINO, F. "*I rapporti tra le giurisdizioni nazionali e le Corti europee: l'esperienza del Belgio ed alcune riflessioni sui Paesi Bassi*", Civitas Europa, pp. 189-192.

<sup>334</sup> DE WITTE, B. (1998) "Les implications constitutionnelles, pour un Etat, de la participation a un procès d'integration régionale", in E.H. Hondius (ed.) *Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law*, Rapport néerlandais au Congrès de l'Academie Internationale de Droit Comparé, Bristol, Antwerpen/Groningen, Intersentia, pp. 379-393.

Europea y hablando exclusivamente de tratados internacionales. Por ello afirma este autor que: "Con posterioridad, jamás ha sido cuestionado que el artículo 92, antiguo 62, pudiera servir de base constitucional para las transferencias cada vez más amplias de competencias que se han efectuado por los Tratados de integración europea, y particularmente el Tratado CEE de 1957, el Acta Única Europea de 1986 y el Tratado de la Unión Europea de 1992"<sup>335</sup>.

Esto es, las reformas antedichas hacen que, según Aláez Corral<sup>336</sup>, nos encontremos ante un modelo estatal claramente monista, que a través de su norma suprema determina voluntariamente que las normas creadas por sujetos y procedimientos no previstos por ella ni por sus normas subordinadas, deban ser consideradas a su mismo nivel en la jerarquía normativa y, por tanto, les ha atribuido el ejercicio del poder constituyente (constituido), es decir, la posibilidad de que modifiquen la Norma jurídica estatal suprema. Estas reformas consiguen pues, dos objetivos: de un lado, introducen el tratado en el ordenamiento jurídico interno, de otro, modificar la Constitución holandesa sin tener que acudir al procedimiento de revisión constitucional.

Además de establecer en la Constitución esta integración del derecho convencional en el derecho nacional, la reforma de 1956 incluyó un artículo 66 que conducía a establecer con toda claridad el principio de primacía del derecho convencional sobre el derecho interno. Así, el citado precepto establecía que ninguna disposición legislativa neerlandesa sería aplicable en el interior de Holanda sino se hallaba conforme con las disposiciones de los Tratados que comprometan a todas las personas, publicados antes o después de estas disposiciones legislativas. Añadiendo el artículo 65 que una ley regulará los requisitos de la publicación.

A pesar de estas novedades el *Hoge Raad*, ya en una fecha muy anterior había dictado una sentencia<sup>337</sup> en la que reconocía que los tratados internacionales que afecten a los derechos de los particulares son obligatorios en los Países Bajos, con la única condición de la ley de autorización del Parlamento, de la promulgación y de la publicación, sin necesidad de ningún otro acto jurídico.

Ahora bien, esta sentencia había abierto un debate (tanto doctrinal como jurisprudencial) sobre el momento en que era aplicable un tratado, sus efectos jurídicos y la jerarquía de las fuentes normativas internas, que la reforma de 1956 cerró sólo en parte. Si bien el artículo 66 proclamaba la primacía del derecho convencional sobre el nacional, lo hacía condicionado a que el tratado pudiese comprometer a todas las personas. El Gobierno cuando presentó el proyecto de reforma constitucional de 1956 explicó que por "*disposiciones que puedan comprometer*", había que entender toda disposición susceptible de eficacia directa, y la sentencia del *Hooge Raad* de 13 de abril de 1960, lo interpretó como aquellas disposiciones que establecen obligaciones o derechos a cargo de los particulares. Pero, según Leontin Contastinescu<sup>338</sup>, éste no puede ser su último significado pues entonces los términos de los artículos 64 y 65 serían contradictorios a este precepto ya que, comprenden no sólo las disposiciones dirigidas a los particulares sino también a los demás órganos del Estado. Ello es muy evidente en el ámbito del Derecho europeo pues numerosos preceptos de los Tratados de la UE obligan al Estado y no son directamente aplicables a los particulares, por lo que cuando el artículo 66 de la Constitución establece "*puedan comprometer*" debería interpretarse como toda aquella norma de Derecho

---

<sup>335</sup> BREWER-CARIAS, A. R. op. cit., p. 41, cita 33.

<sup>336</sup> ALÁEZ CORRAL, B. (1998), "Soberanía constitucional..." op. cit., p. 510.

<sup>337</sup> Sentencia del *Hoge Raad* de 25 de mayo de 1906.

<sup>338</sup> CONTASTINESCU, L. op. cit., pp. 117-120.

internacional o comunitario con eficacia directa, esto es, toda disposición convencional o europea que pueda ser aplicada en el derecho interno sin la intervención del legislador<sup>339</sup>.

Esta primacía junto con el problema de averiguar cuando una norma internacional o supranacional tiene eficacia directa llevaron al Tribunal Supremo neerlandés a dictar la sentencia de 18 de mayo de 1962<sup>340</sup>, en la que desoyendo las alegaciones de la parte demandante, evita caer en la tentación de considerarse a sí mismo como intérprete supremo del Derecho comunitario y dictaminó que cualquier asunto relativo a la aplicabilidad directa del Derecho Comunitario, como implica realizar una interpretación de los Tratados constitutivos, no podría ser decidida por este tribunal, sino que debería ser reenviada al TJ por el artículo 177 TCE<sup>341</sup>. Sentencia que asigna implícitamente al Tribunal de Justicia el resolver cuando se da este efecto directo del Derecho europeo, al decir que: “*una buena administración de justicia exige que el Tribunal Supremo ceda el paso a la decisión del Tribunal de Justicia, puesto que el problema de si un precepto de Derecho comunitario tiene efecto directo es una cuestión de interpretación del Derecho comunitario cuya decisión corresponde al juez supranacional*”. Idea ésta que fue seguida por el resto de los tribunales ordinarios hasta el punto de entender que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se debía imponer a todas las jurisdicciones nacionales<sup>342</sup>.

Al entender así a la jurisprudencia del TJ, la justicia neerlandesa y el Consejo de Estado consideraron necesario el acudir al Tribunal de Justicia planteando cuestiones prejudiciales cuando existía duda razonable sobre la eficacia directa del Derecho comunitario. Puede incluso recordarse que, antes de que el TJCE reconociera que la autoridad de la interpretación dispensa de la obligación de remisión prejudicial, estos tribunales ya habían declarado en alguna sentencia<sup>343</sup> que determinados preceptos comunitarios debían ser aplicados tal como habían sido interpretados por el Tribunal de Justicia.

En un intento por aclarar la eficacia directa de un precepto comunitario, el TJCE dictó la paradigmática sentencia de 5 de febrero de 1963, conocida como sentencia *Van Gend & Loos*, que estableció uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea, el principio de la eficacia directa del Derecho comunitario<sup>344</sup> pese a la resistencia inicial de algunos Estados miembros, garantizando así la existencia del ordenamiento jurídico comunitario y alegando la naturaleza y la finalidad de la Comunidad. Se puede reconocer por ello, según De Witte<sup>345</sup>, que en el momento en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, mediante los casos *Van Gend & Loos* de 1963, *Costa Enel* de 1964 y *Simmenthal* de 1978, formuló su propia doctrina del efecto directo y de la primacía del Derecho comunitario, las

---

<sup>339</sup> BRÖLMANN, K. Y VIERDAG, E. W. (1996) “Pays Bas and Netherland” in *L'intégration Du Droit International Et Communautaire Dans L'ordre Juridique National Étude de la Pratique en Europe*. Ed. Piere Michel Eisemann, Kluwer Law International, The Hauge/London/Boston, pp 433-459. Estos autores se refieren al tema de la eficacia directa de los tratados internacionales.

<sup>340</sup> Sentencia del *Hoge Raad* de 18 de mayo de 1962, asunto, Bosch GmbH/De Gens en VIttenbogerd, en *Netherlands International Law Review* 1965, pp. 318-321.

<sup>341</sup> SANZ CABALLERO, S. (1998) “La garantía judicial de los Derechos fundamentales en las Comunidades Europeas: insuficiencia e interferencias” Tercera Parte de *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario: insuficiencias y fisuras del sistema*. Tesis Doctoral, Dr. Cardona Llorens, J, Castellón de la Plana (Castellón): Universidad Jaume I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Departamento de Derecho Público, en concreto, p. 622.

<sup>342</sup> Sentencia del Tribunal Central de Apelación de la Haya de 20 de febrero de 1963 o sentencia del Tribunal de Leeuwarden de 30 de septiembre de 1964.

<sup>343</sup> Sentencia del Tribunal de Apelación de Amsterdam de 25 de junio de 1962.

<sup>344</sup> Ver en la Primera Parte, Cap. 1. pp. 23-25.

<sup>345</sup> DE WITTE, B. op. cit., pp. 380-382.

jurisdicciones holandesas se encontraban en una posición única entre los seis Estados miembros de la época, al disponer de instrumentos constitucionales perfectamente adaptados a su "mandato" comunitario.

Por estas razones, se puede decir sin ambages que no es de extrañar que la paradigmática sentencia *Van Gen en Loos* del Tribunal de Luxemburgo haya sido consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por *el Hoge Raad*, pues antes de *Van Gen & Loos* los tribunales holandesa ya habían presentado numerosas cuestiones de este tipo.

Sin perjuicio de lo anterior, no faltan resoluciones judiciales que, sin haberse pronunciado formalmente contra la sentencia prejudicial dictada a su demanda, no dejan traslucir con claridad si la solución dada al litigio nacional ha tenido debidamente en cuenta lo dispuesto en aquella.<sup>346</sup>, o resoluciones donde se omite el plantear cuestión prejudicial basándose en anteriores resoluciones del TJ, lo que ha supuesto que los tribunales nacionales hiciesen una aplicación incorrecta o al menos dudosa de la jurisprudencia comunitaria<sup>347</sup>.

## 2.2. La posición de los tribunales holandeses ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la interpretación de la cláusula de los artículos 93 y 94, tras la aprobación de la nueva Constitución

Tras la aprobación de la Constitución actual de 17 de febrero 1983 y sus reformas posteriores, de forma casi inalterable con la Constitución anterior, el Capítulo 5, "*De la legislación y otra administración*" en el § 2 bajo la rúbrica "*Otras materias*" en los artículos 90 a 95 regula los tratados internacionales<sup>348</sup>, el artículo 93 reconoce la aplicabilidad directa del Derecho internacional, consagrando la tesis monista; y el artículo 94 declara que las leyes nacionales contrarias a las reglas del Derecho internacional directamente aplicables serán inaplicables por los tribunales.

Ello supone que en caso de existir un conflicto entre las leyes holandesas y las normas convencionales directamente aplicables se asegura la prioridad de los tratados en los tres niveles en los que puede surgir un conflicto: con las leyes anteriores, con las posteriores y con la

---

<sup>346</sup> CIENFUEGOS MATEO, M. (1998) "*Las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros. Estudio de los efectos de la interpretación prejudicial y de su aplicación por los jueces y magistrados nacionales*", Barcelona; Ed. J.M. Bosch, En concreto Países Bajos, pp. 859-860. Según este autor esto puede venir motivado por la propia ambigüedad de la decisión del Tribunal de Luxemburgo, como la sentencia del Tribunal Central de Apelación holandesa de 7 de octubre de 1964, asunto *Van der Veen*, o la sentencia del *Tariefcommissie* holandés 13 de marzo de 1978, asunto *Universiteit Utrecht*. Caso éste último en el que el TJCE dictó la sentencia de 2 de marzo de 1977, asunto C- 72/77, *Universiteit Utrecht*.

<sup>347</sup> Como la sentencia del Hoge Raad de 7 de abril de 1970.

<sup>348</sup> Artículo 90: "*El Gobierno promoverá el desarrollo del orden jurídico internacional*". Artículo 91: 1. "*El Reino no quedará vinculado por tratados y éstos no podrán ser denunciados sin la aprobación previa de los Estados Generales. La ley determinará los casos en que no se requiera tal aprobación*". 2. "*La ley regulará el procedimiento de la prestación de aprobación, pudiendo también prever la aprobación tácita*". 3. "*Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos*". Artículo 92: "*Con observancia, en la medida necesaria, de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 91, se podrán conferir competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones internacionales de derecho público*". Artículo 93: "*Las estipulaciones de tratados y acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que por su contenido puedan obligar a toda persona, tendrán fuerza obligatoria una vez publicadas*". Artículo 94: "*Los preceptos legales en vigor dentro del Reino no serán de aplicación, si la aplicación de los mismos fuere incompatible con estipulaciones de tratados y de acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que obligan a toda persona*". Artículo 95: "*La ley regulará la publicación de tratados y acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público*".



Constitución. Así el sistema constitucional holandés asegura la superioridad completa del Derecho convencional y del Derecho europeo, respecto a todas las formas de la legislación nacional.

Consecuencia de esta nueva Constitución, cuando la aplicación de una ley en Holanda no sea coherente con la disposición de un tratado o la resolución de una organización internacional, esta legislación nacional debe ser desestimada por el juez, por exigencias del artículo 94 de la Constitución. Ahora bien, esta disposición, obliga a hacer una serie de matizaciones:

En primer lugar, al juez se le impone tanto una obligación como una prohibición, pues se le niega el hacer frente a la aplicación de las leyes nacionales cuando sean contradictorias con las disposiciones expresas de los tratados internacionales (sin tener en cuenta el Derecho internacional público no escrito).

En segundo lugar, el artículo 94 no regula la relación entre la norma internacional y la norma nacional, sino sólo la aplicación de esta última. Aunque en abstracto, se entiende que una ley cumple con los estándares internacionales, el juez tendrá que comprobar que, en la práctica, su aplicación es compatible con ellos. Lo que a juicio de la doctrina obliga a todos los tribunales a verificar si las leyes, incluida la Constitución, son aplicables en virtud de obligaciones de Derecho internacional, lo que exige un control de la propia legislación nacional. Si el juez encuentra una contradicción con el tratado, debe, de acuerdo con el artículo 94 de la Constitución, oponerse a la aplicación de la legislación nacional. Se llega así a la paradoja de que si bien el artículo 120 de la Constitución prohíbe a los tribunales un control de constitucionalidad de las leyes<sup>349</sup>, el artículo 94 de la propia Constitución les obliga a un control convencional o supranacional de las mismas.

En tercer lugar, a pesar de que la *Grondwet* no distingue entre Derecho internacional y europeo, consecuencia de que los tribunales no pueden entrar a valorar la constitucionalidad de las normas y proceden directamente a no aplicar cualquier norma contraria a un tratado internacional, lo mismo hacen con el Derecho comunitario que aplican directamente. Por ello se puede decir que en los Países Bajos la ausencia de una distinción formal entre el derecho convencional y europeo no tiene consecuencias.

En cuarto lugar, la norma internacional o supranacional tiene que ser directamente aplicable, lo que supone que, como en las décadas anteriores, el juez se vea en la obligación de tener que valorar cuando este Derecho internacional o supranacional tiene eficacia directa y por lo tanto aplicabilidad. Lo que variará mucho según sea convencional o europeo, pues como recuerda Jan H. Jans<sup>350</sup>, el reconocimiento que se hace al Derecho europeo por parte de la jurisprudencia es tal que, si bien, en general los jueces nacionales en otros países prefieren normalmente encontrar la fuente de la primacía y de los efectos directos del Derecho comunitario en sus propios normas constitucionales, a pesar de gozar Holanda de una Constitución rígida, sus tribunales reducen la aplicación de los artículos 93 y 94 al Derecho internacional ordinario y no al Derecho europeo, porque éste último se impone en virtud de su propia fuerza<sup>351</sup>. La supranacionalidad del Derecho comunitario no lo es por las disposiciones constitucionales citadas, sino por la naturaleza misma del Derecho europeo que se impone a

---

<sup>349</sup> El artículo 120 de la Constitución dice: “*El juez no juzgará la constitucionalidad de leyes y tratados*”.

<sup>350</sup> JANS, J.H. (2014) “*Europeanisation of Public Law*”, Second Ed, European Law Publishing, Paperback, pp. 1-40.

<sup>351</sup> Lo mismo ocurre con los derechos fundamentales y el CEDH. La jurisprudencia del *Hoge Raad* ha dejado claro que se considera en la obligación de cumplir estrictamente con la jurisprudencia del TEDH, como por ejemplo en la sentencia de 10 de agosto de 2001.

todo el ordenamiento nacional independientemente de las respectivas reglas constitucionales sobre la materia.

Lo que se evidencia en la decisión del Consejo de Estado en el caso *Metten v Ministre des Finances* (1995)<sup>352</sup>. En efecto en esta sentencia el *Raad van State* observó los principios de primacía y eficacia directa desarrollados en las sentencias *Costa v ENEL* y *Simmenthal*, y lo aplica incluso para aquellas disposiciones comunitarias que carecían de efecto directo, ignorado implícitamente el requisito del artículo 94 de la Constitución, que sigue estableciendo la coletilla “*que obliguen a la persona*”.

Aún más claras son las palabras del *Hoge Raad* en su sentencia de 2 de noviembre de 2004, cuando considera que la eficacia directa de los reglamentos de la UE, implica su entrada en vigor y su aplicación, ya sea en beneficio o en perjuicio de una persona, sin necesidad de una medida nacional de incorporación al ordenamiento nacional. Un reglamento adoptado en virtud del TUE tiene fuerza de ley y es directamente aplicable a todos los Estados miembros en virtud de ese mismo Tratado y, no en virtud de una medida nacional, por lo que la fuerza de ley de ese reglamento no se basa en los artículos 93 y 94 de la Constitución sino en el mismo TUE, pero, si lo que se invoca por los particulares es un tratado internacional, éste debe cumplir los requisitos de los artículos 93 y 94.

Ahora bien, lo que tan claro parece con el Derecho originario de la UE no lo es tanto con el derivado y, los tribunales ordinarios y fundamentalmente administrativos, a pesar de la sentencia del Consejo de Estado de 1995, deben acudir de forma continuada a investigar si efectivamente este Derecho derivado, en concreto las directivas, es directamente aplicable y obliga a las personas o es necesario acudir a la norma de trasposición, y esperar a que se dicte la norma interna de desarrollo.

Por ello, en aras a respetar el principio de seguridad jurídica, añade el Consejo de Estado en su sentencia de 23 de diciembre de 2009, que si la directiva no es incondicional y suficientemente precisa, no se puede aplicar y, si existe esa trasposición, el juez nacional debe examinar si las autoridades nacionales en su trasposición se han mantenido dentro de los límites de la citada directiva en el ejercicio de sus poderes, para poder aplicar e invocar esta norma europea ante el órgano jurisdiccional nacional. En caso contrario deberán aplicar el artículo 94 de la Constitución. Esto es, la eficacia horizontal de las directivas sólo cabe cuando la directiva tenga capacidad auto integradora de sus propias lagunas, al sostener conceptos autónomos y claros, como se desprende de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 24 de octubre de 1996, asunto C-72/95, *Kraaijeveld*, referente a la doctrina del efecto directo de las directivas y la admisión de su invocabilidad por los particulares tanto frente a las autoridades nacionales (efecto directo vertical) como cuando están implicados otros particulares (efecto directo horizontal). Lo que vuelve a reiterar en la sentencia de 29 de julio de 2011, al considerar que la disposición comunitaria no tiene efecto directo porque no cumple con los requisitos establecidos en la Constitución.

Cuando existe norma interna, los tribunales tanto ordinarios como administrativos, además de recurrir a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, antes que inaplicar la norma interna de desarrollo, deben acudir a la “interpretación conforme” de la normativa interna con el Derecho comunitario, siguiendo con ello la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo de aplicar la norma interna en la medida de lo posible de conformidad con la normativa europea. Por ello el Consejo de Estado en su sentencia de 28 de julio de 2004, entendió que si hay un punto de conexión entre la legislación nacional y la norma comunitaria debe acudirse al criterio

---

<sup>352</sup> BREWER-CARIAS, A. R. op. cit. en concreto para Holanda pp. 41-43 y 69.

de la interpretación conforme, a través de una interpretación coherente de la norma interna con la europea.

Ahora bien como dijo en la sentencia de 13 de noviembre de 2002, este requisito no es ilimitado y no requiere que los tribunales hagan lo imposible. En la medida de lo posible se debe seguir la jurisprudencia del TJ en su sentencia asuntos acumulados C- 397/01 a C-403/01 *Pfeifer*, de “la interpretación conforme”, en el sentido de que los jueces nacionales deben hacer un esfuerzo adicional con el fin de llegar al resultado querido por la norma europea, pero ello no puede comportar un imposible. El principio de seguridad jurídica obliga a que los jueces actúen dentro de su jurisdicción y en el marco de su regulación. En caso de que la norma interna entre en conflicto con el Derecho derivado deben inaplicarla para ese caso concreto. Así añade el Consejo de Estado en la sentencia de 25 de noviembre de 2009, que el ordenamiento jurídico holandés prohíbe una aplicación *contra legem* de la Ley<sup>353</sup>.

A su vez en la sentencia de 28 de febrero de 2007, el Consejo de Estado añade que tampoco permite la doctrina de la interpretación conforme, el ampliar las prohibiciones de las normas internas para hacerlas compatibles con las prohibiciones de la norma comunitaria, si éstas no están recogidas de forma previsible por los que están sujetos a ellas. El ampliar una prohibición de una directiva a otras actividades con el fin de adecuar la legislación nacional a la directiva comunitaria va en contra del principio de seguridad jurídica, pues esta interpretación no es previsible para aquellos que son destinatarios de la prohibición. En otras palabras, una obligación existente en virtud del derecho nacional puede ser modificada a través de una interpretación coherente con las disposiciones de una directiva, pero, una obligación inexistente no puede ser creada para llegar a una interpretación coherente con las disposiciones de una directiva. Si la legislación nacional no se pronuncia no hay nada que poder interpretar.

Sin embargo, al prescribir la Constitución holandesa en el artículo 120 que los jueces no pueden juzgar la constitucionalidad de las leyes y tratados, según Besselink<sup>354</sup>, la constitucionalidad ha pasado a ser una categoría que está determinada por su fuente, que la *Grondwet* asigna a las normas internacionales, pues si los tribunales deben determinar la compatibilidad de las leyes del Parlamento con las disposiciones internacionales directamente aplicables, por el artículo 94, la fuente no es ya la Constitución sino el Derecho internacional aplicable. Hasta el punto de que el *Hoge Raad* en la sentencia de 10 de agosto de 2001, ha llegado a decir que es una obligación cumplir con las interpretaciones de los tribunales internacionales. Lo que en el caso del CEDH y el TEDH supone que el *Hoge Raad* no tiene discrecionalidad para extenderse a una más amplia protección de un derecho del CEDH que se concede por el TEDH, y se aferra a la idea de que esta protección adicional debe ser proporcionada por el legislador, pero no por los tribunales. Ello supone que se da una auténtica dependencia de las normas internacionales en lugar de las constitucionales y la Constitución nacional en sentido sustantivo abarca normas internacionales y europeas, que se convierten así en normas de carácter constitucional. De hecho, los tribunales nacionales de los Países Bajos, en particular, el *Hoge Raad*, parecen considerarse como que tiene un mandato internacional de los derechos fundamentales, y un mandato europeo al juzgar todas sus resoluciones sobre la base del CEDH y de los Tratados de la UE<sup>355</sup>. Incluso el Presidente del *Hoge Raad* con frecuencia

---

<sup>353</sup> En esta resolución el Consejo de Estado entendió que la ley nacional requería que la información se mantuviese en secreto, mientras que la Directiva comunitaria establecía que la información debía facilitarse, por lo que era imposible interpretar el Derecho nacional conforme a la Directiva.

<sup>354</sup> BESSELINK, L. F.M. (2013) “The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review Came to Europe After All”, *The Utrecht Law Review*, <http://www.utrechtlawreview.org>, vol. 9, Issue 2 (March) 2013, pp 19-35.

<sup>355</sup> *Hoge Raad der Nederlanden, verslag durante 2009-2010* [Informe Anual *Hoge Raad*]; disponible en Inglés en < <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/HogeRaad-/OverDeHogeRaad/publicaciones/a/Pages/default.aspx>>

recuerda en sus presentaciones informales en las conferencias y en público, que el *Hoge Raad* no es, en un “*constitutionnel tribunal*”, sino un “*conventionnel tribunal*”, y hace hincapié en que esto es así porque la Constitución holandesa le ha dado ese papel<sup>356</sup>.

Sin embargo, como los tribunales no puedan inadmitir sino inaplicar la norma interna en conflicto con la norma comunitaria para el caso que están conociendo, se ha multiplicado el número de sentencias en torno a los mismos hechos o cuestiones conexas entre sí cuya resolución no siempre ha sido la misma. Un ejemplo claro se dio en los recursos planteados con el objetivo de prohibir el despliegue de misiles de crucero en los Países Bajos (un caso planteado por muchos miles de ciudadanos). Esto se resolvió en tres sentencias que divergieron considerablemente<sup>357</sup>. Otro ejemplo más recientemente se dio en torno a los recursos resueltos sobre la compensación de los pasajeros por retraso y cancelación de vuelos<sup>358</sup>. Para paliar estos defectos, el Legislador holandés aprobó la Ley de Remisión de cuestiones prejudiciales al *Hoge Raad*, de 15 de febrero de 2012<sup>359</sup>. Ley que debe ser interpretada conforme a la propuesta que se presentó en la década de los 90, esto es, dirigida fundamentalmente a la uniformidad jurídica en la interpretación de disposiciones de los tratados<sup>360</sup>. Cuando el Ministro, en 2008, sugirió la oportunidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal Supremo o *Hoge Raad* se refería a que en el futuro los casos constitucionales para los supuestos en que una multiplicidad de derechos y acciones que se basan u originan en los mismos o similares hechos y las mismas o similares causas relacionadas, o para la liquidación de otras numerosas controversias derivadas de hechos similares, en los que se plantea la misma cuestión, deberían ser de dominio exclusivo del *Hoge Raad* pues debe un tribunal de instancia inferior reenviarlo al Tribunal Supremo para llegar a una única solución.

Incluso para algún autor como Leonard Besselink, esta cuestión prejudicial debería darse aunque no se den esta multitud de litigantes, pues se podría argumentar que la compatibilidad de una disposición del Parlamento con una disposición de la UE o internacional de derechos humanos es, por definición, una cuestión que afecta o va a afectar a muchos otros conflictos causados (en todos) por hechos similares, en los que surgirá la misma pregunta, en particular

---

<sup>356</sup> Así dijo, “*No obstante, los tribunales no tienen otra alternativa al monismo, por el momento. Tienen la tarea constitucional de aplicar el derecho internacional, en casos específicos, aunque eso a veces significa excluir la aplicación de la ley nacional. De esta manera los tribunales nacionales también actúan como tribunales cuasi-constitucionales*”.

<sup>357</sup> En primera instancia en Rb Den Haag de 20 de mayo de 1986, que terminaron en casación el 10 de noviembre de 1989, con un número indeterminado de recurrentes, pero muchos miles.

<sup>358</sup> El Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, establecía una indemnización por cancelación o vuelo, salvo en circunstancias extraordinarias que no hubieran podido evitarse incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables. El TJ en su sentencia de 22 de marzo 2012, asunto C-12/11, *Denise McDonagh*, estableció que como circunstancias extraordinarias es un concepto jurídico indeterminado, un pasajero sólo puede obtener, como compensación por el incumplimiento por parte del transportista aéreo de su obligación de asistencia, el reembolso de los importes que, a la vista de las circunstancias propias de cada caso, resulten necesarios, adecuados y razonables para suplir la deficiencia del transportista aéreo en la asistencia a dicho pasajero, y la apreciación de ello corresponde al juez nacional. Como ya había dichos en resoluciones anteriores tales como la STJ de 19 de noviembre 2009, asuntos C- 402/07 y C -432/07 *Sturgeon y otros*, o la STJCE de 10 de enero de 2006, asunto C-344/04, *IATA y ELFAA*.

<sup>359</sup> *Wet vragen prejudiciële aan de Hoge Raad*, *Staatsblad* 2012, 65.

<sup>360</sup> La propuesta de 1990 fue por el Ministro de Justicia en el marco de la reorganización del Poder Judicial, en paralelo con la propuesta de introducir la revisión constitucional de los actos del Parlamento contra las disposiciones de la *Grondwet*. Esta vez, la iniciativa partió del *Hoge Raad* en sí, de nuevo en el marco más amplio de una revisión de la judicatura a nivel de casación en los casos de derecho civil. El comité de jueces de la redacción del informe del *Hoge Raad*, presidido por el juez Hammerstein, se centró en el papel legislativo del *Hoge Raad*. Ver 'Versterking van de cassatierechtspraak: Rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008.

cuando la aplicación de la disposición interna pertinente esté en oposición con una norma internacional o supranacional que prevalece sobre derechos fundamentales. Tal interpretación no es artificial, ya que la comprensión de la “*multitud de las reivindicaciones o numerosos conflictos*” es que este criterio se cumpla cuando la expectativa sea que la misma pregunta se plantee en un número significativo de casos similares, que no necesitan ser realidad pero que están pendientes de serlo. Y añade este autor, que es precisamente este tipo de decisión prejudicial la que abrirá la puerta al *Hoge Raad* como tribunal constitucional general. Por su parte Vranken y Frenk<sup>361</sup>, considera a este nuevo procedimiento como una casación reforzada, en el que la respuesta a un caso concreto debe servir de guía para la multitud de cuestiones que puedan surgir en el futuro, como principios a seguir por todos los tribunales para resolver este tipo de supuestos, lo que no parece ser una tarea muy difícil para el Tribunal Supremo pues ya tiene alguna experiencia en ello, a través del procedimiento de casación.

Sin embargo al establecerse estos requisitos, de multitud de reivindicaciones, para interponer ante el Tribunal Supremo una cuestión prejudicial, la realidad está llevando a que la forma de actuar de los tribunales ordinarios y administrativos no haya cambiado considerablemente recurriendo a la vía prejudicial sólo ante el TJ y en casación ante el *Hoge Raad*. Habrá que esperar un futuro para ver si realmente este procedimiento tiene éxito.

### 2.3. El artículo 91 de la Constitución como contra límite

Por último es necesario recordar que el único requisito que exige el artículo 91 la Constitución para que los tratados internacionales sean vinculantes en Holanda es su aprobación por los Estados Generales<sup>362</sup>. Esto significa que la condición que se exige para la aprobación de un tratado o para que una derogación constitucional consecuencia de un tratado se produzca, es meramente política o democrática y por ello no cabe analizarla de forma estrictamente jurídica pues, dependerá de los Estados Generales y del modo en que aprecien la situación internacional en ese momento dado. Sólo a ellos les corresponde juzgar y precisar si la integración europea exige ese acuerdo, pues solo al Parlamento le corresponde aprobarlo, y si es derogatorio de la Constitución, por mayoría de dos tercios<sup>363</sup>. Sin olvidar que si una de las dos Cámaras se opone o no exige la conclusión del tratado, el tratado no puede ser admitido como tal. Ésta es la única condición de fondo que la Constitución neerlandesa prescribe para la aprobación de un tratado derogatorio, pues no se establece límite en cuanto a la materia. Los tratados pueden modificar en principio cualquier disposición de la Constitución, de ahí que este control político se considere el contra límite del Derecho europeo. Prueba de ello fue que el masivo rechazo del Tratado Constitucional en junio de 2005 (61,6% del "no" en el referéndum con una participación muy alta), aunque no era vinculante obligó a los Estados Generales a no aprobar el nuevo Tratado comunitario. Si bien los Estados Generales podían haberlo aprobado, su condición de representantes les obligó a seguir el criterio mayoritario de los ciudadanos, lo que

---

<sup>361</sup> STOLP, M. M. (2012) “Een nieuwe procesvorm: het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (art. 392-394 nieuw Rv)”, *Maandblad von Vemogensrecht*, núm. 6, pp.165-170. Este autor en la p. 169, resume el parecer de estos autores, en concreto cita 41.

<sup>362</sup> El artículo 91 de la Constitución dice: “1. *El Reino no quedará vinculado por tratados y éstos no podrán ser denunciados sin la aprobación previa de los Estados Generales. La ley determinará los casos en que no se requiera tal aprobación.* 2. *La ley regulará el procedimiento de la prestación de aprobación, pudiendo también prever la aprobación tácita.* 3. *Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos*”.

<sup>363</sup> Incluso en caso de conflicto entre el Gobierno y los Estados Generales, son los Estados Generales y más exactamente la segunda Cámara la que tiene la última palabra. Ver CONSTANTINESCO, L. op. cit., p. 110.

en la situación económica y política actual refleja una creciente desconfianza hacia la UE. Bajo la presión de un electorado cada vez más euroescéptico, podría ocurrir que los Estados Generales no estuvieran dispuestos a seguir contemplando la supranacionalidad del Derecho comunitario en determinadas competencias y, que la indiscutida cooperación de los Países Bajos con Europa no fluyera como hasta la fecha.

### 3. EL GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO

El Gran Ducado de Luxemburgo el segundo país más pequeño de la Unión Europea<sup>364</sup> enclavado entre Bélgica, Francia y Alemania, aunque remonta su historia hasta el siglo X, su creación como Estado independiente no se va a producir sino a partir del 19 de abril de 1839, cuando firmó el primer Tratado de Londres en el que se acuerda crear el Estado del Gran Ducado de Luxemburgo. Años más tarde se le dota de su primera Carta Constitucional de 1841 a la que siguieron dos Constituciones (la de 1848 y 1856) hasta la actual de 1868 que ha sido reformada en numerosas ocasiones<sup>365</sup>. Será sin embargo con la muerte en 1890 de Guillermo III, cuando se puso fin a la unión personal entre Luxemburgo y los Países Bajos y tuvo su propio Monarca, que empezó a desarrollarse y gestarse como un verdadero País independiente con un sentimiento nacional y su propia dinastía.

Tras la segunda Guerra Mundial, el Gran Ducado de Luxemburgo articulado en un Estado social y democrático de derecho, unicameral, con Monarquía parlamentaria, un sistema jurisdiccional difuso y trilingüe, a pesar de seguir con su Constitución decimonónica de 1868 y rígida, las continuas reformas constitucionales, llevaron a este País no sólo a adaptarse a las nuevas circunstancias de su tiempo sino a convertirse en uno de los países más avanzados y fuertes de Europa tanto en protección de los derechos fundamentales, como en economía y cooperación Internacional. Este fuerte sentimiento internacional le ha hecho ser uno de los países fundadores de las más importantes organizaciones internacionales, lo que a su vez ha supuesto que goce de un peso específico en la comunidad internacional muy superior al de sus dimensiones físicas y demográficas.

El sistema constitucional luxemburgués goza pues de una gran afinidad con los sistemas constitucionales de Holanda y Bélgica, no sólo por regular de forma progresiva los derechos tradicionales junto con los de última generación<sup>366</sup>, sino también por adoptar una concepción monista del Derecho internacional donde, aun careciendo hasta 1996 de un sistema de justicia constitucional, los tribunales pueden inaplicar las leyes internas contrarias al Derecho internacional.

Su carácter aperturista al Derecho supranacional se produce en el plano teórico con la reforma de 25 de octubre de 1956, que tuvo por objeto permitir la firma del Tratado de Roma, para lo cual incorporó a la Constitución un nuevo artículo, el 49 bis en el que se estableció de forma clara esta concepción monista del Derecho internacional al decir: “*se podrá encomendar temporalmente por vía de Tratado a instituciones de Derecho internacional el ejercicio de atribuciones reservadas por la Constitución a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial*”, conforme a lo establecido en el artículo 37.<sup>367</sup> Artículos que también han servido para que el

---

<sup>364</sup> Tras la incorporación de Malta el 1 de mayo de 2004, este país ha pasado a ser el más pequeño.

<sup>365</sup> La primera el 15 de mayo de 1919 y la última el 16 de marzo de 2009.

<sup>366</sup> RITA SCOTTI, V.(2009) “Una riforma costituzionale riduce i poteri del Granduca e consente L’approvazione della legge sull’eutanasia”, en *Revista Osservatorio de diritto costituzionale*, Palomar núm. 37 abril 2009.

<sup>367</sup> El artículo 37 de la Constitución impone que los citados tratados sean aprobados por Ley y publicados con la mayoría prevista para la reforma constitucional del artículo 114. Este artículo 114 de la Constitución tras su reforma

Gran Ducado de Luxemburgo aprobó el Tratado de Maastricht, Ámsterdam y Lisboa. Aunque en la actualidad se está debatiendo una nueva reforma de su Constitución que introduzca una cláusula específica para la UE<sup>368</sup>.

Por otro lado, Los tribunales de Luxemburgo no pueden aplicar el Derecho nacional, incluida la Constitución, en caso de conflicto con el Derecho internacional o de la UE. Esta primacía del Derecho internacional y la legislación de la UE no se basa en la Constitución de Luxemburgo, sino en la propia superioridad del Derecho internacional. La superioridad del Derecho internacional y de la UE se relaciona con el hecho de que el Estado de Luxemburgo debe su existencia a la ley internacional, y más concretamente al Acta Final firmada en el Congreso de Viena de 9 de junio de 1815. Razón ésta por la que el Derecho internacional en Luxemburgo tradicionalmente no es visto como una amenaza a la soberanía nacional, sino más bien como una garantía indispensable para la existencia y la continuidad del Estado<sup>369</sup>.

Ahora bien, aunque se quiera ver a Luxemburgo como uno de los países de clara concepción monista, la realidad es que la Constitución no regula expresamente la jerarquía de estos tratados y por tanto nada dice de la primacía de los tratados sobre las leyes internas, esto ha sido y es una construcción jurisprudencial. La inexistencia de ese control de constitucionalidad y la autorización constitucional para la transferencia mediante tratado, del ejercicio de atribuciones reservadas por la propia Constitución a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a instituciones de Derecho internacional público ha llevado a los tribunales a decidir que el Juez debe aplicar las disposiciones de un tratado de Derecho internacional vigente aunque sea incompatible con una ley interna. En concreto los dictámenes del Consejo de Estado han desempeñado un importante papel respecto a la apertura del País a la integración europea ya que, a partir de los años cincuenta elabora los principios esenciales que guiarán no sólo a los tribunales internos sino también a los jueces europeos en relación a la aplicación del Derecho internacional y comunitario<sup>370</sup>. Tanto el Consejo de Estado como los tribunales ordinarios aceptan la primacía de los tratados internacionales sobre las normas nacionales (tanto anteriores como posteriores) pero, no parece tan claro que acepten esta primacía del Derecho internacional o europeo sobre la Norma Fundamental<sup>371</sup>.

Finalmente es necesario recordar que con la reforma constitucional de 1996, Luxemburgo se ha dotado de un Tribunal Constitucional al que se le ha otorgado la competencia para juzgar la conformidad de las leyes con la Constitución sin posibilidad de juzgar la constitucionalidad

---

de 19 de diciembre de 2003, exige dos votaciones sucesivas, separadas por un intervalo de al menos tres meses y, siempre que se apruebe por al menos dos tercios de los votos de los miembros de la Cámara de Diputados.

<sup>368</sup> En el Dictamen de 6 de junio de 2012, del Consejo de Estado sobre la propuesta de una nueva Constitución, que se debate en la actualidad este órgano ha propuesto insertar una cláusula en la Constitución sobre la UE. El artículo 5 propuesto sostiene que: "*El Gran Ducado participa en la integración europea*" (*Le Grand-Duché de Luxembourg Participe à l'intégration Européenne*) y que: "*El ejercicio de las competencias del Estado puede ser transferido a la Unión Europea y a instituciones internacionales por una ley del parlamento aprobada por mayoría cualificada*" (*L'exercice de pouvoirs de l'Etat peut être transféré à l'Union européenne et à des institutions internationales par une loi adoptada a la majorité qualifiée*); Ver en:

[http://www.conseiletat.public.lu/fr/avis/2012/06/48\\_433/48433\\_Constitution\\_\\_1\\_avis\\_avec\\_1\\_annexe\\_1\\_-\\_Texte\\_coord\\_\\_1.pdf](http://www.conseiletat.public.lu/fr/avis/2012/06/48_433/48433_Constitution__1_avis_avec_1_annexe_1_-_Texte_coord__1.pdf).

<sup>369</sup> BESSELINK, L. F.M. CLAES, M., IMAMOVIĆ, Š. y REESTMAN, J. H. (2014) "*National Constitutional avenues for further EU integration*", Directorate General for internal policies policy department c: citizens' rights and constitutional affairs legal affairs constitutional affairs. Ed. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, pp 236-238.

<sup>370</sup> SALVETTI, M. (2001) "La aplicación judicial del Derecho europeo en los 27 Países de la Unión", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, julio-diciembre 2011, en <http://www.ugr.es/~redce/>, apartado 2.3.

<sup>371</sup> La misma reforma constituyente de 1956 rechazó un proyecto de texto gubernamental que establecía que las normas de Derecho internacional habrían de prevalecer sobre las disposiciones constitucionales.

de las leyes de aprobación de los tratados internacionales, lo que parece dar a entender que de una posición totalmente monista del Derecho internacional o europeo se tiende hacia una dualista aunque sea de forma residual.

Es por ello que en los epígrafes siguientes vamos a tratar de resumir cómo ha sido aceptado el Derecho europeo en el Gran Ducado de Luxemburgo desde sus comienzos hasta la actualidad, y cómo la creación de un Tribunal Constitucional tambalea los cimientos de la doctrina de considerar al Gran Ducado de Luxemburgo como un país monista por excelencia.

Desde otro punto de vista, hay que recordar que el ordenamiento judicial del Gran Ducado se articula en dos ramas, la judicial y la administrativa, en las que el Tribunal Constitucional es el órgano Supremo del ordenamiento judicial al que se debe acudir cuando se tengan dudas de que una ley es contraria a la Constitución, salvo las leyes aprobatorias de tratados. Ello supone que el control de convencionalidad se encuentre en el resto de los tribunales, por lo que en los epígrafes siguientes se hará necesario referirse tanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (constituido por el Tribunal de Casación y el Tribunal de Apelación) como del Tribunal Administrativo y el Tribunal Constitucional<sup>372</sup>.

Al poder judicial anterior hay que unirle el Consejo de Estado con funciones meramente consultivas en materia legislativa y administrativa, pues el dictamen de este órgano es obligado respecto de los actos legislativos votados por la Cámara de Diputados, así como también es obligada su consulta respecto a los proyectos de ley presentados por el Gobierno. No en balde algún sector de la doctrina lo ha considerado como el órgano encargado del control de constitucionalidad *a priori*<sup>373</sup>, mientras que otros prefieren considerarlo como un órgano sui generis asimilable a las segundas Cámaras legislativas de los demás Estados<sup>374</sup>. Con todo al pronunciarse sobre el Derecho internacional y supranacional será necesario también hacer referencia a sus dictámenes y decisiones<sup>375</sup>.

### **3.1. El reconocimiento del Derecho internacional o supranacional en la Constitución: monismo declarado**

A pesar de que la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo no establece explícitamente la primacía del Derecho internacional sobre el Derecho nacional, es ampliamente reconocido en la jurisprudencia y la doctrina que las disposiciones internacionales y europeas debidamente aprobadas preceden a la legislación nacional en el nivel infra-constitucionales. Aunque la prioridad sobre el Derecho constitucional es más controvertido.

En cualquier caso, el legislador ha afirmado en repetidas ocasiones su voluntad de evitar discrepancias entre el Derecho internacional e interno mediante la adaptación de la legislación

---

<sup>372</sup> Esta jurisprudencia puede encontrarse en:

<http://www.justice.public.lu/fr/jurisprudence/cour-constitutionnelle/index.html>.

<sup>373</sup> KUHN, N. y ROUSSEAU, E. (2001) “La Cour constitutionnelle luxembourgeoise: dernière pierre à l’édifice des cours constitutionnelles en Europe occidentale”. In: *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, núm. 2, avril-juin. pp. 453-482. /web/revues/home/prescript/article/ridc\_0035-3337\_2001\_num\_53\_2\_17985 Consultado el 17 mars 2015.

<sup>374</sup> MASSA GALLERANO, G. (2011) “Los sistemas constitucionales de Holanda y Luxemburgo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, pp. 185-222. Esta autora nos recuerda que al intervenir por primera vez con un dictamen en el curso de los debates parlamentarios pronunciándose sobre los proyectos y proposiciones de ley, y, por segunda vez tras la primera votación de la Cámara para decidir si concede o no la dispensa sobre la segunda votación, parece asemejarse a una Segunda Cámara Parlamentaria.

<sup>375</sup> Que se pueden encontrar en la pág. web: <http://www.conseil-etat.public.lu/fr/index.html>.



nacional (incluyendo la revisión de la Constitución, si es necesario) a la normativa internacional o europea, siendo muchos los ejemplos de hasta qué punto el Derecho europeo e internacional han afectado a la revisión constitucional.

La apertura formal hacia el Derecho supranacional o de la UE se produjo, tras la reforma de 1956, en el Capítulo III de la Constitución, en concreto con la incorporación de un artículo 49 bis, el que a su vez se completa con el artículo 37 en el que específicamente se prevén los requisitos necesarios para la aprobación por ley de los tratados internacionales en los términos del artículo 114 (con las mayorías reforzadas) y publicación en la forma prevista para la publicación de las leyes.

Esta reforma se llevó a efecto porque el Tratado de la CECA, así como el Tratado de la Comunidad Europea de Defensa, plantearon la cuestión fundamental de si el poder legislativo, ejecutivo y judicial de Luxemburgo se podía transferir a instituciones internacionales. El Gobierno consideró que con la Constitución vigente cabía el traspaso de poderes. El Consejo de Estado no estuvo de acuerdo, pero decidió no oponerse a la aprobación de los Tratados por una "cuestión de conveniencia", aunque instó a la necesidad de la inmediata revisión de la Constitución. Acto seguido, ambos Tratados se aprobaron el 23 de junio de 1952 y el 24 de abril 1954, respectivamente. Dado los problemas que esta transferencia de poderes ocasionaba se llevó a cabo la reforma de la Constitución en 1956, con la introducción del artículo 49 bis: "*El ejercicio de las competencias reservadas por la Constitución a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial puede delegarse temporalmente por tratado a las instituciones del derecho internacional*". De acuerdo con la modificación simultánea del artículo 37, dichos tratados tienen que ser aprobados por una ley adoptada en virtud de los mismos requisitos de mayoría como los que se aplican para la revisión de la Constitución (artículo 114, segundo párrafo).

El Gran Ducado con esta cláusula de delegación o encomienda temporal denominada por algunos autores como "prudente" reafirma su fuerte tradición monista pero sin transferir soberanía, sólo delegación de poderes, subrayando en todo caso el carácter limitado en el tiempo de esta delegación<sup>376</sup>.

Ello supone que el verdadero significado del artículo 37 sea tanto formal como material, ya que comienza diciendo que el Gran Duque ratifica los tratados pero que estos no entrarán en vigor hasta que hayan sido aprobados en forma de ley y publicados en la forma prescrita para la publicación de las leyes. Formalmente, para que un tratado internacional tenga efectos directos en el Derecho interno necesita que sea ratificado por el Gran Duque, lo que significa que la mera aprobación de la ley por la Cámara de Diputados no genera la entrada en vigor del tratado. La entrada en vigor de un tratado requerirá de tres actos: la aprobación del tratado expedida en forma de ley y con los requisitos exigidos para la reforma de la Constitución, la ratificación por el Ejecutivo y la publicación en la forma prescrita para la publicación de las leyes. Desde la óptica material como dijo el Consejo de Estado en el Dictamen al proyecto de ley de reforma constitucional de 1956, la aprobación por ley no es más que la introducción en la aprobación de los tratados del elemento democrático puesto que como especifica la propia Constitución, el procedimiento legislativo es el único aplicable para todas aquellas cuestiones en las que es necesario expresar la voluntad de la Cámara de Diputados, lo que es equivalente a expresar la voluntad del pueblo soberano. La facultad de ratificación del Ejecutivo es discrecional, no depende de la aprobación de la Cámara y está fuera del control de los tribunales<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup> CELOTTO, A. y GROPPPI, T., op cita, en concreto Luxemburgo, pp. 333-334.

<sup>377</sup> El 12 de marzo de 2009, la Cámara de Diputados de Luxemburgo aprobó la ley n. 5967 de reforma del artículo. 34 de la Constitución. En la versión anterior el artículo establecía siempre que el Gran Duque "*sancionaba*" la ley ya votado por la Cámara lo que permitía su entrada en vigor. El nuevo texto, sin embargo, establece que el

A pesar de estos preceptos constitucionales como los tratados son expedidos en forma de ley podría pensarse que estas leyes de aprobación del Derecho internacional o supranacional tiene el mismo rango que el resto de las leyes ordinarias pues, la Constitución carece de un precepto que establezca la relación jerárquica entre el Derecho internacional y el Derecho interno. La jurisprudencia del Gran Ducado de Luxemburgo ha desarrollado desde tiempo inmemorial<sup>378</sup>, y sobre todo a partir de la década de los cincuenta una posición monista del Derecho internacional dando primacía a la norma de Derecho internacional cuando entra en conflicto con la norma interna, basando sus argumentos en que la legislación nacional ha de ser interpretada en consonancia con las obligaciones internacionales, porque Luxemburgo ha de cumplir con sus compromisos internacionales.

El Consejo de Estado en su Dictamen de 28 de julio de 1951, afirmó que: “*un tratado internacional incorporado al derecho interno mediante una ley...en caso de entrar en conflicto con las disposiciones de una ley nacional posterior, el Derecho internacional debe prevalecer sobre el Derecho interno*”<sup>379</sup>. Por su parte el Tribunal Supremo de Justicia adopta una postura análoga en una sentencia de 21 de julio de 1951<sup>380</sup>.

Habrà que esperar a la sentencia de 14 de julio de 1954, para ver una cierta precisión de éstos argumentos y así, después de recordar el principio del efecto de las leyes en el tiempo o de que la ley posterior deroga la anterior, añade que cuando ambas leyes son de valor desigual, esto es, cuando una es un tratado internacional incorporado a la legislación nacional por una ley interna de aprobación del tratado y otra una ley ordinaria, la primera ley de aprobación del tratado es una Ley Suprema. Un tratado internacional cuya esencia es regular el orden internacional está dotado de un valor supremo a aquella disposición que regula cada comunidad nacional y debe prevalecer sobre la legislación nacional. La ley de aprobación, aunque es una norma interna no cambia la naturaleza o el acto consensual de la naturaleza internacional, pues lo único que hace es que el tratado sea directamente aplicable en el derecho interno. Según Pierre Pescatore<sup>381</sup>, esta sentencia hay que interpretarla desde una concepción puramente monista del Derecho internacional, entendiendo que un tratado prevalece sobre la ley no sólo

---

Gran Duque “*promulga*” la ley, sin que ello suponga que sea necesario su consenso sobre el contenido de la misma, y así configurar el acto de promulgación como un mero acto formal de reconocimiento de la voluntad de la Cámara de Diputados. La necesidad de esta reforma constitucional se produce tras la presentación y aprobación de la Ley en materia de eutanasia, suicidio asistido y cuidados paliativos. El Gran Duque, rechazo la sanción de la ley por sus creencias religiosas. Consecuencia de ello, tras un largo proceso que se inició en 2001, la reforma constitucional culminó con, la desaparición de la sanción por el Gran Duque, dejando tan sólo la promulgación de la ley. Con la aprobación de la Ley de eutanasia, suicidio y cuidados paliativos, Luxemburgo se convierte en el tercer Estado de la Unión Europea, después de Holanda y Bélgica, con una ley en esta materia.

<sup>378</sup>La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1927, ya dijo que un tratado internacional celebrado entre dos Estados independientes puede ser interpretado y aplicado por los poderes que han participado,; pero si se discuten temas de interés privado, los tribunales son los encargados de su aplicación, para lo que deben proceder a su interpretación doctrinal, buscando el significado lógico de sus términos y los principios generales del derecho no para modificar nada en sus efectos políticos, sino para aplicar las consecuencias naturales que se derivan del Tratado. De esta manera, el juez se debe limitar a seguir el proceso que se requiere para aplicar e interpretar cualquier ley. (Argumento que se incluye en la sentencia del Tribunal de Casación el 21 diciembre de 1961).

<sup>379</sup> Consejo de Estado, Dictamen de 28 de julio de 1951, núm. Lux. T. XV, p. 263.

<sup>380</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 21 de julio de 1951 se dictó como consecuencia de que un viajante de comercio belga ejerció su profesión en el Gran ducado sin licencia del Gobierno. El tribunal consideró que el Decreto del Gran ducado que requería la previa autorización para la licencia era aparentemente contradictorio con el Tratado de la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y que por ello en caso de conflicto entre las disposiciones de un tratado internacional y las de la misma ley interna posterior se resolverían haciendo prevalecer la ley internacional sobre el derecho interno.

<sup>381</sup>PESCATORE, P. (1962) “*L’autorité en droit interne, des traites internationaux*”, Pasirisie Luxembourgaise, pp. 97 ss.

porque tiene su origen en la voluntad conjunta de las partes contratantes sino por ser un acto internacional, es decir por la naturaleza misma del Derecho internacional.

Con fundamento en esta jurisprudencia, los jueces han inaplicado el Derecho nacional contrario a los tratados. Sin embargo, los tribunales de Luxemburgo, en un primer momento no distinguían entre el Derecho internacional y europeo y será la jurisprudencia del TJCE quien en sentencias como la de 13 de noviembre de 1964, en los asuntos C-90 y C-91/63, *Comisión v Bélgica y Luxemburgo*, ha asentado la bases del orden jurídico comunitario, consagrando su novedad y autonomía respecto al Derecho internacional y el Derecho nacional de los Estados miembros. En esta sentencia, en contra de lo argumentado por los Países demandados, el Tribunal de la CE niega expresamente la aplicabilidad de un determinado principio general del Derecho internacional al decir que “*El Tratado no se limita a crear obligaciones recíprocas entre los diferentes sujetos a los que se aplica, sino que establece un ordenamiento jurídico nuevo que regula facultades, derechos y obligaciones de dichos sujetos, así como procedimientos necesarios para obtener la declaración y sanción de toda eventual violación*”<sup>382</sup>. Idea ésta que ha sido seguida no sólo por el Tribunal Supremo de Justicia del Gran Ducado sino también por el resto de los tribunales ordinarios.

Por otro lado, la obligación jurisprudencial de cumplir con el contenido de los Tratados se va a reflejar también en dar cumplimiento al artículo 177 TCEE de interponer cuestiones prejudiciales ante el TJ, aunque con carácter general las estadísticas muestran que las jurisdicciones luxemburguesas, no parecen tener grandes dificultades para aplicar e interpretar el Derecho de la Unión y, figuran entre las que plantean menos cuestiones prejudiciales ante Tribunal de Justicia<sup>383</sup>, invocando la teoría del acto claro<sup>384</sup>. Pues como dijo el Consejo de Estado en la Decisión de 21 de noviembre de 1984, la preeminencia del Derecho comunitario tiene efectos directos en el ordenamiento jurídico interno, por la naturaleza misma del Derecho europeo, esto es: “*Los tratados que han creado Derecho comunitario han instituido un nuevo orden jurídico en relación al cual los Estados miembros han limitado el ejercicio de sus poderes soberanos en los dominios que determinen dichos Tratados*”<sup>385</sup>.

Sin embargo, en ningún momento ni la jurisprudencia ordinaria, ni el Consejo de Estado han afirmado que el Derecho internacional aprobado en Luxemburgo tenga primacía sobre la Constitución. Es más, del Dictamen del Consejo de Estado que dio lugar a la reforma constitucional de 1956, se puede deducir que no caben los tratados que deroguen la Constitución. No existe hasta la fecha pronunciamiento explícito, a favor de una primacía de las normas internacionales o europeas sobre la Carta Constitucional, incluso la Comisión de la Cámara de los Diputados que tramitó la propuesta de reforma constitucional de 1956, primero y la Cámara en Pleno después, rechazaron del proyecto de reforma constitucional los preceptos

---

<sup>382</sup> FJ. 3. Fundamentos de Derecho.

<sup>383</sup> En cincuenta años, de 1963 a octubre de 2013, 87 cuestiones prejudiciales han sido introducidas por jurisdicciones luxemburguesas.

<sup>384</sup> Como recuerda CIENFUEGO, op cit., pp. 430 y ss, dando lugar en determinados casos a una utilización inadecuada del *adagio in claris non fit interpretatio*, como en el caso de la sentencia del Consejo de Estado de 7 de diciembre de 1978, que negó el efecto directo de una Directiva por considerar que el reglamento interno era de aplicación correcta y, no estimó pertinente el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia, pese a que fallaba el asunto en última instancia, sobre la base de una aplicación dudosa de la doctrina del acto claro (asunto *Staniczek*, C.D.E. 1980/2-3). Ver también sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Luxemburgo de 17 de junio 1969, asunto 27/69 - Sentencia del TJCE de 12 de noviembre 1969 en Recopilación de la Jurisprudencia, vol. XV/1969, p. 405, o la sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Luxemburgo de 12 de junio de 1969 o 1 de julio de 1971.

<sup>385</sup> Ver BREWER-CARIAS, A. R. (1998) “*las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*” Cuadernos de la Cátedra Ver Allan R. Brewer-Carias, Universidad Católica del Tachira, núm. 15, Ed. Jurídica de Venezuela, Caracas, 1998, p. 45, cita 39.

que proponían el imperio de las normas de Derecho internacional sobre el Derecho nacional. Los argumentos que se dieron fueron principalmente el esperar que el problema se planteara en el ámbito jurisprudencial y su futuro desarrollo.

### **3.2. Las reformas constitucionales como medio de adaptación al Derecho convencional y supranacional**

Conscientes de la supremacía de la Constitución, tras la ratificación del Tratado de Maastricht se produjo otra reforma constitucional en aras a evitar la incompatibilidad del artículo 8 B del TUE con los artículos 9 y 107 de la Norma Fundamental. Aunque la reforma debería haberse producido antes de la ratificación del Tratado, como el procedimiento de revisión constitucional era tan rígido, y requería de la disolución de la Cámara, en aplicación del artículo 114, de nuevo por razones de oportunidad, se recurrió al Dictamen del Consejo de Estado de 26 de mayo de 1992, en el que amparándose en los plazos marcados por la propia UE sostuvo que si bien el artículo 8B (1) del Tratado de Maastricht estaría en conflicto con la Constitución, como no era inmediato conceder a los individuos no luxemburgueses los derechos invocados en el Tratado, cabría su aprobación con la posterior modificación de la Constitución y añadió que: *“hay que tener en cuenta que en un Estado, la jerarquía de las normas jurídicas el Derecho internacional debe prevalecer sobre el derecho nacional, y en caso de conflicto la jurisdicción nacional debe no aplicar el Derecho interno a favor del Tratado. Pero con el fin de evitar una contradicción entre nuestro Derecho nacional y el Derecho internacional, el Consejo de Estado insiste en que la consiguiente revisión constitucional intervenga en tiempo útil para prevenir una tal situación de incompatibilidad”*. Los artículos 9 y 107<sup>386</sup> de la Constitución se reformaron el 23 de diciembre de 1994, y por tanto la reforma se produjo dos años más tarde por lo que el TUE y la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo fueron incompatibles durante todo este tiempo, generando un amplio debate acerca de la compatibilidad del Tratado de Maastricht con la Constitución y el procedimiento de revisión de la Constitución, en virtud del artículo 114. Por ello en el contexto de la reforma de 1994, se intentó modificar el artículo 114 de la Constitución estableciendo una dualidad de procedimientos: uno reforzado para la reforma de la Constitución en general y otro simplificado para cuando la Constitución entrase en conflicto con las disposiciones de tratados internacionales o supranacionales. Sin embargo, el Consejo de Estado argumentó a favor de un procedimiento de revisión único. Reforma que sin embargo no se llevó a efecto hasta el 19 de diciembre de 2003, en la que el artículo 114 fue finalmente modificado (siguiendo el argumento de la necesidad de simplificar el procedimiento), es decir, renunciando a la exigencia de la disolución de la Cámara.

Con todo, el procedimiento legislativo en el Gran Ducado de Luxemburgo sigue siendo complejo y largo en el tiempo. En la medida en que en la legislación nacional está cada vez más directamente condicionada por el Derecho de la Unión y que el Legislador se enfrenta con un plazo limitado para transponer las directivas, Luxemburgo ha sido objeto de numerosas sanciones por el TJ, por no llevar a cabo la transposición dentro del plazo señalado. El Legislador luxemburgués intentó resolver el problema aprobando una modificación de Ley el 9 de agosto de 1971, en la que introdujo la autorización al Gobierno a que por reglamento regulase la trasposición de las directivas y decisiones del Derecho comunitario en el ámbito de la economía, técnica, agricultura materia forestal, social y de transportes. Sin embargo, esta ley al estar limitado su alcance, demostró no ser "respuesta apropiada y eficaz" a los problemas

---

<sup>386</sup> Así, el artículo 9 se completó con un nuevo párrafo (3): "La ley puede conferir el ejercicio de los derechos políticos a los no luxemburgueses". Artículo 9 (3) confiere a partir de ahora a los no-luxemburgués el ejercicio de los derechos políticos, es decir, el "derecho político cardinal" del voto activo y pasivo.

planteados. En opinión de Jörg Gerkrath<sup>387</sup> la solución tendría que venir de la mano de una reforma del artículo 45 de la Constitución que estableciese que el Jefe de Estado "*aprobará los reglamentos necesarios para la aplicación de los actos jurídicos de la Unión Europea*", lo que tendría la ventaja de erradicar estas sanciones por incumplimiento.

La reforma constitucional posterior de 12 de julio de 1996, a la que me referiré en el epígrafe siguiente, dio lugar a la creación del Tribunal Constitucional, órgano cuya creación fue fundamental para las posteriores reformas constitucionales en materia de derechos fundamentales, pues como dijo el Consejo de Estado en su Dictamen de 27 de abril de 1999, sobre el proyecto de revisión constitucional del artículo 11 de la Constitución, "*los valores básicos contenidos en una Constitución deben redactarse de tal manera que el Tribunal Constitucional entienda los conceptos jurídicos de la forma más clara y coherente como sea posible. El constituyente debe alcanzar un acuerdo político para redactar estos preceptos de manera que corresponda a conceptos jurídicos suficientemente precisos para ser adoptados*", y continua el citado Dictamen que, "*antes de constituir el Tribunal Constitucional se deberían reformular los derechos fundamentales pues toda Constitución moderna debe contener conceptos claros para que el Tribunal Constitucional pueda controlar la aplicación de la misma sin necesidad de llegar ella misma a una delimitación material de sus preceptos*". Esto es, el Consejo de Estado venía reclamando el garantizar en la Constitución una declaración de derechos y libertades parecida a la contenida en las normas supranacionales como el CEDH y la CDFUE adoptada el 7 de diciembre de 2000 en virtud del Tratado Niza.

Consecuencia de ello, muchas de las reformas constitucionales posteriores fueron dirigidas a incluir en la Constitución las garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas tal y como se venían recogiendo en la CEDH y la CDFUE, y conforme eran interpretados por el Tribunal Constitucional, el TEDH y el TJ<sup>388</sup>.

Ejemplo claro de ello es la reforma de 29 de abril de 1999, fruto de la sentencia del TJCE de 2 de julio de 1996, *Comisión v Luxemburgo*, asunto C-473/93. El TJ declaró que Luxemburgo había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 48 del Tratado CEE y del artículo 1 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, al establecer la prohibición general para los no-luxemburgueses de trabajar en el servicio público sobrepasando con ello los límites del artículo 48 (4) del TUE. Al no cumplir con su obligación de "*abrir a los nacionales de otros Estados miembros los sectores de que se trata, limitando la aplicación del requisito de nacionalidad exclusivamente al acceso a empleos que implican realmente una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas*"<sup>389</sup>.

El Gobierno del Gran Ducado alegó el apartado 1 del artículo F del TUE de la identidad nacional<sup>390</sup>, en cuanto que en el sector de la enseñanza, la nacionalidad luxemburguesa de los

---

<sup>387</sup> GERKRATH, J. (2015) "La figure de droit constitutionnel de "l'État intégré": le cas du Grand-Duché de Luxembourg" en *Europe(s) Droit(s) européen(s), une passion d'universitaire*, Liber Amicorum en L'honneur du professeur Vlad Constantinescu, Collection Mélanges, Ed. Bruylant, pp. 1-17.

<sup>388</sup> Ver en <http://www.conseil-etat.public.lu/fr/publications/index.html> "1ère Mise à jour de l'ouvrage "Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux", que pone como ejemplo en su p. 11 que entre marzo de 1998 a septiembre de 2007 de las cuarenta sentencias que dictó el Tribunal Constitucional veinte invocaban la violación del principio de igualdad, lo que se tuvo muy en cuenta para la reforma del artículo 11 de la Constitución.

<sup>389</sup> FJ. 48. Sobre el fondo.

<sup>390</sup> Recordar que esta identidad nacional también fue alegada en la STJ de 24 de mayo de 2011, asunto C-51/08, con el Tratado de Lisboa ya en vigor, en la que el Gran Ducado de Luxemburgo mantiene subsidiariamente que, al ser necesario el uso de la lengua luxemburguesa en el ejercicio de las actividades de notario, el requisito de

profesores era necesaria para asegurar la transmisión de los valores tradicionales y constituía por tanto, habida cuenta de la superficie de dicho Estado y de su situación demográfica específica, un requisito esencial para la salvaguardia de la identidad nacional, que no podría preservarse si la mayoría de los profesores fueran nacionales comunitarios no luxemburgueses, y subrayó que dichos profesores al desempeñar funciones no mercantiles participan efectivamente en la salvaguardia de los intereses generales del Estado. Añadiendo para su defensa el artículo 13 del Convenio Europeo de Establecimiento de 13 de diciembre de 1955. El TJ tras recordar al Gran Ducado que si bien los Estados miembros deben respetar las obligaciones que resulten de convenios internacionales con terceros Estados, anteriores al Tratado, ello no les autoriza, sin embargo, a invocar los derechos derivados de tales convenios en las relaciones intracomunitarias pues el Derecho europeo es un Derecho distinto del Derecho internacional y concluyó que: *“Aunque la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo y respetado por el ordenamiento jurídico comunitario..., el interés invocado por Luxemburgo puede sin embargo defenderse eficazmente a través de medios distintos de la exclusión con carácter general de los nacionales de otros Estados miembros, y ello incluso en sectores especialmente sensibles, como lo es el de la enseñanza”*<sup>391</sup>. Como resultado de ello, el artículo 11 (2) de la Constitución fue reformado el 29 de abril de 1999<sup>392</sup>.

La reforma constitucional de 13 de julio 2006, fue fruto también de la norma comunitaria. El uso de medidas positivas para eliminar las desigualdades entre hombre y mujer se preveía expresamente en el TCE, que fue modificado por el Tratado Ámsterdam, así como desarrollado por el artículo 2(8), de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en el que se establecía que los Estados miembros deben mantener o adoptar medidas en el sentido del artículo 141 (4) del Tratado CE. Por su parte el artículo 23(2), de la CDFUE contenía una disposición análoga.

El Consejo de Estado se mostró reacio a introducir en la Constitución una remisión explícita, pues se podían interpretar los preceptos constitucionales como una obligación de resultado en cuanto a la igualdad efectiva. Por esta razón, se opuso al texto del proyecto de ley de reforma constitucional de 7 octubre de 2003 y propuso a la Comisión parlamentaria, un texto en el que se incluyera el que: *“El Estado adoptará las medidas necesarias para eliminar los obstáculos...”* Sin embargo, la interposición de un recurso por incumplimiento por parte de la

---

nacionalidad en cuestión trata de asegurar el respeto de la historia, la cultura, la tradición y la identidad nacional luxemburguesas, en el sentido del artículo 6. 3. TUE. Pero el TJUE ha replicado que, aunque la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo y respetado por el ordenamiento jurídico de la Unión, como reconoce, por otra parte, el artículo 4.2. TUE, el interés invocado por el Gran Ducado puede sin embargo defenderse eficazmente a través de medios distintos de la exclusión con carácter general de los nacionales de otros Estados miembros (ver en ese sentido la STJ de 2 de julio de 1996, asunto C-473/93, *Comisió v Luxemburgo*, FJ. 35), declarando que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 TCE al imponer un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario.

<sup>391</sup> FJ. 35. Sobre el fondo.

<sup>392</sup> Se añadió el actual artículo 10 bis, con un apartado 2 como sigue: *“Son admisibles a todos los empleos públicos, civiles y militares; la ley determina la admisibilidad de los no luxemburgueses a estos empleos”*. Recordar también que, con la ratificación de los Protocolo núm. 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la reintroducción de la pena de muerte se hizo imposible., y en esa misma reforma de 29 de abril de 1999, el artículo 18 de la Constitución se reformó y se abolió la pena de muerte. Reforma ésta que también modificó el artículo 23 (1) de la Constitución estableciendo la escuela primaria gratuita para todo niño residente en el Gran Ducado de Luxemburgo, dando así cumplimiento al Convenio sobre los Derechos del Niño y el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH. La reforma de 8 de agosto de 2000, modificó el artículo 118 pues la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional hacía necesaria una revisión de numerosos preceptos de la Constitución. Con la cláusula general introducida en el artículo 118 se consideró suficiente.

Comisión de la UE contra Luxemburgo por incumplir con la normativa comunitaria en esta materia<sup>393</sup>, termino con la reforma constitucional y el principio constitucional de la igualdad entre mujeres y hombres fue finalmente introducido en el artículo 11 de la Constitución por la reforma de 13 de julio 2006.

Por su parte la reforma de 29 de marzo 2007, que modifican de nuevo los artículos 11 y 11 bis, a fin de fortalecer varios derechos humanos, también fue fruto del Derecho tanto convencional como europeo, pues el contenido del párrafo 3 del artículo 11, consecuencia de esta reforma constitucional, se inspiró directamente en el artículo 8 de la Convención de 4 de noviembre de 1950, recordando que la CDFUE abunda en el mismo sentido. Pero, a diferencia de la Convención y de la Carta, el Constituyente Luxemburgo se limitó a evocar la protección de la vida privada, en el ámbito del respeto a la vida familiar al establecer que "*el Estado garantiza los derechos naturales de la persona humana y la familia*". Esta misma reforma introdujo nuevos objetivos constitucionales como la protección del medio ambiente, fruto del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 y de nuevas sentencias comunitarias impuestas a Luxemburgo por incumplimiento<sup>394</sup>.

### **3.3. Una reforma especial. La creación del Tribunal Constitucional y el giro dualista**

Consecuencia también del Derecho internacional fue la reforma de 12 de julio de 1996, por la que se crea el Tribunal Constitucional como órgano encargado del control de constitucionalidad *a posteriori*.

La creación de este órgano judicial especializado en la constitucionalidad de las leyes no fue una empresa fácil, pues se pretendió introducir un órgano que no afectase el equilibrio institucional del Gran Ducado. Las primeras propuestas doctrinales en este sentido datan de 1973, e hizo falta un cuarto de siglo para llevarlas a efecto. En un primer momento se pensó que fuese el Consejo de Estado pues, al ser el encargado del control de constitucionalidad *a priori*, se consideró el más facultado para ello, sin embargo, la sentencia de 28 de septiembre de 1995 del TEDH asunto *Procola*, resolvió que la atribución a los magistrados del Consejo de Estado de funciones consultivas y jurisdiccionales de forma acumulativa, que puede provocar que unos mismos consejeros dictaminen anticipadamente sobre la legalidad de los proyectos de ley y de reglamentos y que después conozcan del enjuiciamiento de los actos de aplicación, se consideraba una directa violación del derecho a un tribunal conforme al artículo 6 del Convenio<sup>395</sup>. Teniendo en cuenta las conclusiones del Consejo de Estado en su Dictamen de 7 de noviembre de 1995, y después de una cuidadosa revisión del derecho administrativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Derechos Humanos, el Constituyente decidió en la reforma constitucional del 12 de julio de 1996, establecer una jurisdicción aparte para las cuestiones administrativas, exclusivamente a cargo de tribunales administrativos, y crear un

---

<sup>393</sup> Que dio lugar a la STJUE de 6 de marzo de 2008, asunto C-640/07, *Comisión v Luxemburgo*, por la que se condenó a Luxemburgo por el incumplimiento de sus obligaciones comunitarias, por inaplicar la Directiva 2002/73/CE en relación con el principio de igualdad de tratamiento entre hombre y mujer.

<sup>394</sup> Recordemos que Luxemburgo ha sido sancionado por materias como el medio ambiente en numerosas ocasiones tales como STJUE de 19 de junio de 2008, asunto C-354/06, *Comisión v Luxemburgo*, o la de 18 de julio de 2007, asunto C-61/07.

<sup>395</sup> SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. B. (1996) "*Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comentarios a la última Jurisprudencia Administrativa del Tribunal de Estrasburgo*" Civitas Monografías, pp. 1-147, en concreto, pp. 121-123.

Tribunal Constitucional encargado del control de constitucionalidad de las leyes. Lo que limitó, por tanto, el papel de Consejo de Estado a ser un órgano de carácter meramente consultivo.

Ahora bien, junto con esta reforma, las competencias del Consejo de Estado como órgano consultivo se fortalecieron. A pesar de que ya era considerado previamente el "guardián de la Constitución," el artículo 2 (2), de la nueva ley de 12 de julio 1996, estableció explícitamente que el Consejo de Estado tuviese la tarea de vigilar si los proyectos o proposiciones de ley y los reglamentos, antes de su aprobación, podían entrar en conflicto con las normas jurídicas superiores (a saber, la Constitución, los tratados y convenciones internacionales y los principios generales del derecho).

El nacimiento del Tribunal Constitucional se produce pues, con la reforma constitucional de 12 de julio de 1996, por la que se añade un nuevo artículo 95 (ter) a la Constitución y se desarrolla por la Ley de 27 de julio de 1997, de organización del Tribunal Constitucional. Ahora bien, aunque se llame Tribunal Constitucional, se diferencia de la mayoría de los tribunales constitucionales de su entorno en que es parte del poder judicial, sólo puede acudirse a él por otros tribunales, mediante el reenvío prejudicial, sus sentencias tienen autoridad de cosa juzgada y carece de competencia para controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales.<sup>396</sup>

Por otra parte, su resolución no afecta a la función del Consejo de Estado para ejercer el control de constitucionalidad *a priori*, sin olvidar que la opinión de este Consejo de Estado no prejuzga en modo alguno el resultado natural de un posible control posterior del Tribunal Constitucional. Este sistema de justicia constitucional, como se desprende del proyecto de ley núm. 4218, se inspira en la cuestión prejudicial del TJ y no impide a los tribunales ordinarios el decidir sobre el cumplimiento de las normas de la Constitución, pues se entiende que sólo deben acudir al Tribunal Constitucional cuando existan dudas sobre la constitucionalidad de una ley. Ello, lleva sin embargo a la paradoja de que un tribunal de primera instancia pueda desestimar la aplicación de una ley contraria a un tratado internacional, mientras que en caso de duda sobre la constitucionalidad de una ley, deberá suspender el procedimiento y esperar la sentencia del Tribunal Constitucional.

Parece pues, que el Constituyente han querido evitar este giro dualista del Tribunal Constitucional prohibiéndole plantear cualquier duda respecto a la aplicación de los tratados internacionales o comunitarios, pues aunque formalmente sean aprobados por ley, se prohíbe que un tribunal, aunque sea el constitucional, pueda impugnar un compromiso internacional o supranacional, por inconstitucional su ley de ratificación, comprometiendo con ello la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional o europeo, lo que permitiría concluir que, Luxemburgo es un Estado claramente monista. Se considera suficiente el control *a priori* del

---

<sup>396</sup> KUHN, N. y ROUSSEAU, E. op. cit., pp. 453482. Según recuerdan estos autores, Francis Delpérée en su informe sobre la conveniencia de establecer en Luxemburgo un control de la constitucionalidad de las leyes que se presentan ante la Cámara de Diputados, en septiembre de 1994, había defendido firmemente un control en el Gran Ducado en paralelo con el control de la constitucionalidad de las leyes. Y se propuso organizar un control la constitucionalidad de los tratados internacionales por el control abstracto de constitucionalidad de la ley que aprueba el tratado internacional, sin embargo esta propuesta fue rechazada y finalmente se aprobó el artículo 95 ter de la Constitución que establece: "(1) El Tribunal Constitucional decide por medio de un juicio sobre la conformidad de las leyes con la Constitución.(2) El Tribunal Constitucional, decide por decisión prejudicial en la forma que prescriba la ley, sobre cualquier jurisdicción para pronunciarse sobre la conformidad de las leyes con la excepción de las leyes que aprueban tratados, (3) El Tribunal Constitucional está integrado por el Presidente de la Corte Supremo de Justicia, el Presidente del Tribunal Administrativo, dos jueces del Tribunal de Casación y cinco jueces nombrados por el Gran Duque, la opinión conjunta de la Corte Supremo de Justicia y el Tribunal Administrativo. ...(4) La organización del Tribunal Constitucional y la manera de ejercer sus funciones será regulado por Ley."



Consejo de Estado. Teoría que sin embargo, no comparte Marina Salvetti<sup>397</sup> pues entiende que con la creación de este tipo de órgano de justicia constitucional se quiere ver cómo el Constituyente perfecciona la justicia constitucional en el ordenamiento democrático de Luxemburgo, lo que significa la necesidad de dar vida a formas de defensa jurisdiccional de la Constitución a fin de que ningún tipo de acto (ni siquiera la ley del Parlamento) y ningún comportamiento político estén desprovistos de juez, lo que extrapolado al ámbito del Derecho internacional o europeo puede entenderse como un giro a una concepción dualista de estos derechos supranacionales.

Por la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional y los debates parlamentarios del proyecto de ley, no parece que esta haya sido la intención ni del Legislador ni del Tribunal, pues parece ser un órgano creado principalmente para una cooperación entre jueces, porque permite al juez ordinario, que no tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley, antes de entrar en el fondo de un asunto, suspender el procedimiento para abordar una cuestión prejudicial cuando tiene dudas sobre la constitucionalidad de algún precepto, en aras a que el Tribunal Constitucional le dé una interpretación conforme con la Constitución o inaplique la norma invocada ante él, consiguiendo así una cierta unificación de los preceptos de las leyes y evitar la inseguridad jurídica. Es decir tal y como dijo el Consejo de Estado en su Dictamen de 28 de marzo de 1997, "*es un Tribunal creado con la única finalidad de pronunciarse sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, con el doble propósito de evitar contradicciones entre los tribunales y de que sea un organismo especializado el que acabe con esas contradicciones*".

Con todo, al confiar el control de la constitucionalidad de las leyes al Tribunal Constitucional, dejando a los tribunales ordinarios a cargo de controlar la convencionalidad de las leyes, la Constitución de Luxemburgo ha optado por un camino que podría ser una fuente de conflicto y jurisprudencia divergente en relación con el Derecho derivado de la UE, por un lado, y por otro, con los derechos fundamentales.

En relación con al Derecho comunitario derivado, si bien se ha argumentado que las leyes de trasposición de las directivas deberían escapar al control de constitucionalidad por estar en el marco de la primacía del Derecho comunitario, para Jörg Gerkrath<sup>398</sup> dependerá del punto de vista del que se mire (formal o material), pues el Tribunal Constitucional es el único competente, en principio para controlar la constitucionalidad de una ley, si la inconstitucionalidad invocada depende del procedimiento legislativo. Sin embargo, si la cuestión se plantea por el contenido de la ley habría que distinguir si la ley de transposición simplemente transcribe fielmente los objetivos de la directiva o decisión marco o se desvía y es necesario su adaptación. Una Ley que se limita a transponer al ordenamiento jurídico nacional las disposiciones de la norma comunitaria derivada escapan del control de constitucionalidad y cualquier interpretación habrá de llevarse a cabo a través de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, de lo contrario el Tribunal tendría que pronunciarse indirectamente sobre la validez de una norma de Derecho comunitario derivado. Si por el contrario, las disposiciones legales contenidas en la ley de transposición van más allá de lo establecido en el Derecho derivado parece que cabría su control de constitucionalidad. Parece razonable que la solución a este problema se resuelva o acudiendo a la teoría de los actos separables o mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJ.

---

<sup>397</sup> SALVETTI, M. (2011) "La aplicación judicial del Derecho europeo en los 27 Países de la Unión", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, julio-diciembre, pp. 91-134. Ver también en <http://www.ugr.es/~redce/>, apartado 2.3.

<sup>398</sup> GERKRATH, J. (2008) "Compétence et recevabilité des questions préjudicielles" en *La Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle du Luxembourg, 1997 – 2007*, Pasicrisie luxembourgeoise, pp. 3-21.

En relación con los derechos fundamentales, tiene el problema de la protección que de los mismos se da tanto en el CEDH como en la CDFUE, y la de la propia Constitución, por ello en alguna sentencia como la núm. 2/98, el Tribunal Constitucional no se ha cuestionado el derecho convencional sino que a través de la ley natural se ha acogido a las interpretaciones que en torno a estos derechos se han hecho tanto desde el Derecho internacional como supranacional al entender que *"la ley natural es la que surge de la naturaleza humana y existe incluso sin legislación"* y que el artículo 11(3) de la Constitución parece incluirla en el ordenamiento jurídico interno, cuando dice que: *"El Estado garantiza los derechos naturales de la persona humana y la familia"*. La redacción de este artículo 11 (3), que data de la reforma de 21 de mayo 1948, introdujo en la Constitución, y en el derecho positivo, un concepto jurídico particularmente claro y abierto a la puerta de interpretaciones imprevisibles, por lo que se reconoce la necesidad de acudir a los derechos supranacionales más allá de los derechos fundamentales enumerados por la Constitución. Lo que reitera en la sentencia núm. 20/04 del 28 de mayo 2004 al decir que *"la ley natural está restringida a las preguntas existenciales del ser humano, al respeto de su dignidad y la libertad. Se podría entonces preguntar si la evocación constitucional de los derechos naturales no ofrece la posibilidad de entrar a través de normas europeas e internacionales de protección derechos fundamentales que integren bien entre los patrones de referencia"*. Por ello, aunque el Derecho internacional no forme parte del "bloque de constitucionalidad", el Tribunal Constitucional entiende que aún podría ejercer alguna influencia en la lectura de la Constitución. Teniendo en cuenta la primacía del Derecho internacional y la inspiración monista de la Constitución, se deberían interpretar las disposiciones constitucionales, en concreto las que corresponden esencialmente a los derechos fundamentales, conforme al CEDH y a la CDFUE, lo que permitiría evitar que en el futuro, Luxemburgo fuera condenado por el TEDH o el TJ, pero siempre dentro del ámbito constitucional y con posibilidad de acogerse a una norma constitucional, pues como dijo en la sentencia núm. 14/02, de 6 de diciembre<sup>399</sup>, no se pretende construir un sistema de normas supra-constitucionales a partir del concepto de la ley natural, sino adaptar la interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución a la mayor literalidad posible de sus preceptos, sin contribuir a la creación de una nueva categoría de derechos fundamentales cuyo contenido indeterminado dependa de la voluntad del juez.

Argumento éste, que sin embargo no cambia el que es potestativo de los tribunales ordinarios recurrir a la justicia constitucional cuando tengan dudas razonables sobre la constitucionalidad de un precepto del Derecho internacional o supranacional. Los tribunales ordinarios de Luxemburgo, incluido los tribunales administrativos sólo acuden al Tribunal Constitucional cuando la cuestión es meramente constitucional pues su jurisprudencia revela el que siguen inaplicando el Derecho interno contrario al Derecho internacional y/o supranacional sin acudir al reenvío prejudicial ante el Tribunal Constitucional. Así el Tribunal de Apelación en su resolución de 13 de noviembre de 2001, estableció que no se puede invocar una disposición de derecho interno como justificación para incumplir la aplicación de un tratado. Incluso el Tribunal Supremo de Justicia da un paso más y en su resolución de 5 de diciembre de 2002<sup>400</sup>, entendió que en el ordenamiento jurídico interno los compromisos internacionales deben prevalecer sobre toda la norma nacional incluyendo la constitucional. Incluso en casos en los

---

<sup>399</sup> En esta sentencia el Tribunal entendió que no cabe analizar la supuesta violación, porque el afectado es un extranjero y conforme a la Constitución, la disposición cuya violación se pretende, en virtud del artículo 111, no cabe como excepción para los extranjeros respecto a los derechos garantizados por la propia Constitución.

<sup>400</sup> Ver Séminaire ACA Europe du 18 décembre 2013 – ACA Europe seminar - December 18, 2013. Notes sur la hiérarchie des normes – Notes on the hierarchy of norms que hace referencia al Tribunal de Apelación (Cour d'appel), resolución de 13 de noviembre de 2001, no. 396/01 V (Annales du droit luxembourgeois, 2002, ed Bruylant, p 456.) Tribunal Supremo de Justicia (. Sup Cour de justice), resolución de 5 de diciembre de 2002, no. 337/02 (Annales du droit luxembourgeois, 2003, ed Bruylant, p. 683.

que el precepto en cuestión ha afectado a la identidad nacional o al interés general no han recurrido al Tribunal Constitucional sino al TJ.

Los derechos fundamentales se caracterizan por una superposición de fuentes jurídicas y un régimen complejo de competencias judiciales y su protección en Luxemburgo ha levantado cuestiones difíciles de resolver, como la de coordinación entre los tribunales, pues desde las resoluciones judiciales del TJUE en el asunto *Melloni* y el *Åkerberg Fransson* del 26 de febrero de 2013, es evidente que el Tribunal de Justicia no piensa limitarse a una lectura restrictiva del campo de aplicación de la Carta. Ello a la larga tendrá como resultado, además de disminuir el papel del Tribunal Constitucional luxemburgués en materia de protección de los derechos fundamentales y de modificar así lo querido por el Constituyente, el que sea el TJ el que decida sobre la interpretación de los derechos fundamentales. Aunque aún es demasiado temprano para averiguar lo que se reserva a los jueces luxemburgueses en relación con los derechos de la Carta<sup>401</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

François Foret, y Sandrina Antunes Ferreira<sup>402</sup> entienden que Bélgica, Holanda y Luxemburgo en Europa se deberían resumir en dos ideas: una, en la tenencia de un Gobierno multinivel que permite a sus actores el encaje en el funcionamiento de la mecánica policéntrica de la UE; y otra, ser un buen ejemplo de los pequeños países de la UE que sobreviven y prosperan en los mercados mundiales.

Esta visión refleja la realidad con bastante fidelidad, y se debe a que la soberanía en el sentido tradicional nunca ha sido un concepto demasiado arraigado en estos países, que han buscado históricamente su alojamiento en la coexistencia con sus vecinos poderosos, a través de una neutralidad sin límites y de un fuerte compromiso con las estructuras de cooperación internacional del Benelux y las instituciones europeas e internacionales. La idea de que esta forma de actuar es de interés nacional está tan asumida en estos países que los ha convertido desde hace tiempo en un componente fundamental de la integración europea y convencional.

Bélgica, Holanda y Luxemburgo son pues, un buen ejemplo de aquellos pequeños países que sobreviven y prosperan en los mercados mundiales mediante la combinación de una fuerte integración en el sistema internacional y una aguda adaptación a las instituciones externas al Estado, como la UE. Incluso hoy en día, esta idea sobre Bélgica no se puede negar, tanto por parte de las élites como de los ciudadanos, aunque la crisis del modelo nacional haya cambiado.

Esta fuerte integración también se da en el ámbito jurisprudencial, de forma incondicional tanto en Holanda como en Luxemburgo, lo que parece menos evidente para Bélgica donde la reciente doctrina jurídica parece aceptar la primacía de la Constitución sobre el derecho convencional, pero titubea en cuanto al Derecho europeo, porque teniendo en cuenta los muchos puntos de vista diferentes sobre la jerarquía entre el Derecho de la UE y la Constitución en la jurisprudencia, parece imposible, por razones legales, identificar a una de ellas como la correcta.

---

<sup>401</sup> BESSELINK, L. F. M. (2012) “*Rapport Luxembourg*, La protection des droits fondamentaux après Lisbonne: L’interaction entre la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, la CEDH et les constitutions nationales, FIDE XXV Congrès, Tallin, pp. 1-14 Ver en: [www.fide2012.eu](http://www.fide2012.eu). Por otro lado, en Luxemburgo son tan conscientes de este problema que en el marco de la propuesta de reforma general de la Constitución, se previó reestructurar todo el Capítulo 2 de la Constitución siguiendo el modelo de los títulos utilizados en el seno de la Carta.

<sup>402</sup> FORET, F. y ANTUNES FERREIRA S. (2011) “La Belgique et l’Union européenne” in Von Busekist A. (ed.), *Bélgica*, París, Fayard, pp. 1-11.

La jurisprudencia de los tribunales en Bélgica es oscilante, pues así como la constitucional, parece que se asienta en postulados dualistas donde la última palabra en materia de derechos fundamentales le corresponde a la Constitución cuyo garante es el Tribunal Constitucional belga, lo que no impide que acuda con frecuencia al Derecho europeo o convencional y a la jurisprudencia europea e internacional, por otro, los tribunales ordinarios incluidos los administrativos, parecen asentarse en el paradigma monista en el que le corresponderá a los dos tipos de tribunales, es decir, el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo decidir en última instancia conforme al Derecho convencional o supranacional. Y es que según Feyen<sup>403</sup>, la aplicación de una norma de jerarquía, sólo es posible si se ve con suficiente claridad en qué dirección opera la jerarquía, por lo que es imposible en este País, poner fin a esta discusión con argumentos legales o incluso filosóficos, ya que al final todo se reduce a una política entre tribunales, más teórica que práctica, porque lo cierto es que el Tribunal Constitucional belga es uno de los que más ha colaborado con el Tribunal de Luxemburgo en la integración del Derecho de la Unión.

No parece que este debate se dé en sus otros dos vecinos, que si bien no han reconocido formalmente la primacía del Derecho convencional y supranacional frente a la Constitución, la ausencia de un verdadero Tribunal Constitucional, en el sentido de un control de constitucionalidad a posteriori de cualquier norma (convencional, supranacional o nacional) permite reconocer la primacía del Derecho internacional y/o supranacional cuando ha sido aprobado por sus respectivos Parlamentos. En Holanda y Luxemburgo se da un claro monismo donde el único contra límite es político y no jurídico, al punto de admitir de hecho (Luxemburgo) y de derecho (Holanda) los tratados derogatorios de la Constitución.

Por ello, como dice un sector de la doctrina, en la práctica belga, holandesa y luxemburguesa, tanto el CEDH, como el Derecho primario de la UE y la Constitución deben considerarse parte de una constitución multinivel, en el que le corresponde a todos los tribunales, es decir, el Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal de Luxemburgo y a los tribunales nacionales, a través del diálogo judicial, llegar a un equilibrio cada vez mayor como partes de un ordenamiento jurídico superior. En ese marco, no hay lugar para la jerarquía entre el Derecho constitucional nacional y supranacional.

---

<sup>403</sup> FEYEN, S. (2014) “The constitutionele dogmatiek voorbij”, *Chroniques de droit público – Publiekrechtelijke kronieken*, año 18, núm. 1, pp. 198-199.

# CAPÍTULO 4

## LA REPÚBLICA FRANCESA

### 1. INTRODUCCIÓN

Francia país de origen de *Jean Monnet* y uno de los Estados fundadores del Tratado de Roma no prestará ningún reconocimiento explícito en su Norma fundamental al ordenamiento jurídico europeo a pesar de que su Constitución de la V República y la Comunidad Económica Europea (1958 y 1957 respectivamente) fueron dos ordenamientos que nacieron más o menos a la vez. Las razones fundamentales de esta casi total indiferencia por el Derecho comunitario se encuentran en los grandes problemas que debe afrontar Francia en las décadas de los 50 y 60.

Francia se integró en los aliados durante la segunda Guerra Mundial y regresó al parlamentarismo, roto por las circunstancias de la guerra, con la Constitución de la IV república de 1946. Sin embargo, ésta Constitución no duró mucho, pues terminó en 1958<sup>404</sup> por el problema originado con la independencia de las colonias, (principalmente la argelina) que sumió al país en una fuerte inestabilidad parlamentaria y gubernamental. Bajo el telón de fondo de la inestabilidad gubernamental de la IV República se escondía el temor fundado de que se produjese un golpe de Estado ocasionado por la situación insurreccional del ejército argelino, en protesta contra la conducción política de la guerra contra los independentistas. Para evitar este riesgo el general Charles De Gaulle, que había abandonado la política, vuelve y consigue que se apruebe por *referendum* (de 28 de septiembre de 1958) la actual Constitución, instaurándose con ella la V República francesa<sup>405</sup>.

La nueva Constitución de la V república francesa de 4 de octubre de 1958, incorpora la tradición liberal, en cuanto que proclama los derechos del hombre tal como fueron definidos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946<sup>406</sup>. Sigue también la tradición democrática proclamando el principio de soberanía nacional, soberanía que puede ejercerse a través de la democracia directa, mediante *referendum*, o a través de la democracia indirecta, por vía de la representación. Sin embargo, el factor democrático sufre una cierta desviación en cuanto que disminuye los poderes del órgano elegido de modo inmediato por el pueblo, es decir la Asamblea Nacional, para aumentar los poderes del Presidente de la República, elegido ciertamente por el pueblo pero de modo mediato a través de un colegio de electores. La Constitución significa también una rectificación del

---

<sup>404</sup> FREIXES SANJUÁN, T. (2013) “Francia”, *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos*, Dir. Teresa Freixes Sanjuán, Yolanda Gómez Sánchez y Antonio Rovira Viñas. CEPC, Madrid, 2013, Cap. 14, pp. 407-437.

<sup>405</sup> DIEZ-PICAZO, L. M. (2008) “Las transformaciones de la Constitución Francesa de 1958”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 34-35, pp. 21-33, ver en <http://revistasonline.inap.es/>.

<sup>406</sup> Con las reformas posteriores, el Preámbulo incluirá también la sujeción a los derechos y deberes definidos por la Carta del Medio Ambiente de 2004.

clásico parlamentarismo francés, que queda aminorado en el doble sentido de hacer más difícil la exigencia de la responsabilidad ministerial y en limitar la capacidad legislativa del Parlamento para aumentar la del Gobierno<sup>407</sup>. Lo que se refuerza con la introducción de un Consejo Constitucional y un control de constitucionalidad *a priori*, que además de ser una auténtica novedad, aparentemente contrapuesta a la tradición francesa de la soberanía parlamentaria, sólo permitía la legitimación activa al Presidente de la República, al Primer ministro y a las dos Cámaras.

En los primeros años de la V República, no se plantearon importantes controversias constitucionales, pues la grave crisis de donde surge la Constitución de 1958 fue de naturaleza política, en concreto por el proceso de autodeterminación de Argelia. Tras la independencia de Argelia se consolidó la V República francesa y, esta ocasión fue aprovechada por el General De Gaulle para completar la configuración del Presidente de la República como árbitro nacional mediante su elección directa, lo que dio lugar a la primera gran reforma de la Constitución<sup>408</sup>. Reforma que modificó la forma de gobierno originaria e introdujo el llamado “*semipresidencialismo*” basado en la elección directa del Presidente de la República, acompañado de la atribución de poderes reales, todo ello, conservando el núcleo esencial del parlamentarismo.

Después de la reforma de 1962, la Constitución francesa no experimenta cambios de relieve hasta los años setenta<sup>409</sup>, pues si bien hubo un mayo del 68 no tuvo repercusión constitucional.

En lo que a esta tesis preocupa, la gran novedad se dará en la justicia pues, Francia pasa de tener dos órdenes jurisdiccionales a tres: el orden constitucional, en el que se encuentra exclusivamente el Consejo Constitucional; el orden administrativo, a la cabeza del cual se encuentra el Consejo de Estado y el judicial, coronado por el Tribunal de Casación. Esta nueva justicia constitucional, con un control de constitucionalidad preventivo, se creó con una doble finalidad: la de valorar antes de su aprobación la constitucionalidad de las leyes, y así velar por la distribución de competencias entre el Parlamento y el Gobierno convirtiéndose en el guardián del Ejecutivo. Consejo que, según Elise Carpentier<sup>410</sup>, los constituyentes no pretendieron crear como un auténtico tribunal constitucional, como lo evidencia no sólo las notorias restricciones para legitimar causas ante él, sino también el nombre que se le da (Consejo, en vez de Corte o Tribunal), lo que no ha evitado que, a la larga se hayan demostrado evidencias contrarias.

La siguiente transformación constitucional de auténtico calado, vino de la mano de una innovación jurisprudencial, recogida en la Decisión núm. 71-44, de 16 de julio de 1971 del

---

<sup>407</sup> GARCÍA PELAYO, M. (1987), “*Derecho constitucional comparado*”, Ed. Alianza, Madrid, en concreto Francia, pp. 457-518.

<sup>408</sup> Hay que recordar que durante la década de los sesenta se produjeron las siguientes reformas constitucionales: la Ley de 4 de junio de 1960, sobre la comunidad de países surgidos de la descolonización; la Ley de 6 de noviembre de 1962, sobre la elección directa del Presidente de la República; y la Ley de 30 de diciembre de 1963, sobre la apertura del periodo de sesiones. Como la reforma se llevó a cabo a través de *referéndum*, el Consejo Constitucional declaró su falta de competencia para enjuiciar una ley referendada, porque cuando el pueblo habla por sí mismo, puede adoptar cualquier medida, sin estar sujeto a barreras constitucionales.

<sup>409</sup> Durante los setenta las dos reformas llevadas a cabo fueron: la Ley de 29 de octubre de 1974, sobre la ampliación de la legitimación activa del Consejo Constitucional y la Ley de 18 de junio de 1976, sobre el impedimento o desaparición de candidatos a la Presidencia de la República.

<sup>410</sup> CARPENTIER, E. (2012) “El Estatuto del Consejo Constitucional francés”, en *El Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa, Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo*. Coord. Fix-Zamudio H. y Astudillo C. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 645, pp. 755-790.

Consejo Constitucional<sup>411</sup> (sobre la libertad de asociación) por la que se dota de fuerza vinculante al Preámbulo y a las remisiones que éste hace a los textos de 1789 y 1946 y, convierten al Consejo Constitucional en garante de los derechos fundamentales. A partir de esta Decisión, la Constitución de 1958, deja de ser una mera regulación de la arquitectura institucional y opera también como una barrera para el legislador, con lo que según Luis María Díez Picazo<sup>412</sup>, puede hablarse del nacimiento de la verdadera jurisdicción constitucional o de un bloque de constitucionalidad en el que además de la Constitución se encuadran los Derechos de 1789, los principios políticos y sociales del Preámbulo de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las Leyes de la República. De este modo la constitucionalidad ha sustituido a la legalidad en dos funciones esenciales. La primera, en que la Constitución se convierte en la fuente de las fuentes, distribuyendo las distintas competencias normativas que ahora se ejercen bajo la vigilancia del juez constitucional y, la segunda que es ahora la Constitución la que garantiza el contenido esencial de los derechos fundamentales. La Constitución adquiere así un carácter normativo, no sólo programático, cuyas normas son vinculantes para todos los poderes públicos y de aplicación directa<sup>413</sup>.

Sin embargo esta nueva jurisdicción constitucional planteaba el problema de que si nadie cuestionaba una ley ante el Consejo Constitucional, o cuando habiéndolo sido, éste concluyese que no era inconstitucional, la ley quedaba instalada definitivamente en el ordenamiento jurídico pues no existían vías para ejercer un posterior control de constitucionalidad, lo que si bien se intentó paliar con la reforma constitucional de 29 de octubre de 1974, que amplió la legitimación activa para cuestionar la constitucionalidad de una ley a las minorías parlamentarias, no se resuelve hasta la reforma de 2008, donde el Consejo Constitucional no sólo va a ejercer un control de constitucionalidad a *priori* sino también a posteriori. Reforma ésta que según Stéphane Pinon<sup>414</sup> ha convertido al Consejo Constitucional francés en una suerte de colegislador (por la anticipación constante de sus sentencias por los parlamentarios), un creador de normas constitucionales (por la modulación jurisprudencial de la Carta de Derechos y libertades) y un censor de la política presidencial (ya que todas las grandes leyes se deben a su iniciativa).

En el ámbito comunitario, a pesar de ser parte de la Comunidad Europea desde sus orígenes, la Constitución de la V República no recoge ninguna referencia a la integración europea hasta el año 1992. En varias ocasiones, y siempre sobre la base del artículo 54 de la Constitución en torno a los tratados internacionales, el Consejo Constitucional estimó que era necesario reformar la Constitución para añadir referencias específicas al proceso de integración europeo.

Es por ello que en los siguientes epígrafes se hace necesario referirse a las progresivas reformas que la Constitución ha sufrido para adaptar la República francesa a la Unión Europea, pues, desde 1992, cinco reformas se han sucedido para modelar un nuevo Título XV que testimonia la integración europea en la Constitución francesa. Todas estas reformas se produjeron después de una decisión del Consejo Constitucional conforme al artículo 54 de la Constitución para permitir la ratificación de los Tratados europeos modificativos, salvo la Decisión de 2003, que intervino después de una Decisión del Consejo de Estado francés. Por lo que el papel del Consejo Constitucional ha sido clave para el reconocimiento constitucional del

---

<sup>411</sup> Las Decisiones del Consejo Constitucional se pueden ver en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/>.

<sup>412</sup> DÍEZ PICAZO, L. op. cit., p. 27.

<sup>413</sup> CRUZ, L. M. (2001) "El alcance del Consejo constitucional francés en la protección de los derechos y libertades fundamentales, *REDCE*, núm.15, año 8, enero-junio, pp. 499-540.

<sup>414</sup> PINON, S. (2010) "el sistema constitucional de Francia", *REDCE*, año 7, núm. 14, julio-diciembre, pp. 17-74.

proceso de integración europea. Cada una de estas reformas viene precedida de una controversia jurisprudencial en torno a las fuentes del Derecho comunitario y su primacía en el ordenamiento jurídico interno. En particular la reforma de 2008, que introdujo un control de constitucionalidad a *posteriori* e incidental y con ello los problemas que este nuevo control ha traído con los jueces ordinarios y con los jueces europeos, a través de la Ley orgánica núm. 2009-1523 de 10 de diciembre de 2009.

Es oportuno señalar que hasta el mes de marzo de 2010, Francia no tenía un sistema de control sucesivo de constitucionalidad, y esto, con la excepción del control preventivo sobre las leyes de actuación de las directivas y sobre las leyes de ratificación de los tratados, le impedía al juez constitucional francés toda posibilidad de controlar la conformidad de la Constitución con una norma europea y de una norma europea con una norma interna ordinaria. Estos controles se delegaban al juez ordinario.

El control de convencionalidad en manos de los otros dos órdenes judiciales, el administrativo (Consejo de Estado) y el judicial (Corte de Casación) hace necesario referirse a su jurisprudencia en torno al Derecho europeo, ya que desde sus comienzos e incluso tras la reforma, su doctrina ha sido básica para la aplicación del Derecho comunitario en Francia.

En efecto, tras declinar el Consejo Constitucional el control de convencionalidad o comunitariedad, los jueces nacionales han adquirido un claro protagonismo, que ha provocado, en numerosos momentos, lo que Ruiz Jarabo ha llamado “*la rebelión de los jueces inferiores contra sus superiores*”. La doctrina del Consejo de Estado y la Corte de Casación, ora por respetar las tradiciones constitucionales francesas, ora por ser conscientes de que las decisiones del órgano constitucional no permitían asegurar plenamente la aplicación íntegra del Derecho europeo en el orden jurídico interno, o por la invitación del TJ de poder inaplicar por su propia autoridad cualquier ley estatal incluso posterior incompatible con el Derecho comunitario, ha sido y es vital para la aplicación del principio de primacía del Derecho europeo en Francia, sin perjuicio de que no ha estado exenta de polémica. Por lo que junto con las reformas constitucionales y las decisiones del Consejo Constitucional es necesario referirse a ellas en los epígrafes siguientes.

## **2. EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA**

### **2.1. Mutismo constitucional. Primeras décadas, años sesenta y setenta**

Los Tratados fundacionales de la Comunidad Europea fueron aprobados conforme a los artículos 52 y 53 de la Constitución de la IV República, que permitían a Francia ratificar tratados internacionales mediante una ley previa.

Sin embargo este internacionalismo del régimen anterior, con un procedimiento relativamente sencillo y rápido, desaparece con la Constitución de 1958 y su artículo 54, que establece la obligación (cuando así sea solicitado) de que para autorizar la ratificación de un tratado internacional su constitucionalidad sea revisada por el Consejo Constitucional<sup>415</sup>. Lo que

---

<sup>415</sup> El artículo 54 de la Constitución dice: “*Si el Consejo Constitucional llamado a intervenir por el Presidente de la República, por el Primer Ministro o por el Presidente de una u otra Asamblea, declara que un contrato internacional comporta una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificarlo, no puede intervenir sino después de la revisión de la Constitución*”.



según Ghislaine Alberton<sup>416</sup>, convierte a este control en fundamental, pues, cualquier compromiso internacional con carácter definitivo, adquiere, por el simple hecho de su posible revisión por el Consejo Constitucional, un estatus de inmunidad constitucional. Una vez ratificado y publicado, se aplican todas sus disposiciones, incluidas aquellas que resultasen a *posteriori* contravenir la Constitución.

Este procedimiento fue aplicado por primera vez, en lo concerniente a un Tratado comunitario, con ocasión del Tratado de Luxemburgo de 22 de abril de 1970, relativo a los poderes presupuestarios del Parlamento Europeo y su Decisión de 21 de abril de 1970, referente al reemplazo de las contribuciones financieras de los Estados miembros por recursos propios de las Comunidades. Consultado por el Primer Ministro, el Consejo Constitucional dictó Resolución el 19 de junio de 1970<sup>417</sup>. En esta Resolución declaró en primer lugar la constitucionalidad de los Tratados originarios, puesto que regularmente ratificados y publicados, entraban por tanto en el ámbito de aplicación del artículo 55 de la Constitución. En segundo lugar entendió que, en lo que atañe al Tratado de Luxemburgo este también debía de ser declarado constitucional por el hecho de concernir a la repartición de las competencias entre los órganos de las Comunidades y no al equilibrio entre las Comunidades y los Estados miembros. Además, las obligaciones fueron suscritas bajo condición de reciprocidad. Por su parte, la Decisión anexa al Tratado, también fue declarada constitucional, pues era un acto que formaba parte de un conjunto de disposiciones comunitarias adoptadas para la ejecución de una política común que no afectaba a las condiciones fundamentales para el ejercicio de la soberanía nacional, porque no hacía sino aplicar un principio ya enunciado por los Tratados de 1957 y que no eran sino la consecuencia necesaria de sus previsiones.

El Consejo Constitucional se basó en el apartado 15 del Preámbulo de la Constitución y entendió que “*bajo reserva de reciprocidad, Francia consiente en las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y defensa de la paz*”. Lo que significó que el Consejo comprobó que las condiciones fundamentales para el ejercicio de la soberanía nacional no eran tocadas ni por el Tratado de Luxemburgo ni por la Decisión y que los compromisos contenidos en las disposiciones sometidas a su dictamen sólo surten efecto después de la presentación del último instrumento de ratificación y, por tanto, tenían carácter de compromisos recíprocos. Basándose en el apartado 15 del Preámbulo, reciprocidad y soberanía son pues los dos argumentos que el Consejo Constitucional va a utilizar a lo largo de su jurisprudencia para medir la constitucionalidad del Derecho comunitario<sup>418</sup>.

La jurisprudencia del Consejo Constitucional respecto a la idea de reciprocidad, ha sido siempre más o menos parecida, en el sentido de entender que se cumple tal condición si el

---

<sup>416</sup> ALBERTON, G. (2008) “Francia” en *Justicia Constitucional y Unión Europea: Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*. Coord. Tajadura Javier y De Miguel Josu, Cuadernos y Debates, núm. 185, Ed. CEPC, Madrid, 2008, Cap. IV, pp. 179-215.

<sup>417</sup> Ver en [www.conseil-constitutionnel.fr/](http://www.conseil-constitutionnel.fr/) las resoluciones del Consejo Constitucional como la Decisión núm. 70-39 de 19 de junio de 1970.

<sup>418</sup> Ver en torno al principio de reciprocidad: op cit., ALBERTON, G. pp. 186-187; y en torno a la limitación de la soberanía: CIENFUEGOS MATEO, M. (1995), “*Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y su aplicación judicial en los Estados miembros*”, Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, Barcelona, julio de 1995, 13 de 21, pp. 537-549; GORDILLO PÉREZ, L. I. (2013) “las relaciones entre el Derecho constitucional nacional y el Derecho de la Unión Europea: principios clásicos y nuevas tendencias.” *Universos Jurídicos, Revista de Derecho público y diálogo multidisciplinar*, núm. 1, pp. 42-137.

Tratado que ha sido sometido a su informe resulta obligatorio para el conjunto de los Estados firmantes después de que éstos hayan presentado todos los instrumentos de ratificación<sup>419</sup>.

Referente a la soberanía, la jurisprudencia ha sido cambiante pues, si bien sigue acudiendo a su estudio para ver si los tratados internacionales son conformes a la Constitución, lo hará utilizando argumentos diferentes a la Decisión de 1970. En la Resolución núm. 76-71, de 30 de diciembre 1976, estableció una diferencia entre limitación de soberanía y transferencia de soberanía. Así mientras que las limitaciones serían consentidas, las transferencias serían del todo rechazadas. Con base en este argumento, declaró constitucional el Acta de 20 de septiembre de 1976 relativa a la elección del Parlamento Europeo por sufragio universal y directo.<sup>420</sup> El Consejo deja pues de razonar en términos de vulneración de las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional e invoca una distinción puramente formal establecida entre las limitaciones (autorizadas) y las transferencias (prohibidas) de soberanía, y basándose en esa distinción entiende que el sistema de elección al Parlamento Europeo no puede ser interpretado como una transferencia de soberanía ya que no modifica ni los poderes ni la naturaleza de dicha asamblea. Sin embargo, por ser una diferencia ampliamente criticada, muy sutil y difícil de concretar, en su jurisprudencia posterior acabaría por abandonarla y acudiría de nuevo a la categoría de las condiciones esenciales de ejercicio de soberanía nacional<sup>421</sup>.

Por otro lado, y respecto al control de convencionalidad de las leyes, el Consejo Constitucional haciendo también mención al artículo 55 de la Constitución, atribuye a los tratados internacionales una autoridad superior a la de las leyes. Así, en su Decisión de 15 de enero de 1975, asunto *IVG*, relativa a examinar la conformidad de la ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo con el artículo 2 del CEDH, el Consejo Constitucional impuso no sólo el monismo en las relaciones entre Derecho interno y Derecho internacional, sino que fue más allá, al contemplar la primacía de éste último. En esta Decisión, el Consejo Constitucional niega la constitucionalidad de los tratados internacionales, pues no forman parte del bloque de constitucionalidad pero, prevalecen sobre las leyes contrarias. Esta primacía de los tratados sobre las leyes incompatibles se debe hacer valer por los tribunales ordinarios.

En relación con el Derecho comunitario fruto de la aplicación de los Tratados, el Consejo Constitucional ya en su Decisión de 30 de diciembre de 1977<sup>422</sup> adoptó este mismo planteamiento y estimó que no podían someterle a su control los actos adoptados por las

---

<sup>419</sup> Ver por ejemplo Decisión núm. 92-308, de 9 de abril de 1992 o la Decisión núm. 97-394, de 31 de diciembre de 1997.

<sup>420</sup> Decisión del Consejo Constitucional núm. 76-71 de 30 de diciembre de 1976.

<sup>421</sup> En la Decisión núm. 77-90, de 30 de diciembre de 1977, utiliza la expresión *amenaza a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía* o en la Decisión núm. 78-93, de 29 de abril de 1978, se refiere a *la violación de la soberanía* nacional pero, será en la Decisión núm. 85-88 de 22 de mayo de 1985, donde más claramente se refiere al respeto de las condiciones esenciales en relación con el Protocolo adicional núm. 6 del CEDH relativo a la abolición de la pena de muerte. En esta última Decisión, considera el Consejo que dicho compromiso no es incompatible con el deber del Estado de garantizar el respeto a las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la Nación y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos por lo que este Protocolo no vulnera las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía.

<sup>422</sup> La Decisión núm. 77-90, de 30 de diciembre dice: “*Teniendo en cuenta, por otro lado, que en el artículo 189, párrafo 2 del Tratado de 25 de marzo 1957 se establece que los reglamentos adoptados por el Consejo y la Comisión de las Comunidades Europeas son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicable en Estados miembros; se deduce que la fuerza vinculante que se sujeta a las disposiciones contenidas en el mismo y no están sujetas a intervención de las autoridades de los Estados miembros y en particular del Parlamento francés; que la intervención de las autoridades se limita a la adopción de las modalidades de aplicación que dejan a su iniciativa las regulaciones de la UE (...). En este caso no hay lugar para el Consejo Constitucional para plantear otras cuestiones de cumplimiento de la Constitución en relación con otras disposiciones de Derecho sujetas a revisión (...). Decide que las disposiciones sujetas a revisión por el Consejo Constitucional no son contrarias a la Constitución.*”

instancias de una organización internacional que fueran conformes a las reglas previstas en los Tratados constitutivos y no necesitasen ratificación. El Consejo Constitucional considera que no puede controlar la adecuación del Derecho comunitario a la Constitución respecto a un acto interno ulterior de aplicación. Cuando la norma interna es la consecuencia necesaria de la ejecución de los compromisos suscritos por Francia en el marco del Tratado de Roma, el Consejo Constitucional refuta *a priori* todo reproche de inconstitucionalidad de esta norma, pues ello supone poner en tela de juicio indirectamente la constitucionalidad del sistema comunitario mismo. El Tratado de Roma debe ser incuestionable desde su entrada en vigor, es el escudo entre la Constitución y la Ley sometida al examen del Consejo Constitucional<sup>423</sup>.

Consecuencia de lo anterior el Consejo Constitucional va a considerar que, de conformidad con el artículo 61 de la Constitución, no le corresponde el examen de la conformidad de una ley con una disposición o un tratado internacional<sup>424</sup>. Lo que significa que el control de la compatibilidad de una ley con los compromisos internacionales o europeos corresponde a los tribunales ordinarios, pues esta falta de compatibilidad, en principio no tiene que suponer un agravio constitucional. Según el artículo 55 de la Constitución: “*Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte*”, lo que supone que la observancia de este principio debe hacerse por los tribunales ordinarios y no bajo el control de la conformidad de las leyes con la Constitución. El Consejo Constitucional se reserva el control de constitucionalidad mientras que a los tribunales ordinarios les corresponde el control de convencionalidad.

Sin embargo, las instancias judiciales siguiendo la tradición del País, se negaban a descartar la aplicación de una ley francesa contraria a un tratado internacional cada vez que la ley era posterior al tratado. Esta jurisprudencia fue reafirmada solemnemente en la Tercera República por la célebre Decisión de la Corte de Casación de 22 de diciembre de 1931<sup>425</sup>, en perfecta armonía con el Derecho constitucional de la Tercera República, que reposaba en la soberanía del Parlamento. A pesar de que en la IV República la Constitución del 27 de octubre de 1946, consagrarse explícitamente el principio de la superioridad de los tratados internacionales sobre la ley, al seguir reposando el sistema constitucional en la soberanía del Parlamento, los jueces no se atrevieron a cambiar abiertamente su jurisprudencia. Tampoco cambió el planteamiento de éstos tribunales con la V República y la Constitución de 1958.

Fue necesario esperar hasta mediados de los setenta para que la Corte de Casación produjese un espectacular cambio en su jurisprudencia<sup>426</sup>. En un célebre fallo emitido el 24 de mayo de 1975, la Corte de Casación declaró expresamente que el artículo 55 de la Constitución

---

<sup>423</sup> CIENFUEGOS, op. cit., pp. 543-544.

<sup>424</sup> Esta teoría ya lo venía diciendo desde sus comienzos, como lo demuestra reiteradas resoluciones, tales como: la núm. 74-54, de 15 de enero de 1975, núm. 77-83, de 20 de julio de 1977, núm. 91-293, de 23 de julio de 1993, núm. 96-375, de 13 de abril de 1996 o la núm. 98-405 de 29 de diciembre de 1998.

<sup>425</sup> La sentencia cuyas conclusiones eran del Procurador General Matter, dio lugar a que a partir de ella se hablase de la doctrina *Matter* como aquella de la primacía de la Ley, esto es, si estas en presencia de una contradicción entre un tratado y una ley ulterior, el juez debe presumir que la ley no pretende contradecir el tratado sino que ha preservado necesariamente su aplicación, de manera que puede hacer que prevalezca el tratado sosteniendo que no tienen exactamente el mismo objeto y que la ley no se aplica en los casos regidos por aquel. Debe aplicarse el principio de que la ley especial deroga la general. Por el contrario, si el conflicto es manifiesto y tienen idéntico objeto, el juez ordinario debe aplicar la ley, porque las instituciones judiciales no pueden conocer más voluntad que la ley. Si el conflicto es entre una ley anterior y un tratado, el principio de que la ley posterior deroga a la anterior también se aplicaría y en este caso el juez debe aplicar el tratado.

<sup>426</sup> FROMONT, M. (2002) “El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas” *Pensamiento Constitucional*, año VIII, núm. 8, pp. 370-382.

francesa autorizaba al juez a inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, incluso cuando este fuese anterior a la norma. Esta sentencia conocida como la del asunto *Cafes Jaques Vabre*<sup>427</sup> estableció la obligación de no aplicar la legislación francesa cuando estuviese en contradicción con los tratados internacionales en general y con las leyes de la Comunidad en particular, pues esto no es un control de constitucionalidad sino de convencionalidad, una mera interpretación, típica función de los jueces. Es función natural del juez aplicar una ley que posea “*mayor autoridad*” en lugar de una ley inferior que la contradiga y las leyes de la Comunidad (y, en general, los tratados internacionales) son leyes superiores, aun sin ser leyes de rango constitucional. Lo que ha supuesto, según Mauro Cappelletti<sup>428</sup>, que el control judicial de la legislación parlamentaria, impedido de entrar por la puerta principal de la Constitución nacional, haya entrado, de hecho, a través de la amplia ventana de un Derecho supranacional, pues, desde el caso *Cafés Jacques Vabre* se ha llegado a la paradoja de que, la prohibición de inaplicar las leyes ya no puede obligar a los jueces de Francia cuando la legislación francesa esté en contradicción no ya con los textos y tradiciones franceses, sino con una disposición de carácter supranacional. El control judicial ha quedado de esta forma amplificado en un cierto sentido, ya que se ha convertido en control judicial supranacional. Y, como dice este autor: “*el “formidable problema se hace aún más formidable: los jueces franceses no sólo tendrán que enfrentarse al desafío inherente a todo tipo de creatividad judicial, sino al nuevo e insólito desafío de la creatividad representado por un documento no nacional, así como al desafío aún mayor de tener que coordinar su propia creatividad con la de las demás jurisdicciones supranacionales”*”.

Como corolario de esta resolución, los tribunales nacionales empezaron a inaplicar las normas contrarias al Derecho comunitario y, apoyándose en el Tratado (ex artículo 177 TCEE) y no sobre la Constitución, acuden al Tribunal de Luxemburgo reconociendo así que el juez nacional es el juez de derecho común encargado de la aplicación del Derecho europeo. Por ello todo juez francés es competente, ante un conflicto entre tratados y ley posterior para descartar la aplicación de la norma interna contraria, o en caso de duda para acudir a la cuestión prejudicial ante el TJ, so pena de incurrir en denegación de justicia, consecuencia de una aplicación responsable del artículo 55 de la Constitución.

No será ésta sin embargo, la postura del Consejo de Estado que se negará durante mucho tiempo a garantizar la primacía de un acuerdo internacional sobre las leyes nacionales posteriores. Desde su conocida sentencia en el asunto de *Fabricantes de Sémola* de 1 de marzo de 1968, vino a refutar este principio, aun sin pronunciarse formalmente, cuando aplicó una normativa francesa ulterior sobre el régimen aduanero que impedía la aplicación del régimen de pre exacción previsto por el Reglamento comunitario de 4 de abril de 1962<sup>429</sup>. Negó tácitamente la primacía del Derecho europeo alegando que el juez no puede modificar por su sola voluntad su lugar en las instituciones. No puede censurar ni desconocer la ley haciendo prevalecer en consecuencia una ley ulterior. E incluso, mantuvo la negación del efecto directo de las directivas casi hasta finales de la década de los noventa, impidiendo con ello la remisión prejudicial del juez nacional que conocía del asunto, chocando frontalmente con la jurisprudencia del TJ y violando el artículo 177.3 TCE.

---

<sup>427</sup> CAPELLETTI, M. (1980) “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* núm. 13, enero-febrero, pp. 61-103. La jurisprudencia del Tribunal de Casación se puede ver en: [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/). En 1975, el Tribunal de Casación francés celebró una sesión con su más solemne y amplia composición, la *Chambre Mixte*, para decidir, en relación al caso *Administration des Douanes v Société Cafés Jacques Vabre*, una cuestión nueva y crucial: si los jueces franceses deberían negarse a aplicar una ley francesa debidamente promulgada, posterior a las leyes de la Comunidad Económica Europea pero en contradicción con ellas.

<sup>428</sup> CAPPELLETTI, M. op. cit., pp.72-74.

<sup>429</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado puede verse en: <http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence/>.

Así, en la Decisión núm.11604, de 22 de diciembre de 1978<sup>430</sup>, asunto *Cohn Bendit*, sobre una directiva y tomando como referencia la sentencia del TJ de 28 de octubre de 1975, asunto *Rutili*<sup>431</sup>, el Consejo de Estado sobre la base del artículo 189 TCE, rechaza su efecto directo y recuerda que las autoridades nacionales son las únicas competentes para hacer posible que las directivas produzcan efectos en el ordenamiento jurídico interno. Y, añadió que, cualesquiera que fueran las precisiones que contuvieren respecto de los Estados miembros, las directivas no podían ser invocadas por los nacionales de aquellos Estados en apoyo de un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo individual. La argumentación utilizada para ello, fue la aplicación de la teoría del acto claro, esto es, mientras que las normas son parte del Derecho interno tan pronto como se promulgan, las directivas requieren la adopción de normas nacionales de transposición para producir sus efectos jurídicos en el ámbito interno de un Estado. Por esta razón las directivas sólo obligan a los Estados, que son sus destinatarios, pues, por su propia naturaleza no pueden conferir derechos a los particulares sin mediar la transposición. El Consejo de Estado entendió que, el TJ no puede hacer un uso abusivo de la eficacia directa del Derecho europeo, pues, aunque las directivas sean claras y puedan tener, bajo ciertas condiciones ese efecto directo, no pueden sustituir a la norma estatal de transposición, aunque ello suponga dejar a los individuos sin protección. Finalmente recuerda el Consejo de Estado que además, el juez administrativo es sólo el juez de la legalidad de los actos del poder reglamentario. Según el Consejo de Estado, ese control de convencionalidad incumbía sólo al Consejo Constitucional, pues sólo esta institución podía asegurar el respeto del artículo 55 de la Constitución<sup>432</sup>. Pero, al adoptar esta posición, el Consejo de Estado se separó de la doctrina del TJ que en su sentencia de 4 de diciembre de 1974, asunto *Van Duyn*<sup>433</sup> estableció la invocación directa de la directiva (con reservas) cuando no existe transposición finalizado el plazo.

Si bien esta Decisión destacó por su contradicción con la jurisprudencia de Luxemburgo, los acontecimientos posteriores llevaron a la conciliación de las posiciones de ambos tribunales. Por un lado, el TJ aclaró su jurisprudencia en torno a las directivas en la sentencia de 5 de abril de 1979, asunto *Rattien*, en la que si bien reconoce que las directivas no son directamente aplicables “*tampoco se debe aplicar una disposición nacional incompatible con la Directiva que no se ha adaptado en el ordenamiento jurídico interno del Estado que la incumple*”<sup>434</sup>. Por otro, al basar el Consejo de Estado su teoría en la exclusión de la posibilidad de invocar el efecto directo de una directiva, admitía de forma implícita que las personas interesadas podían recurrir como demandantes la medida interna de adaptación que en su opinión entrase en conflicto con la directiva en cuestión. Los tribunales administrativos se apresuraron a aprovechar esta apertura, y esta técnica de litigio fue implementada por primera vez por el

---

<sup>430</sup> El Sr. Cohn Bendit fue objeto de una orden de deportación del Ministerio del Interior, el 25 de mayo de 1968, debido a su participación activa en los acontecimientos de mayo de 1968. El Sr Cohn solicitó al Ministerio la derogación de la orden por ser contraria a la Directiva adoptada el 25 de febrero de 1964 por el Consejo de las Comunidades Europeas, que le fue denegada. Por esta razón recurrió al Tribunal Administrativo de París, quien suspendió el procedimiento e interpuso ante el TJ una cuestión prejudicial sobre la interpretación que debía darse a esta Directiva. El Ministerio del Interior apeló al Consejo de Estado que revocó la decisión del Tribunal Administrativo de París y desestimó la petición del Sr *Cohn Bendit*.

<sup>431</sup> Ver en Primera Parte. Cap. 1. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, la STJCE de 28 de octubre de 1975, asunto C-36/75, *Roland Rutili v Ministre de L'intérieur*, p. 31.

<sup>432</sup> MEDHI, R. (2011), “French Supreme Courts and European Unión Law: between historical compromise and accepted loyalty”, *Common Market Law Review*, 48, UK, pp. 439-473.

<sup>433</sup> Ver en Primera Parte. Cap. 1. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, la STJCE 4 de diciembre de 1974, asunto C-41/74, *Van Duyn*, p. 31.

<sup>434</sup> Ver en Primera Parte. Cap. 1. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, la STJCE 5 de abril de 1979, asunto C-148/78, *Tullio Ratti*, p. 31

Tribunal Administrativo de Lyon, en un caso que planteaba un problema idéntico al del asunto *Cohn Bendit*<sup>435</sup>. Doctrina que también ha sido utilizada por el Consejo de Estado en su jurisprudencia posterior. Sin embargo, esta solución no daba cabida a todas las directivas, pues en aquellas que no se había adoptado ninguna norma de transposición, siguieron sin poder ser aplicadas lo que generó durante muchos años indefensión a los ciudadanos.

## **2.2. El control de convencionalidad por los tribunales ordinarios. Segunda década, años ochenta**

En esta década el Consejo Constitucional seguirá manteniendo sus posturas anteriores y reconoce la primacía del Derecho europeo sobre las leyes francesas siempre que se cumplan los postulados de soberanía y reciprocidad. Y desde la perspectiva particular de los derechos fundamentales, en su Decisión núm. 84-188, de 22 de mayo de 1985, añade que no afectasen a las condiciones esenciales de la soberanía nacional: en concreto, que la transferencia no fuera incompatible con el deber para el Estado de asegurar el respeto de las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la Nación y la garantía de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Sin embargo, en relación con la reciprocidad, cuando directamente se le plantea una cuestión en torno a su significado<sup>436</sup>, matizó su postura anterior, y en la Decisión núm. 80-126, de 30 de diciembre de 1980, entendió que no era necesaria cuando lo que se pretende es armonizar la legislación nacional con las disposiciones derivadas de un tratado incluso cuando éstas no sean aplicadas por el conjunto de las partes signatarias, pues la reciprocidad afecta a los tratados o acuerdos sobre leyes, no es una condición de conformidad de las leyes con la Constitución. Así pues, mientras que la reciprocidad es una condición para la primacía del Derecho comunitario, no constituye un parámetro para apreciar la constitucionalidad de la ley<sup>437</sup>.

Respecto al control de convencionalidad de las leyes, en la Decisión núm. 86-1082, de 21 de octubre de 1988, citando su Decisión 86-216 de 3 de septiembre de 1986, el Consejo Constitucional vuelve a reiterar que la regla enunciada por el artículo 55 de la Constitución se impone incluso ante el silencio de la ley, por lo que corresponde a los diversos órganos del Estado vigilar la aplicación de los convenios internacionales en el marco de sus respectivas competencias. El juez constitucional verifica de manera objetiva y abstracta la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación por el artículo 61, mientras que el juez ordinario verifica la aplicabilidad de tales leyes a los casos concretos, tomando en debida consideración principalmente su compatibilidad con las disposiciones de los tratados anteriores, bajo reserva de que estén en vigor, sobre la base del artículo 55. Cuestión que se le plantea por primera vez en relación con el Derecho comunitario en 1989, y dictó la Decisión de 29 de

---

<sup>435</sup> Sentencia del Tribunal Administrativo de Lyon de 25 de octubre de 1979.

<sup>436</sup> La cuestión que se le planteó fue que el artículo 13 de la Ley de Finanzas de 1981, destinado a armonizar la legislación nacional con las disposiciones adoptadas en este sentido por las autoridades de la CEE en virtud del Tratado, infringían el artículo 55 de la Constitución y no podía aplicarse, pues, algunos países miembros de la CEE no cumplían con todos los requisitos que le imponían los Tratados y sus disposiciones de aplicación y por lo tanto, contrariamente a la apreciación realizada por el Parlamento, la reciprocidad que se requiere para la aplicación de esta sección no se cumplió.

<sup>437</sup> FJ. 6 de la Decisión núm. 80-126, de 30 de diciembre de 1980: “...que la regla de reciprocidad establecida en el artículo 55 de la Constitución, si afecta a la superioridad de los tratados o acuerdos sobre las leyes, pero no es una condición de conformidad de las leyes con la Constitución; que por lo tanto y cualesquiera que sean los motivos que guiaron a los legisladores a hacer referencia a este artículo no pueden invocar con éxito el artículo 55 de la Constitución para impugnar la conformidad del artículo 13 de la Ley de Finanzas de 1981 con la Constitución”.

diciembre de 1989, en la que desestimo el caso, por no ser competente para examinar la conformidad de una ley a las estipulaciones de un tratado o de un acuerdo internacional, y precisó que esta autolimitación de sus competencias era válida cualquiera que fuere la fuente del Derecho europeo en cuestión.

Esta forma de proceder incitó de forma necesaria a los órganos jurisdiccionales ordinarios, pues al generarse un vacío jurídico, éste sólo podía ser llenado por los jueces ordinarios, quienes aplicaron la doctrina de la primacía del Derecho comunitario establecida por el TJ sobre la base de la superioridad de los tratados sobre las leyes internas, conforme al artículo 55 de la Constitución y la jurisprudencia del Consejo Constitucional.

La Corte de Casación, igual que en la década anterior, aplica las normas comunitarias, sobre la base del artículo 55 de la Constitución. En su Resolución de 15 de mayo de 1985<sup>438</sup>, hace constar el principio de primacía del Derecho europeo sobre las leyes francesas y por ello resolvió diciendo que: “*La normativa francesa sobre el precio de combustible al por menor es inaplicable debido a la primacía del Derecho comunitario*”. Sin embargo su verdadero avance en cuanto a la aplicación del Derecho comunitario se dará en la década siguiente.

En esta misma línea la Corte de Casación va a obligar a todos los tribunales ordinarios a aplicar el Derecho comunitario, y, en su caso, si fuere necesario a plantear cuestión prejudicial al TJ. Destaca así, la Decisión de 10 de diciembre de 1985, asunto *Administration des Douanes c SA Roquette Frères*, donde la Corte de Casación, después de haber indicado que el artículo 177 del TCE “*obliga a cualquier jurisdicción nacional a tener en cuenta la respuesta de la medida en que este Derecho comunitario se aplica a los hechos de la causa...*” declaró que la sentencia que se le había sometido debía ser anulada ya que el Tribunal de Luxemburgo “*único competente para limitar los efectos en el tiempo de la no validez de los reglamentos en cuestión*”, había, en el marco de la cuestión planteada, indicado al juez nacional la consecuencia de la no validez de los reglamentos comunitarios (y que) el Tribunal de apelación no había extraído de la sentencia del 15 de octubre de 1980 del TJCE, las consecuencias que debía. O también la Decisión de 10 de julio de 1989, *Bodson v Société des Pompes funébres* núm. 8510727, en la que la Sala de lo Mercantil de la Corte de Casación anuló una resolución mediante la cual un tribunal de apelación en un procedimiento sumario, había prohibido a una empresa cualquier actividad. La Corte de Casación le recuerda al juez de apelación que en el procedimiento sumario tenía que averiguar y apreciar si la situación examinada era manifiestamente ilícita en relación con el artículo 86 del Tratado de Roma pues todo juez es responsable de aplicar el Derecho comunitario<sup>439</sup>.

Por su parte el Consejo de Estado francés, también va a mantener su postura anterior, hasta el punto de que la Comisión Europea manifestase al Gobierno francés, por carta de 7 de marzo de 1979, su inquietud por la Decisión *Cohen* y por las consecuencias que llevaría aparejadas para la autoridad del TJ y la aplicación uniforme del Derecho europeo. En efecto, casi hasta finales de esta década, el Consejo de Estado sigue desconociendo el principio de primacía del Derecho comunitario y la eficacia directa de la normativa europea.

La Decisión de 27 de abril de 1988, núm. 63772, *Société Bernard Carant*, del Consejo de Estado es un ejemplo claro de ello, y, como en la década anterior afirma que “*la empresa demandante no podía utilizar como argumento que el decreto impugnado no ha tenido en*

---

<sup>438</sup> Decisión núm. 84 de 15 de mayo de 1985, Resolución que dicta conforme a la STJCE de 10 de enero de 1985 asunto C-229/83, *Leclerc*, que establece que el artículo 30 del TCEE se opone a una normativa nacional que prevé el establecimiento por las autoridades nacionales de un precio mínimo para los precios al por menor.

<sup>439</sup> No faltan resoluciones en las que no ha acudido al reenvío prejudicial y aplica la teoría del acto claro de forma equivocada, como la Decisión de 12 de noviembre de 1986, núm. 85 95751.

cuenta las disposiciones de los artículos 30 y 34 del Tratado de la Comunidad Europea, puesto que se adoptó tomando como fundamento la citada Ley de 21 de julio de 1983, que es posterior a la entrada en vigor de dicho Tratado”. Sin embargo, el Consejo de Estado sólo aplicará esta doctrina en relación con las leyes nacionales posteriores.

Respecto a las directivas, la postura del Consejo de Estado será la de seguir negando el efecto directo de las mismas y su no aplicación en caso de ausencia de transposición, tal y como se desprende de la Decisión de 2 de febrero de 1988, Asociación “*Club de chasse du Vert Galant*”, núms. 25275, 25276 y 57837. O la Decisión de 16 de junio de 1986, SARL “*Cabinet Mantout (Société de courtage d’assurances)*”, que la Directiva debía haber sido transpuesta y no se hizo, el Consejo de Estado no la aplicó dictando una resolución manifiestamente contraria a la sentencia del TJ de 22 de enero de 1984, asunto C-70/83, *Kloppenburg*.

Sin embargo esta doctrina no la aplicara ni a los reglamentos ni a los Tratados, así, en la Decisión núm. 28467, de 28 de septiembre de 1984, en el asunto *Confederation nationales des sociétés protectives des animaux*, el Consejo de Estado manifestó su preocupación por el Decreto de transposición de la directiva, pues el mismo establecía un régimen contrario a los objetivos perseguidos por la directiva, por lo que, en cumplimiento del principio de primacía del Derecho comunitario, y para satisfacer las obligaciones del artículo 1 de la Convención Europea para la Protección de los Animales, y el artículo 189 del Tratado de Roma, la autoridad reguladora debía emitir regulaciones idénticas o equivalentes a la de la Convención y objetivo de la Directiva. Concluye así el Consejo de Estado que un Decreto de transposición de una directiva debería definir con suficiente precisión los principios que se propone adoptar para lograr el resultado deseado por la directiva, por ello, en el presente caso declara la derogación del Decreto y solicita el que se dicten nuevas órdenes ministeriales en las que se establezcan las medidas adecuadas para la aplicación de estos principios. Vuelve a utilizar estos argumentos en su Decisión núm. 74052 de 3 de febrero de 1989, asunto *Compagnie Alitalia*, en la que obliga al Gobierno a adaptar las disposiciones nacionales incompletas a los requisitos de la legislación europea.

Por otro lado, el Consejo de Estado va a acudir poco a la cuestión prejudicial y no va a reconocer la jurisprudencia del TJ como fuente del Derecho, lo que le lleva a resolver de forma abusiva recurriendo a la teoría del acto claro. Tal será el caso de la Decisión de 26 de julio de 1985, *Office national interprofessionnel des céréales*, donde el Consejo de Estado, en contra de la sentencia del TJ de 15 de octubre de 1980, asunto C -109/79, *Maïseries de Beauce v Onic*, considera que no entra dentro de los límites de la cuestión planteada por el juez de fondo y no puede imponerse a éste con autoridad de cosa juzgada. O la Decisión de 13 de diciembre de 1985, *International Sales and Support Corporation*, después de recordar el contenido de la Sentencia del TJCE de 21 de junio de 1983, asunto C-90/82, *Comisión v Francia*, entendió que la Decisión del Ministro de Economía no era en absoluto contraria a las disposiciones del Derecho europeo a que hacía referencia la sentencia. O la Decisión de 19 de noviembre de 1986, *Sociedad SMANOR*, en la que interpreta y aplica el Derecho comunitario de forma que como mínimo debería haber resuelto Luxemburgo<sup>440</sup>.

Pero, será, la Decisión núm.108423, asunto *Nicolo* de 20 de octubre de 1989<sup>441</sup>, donde el Consejo de Estado acepta el abandono de su doctrina anterior y reconoce la primacía del

---

<sup>440</sup> Ver también la de Decisión 23 de diciembre de 1987 núm. 70127 y 70128 o Decisión de 7 de octubre de 1987, asunto *Consort Genty*.

<sup>441</sup> Se presentó un recurso ante el Consejo de Estado con objeto de obtener la anulación de las actividades electorales desarrolladas el 10 de junio de 1989 para la elección de representantes al Parlamento Europeo, aduciendo que dichas elecciones estaban viciadas por la participación de los ciudadanos franceses de los departamentos de los territorios de ultramar, así como por la presencia de algunos de estos en las listas de candidatos. Para rechazar el



Derecho comunitario, así como acepta la autoridad de las sentencias del TJ, para los supuestos en los que haya contradicción entre un Tratado con una ley posterior. Para este cambio, se apoyó en el artículo 55 de la Constitución como ya lo habían hecho el Consejo Constitucional y la Corte de Casación y abandonó la tradición francesa que sustentaba lo contrario. Dejó de inaplicar la ley interna contraria al Derecho europeo bajo el paraguas del artículo 55 de la Constitución, aunque sin ninguna referencia a los caracteres propios del Derecho comunitario revelados por la jurisprudencia comunitaria como había hecho la Corte de Casación.

### **2.3. El reconocimiento constitucional del proceso de integración europea. Tercera década, años noventa**

La primera reforma constitucional que integró referencias explícitas a la UE tuvo lugar a raíz de la Decisión 92-308 de 9 de abril de 1992<sup>442</sup>, relativa a la constitucionalidad del Tratado de Maastricht. En esta Decisión, el Consejo Constitucional sentó su jurisprudencia sobre la integración europea y estableció los parámetros de compatibilidad entre la Constitución y los Tratados europeos. Declaró que el respeto a la soberanía nacional no obstaba para que Francia pudiera asumir compromisos internacionales mediante la transferencia de competencias consentidas por los Estados miembros. Pero, en caso de que estos compromisos internacionales vulnerasen las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional, la autorización para ratificarlos requeriría una revisión constitucional. Con estas premisas, el Consejo Constitucional partiendo de que la soberanía pertenece al pueblo francés (que la ejerce a través de sus representantes y por la vía de *referendum*) declaró que tales compromisos internacionales no podrían entrar en vigor si tuviesen cláusulas contrarias a la Constitución o cláusulas que afectasen a las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional. Ello dio como resultado la necesidad de revisar la Constitución en relación con el derecho al sufragio activo en las elecciones municipales y locales, la instauración de una política monetaria común y de cambios concernientes en a la moneda única y al Banco Central Europeo y el abandono de la regla de la unanimidad para la instauración de un régimen común de visados para la entrada y circulación de terceros Estados. El resto del TUE lo consideró conforme a la Constitución, lo que debería garantizarle inmunidad para el futuro.

Según recuerda Marie-José Garot<sup>443</sup> esta sentencia es también muy importante porque destaca el alineamiento del Consejo Constitucional con la jurisprudencia del TJ, cuando define a la Comunidad Europea como una organización internacional permanente dotada de personalidad jurídica y de poderes de decisión por el efecto de transferencia de competencias consentidas por los Estados miembros.

En esta línea el Constituyente francés introdujo, por Ley 92-554 de 25 de junio de 1992, un nuevo Título XV “*de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea*”<sup>444</sup>, cuyo artículo 88-1 constituye el fundamento de la participación de Francia en la UE.

Una vez controlada la conformidad de un compromiso internacional y decretado la necesidad de revisión constitucional, se garantiza la inmunidad del Derecho europeo y en

---

recurso el Consejo de Estado destacó que en virtud de las disposiciones del artículo 55 de la Constitución es el juez administrativo el encargado de revisar la compatibilidad entre los tratados internacionales y las leyes, incluso con una ley posterior francesa.

<sup>442</sup> Decisión núm. 92-308, de 9 de abril de 1992. Ver en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

<sup>443</sup> GAROT, M.-J. (2008) “La Constitución Francesa y el Derecho Comunitario: un repaso de la historia de las relaciones entre dos ordenamientos jurídicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 34-35, pp. 167-190.

<sup>444</sup> Artículos 88.1-88.4.

principio no se puede efectuar por el Consejo un nuevo control de constitucionalidad sin atentar a la cosa juzgada de sus decisiones. Sin embargo en la citada Decisión, para evitar futuras contradicciones, deja la puerta abierta a la posibilidad de efectuar un nuevo control, siempre que se le solicite, tras la aprobación de la reforma constitucional y antes de la adopción de la ley de ratificación del Tratado. Así, después de la reforma constitucional volvió a dictar una nueva resolución, la Decisión núm. 92-312, de 2 de septiembre de 1992, en la que controló de nuevo la constitucionalidad del TUE con la reforma constitucional y declaró que no había objeciones a la constitucionalidad del Tratado comunitario. Esta Decisión consagró la primacía de los Tratados comunitarios sobre las leyes francesas, aunque sometidos a la exigencia de la reciprocidad.

La misma fórmula reaparece en la Decisión núm. 97-394, de 31 de diciembre de 1997, referente al Tratado de Ámsterdam lo que dio lugar a la reforma constitucional de 25 de enero de 1999, previa a la ratificación del Tratado de Ámsterdam. El Alto Tribunal tuvo que comprobar si las transferencias de competencias en cuestión podían, por su naturaleza referirse a un ámbito relativo al ejercicio de las competencias soberanas esenciales, y si también, se podían efectuar de acuerdo con unas modalidades que atentan de manera más o menos importante al ejercicio de la soberanía. Las únicas incompatibilidades que vio el Consejo Constitucional entre la Constitución y el nuevo Tratado fueron relativas a las disposiciones sobre política migratoria. El Consejo consideró que el nuevo Tratado podía ir en contra de la soberanía con el nuevo sistema de adopción de decisiones, que pasaba de la unanimidad a mayoría cualificada, cinco años después de la entrada en vigor del Tratado, en materias tales como: asilo, inmigración o paso de las fronteras interiores. El Consejo llegó a afirmar que el respeto de la soberanía exige unanimidad de los Estados, porque la unanimidad, mediante el ejercicio del derecho de veto, preserva la soberanía, pues el paso de la regla de la unanimidad a la de la mayoría cualificada puede hacer que las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional se vean afectadas, por lo que es necesario modificar la Constitución en estas materias. La revisión sugerida por el Consejo dio como resultado un nuevo artículo 88-2 y la modificación del artículo 88-4.

Con la revisión constitucional es posible superar cualquier contradicción entre Constitución y Tratados, adecuando la Constitución a estos últimos, pues el Consejo no considera que existan límites materiales a la revisión constitucional. Según la jurisprudencia del Consejo Constitucional no existen principios con valor supraconstitucional,<sup>445</sup> y por tanto Francia no tiene límite en el proceso de integración en Europa, con la mera modificación constitucional, caso por caso, y antes de la ratificación del correspondiente Tratado se permite esta integración.

En relación con el control de convencionalidad de las leyes y en particular de transposición de normas de Derecho comunitario derivado, la jurisprudencia del Consejo Constitucional se mantiene constante, negándose a controlar la constitucionalidad por corresponder a los tribunales ordinarios. Doctrina que va a intentar mantener incluso cuando ha sido instado a pronunciarse sobre un proyecto de ley de ejecución del Derecho comunitario derivado de los Tratados. En la Decisión de 20 de mayo de 1998, fruto de la solicitud del Primer Ministro, fue instado a pronunciarse sobre la Ley orgánica relativa al ejercicio por parte de los extranjeros europeos del derecho al voto y a la elegibilidad en las elecciones municipales, el Consejo consideró, que el artículo 88-3 de la Constitución había subordinado expresamente la constitucionalidad de esta ley a su conformidad con las normas comunitarias y que, en consecuencia, se desprendía de la propia voluntad del constituyente conceder al Consejo Constitucional el poder garantizar que esa ley respetara tanto el artículo 8-B del Tratado, como la Directiva de 19 de noviembre de 1994, adoptada para su aplicación.

---

<sup>445</sup> CELOTTO, A. y GROPPPI, T. op. cita, en concreto Francia, pp. 306-313.

En consonancia con la jurisprudencia constitucional, los tribunales ordinarios serán los encargados de aplicar el Derecho europeo y en esta línea van a responder tanto la Corte de Casación, como el Consejo de Estado.

En concreto la Corte de Casación va a reconocer en esta década de nuevo el principio de primacía del Derecho comunitario. Así, la resolución de 21 de febrero de 1995, *Société United Distillers Francia y otros v Agente Judicial del Tesoro Público y otros*, se considera una de las sentencias más importantes en materia de reconocimiento de la primacía y eficacia directa del Derecho europeo, pues, en ella la Corte de Casación reconoce como falta grave el que las autoridades francesas dictan normas contrarias al Derecho europeo<sup>446</sup>. Por su parte, en la Decisión núm. 94-13347 de 6 de mayo de 1996, la Corte de Casación rechazó una excepción de violación establecida por una Ley francesa y su Decreto de desarrollo, basando sus argumentos en la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional tal como resultaba de los artículos 86 y 90 del Tratado, por entender que: “*Las disposiciones de esta Ley nacional podrían impedir el libre ejercicio de la competencia*”, y en concreto tal y como se desprendería de la sentencia del TJ de 25 de noviembre de 1986, asunto C -218/85, *CERAFEL*.

En la Decisión núm. 210 de 20 de octubre de 1998 (apelación núm. 96-19277), vuelve de nuevo a aplicar el principio de primacía del Derecho europeo. La Sala de lo Mercantil de la Corte de Casación procede a darle un nuevo contenido al Código de organización judicial, y anula el auto recurrido. Para ello utiliza como argumentos el artículo 55 de la Constitución y un principio extraído de la doctrina *Simmenthal* del TJ, a tenor de la cual: “*sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición nacional o cualquier práctica legislativa, administrativa o judicial que tuviese como efecto menoscabar la eficacia del Derecho comunitario por el hecho mismo de negar al juez competente para la aplicación de este ordenamiento, el poder de hacer en el momento mismo de aplicarlo, todo lo que sea necesario para prescindir de las disposiciones legislativas nacionales que obstaculicen, incluso temporalmente, la plena eficacia de las normas comunitarias*”. La Corte de Casación fallo, en aplicación de esta jurisprudencia comunitaria, que el Tribunal de Apelación era competente para resolver sobre la solicitud de suspensión provisional, toda vez que el auto del juez de la ejecución, al rechazar la petición de aplazamientos presentada por el revendedor, había ordenado en realidad su continuación. Este fallo de la Sala de lo Mercantil de la Corte de Casación hace, pues, del principio de primacía una aplicación especialmente nítida<sup>447</sup>, pues, da a las normas procesales del Código Orgánico del Poder Judicial una interpretación nueva para permitir al juez garantizar la plena eficacia del Derecho europeo, y dichas normas quedan dotadas de un contenido que antes no tenían: el poder que se reconoce al Tribunal de Apelación de suspender los efectos de una sentencia ejecutoria, siendo así, que sólo disponía del de ordenar que se suspendiera la ejecución de las decisiones del juez de la ejecución.

---

<sup>446</sup> El origen del asunto lo constituye el contencioso que enfrentaba a la Comisión europea con la República de Francia sobre la publicidad de los alcoholes franceses. Contencioso sobre el que tuvo que pronunciarse el TJ en dos sentencias de 27 de febrero y 10 de julio de 1980, en las que se declararon contrarios al Tratado los artículos L17 y L18 del Código relativo a las normas de publicidad sobre los alcoholes. Tras estas sentencias el Ministro de Justicia hizo caso omiso de la jurisprudencia del TJ y aprobó una circular, el 10 de octubre de 1980, la Corte de Casación recordó que el efecto directo del Derecho comunitario implica que las autoridades nacionales no pueden en modo alguno aplicar una disposición nacional reconocida como incompatible con el Tratado, y la circular del Ministro, hace caso omiso del alcance de las sentencias del TJ por lo que su adopción constituye una falta grave.

<sup>447</sup> Cour de Cassation “la pratique de la fonction juridictionnelle” ver en [http://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2006\\_2284/etude\\_cour\\_2290/office\\_juge\\_2291/pratique\\_fonction\\_juridictionnelle\\_9983.html](http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/etude_cour_2290/office_juge_2291/pratique_fonction_juridictionnelle_9983.html).

Junto con la primacía del Derecho europeo también va a reconocer la eficacia directa de los Tratados. En la Decisión de 27 de febrero de 1996, afirma que el artículo 85 del TUE sobre la competencia, puede ser invocado con eficacia directa, en materia de publicidad de automóviles, para excluir los efectos de una cláusula contractual limitativa de la publicidad en el territorio objeto de la concesión<sup>448</sup>. Por su parte, la Resolución núm. 22, de 26 de enero de 1999, tras recordar a los tribunales la obligación, que de conformidad con el artículo 55 de la Constitución tienen de garantizar cumplimiento del Derecho comunitario, recuerda que para aplicar el artículo 93.3 del TUE hay que comprobar si la ayuda estatal francesa fue notificada a la Comisión Europea, “*por el efecto directo*” que tiene esta prohibición establecida en el citado artículo del Tratado, de aplicación a cualquier medidas de ayuda propuesta y que haya sido ejecutada sin haber sido notificada a la Comisión, y, que crea a favor de las personas afectadas derechos que los órganos jurisdiccionales deben proteger.

En esta misma línea y, en relación con los reglamentos comunitarios en la Decisión núm. 61, de 27 de febrero de 1996, establece que cuando una materia se rige por un Reglamento comunitario, en este caso por el Reglamento CEE 2081/92 del Consejo, relativo a las denominaciones genéricas, es en relación a este Reglamento con el que los jueces deben determinar su resolución<sup>449</sup>. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar la norma comunitaria originaria entre particulares y con eficacia directa, cuando entre en conflicto con la nacional o incluso cuando éstas no existan, como si se tratasen de normas nacionales.

Tampoco van a faltar sentencias en las que la Corte de Casación aplica la jurisprudencia del TJ como fuente del Derecho, tal es el caso de la Decisión de 4 de junio de 1991, asunto *Doyen y otros v Société des pompes funébres des régions libérées* en la que la Corte de Casación anula una sentencia del Tribunal de Apelación debido a que, al aplicar el artículo 86 del TUE sin referirse a las condiciones y criterios considerados por el TJ en su jurisprudencia para aplicar dicho artículo, el Tribunal de Apelación no fundamentó jurídicamente su decisión. O la Decisión de 7 de abril de 1998, asunto *Laubeuf*, en el que la Corte de Casación anuló una resolución del Tribunal de Gran Instancia de 6 de julio de 1995<sup>450</sup>.

Incluso el Tribunal Administrativo de Dijon en su sentencia de 5 de enero de 1999, consideró que con arreglo a la sentencia dictada por el TJ en el asunto C344/85, *Fotofrost* de 22 de octubre de 1987, que si bien los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden declarar nulos los actos de las instituciones comunitarias, pueden, sin embargo, desechar los medios de anulación que consideren infundados basándose en principios tales como el de proporcionalidad<sup>451</sup>.

---

<sup>448</sup> La Corte de Casación entendió que la cláusula limitativa de la publicidad era inaplicable por ser contraria al artículo 85 del Tratado.

<sup>449</sup> Si las denominaciones “*Rillettes de Le Mans*” y “*Rillettes de la Sarthe*” que se han hecho de los nombres comunes de un producto alimenticio, pueden, en aplicación del artículo 2 del precitado Reglamento, ser consideradas contrarias a la normativa comunitaria, pues la referencia a la regulación de la UE se opone a cualquiera de las denominaciones en cuestión.

<sup>450</sup> El litigio se refería a la reclamación fiscal de la Sociedad Laubeuf que se había presentado fuera del plazo nacional. Sin embargo, el Tribunal de Gran Instancia la declaró admisible, al aplicar la sentencia del TJ de 25 de julio de 1991, asunto C- 208/90, *T. Emmott v Minister for Social Welfare and Attorney General*. La Corte de Casación anuló la resolución alegando que hubiera tenido que aplicar la sentencia del TJ de 2 de diciembre de 1997, asunto C-188/95, *Fantask A/S e.a v Industriministeriet*, que había aparecido entre tanto. En esta misma línea se pronuncia la Decisión de 19 de octubre de 1999, asunto *Directeur Général des impôts Sologest S.A.* núm. 1560, en la que la Corte de Casación vuelve a desestimar los recursos que se le interponen haciendo alusión a otras sentencias del TJ distinta de la sentencia (también del TJUE) que se había utilizado como argumento para el recurso.

<sup>451</sup> Aunque en esta Sentencia el Tribunal Administrativo de Dijon consideró que la demanda, al limitarse a simples alegaciones, sin precisar en qué sentido se había incumplido el principio de proporcionalidad en la Decisión

Ahora bien, las resoluciones judiciales de esta década en torno al Derecho derivado ponen en evidencia la pusilanimidad de los jueces franceses, en concreto en relación con las directivas.

La Decisión núm. 64 de 27 de febrero de 1996, de la Corte de Casación aprovecha el cambio de criterio que hace el TJ en su sentencia de 26 de febrero de 1986, asunto C-52/84, *Marshall*, en la que establece la falta del efecto directo de las directivas. Este nuevo argumento lleva a la Corte de Casación a resolver en esta Decisión judicial recordándole al Tribunal de Apelación que no puede rechazar la solicitud de rescisión de un contrato por entender que la orden de la que trae causa (de 8 de julio de 1977) ha caducado tras la aprobación de la Directiva comunitaria de 20 de julio de 1989, aunque ello sea necesario para armonizar la legislación francesa en línea con la directiva comunitaria, pues la Directiva en sí, no tiene efecto directo. En la Decisión de 14 de marzo de 1996, conocida como asunto *Taieb* relativa a un asunto sobre la comercialización de terminales telefónicos y de su puesta en marcha, la Sala de lo Penal de la Corte de Casación, conforme a la sentencia del TJCE, 9 de noviembre de 1995, asunto C-91/94, *Denkavit International and other v Bundesamt für Finanzen*, entendió que, aunque la Ley de Telecom francesa de 1990 no se oponía a la Directiva comunitaria debe dejarse de aplicar la normativa sancionadora, por estar el mecanismo de aprobación y control, por falta de competencia, bajo el monopolio de France Telecom y no cumplirse las garantías de independencia e imparcialidad que exige el artículo 6 de la Directiva 88/301 / CEE de acuerdo con los artículos 30, 86 y 90 del Tratado. La presión de los fabricantes y los consumidores y la necesidad de crear la competencia dentro del mercado único, llevó a las autoridades francesas a hacer frente, no sin reticencias a la modificación de la Ley y a la aprobación de la Ley de Telecomunicaciones de 1996<sup>452</sup>.

La negación de la eficacia horizontal de las directivas en las relaciones entre individuos, lo intentará compensar la Corte de Casación con la teoría de la interpretación conforme, lo que significa que aplicará, en la medida de lo posible, la legislación nacional conforme al Derecho europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, en aras a integrar en el ordenamiento nacional la normativa europea. Por ello en la Decisión de 9 de julio de 1996, la Sala de lo Civil de la Corte de Casación especifica que al ser la interpretación del derecho la función ordinaria del juez nacional, aunque la Directiva comunitaria vincule sólo al Estado miembro, y, por ello no tenga derecho a optar por la adaptación del Derecho nacional al Derecho comunitario, si le obliga a interpretar este derecho nacional a la luz de los propósitos de la Directiva<sup>453</sup>. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte de Casación en materia de productos defectuosos ofrece numerosos ejemplos, teniendo en cuenta que la República Francesa ha sido condenada dos veces por el TJ por no haber incorporado la Directiva 85/374/CEE<sup>454</sup>. Las resoluciones de este tipo muestran cómo la jurisprudencia de la Corte de Casación busca aplicar el Derecho

---

del Consejo de 28 de julio de 1989, la demanda no era lo suficientemente precisa como para hacer surgir una duda seria sobre la validez de la Decisión del Consejo, y, en consecuencia plantear una cuestión prejudicial al TJUE.

<sup>452</sup> Aunque la Directiva 88/301/CEE del Consejo, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones no impedía a los Estados miembros establecer un mecanismo de control de los aparatos terminales para la protección de los consumidores y el buen funcionamiento de la Red. Sí requería que los organismos que participasen en los mecanismos de control y aprobación fueran independientes e imparciales, en particular respecto a los productos y servicios de consumo objeto de competencia. Este no era, el caso de Francia, ya que los mecanismos de control y aprobación dependían de las revisiones técnicas hechas por un laboratorio controlado por France Telecom.

<sup>453</sup> Lo que no sería el caso, en el ámbito de las transfusiones de sangre pues, la Directiva 85/374/CEE del Consejo objeto del presente recurso relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, “*da a los Estados miembros la opción de introducir, en este caso, excepciones de derecho interno.*”

<sup>454</sup> SSTJUE de 25 de abril de 2002, asunto C-52/00, *Comisión v Italia*, o de 14 de marzo de 2006, asunto C-177/04, *Comisión v Francia*.

comunitario mediante una interpretación coherente de la legislación nacional con los principios establecidos por el TJ y buscando la integración en el orden interno de la legislación comunitaria<sup>455</sup>.

Esto va a significar, que durante esta década la Corte de Casación, empieza a considerarse responsable de aplicar escrupulosamente el Derecho europeo, ora inaplicando la norma interna contraria o en conflicto con el Derecho comunitario ora interpretando conforme al Derecho europeo o alineándose con la doctrina del TJ mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales (por ejemplo en resoluciones tales como la de 4 de enero de 1994 o 27 de febrero de 1996, etc.) en un intento por construir un dialogo entre los tribunales nacionales y los tribunales comunitarios, no sólo a efectos de resolver los conflictos sino también pedagógicos y aclaratorios.

Por su parte el Consejo de Estado en torno a al derecho originario de la UE, en la Decisión de 24 de septiembre de 1990, asunto *Boisdet*, reconoce y acepta la primacía de los reglamentos comunitarios sobre las disposiciones legales posteriores. Así declara incompatible con el Derecho europeo, el Decreto que ampliaba el ámbito de aplicación de unas reglas establecidas por una agrupación de productores de una región determinada<sup>456</sup>.

En relación con el derivado, en concreto las directivas, el efecto directo de las mismas se empieza a vislumbrar en la Decisión de 8 de julio de 1991, asunto *Palazzi* en la que se declara la ilegalidad de un Decreto relativo al derecho de residencia, debido a su no conformidad con los objetivos contemplados en la Directiva 64/221/CEE del Consejo. Será sin embargo la Decisión núm. 87753 de 28 de febrero de 1992, *Soc. Rothmans International France and SA Philipp Morris France (primer asunto), et Soc Arizona tobacco products and Philipp Morris France (segundo asunto)*, donde de forma rotunda va a dar prioridad al Derecho derivado de la Unión, hasta el punto de llegar a afirmar en los mismos términos que en su Decisión *Alitalia*, que las autoridades competentes están obligados a satisfacer las peticiones de derogación de una norma interna ilegal cuando sea contraria al Derecho comunitario, so pena de comprometer la responsabilidad del Estado.<sup>457</sup> En la resolución *SA Rothmans*, el Consejo de Estado admitía por fin, a las claras, la necesidad de verificar la compatibilidad de la ley nacional con los Tratados (sentencia *Nicolo*) y con los reglamentos (sentencia *Boisdet*).

Efectivamente el Consejo de Estado amplió su control a los casos en los que la ley es contradictoria con el contenido de una directiva comunitaria. Por otra parte, al referirse a sentencias de declaración por incumplimiento dictadas por el Tribunal de Luxemburgo, el Consejo de Estado juzgó que las disposiciones legislativas correspondientes eran incompatibles con los objetivos de la directiva y que, por consiguiente, los actos reglamentarios adoptados en aplicación de la ley (que son los únicos susceptibles de anulación por la jurisdicción administrativa) carecían de base jurídica. En la sentencia *Arizona Tobacco*, el Consejo de Estado siguió el mismo razonamiento, pero en este caso, la ilegitimidad de los actos reglamentarios implicaba responsabilidad del Estado y condenaba a éste a pagar a la empresa denunciante una suma correspondiente al perjuicio efectivamente sufrido. Es más, con esta

---

<sup>455</sup> En particular para los productos defectuosos, la técnica de interpretación conforme de la legislación nacional con la comunitaria, antes de que se produjese, finalmente la transposición de la Directiva, en la Decisión núm. 95 de 3 de marzo de 1998, supuso un cambio radical de criterio doctrinal de la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en punto a los principios de responsabilidad civil de los fabricantes para acogerse así al espíritu de la Directiva.

<sup>456</sup> Para ello argumenta que este Decreto no podía tener como base jurídica las disposiciones del artículo 7 de la Ley de 4 de julio de 1980, dado que, esa Ley, era incompatible con el Reglamento núm. 1053/72/CEE del Consejo de 18 de mayo de 1972, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de las frutas y hortalizas.

<sup>457</sup> Ver en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007817502>.

sentencia, el Consejo de Estado asume el principio de responsabilidad de los Estados miembros por el incumplimiento del Derecho europeo, que el TJ había reconocido en sus sentencias *Francovich* y *Factortame*, pero sin mencionar la citada jurisprudencia. Esta sentencia aplica a los casos de violación del Derecho comunitario la norma común de responsabilidad en materia de Derecho administrativo, mientras que decisiones anteriores había sometido este tipo de casos a la incertidumbre del reconocimiento de la responsabilidad objetiva.

Además en su Decisión de 3 de diciembre de 1999, asunto *Association ornothologique et mammalogique de Saone-et Loire*, optó por una interpretación de la Constitución en términos generales a favor de la primacía y la plena eficacia del Derecho derivado comunitario. Donde dijo que el Gobierno francés debe dictar normas respetando el Derecho europeo, lo que supone a veces el tener que purgar el Derecho interno. El argumento utilizado para ello, fue que el Gobierno tiene un plazo para transponer el Derecho derivado de la Unión, por cuanto las directivas establecen un periodo razonable de tiempo, y por lo tanto el Gobierno tiene tiempo para actuar y decidir cuál es la medida más adecuada para la transposición de la norma comunitaria. Más aún, ya no vacila en inaplicar las leyes cuando no cumplen con la normativa comunitaria, y llega incluso a adoptar esta postura tan estricta cuando la infracción del Derecho de la UE se origina en el derecho pretoriano, es decir desde la judicatura<sup>458</sup>. En otras palabras, las autoridades reguladoras deben abstenerse de adoptar cualquier medida de aplicación incompatible con el Derecho europeo. Pues, las actuaciones de ilegalidad basadas en una extralimitación de sus facultades ofrecen a los ciudadanos garantías sustanciales de protección, mediante las resoluciones de los tribunales de anulación de estas medidas de aplicación contrarias al Derecho comunitario, con autoridad de cosa juzgada, o como si tales medidas nunca se hubieran aprobado<sup>459</sup>.

Incluso en la Decisión de 15 de abril de 1996, asunto *Union nationale des pharmacies et autres*, el Consejo de Estado entendió que era necesario un control incluso antes de que expirara el plazo para la incorporación de la directiva al Derecho nacional, de la compatibilidad del proyecto de Decreto con las disposiciones de la directiva comunitaria.

En la Decisión de 30 de octubre de 1996, asunto *SA Cabinet Revét et Badelon*, admitió que, cuando el plazo de incorporación de una directiva ha expirado, la Administración tiene obligación de suprimir las disposiciones de Derecho interno que se opongan a aquella, cualesquiera que sean las disposiciones nacionales y la naturaleza de la incompatibilidad.

Sentencias todas ellas que, junto con casi todas las de esta época, consagran la tendencia del Consejo de Estado a otorgar el máximo efecto a una directiva comunitaria cuando entra en contradicción con una norma interna. Aunque el problema seguía siendo cuando el Estado no había dictado media alguna y la directiva no era directamente aplicable.

Un ejemplo muy curioso se da con la Decisión de 20 de febrero de 1998, referente a la ciudad de *Vaucresson* que plantea la interesante cuestión de si un texto por el que se incorpora

---

<sup>458</sup> Decisión del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1998, asunto *Teté et association de sauvegarde de l'ouest lyonnais*.

<sup>459</sup> Ver también la Decisión de 17 de marzo de 1993, en la que confirmaba el principio de no aplicación de las disposiciones de carácter legislativo del artículo 256 del Código General de Impuestos por ser incompatibles con la Sexta Directiva del Consejo relativa al sistema común del IVA. O la Decisión de 11 de marzo de 1994, en la que el Consejo de Estado anuló un Decreto adoptado en aplicación de una directiva por considerar que tal decreto constituía un abuso de poder, porque el poder reglamentario había omitido consultar de antemano a la Comisión y que por lo tanto no se había respetado el procedimiento previsto por la directiva, precisando a este respecto que las autoridades nacionales son competentes para decidir el modo de ejecución de las directivas y para fijar los medios susceptibles de hacer que surtan efecto en derecho interno, pero dichas autoridades no pueden legalmente aprobar por Decreto disposiciones reglamentarias que sean contrarias a los objetivos definidos en la directiva en cuestión.

una directiva puede prever disposiciones transitorias que tengan efecto de posponer la fecha de entrada en vigor de la directiva más allá de su fecha límite de incorporación. El TJ en su sentencia de 9 de agosto de 1994, asunto C-396/92, *Bund Naturschutz in Bayern e.v. R Standsdorf e.a c Freistaat Bayern*, consideró que la Directiva 337/85/CEE relativa a la evaluación de las incidencias..., excluye que los procedimientos incoados con posterioridad a la fecha de expiración del plazo de transposición puedan quedar fuera de su ámbito de aplicación, pero, no se pronunció sobre la aplicación de la directiva a la situación en curso en la fecha límite de incorporación de la directiva. En contra de la posición de la Comisión, el Abogado General había considerado que los Estados miembros podían eximir de la evaluación medioambiental a los proyectos cuyo procedimiento de aprobación se iniciara antes de la fecha límite de incorporación de la Directiva. El Consejo de Estado siguió esta línea y entendió que el Decreto de incorporación no era aplicable a los contratos cuyo titular fuera informado antes del 22 de julio de 1990, pues sería contrario al principio de seguridad jurídica y de respeto a la confianza legítima, exigir que se apliquen inmediatamente las nuevas obligaciones de publicidad impuestas en la Directiva, que obviamente pueden poner en cuestión al beneficiario de la concesión. Por lo que las disposiciones de que se trata no son contrarias a los objetivos de la mencionada Directiva, dado que la excepción prevista sólo se refiere a los contratos respecto de los cuales, antes de la fecha en la que la Directiva debía producir sus efectos, la autoridad de adjudicación hubiera ya efectuado la elección de un concesionario y éste hubiera ya realizado determinados estudios y trabajos.

Respecto a los actos administrativos, va a mantener su jurisprudencia constante desde la Decisión de 22 de diciembre de 1978 (asunto *Cohn Bendit*). En la Decisión de 23 de julio de 1993, asunto *Compagnie Générale des Eaux c Lechat*, el Consejo de Estado deniega directamente a una empresa la posibilidad de invocar directamente el desconocimiento de una directiva, pues cualesquiera que sean las precisiones que contengan las directivas destinadas a los Estados miembros, los ciudadanos de dichos Estados no pueden invocar tales directivas en apoyo de un recurso dirigido contra un acto administrativo no reglamentario. O en la Decisión de 7 de marzo de 1994, vuelve a confirmar su jurisprudencia, según la cual, el control de compatibilidad de los textos reglamentarios con el Derecho comunitario no se extiende a los actos administrativos que no tienen carácter reglamentario<sup>460</sup>. Este respeto de la primacía del Derecho comunitario no lo aplica sin embargo a las disposiciones de naturaleza constitucional. La Decisión de 27 de octubre de 1998, asunto *Sarran*, afirma que esta supremacía del artículo 55 de la Constitución no se aplica a las disposiciones de naturaleza constitucional. Dice así el Consejo de Estado que: “*la supremacía conferida por el artículo 55 de la Constitución de los compromisos internacionales no se aplica en la legislación nacional, a las disposiciones constitucionales*”<sup>461</sup>. Formulación que la Corte de Casación confirmó el 2 de junio de 2000 en la sentencia *Fraisse*<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> En el asunto en cuestión el Consejo de Estado se negó en particular a controlar la legalidad de un Decreto prefectorial con la Directiva 85/337/CEE.

<sup>461</sup> Añade así esta Decisión que: “*los artículos 3 y 8 del Decreto de 20 de agosto de 1998, no son contrarios al artículo 55 de la Constitución, aunque no tengan en cuenta lo establecido en los compromisos internacionales, pues se limitan a la correcta aplicación del párrafo segundo del artículo 76 de la Constitución...*” Ver <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT00000800849>.

<sup>462</sup> La Decisión del Consejo de Estado de 3 de julio de 1996, ya esbozaba lo dicho en la sentencia de 30 de octubre de 1998, lo que a su vez se reitera en la de 3 de diciembre de 2001. En relación con la Corte de Casación destaca la de 2 de junio de 2000 en el asunto *Melle Fraisse*.



## 2.4. La primacía del Derecho constitucional. Primera década del siglo XXI

### 2.4.1. *El control de constitucionalidad compartido del Derecho comunitario*

La cuestión del control de constitucionalidad del Derecho comunitario derivado estaba sin resolver en Francia y por ello, en el marco de la revisión de la Constitución por el Tratado de Maastricht se propuso una modificación que permitiese someter todos los actos del Derecho derivado, comunitario o internacional a un control de constitucionalidad a través de la cuestión prejudicial, planteada por cualquier jurisdicción. La propuesta no prosperó y habrá que esperar a la siguiente reforma constitucional para que se avanzase en torno a esta cuestión.

En efecto, mediante el Dictamen núm. 368282, del Consejo de Estado de 26 de septiembre de 2002, relativo a la Decisión Marco sobre la orden de detención europea se produce un primer pronunciamiento en torno a esta cuestión. El Gobierno acudiendo a la Ordenanza de 31 de julio de 1945, que le permite consultar la jurisdicción suprema sobre cualquier cuestión de derecho, preguntó a este Tribunal si cabía aplicar una norma de Derecho derivado comunitario que posiblemente vulneraba la Constitución. El Consejo de Estado dictó su opinión consagrando la inconstitucionalidad de la Decisión Marco por ser contraria a un principio fundamental reconocido por las leyes de la República francesa en materia de extradición. En palabras del Consejo de Estado: “*el artículo 88-1 de la Constitución no impide trasponer la Decisión marco siempre y cuando no vaya en contra de la Constitución o de uno de sus valores o bien contra de las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional*”. Oyendo las recomendaciones del Consejo de Estado, el Constituyente adoptó por Ley núm. 2003-267, un nuevo apartado 3 del artículo 88-2 de la Constitución para permitir la transposición de la Decisión Marco<sup>463</sup>.

Sin embargo como recuerda Olivia Tambou<sup>464</sup>, el asunto de la Orden de detención europea, no hizo sino poner sobre la mesa los dos grandes problemas en torno al Derecho europeo: el primero, averiguar cómo resolver los conflictos entre el Derecho comunitario y el constitucional tanto originario como derivado y, el segundo, relacionado con el anterior, quién debe ser el órgano garante del cumplimiento conforme a la Constitución.

Respecto a la primera pregunta, habría que distinguir entre el Derecho originario y derivado de la Unión, pues en torno al primero, la Decisión del Consejo Constitucional núm. 2003-469, de 26 de marzo de 2003, responde a ello de forma clara, al inadmitir un recurso, en el que se le planteaba la inconstitucionalidad de la Ley de reforma constitucional núm. 2003-276, de 28 de marzo de 2003, relativa a la organización descentralizada de la República, por entender que afectaba a las características esenciales de la forma de Estado, en concreto la indivisibilidad y la igualdad. En esta Decisión, el Consejo entendió que no tenía ni por el artículo 61, ni por el artículo 89, ni por ninguna otra disposición de la Constitución el poder de decidir sobre una reforma constitucional, pues el poder constituyente en Francia es plenamente soberano. Lo que ha derivado en lo que Louis Favoreu<sup>465</sup>, denomina banalización de estas reformas constitucionales, pues, ante cualquier contradicción entre el Derecho constitucional francés y del Derecho europeo, el constituyente francés lo resuelve reformando la Constitución.

---

<sup>463</sup> Para más información sobre esta cuestión ver: <http://www.robertschuman.eu/fr/syntheses/0084-le-mandat-d-arret-europeen-et-la-constitution-francaise>. Consultado el 7 de octubre de 2014.

<sup>464</sup> TAMBOU, O. (2004), “El Consejo constitucional francés y la relación del derecho comunitario con la Constitución francesa: a propósito de la importante sentencia del Consejo Constitucional francés del 10 de junio (2004-496 DC), *REDE*, núm. 12, octubre-diciembre, pp. 609-629.

<sup>465</sup> FAVOREAU, L. (1991) “Làpport du Conseil constitutionnel au droit public”, en *Pouvoirs* núm. 13, *Le Conseil constitutionnel*, abril 1980, juillet 1991, pp. 17-31, en concreto pp. 24-25.

Prueba manifiesta de ello será la invitación al Consejo Constitucional para pronunciarse, de nuevo sobre la constitucionalidad del Tratado sobre la Constitución Europea que, como es bien sabido reconocía entre otras cosas el principio de primacía del Derecho europeo. Y, conforme a la política seguida en las décadas anteriores, el Título XV de la Constitución vuelve a ser reformado el 1 de marzo de 2005, para permitir la ratificación por Francia del Tratado que establece una Constitución para Europa. Esta revisión constitucional, como exigía la Decisión núm. 2004-505, de 19 de noviembre<sup>466</sup>, introduce dos nuevos artículos en este título, consecuencia de la obligatoriedad que el Consejo impuso por su Decisión.

Sin embargo, lo verdaderamente importante de esta reforma y su anterior Decisión constitucional, serán las cuatro cuestiones siguientes. La primera, que la Decisión del Consejo Constitucional sobre el Tratado de una Constitución para Europa pierde la oportunidad para fijar de forma clara el sistema de fuentes del Derecho francés, ya que obligado a pronunciarse sobre ello, pasa de puntillas y reitera lo dicho en su jurisprudencia anterior. La segunda, por ser la República de Francia junto con Holanda los dos únicos países que dijeron no por *referendo* a una Constitución para Europa, lo que demuestra un cierto hastío hacia las políticas europeas. La tercera porque la reforma constitucional de 1 de marzo de 2005, contempló la desaparición de la reserva de reciprocidad, pues carecía de alcance jurídico en el marco del Derecho de la Unión, con el consiguiente respiro que esto supuso para el Consejo Constitucional. Y, finalmente la cuarta, y quizá más relevante, por el cambio de dirección que se opera en el Consejo Constitucional, pues por primera vez va a reconocer un cierto control de convencionalidad del Derecho derivado de la Unión.

En efecto la Decisión 2004-505, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, dedica algunos párrafos al reconocimiento del principio de primacía del Tratado constitucional. Fiel a su jurisprudencia, el Consejo va a examinar si hay disposiciones contrarias a la Constitución que ponen en entredicho los derechos y libertades constitucionalmente garantizados o afectan a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional, en relación con el principio de primacía, la Carta de los Derechos Fundamentales, las nuevas políticas, los nuevos mecanismos de funcionamiento de la Unión y finalmente las nuevas prerrogativas reconocidas a los parlamentos nacionales en el marco de la Unión.

Pero, el problema con el que se encontró fue el tener que conciliar el principio de primacía consagrado en el artículo I-6 del Tratado Constitucional con el artículo 55 de la Constitución francesa, pues, según la Constitución francesa, cualquier tratado internacional es superior a la ley pero inferior a la Constitución. Planteado así el artículo I-6 del Tratado Constitucional, al Consejo no le quedó más remedio que pronunciarse. Para resolver el dilema consideró primero que la denominación del nuevo Tratado (“Constitución Europea”) no cambiaba nada la naturaleza del Tratado (tiene todas las características de un tratado, tal y como lo demuestran las modalidades de entrada en vigor, de revisión o de denuncia) y por lo tanto al rango que ocupaba la Constitución francesa en la jerarquía de las normas. Lo que confirma también el papel del propio Consejo Constitucional como guardián del orden jurídico interno francés. Dicho eso, la Decisión se centró en examinar los artículos I-1, I-5, I-6 y I-7 del nuevo Tratado, a la luz del artículo 88-1 de la Constitución francesa que consagraba, según el Consejo, “*la existencia de un orden jurídico comunitario integrado en el orden jurídico interno y distinto del orden jurídico internacional*”, formula ya empleada en la Decisión sobre el Tratado de Maastricht de 1992. El Consejo consideró que el principio de primacía tendría como límite las estructuras fundamentales políticas y constitucionales, es decir el propio artículo 55 de la Constitución que somete los tratados internacionales al respeto de la Constitución Francesa.

---

<sup>466</sup> Abstracción hecha del “no” por el *referendum* francés de 29 de mayo de 2005.

Con todo, utilizando esta fórmula, el Consejo no resuelve la contradicción sino que la mantiene, pues el artículo 55 de la Norma Fundamental choca a *priori* con el principio de primacía del Derecho comunitario que, desde las sentencias *Costa* y *Simmenthal* del TJ obliga a todos los Estados miembros: si cada Estado interpreta de esta manera el artículo I-5 del Tratado, la Unión se encontrará con el muro que los límites de las diferentes Constituciones de los Estados miembros establezcan al principio de primacía. Por ello, según Marie José Garot<sup>467</sup>, el principio de primacía así entendido no debe ser el fundamento de una nueva jerarquía de las normas, sino una regla de conflicto constitucionalmente aceptada, en particular desde la revisión de 25 de junio de 1992.

Por otro lado y para reforzar los argumentos anteriores, el Consejo examina en paralelo el artículo I-5 que proclama el respeto de la identidad nacional de los Estados miembros inherentes a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales. Así junto con el artículo 55 de la Constitución francesa, el Consejo Constitucional considera al citado artículo del Tratado como garante de que el principio de primacía tendrá el límite de las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de Francia. Sin embargo, con esta interpretación, el Consejo Constitucional se arriesga a que sea el Tribunal de Luxemburgo quien, asuma la última palabra en cuanto a la determinación de lo que se entiende por identidad constitucional francesa, pues, la jurisprudencia comunitaria ha desarrollado una progresiva doctrina de la deferencia hacia los ordenamientos constitucionales nacionales y los valores que los inspiran, hacia los derechos reconocidos por las Constituciones nacionales como límites de las libertades económicas<sup>468</sup>.

Francia, junto con Holanda, son los únicos países de la Unión que dijeron no por *referendum* a una Constitución para Europa. Francia, el 29 de mayo, voto el texto por *referendum*, en este caso vinculante, y, el resultado fue contrario a la Constitución Europea, con casi un 55% de votos en contra. Las razones de esta respuesta han sido muchas, así, entre otras, se dice que fueron: la dirección neoliberal de la integración económica, un mercado único social "desregulado" (como lo demuestra la controversia en torno a la Directiva de Servicios), el temor de perder el trabajo después de la inmigración de trabajadores procedentes de los nuevos Estados miembros, los salarios más bajos, las consecuencias de las nuevas políticas de ampliación (en particular la perspectiva de una posible adhesión a la UE de Turquía), el temor a una pérdida de influencia nacional y de identidad en una Unión Europea cada vez más grande, etc.<sup>469</sup>. Fueran cuales fueran, el *referendum* afectó a la reforma constitucional de 1 de marzo de 2005, pues se preveía su ejecución en dos tiempos. En un primer momento, modificar el artículo 88-1 para permitir la ratificación del Tratado constitucional y añadir un artículo 88-5. Y, una vez que el nuevo Tratado hubiera entrado en vigor, reformar de nuevo el artículo XV de la Constitución para adaptarlo a las nuevas competencias de la Unión. El rechazo de la Constitución, en mayo de 2005, llevó a abandonar la segunda fase de la reforma constitucional.

Pero, la verdadera novedad de esta década se va a dar en relación con el tratamiento jurisprudencial del Derecho derivado por el Consejo Constitucional con la Decisión de 10 de junio de 2004<sup>470</sup>, pues, tras el tenor literal del artículo 88-1 de la Constitución francesa se

---

<sup>467</sup> GAROT, M.-J. op. cit., pp.160-190.

<sup>468</sup> Ver Primera Parte, Cap. 1. pp. 50-54.

<sup>469</sup> MONTERO, M. M. (2005) <http://www.nuevaprensa.com.ve>. *Miércoles 22 junio 2005*, en este artículo se dice que para Habermas si se toma al pie de la letra la explicación de los noes socialistas franceses, los votos de una mayoría de los electores no iban dirigidos contra la continuación del proceso de construcción europea, fue más una reacción contra el Gobierno francés que una oposición real. En definitiva, el voto significó un "así no". El "¿entonces cómo?" es una pregunta que no se puede responder mediante un plebiscito. Ver también <http://www.thesis11.org.ar/por-que-francia-y-holanda-dijeron-no-a-la-constitucion-europea/#sthash.n3D9H05R.dpuf>.

<sup>470</sup> Decisión núm. 2004-496 de 10 de junio de 2004, lo que se reitera en la Decisión núm. de 27 de julio de 2006.

reconoce la presencia de una nueva exigencia constitucional: la de garantizar la transposición en el Derecho interno de una directiva comunitaria. El Consejo llamado a pronunciarse en sede de juicio preventivo en virtud del artículo 61 de la Constitución sobre los proyectos de ley de ejecución de directivas comunitarias resolvió, por primera vez, la posibilidad de enjuiciar la constitucionalidad de la norma interna que ejecuta una directiva comunitaria, en el caso de que la primera, al incorporar contenidos del acto comunitario, se ponga en conflicto con la Constitución. La Decisión sigue sosteniendo que no corresponde al juez constitucional sino al TJ verificar la constitucionalidad de la directiva tanto en lo referente a vicios de forma como a vicios sustanciales, como sería el caso de una violación de un derecho fundamental o la ausencia de respeto al reparto de competencias entre la Comunidad y Estados miembros establecido por el Tratado, y que, de hecho la ejecución del Derecho comunitario es un deber para el legislador francés, que queda vinculado al respeto de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Francia a la UE en virtud de lo dispuesto en el artículo 88-1 de la Constitución. Pero además, añade la coletilla de que éste legislador queda exonerado de esta obligación cuando una disposición constitucional expresa entra en conflicto con una norma resultado de la ejecución del Derecho comunitario. Con este comentario final, permite entender que la transposición de una directiva no puede ir en contra de una norma o principio inherente a la identidad constitucional de Francia, salvo que el constituyente francés así lo autorice<sup>471</sup>. Algunos autores han querido entender, que el Consejo Constitucional operando de esta forma, se alinea con la posición expresada por el TJ en la sentencia *Foto Frost*, de 22 de octubre de 1987, que niega a las jurisdicciones nacionales el poder declarar inválido los actos de Derecho derivado. Sin embargo el comentario final hecho por el Consejo permite deducir que para el Derecho derivado se imponen los mismos requisitos que para la ratificación de un Tratado, pues tal y como está redactado, se llega a la conclusión de que, a través del Derecho derivado no puede introducirse en Francia preceptos contrarios a las normas o los principios inherentes a la identidad constitucional de Francia. Según Stéphane Pinon<sup>472</sup>, con este planteamiento, se trata de ilustrar la delicada articulación entre los ordenamientos jurídicos respecto de, por una parte, la verdadera necesidad de tener en cuenta la primacía del Derecho de la Unión y, de otra, la verdadera dificultad para los jueces y los gobiernos nacionales de abandonar la visión de una Constitución como norma jurídica suprema.

En esta misma línea la Decisión de 27 de julio de 2006<sup>473</sup>, relativa a la transposición de una directiva vuelve a decir que ésta debe respetar expresamente la identidad constitucional y no podrá violar ninguna regla o principio inherente a la identidad constitucional francesa<sup>474</sup>. La

---

<sup>471</sup> [www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/jurisp496.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/jurisp496.htm)

<sup>472</sup> PINON, S. op. cit., p. 59.

<sup>473</sup> Decisión del Consejo Constitucional de 27 de julio de 2006, núm. 2006-540, que se pronuncia sobre la Ley de los derechos de autor y los derechos vecinos en la sociedad de la información de 30 noviembre 2006, núm. 2006-543 y la Ley relativa al sector de la energía.

<sup>474</sup> Recordemos que el Consejo Constitucional vuelve a reiterar lo mismo en la Decisión de 2008, núm. 2008-564 y en la Decisión de 12 de mayo de 2010, núm. 2010-605, al decir lo que sigue: 17. *Considerando que, de conformidad con el artículo 88-1 de la Constitución: "La República participa en la Unión Europea constituida por Estados que han elegido libremente poner en común algunas de sus competencias en virtud del Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como resultado del tratado firmado en Lisboa 13 de diciembre 2007 "... por lo tanto, la incorporación a la legislación nacional de una directiva de la UE es el resultado de una exigencia constitucional; 18. Teniendo en cuenta que se ha de someter al Consejo Constitucional, conforme a lo dispuesto por el artículo 61 de la Constitución la ley orgánica diseñada para incorporar la Directiva de la Comunidad en la legislación nacional,... su control para este fin está sujeta a dos límites; en primer lugar, la transposición de una Directiva no puede ir en contra de una norma o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, a excepción de que el otorgante haya dado su consentimiento; en segundo lugar, antes de la promulgación de la ley en el plazo establecido por el artículo 61 de la Constitución, el Consejo Constitucional no puede acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la base del artículo 267 el Tratado de*

novedad se dará en que esta Decisión, en su considerando 20 excluye expresamente a este órgano de la posibilidad de recurrir al TJ, a través del artículo 234 TUE, dejando esta posibilidad a los tribunales ordinarios. Sin embargo, no le impide realizar un control de la ley de transposición que podrá declarar contraria al artículo 88-1 de la Constitución, si contiene disposiciones legislativas manifiestamente contrarias a la Constitución, pues la transposición de una directiva no puede ir en contra de una norma o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia. Es decir, como en la Decisión anterior, el Consejo pone en cuestión su jurisprudencia, asunto *IVG*, y se atribuye un cierto control de convencionalidad, asumiendo con ello una competencia paralela a la del TJ, en cuanto a la correcta aplicación del Derecho comunitario en Francia, cuando entra en conflicto con la Constitución, pero negándose a plantear cualquier cuestión de interpretación del Derecho europeo que le podría guiar en su juicio sobre la ley nacional de transposición. Para Fabrice Picod<sup>475</sup>, tal toma de posición va en contra de una jurisprudencia constante del TJ que se ha esforzado por preservar la unidad del Derecho comunitario, pues al decir que las directivas no pueden ir en contra de la identidad constitucional francesa es susceptible de poner en cuestión, indirectamente la validez de la directiva. Esto es, como decía B. Mathieu<sup>476</sup>, el Consejo Constitucional confirma su participación en la construcción europea sobre la base de los requisitos constitucionales nacionales.

Pero los jueces constitucionales no fueron los únicos que intentaron proteger la identidad constitucional elaborando técnicas que limitasen la primacía del Derecho europeo. Los jueces ordinarios se acogieron también al concepto de identidad constitucional para garantizar la aplicación de la norma interna en contraste con la norma comunitaria.

En este sentido, esta superioridad constitucional frente a los tratados internacionales, también la reconoce la Corte de Casación en su Decisión de 2 de junio de 2000, asunto *Pauline Fraisse*.

Por su parte, el Consejo de Estado en la Decisión de 3 de diciembre de 2001, asunto *SNIP*, aplica a la normativa comunitaria contraria a la Constitución la teoría que venía aplicando con los actos administrativos de la Ley pantalla<sup>477</sup>. Entiende por ello que, si bien los principios

---

*Funcionamiento de la Unión Europea; en consecuencia, no puede declarar, de conformidad con el artículo 88-1 de la Constitución compatible disposición legal que tiene como objetivo transponer la directiva pues, son los tribunales administrativos y judiciales los encargados de ejercer el control de la compatibilidad de la ley con respecto a los compromisos europeos de Francia y, si es necesario, plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decisión prejudicial; 19. Teniendo en cuenta, sin embargo, que el cumplimiento de la obligación constitucional de transposición de las directivas no abarca a " los derechos y libertades garantizados por la Constitución".*

<sup>475</sup> PICOD, F. (2005) "Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de L'Union européenne", Cahiers du Conseil constitutionnel, núm. 18 (dossier: Constitution et Europe) juillet 2005.

<sup>476</sup> MATHIEU, M. B. (2008) "Les Décisions créatrices du Conseil constitutionnel", Colloque du Cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008, pp. 1-16. Ver en:

[http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank\\_mm/Colloques/mathieu\\_031108.pdf](http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/Colloques/mathieu_031108.pdf)

<sup>477</sup> GILLES, J. G. *La jurisdicción Contencioso administrativa francesa: evolución y reformas* Traducido del francés por María Valeria di Battista, pp. 1-17, ver en [http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/LA\\_JURISDICCION.pdf](http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/LA_JURISDICCION.pdf). Como recuerda este autor, la teoría jurisprudencial de la "ley pantalla", consiste en que cuando un acto administrativo ha sido tomado en aplicación conforme una ley, es imposible cuestionar su legalidad ante el juez administrativo alegando la excepción de inconstitucionalidad de la ley que lo fundamenta. La ley inconstitucional "se interpone" entre el acto administrativo y la Constitución. La jurisdicción administrativa (o judicial) no se declara competente para apreciar la conformidad de una ley a la Constitución (Decisión del Consejo de Estado de 10 de julio de 1954, asunto *Fed. Nac. de Consejos de Padres de Alumnos*, o Decisión de 15 de octubre de 1965, *Unión fed. de Magistrados y Reliquet*.). Es evidente que se trata de una autolimitación de misma índole y misma consecuencia que aquella que impide al Consejo Constitucional estudiar la conformidad de la ley a un tratado. De ello resulta que la aplicación de la jerarquía de normas por parte de la jurisdicción administrativa es sólo parcial, y que en el orden jurídico deja subsistir normas que se contradicen.

generales del Derecho comunitario tienen el mismo valor jurídico que los tratados y los jueces administrativos tienen que aplicarlos como fuente del Derecho y con valor superior a la legislación interna, el principio de primacía del Derecho europeo no puede conducir en el Derecho interno a desafiar la supremacía de la Constitución francesa. La supremacía que se aplica a los tratados internacionales sobre la legislación interna no se aplica sobre las disposiciones constitucionales. La alta jurisdicción reafirma así su jurisprudencia constante según la cual "*la supremacía (...) Conferida sobre los compromisos internacionales no se aplica, en el orden interno, a las disposiciones de naturaleza constitucional*"<sup>478</sup>. Esto confirma uno de los principales escollos en el diálogo entre el juez administrativo y el juez de Luxemburgo.

A su vez en otras resoluciones, como la Decisión de 21 de noviembre de 2005, asunto *M. Boisvert*, el Consejo de Estado, desarrolla la teoría de la abrogación implícita, en el sentido de que corresponde al juez administrativo constatar la abrogación de disposiciones legislativas cuando su contenido resulta contrario con un texto posterior o constitucional, lo que a su vez vuelve a reiterar en su Decisión núm. 287110, de 8 de febrero de 2007, conocida como asunto *Arcelor*. En esta última resolución el Consejo de Estado entendió que al estar frente a normas que reproducen el Derecho de la Unión pero que entran en contraste con principios constitucionales fundamentales, es necesario intervenir, en el sentido de que no cabrá aplicar la norma comunitaria salvo que suministre una protección equivalente a la reconocida por las normas constitucionales que se crean violadas. Es decir, en aras a ser respetuoso con las responsabilidades asumidas por Francia en sede comunitaria, el Consejo de Estado lleva a cabo, algo parecido a una traslación del parámetro de constitucionalidad interno a nivel supranacional<sup>479</sup>. Así va a dictaminar que para controlar las relaciones entre los ordenamientos, el juez administrativo, tiene que constatar que, a nivel europeo, se preste una protección equivalente a la de los principios constitucionales, de la cual se reclama la violación, por parte de la ley de transposición de la directiva comunitaria. Esta convergencia obliga pues al juez nacional, cuando se dé una violación del ordenamiento jurídico comunitario, a constatar que la disposición normativa nacional es conforme a los principios fundamentales del ordenamiento de la Unión; si la conformidad es evidente, podrá rechazar, sin ninguna demora la cuestión de prejudicial; si la conformidad es dudosa, tendrá que recurrir al TJ y conformarse con sus previsiones. En el caso de que el juez nacional reconozca que el principio constitucional, del cual se reclama la lesión, no tiene una correspondiente tutela en el ordenamiento europeo, solamente, el juez francés tendrá la función de evaluar la conformidad constitucional de las normas internas de actuación de Derecho interno.

Según Fausto Vecchio<sup>480</sup>, esta jurisprudencia se basa en la presunción de que toda la Constitución francesa, como expresión de la identidad constitucional nacional, goza de una indiscutible primacía sobre las disposiciones europeas, además, coloca al Consejo de Estado en la misma posición que el Consejo Constitucional e inscribe al juez administrativo en reclamante del control de los actos de ejecución del Derecho comunitario. Pero sobre todo abre al Consejo de Estado, hacia una mejor relación con el Tribunal de Luxemburgo, pues las decisiones administrativas apuntan ya a un reconocimiento de la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, el principio de seguridad jurídica basado en el Derecho alemán y consagrado en el Derecho europeo lo recoge el Derecho francés como principio general del derecho en la

---

<sup>478</sup> Decisión el 30 de octubre de 1998, *Sarran, Levacher y otros*, núm. 200286; Decisión de 3 de julio de 1996, *Koné*, núm 169219.

<sup>479</sup> VECCHIO, F. (2012) "primacía del derecho europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos" *REDCE*, año 9, núm.17, enero-junio 2012, pp. 67-102.

<sup>480</sup> VECCHIO, F. op. cit. p. 80.

Decisión de 24 de marzo de 2006, asunto *KPMG*, o la Decisión de 16 de julio de 2007, asunto *Societe Tropic Travaux Signalisation* que recoge los principios de la sentencia del TJ asunto *Defrenne*.

Por otro lado, es necesario recordar que también en esta década el Consejo de Estado reconoce la primacía del Derecho de la Unión en todos los campos salvo el constitucional y aunque ya había asumido plenamente la jurisprudencia del TJ en su Decisión de 28 de febrero de 1992, en la Decisión de 8 de febrero de 2007, asunto *Gestas*, da un paso más y dictaminó de forma análoga a la sentencia del TJ de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, *Kobler*, en el sentido de exigir esta responsabilidad al Estado si el contenido de una resolución judicial adolece de una infracción manifiesta del Derecho comunitaria que tuviese por objeto conferir derechos a los particulares. Lo que vuelve a reiterar en su Decisión de 30 de octubre de 2009<sup>481</sup>, cuando el Estado ha transpuesto una directiva de forma contraria a los objetivos perseguidos por la misma o fuera del plazo establecido en la misma.

Todo ello sin embargo no ha servido para impedir que Francia (ante la continua no transposición o transposición fuera de plazo de las directivas, así como su tardío reconocimiento por el Consejo de Estado) sea uno de los países más demandados hasta el año 2007 y además sea el primer país donde el TJ en su sentencia de 9 de diciembre de 2008, asunto C-121/07, *Comisión v Francia*, haya impuesto por primera y única vez una doble sanción o suma a tanto alzada, resultado de ser una República que no sólo infringe la obligatoriedad de la uniformidad del Derecho comunitario, sino que persiste en su infracción tanto en el tiempo como en la materia.

#### 2.4.2. *La pugna entre tribunales: el control prioritario de constitucionalidad*

Al asumir los tribunales ordinarios el papel de garantes del Derecho europeo, junto con el Consejo Constitucional, cuando el Derecho comunitario entra en conflicto con la identidad constitucional de Francia, el dialogo entre los jueces se torna en conflicto, pues el control de convencionalidad se encuentra en manos de los tres órdenes judiciales. En este diálogo, subsistía no obstante, una contradicción acerca de la garantía de los derechos fundamentales alegada por los justiciables franceses. Podían prevalecer en un proceso en nombre del respeto del Derecho internacional (control de convencionalidad) pero no en nombre de su propia Constitución (por la ausencia de un control de constitucionalidad a *posteriori*). Inevitablemente, la persona justiciable podía sentirse mejor protegida por los Tratados que por las prescripciones del texto constitucional.

Ante tal anomalía, la evolución parecía inevitable y el 23 de julio de 2008, se llevó a cabo una reforma constitucional que instauraba en Francia la cuestión prioritaria de constitucionalidad. Para resolver los problemas internos se llega a la conclusión de que los jueces ordinarios deben colaborar prioritariamente con el Consejo Constitucional y abandonar su práctica de un dialogo directo e inmediato con los jueces europeos. Así se aprobó la Ley

---

<sup>481</sup> En esta resolución núm. 298348, el Consejo de Estado no sólo reconoce el efecto horizontal de las directivas sino que además precisa la fecha límite de su transposición, al decir que: “ *Cualquier persona podrá solicitar la cancelación de las disposiciones reglamentarias que sean contrarias a los objetivos definidos por una directiva e impugnar una decisión administrativa para hacer cumplir, por acción o por vía de excepción, que después de la expiración del plazo, las autoridades nacionales no pueden dejar de regular o seguir aplicando las normas escritas o no escritas de la ley nacional que no sea compatible con los objetivos de la directiva...Cada demandante tiene derecho a emprender acciones contra un acto administrativo ilegal, disposiciones de una directiva cuando el Estado no ha adoptado en tiempo y forma las medidas de transposición necesarias...*”.

orgánica de 10 de diciembre de 2009, dictada en aplicación del nuevo artículo 61-1 de la Constitución<sup>482</sup>.

Con este nuevo control a *posteriori* de la constitucionalidad de las leyes, la garantía de los derechos fundamentales no pasa exclusivamente por los convenios internacionales, pues la propia Constitución puede ser alegada y las leyes que contienen disposiciones inconstitucionales dejan por fin de ser aplicadas. La Ley orgánica de 10 de diciembre de 2009, permite a cualquier persona, con motivo de un procedimiento, plantear la cuestión derivada del carácter contrario de una disposición legislativa con respecto a la Constitución. Esta cuestión podrá ser planteada ante todas las jurisdicciones y en cualquier etapa del procedimiento. Será remitida al Consejo de Estado o a la Corte de Casación que garantizarán que se cumplen los criterios de remisión. Luego la cuestión prioritaria de constitucionalidad obliga al Consejo de Estado o a la Corte de Casación a que sometan una cuestión prejudicial ante el Consejo Constitucional cuando surjan dudas ante una jurisdicción, sobre la conformidad de una disposición legal con los derechos y libertades garantizados por la Constitución. La única condición que exige el artículo 23-1 de la Ley orgánica es que debe presentarse en un escrito distinto y motivado, lo que como el propio Consejo Constitucional ha dicho permite garantizar el tratamiento rápido de la cuestión y asegurarse así de su carácter prioritario.

Si bien el constituyente quiere dar prioridad y destacar la preeminencia de la Constitución frente a cualquier ordenamiento, incluso el europeo, ha generado un desconcierto en los tribunales ordinarios y su obligación de plantear la cuestión prejudicial ante Luxemburgo cuando una ley nacional pudiera juzgarse incompatible con el Derecho de la UE. Se asiste por ello a un fuerte enfrentamiento entre los jueces ordinarios y constitucionales. De tal manera que incluso antes de la entrada en vigor de la Ley orgánica de 2009, consciente del problema que se genera, el Consejo Constitucional en la Decisión núm. 2009-595, de 3 de diciembre, explica en su Considerando 14 como debe ser entendido este control prioritario de constitucionalidad: “... que al imponer el examen de forma prioritaria de los motivos de constitucionalidad antes de los motivos derivados de la falta de conformidad de una disposición legislativa con los compromisos internacionales de Francia, el legislador orgánico consideró garantizar el cumplimiento de la Constitución y recordar su lugar en la cúpula del ordenamiento jurídico interno” y recuerda “que esta prioridad tiene como único efecto imponer, el orden de examen de las causas sometidas ante la jurisdicción a la que se recurre; que no restringe la competencia de esta última, de velar por el respeto y la superioridad sobre las leyes de los tratados y acuerdos legalmente ratificados o aprobados y de las normas de la Unión Europea; que, de este modo, no incumple ni el artículo 55 de la Constitución, ni su artículo 88-1...”

Sin embargo, estos argumentos no convencieron a la Corte de Casación que con la Decisión núm. 12003, de 16 de abril de 2010, siguió el ejemplo de Bélgica, puso en tela de juicio, todo el sistema estructural de la justicia constitucional francesa. Con la función de controlar la pertinencia de una cuestión de constitucionalidad planteada por el Tribunal de Lille,

---

<sup>482</sup> La cuestión prejudicial se fija en el artículo 61-1 que dice: “Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo”. Y en el artículo 62: “No podrá promulgarse ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional con base en el artículo 61. Una disposición declarada inconstitucional con base en el artículo 61-1 será derogada a partir de la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse. Contra las decisiones del Consejo Constitucional no cabrá recurso alguno. Se impondrán a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales”.



la Corte prefirió recurrir al instrumento procesal del artículo 267 TFUE y planteó una cuestión prejudicial ante el TJ sobre la compatibilidad del Derecho europeo, con una disposición nacional que limita al juez ordinario, la posibilidad de utilizar el reenvío prejudicial al juez europeo.

Prefiriendo adelantarse a la respuesta del TJ, y tranquilizarlo, el Consejo Constitucional llevó a cabo una apelación a la Constitución, en la Resolución núm. 2010-605, de 12 de mayo de 2010. Así, aprovechando la ocasión dada por un sindicato preventivo, relacionado con la constitucionalidad de una ley, la institución francesa intentó dar respuesta a las perplejidades señaladas por la Corte de Casación ante el TJ y aclaró su concepto sobre la relación entre el control de constitucionalidad y el control de conformidad con respecto a los tratados.

Según el Consejo, la ley *“no es inconvencional”* cuando indica que el Consejo Constitucional puede ejercer *“un control de conformidad de las leyes con los compromisos internacionales de Francia y, especialmente, con el Derecho comunitario”*. Puesto que de conformidad con los términos del artículo 55 de la Constitución, se confieren a los tratados, una autoridad superior a la de las leyes, lo que no prescribe ni implica que el respeto de este principio deba ser garantizado en el marco del control de la conformidad de las leyes con la Constitución. Por tanto, para aplicar el derecho reconocido por el artículo 61-1 de la Constitución, cualquier justiciable puede ver examinado por el Consejo Constitucional, a petición suya, el motivo resultante de que una disposición legislativa incumple los derechos y libertades garantizados por la Constitución. Pero, el control de su compatibilidad con los compromisos internacionales y europeos de Francia, incumbe a las jurisdicciones administrativas y judiciales; de este modo, el motivo resultante de la falta de compatibilidad de una disposición legislativa con los compromisos internacionales y europeos de Francia no puede verse como una queja de inconstitucionalidad; el examen de una queja tal, fundada en los tratados o el Derecho europeo, depende de la competencia de las jurisdicciones administrativas y judiciales.

El Consejo remarca que la autoridad que se aplica a la sentencias de esta institución Constitucional, en virtud del artículo 62 de la Constitución, no limita la competencia de las jurisdicciones administrativas y judiciales para hacer prevalecer estos compromisos comunitarios o internacionales sobre una disposición legislativa incompatible con ellos, aun cuando esta última haya sido declarada conforme con la Constitución, por ello dirá, *“el juez que tramita una cuestión prioritaria de constitucionalidad, cuya duración para ser examinada está estrictamente enmarcada, puede: por una parte, pronunciarse sin esperar la resolución relativa a la cuestión prioritaria de constitucionalidad, si la ley o el reglamento exige que se resuelva en un plazo determinado o de forma urgente y, por otra, tomar todas las medidas cautelares necesarias para cualquier eventual efecto de la ley incompatible con el Derecho de la Unión, garantizando así por un lado, la preservación de los derechos que los justiciables tienen en virtud de los compromisos internacionales y europeos de Francia y por otro la plena eficacia de la resolución jurisdiccional que deba pronunciarse”*.

Pero en lo que insiste de forma reiterada el Consejo Constitucional es en que el juez al que se somete un litigio en el que se invoca la incompatibilidad de una ley con el Derecho europeo haga, en cualquier momento, lo que sea necesario para impedir que las disposiciones legislativas que obstaculizan la plena eficacia de las normas de la Unión sean aplicadas en dicho litigio, sin que esto sea incompatible con presentar una cuestión prioritaria ante el Consejo Constitucional o, cuando sus resoluciones no son susceptibles de un recurso jurisdiccional de Derecho interno, de la obligación de presentar ante el TJ una cuestión prejudicial en cumplimiento del artículo 267 TFUE. Finaliza así esta resolución diciendo que *“no corresponde al Consejo Constitucional, al que se recurre en cumplimiento del artículo 61 o del artículo 61-1 de la*

*Constitución, examinar la compatibilidad de una ley con los compromisos internacionales y europeos de Francia; que, de este modo, pese a la mención en la Constitución del Tratado firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, no le corresponde controlar la compatibilidad de una ley con las estipulaciones de este Tratado; que, como consecuencia, la petición por la que se tiende a controlar la compatibilidad de la ley impugnada con los compromisos internacionales y europeos de Francia, especialmente con el Derecho de la Unión Europea, debe ser desestimada”.*

El Consejo de Estado, en su Decisión de 14 de mayo de 2010, asunto *Rujovic*, núm. 312305, abundó en este mismo sentido precisando que las disposiciones de la Ley orgánica de 10 de diciembre de 2009, no impiden que el juez administrativo, juez de derecho común en la aplicación del Derecho europeo asegure su efectividad, tanto en ausencia de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, como al término del procedimiento de examen de una cuestión de este tipo, o en cualquier momento de ese procedimiento cuando lo demanda la urgencia, para hacer cesar inmediatamente todo efecto posible de la ley contraria al Derecho de la UE; que por otra parte, el juez administrativo dispone de la posibilidad de plantear en todo momento una cuestión prejudicial ante el TJ, desde el momento en que se pueda proceder a ese reenvío en aplicación del artículo 267 TFUE.

Por su parte, la respuesta del TJ en su sentencia de 22 de junio de 2010, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, *Aziz Melki y Sélim Abdel*, no se hizo esperar y entendió que la normativa estatal que establece este procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales es oponible al Derecho europeo en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, que los órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJ. Por lo que, la compatibilidad de la Ley francesa con el Derecho comunitario (artículo 267 TFUE) queda condicionada a que los demás órganos jurisdiccionales sigan estando facultados para plantear cuestión prejudicial al TJ sobre cualquier cuestión que consideren necesario, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental del control de constitucionalidad, ya que lo contrario, podría llevar al Consejo Constitucional francés a realizar un control indirecto de la normativa comunitaria.

La incorporación del control a posteriori en Francia, según Marc Carrillo<sup>483</sup>, supone un paso más en favor de la homologación de la jurisdicción constitucional francesa conforme al modelo continental europeo y un evidente reforzamiento del carácter normativo de la Constitución. Ciertamente, la Decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971, por la que los derechos reconocidos en el Preámbulo forman parte del bloque de constitucionalidad, fue un modesto paso adelante en este sentido pero faltaba la garantía de un órgano constitucional superior con capacidad para declarar nula una ley, cosa que el juez francés no podía hacer. Y han convertido al juez constitucional francés en parte de la justicia comunitaria, pues si bien con el control preventivo, su pronunciamiento iba dirigido ante todo a las instituciones nacionales y en el ámbito del Derecho derivado a las jurisdicciones ordinarias, en particular a la Corte de Casación y al Consejo de Estado, tras la reforma, se convierte en verdadero garante del Derecho europeo.

---

<sup>483</sup> CARRILLO, M. (2010), “La cuestión prejudicial y otras garantías de los derechos, en la reforma de la Ley constitucional francesa, según la Ley constitucional de 23 de julio de 2008”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 2, pp. 587-600.

### 2.4.3. *Hacia una teoría multinivel. Segunda década del siglo XXI*

Los problemas de la segunda década del siglo XXI se centran principalmente en una pugna clara entre tribunales y para ello debería ser el juez constitucional quien a través de la cuestión prioritaria de constitucionalidad pueda ofrecer un reconocimiento específico de la construcción comunitaria legítimamente utilizable para las jurisdicciones nacionales.

Es por ello que en Francia además de plantearse el problema de la última palabra o del último árbitro de los conflictos entre el Derecho comunitario y el nacional en relación con el TJ, se plantea un conflicto entre los propios tribunales internos, pues las tres instancias judiciales, la constitucional, administrativa y ordinaria son las encargadas de garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario. Los problemas fundamentales surgen en torno a dos cuestiones:

La primera respecto a la materia objeto de control de constitucionalidad, pues la Ley orgánica de 2009, exclusivamente se refiere “*disposiciones legislativas que atentan contra los derechos y libertades que garantiza la Constitución*”.

Por disposición legislativa debe entenderse según la Decisión del Consejo Constitucional núm. 2009-595, de 3 de diciembre de 2009, cualquier tipo de norma con rango de ley, salvo el *referendum*, pues el Consejo Constitucional ya se declaró incompetente en relación con su control preventivo. Esta disposición legislativa debe de ser aplicable al litigio o al procedimiento o constituir el fundamento de las acciones judiciales; no puede haber sido declarada previamente conforme con la Constitución en los fundamentos y el fallo de una resolución del Consejo, salvo cambio de las circunstancias, conforme se establece en el artículo 62 de la Constitución. En relación con este cambio de las circunstancias<sup>484</sup>, el Consejo precisó que tenía como objetivo los cambios de alcance general, como son los cambios en las normas constitucionales o cambios en las circunstancias, de derecho o de hecho, que afecten al alcance de las disposiciones legislativas criticadas, y no las circunstancias propias del carácter específico que haya dado lugar al procedimiento con motivo del que se planteó la cuestión prioritaria de constitucionalidad. Pero, en todo caso la jurisdicción deberá examinar que la cuestión reviste de carácter serio y es grave y que el motivo deriva de la conformidad con la Constitución antes que de la conformidad de una ley con los compromisos internacionales de Francia. Respecto a “*los derechos y las libertades que garantiza la Constitución*” del artículo 61-1 de la Constitución, por muy amplia que sea, excluye enjuiciar la regularidad del procedimiento legislativo, o el respeto por el legislador de la delimitación entre la ley y el reglamento. Lo que además, así ha manifestado el Consejo Constitucional en su Decisión núm. 2010-5, de 18 de Junio de 2010, asunto *SNC Kimberly Clark* a propósito de la “*incompetencia negativa*” del legislador: en principio, no se puede invocar en el marco de una cuestión prioritaria, el desconocimiento de su propia competencia por parte del legislador, excepto “*en el caso en que resulta afectado un derecho o una libertad que la Constitución garantiza*”. Luego sólo puede cuestionarse la constitucionalidad de aquellas “disposiciones legislativas” serias y graves que atenten contra derechos y libertades garantizados por la Constitución y que no han sido previamente revisadas por el Consejo Constitucional.

Por derechos y libertades garantizados por la Constitución se entiende los derechos y libertades que figuran en la Constitución de 4 de octubre de 1958, tal y como fue modificada en varias ocasiones, el Preámbulo de la Constitución y los textos a los que remite el Preámbulo de la Constitución de 4 de octubre de 1958 (la Declaración de 1789, confirmada y completada por

---

<sup>484</sup> Ver la Decisión del Consejo núm. 2009-595, de 3 de diciembre de 2009, Ley orgánica relativa a la aplicación del artículo 61-1 de la Constitución, *Cahiers du Conseil constitutionnel* en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad.48006.html>.

el Preámbulo de la Constitución de 1946), los principios fundamentales reconocidos por las Leyes de la República, a los que remite el Preámbulo de 1946 y la Carta del Medio ambiente de 2004.

A pesar de este reconocimiento específico, en su jurisprudencia posterior ha matizado su alcance. Así en la Decisión núm. 2014-394, de 7 de mayo, fruto de una cuestión prioritaria del Consejo de Estado, en el asunto *Sociedad Casuca* o en la Decisión núm. 2014-373, de 4 de abril de 2014, asunto *SEPHORA*, recordó que una de las misiones del Consejo Constitucional es garantizar los derechos fundamentales de forma que no sean desproporcionados respecto a la materia objeto de la cuestión, esto es, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. Por ello, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general. Haciendo con ello muy indeterminado su contenido y, por lo tanto cuando deben acudir las jurisdicciones a la cuestión prioritaria de constitucionalidad.

Por otro lado, si bien tanto el Consejo de Estado como la Corte de Casación parten de la idea de que cuando hay un proceso específico, serio y grave para impugnar la ley por contraria a la Constitución, se debe interponer la cuestión prioritaria de constitucionalidad, pues en estos casos ni el Consejo de Estado ni la Corte de Casación pueden resolver conforme al artículo 61-1 de la Constitución, no consideran que, si lo que se suscita es un problema de interpretación de la norma, haya que acudir al Consejo Constitucional. La negativa por parte de la Corte de Casación a plantear una cuestión por entender que los recurrentes no cuestionan una disposición legislativa sino la interpretación que de la misma se ha hecho, ha generado una nueva polémica entre estos dos órganos. La respuesta del Consejo Constitucional no se ha hecho esperar y así en su Decisión 2010-39, de 6 de octubre de 2010, ha recordado que todo justiciable goza del derecho de cuestionar la constitucionalidad efectiva que una interpretación jurisprudencial confiere a tal disposición.

El segundo problema que se ha suscitado, ha sido en torno al alcance de las decisiones del Consejo Constitucional. El Consejo de Estado, mantiene el argumento de que el artículo 61-1 de la Constitución no puede interpretarse de forma análoga al artículo 267 TFUE, pues, aunque con la reforma de 2009, haya que mirar la jurisprudencia del Consejo Constitucional bajo una nueva luz, la tesis de su equiparación con el artículo 267 TFUE significaría reconocer un monopolio sobre la interpretación de la Constitución francesa por el Consejo Constitucional, lo que choca frontalmente con la tradición legal francesa y en concreto con el artículo 4 del Código Civil en el que cualquier juez tiene como misión interpretar y aplicar la norma que mejor sea conforme a Derecho. Por ello la postura del Consejo de Estado será la de entender que, si bien ha de tener en cuenta en el control de convencionalidad del Derecho comunitario las decisiones dictadas por el Consejo Constitucional con autoridad de cosa juzgada, no tiene por qué seguir esas mismas decisiones cuando simplemente proceden a ser decisiones interpretativas, pues son meras decisiones persuasivas, y, en estos casos, al Consejo de Estado le toca decidir en el caso concreto que está conociendo si esta interpretación es la que debe aplicar. Estas razones permiten entender el por qué, según Jaques Arrighi Casanova<sup>485</sup>, el Consejo de Estado en sus decisiones, no hace, en principio mención ninguna a las decisiones del Consejo Constitucional, ni a la jurisprudencia del TJ o del TEDH. Pero, no puede por ello interpretarse que existe un conflicto entre estos tribunales. Es simplemente que el Consejo de Estado fiel a su tradición no cita precedentes ni jurisprudencia de otros tribunales.

---

<sup>485</sup> ARRIGHI DE CASANOVA, J. (2011) "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État" *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 30, pp. 23-29.

En este laberinto de ordenamientos jurídicos relacionados pero, no clasificados, y de jueces, los tribunales supremos de los niveles constitucional, administrativo y judicial no deberían pugnar para resolver sino, como dijo el Consejo Constitucional ver, en el control de constitucionalidad anterior y posterior, el compromiso comunitario de Francia, pero, recordando a las instituciones comunitarias que este compromiso no es ilimitado y que los actos jurídicos de las instituciones o de los órganos europeos se deben mantener en el límite de los Derechos de soberanía que se les ha concedido. El juez constitucional debe ser el encargado por velar que no se infringen tanto desde fuera como desde dentro. Es decir, por un lado que las propias instituciones francesas cumplen con su deber de hacer efectivo el Derecho de la UE tanto originario como derivado, y, de otra que el citado Derecho europeo no vulnera la identidad nacional francesa.

Sin embargo, y a pesar de reiterar incluso después de la aprobación de la Ley orgánica de 2009, que no corresponde al juez constitucional la convencionalidad de la ley, paradójicamente ha planteado su primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, a través de la Decisión núm. 2013-314, de 4 de abril de 2013, *“en el deseo de articular, en línea con otros jueces europeos, las normas constitucionales, el derecho convencional, la legislación comunitaria y la legislación nacional”*.

Cuestión prejudicial, que, por otro lado tiene su origen en la Corte de Casación, por cuanto, provienen de la resolución núm. 1087, de 19 de febrero de 2013, de conformidad con el artículo 61-1 de la Constitución, como tema prioritario de constitucionalidad planteado por el Sr. Jeremy F., sobre el cumplimiento de los derechos y libertades garantizados por la Constitución, en concreto sobre si los artículos 695-46 del Código de Procedimiento Penal son conformes con el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y no entran en conflicto con el Derecho comunitario. Y que el TJ en la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-168/13, *Jeremy, F. v Primer Ministro*, ha resuelto entendiendo que no se produce una ruptura de la identidad constitucional francesa cuando se interpreta la norma de Derecho comunitario dentro de los parámetros de la CDFUE y la jurisprudencia del TEDH.

El cambio de criterio del Consejo Constitucional y su control de convencionalidad en este caso lo justificó por entender que la materia objeto de recurso se regulaba en el artículo 88.2 de la Constitución que establece que: *“La ley establecerá las reglas de la orden de detención europea en virtud de los actos de las instituciones de la Unión Europea”*. El Consejo Constitucional entendió que al depender la Ley francesa de las actuaciones de la Unión, la interpretación de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, sobre la Orden de detención europea, no son lo suficientemente claras como para sacar conclusiones, por lo que su interpretación corresponde en exclusiva al TJ.

Falta por averiguar si en el futuro acudirá al Tribunal de Luxemburgo para entrar en un verdadero control de convencionalidad o dejará en manos de las jurisdicciones ordinarias este control.

### 3. CONCLUSIONES

#### 3.1. El poder constituyente como contra límites

A pesar de que Francia tiene una Constitución claramente monista, pues el artículo 55 de la Constitución garantiza que *los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes*<sup>486</sup>, cualquier

---

<sup>486</sup> A reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.

norma interna, europea o internacional está jerárquicamente sometida a la Constitución fuente primaria del ordenamiento jurídico francés. Ello supone que si bien la tradición francesa establece un valor supra-legislativo al Derecho internacional no alcanza a las normas constitucionales, y, al no haber ningún precepto que regule las relaciones entre la Constitución y la norma internacional se pueda afirmar el valor infra-constitucional de la norma internacional, efecto que se extiende al Derecho comunitario. Lo que genera un verdadero problema pues, al integrar en un mismo sistema normativo dos ordenamientos con pretensión de validez, como son el constitucional y el europeo, lo que está en entre dicho es quien tiene la última palabra o decide en última instancia o sea, la llamada competencia de las competencias.

Por otro lado, el ordenamiento francés da al tema de la primacía del Derecho europeo, una solución distinta, según se trate de Derecho originario o derecho derivado.

En relación con los Tratados comunitarios, desde la Decisión 92-308 sobre la ratificación del Tratado de Maastricht, el Consejo Constitucional ha reconocido que la habilitación general, establecida en el Preámbulo de la Constitución de 1946, donde se afirma que: “*En condiciones de reciprocidad, Francia consiente las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y la defensa de la paz*”, es suficiente para acordar, en condiciones de reciprocidad, transferencias competenciales. Lo que significa, según Antonio Segura Serrano<sup>487</sup>, que el Consejo Constitucional se debe limitar a constatar si el acuerdo internacional que se le somete supone, por su naturaleza e importancia una vulneración de dichas condiciones esenciales, criterios que son sustituidos en la Decisión núm. 97-394, sobre el Tratado de Ámsterdam por los de ámbitos y modalidades de la transferencia de competencias operadas por el Tratado, como vuelve a confirmar la Decisión núm. 2004-505, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Dicho de otro modo, las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía constituyen un criterio de control de la transferencia de competencias a la UE, que se concreta atendiendo a los elementos formales y materiales de las competencias que se pretenden transferir. Si se trata de ámbitos nucleares de la soberanía o, aun no siéndolos, se vislumbra una modalidad de transferencia en donde Francia pierde todo poder de control, se podría producir inconstitucionalidad.

Pero, aunque el concepto “condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía” se articula como filtro para el control de las competencias constitucionales que se pueden atribuir en cada momento a la UE, el Consejo Constitucional no ha hecho uso de este elemento para controlar un posible exceso de poder por parte de las instituciones comunitarias, esto es, para controlar el respeto de la delimitación de competencias realizadas a través de los diferentes Tratados de Derecho originario. Al contrario, por el artículo 54 de la Constitución, el Consejo Constitucional ha reiterado que cabe mediante revisión constitucional ratificar cualquier transferencia de competencias, pues el poder constituyente en Francia es plenamente soberano. O, como dijo Pierre Mazeud<sup>488</sup> “*ante la voluntad manifiesta del constituyente, el Consejo Constitucional no puede sino inclinarse*”<sup>489</sup>. Esto significa, según Alfonso Celotto y Tania Groppi<sup>490</sup>, que el ordenamiento jurídico francés dispone por tanto de un filtro de naturaleza meramente procedimental para que prevalezcan los Tratados sobre la Constitución nacional, apoyándose en el artículo 54 de la Constitución, pues no conoce límites de carácter material a la primacía de los Tratados comunitarios sobre la Constitución nacional. A diferencia de la Corte Constitucional italiana o del Tribunal Constitucional alemán, el Consejo no identifica límites materiales a la

---

<sup>487</sup> SEGURA SERRANO, A. (2005) “La primacía y el control de constitucionalidad del Derecho comunitario en Francia” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 9, núm. 20, pp. 93-132.

<sup>488</sup> MAZEUD, P. *Le Point*, 17 de mayo de 2008.

<sup>489</sup> PINON, S. op. cit., En concreto cita 24.

<sup>490</sup> CELOTTO, A. y GROPPi, T. op. cit., pp. 306-313.

revisión constitucional, pues no existen principios con valor supraconstitucional, cualquier inconstitucionalidad, como decía Kelsen, puede superarse mediante una revisión constitucional. El juez constitucional desempeña solamente la función de identificar, ante todo, los puntos de conflicto. Dicha solución recoloca al Parlamento y al cuerpo electoral en los tenedores de la “última palabra” sobre la aceptación de las limitaciones de la soberanía que los Tratados comportan. Confía a sujetos políticos la individualización última de los contra límites que el ordenamiento nacional pretende imponer a la integración europea. Lo que supone, según Vlad Constantinesco<sup>491</sup>, que el artículo 54 establezca la superioridad de la Constitución sobre los tratados, puesto que los tratados no podrán ser ratificados más que a condición de una revisión de la Constitución. Aunque la previsión de este artículo no es crear un conflicto entre normas, sino simplemente la de impedir que el conflicto entre normas se produzca.

Dicho esto, la siguiente pregunta que habría que plantearse es, si el poder constituyente puede revisar cualquier precepto de la Constitución para adecuarlo a los Tratados constitutivos o si existe en Francia algún contra límite identificable con el concepto de condiciones esenciales de la soberanía que no pueda ser objeto de reforma. La solución sigue hoy día siendo discutida. Pues según la jurisprudencia del Consejo Constitucional el principio de soberanía nacional pierde su carácter dogmático en beneficio de una concepción funcional que exprese la fórmula según la cual, el atentado contra las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional constituye la frontera que justificaría la intervención del poder constituyente para solventar la contradicción entre un acuerdo europeo y la Constitución permitiendo una revisión total de ésta. En efecto, mientras el Consejo Constitucional considera que la soberanía definida en el artículo 3 de la Constitución no puede ser más que nacional y por ello sólo pueden ser considerados como participantes en su ejercicio los representantes del pueblo francés, por el Preámbulo de 1946, conformado por el de la Constitución de 1958, permite bajo reserva de reciprocidad que Francia consienta en limitarla, mediante transferencia que exige la revisión previa del texto constitucional.

Ello se debe a que como dice Luís Miguel Hinojosa<sup>492</sup>, el Consejo Constitucional francés abandona el concepto clásico de soberanía del Estado heredado del siglo XIX. La noción absoluta de soberanía, como algo indivisible, es dejada de lado como un dogma indemostrable, y el Estado soberano empieza a identificarse de una forma cada vez más clara con el ejercicio de una serie de competencias funcionales. Por lo que, para determinar el alcance jurídico del atributo de la soberanía se hace necesario diferenciar cuales de esas competencias funcionales forman parte de su esencia y cuales deben considerarse accesorias. Para el Consejo Constitucional no existe tal diferencia, toda la soberanía nacional es pues un simple marco de ejercicio de competencias estatales, muy lejos de la *summa potestas* que justificó su construcción dogmática, y por tanto todas pueden ser transferidas si así lo quiere el poder constituyente, que se convierte en el verdadero contra límite, pues con su sola decisión determina si integra o no el Derecho europeo. Esto es, como dice Constantinesco, se pasa de la teoría de la soberanía de Bodino a la dogmática jurídica alemana.

Toda organización supranacional no ejerce más competencias que las atribuidas por los Estados que la han creado, el Estado miembro conserva su soberanía plena, considerada como la competencia de la competencia, pues la organización supranacional no ejerce más que lo que le es transferido. Así, esta creación jurisprudencial se introduce en la Constitución tras su reforma el 4 de febrero de 2008, donde el constituyente francés opta, en el ámbito de la UE, por cambiar

---

<sup>491</sup> CONSTANTINESCO, V. (2013), “La incidencia del desarrollo de la unión Europea en las categorías público francés” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, UNED, pp.125-138.

<sup>492</sup> HINOJOSA, L. M. (2004), “Globalización y soberanía de los Estados”, en [www.reeig.org](http://www.reeig.org), pp. 1-14.

el término de soberanía por el de competencia, en el artículo 88.1<sup>493</sup>. El constituyente francés da, en este precepto su clara visión de la Unión, como decisión conjunta de los Estados miembros por la cual éstos le han delegado el ejercicio de algunas de sus competencias, ejercidas en común por estos mismos Estados miembros.

Ahora bien, el Consejo Constitucional fundamenta por el artículo 88.1 de la Constitución esa transferencia de competencias y, con ella el que el orden jurídico comunitario esté integrado en el orden jurídico interno. Luego la integración del Derecho europeo en el orden jurídico francés procede por tanto de la constitucionalización y no de su naturaleza propia, como ha querido ver el TJ. Ello supone afirmar de forma clara la superioridad de la Constitución que es la única que puede habilitar, haciendo transferencia de competencias, al ordenamiento jurídico europeo a desarrollar sus efectos en el Derecho interno. Ello supone llegar a la conclusión de que aunque no exista más contra límite que el poder constituyente, la constitucionalización del Derecho europeo convierte a Francia de un país monista en dualista.

En términos aún más complejos se ha planteado en el ordenamiento jurídico francés la cuestión de la primacía del Derecho europeo derivado con respecto al Derecho constitucional nacional. Debido a las características del sistema de justicia constitucional, en Francia no existe la posibilidad de que el Consejo pueda controlar la compatibilidad del Derecho europeo derivado con la Constitución, gozando aquél de una inmunidad contenciosa, salvo para los derechos fundamentales y a partir de la reforma de 2008, por la que se crea el control prioritario de constitucionalidad. De hecho, la ejecución del Derecho comunitario es un deber ineludible por el legislador francés, que queda vinculado al respeto de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Francia al ordenamiento comunitario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 de la Constitución. Sólo cuando una disposición constitucional expresa, con la cual los resultados de la ejecución del Derecho europeo se pongan en conflicto, puede darse la posibilidad de no respetar semejante obligación, tal y como dijo el Consejo Constitucional en su Decisión de 2004-505, reiterada en la Decisión 2006-540.

Decisión esta última en la que añade que la transposición de una directiva no puede ir en contra de una regla o de un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, salvo que el constituyente haya consentido. Se exige como necesario el respeto a la identidad constitucional francesa para que la directiva sea efectiva en el orden interno. Operando de esta manera, el Consejo Constitucional se alinea con la jurisprudencia de Luxemburgo, en concreto con la sentencia *Foto Frost* de 1987, que niega a las jurisdicciones nacionales, incluida la constitucional, el poder declarar inválido un acto de Derecho derivado, salvo que sea contrario a la identidad constitucional francesa, pues el Derecho derivado no puede tener sino un solo juez, que es el comunitario, beneficiándose así frente a las jurisdicciones nacionales de una suerte de inmunidad. En ausencia de un conflicto puntual con una norma constitucional, el TJ es el único juez de la directiva.

La cuestión que subsiste es la de saber que se entiende por identidad constitucional francesa y si ésta es el contra límite francés al Derecho comunitario derivado. Así, la mayor parte de la doctrina considera que, por identidad, habría que entender el contenido del artículo 1 de la Constitución. A saber *“Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada. La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales.”* Sin embargo, tal cuestión

---

<sup>493</sup>El artículo 88.1 dice: *“La República participa en la Unión Europea compuesta por Estados que han optado libremente ejercer en común algunas de sus competencias en virtud del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, texto modificado por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007”*.



no es más que una hipótesis pues, hasta la aprobación de la reforma constitucional de 2008 por la que se establece en Francia el control prioritario de constitucionalidad, el control de convencionalidad ha quedado en manos de la jurisdicción ordinaria, y el Consejo Constitucional poco se ha pronunciado sobre este tema. El único contra límite reconocido por el Consejo Constitucional ha sido el poder constituyente.

Para las jurisdicciones ordinarias<sup>494</sup>, la individualización del contra límite se describe como resultado de una operación interpretativa compleja consistente en transponer el bloque de constitucionalidad francés hacia el ordenamiento jurídico comunitario. Esto es, averiguar si el respeto de los principios y derechos constitucionales eventualmente vulnerados, es asegurado autónomamente por el ordenamiento europeo, a través de la garantía de principios y derechos de contenido equivalente. El juez tiene que averiguar si existe una norma o un principio general del Derecho europeo que, teniendo en cuenta su naturaleza y alcance garantice, a través de su aplicación, el respeto efectivo de la disposición o del principio constitucional del que se ha enjuiciado la violación. Solución esta que lleva a Angelo Schillaci<sup>495</sup> a afirmar que los contra límites como instrumentos de defensa del orden constitucional interno se convierten así en instrumentos de apertura y cauces de la integración material. El Consejo de Estado elige el camino del reconocimiento de la afinidad axiológica entre principios fundamentales del sistema constitucional interno y principios generales del Derecho comunitario, con la consiguiente apertura del parámetro de constitucionalidad de la normativa interna a contenidos normativos procedentes del ordenamiento comunitario. Lo que significa perseguir la solución de los conflictos “identitarios” entre ordenamientos a través del reconocimiento y el nuevo impulso de la integración material entre los mismos pues, ello no provoca la superposición entre los sistemas, sino todo lo contrario, mantiene la distinción entre los ordenamientos y los relaciona entre sí.

Sin embargo, la ausencia de un control de constitucionalidad a posteriori ha tenido el inconveniente de provocar una continua responsabilidad del Estado francés por incumplimiento, pues, sitúa al juez nacional ante un control sobre un ordenamiento que le supera, ya que desde el punto de vista del Derecho interno resulta paradójico que sea el juez ordinario el garante de la norma fundamental, máxime en la justicia administrativa, donde el Consejo de Estado acepta controlar la constitucionalidad de un tratado, cuando rechaza realizar ese mismo control respecto de la ley. Sobre este delicado problema del conflicto entre normas, el “diálogo de los jueces ordinarios con los comunitarios” ha tenido finalmente lugar y ha permitido garantizar su articulación correcta con el Derecho de la Unión, dando así lugar a la “Europa de los jueces” que anticipaba el Presidente Lecourt.

Ahora bien, en este diálogo, subsistía no obstante, una contradicción acerca de la garantía de los derechos fundamentales alegada por los justiciables franceses. Podían prevalecer en un proceso en nombre del respeto del Derecho europeo pero no en nombre de su propia Constitución. Inevitablemente, la persona justiciable podía sentirse mejor protegida por los Tratados que por las prescripciones del texto constitucional. Por esta razón se reformó de nuevo la Constitución el 23 de julio de 2008, y se creó la cuestión prioritaria de constitucionalidad, vigente desde el 1 de marzo de 2010, y, que ya ha dado lugar a procesos para la protección de

---

<sup>494</sup> Ver Decisión del Consejo de Estado de 8 de febrero de 2007, asunto *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*. La Corte de Casación se ha expresado en términos muy parecidos en la Decisión de 2 de junio de 2000, asunto *Fraisie*.

<sup>495</sup> SCHILLACI, A. (2007), “Camino de la integración material: comunitarización de los contralímites en la Decisión *Société Arcelor et Lorraine* del Conseil d’État”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8.

estos derechos<sup>496</sup>. Indiscutiblemente se han incrementado las garantías constitucionales de los derechos. Pero, ¿qué ocurre cuando estos derechos chocan con la normativa comunitaria?, pues, como recuerda Stéphane Pinon<sup>497</sup>, Francia continúa demasiado anclada a su historia nacional, a su papel pionero sobre el Continente en materia de constitucionalismo, como para aceptar alinearse totalmente con un “estándar europeo” de garantía de los derechos.

### 3.2. La cuestión prioritaria de constitucionalidad cooperación o contra límite

Con este nuevo control a posteriori de constitucionalidad de las leyes, la garantía de los derechos fundamentales no pasa exclusivamente ya por los convenios internacionales. La propia Constitución puede ser alegada, la Constitución puede interiorizarse más, y, por primera vez se puede hacer referencia a aquellos principios consustanciales al ordenamiento jurídico nacional, como la laicidad, que no contaban con una protección a través de los Tratados.

Ahora bien, el problema radica en la prioridad en cuanto al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, que si bien es vista por los constitucionalistas como positivo, por suponer un paso más en favor de la homologación de la jurisdicción constitucional francesa conforme al modelo continental europeo y evidencia un reforzamiento del carácter normativo de la Constitución, supone el subestimar el principio de supremacía del Derecho de la Unión.

En efecto, aunque se dé el diálogo entre los jueces, no resuelve la cuestión del supuesto hipotético de que una directiva sea contraria a los derechos y libertades inherentes a la identidad constitucional francesa. En este caso estaríamos ante el interrogante acerca de qué juez, el nacional o el comunitario, es el competente para decidir qué engloba la identidad constitucional nacional.

La regla de prioridad a favor del control de constitucionalidad, sobre el control de convencionalidad impide que el juez *a quo* inaplique la disposición cuestionada por ser contraria al Derecho europeo y dicte sentencia sin acudir al juez constitucional. Al convertir al Consejo Constitucional en guardián de los derechos y libertades garantizados en la Constitución, como recuerda Carina Alcoberro Livina<sup>498</sup>, el Derecho internacional pasa a segundo plano. Pero en una realidad en la que se integran Derecho nacional y Derecho europeo en un mismo sistema, la cuestión degenera en un problema por la *vis* expansiva del Derecho europeo. Por lo tanto, cabe esperar que las interferencias entre la cuestión prioritaria de constitucionalidad y el Derecho europeo se multipliquen. En este contexto de comunitarización del ordenamiento jurídico nacional, la introducción de una cuestión prioritaria de constitucionalidad parece un vano intento de reafirmar la identidad constitucional nacional frente a la identidad europea.

Ahora bien, la Decisión del Consejo de 2010, respecto de la cuestión prejudicial interpuesta por la Corte de Casación en el asunto *Melki*, intenta suavizar este conflicto y así establecer: primero, que el Consejo admite la posibilidad de que el juez *a quo* adopte todas las medidas provisionales necesarias a fin de suspender inmediatamente todo eventual efecto de la ley

---

<sup>496</sup> Tales como la anulación de disposiciones contenidas en distintas leyes fiscales que no garantizaban entre los antiguos combatientes franceses el pago de pensiones iguales cuando residen en el mismo país (Decisión de 28 de mayo de 2010), artículos relativos a la detención preventiva considerados inconstitucionales (Decisión de 30 de julio de 2010), rechazo de la Ley de 1990 sobre ingresos forzosos en establecimientos sanitarios (Decisión de 26 de noviembre de 2010), etc.

<sup>497</sup> PINON, S. op. cit., p. 13.

<sup>498</sup> ALCOBERRO LLIVINA, C. (2011) “La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿el fin de la excepción francesa?”, *R.V.A.P.* núm. 90, marzo-agosto, pp. 17-65, en concreto, p. 61.

incompatible con el Derecho de la Unión, así como le reconoce la capacidad para asegurar la preservación de los derechos que los justiciables obtienen de los compromisos internacionales y europeos de Francia. Segundo que, aun presentándose una cuestión de constitucionalidad, el juez debe evitar la aplicación de disposiciones legislativas contrarias al Derecho europeo. Y, tercero, que en aquellos casos que así lo considere, el juez debe acudir al TJ con carácter prejudicial.

Concluye esta Decisión recordando su jurisprudencia anterior, esto es, que: “*no corresponde al Consejo Constitucional, al que se recurre en cumplimiento del artículo 61 o del artículo 61-1 de la Constitución, examinar la compatibilidad de una ley con los compromisos internacionales y europeos de Francia*”, por lo que en caso de duda no es el Consejo Constitucional el que debe plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, sino los tribunales ordinarios. Lo que se desprende también de su Decisión 2013-314 de 14 de junio de 2013, aunque paradójicamente sea una resolución que plantea la primera cuestión prejudicial ante el TJ. Pues entiende que su recurso a Luxemburgo viene obligado por la propia Constitución. Esto es, al establecer el artículo 88-2 de la Constitución que “*la ley establece las reglas de la orden de detención europea en virtud de los actos de las instituciones de la Unión Europea*”, el Consejo Constitucional debe plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, porque, el poder constituyente, a través del artículo 88.2 de la Constitución, ha optado por entender que la eliminación de los obstáculos que se pudieran plantear en esta materia deben ser resueltos conforme a la actividad de las instituciones europeas. Las dudas que se susciten en torno a la Decisión marco 2002/584, del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la Orden de detención europea, deberán ser resueltas por las propias instituciones de la UE, en este caso por el Tribunal de Justicia. De ahí que el Consejo considere que la última palabra la tiene siempre la Constitución pues él ha tenido que acudir a la cuestión prejudicial, porque así lo dice la Norma Fundamental pues conforme a esta Norma no le corresponde el control de convencionalidad que sigue en manos de los tribunales ordinarios.

El TJ tampoco fue insensible al dilema que constituye la conciliación de la identidad constitucional nacional con la integración comunitaria, como se desprende de la sentencia de 22 de junio de 2010, asunto *Melki*, pues aun reafirmando su jurisprudencia *Simmenthal* se muestra excepcionalmente deferente hacia el mecanismo de la cuestión prioritaria de constitucionalidad y la declara conforme con el Derecho europeo.

Conforme a esta reiterada jurisprudencia, la pregunta que habría que hacerse ahora, es si tal y como da a entender el Consejo Constitucional se trata de una mera prioridad formal o “*cronológica*”, que implica la “*prevalencia temporal de la cuestión de constitucionalidad sobre los demás mecanismos jurisdiccionales*”, o se trata de una prioridad “*material*” o “*jerárquica*”, que arrastra la primacía del mecanismo de constitucionalidad sobre el de convencionalidad, debido a la superioridad normativa de la Constitución francesa sobre los tratados internacionales, incluidos los comunitarios.

Como recuerda Stephane Pierre-Caps<sup>499</sup>, lamentablemente, parece que los argumentos evocados en el debate parlamentario del proyecto de ley orgánica no dejan lugar a ninguna duda: la voluntad de asegurar la supremacía normativa de la Constitución nacional sobre el Derecho internacional y europeo ha ido de la mano del reforzamiento de la autoridad del Consejo Constitucional, a través de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, sobre las jurisdicciones supremas, Consejo de Estado y Corte de Casación, encargados del control de convencionalidad, pero también actores esenciales del control incidental de constitucionalidad.

---

<sup>499</sup> PIERRE-CAPS, S. (2012) “La revisión constitucional francesa de 2008 o el cambio en la continuidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, pp. 91-130.

En consecuencia, “*la primacía de la Constitución sobre el conjunto de las otras normas implica necesariamente la prioridad de la cuestión de constitucionalidad sobre las cuestiones de convencionalidad*”. Los parlamentarios, más preocupados por una prioridad absoluta, formal y normativa de su Constitución no tuvieron en cuenta la reserva de euro compatibilidad de la cuestión de constitucionalidad, lo único que pensaron fue que los jueces podrían apoyarse en dicha excepción para extenderla a otros campos y desvirtuar así la prioridad del control de constitucionalidad.

Por otro lado, recuerda Marc Carrillo<sup>500</sup>, que si bien la reforma iba entre otras cosas dirigida a la unificación de la Ley, dada la tradicional importancia del Consejo de Estado y la Corte de Casación, para evitar que se mostraran reticentes ante toda reforma que legitimara a un juez inferior el acceso al Consejo Constitucional sin su voluntad concurrente, o que los dejara de lado de un procedimiento que, en razón del efecto previsto para la declaración de inconstitucionalidad por el artículo 62 de la Constitución, está destinado a tener un rol determinante en el contenido del orden jurídico vigente, se creó la originalidad del sistema de doble filtro del control incidental de constitucionalidad, y limitado a los derechos fundamentales. Pues, la hipótesis de su exclusión del nuevo "contencioso constitucional" habría puesto en peligro la efectividad de la reforma.

La idea de la recuperación por parte del juez constitucional del conflicto sobre los derechos fundamentales, al menos *a posteriori*, muestra una apuesta clara de naturaleza política. Más exactamente, afecta al verdadero resorte de la articulación entre sistemas jurídicos. Más que en consideraciones pragmáticas o realistas, el legislador orgánico francés ha querido colocar esa articulación en un principio de legitimidad que permite comprender mejor los puntos clave de las relaciones sistémicas entre ordenamientos jurídicos en relación con la protección de los derechos fundamentales. Parece pues que la verdadera razón por la que se creó la cuestión prioritaria de constitucionalidad fue para evitar lo que el presidente François Mitterrand llamaba la “*anomalía francesa*”: la imposibilidad de cuestionar la ley, desde el punto de vista de su adecuación a la Constitución en materias como los derechos fundamentales.

Sin embargo, como recuerda Agustín Alejandro Cárdenes<sup>501</sup>, el texto del artículo 61-1, introducido a la Constitución en 2008, no fija más que principios o reglas generales relativos al control *a posteriori*, “*no era bajo ningún punto de vista seguro que se tratara de una cuestión, dado que hubiera podido ser una excepción, ni que fuera prioritaria, dado que hubiera podido ser previa o prejudicial*”. Prueba de ello es que, tras la reforma, no tardaron en publicarse artículos que daban cuenta de la “excepción de inconstitucionalidad” o de la “cuestión prejudicial de constitucionalidad”, lo que significa que fue el legislador orgánico francés el que quiso a toda costa que fuese una cuestión prioritaria, lo que sin duda tiene un matiz importante, pues deja entre ver que el constituyente dirigió su reforma a sacar del ordenamiento jurídico francés las leyes inconstitucionales.

Para Pierre-Yves Gahdoun<sup>502</sup> son tres los tipos de argumentos que justificaron la opción del legislador orgánico en favor de la prioridad. En primer lugar, argumentos cualitativos. Así, desde el punto de vista de la calidad de las normas vigentes, resulta preferible darle prioridad a un mecanismo que permite eliminar del orden jurídico las normas inválidas, por ser incompatibles con la Constitución. En segundo lugar, argumentos de tipo finalista. Instalando la

---

<sup>500</sup> CARRILLO, M. op. cit., pp. 587-600.

<sup>501</sup> CÁRDENES, A. A. (2012) “Control de constitucionalidad *a posteriori* en Francia: ¿inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho constitucional*, núm. 27, julio-diciembre, pp. 41-71.

<sup>502</sup> GAHDOUN, P.-Y. (2010) “Repenser la priorité de la QPC”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, pp. 1708-1728.

prioridad de la cuestión de constitucionalidad, el legislador “obliga” al juez a ofrecer una respuesta. Caso contrario, el juez podría optar por el análisis de convencionalidad. En tercer lugar, argumentos exclusivamente normativos. La necesidad de reposicionar a la Constitución como norma suprema, de darle prioridad a las cuestiones de Derecho interno sobre las de Derecho internacional o europeo, modelaron la convicción del legislador en el sentido de la prioridad. Ese es el sentido del quinto párrafo del artículo 23-2 y del segundo párrafo del artículo 23-5 introducidos por la ley orgánica: tanto el juez *a quo* como ambos Tribunales supremos, en el caso en que el justiciable cuestione una disposición legislativa como lesiva tanto de los derechos y libertades que la Constitución garantiza como de los compromisos internacionales asumidos por Francia, deben, en todos los casos, pronunciarse prioritariamente respecto de la cuestión de constitucionalidad.

Ahora bien, este intento de resolver los problemas que generaban la multiplicación de jurisdicciones para textos similares, con la nueva cuestión prioritaria de constitucionalidad no parece que se vayan a resolver, pues, tal y como está redactada la Ley orgánica y cómo ha evolucionado la jurisprudencia del Consejo Constitucional, no solo pueden subsistir sino además generarse nuevos.

Sea cual sea la razón, la realidad es lo limitado de la materia objeto de competencia de esta cuestión, pues, como ya decía Louis Favoreu, a veces se plantea la cuestión de saber si es lógico y concebible limitar el control incidental de las leyes promulgadas a la sola protección de los derechos fundamentales, mientras que las autoridades de referencia en el control preventivo pueden invocar toda inconstitucionalidad ya que a veces es difícil hacer distinguir entre medios de inconstitucionalidad<sup>503</sup>.

Si a ello le unimos que no sólo se garantizan estos derechos fundamentales por la CDFUE, y el CEDH y, que los derechos garantizados gozan de una absoluta proximidad material e identidad de las normas de referencia de los tipos de control implicados, se llega a la conclusión de que al final la cuestión prioritaria de constitucionalidad ha quedado convertida, a pesar de su prioridad, en un mero recurso interno para expulsar del ordenamiento jurídico francés aquellas leyes inequívocamente inconstitucionales, pues esta nueva cuestión prioritaria tropieza con la realidad del mundo contemporáneo en cuanto a la internacionalización de la protección de los derechos fundamentales.

Por otro lado la cuestión de la legitimación de la cuestión de constitucionalidad de los derechos y libertades, parece pues, no sólo contradecir el carácter “*prioritario*” de la cuestión y dejar al justiciable la elección de la opción más eficaz para él: convencionalidad o constitucionalidad, sino también parece que a la larga van a convertir al Consejo Constitucional en interprete obligado de la jurisprudencia europea.

Por ello, dicha prioridad asignada a la cuestión de constitucionalidad constituye un polvorín que espero, como dice Agustín Alejandro Cárdenes<sup>504</sup>, que dé lugar a un inédito y enriquecedor diálogo interjurisdiccional, tanto a nivel nacional como europeo, que permita involucrar a máximas autoridades jurisdiccionales de ambos niveles. Diálogo interjurisdiccional que podría ser la anticipación de un *modus operandi* novedoso de las jurisdicciones internas con las internacionales, las cuales a través de un intercambio de argumentos constructivos podrían sortear los desafíos que ofrece tanto la multiplicación de jurisdicciones de referencia para textos similares, como el progresivo entrelazamiento de órdenes jurídicos nacionales e internacionales.

---

<sup>503</sup> FAVOREAU, L. op. cit., pp. 17-31.

<sup>504</sup> CÁRDENES, A. A. op. cit., pp. 41-71.

Los jueces ordinarios deben de colaboren "prioritariamente" con el Consejo Constitucional y abandonar su práctica de un diálogo directo e inmediato con los órganos jurisdiccionales europeos. Dialogo que a su vez, no tendrá más remedio que llevar a cabo el Consejo Constitucional con los tribunales europeos. Esto supondrá una nueva etapa jurisprudencial en Francia de constitucionalización del ordenamiento comunitario, y de comunitarización del ordenamiento jurídico francés lo que a su vez dará lugar a la entrada de la nueva teoría del pluralismo jurídico aplicado al ordenamiento europeo como un sistema constitucional multinivel en su funcionamiento prácticamente unitario. Al convertirse el Consejo Constitucional en verdadera jurisdicción, al mismo tiempo depende de la voluntad de cooperación del Consejo de Estado y de la Corte de Casación. Lo que hasta la fecha parece que se está produciendo pues, el número de cuestiones interpuestas ha ido aumentando estos años.

Es la única forma de entender la cuestión prioritaria de constitucionalidad centralizada en manos del Consejo Constitucional, pues el que la ley pudiera ser sólo impugnada por inconvencional no haría que se pudiese ocultar la inconstitucionalidad de la misma y la anomalía subsistiría. Esta centralización del control de constitucionalidad, con efecto derogatorio *erga omnes*, es una importante garantía de seguridad jurídica y de coherencia en la protección de los derechos fundamentales. Parece que éste será el futuro, pero nada impide que como el resto de los Tribunales constitucionales, el Consejo Constitucional acabe por tener un conflicto con el Tribunal de Luxemburgo.

# CAPÍTULO 5

## LA REPÚBLICA ITALIANA

### 1. INTRODUCCIÓN

El nacimiento y los primeros años de vida de Italia estuvieron presididos hasta el fascismo por el Estatuto concedido por el Rey Carlos Alberto el 4 de marzo de 1848. Estatuto, que pese a su carácter de norma fundamental era una Constitución flexible, y como todas las europeas en el siglo XIX, programática, es decir, no existía lo que hoy denominamos normatividad de la Constitución. En este contexto, es evidente que difícilmente encajaba en el Estatuto la figura del juez constitucional, puesto que la ley sólo debía respetar las normas del procedimiento legislativo dictadas para formularlas. Tras la Segunda Guerra mundial, el objetivo era alcanzar un acuerdo en torno a una Constitución que, sin romper totalmente con la tradición italiana, supusiese una ruptura radical con el fascismo.

La Constitución Italiana de 1948, fruto del compromiso constitucional<sup>505</sup>, se configura pues, como un pacto o compromiso constituyente refundador del Estado y al tiempo, de la unidad nacional y de la convivencia civil. Por primera vez en la historia italiana, en los mismos años en que la división entre las fuerzas políticas había alcanzado su más alto nivel, se coloca en la base del Estado la idea normativa de la Constitución, como pacto suscrito por todos sobre los fundamentos de la República<sup>506</sup>. Así se plasman en el texto constitucional una serie de valores y principios centrados principalmente en la garantía matriz liberal de la libertad individual, la dignidad de la persona, la solidaridad, los derechos sociales y la separación de poderes. Pero fundamentalmente en aprobar un artículo 11 por el que Italia “*repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales; y accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entra las naciones y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin*”.

El resultado será una Constitución basada en un modelo de democracia liberal socialista cuyas líneas maestras se basan en la centralidad del Parlamento, el papel de garantía del

---

<sup>505</sup> Fue aprobada el 22 de diciembre, con 453 votos a favor frente a 62 en contra y entró en vigor el 1 de enero de 1948. Ver BONEZZI, A. (2007) “La ordenación territorial italiana”, *Cuadernos de Pensamiento Político*, enero/marzo 2007, pp.139-157.

<sup>506</sup> El Acuerdo se produce entre las fuerzas y las tres culturas (liberal, católica y socialista) que en conjunto representaban a la gran mayoría de los italianos y que ya se habían alineado en la Resistencia en el Pacto de no agresión, como lo llamaba Norberto Bobbio que fue el Comité de Liberación Nacional. Para más información sobre el tema ver FERRAJOLI, L. (2010) “*Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX: La Constitución de 1948 y la cultura jurídica de los comienzos de la posguerra* (Capítulo IV), Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, pp. 45-54. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2840>.

Presidente de la República y de la Corte Constitucional, el control popular de las leyes mediante *referendum* abrogatorio, la plena independencia de la magistratura incluida el ministerio público y las autonomías regionales.

Consecuencia de lo anterior fue el introducir una cierta rigidez constitucional pues, aunque cabe la posibilidad de reformar la Constitución por vía legislativa ordinaria, no se puede reformar por este trámite corriente y habitual de la legislación ordinaria toda la Constitución. Se pueden reformar algunos de sus preceptos, los no esenciales, los que no son la base sustantiva de la misma<sup>507</sup>. Serán estos llamados contra límites o normas preeminentes con carácter de superlegalidad<sup>508</sup> que coexisten con las demás normas constitucionales, las que hicieron necesario decantarse por un modelo de justicia constitucional.

La Corte Constitucional surge, en conclusión, como órgano de garantía del ordenamiento republicano, al que corresponde de forma exclusiva y con efectos definitivos, hacer valer el imperio de la Constitución frente a todos los agentes constitucionales. Esto, supone según la doctrina, que la Constitución ya no sea tan flexible como en el pasado, sino que tenga un punto de rigidez constitucional como freno al principio democrático mayoritario, aun siendo fruto de esa voluntad democrática, donde sólo la Corte hace efectiva la garantía contenida en la rigidez constitucional.

Para evitar que esa garantía pudiese bloquear toda legislación parlamentaria, en la propia Asamblea Constituyente se debatieron los modos de concebir la actividad futura del juez constitucional. Para algunos constituyentes, debía ser una justicia constitucional centrada en la naturaleza objetiva que el control de constitucionalidad debería asumir, mirando esencialmente la eliminación de las leyes inconstitucionales<sup>509</sup>. Para otros, la Corte debía ser básicamente la garante de los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos por la Constitución, y por ello debía tutelar directamente estos derechos y no como un resultado indirecto de la eliminación de las leyes inconstitucionales, hasta el punto de proponer en sede constituyente, que aun siguiendo la tradición constitucional italiana de Normas fundamentales flexibles, las Fuerzas

---

<sup>507</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. (1980) “La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 7, Otoño 1980, pp. 57-79.

<sup>508</sup> PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J. L. (2007) “*La convergencia constitucional en los Estados de la Europa latina en la crisis de la ratificación del Tratado Constitucional*”, en *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, 24; diciembre 2007, pp. 59-101, *La revisión constitucional se produce en Italia por medio de la aprobación de las Leyes Constitucionales previstas en el artículo 138 de su Constitución; es decir, el proyecto lo aprueba cada una de las dos Cámaras en dos deliberaciones con un intervalo de tres meses y en la segunda es precisa la aprobación por la Camera dei Deputati y por el Senato por una mayoría de dos tercios; sin embargo, si alguna de las dos Cámaras únicamente la aprueba por mayoría absoluta, se podría solicitar un referéndum de ratificación constitucional (por un quinto de los parlamentarios de una de las Cámaras, por 500.000 electores, o por cinco Asambleas regionales) y, pasados tres meses sin que se solicite, entrará en vigor. Hay que añadir que todas las Leyes Constitucionales (LC) no versan sobre la revisión expresa del articulado de la Constitución en sentido formal, o mejor, instrumental o documental. En efecto, la Constitución prevé Leyes Constitucionales que, sin modificar la redacción de sus preceptos, por medio de una especie de remisión condicionan esencialmente la eficacia o el desarrollo de las normas constitucionales, de modo que se podrían calificar como revisiones tácitas, o implícitas; así, p. e., sucede con la regulación de los cinco Estatutos de Autonomía especial, que pueden derogar las normas estrictamente constitucionales sobre las Regiones, o con las normas de organización, funcionamiento y atribuciones de la Corte Constitucional”.*

<sup>509</sup> ROMBOLI, R. y PANIZZA, S. (2012) “El Estatus de los jueces de la Corte Constitucional italiana”, en Fix-Zamudio, H.; Astudillo, C. (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional. Libro homenaje al Doctor Jorge Carpizo*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, pp. 791-815. Estos autores recuerdan que parte de los constituyentes temían el que un fuerte control de la Constitución por parte de un Tribunal Constitucional pudiese dar lugar (bajo el escudo de la constitucionalidad) a la anulación de leyes votadas por la mayoría de representantes del cuerpo electoral. Razón ésta que les llevó a considerar la propuesta de reconocer al juez común o la Corte de Casación el poder de controlar de manera difusa la constitucionalidad de las leyes. Finalmente no se creyó conveniente y plantearon un control de constitucionalidad de las leyes *a posteriori* y no previo.



Armadas estuvieran a disposición de la Corte Constitucional para la eventualidad de que los órganos supremos del Estado incumplieran sus deberes constitucionales.

La decisión finalmente aprobada fue la de diseñar un fuerte control de la constitucionalidad de la ley pero fundamentalmente, por el procedimiento de legitimidad constitucional<sup>510</sup>, llamando a los jueces ordinarios a plantear su posible inaplicación cuando esté viciada de nulidad y a la Corte Constitucional a declarar su inconstitucionalidad, limitando con ello el que la Corte se pueda pronunciar sobre una ley sino es a través de la decisión del juez ordinario y por la vía incidental. Ello ha llevado a la Corte Constitucional a ser considerada como el altísimo órgano de garantía del ordenamiento republicano, al que corresponde de forma exclusiva y con efectos definitivos<sup>511</sup>, hacer valer el imperio de la Constitución frente a todos los agentes constitucionales del Estado, aunque, pasando inexorablemente a través de la decisión del juez ordinario, cuya decisión resulta decisiva y de especial importancia para el control de las leyes en Italia<sup>512</sup>.

Tras la adhesión de la República de Italia a la Comunidad Europea, en aras a equipararse con el resto de los países miembros de la UE, al no haberse producido una verdadera reforma de la Constitución<sup>513</sup>, la creatividad de la Corte ha sido decisiva para la apertura del sistema normativo italiano al Derecho supranacional. No obstante los artículos 11, 75.2 y 117, primer párrafo, de la Constitución<sup>514</sup>, no hubiera sido posible la eficacia directa de las fuentes comunitarias en el ordenamiento italiano, su prevalencia sobre el derecho interno y la posibilidad para cada juez de no aplicar las normas internas cuando fueran contrarias a las normas comunitarias sin la continua jurisprudencia de la Corte Constitucional y su adecuación a los parámetros europeos.

Todo ello se ha hecho posible partiendo de las “limitaciones a la soberanía” permitidas por los artículos 11 y 75.2 de la Constitución y la paralela formulación de los “contra límites”. Hasta el punto de que, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha visto la fortaleza

---

<sup>510</sup> Conviene recordar a este respecto que el artículo 134 de la Constitución establece que la Corte Constitucional juzgará:

- *sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de Ley, del Estado y de las Regiones;*
- *sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí;*
- *sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República conforme a las normas de la Constitución.*

<sup>511</sup> Sentencia núm. 15 de 1969, de 17 de febrero.

<sup>512</sup> De ahí que se hable de un sistema de control constitucional concentrado, pero con iniciativa difusa.

<sup>513</sup> En Italia no se ha producido una reforma constitucional salvo la pequeña modificación introducida en el artículo 117 por la Ley de Reforma núm. 3 de 2001, de 18 de octubre, llamada popular y periodísticamente del “federalismo” 2001. El intento de reforma para adecuar la adhesión de la República de Italia a la UE se encontró el bloqueo de la Comisión bicameral para la reforma institucional que se había previsto para la aprobación de un nuevo Título (el VI) dedicado a la participación de Italia en la UE. Respecto a este intento fallido de reforma constitucional ver PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J. L. (1998) “La Comisión bicameral D’Alema y su proyecto de reforma de la Constitución italiana”, *Anales*, núm. 15, pp. 11-49.

<sup>514</sup> ELÍA, L. (2009) “60º aniversario de la Constitución de la República italiana” *Revista Iberoamericana de derecho Procesal Constitucional* núm. 12, julio-diciembre, pp. 429-437. Este autor dice que: “El artículo 11 de la Constitución, a semejanza de una cláusula del Preámbulo de la Constitución francesa del 27 de octubre de 1946, es claro en promover, a través de limitantes a la soberanía (y en condiciones de igualdad con los demás Estados) un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones. Esta contundente aspiración por la paz, tan ligada a los catastróficos acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial, es acentuada, en el texto propuesto por Giuseppe Dossetti, por la renuncia a la guerra como instrumento de conquista o de ofensa a la libertad de los demás pueblos; renuncia que considera también las intervenciones militares previstas en el ámbito de organizaciones internacionales y supranacionales dirigidas a asegurar el mantenimiento de la paz y justicia entre los pueblos”.

de una Constitución que ha demostrado tener una prudente elasticidad y capacidad para “comprender” con sus principios, fenómenos no previsibles para los constituyentes; todo ello, sin perder su significado. Resulta además evidente que con esta jurisprudencia se ha llegado a aceptar la tutela a nivel supranacional de los derechos, con base en los artículos 11 y 75.2, y por la Convención de los Derechos del Hombre, mediante el artículo 117 constitucional, confiriendo eficacia directa o indirecta no sólo a las sentencias de la Corte de Estrasburgo sino también a las de Luxemburgo. Por lo que se puede hablar sin ambages de que la Corte Constitucional, se ha insertado plenamente en el circuito europeo de tribunales, y, por tanto, ha puesto las bases para la propia participación activa de Italia en la construcción de nuevos caminos de convergencia con la UE. Muestra clara de ello serán principalmente la parcial institucionalización, a través del recurso de la Corte, al instrumento de la cuestión prejudicial (sentencia núm. 102/2008 y Decisión 103/2008) sobre la violación por parte de del legislador estatal o regional de normas de Derecho europeo primario o derivado, que integren el parámetro de constitucionalidad del artículo 117.1. constitucional<sup>515</sup>, que ha permitido a Italia abrir un camino a soluciones de conflicto existencial, entre ordenamientos que no se centran en la prevalencia del uno sobre el otro, sino más bien en la búsqueda de convergencias interpretativas a nivel material entre los principios constitucionales y los correspondientes principios del Derecho europeo (Decisión de la Corte Const. 28/2010).

A pesar de que finalmente se ha conseguido la integración del ordenamiento jurídico italiano con el europeo mediante las continuas búsquedas de convergencias, no hay que olvidar que la Corte Constitucional y el Tribunal de Luxemburgo, han partido y siguen partiendo de distintos criterios interpretativos (monismo *v* dualismo), lo que ha hecho muy difícil para Italia el adecuarse a la realidad de la CEE y puede hacer surgir en el futuro enfrentamientos con la UE.

Cuatro son principalmente los conflictos que la Corte Constitucional ha tenido con el TJ, y que cabe identificar como los verdaderos límites que la Constitución impone: el de la posición de la normativa comunitaria en el sistema de fuentes del derecho italiano, el reparto de competencias entre los distintos entes territoriales, el respeto a los principios y derechos intangibles de la Constitución italiana y el referéndum derogatorio.

Respecto al primero, el problema de la Corte Constitucional italiana es distinto al de otros tribunales constitucionales, por las razones ya apuntadas de no haberse reformado la Constitución y sólo cabe entenderlo estudiando las resoluciones judiciales conforme han ido evolucionando en el tiempo, pues la mayoría tienen su origen en las relaciones entre ordenamientos jurídicos, por el gran impacto que el Derecho comunitario ha supuesto sobre el sistema tradicional de fuentes italiano. En concreto, esto ha suscitado problemas específicos respecto a la relación entre directiva comunitaria y ley de delegación, o respecto a la capacidad de la normativa comunitaria de cumplir las previsiones contenidas en la Constitución, es decir, relación entre ley y reglamento en el cumplimiento del Derecho europeo.

En efecto, las distintas resoluciones, en su mayoría sentencias, han ido fundamentalmente dirigidas a poder explicar la primacía de la aplicación de las normas del Derecho comunitario, aun en contra de las normas de derecho interno, por la ausencia de disposiciones relativas al procedimiento de participación de la República italiana en el proceso de unificación y con tan sólo la base constitucional del genérico artículo 11. De ahí que a lo largo de estas décadas se haya planteado si los conflictos entre la norma europea y la interna debían ser resueltos utilizando el criterio temporal, el de jerarquía, o bien, el de competencia. La diferencia

---

<sup>515</sup> A lo que ha ayudado también el Tratado de Lisboa y la incorporación de la cláusula de protección de las identidades constitucionales nacionales (artículo 4.2 TUE).

interpretativa se ha ido, a lo largo de estas décadas, progresivamente atemperando y la jurisprudencia constitucional en materia comunitaria ha terminado por alinearse con los planteamientos del TJ. El *iter* argumentativo que finalmente ha impuesto la Corte Constitucional ha sido el de entender que el juez común puede inaplicar la norma interna contraria a la norma europea, por razón de competencia, y no de jerarquía de la fuente comunitaria. Como complemento de tan trabajada evolución el nuevo artículo 117. 1 CI acoge el principio de que los vínculos comunitarios constituyen un límite a la discrecionalidad del legislador nacional, determinando la ilegitimidad de sus actos<sup>516</sup>.

El origen de los dos siguientes conflictos entre Tribunales viene por la distribución territorial del poder y el contenido material previsto en la Constitución italiana, esto es, por los llamados contra límites o límites absolutos de la Constitución y que no pueden modificarse por ley ordinaria, pues la reforma del artículo 117 de la CI, introduciendo al Derecho comunitario como parámetro de constitucionalidad, ha afectado a las materias objeto de competencias del sistema regional italiano, en cuanto a que la implementación de las obligaciones comunitarias impuestas a las regiones chocaba con alguna garantía del cumplimiento de los derechos y principios fundamentales previstos en la norma constitucional, hasta el punto de tener que llegar a plantear la Corte Constitucional una cuestión prejudicial al TJ para evitar un conflicto irresoluble entre ambos ordenamientos.

Finalmente y, en torno al *referendum* popular derogatorio de leyes o de actos con fuerza de ley, a que hace referencia el artículo 75 de la Constitución, al equiparar la Corte Constitucional los tratados internacionales del artículo 11 a los Tratados europeos, los tasados impedimentos constitucionales para celebrar un referéndum derogatorio a que se refiere el apartado 2 de este artículo 75<sup>517</sup>, se han hecho extensibles a todas aquellas normas internas que actúan genéricamente en cumplimiento de los compromisos europeos asumidos por el Estado. Ello ha llevado a un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la admisibilidad del referéndum popular, por cuanto se conecta a las obligaciones internacionales y europeas con el fin de salvaguardar la responsabilidad del Estado consecuencia del incumplimiento ejecutivo.

Desde otro punto de vista, las vías de acceso a la Corte Constitucional son en la panorámica del derecho comparado excesivamente estrechas: la mayor parte de los recursos interpuestos ante la Corte italiana en materia de Derecho europeo, se han articulado principalmente por la vía incidental, si bien, no ha faltado algún recurso previo juzgando la adecuación de la legitimidad constitucional al Derecho europeo, respecto a actos de las Regiones con fuerza de Ley.

Consecuencia de lo anterior, las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad tienen un impacto excesivamente fuerte sobre el ordenamiento, teniendo en cuenta el carácter concreto del juicio por el que se pide la legitimidad constitucional. El artículo 136 de la CI, parece configurar para la Corte la alternativa radical entre aceptación o rechazo de la cuestión; si a ello le añadimos el artículo 30 de la Ley núm. 87, de 1953, sobre la Corte Constitucional en el que se introduce la retroactividad de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, se entiende el por qué este Alto tribunal en materia de Derecho comunitario, haya acudido a la técnica del reenvío. Es decir, sin abdicar de su propia tarea de asegurar la supremacía de la Constitución, ha intentado incidir lo mínimo posible en los parámetros de la UE, no entrando en el fondo del asunto e invitando al tribunal ordinario a plantear ante el TJ (antes de plantear la cuestión de

---

<sup>516</sup> ROLLA, G. (2004) "Relaciones entre ordenamientos en el sistema constitucional italiano", *ReDCE*, núm.1, enero-junio, pp. 139-172.

<sup>517</sup> El artículo 75. 2 de la Constitución establece: "No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar Tratados internacionales".

legitimidad constitucional) una cuestión prejudicial, para después decidir él. E, incluso ha llegado a proponer a los jueces una propia interpretación conforme a la normativa comunitaria que salve la norma interna de su declaración de inconstitucionalidad. Hasta el punto de que, como ha reconocido Tania Groppi<sup>518</sup>, en los últimos años las tendencias en la jurisprudencia se dirigen al reconocimiento de un espacio, cada vez más amplio, de decisión a los jueces comunes, que desplaza el sistema de justicia constitucional italiano hacia la dirección de los modelos difusos.

Siguiendo la metodología empleada con anteriores países y para llegar a entender un poco más la forma de actuar de este Alto Tribunal, lo primero que haré a continuación es una aproximación cronológica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el Derecho de la UE, para después abordar un comentario sobre cada uno de los conflictos que la misma ha suscitado con la UE.

## 2. EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 2.1. Conflicto entre norma comunitaria y norma interna. Primera década

La Constitución Italiana en un principio no estableció en ninguno de sus preceptos la adaptación de los Tratados Comunitarios a su ordenamiento jurídico interno, por ello, la adhesión de Italia al ordenamiento comunitario primero y su adaptación después encontraron su fundamento constitucional en el artículo 11 CI, aunque no estaba pensado para ello. Éste fue el punto de partida y el que después establecieron firmemente tanto la jurisprudencia constitucional como la doctrina<sup>519</sup>. En este sentido el artículo 11 CI establece que: *“Italia rechaza la guerra como instrumento que ofende la libertad de los otros pueblos y como medio de resolución de las controversias internacionales; consiente, en consideraciones de paridad con los otros Estados, en las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre Naciones; promueve y favorece las organizaciones internacionales orientadas a tal objetivo”*.

Un sector minoritario de la doctrina había excluido que el artículo 11 dictado en previsión del ingreso de Italia en la ONU, pudiese también servir de fundamento para la adhesión a la CEE<sup>520</sup>. Sin embargo, tanto la doctrina mayoritaria como la constitucional consideraron que podía encontrar precisamente en el artículo 11 el fundamento implícito y quizá indirecto, pero también seguro de aquella adhesión<sup>521</sup>.

---

<sup>518</sup> GROPPI, T. (2008) *“Corte Constitucional y principio de efectividad”*, Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de derecho Procesal Constitucional celebrado en Cancún, México, del 14 al 17 de mayo de 2008, WWW.juridicas.unam.mx, pp. 241-271.

<sup>519</sup> PINELLI, C. (1983) *“La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de Derecho comunitario: punto de partida para su reconstrucción.”* *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, núm.1 enero-abril, pp. 53-71.

<sup>520</sup> PINELLI, C. op. cit., este autor se refiere a: La Valle: *“La continuità tra l’ordinamento comunitario europeo e l’ordinamento italiano e la gerarchia unitaria dalle loro fonti normativo”* en *Rtv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 652; Colonna: *“La CECA, la Costituzione e la sovranità nazionale”*, en *Demócrata e Diritto*. 1964, p. 295.

<sup>521</sup> PINELLI, C. op. cit., este autor cita a: Cassese, A.: *“Comento all’art. 11”*, en *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 583; a Mazzioni, M.: *“Sulla questione di legittimità costituzionale della legge di nazionalizzazione dell’energia elettrica in relazione all’art. 11 della Costituzione e al Trattato Istitutivo della Comunità Económica Europea”*, en *Archivio giuridico*, 1964, p. 32; BARILE, P.: (1978) *“Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp.641 y ss; y SORRENTINO, F.: *“Corte Costituzionale a Corte di giustizia dalle Comunità Europee”*, Milán, 1970, I, en especial p. 90.

La Corte Constitucional se pronunciará en este sentido en la sentencia núm. 14, de 24 de febrero de 1964,<sup>522</sup> y fue siempre reafirmada en las sucesivas. En efecto en esta sentencia en la que el Tribunal de Milán acudió a la Corte Constitucional planteando una cuestión de inconstitucionalidad, se mantiene que el artículo 11 CI, bajo determinadas circunstancias, hace posible la adhesión de Italia a tratados internacionales con los que asume limitaciones de su soberanía y su ejecución a través de una ley ordinaria. Sin embargo, el Alto Tribunal excluye que la ejecución del Tratado de la CEE, en cuanto adoptado en Italia por ley ordinaria, prohíba al legislador nacional intervenir en materias reguladas en el Tratado. Y, añade que, la relación entre la ley de ejecución del Tratado y las leyes sucesivas será una relación entre fuentes homogéneas, y por lo tanto solucionable con base en el criterio cronológico: “*lex posterior abrogat priori*”.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Constitucional tuvo que solventar algunos problemas.

En primer lugar, tuvo que dilucidar si el artículo 11 de la CI bastaba para interpretar unívocamente el conjunto ordenado de relaciones entre Derecho comunitario y derecho interno, pues, el artículo 11 suscita gran cantidad de problemas de interpretación, uno de los principales, el de verificar si el Constituyente, cuando previó que: “*Italia... consiente... en las limitaciones de soberanía...*” había pretendido simplemente permitir las susodichas limitaciones o bien si, aun dejando al Parlamento plena discrecionalidad para reconocer en una organización internacional o supranacional el medio idóneo de lograr los fines positivamente indicados en el artículo 11 (la paz y la justicia entre las Naciones) permitía que, una vez reconocida tal idoneidad, ya no le sería reconocido al Parlamento y a los otros órganos nacionales contradecir la elección política realizada con actos parciales, sino sólo retirarse, si fuera el caso de la organización en cuanto que ya no fuera considerada idónea para alcanzar la paz y justicia entre las Naciones.

En el primer supuesto, se considera que el ordenamiento nacional, a través de sus órganos competentes, puede volver a atribuirse, asimismo con actos parciales, la soberanía o parte de la soberanía cedida al ordenamiento supranacional. En el segundo, se considera que mientras la elección política de formar parte de esa organización supranacional se mantenga, los órganos nacionales competentes no pueden retribuirse aquella parte de soberanía atribuida libremente a aquella misma organización, y ello porque como nos recuerda Cesare Pinelli, “*los medios de los que ésta se vale, no sólo pueden sino que deben quedarle atribuidos durante todo el tiempo en que se considere que sus fines se compaginen con los objetivos fijados en el artículo 11 de la CI*”<sup>523</sup>.

Y por otro, tuvo que resolver si era posible que, el Tratado de Roma fuera ejecutado en Italia por medio de una ley ordinaria (la de 14 de octubre de 1957, núm. 1.203), lo que planteaba el dilema de su legitimidad constitucional bajo el criterio formal, y en segundo lugar, el de su colocación en el sistema de fuentes, a los fines de la resolución de eventuales conflictos que pudiesen plantearse tanto con las leyes ordinarias sucesivas como con la llamada normativa comunitaria derivada. Pues, como establecía el artículo 189.2. C del TCEE entre las fuentes del Derecho comunitario se encuentra el reglamento que tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada uno de los Estados miembros.

En efecto en la sentencia 14/1964, se trataba de resolver si el Legislador nacional había violado alguna disposición del Tratado de la CEE tras aprobar la nueva Ley de 6 de diciembre

---

<sup>522</sup> Para el estudio completo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana ver <http://www.cortecostituzionale.it/actionIndiciAnnuali.do>.

<sup>523</sup> PINELLI, C. op. cit., p. 55.

de 1962 núm. 1.643, creadora del Ente Nacional de Energía Eléctrica, que parecía ser contraria a algunos artículos del Tratado de la CEE.

El artículo 11 de la CI es interpretado por la Corte Constitucional como una norma puramente permisiva, que admite la asunción de tales limitaciones de soberanía, sin necesidad de derogar la jerarquía interna de las fuentes, es decir excluyendo que la ejecución del Tratado, en cuanto adoptado en Italia por ley ordinaria, prohibiera al legislador nacional intervenir en materias reguladas en el Tratado: El Estado italiano tiene que hacer honor a las obligaciones contraídas, atribuyendo al Tratado la eficacia que le confiere la ley de ejecución. No obstante, *“ya que tiene que permanecer firme el imperio de las leyes posteriores a ésta última, de acuerdo con el principio de la sucesión de las leyes en el tiempo, se deduce que cada hipótesis de conflicto entre la una y la otra no puede dar lugar a cuestiones de constitucionalidad.”*<sup>524</sup> De este modo se sanciona el criterio cronológico para resolver la contradicción entre la norma comunitaria y la norma interna: el Derecho comunitario introducido en el ordenamiento italiano, viene asimilado a las normas nacionales y luego sometido a los principios comunes de la sucesión de las leyes en el tiempo. Consecuentemente, las leyes internas prevalecerán sobre las normas comunitarias incompatibles y viceversa. La Corte Constitucional es pues, muy clara en esta sentencia, y basándose en la teoría dualista infra constitucional, expresa su parecer: *“No se puede alegar primacía de la Ley comunitaria sobre la doméstica, por lo que éste (tribunal) debe decidir apegado primero a la Ley nacional, incluso si es contraria al Tratado”*.

Sin embargo, tal solución era contraria a la primacía del Derecho europeo<sup>525</sup>, porque consiente a las normas estatales prevalecer sobre las normas comunitarias, arrebatando a la CEE su verdadera potestad normativa y la primacía de su derecho. Esta sentencia fue duramente criticada pues, la derogación de una ley anterior por una posterior sólo es entendible respecto a fuentes con el mismo rango legislativo y por lo tanto no para resolver conflicto entre normas nacionales y comunitarias, al considerarse éstas últimas como parte de otro ordenamiento (supranacional) según una autorizada versión de la teoría del ordenamiento jurídico de Santi Romano<sup>526</sup>.

Las críticas a esta interpretación encontraron su primer soporte en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 25 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Costa v ENEL*, relativa a la misma controversia decidida pocos meses antes por la Corte Constitucional Italiana<sup>527</sup>. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea afirma con rotundidad que, aunque

---

<sup>524</sup> FJ. 6, párrafo séptimo de la sentencia 14/1964.

<sup>525</sup> ROMERO RODRÍGUEZ, L. M. *“Costa c Enel: Su influencia en la primauté del Derecho comunitario”*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, pp. 1-15. Ver en academia. edu.

<sup>526</sup> MONROY, CABRA Y MARCO, G. (2007): *“Ensayos de Teoría constitucional y derecho internacional”*, Colección Textos de Jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario, pp. 1-493, en concreto, p. 66, *“Santi Romano desarrolla la teoría institucionalista o del ordenamiento jurídico. Dice que una institución es una entidad o cuerpo social con una unidad firme, que tiene una existencia objetiva concreta y una organización y una estructura que absorben los elementos que forman parte de ella y que es superior y preordinado tanto a los elementos mismos como a sus relaciones. Considera que toda institución es un ordenamiento jurídico y que todo ordenamiento jurídico es una institución, ya que donde ésta no se hallan pueden darse relaciones sociales, pero no relaciones que, como las jurídicas, estén formal, objetivas y establemente ordenadas: ubi societas ibi ius, e invirtiendo, ubi ius ibi societas”*. Ver también, SANTI ROMANO (1946) *“Principii di Diritto Costituzionale Generale”*, Padova.

<sup>527</sup> Se interpone una cuestión prejudicial por el Giudice Cociliatore de Milán, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE destinada a obtener, la interpretación de los artículos 102, 93, 53 y 37 de dicho Tratado, como consecuencia de que el Sr. Costa pretende no estar obligado al pago de una factura por importe de 1.925 LIT por suministro eléctrico que le reclama el Ente Nazionale per l'Energia Elettrica, (ENEL). Alega que la Ley de 6 de diciembre de 1962, por la que fue nacionalizada la industria eléctrica en Italia, es contraria a esas disposiciones del Tratado CEE (los artículos citados 102, 93, 53 y 37).

el Gobierno italiano aduce “la inadmisibilidad absoluta” de la petición del *Giudice Conciliatore*, en razón de que el órgano jurisdiccional nacional, obligado a aplicar una ley interna, no puede hacer uso del artículo 177 TCEE, ello no debe entenderse así, pues, “*a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros..., y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos.*” Añadiendo que esta integración tiene como finalidad que prevalezca el Derecho europeo frente al derecho interno, aunque sea “*una medida unilateral posterior...*” “*que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado... La primacía del Derecho comunitario está confirmada por el artículo 189, a cuyo tenor los Reglamentos tienen fuerza “obligatoria” y son “directamente aplicables en cada Estado miembro...*”<sup>528</sup>.

A pesar de la sentencia del Tribunal de Justicia, la Corte Constitucional italiana no duda en reafirmar algunas de las premisas de las que había partido en la sentencia 14/1964, en su posterior sentencia núm.98, de 16 de diciembre de 1965<sup>529</sup>. En concreto, vuelve a incidir en que califica los fines de la Comunidad como fines de simple cooperación internacional. En efecto, el FJ. 2 de la sentencia, reconoce que la CECA, tiene como cometido coordinar iniciativas económicas desarrolladas en el territorio de varios Estados, para hacer operativo en el interior de éstos la cooperación internacional incluida entre los objetivos de aquel, y para delimitar los casos en que haya de surtir efecto interno la actividad que los órganos comunitarios están legitimados para realizar en su respectivo ámbito de competencia. Es decir, la Corte Constitucional italiana, vuelve a reforzar la adhesión de Italia a la Comunidad (en este caso la CECA) a través del artículo 11 CI para conseguir los objetivos de asegurar la paz entre las Naciones, en este caso, mediante la cooperación internacional.

Ahora bien, si califica los fines de la CECA como simples fines de cooperación internacional, no duda en afirmar a continuación que el Tratado de la CECA, ratificado con la Ley del 25 de junio de 1952, núm. 766, *constituye un ordenamiento completamente distinto del interno: el ordenamiento comunitario*, creado, no para incorporarlo al propio sistema jurídico italiano, sino para hacer operativo en el interior de Italia la cooperación internacional incluida entre los objetivos de la CECA. La Corte Constitucional italiana parece que abandona su teoría anterior de la sucesión de las leyes en el tiempo y que abre una primera brecha para considerar al ordenamiento comunitario como un ordenamiento supranacional, contradiciendo su sentencia anterior.

En este sentido, la Corte Constitucional entiende que los preceptos denunciados por el Tribunal de Turín quedan fuera de lo dispuesto en los artículos 102 y 113 de la Constitución. Estos artículos sólo versan sobre la tutela de los derechos e intereses legítimos que son atribuidos a todo sujeto por su posición en el ordenamiento interno, y no a los derechos e intereses que se derivan de su posición en un ordenamiento extraño como aquel del Tratado de la CECA. El Tratado del Carbón y del Acero, constituye un ordenamiento completamente distinto del interno.

Sin embargo, la Corte Constitucional matiza lo dicho y si bien admite que también en el ámbito jurisdiccional pueden atribuirse a las Comunidades Europeas competencias

---

<sup>528</sup> Ver Primera Parte, Cap.1 pp. 25-26.

<sup>529</sup> En esta sentencia, el Tribunal de Turín plantea una cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 33, 41 y 92 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero con los artículos 102 y 113 de la Constitución Italiana. El Auto del Tribunal de Turín parte de la sentencia de 7 de marzo de 1964, núm. 14, de la Corte Constitucional Italiana, por la que se falló que cabe adaptar el ordenamiento interno a normas de ese tipo con una simple ley ordinaria.

precedentemente asignadas al Estado, entiende que al menos hay un núcleo irreductible del ordenamiento interno que hay que salvaguardar frente a la Comunidad Europea: el de los principios y derechos fundamentales del ordenamiento constitucional y, por ello, la garantía de los derechos inviolables del hombre, conviene verificarla en cualquier ámbito, como es el Derecho europeo, aunque sea extraño al ámbito del ordenamiento interno. Así, el FJ 2 de esta sentencia, establece que el derecho del individuo a la tutela judicial, es “*uno de los derechos humanos inviolables, que la Constitución garantiza en su artículo 2º, como se afirma en la invocación que se hace de él en el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al que ha dado fuerza ejecutiva la Ley de 4 de agosto de 1955, núm. 848*”. Razón por la cual, procede, a continuación, a verificar si el ordenamiento comunitario proporciona los medios suficientes para asegurar el respeto a este derecho inviolable y llega a la conclusión de que: “*el ordenamiento comunitario asegura la tutela judicial contra los actos de sus propios órganos relativos a sujetos individuales (el único punto que ha considerado pertinente el juez a quo); de hecho ofrece protección por vía de impugnación ante un Tribunal de Justicia que, según el propio texto del artículo 31 del Tratado, tiene la misión de asegurar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de las normas que componen su sistema, y que está constituido y funciona conforme a normas que se corresponden con las líneas fundamentales de nuestro ordenamiento jurisdiccional, aun cuando no repitan imitativamente sus disposiciones, no adecuadas del todo a un órgano de composición internacional. Se atribuye en consecuencia a ese Tribunal de Justicia una naturaleza jurisdiccional, debiéndose señalar aquí que sus miembros deben desenvolver sus respectivas funciones con independencia e imparcialidad (arts. 32 bis y 32 ter del Tratado y arts. 2 y 19 del Estatuto del Tribunal)*”. Y, ello debería ser así porque los órganos jurisdiccionales italianos y los de la jurisdicción comunitaria, están instalados en órbitas jurídicas separadas<sup>530</sup>. Los órganos de jurisdicción interna no tienen competencia para controlar los actos de los órganos de la CECA, porque éstos no están sometidos al poder soberano de los Estados que participan en la Comunidad, no viven en el seno del ordenamiento de ninguno de estos Estados y sus actos sólo constituyen materia de calificación legislativa por cada uno de los ordenamientos (nacionales), aunque sólo sea dentro de los límites en que pueda existir obligación de no desconocer los efectos de esos actos<sup>531</sup>.

La Corte Constitucional reconoce pues que el TJ es un órgano jurisdiccional a todos los efectos en lo que a la aplicación del Derecho europeo se refiere, aunque corresponda también a los tribunales nacionales verificar el respeto de los principios y derechos fundamentales, inalienables de la persona.<sup>532</sup>

---

<sup>530</sup> Por ello dice la Corte Constitucional en el FJ. 2: “...*Resulta, pues, ocioso discutir a los efectos de los artículos 102 y VI de la Constitución si el Tribunal Comunitario se configura como órgano de jurisdicción especial respecto a los órganos ordinarios de la jurisdicción del Estado, toda vez que la relación entre órganos de jurisdicción ordinaria y órganos de jurisdicción especial a que se refieren los artículos citados debe examinarse en el marco del ordenamiento jurídico interno, y no se puede, por ende, diseñar entre los órganos jurisdiccionales italianos y los de la jurisdicción comunitaria, instalados como están en órbitas jurídicas separadas...*”

<sup>531</sup> El FJ. 3 de la sentencia dice: “*No es cierto que en el ámbito del ordenamiento de la CECA esté comprendida la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos a que se refiere el artículo 113 de la Constitución.... Aparte de que habría que examinar si el precepto invocado, al prohibir que se limite la tutela judicial a determinados medios de impugnación, se refiere precisamente a los actos de órganos que, como los de la CECA, no forman parte de la Administración interna. Este segundo grupo de decisiones es, en virtud del art. 36, párrafo segundo, del Tratado, apelable ante el Tribunal Comunitario con recurso de plena jurisdicción*”.

<sup>532</sup> El FJ. 4 de la sentencia núm. 98/1965 establece: “*En cuanto al precepto que otorga al Tribunal comunitario competencia exclusiva para suspender la ejecución forzosa incoada con base en los actos de la Alta Autoridad revestidos de fuerza ejecutiva (art. 92, último párrafo, del Tratado CECA), es meridiano que esta fuerza, tratándose de medidas dictadas por órganos ajenos al ordenamiento del Estado, no puede ser objeto de suspensión por órganos que formen parte de ese ordenamiento, pues éste no puede ejercer su imperio más que en la esfera que le compete. Y*



## 2.2. La inconstitucionalidad de las norma interna por ser contraria con el Derecho comunitario. Segunda década

A pesar de los avances de la anterior etapa, habrá que esperar a la sentencia núm. 183, de 27 de diciembre de 1973, (conocida como sentencia *Frontini*),<sup>533</sup> en la que ya se afirma claramente, la primacía del Derecho comunitario.

Esta sentencia, como las de la década anterior, en su FJ. 4, vuelve a incidir en que el soporte constitucional de la Ley de adhesión al TCEE debe hallarse en el artículo 11, pues, el citado artículo, que no por casualidad se colocó entre los principios fundamentales de la Constitución, establece una orientación política clara y precisa, de que el Constituyente se inspiró en principios programáticos de valor general, que no sólo se aplican a las Naciones Unidas sino también a la Comunidad y otras organizaciones regionales europeas. Es suficiente ver cómo la creación de la CEE responde a la voluntad común de los Estados de sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa y, en esta intención específica, para fortalecer las defensas de la paz y la libertad, se llama a todos los pueblos de Europa a participar de dicho ideal, a asociarse y a unir sus esfuerzos. Con ello, añade el Alto Tribunal, se pretende “*confirmar la solidaridad de Europa y los países de ultramar deseando asegurar el desarrollo de su prosperidad, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Por tanto no hay duda posible sobre la necesidad del cumplimiento íntegro del Tratado de Roma para cumplir los fines previstos en el artículo 11 de la Constitución*”. Añadiendo en su FJ. 5, que, la Asamblea Constituyente, después de haber establecido en el artículo 10 que el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas de Derecho internacional general, buscó por el artículo 11 la apertura de Italia a la cooperación y organización internacional, autorizando

---

*sólo es competente, pues, para valorar si se puede conceder reconocimiento en el ámbito nacional a los actos realizados por órganos ajenos. Como quiera que no hay principio en la Constitución que impida la exclusividad de la jurisdicción del Tribunal Comunitario en las cuestiones de interpretación y aplicación del Tratado, no se entiende en qué puede oponerse a la Constitución el precepto que confiere a dicho Tribunal la facultad de suspender la fuerza ejecutiva de los actos comunitarios. Y en este punto no es inútil señalar que el Tribunal ya ha aclarado (sentencia de 21 de enero de 1965) que el artículo 92 del Tratado CECA debe entenderse en el sentido que pone de manifiesto el art.192, párrafo cuarto, del Tratado de la Comunidad Económica Europea y el artículo 164, párrafo tercero, del de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), según los cuales el control de regularidad de las medidas ejecutivas es competencia de las jurisdicciones nacionales”.*

<sup>533</sup> La sentencia citada trae causa de un procedimiento civil promovido por una sociedad de responsabilidad limitada (*Frontini*) contra el Ministerio de Hacienda y otros, que tenía por objeto la medida, fijada por Reglamentos de la CEE, de las exacciones agrícolas relativas a determinadas operaciones de importación. El Tribunal de Turín planteó una cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional por entender que los reglamentos comunitarios aludidos por los recurrentes pueden ser contrarios al principio de reserva de Ley en materia de prestaciones patrimoniales personales conforme a lo previsto en el artículo 23 de la CI, por cuanto el Reglamento comunitario que las impone no es una ley italiana y parte de un órgano extraño a Italia como es el órgano legislativo de la CEE. Añade el Tribunal de Turín que, un contenido tan amplio como el regulado en el artículo 189 TCEE supone una excepción excesivamente amplia a las normas establecidas en los artículos 70 y siguientes de la Constitución Italiana con respecto a la formación de las leyes, pues la potestad de la CEE para legislar sobre cualquier asunto que considere oportuno para el cumplimiento de sus funciones, sin seguir las garantías que la CI establece para la aprobación de las leyes podría ser considerado inconstitucional porque introduce un instrumento de producción normativa supranacional con efectos directos en cualquier campo, sin límites precisos sobre los derechos de los ciudadanos, posiblemente socavando los derechos fundamentales de los ciudadanos y los principios fundamentales de la estructura del Estado. Por su parte el Tribunal de Génova en tres procedimientos civiles promovidos por particulares contra la Administración Tributaria del Estado plantea de oficio también, con tres autos de contenido idéntico, la cuestión de constitucionalidad contra la Ley de 14 de octubre de 1957, núm. 1.203, en la medida en que hace aplicable en Italia el artículo 189 TCEE, sin cumplir las previsiones constitucionales de los artículos 70, 76 y 77 de la Constitución, por cuanto que la aplicación de los reglamentos comunitarios directamente en el Estado italiano supone la introducción de una nueva fuente de normas primarias, ajenas a los mecanismos de producción legislativa previstos en los artículos 70 y siguientes de la CI.

oficialmente, en condiciones de igualdad con otros Estados miembros y para los fines previstos en el mismo, la necesaria limitación de la soberanía. Esta fórmula de legitimación de la limitación de los poderes del Estado en el ejercicio de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, era pues necesaria para el establecimiento de un sistema comunitario entre los Estados europeos, como nueva organización interestatal, de carácter supranacional, con personalidad jurídica propia y capacidad de representación internacional.

La Corte observa que, con el artículo 189 TCEE, se ha atribuido al Consejo y a la Comisión el poder de emanar reglamentos de alcance general, es decir, actos que tienen contenido normativo general a nivel de leyes estatales, provistos de eficacia obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros, es decir inmediatamente vinculantes para los Estados y para sus ciudadanos, sin la necesidad de normas internas de adaptación o acogida.

Por ello, en esta sentencia, insiste en entender que la Comunidad, como herramienta de integración entre los Estados participantes, se caracteriza por tener un sistema independiente legal, en el que las exigencias fundamentales de igualdad y de certeza jurídica postulan que debe tener eficacia obligatoria y aplicación directa en todos los Estados miembros, incluido Italia, sin necesidad de leyes de recepción y desarrollo, como los actos con fuerza y valor de ley, de forma que entren en vigor a la vez en todos los Estados miembros y consigan aplicación idéntica y uniforme para todos los destinatarios. Es decir la Corte Constitucional italiana, no sólo justifica la integración de Italia en la Comunidad por el artículo 11 CI, sino que utiliza este mismo artículo para reconocer la primacía del Derecho europeo y, considerar que entre los poderes soberanos transferidos por los Estados promotores a la Comunidad está el de dictar reglamentos comunitarios de alcance general, provistos de eficacia obligatoria, directamente aplicables en los Estados, y vinculantes en todos sus términos, sin necesidad de normas internas de adaptación o recepción.

La Corte Constitucional entiende que, firmado el Tratado de Roma, Italia ha elegido libremente la limitación de su soberanía. Límite que resultaría vacío de contenido normativo si se considerara necesario una ley de reforma constitucional para cualquier actuación de la Comunidad que supusiese una cesión de la soberanía. Además entiende que esta limitación de soberanía lleva aparejado el derecho de Italia a nombrar representantes en las instituciones de la CEE, por lo que las cesiones de su soberanía encuentran su contrapartida en los poderes adquiridos en la CEE. Esto es, la acción de las instituciones comunitarias se desarrolla con la constante y directa participación del Gobierno de Italia, y en consecuencia bajo el control indirecto, pero no por ello menos vigilante y atento, del Parlamento italiano.

A pesar del reconocimiento de la primacía del Derecho europeo, en esta sentencia, la Corte Constitucional establece dos limitaciones importantes, que marcarán el futuro de las sentencias posteriores.

La primera será entender que la atribución de poderes normativos a los órganos comunitarios sólo cabría para las materias objeto de competencias indicadas en las partes II y III del Tratado, y aquellas otras necesarias para las relaciones económicas.

Por otro, las limitaciones del artículo 11 CI no podrán de cualquier modo autorizar la violación de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional o los derechos inviolables de la persona humana, hasta el punto de afirmar, que aunque la Corte limite su control de constitucionalidad, por el artículo 134 CI, a las leyes y actos que tienen fuerza de Ley en el Estado y las regiones italianas, podría no obstante juzgar la compatibilidad del Tratado con los citados principios fundamentales. Ello significa que, si bien la Corte Constitucional argumenta abriéndose a la vía del efecto directo de las disposiciones comunitarias y la

supremacía del Derecho europeo, las reservas se mantienen para los derechos fundamentales. Según la Corte Constitucional italiana el control sobre la compatibilidad constante de los Tratados con los principios fundamentales del orden jurídico constitucional y los derechos inalienables de la persona, se hará sólo en el caso, más que límite, casi impensable de que las instituciones, hiciesen un uso o una interpretación más que aberrante de sus poderes<sup>534</sup>. Es así como la Corte Constitucional se deja una puerta abierta para el caso de que una evolución de la Comunidad obligase al ejercicio de un control de constitucionalidad, a fin de comprobar la adecuada protección de los derechos fundamentales, vía ley de ejecución, con el posible resultado de la retirada de la CEE<sup>535</sup>.

Lo que no deja claro la sentencia es, qué ocurriría si, en efecto, la Corte llegase a declarar la inconstitucionalidad de la Ley de ejecución del Tratado, a causa de la lesión de alguno de los límites señalados. No aclara si anularía las normas concretas que lesionen esos principios o supondría la salida directa de Italia de la CEE. Tampoco aclara si el objeto de control es la ley de ejecución del Tratado o la norma comunitaria que entra en conflicto con la interna, por medio de la interposición de la Ley de ejecución del Tratado. Parece que la Corte, al excluir la posibilidad de controlar al reglamento comunitario, se está refiriendo a las normas internas porque las comunitarias forman un ordenamiento completamente separado. Esto es, si alguna norma comunitaria no respeta los contra límites constitucionales, la Corte se considera legitimada para declarar la inconstitucionalidad completa de la ley de ejecución del Tratado, con lo que se revocaría la pertenencia de Italia a la UE. El respeto de los derechos y los principios fundamentales se pone como condición de constitucionalidad de las limitaciones de soberanía y de la propia adhesión de Italia a la CEE<sup>536</sup>.

El extremo más interesante de esta sentencia será, sin embargo, que deja sin resolver la relación entre el ordenamiento europeo y el italiano, perdiéndose así la gran oportunidad de delinear el papel y el funcionamiento de las fuentes comunitarias en el ordenamiento jurídico italiano.<sup>537</sup> Al enfrentarse a este problema, la Corte Constitucional resuelve aplicando el principio de competencia, es decir, ratificando la legitimidad de la participación italiana en las organizaciones comunitarias utilizando como argumento el artículo 11 CI, en el sentido de que las limitaciones a los poderes del Estado, con vistas al ejercicio de la función legislativa, ejecutiva y judicial son necesarias para el cumplimiento de los fines de la Comunidad Europea. Añadiendo que del mismo artículo 11 se deriva la idoneidad de que sea la normativa europea la que dicte las órdenes de ejecución del Tratado, idoneidad que se perdería si se hiciese por ley ordinaria<sup>538</sup>. Planteado el discurso en estos términos, la Corte Constitucional precisa que con el Tratado se ha efectuado una transferencia parcial a los órganos comunitarios del ejercicio de la función legislativa según la distribución de competencias que en él se establece, por lo que

---

<sup>534</sup> HERMIDA DEL LLANO, C. (2005) "Los derechos fundamentales en la Unión Europea," Ed. Anthropos, pp. 1-348, en concreto, p. 178.

<sup>535</sup> SALINAS DE FRÍAS, A. (2000) "La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea" Ed. Comares, España, pp. 1-344.

<sup>536</sup> VIDAL PRADO, C. (2004) "El impacto del nuevo derecho europeo en los Tribunales constitucionales", Ed. Colex, Madrid, 2004, pp. 1-223, en concreto Italia, 101-148.

<sup>537</sup> Existe mucha literatura al respecto pues, sigue siendo un tema complicado de resolver con los parámetros clásicos de las fuentes del derecho, por ello, muchas son las teorías mantenidas, pero quizá las dos más aceptadas son las de la competencia o la de las fuentes atípicas, en cuanto que es la postura que se ha mantenido y se mantiene.

<sup>538</sup> En los FFJJ. 7 y 8 de esta sentencia 187/1973 explica la Corte Constitucional que según los Tratados fundacionales, los reglamentos comunitarios son de aplicabilidad directa al mismo tiempo y de manera uniforme en todo los Estados miembros y sobre todos los ciudadanos que pertenecen a la CEE. La igualdad y seguridad jurídica hacen necesario que sean obligatorios y directamente aplicables en cada Estado miembro, por lo que como fuente directa de derechos y obligaciones para los Estados y sus ciudadanos como sujetos de la CEE, no deben estar sujetos a las medidas estatales.

siendo el sistema jurídico estatal y comunitario distintos, se afirma dicha coordinación sobre la base de dicha distribución<sup>539</sup>. Sin embargo, si bien la Corte Constitucional hace derivar explícitamente de la autonomía del Derecho comunitario la exclusión de sus normas del régimen propio de las fuentes del derecho estatal, no proporciona ninguna indicación sobre la suerte de las normas nacionales que incidan sobre materias que ya son objeto de un reglamento comunitario. Se limita a afirmar que las disposiciones estatales no pueden reproducir, integrar, ejecutar, diferir o condicionar la entrada en vigor y mucho menos sustituirlo, derogarlo o abrogarlo incluso parcialmente, la normativa europea. Pero nada dice sobre la modalidad para remover tales posibles disposiciones y sobre los órganos competentes para ello. Ningún problema plantea la norma legislativa previamente vigente y comunitaria posterior, pues el principio de ley posterior deroga anterior al que hizo referencia en la sentencia núm. 14/64, pero no puede decirse otro tanto para la hipótesis contraria de la ley sucesiva al reglamento comunitario.

Será la sentencia núm. 232, de 30 de octubre de 1975<sup>540</sup> (conocida como sentencia *ICIC*), la que resolverá esta cuestión señalando que el reglamento comunitario anula implícitamente las leyes internas en vigor que le sean incompatibles, de acuerdo con el criterio cronológico. En sentido contrario, la ley ordinaria dictada en violación de un reglamento comunitario previo, debe considerarse inconstitucional y por lo tanto recurrida, por violación del artículo 11 CI, a la Corte Constitucional, que es el único órgano competente para eliminarla del orden interno. Igualmente, se considera inconstitucional la ley interna posterior contraria a un reglamento comunitario, pues el reglamento tiene por sí mismo eficacia inmediata en el ordenamiento estatal, según el artículo 249 TCEE, el cual reconoce como requisito general a dicha fuente, la aplicabilidad directa en cada uno de los Estados miembros, la obligatoriedad en todos sus elementos y, conllevaría una consecuencia grave transformar el reglamento en derecho interno, pues al ser derecho interno se le privaría de la posibilidad de una interpretación definitiva por el TJ, en flagrante violación del artículo 177 del TCE.

Esta doctrina jurisprudencial permite que el juez ordinario anule las normas internas que se opongan a una norma comunitaria entrada en vigor con posterioridad a aquellas y, en cambio, plantee la cuestión de constitucionalidad si se trata de una norma nacional posterior a la norma producida por las instituciones comunitarias<sup>541</sup>.

En esta sentencia se da a conocer claramente las repercusiones procedimentales, ya supuestas en la teoría del núcleo de constitucionalidad y en pleno acuerdo con la momentánea

---

<sup>539</sup> MORI, P. (1985) "Derecho comunitario y derecho interno en una sentencia reciente del Tribunal Constitucional italiano", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 12, núm. 3, pp. 681-700.

<sup>540</sup> La sentencia trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Tribunal de Apelación de Roma y las secciones unidas del Tribunal Supremo de Casación en la que se plantea la duda de si la reproducción parcial de los Reglamentos de la CEE mediante legislación nacional violan el artículo 10 CI que aplica el principio de "*pacta sunt servanda*" o el artículo 11 CI que da rango constitucional a los Tratados, pues con ello se produciría una violación del artículo 189, párrafo segundo del TCEE. Así como también si al ser posterior la Ley nacional a los Reglamentos en cuestión debe excluirse la hipótesis de nulidad de las normas internas contraria a los Reglamentos, pues tal acción sería contraria a la voluntad soberana del legislador italiano.

<sup>541</sup> SICLARI, M. (1992) "*Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*" Padova, CEDAM, pp. 1-179. Este autor en la p. 81 dice "*Si tratta, in definitiva, di un caso di parametro interposto, nel senso che la legge contrastante con la normativa comunitaria self executing è incostituzionale perché viola l'articolo 11 nella parte in cui prescrive al Legislatore italiano il rispetto del diritto comunitario, che quindi si colloca tra la disposizione costituzionale e la fonte primaria nel giudizio davanti alla Corte Costituzionale.*"

indiferencia mostrada en el tema por el TJ<sup>542</sup>, de excluir la legitimidad de la desaplicación e imponer un complicado sistema de control centralizado.

Excluir significa, que el juez pueda proceder directamente a la no aplicación de la norma interna sucesiva y en contraste con la de la CEE, pero se le impone elevar a la Corte la cuestión de constitucionalidad. Ello implica que perdura la validez de la norma interna con la consiguiente lesión del ordenamiento comunitario, hasta la sentencia que declara la inconstitucionalidad. La supremacía del Derecho comunitario encuentra así en el ordenamiento italiano, un límite indiscutible, tanto más acentuado por el hecho de que la sentencia de inconstitucionalidad de la Corte, que tiene una eficacia retroactiva solamente parcial, no consigue eliminar todos los efectos producidos por la norma inconstitucional antes de su declaración; situación ésta agravada por el largo tiempo que normalmente se necesita para obtener del órgano de justicia constitucional un pronunciamiento sobre la cuestión<sup>543</sup>.

La exigencia de garantizar que la Corte Constitucional, en relación a la teoría de los contra límites, pueda ejercer su papel de filtro entre ordenamientos, fue tan fuerte que, los jueces constitucionales, mediante la Decisión núm. 206, de 28 de julio de 1976, teniendo dudas sobre la existencia de contrastes entre normas comunitarias y normas internas, y a su vez rechazar el plantear ellos mismos una cuestión prejudicial al TJ imponen el reenvío ex artículo 177 CEE al juez a quo y le solicitan al mismo volver a proponer el accidente de constitucionalidad, sólo después del dictamen del TJ.

Pronto reacciona frente a esta interpretación el TJ en la sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto C-106/1977, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Spa Simmenthal*, (conocida como sentencia *Simmenthal*<sup>544</sup>), según la cual, de acuerdo con la fuerza del principio de la preeminencia del Derecho europeo, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones, cuando sean directamente aplicables, tienen el efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no sólo de hacer *ipso iure* inaplicable por el mismo hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contradictoria de la legislación nacional preexistente, sino también, en cuanto dichas disposiciones y dichos actos formen parte integrante, con rango superior a las normas internas del ordenamiento jurídico vigente en el territorio de los Estados miembros singulares, de impedir la válida formación de nuevos actos legislativos nacionales, en la medida en que estos fueran incompatibles con normas comunitarias. “*Por consiguiente, serían incompatibles con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho*

---

<sup>542</sup> Así cabe destacar, la STJCE de 4 abril de 1968, asunto C-34/67, *Gebrüder Lück c Hauptzollamt Köln-Rheinau*, donde dice que, el Derecho comunitario excluye la aplicación de la norma interna incompatible pero no limita el poder de los órganos jurisdiccionales competentes para elegir, entre los diversos procedimientos previstos en el ordenamiento nacional, los más apropiados para salvaguardar los derechos individuales conferidos por el Derecho comunitario. Lo que se reitera en sentencias posteriores aunque ya matizado, tales como la de 22 de octubre de 1998, asunto acumulados C-10/1997 y C-22/1997, *Ministerio de delle Finanze v IN.CO.GE.'90 y otros*, que tras reiterar lo anterior, añade, sin embargo que: “*No obstante, el Tribunal de Justicia es competente para indicar al Juez nacional los elementos de Derecho comunitario que pueden contribuir a la solución del problema de competencia que se le plantea.*”

<sup>543</sup> MANNINO, A. (1987) “Tribunal Constitucional italiano, sentencia de 8 de junio de 1984, caso *Granital*, Relación entre Derecho comunitario y derecho interior en la jurisprudencia de la Corte Constitucional” *BJC*, IV, núm. 72, abril, pp. 529-546.

<sup>544</sup> *Simmenthal* era una empresa de carne bovina a la que una Ley italiana de 1973 obligaba a pagar ciertas tasas de aduana y someterse a controles sanitarios en la frontera. La empresa estimaba que esto era contrario a la libre circulación de mercancías y al Reglamento comunitario de 1968 que regulaba el mercado común de la carne bovina. Entonces solicitó la devolución de las tasas indebidamente pagadas. Un juez italiano le da la razón y decreta la devolución de dichas cantidades y de los intereses devengados. Antes, sin embargo, el juez italiano plantea una cuestión prejudicial porque observa una contradicción entre el Derecho comunitario y la Ley italiana de 1970, sin plantear previamente la cuestión de constitucionalidad, como había exigido la Corte Constitucional en la sentencia *Frontini* de 27 de diciembre de 1973.

*comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales, que tuviesen por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar éste la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias; que así sucedería, en la hipótesis de un conflicto entre una disposición de Derecho comunitario y una ley nacional posterior, si la solución de dicho conflicto quedase reservada a una autoridad distinta del Juez encargado de la aplicación del Derecho comunitario, investida de una facultad de apreciación propia, aun cuando el obstáculo así resultante para la plena eficacia de dicho derecho no fuese más que temporal; que, por tanto, hay que responder a la primera cuestión que 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<sup>545</sup>.*

Esto es, el TJ llega de esta forma a hacer expreso su desacuerdo con la posición asumida por la Corte Constitucional italiana poniendo en clara evidencia los defectos contenidos entre norma comunitaria y norma interna, defectos que según Celotto,<sup>546</sup> tienen que ver con la excesiva rigidez y la escasa capacidad para asegurar la aplicación inmediata del Derecho europeo en el orden interno.

Las diferentes conclusiones que ambos Tribunales infieren de estos principios contrapuestos, son aún hoy, para algunos autores causa de perplejidad. Si, en efecto, siguiendo al TJ, se debiera admitir el principio de la unidad entre el ordenamiento comunitario y el interior, no puede desconocerse que las normas nacionales en conflicto con una norma europea quedan abrogadas por ésta si son anteriores, y sometidas, por iniciativa del juez ordinario, al juicio de legitimidad de la Corte Constitucional, por violación del artículo 11 constitucional, si son sucesivas. Pero, si se admite, en cambio la orientación de la Corte Italiana, de que los ordenamientos jurídicos son distintos, la solución antes indicada no parece la adecuada, ya que supone para la Corte el tener que aceptar que la norma interna sucesiva en conflicto con la europea no se aplique aun en contra de lo querido por el Legislador y, se limite más la soberanía del Estado italiano.<sup>547</sup>

Ahora bien, Italia va ser el único país de la CEE en el que las normas europeas no son directamente aplicadas por el juez ordinario (en presencia de normas nacionales sucesivas), con la consecuente demora en la aplicación del Derecho comunitario, por corresponder la atribución de la cognición de este conflicto a la Corte Constitucional.

### **2.3. La reflexión de la Corte Constitucional. Tercera década**

El contundente posicionamiento del TJ en la sentencia *Simmenthal*, en contra del dualismo de la Corte Constitucional italiana, la reticencia de los mismos jueces italianos a recorrer el

---

<sup>545</sup> FFJJ: 22-24. Sobre el fondo.

<sup>546</sup> CELOTTO, A. (2008) "Italia", Capítulo V, del libro "*Justicia Constitucional y Unión Europea: Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*", Tajadura Javier y De Miguel Josu (Coord.). Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y Debates núm. 185, Madrid. En concreto Italia, pp. 216 y ss. En concreto, p. 222.

<sup>547</sup> MANNINO, A. op. cit., p. 534.

itinerario indicado, y la gran cantidad de procedimientos por infracción que involucran a Italia, llevan al Alto Tribunal Italiano a reflexionar sobre la cuestión. Sin embargo, en la sentencia núm. 31, de 13 de febrero de 1981, la Corte Constitucional vuelve a incidir en su concepción dualista o de considerar al ordenamiento comunitario un ordenamiento distinto del ordenamiento italiano, pues, amplía las causas de inadmisión de un referéndum popular, a que se refiere el artículo 75.2 CI, al Derecho comunitario, equiparando el citado Derecho europeo con el de un Tratado Internacional. Esto es, amplía el ámbito preclusivo de las derogaciones populares en razón de la responsabilidad que el Estado italiano asume hacia los Estados miembros a causa de la inaplicación de los Tratados de la CEE (en este caso del EURATOM) y la consiguiente eliminación de la normativa objeto del problema<sup>548</sup>. Desde esta sentencia, la Corte va a impedir la celebración de un referéndum popular derogatorio cuando su cuestionario recaiga sobre materias objeto de leyes de ejecución del Derecho europeo y proponga su anulación, en razón de las responsabilidades que el Estado italiano asume hacia la Comunidad. Esto es, si el cuestionario de un referéndum popular recae sobre la posibilidad de no ejecutar el Derecho comunitario no podrá celebrarse, pues la Constitución ha querido impedir, una vez perfeccionado el Tratado, que éste sea privado de su condición de indispensable fundamento constitucional, como los Tratados internacionales.

Será, sin embargo, la sentencia núm. 176, de 6 de octubre de 1981, la que asuma parte de las cuestiones planteadas en la sentencia *Simmenthal*. Esta sentencia, lo que hace en primer lugar es afirmar, aun en contra del criterio del TJ<sup>549</sup>, en el FJ. 2, b), que el Derecho europeo y el derecho nacional son ordenamientos jurídicos separados, aunque coordinados según el Tratado. Para después intentar resolver el problema de las limitaciones impuestas en la Sentencia del TJ dictada en virtud del ex artículo 177, en cuanto a su efecto de vincular a todos los órganos del Estado incluida esta Corte Constitucional. Es decir, si los órganos internos pueden cuestionar lo que el TJ dicte en materia comunitaria, y si se debe concluir que las disposiciones relativas a lo dispuesto en el artículo 189 TCE salen de la esfera reservada a los jueces de Luxemburgo ex art. 177, para ocuparse del modo como la prevalencia, primacía y eficacia directa del Derecho comunitario en el ordenamiento estatal. Esto significa que la Corte habrá de responder, a la duda planteada por el juez *a quo* sobre, si las disposiciones dictadas en virtud del artículo 189 del Tratado, con eficacia directa en la legislación nacional, pueden ir en contra del principio de la sujeción del juez a la ley (art. 101 CI) o si tendrá que esperar a que la norma incompatible sea declarada inconstitucional por la Corte Constitucional italiana, en la forma prescrita en los artículos 134 y 136 de la Constitución<sup>550</sup>. La respuesta de la Corte Constitucional italiana, sin desmentir abiertamente la jurisprudencia constitucional precedente, fue el entender que la reserva operaría tan sólo, cuando la Corte está llamada a determinar si el ejercicio de los poderes conferidos a las instituciones europeas se aparta de los objetivos establecidos en el

---

<sup>548</sup> La sentencia 31/1981 trae causa de la inadmisión por la Corte Constitucional del referéndum derogatorio parcial de la Ley núm. 393 de 1975, de ejecución del Tratado de la Energía Atómica que versa sobre la localización de las centrales nucleares.

<sup>549</sup> Según se desprende en la sentencia *Simmenthal* y se reitera en la sentencia analizada de la Corte Constitucional italiana, en el FJ. 2, b), el TJ los configura como mutuamente integrados, y así, afirma que la norma comunitaria fluye de la única fuente que la produce y extingue, razón por la cual, es intangible por la normativa interna de un Estado miembro, respecto de la cual adquiere un rango superior.

<sup>550</sup> En el FJ. 2, c), de la sentencia analizada, se deja clara la postura ante el Tribunal de Milán, de que no puede revocarse una sentencia comunitaria, incluso aunque fuere dictada, como en el presente caso, en un procedimiento promovido ex artículo 177, por un juez nacional, pues los dos ordenamientos (el comunitario y el nacional) están integrados, de modo que en el sistema por ellos compuesto no puede surgir, propiamente, ni siquiera ser posible, ningún conflicto entre normas comunitarias y normas internas. El conflicto se daría si, además de quien debe resolver por el art. 177 TCEE lo intentase resolver otro juez, puesto que sólo el Tribunal de Luxemburgo está, institucionalmente investido de competencias para la interpretación de los Tratados.

Tratado, de tal forma que terminan violando los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano, o los derechos inalienables de la persona humana. Sólo cabrá el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad cuando la duda en cuestión afecte a los valores fundamentales de la CI. En todos los demás supuestos el planteamiento de la cuestión no está justificado, pues hay que recordar que se ha convertido en realidad constitucional, por el artículo 11 constitucional, el criterio de la inaplicabilidad inmediata de las normas internas contrarias al Derecho comunitario<sup>551</sup>.

Será sin embargo la sentencia núm. 170, de 8 de junio de 1984 (conocida como sentencia *Granita*),<sup>552</sup> donde la Corte Constitucional italiana cambia de criterio y se acoge a las líneas trazadas por el TJ. El juez constitucional, afirma que la norma europea, en el caso de los reglamentos, recibe plena y directa aplicación por fuerza propia, desplazando la norma interna incompatible, en las materias transferidas a la competencia de la CEE, sea quien sea la que precede en el tiempo a la ley ordinaria en conflicto<sup>553</sup>.

Ahora bien, para llegar a este resultado la Corte Constitucional acude al criterio hermenéutico, en el sentido de que el juez a *quo*, por vía hermenéutica tiene que resolver el contraste entre la normativa interna y la europea escogiendo entre las posibles interpretaciones de la normativa interna aquella que fuere más conforme con la comunitaria y en la eventualidad de que resulte imposible, deberá aplicar sin más la norma comunitaria, impidiendo que la norma interna sea relevante para la definición de la cuestión.

De nuevo, en esta sentencia, como en las anteriores, la Corte Constitucional no se despoja de su necesidad de intervención como juez constitucional cuando una norma comunitaria pueda entenderse que viola los ya mencionados principios fundamentales. En tales casos la Corte estaría llamada a verificar si el legislador ordinario ha traspasado injustificadamente, alguno de los límites de la soberanía estatal, puestos por él mismo, mediante la ley de ejecución del Tratado, en cumplimiento directo y puntual del artículo 11 CI. Esto es, aunque dicha lesión sea producida en concreto por la normativa europea, ésta no puede estar sometida directamente al control de la Corte Constitucional, que puede juzgar solamente la conformidad a la Constitución italiana de las leyes y de los actos con fuerza de ley del ordenamiento italiano y no actos de un ordenamiento como el comunitario extraño a él. Por eso, no se trata de un simple conflicto entre una norma interior y una norma comunitaria sino una violación realizada a través de una ley nacional, del Tratado en cuanto tal, es decir, dirigida a recuperar para el Estado italiano aquellas limitaciones de soberanía consentidas por el artículo 11 de la CI, en condiciones de paridad, con el fin de constituir un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones.

Respecto al efecto conexo de la vigencia en el tiempo de la norma interna inaplicable, la mayor crítica ha venido de la mano del Tribunal de Luxemburgo, pues supone entender que la norma estatal permanece en vigor, pero confinada en la práctica a una especie de limbo en el cual no puede ni ser aplicada por los jueces, ni desarrollados sus efectos naturales. Lo que

---

<sup>551</sup> En esta misma línea, se resolverá la sentencia núm. 177, de 6 de octubre de 1981, eludiendo responder de nuevo a los términos reales de la cuestión.

<sup>552</sup> La sentencia se puede encontrar traducida en la obra de PRESNO LINERA ROGER CAMPIONE, M.A. (2010) "Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad", CEPC, Madrid, 2010, pp. 250-264.

<sup>553</sup> Dice así la Corte Constitucional en el FJ. 6 de esta sentencia, que: "*el reglamento comunitario, por tanto, debe ser aplicado siempre, tanto si es posterior como si es anterior en el tiempo a las leyes ordinarias incompatibles y el juez nacional responsable de su aplicación podrá servirse del auxilio que le brinda el instrumento de la cuestión prejudicial de interpretación, de conformidad con el artículo 177 del Tratado. Únicamente de este modo se cumple la exigencia fundamental de seguridad jurídica, constantemente advertida en la jurisprudencia de este Tribunal, que impone igualdad y uniformidad de criterios aplicativos del reglamento comunitario por toda el área de la Comunidad Europea...*"



genera una situación de hecho ambigua y negativa para los interesados, porque determina un estado de deterioro de la certeza acerca de la apelación al Derecho europeo. La norma estatal conservará intacto todo su valor y desplegará toda su eficacia fuera del ámbito material y de los límites temporales, en los que está vigente la disciplina comunitaria así configurada. Esta solución de la permanencia de la norma, en contraste con la norma comunitaria, configura una violación del Tratado. El TJ en la sentencia de 15 de octubre de 1986, asunto C-168/85, *Comisión v. Italia* así lo ha señalado al establecer la insuficiencia de la inaplicación de las normas internas contrarias al Derecho comunitario y la obligación de su anulación, ya que: “*En efecto, resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en particular de la sentencia de 25 de octubre de 1979, anteriormente citada, que el mantenimiento sin cambios, en la legislación de un Estado miembro, de un texto incompatible con una disposición del Tratado, aunque sea directamente aplicable en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, da lugar a, una situación de hecho ambigua que mantiene a los sujetos de derecho interesados en una situación de incertidumbre en cuanto a sus posibilidades de recurrir al Derecho comunitario y que dicho mantenimiento constituye, por lo tanto, en lo que se refiere a dicho Estado, un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado.*” Y añade a continuación “*Por consiguiente, la República Italiana no puede sustraerse a su obligación de adaptar su legislación nacional a las exigencias del Tratado invocando la aplicabilidad directa de las disposiciones de éste, o el hecho de haber adoptado determinada práctica administrativa, o incluso el mayor conocimiento que tienen los nacionales comunitarios de sus derechos.*”<sup>554</sup>

La Corte Constitucional, a pesar de la jurisprudencia europea, sigue manteniendo su posición en la sentencia núm. 113, de 23 de abril de 1985, donde, aun sin cambiar su criterio anterior de la inaplicación de la norma estatal incompatible con la norma comunitaria, lo lleva más allá y considera que también las sentencias interpretativas del TJ emanadas del artículo 234 TCEE encuentran directa aplicación en el ordenamiento nacional, en el contexto de los jueces ordinarios, prevaleciendo sobre la norma interna incompatible.

En la sentencia núm. 25, de 3 de febrero de 1987, incide en esta idea y efectúa una importante precisión sobre la influencia de las normas comunitarias en la admisibilidad del referéndum popular, en concreto respecto al Derecho derivado y no sólo de las normas incluidas en los Tratados.

Incluso en la sentencia núm. 389, de 11 de julio de 1989, añade que las sentencias condenatorias del TJ, de acuerdo con el artículo 226 TCEE, también son directamente aplicables en Italia, señalando que la puntualización o la integración del sentido normativo mediante este tipo de sentencias tienen la misma eficacia que las resoluciones interpretativas, de forma que también prevalecen sobre el derecho interno incompatible. Pero, como nos recuerda algún autor<sup>555</sup> aunque en la sentencia no se aclara expresamente, hay que entender que la Corte Constitucional se refiere a aquellos casos en que la norma comunitaria sea directamente aplicable, o lo que es lo mismo, tanto en sede interpretativa, como de incumplimiento, las deliberaciones del TJ son directamente aplicables en el caso de que se refieran a una norma con efectos directos.

Este último pronunciamiento contiene además algunos ajustes ulteriores en relación a la reconstrucción entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento interno. El primero, ya observado y criticado por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, al especificar que los ordenamientos europeo e italiano son distintos, en el sentido de que uno no anula al otro, sino

---

<sup>554</sup> FJ.6.

<sup>555</sup> CELOTTO, A, op. cit., p. 226.

que el Derecho comunitario directamente aplicable y la norma interna con la que entra en conflicto se resuelva mediante el efecto de la inaplicación de ésta última, y, todos los sujetos que ejecutan las leyes del ordenamiento jurídico italiano están obligados a hacer este desplazamiento, incluidos los órganos administrativos. El segundo, consecuencia del anterior, que la norma interna inaplicable queda en vigor, por cuanto la supresión del sistema de normas internas contrarias al Derecho comunitario pertenece al legislador y hasta que el legislador no realice las necesarias modificaciones o derogaciones, el principio de certeza del derecho italiano exige que siga en vigor.

Sin embargo, la mayor novedad de esta década se produce con la sentencia núm. 232, de 21 de abril de 1989, conocida como sentencia *Fraga*<sup>556</sup>, pues va a ser la primera sentencia en la que la Corte Constitucional italiana se enfrenta directamente al problema de los derechos y principios fundamentales en relación con el ordenamiento europeo. Hasta la fecha, las afirmaciones de la Corte sobre los contra límites de la Constitución habían sido hechas como *evitar dicta* de sus sentencias, pero en ésta, se enfrenta, por primera vez, a un conflicto entre la actuación comunitaria y un principio supremo del ordenamiento italiano<sup>557</sup>: el de la tutela judicial efectiva, pues la resolución se dictó con motivo de las alegaciones hechas por el juez *a quo* en relación a la limitación impuesta por el Tribunal de Justicia respecto a los efectos retroactivos de los pronunciamientos de invalidez de actos normativos europeos, lo que como nos recuerda Marta Carabea<sup>558</sup>, no es aceptable para el ordenamiento italiano, pues lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24 CI.

La Corte Constitucional, en el FJ. 3, afirma que si bien es cierto que el Derecho comunitario proporciona un sistema integral y efectivo de protección judicial de los derechos e intereses legítimos de los individuos, de los cuales el recurso ante el Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 177 del TCEE, es el más importante, no es menos cierto que *“los derechos fundamentales deducibles de los principios comunes de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, constituyen, de acuerdo con la jurisprudencia del TJ, parte integrante y esencial del ordenamiento comunitario. Pero esto no significa que no pueda ser responsabilidad de esta Corte Constitucional verificar, a través del control de constitucionalidad de la ley de ejecución, si alguna disposición del Tratado, tal como es interpretada y aplicada por las instituciones y por los órganos comunitarios, no se considera contraria a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o lesiona los derechos inalienables de la persona humana... lo que es sumamente improbable no deja de ser posible, además hay que tener en cuenta que al menos desde un punto de vista teórico general no puede afirmarse con seguridad que todos los principios fundamentales de nuestro*

---

<sup>556</sup> La sentencia trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Tribunal de Venecia, (consecuencia de una sentencia del TJ sobre una cuestión prejudicial planteada por este mismo Tribunal veneciano) por la posible contradicción entre los artículos 23, 24 y 41 de la CI y los artículos 1 y 2 de la Ley de ratificación del Tratado, en la parte en la que permite al TJ producir (mediante sus resoluciones) efectos jurídicos en Italia, pues en la STJCE, de 22 de mayo de 1985, asunto C-33/84 *SpA Fraga contre Amministrazione delle finanze dello*, el Tribunal de Luxemburgo interpretando el artículo 177 del TCE en relación con el artículo 174 del TCE, anula un reglamento comunitario y, al mismo tiempo limita los efectos en el tiempo de la declaración de invalidez de esa norma comunitaria, esto es, se atribuye el derecho de constatar los efectos producidos debidos a la anulación del reglamento en cuestión, en cuanto que limita la posibilidad de que una propia sentencia prejudicial de invalidez pueda tener efecto retroactivo hasta el punto que la lleve a resolver eficazmente la controversia que lo generó. El Tribunal de Venecia planteó ante la Corte Constitucional la duda sobre si dicha interpretación del artículo 177 TCE vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 CI. Para más información sobre esta cuestión ver, PI LLORENS, M. op. cit., pp. 71 y ss.

<sup>557</sup> VIDAL PRADO, C. *“El impacto del nuevo... op. cit., pp. 114 y ss.*

<sup>558</sup> CARTABIA, M. (1989) *“Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte Costituzionale”, Giurisprudenza Costituzionale, I, pp. 1012 y ss.*

*ordenamiento constitucional se encuentren entre los principios comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y estén pues comprendidos dentro del ordenamiento jurídico comunitario*<sup>559</sup>”. La Corte considera que puede enjuiciar la constitucionalidad de una norma comunitaria en lo referente a aquello que pueda afectar a los derechos y principios fundamentales. Lo que equivale a decir que la primacía del Derecho europeo queda limitada a aquello que no pueda afectar a los derechos fundamentales, porque como dice Gustavo Zagrebelsky<sup>560</sup> el establecer contra límites supone: “*todo, porque la violación de los principios fundamentales constitucionales abre el camino, aunque sólo en el caso extremo de una improbable denuncia de los Tratados por parte de Italia; nada, porque, al mismo tiempo no se podría evitar la aplicación de reglamentos probablemente inconstitucionales en nuestro país*”. La Corte Constitucional finalmente inadmitió la cuestión por razones objetivas. Sin embargo, con los argumentos esgrimidos en esta sentencia, probablemente lo que pretendía era lanzar un aviso al TJ, sin llegar a desencadenar un grave conflicto, pues en caso de haber admitido a trámite el recurso, cualquier opción que hubiese tomado podría haber provocado problemas tanto en el ámbito comunitario, como en el interno. Dejándolo en manos del Tribunal de Venecia, la Corte no interfiere o minimiza su interferencia en las competencias del TJ.

Ello significa que la sentencia introduce en la jurisprudencia constitucional italiana el desplazamiento del énfasis puesto en su jurisprudencia anterior, de la improbabilidad de conflicto, a la posibilidad teórica del mismo. En efecto, en las sentencias anteriores se hablaba de la hipótesis de juzgar la constitucionalidad de la ley de ejecución del Tratado, pero, ahora, se admite claramente esta posibilidad, siempre que se produzca una violación de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano y se vaya más allá, reconociendo que se puede dar un control de constitucionalidad sobre cualquier norma del Tratado tal como venga siendo interpretada y aplicada por las instituciones comunitarias.

Fausto Vecchio ha visto en esta sentencia una especie de amonestación al TJ, pues la Corte Constitucional advierte al Tribunal de Luxemburgo de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la ley de ratificación del Tratado, en la parte en la que lesione un principio fundamental, ya que se confirma inequívocamente la posibilidad por parte de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la efectiva lesión de un derecho fundamental. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad y su admisión a trámite vuelve a ser un límite para la jurisprudencia europea, que había sido pensada para impedir que cualquier tipo de divergencia ocasional entre Derecho comunitario y los principios fundamentales del ordenamiento pudiesen tener como consecuencia la denuncia de los Tratados. La Corte Constitucional, consciente de la gravedad del asunto, que podría traer como consecuencia una ruptura, aunque fuere sólo circunstancial, con el TJ, prefiere desmentir la esencia y lo innovador de su razonamiento, aunque le envía una advertencia (amonestación) a sus colegas de Luxemburgo, reconociendo de hecho (que no de derecho) la primacía de la norma comunitaria sobre la norma constitucional, también en materia de derechos fundamentales<sup>561</sup>.

---

<sup>559</sup> Traducción hecha del FJ. 3. 1 de la sentencia comentada por PI LLORENS, M. op. cit., p. 73.

<sup>560</sup> ZAGREBELSKY, G. (1989) “*Processo costituzionale*, Estratto da “Enciclopedia del Diritto”, vol. XXXIV, Milán, p. 536 o también en (1988) “*La giustizia costituzionale*”, Bologna, il Mulino, p. 118.

<sup>561</sup> VECCHIO, F. (2012) “*Primacía del Derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales: consecuencias asimétricas de la europeización de los contra límites*”. Balaguer Callejón, Francisco (Coord.), Ed. Universidad de Granada 2011-2012, pp. 39-100, en concreto p. 77.

## 2.4. Un mayor acercamiento a Europa. Cuarta década

Tras esta sentencia 232/89, nos recuerda la doctrina<sup>562</sup>, que en esta década la Corte no ha vuelto a ser llamada a enjuiciar normas europeas en relación con los contra límites. Sin embargo, por lo menos en cinco ocasiones ha corroborado este tipo de enjuiciamiento, si bien siempre en términos restringidos. Así lo hace en la sentencia núm. 168, de 18 de abril de 1991, donde recuerda la exigencia de salvaguardar el respeto de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano y los derechos inalienables de la persona humana, con la consiguiente posibilidad de enjuiciar, bajo dicho perfil, la Ley de ejecución del Tratado. En la sentencia núm. 117, de 23 de marzo de 1994, reitera la idoneidad de las normas derivadas de actos normativos comunitarios para derogar normas internas de rango constitucional, siempre que no se refieran a principios fundamentales o derechos inalienables de la persona humana. La sentencia núm. 509, de 11 de diciembre de 1995, declarando inadmisibles la impugnación directa de un reglamento comunitario por cuanto ha de llevarse a cabo por el trámite de la Ley de ejecución del Tratado, salvo que se haya producido una violación de los principios fundamentales del Derecho constitucional nacional y los derechos inalienables de la persona humana, que esta Corte debe salvaguardar incluso con respecto a la aplicación del Derecho europeo. La sentencia núm. 126, de 24 de abril de 1996, vuelve a mencionar el respeto del límite de los principios constitucionales fundamentales e inderogables. Una vez más, en la sentencia núm. 93, de 26 de marzo de 1997, insiste que no puede ser censurado por esta Corte Constitucional el régimen jurídico de los actos de las instituciones comunitarias, a la luz de la ley salvo que afecte a los principios supremos de la Constitución (lo que en este caso no se produce)<sup>563</sup>.

En esta década pues, los jueces constitucionales italianos han seguido el camino comunitario iniciado en los años sesenta y gradualmente se han ido replegando a las peticiones de los jueces de Luxemburgo no sólo en cuanto a los derechos fundamentales sino también respecto al reparto competencial entre el Estado y las regiones italianas. Incluso dentro de las fuentes del Derecho europeo en la sentencia ya citada 168/91, la Corte también extiende la primacía del Derecho comunitario a las directivas, siempre y cuando sean detalladas, es decir, directivas que aunque no hayan sido incorporadas al ordenamiento jurídico interno, tienen efecto directo vertical gracias a la interpretación de la jurisprudencia del TJ.

Así, la sentencia núm. 64, de 2 de febrero de 1990, vuelve a inadmitir un referéndum popular por afectar a una norma comunitaria derivada, en concreto, en temas de pesticidas, donde aclara que se hace necesario “*excluire la iniziativa del referéndum que interfiere con las obligaciones que para el Estado se derivan de las disposiciones comunitarias, entre ellas las directivas y otras de contenido análogo, según las cuales los Estados miembros no pueden obstaculizar la entrada en su territorio de productos, con motivo de la presencia de residuos tóxicos que no excedan de los límites indicados en las listas adjuntas a las directivas*”. *Sensu contrario*, en las sentencias núm. 8, de 12 de enero de 1995 y núm. 36, de 10 de febrero de 1997, admite a trámite y considera conforme con el artículo 75 de la Constitución los referenda populares sobre la reducción del tiempo de las transmisiones publicitarias televisivas y radiofónicas de concesión pública, porque aun afectando a la Directiva del Consejo, núm. 89/552/CEE de 3 de octubre de 1989, al establecer esta norma europea la posibilidad de que los

---

<sup>562</sup> CELOTTO, A. Y GROPPPI, T. op. cit., en concreto Itlaia, pp. 325-333.

<sup>563</sup> Y añade en el FJ. 3 que, en este caso corresponde pues a las regiones, la responsabilidad de participar activamente antes de que los programas del Estado se transfundan en actos de la CEE asumiendo el valor legal de los mismos. Lo que por supuesto exige el pleno cumplimiento por parte del Estado del deber de información previa, como una aclaración inmediata del principio de cooperación leal, sobre el contenido exacto de los planes y programas de los que pretende obtener la aprobación y el apoyo de la Comunidad.

Estados miembros establezcan reglas aún más rigurosas o detalladas en la materia que se traspone, el éxito del referéndum no sería contrario al Derecho derivado de la Unión.

Será sin embargo, en la sentencia 168/91, ya citada, siguiendo tanto su jurisprudencia<sup>564</sup> como la del TJ<sup>565</sup>, en su FJ. 5, donde establece las pautas para que una directiva sea directamente aplicable y tenga efecto directo en el territorio italiano, en su totalidad o en parte<sup>566</sup>. Para ello, la directiva debe de cumplir con una serie de requisitos de fondo tales como: ser incondicional y suficientemente precisa; que la República de Italia haya incumplido el plazo establecido para transponerla y darle cumplimiento; y que se invoque por el interesado.

Ahora bien, la sentencia en cuestión, no acaba de concretar a quién compete establecer si una directiva es directamente eficaz o no, pues, según el FJ. 5 “*el reconocimiento en concreto de tal presupuesto constituye el resultado de una actividad de interpretación de la directiva comunitaria y de sus singulares disposiciones, que el juez nacional puede efectuar directamente o remitir al TJ según lo dispuesto en el artículo 177.2 del Tratado, facultad que constituye obligación para el juez nacional de última instancia*”. Añadiendo a continuación, que puede ser la propia Corte quien proceda a la directa interpretación de la normativa europea, como ya había hecho en la sentencia 64/1990. Esta sentencia es, por tanto, poco aclaratoria, porque por un lado, se admite que sean los jueces a *quo* los encargados de la interpretación y, en caso de duda el TJ, si la directiva es o no directamente aplicable sin necesidad de una norma posterior de desarrollo, por otro, permite también al Alto Tribunal proceder a esa interpretación. Ahora bien si para el juez *a quo* es un deber el aplicar o cuanto menos intentar aplicar el Derecho comunitario, no se entiende muy bien cuando es la Corte la encargada de esa interpretación. Además esta resolución supone el que la Corte Constitucional se encuentre hipotecada para acudir ella misma al TJ haciendo uso de la cuestión prejudicial.

Sin embargo, este repliegue de la Corte tiene un único límite el de respetar por parte de las Instituciones europeas los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución, entre los que se encuentra que la norma comunitaria prevalente no hace inaplicable la norma interna incompatible, sino simplemente no aplicable al caso concreto, pues la derogación de una norma interna sólo puede hacerse por la Corte Constitucional cuando sea inconstitucional o por el legislador. El principio de la primacía del Derecho europeo, previsto en la Constitución por el artículo 11, debe ser entendido como poder-deber del juez de aplicar el ordenamiento comunitario e inaplicar el ordenamiento interno sin esperar a la declaración de inconstitucionalidad.

---

<sup>564</sup> El FJ. 4 de esta sentencia dice: “*Jurisprudencia anterior de este Tribunal ha confirmado y desarrollado aún más este enfoque con azulejos nuevos que enriquecen el mosaico general del "efecto directo" de la legislación comunitaria. Y, de hecho, con la sentencia núm. 113 de 1985 se consideró la aplicabilidad inmediata también de los fallos de las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia dictadas en virtud de una decisión prejudicial conforme al artículo 177 del Tratado. Más tarde se ha reconocido a la normativa comunitaria eficacia similar en la sentencia núm. 389 de 1989, según la interpretación hecha en la sentencia dictada por el Tribunal conforme al art. 169 del Tratado. Resolución que también ha declarado que la legislación comunitaria debe tener una aplicación inmediata no sólo por el órgano jurisdiccional en el ejercicio de su jurisdicción, sino también por el Gobierno en el ejercicio de sus tareas administrativas*”.

<sup>565</sup> SSTJCE tales como la de 22 de junio de 1989, asunto C-103/88, *Fratelli Costanzo Spa v Comune di Milano e Impresa ING. Lodigiani Spa*; de 20 de septiembre de 1988, asunto C-31/87 *Bentjees v Estado neerlandés*; de 8 de octubre de 1987, asunto C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*; o la de 24 de marzo de 1987, asunto C-286/85, *Mc Dermott and Cottere v Minister for Social Welfare and Attorney-General*. En particular en ésta última, el TJ señaló que las disposiciones de una directiva que cumpla con las condiciones anteriores puede ser invocada por el particular ante el órgano jurisdiccional nacional, “*con el fin de dejar de lado cualquier disposición de la legislación nacional que no cumpla con esa directiva*”.

<sup>566</sup> Pues la eficacia directa de esta norma comunitaria no se deriva solamente de su clasificación formal entre las fuentes del Derecho comunitario.

Pero, lo más novedoso de esta década, no va ser este reconocimiento de la supremacía de todas las normas europeas, incluso las de Derecho derivado o secundario, sino el posicionamiento de la Corte Constitucional a favor de la normativa comunitaria en torno a la cuestión de la normativa regional, fruto de la reiterada jurisprudencia del TJ, según la cual el Estado es el único sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones comunitarias.<sup>567</sup> Los Estados no pueden invocar para justificar el incumplimiento de estas obligaciones la garantía de la autonomía regional prevista en su ordenamiento interno. De ahí que en las sentencias núm. 126/1996 y 93/1997, la Corte Constitucional aun reconociendo ésta autonomía de las regiones italianas, inadmite los recursos con el objeto de reducir al mínimo las alteraciones o conflictos de competencia, consecuencia de las relaciones entre el Estado y las regiones, provenientes de la titularidad de la responsabilidad comunitaria por el Estado. Incluso en la sentencia núm. 384, de 10 de noviembre de 1994, la Corte Constitucional además de la clásica distinción entre *inaplicación/no aplicación*, por parte de cada operador, a la cual se recurre en el caso de que se trate de normas nacionales ya vigentes en conflicto con el Derecho europeo, añade la directa declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte, para la hipótesis de normas internas que aún no estén en vigor. Es decir en esta sentencia la Corte Constitucional admite a trámite un recurso de inconstitucionalidad promovido en vía principal, bajo el perfil de la violación indirecta del artículo 11 CI, basado en el conflicto entre la ley regional impugnada por el Gobierno (y todavía no aprobada) y las normas comunitarias. El juicio de constitucionalidad de las leyes regionales por violación de normas comunitarias es preventivo, esto es, antes de que se apruebe la ley regional, la Corte Constitucional la declara inconstitucional, de ahí que se denomine a este recurso como el “juicio preventivo de constitucionalidad,” ya que como dice el FJ. 2 de esta sentencia, “*Sin querer poner en duda la sentencia núm. 170/1984 (que modificó la anterior jurisprudencia, según la cual las disposiciones de la ley nacional contrarias a las normas comunitarias se consideran inconstitucionales por violación del artículo 11 de la Constitución), hay que reflexionar sobre las implicaciones de la “obligación de garantizar la conformidad del derecho interno a la Comunidad, que se deriva del artículo 11 de la Constitución”*”, pues, aunque provenga de la legislación regional, es considerado por el Tribunal de Justicia una violación de las obligaciones impuestas por el Tratado. Frente a la Comunidad Europea, cualquier medida que sea incompatible con las disposiciones del Tratado, supone una violación del Derecho comunitario, tanto cuando se presenten en el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, como cuando provenga de otros entes y se mantengan en la legislación nacional, siendo el Estado el responsable de estas violaciones del Derecho europeo. Razones éstas, por las que la Corte, en lo que se refiere a las potestades normativas regionales, ha dejado claro que sólo se mantengan aquellas disposiciones cuyos contenidos no resulten contrarios a la disciplina y límites introducidos por la legislación comunitaria y las consiguientes medidas de aplicación. E incluso añade que, aunque la potestad para el ejercicio de esa competencia provenga de una norma específica prevista en la Constitución no se puede justificar el mantenimiento de la potestad regional, si su ejercicio entra en conflicto con las materias objeto de regulación por la UE o con la aplicación del Derecho europeo en el derecho nacional. En estos casos, la competencia provincial no puede permanecer sin cambios una vez que ha dejado de ser tal, como consecuencia de las disposiciones de observancia de las novedades

---

<sup>567</sup> En este sentido recordar que en la década anterior se pueden encontrar más de 23 sentencias que condenan a los Estados miembros por violaciones originadas por las regiones y por otros poderes autónomos como las provincias y los municipios. Así por ejemplo, en lo que a Italia se refiere, la STJCE de 22 de marzo de 1984, asunto C-169/1982, condenó a Italia por incumplimiento de las obligaciones del Tratado en el sentido del ex artículo 169, como consecuencia de una Ley de la Región de Sicilia que chocaba con reglamentos comunitarios; o la STJCE de 15 de octubre de 1986, asunto C-168/85 que además de condenar a Italia, recuerda que las disposiciones directamente aplicables del Tratado vinculan a todas las autoridades de los Estados miembros y están obligadas, por consiguiente, a observarlas, sin que sea necesario adoptar disposiciones nacionales de ejecución.

comunitarias.<sup>568</sup> Estas razones llevan a la Corte, en la etapa final del proceso de formación del acto regional con el fin de prevenir, en la raíz, el riesgo de incumplimiento de las obligaciones de la Comunidad, a derogar las decisiones acordadas por las regiones incompatibles con la regulación europea.

Según la Corte, una cuestión es resolver el problema del conflicto entre el derecho estatal y el Derecho europeo directamente aplicable, cuya solución debe darse por los propios jueces *a quo* (inaplicando la norma estatal contraria al Derecho comunitario) y, otra muy distinta es la verificación de la constitucionalidad de las deliberaciones legislativas de los Consejos regionales (antes de su publicación y entrada en vigor) cuya impugnación no puede hacerse sino como consecuencia de un recurso gubernamental por vía principal, pues se trata de normas que aún no tienen vigencia, a las que no se puede realizar un juicio de inconstitucionalidad en vía incidental y, por lo tanto un juicio potencial sólo puede ser promovido por el Gobierno ante la Corte Constitucional como violación del principio de seguridad y claridad jurídica, y para evitar el incumplimiento en el ámbito interno de las obligaciones del Estado italiano con la Comunidad Europea.

En la sentencia núm. 94, de 30 de marzo de 1995, la Corte Constitucional vuelve a examinar un caso de conflicto entre Derecho europeo y una norma interna regional que aún no estaba en vigor, llegando igualmente a declarar la inconstitucionalidad de la misma. En el FJ. 2, aprovecha la ocasión para desarrollar las afirmaciones anteriores. Aclara, contrariamente a lo que parece argumentar la Región de Sicilia, que el precedente de la sentencia 384/1994, no se contradice con la 170/1984, alegada por Sicilia en su defensa, sino que son sentencias que se complementan entre sí. Reitera de nuevo la obligación impuesta por el TJ (en sentencias tales como la de 22 de junio de 1989 asunto C-103/1988) a los Estados miembros de no aplicar normas interna en conflicto con las de la Comunidad, lo que hace necesario a esta Corte el aceptar la no aplicación por el juez *a quo* en el procedimiento en el que está conociendo de la norma interna en conflicto con la comunitaria, correspondiendo al Estado su eliminación para depurar el ordenamiento de las incompatibilidades o de la falta de armonía con las normas vigentes. Requisito que en el ámbito de la legislación nacional está relacionado con el principio de seguridad jurídica y que en el europeo, sin embargo, se relaciona con la garantía del principio de primacía del Derecho comunitario. Esta es la razón por la que en la sentencia núm. 389/1994, la Corte Constitucional tiene por primera vez la necesidad de purificar la legislación nacional incompatible con la comunitaria declarando la inconstitucionalidad de la norma antes de su entrada en vigor conforme a lo establecido en el artículo 5 TCE y el artículo 11 CI, para dar lleno y correcto cumplimiento a las obligaciones europeas. Con el procedimiento de impugnación en vía principal, la Corte puede declarar la inconstitucionalidad de la norma con carácter general y no sólo para el caso concreto, aportando con ello certeza jurídica frente a su declaración de inconstitucionalidad por vía incidental. Sin embargo, en esta sentencia, la Corte no sólo abre la posibilidad de un control entre normas comunitarias y normas internas en el ámbito del juicio de constitucionalidad en vía principal, cuando el Gobierno interponga un recurso contra una norma de una región, sino también cuando el recurso provenga de una Región contra una Ley estatal y, por lo tanto se trate de una norma nacional ya en vigor<sup>569</sup>.

---

<sup>568</sup> Ver también sentencias núm. 150/1993 y núm. 13/1964.

<sup>569</sup> El FJ. 2.6 dice: “*En su Sentencia 384/1994 la Corte Constitucional, pronunciándose en el marco de un juicio de constitucionalidad formulado como cuestión de fondo (in via principale) contra una ley regional, ha afirmado por primera vez que el imperativo de depurar el ordenamiento nacional de normas incompatibles con las comunitarias, al estar anclado en el valor constitucional que implica la claridad normativa y la certeza en la aplicación del derecho por parte de cuantos están sometidos a la ley, también puede quedar satisfecho con una declaración de inconstitucionalidad. Y realmente, como quiera que en los juicios de constitucionalidad en cuanto al fondo el objeto del propio litigio no es una norma en cuanto precepto aplicable, sino una norma lesiva en sí misma de las*

Si bien esta solución es la más justificada desde la óptica de la máxima adecuación al ordenamiento europeo, hace sin embargo más difícil y desproporcionada la adecuación del ordenamiento italiano al ordenamiento comunitario pues, mezcla anulación que pone de relieve la inconstitucionalidad del acto que hay que eliminar con inaplicación que en cambio obra a nivel hermenéutico, en relación con la norma que hay que aplicar en cada momento.

En esta misma línea, la sentencia núm. 126, de 24 de abril de 1996, establece en su FJ. 5, a), que la ejecución por los Estados miembros de las normas comunitarias debe tener en cuenta la estructura (centralizada, descentralizada, federal) de cada uno de ellos, por lo que Italia está obligada por su propio Derecho constitucional, a respetar su sistema territorial regional y, por tanto, si la aplicación o la ejecución de una disposición de Derecho europeo pone en cuestión los poderes administrativos o legislativos que correspondan a los sujetos dotados de autonomía constitucional, no hay duda de que, por lo general, le corresponde actuar a estos sujetos. En el apartado b), de este mismo Fundamento, reconoce sin embargo, que cómo el Estado es el responsable íntegra y unitariamente frente a la Unión Europea de la ejecución del Derecho europeo en el ordenamiento interno, esto supone necesariamente restarle competencias a las regiones y provincias autónomas, pues el Estado no puede encontrarse impotente frente a la violación del Derecho comunitario procedente de la actividad positiva u omisiva de los sujetos dotados de autonomía constitucional. Los instrumentos no consisten en atribuir competencias a favor del Estado, sino en intervenir represiva, policial o de forma sustitutiva y supletoria (estas últimas también preventivas, pues debe ceder ante la actividad de los poderes regionales y provinciales competentes) respecto a violaciones o inactividad en las actuaciones o ejecución de las normas comunitarias por las regiones<sup>570</sup>.

Esta primacía del Derecho europeo, la responsabilidad ante la Unión Europea del Estado y la cláusula de supletoriedad estatal, han hecho que en Italia se produzca una primacía también de los poderes centrales sobre los regionales, proporcionándoles un instrumento muy importante para recortar competencias legislativas regionales. La propia Corte Constitucional ha reconocido en ocasiones la legitimidad de los reglamentos gubernamentales que intervienen en materia regional con el fin de dar ejecución al Derecho comunitario, imponiendo exclusivamente como límite el principio de legalidad, entendido como encontrar un fundamento legislativo que vincule y dirija las opciones del Gobierno.

En este sentido la sentencia núm. 425, de 27 de octubre de 1999,<sup>571</sup> establece en el FJ. 5.3.2 que: *“la ejecución comunitaria no es un passe-partout que permite al Estado obstaculizar las autonomía regional y provincial sin respetar los principios de actuación normativa. También en*

---

*competencias garantizadas constitucionalmente a las regiones (en el caso de impugnación de leyes estatales por parte de las regiones) o que viole por su propia esencia normas constitucionales (en supuesto de impugnación de leyes regionales por el Estado), hasta el punto de que en esta clase de recursos pueden impugnarse también preceptos de ley que aún no surtan efecto o tengan un efecto diferido (ver Sentencias núm. 224/1990, 242/1989, 39/1971, 37/1966 y 75/1957).*

<sup>570</sup> Para más información sobre la autonomía regional y la responsabilidad estatal ver GROPPI. T. (2004) “La incidencia del Derecho comunitario en las relaciones Estado-Regiones en Italia”, *ReDCE*, núm. 1, enero-junio, pp. 173-196.

<sup>571</sup> Esta sentencia trae causa del Decreto Presidencial de 8 de septiembre de 1997, relativo a la ejecución de la Directiva 92/43/CEE del Consejo de 24 de marzo de 1992, sobre la conservación de los hábitats naturales y seminaturales, así como la flora y fauna selváticas. Tal Decreto se dictó también para hacer frente a un procedimiento de incumplimiento ante el TJ. La Corte establece, que bajo el perfil del respeto a las competencias regionales y provinciales, la ejecución reglamentaria de directivas comunitarias es admisible en cuanto las normas ejecutivas cedan en su aplicación frente a las diversas opciones normativas regionales y provinciales, en los límites en los cuales éstas sean constitucional y estatutariamente admisibles, es decir en tanto en cuanto el reglamento estatal no vincule a las regiones y provincias más allá de cuanto se derive de las obligaciones comunitarias y se base en poderes normativos que lo permitan.



*la adopción de la normativa de ejecución comunitaria, el reglamento estatal (más allá de los casos de reserva de ley previstos en la Constitución) encuentra un límite en el principio de legalidad. Este principio que, como en frecuentes ocasiones esta Corte ha reconocido, domina las relaciones entre el propio Estado, las regiones y provincias autónomas, constituye un aspecto de la misma posición que éstas últimas están obligadas a defender en el recurso de inconstitucionalidad (sentencias de la Corte Constitucional núm. 169 de 1999, 250 de 1996, 278 de 1993)”<sup>572</sup>.*

## **2.5. La reforma constitucional y la primacía del Derecho comunitario. Quinta década**

En esta etapa la Corte Constitucional vuelve a tener que pronunciarse sobre los mismos problemas que en las décadas anteriores: referéndum, distribución territorial de competencias y responsabilidad del Estado, primacía del Derecho europeo y derechos fundamentales. Sin embargo, aunque en el plano doctrinal siga aferrándose a la tesis dualista y se resista a admitir la primacía del Derecho comunitario, ya no pone reserva alguna para admitir el efecto directo de las normas europeas, y, por ello, en esta década trata fundamentalmente de dos problemas: el de remover todos los obstáculos que impidan el efecto directo del Derecho europeo y el determinar cuál es el órgano judicial competente para asegurar la aplicación del Derecho comunitario cuando contrasta con el derecho interno.

Ejemplo claro del primero, serán las sentencias en torno al artículo 75. 2 CI, respecto a las limitaciones para celebrar referéndum popular, pues, ya no sólo afirma con rotundidad que habrá que rechazar todo tipo de referenda derogatorios cuya aprobación pueda suponer para Italia incumplir sus obligaciones para con los Tratados de la UE (sentencia núm. 31, de 7 de febrero de 2000)<sup>573</sup>, sino que incluso inadmite, por motivos de economía jurídica, la posibilidad de celebrar un referéndum derogatorio sobre una norma cuya eliminación del ordenamiento interno no tendría ninguna consecuencia para el Estado italiano, pues aun yendo en contra de una directiva comunitaria, al no haber finalizado el plazo para su transposición no supone (su incumplimiento) responsabilidad alguna para el Estado italiano (sentencias núm. 41 y 45 de 7 de febrero de 2000). A la Corte Constitucional le parece antieconómico e irracional, anular leyes cuya presencia, en breve, resultarán útiles para evitar el incumplimiento europeo<sup>574</sup>. Esto es, la Corte ya no pone el límite de la admisibilidad del referéndum, en la responsabilidad del Estado italiano por el incumplimiento de sus obligaciones frente a la UE sino, en el futuro incumplimiento, al inadmitir la celebración de referenda derogatorios que en un futuro pueden influir en el Derecho comunitario.

Respecto al segundo problema, del órgano competente para aplicar el Derecho europeo, dos son fundamentalmente los factores sobre los que se hace girar la jurisprudencia de la Corte: la reforma constitucional y la adhesión de Italia al Tratado de Lisboa.

---

<sup>572</sup> Traducción hecha por GROUPI, T. “La incidencia del derecho...”, op. cit., p. 183.

<sup>573</sup> La Corte en esta resolución inadmite la posibilidad de celebrarse un referéndum derogatorio sobre un texto único referido a la inmigración, por entender que la revocación del Decreto legislativo núm. 286 de 1998 haría que Italia no cumpliera con las obligaciones derivadas del Acuerdo Schengen y por lo tanto con el Tratado de Ámsterdam.

<sup>574</sup> CARNEVALE, P. (1992) “*Il referéndum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*”, Collana dell’Istituto di diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università “La Sapienza” di Roma, núm. 70, Cedam, Padova Padua, pp. 1-372.

Con la reforma constitucional realizada por la Ley núm. 3, de 18 de octubre de 2001,<sup>575</sup> que modifica el artículo 117 párrafo primero CI,<sup>576</sup> se reconoce expresamente en la Norma fundamental los vínculos constitucionales del ordenamiento comunitario y la potestad legislativa, es decir en el caso de que una ley nacional estatal o regional viole disposiciones comunitarias la incompatibilidad europea supone también una incompatibilidad con la Constitución. Esto significa que el parámetro europeo se ha convertido junto con las obligaciones internacionales y la Constitución en uno de los tres elementos básicos del ordenamiento jurídico italiano<sup>577</sup>.

Sin embargo, las sentencias del año 2002<sup>578</sup>, dictadas en relación con el Derecho comunitario, no hacen referencia a esta nueva fuente de Derecho constitucional. En efecto, la Corte Constitucional inadmite a trámite el fundamento de los recurrentes de la violación del artículo 117 párrafo primero, pues entiende que las cuestiones sometidas a la citada inconstitucionalidad, deben resolverse teniendo en cuenta únicamente este precepto constitucional antes de su reforma, ya que los recursos se interpusieron antes de la entrada en vigor de la citada Ley Constitucional de 18 de octubre de 2001, que no puede aplicarse con efectos retroactivos<sup>579</sup>.

Paradójicamente, será la sentencia núm. 28, de 26 de julio de 2002, la que, en su FJ. 3, menciona a esta nueva fuente de derecho como parámetro de constitucionalidad en una materia que sin embargo nada tiene que ver con el Derecho comunitario<sup>580</sup>.

Habrà que esperar a la sentencia núm. 303, de 1 de octubre de 2003, para que la Corte Constitucional, en el FJ. 6, haga alusión a que el Derecho europeo es parámetro de constitucionalidad estableciendo que, ahora debe tenerse en cuenta la interpretación del artículo 117 párrafo primero, de la Constitución, en el sentido ya hecho por esta Corte en sentencias anteriores (tales como la 85/ 1999, 94/1995 o 384/ 1994) según las cuales, el Derecho europeo es una fuente del Derecho constitucional, por lo que, cuando una disposición legislativa explícita sea contraria al Derecho comunitario, como en este caso, es manifiestamente inadmisibles la cuestión de constitucionalidad fundada en una denuncia de esa contradicción, pues toda disposición que entre en conflicto con el Derecho comunitario debe ser inaplicada directamente.

Por su parte durante el 2004 (sentencias tales como la núm. 7, de 13 de enero, la núm. 166, de 11 de junio o la núm.176, de 10 de junio) el criterio adoptado por la Corte es un tanto

---

<sup>575</sup> La reforma constitucional del regionalismo italiano fue realizada en el transcurso de la XIII Legislatura (1996-2001) mediante tres leyes constitucionales: la Ley constitucional núm. 1/1999 (referida a la autonomía estatutaria y a la forma del gobierno de las regiones con autonomía ordinaria); la Ley constitucional núm. 2/2003 (que ha aplicado una disciplina análoga a las cinco regiones con autonomía especial: Sicilia, Sardegna, Valle d'Aosta, Trentino-Alto Adige y Friuli-Venezia Giulia) y la Ley constitucional núm. 3/2001 (que ha completado la reforma del Título V de la Constitución, dedicado a las autonomías territoriales, concluyendo el recorrido iniciado por la Ley constitucional núm. 1/1999).

<sup>576</sup> El artículo 117.1 párrafo primero de la Constitución italiana establece así: *“El poder legislativo será ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que se deriven del ordenamiento comunitario y de los compromisos internacionales”*.

<sup>577</sup> CELOTTO, A. op. cit. p. 233.

<sup>578</sup> Tales como la núm. 376/2002, de 23 de julio o la 422/2002 de 7 de octubre.

<sup>579</sup> Así en la sentencia 96/2003, de 26 de marzo, en su FJ. 2 dice: *“Dado que el recurso fue presentado antes de la entrada en vigor de la Ley Constitucional de 18 de octubre de 2001, núm. 3 (de Modificación del Título V de la Parte II de la Constitución), los artículos evocados (117 y 118 de la Constitución), como se ha dicho ya por esta Corte en diversas ocasiones (entre otras, las sentencias núm. 422 y núm. 376, de 2002), se deben aplicar en su formulación original”*.

<sup>580</sup> GROPPi, T. “la incidencia del Derecho comunitario...op. cit.

confuso, pues, aunque se interponen recursos por violación del Derecho europeo como parámetro de constitucionalidad conforme a lo establecido por el artículo 117 párrafo primero, de la Constitución, la Corte Constitucional no se pronuncia sobre este parámetro y aborda los conflictos desde el punto de vista competencial. Se puede por ello interpretar que, la Corte Constitucional sigue su criterio anterior y considera que no cabe la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por contradicción entre la norma comunitaria y el derecho interno, sino que al juez *a quo* le corresponde inaplicar directamente la norma interna incompatible.

La línea exigida por el TJ en la sentencia de 9 de septiembre de 2003, asunto C-198/01, *Consorcio Industrie Fiammiferi*, va a ser sin embargo, de nuevo un tanto crítica con esta teoría del Alto Tribunal italiano, pues, vuelve a reiterar el principio de primacía del Derecho europeo, y la exigencia de inaplicar cualquier disposición de la legislación nacional en conflicto con una norma comunitaria, independientemente del hecho de que sea anterior o posterior a ésta última y, vuelve a exigir a Italia que la obligación de inaplicar una normativa nacional en contraste con el Derecho europeo concierne no sólo al juez nacional, sino también a todos los órganos del Estado y las autoridades administrativas, lo que implica si fuere necesario, la obligación de adaptar todas las medidas necesarias para facilitar la total eficacia del Derecho comunitario.

Quizá por esta jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, después de más de cuatro años desde la entrada en vigor de la reforma constitucional, en la resolución núm. 406, de 24 de octubre de 2005, la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley regional por violación del párrafo primero del artículo 117 CI, esto es, por no respetar una ley regional el Derecho europeo. En este caso, no inadmite la cuestión de la contradicción de la ley regional con la normativa comunitaria, ni declara la inconstitucionalidad de la Ley regional por un conflicto de competencias, sino que señala que "*la suspensión establecida, de acuerdo al artículo 1 de la Ley de la Región de Abruzzo núm. 14 de 2004, y la posibilidades del artículo 2 de la misma Ley, está en evidente contraste con algunas de las disposiciones fundamentales de la Directiva núm. 2000/75/CEE de 20 de noviembre*"<sup>581</sup>. Lo que vuelva a reiterar en la sentencia núm. 129, de 23 de marzo de 2006<sup>582</sup>, en su FJ. 5.3, al decir de forma expresa que, conforme a su jurisprudencia anterior (sentencia núm. 406, de 3 de noviembre de 2005, núm. 7, de 13 de enero de 2004, y núm. 166, de 11 de junio de 2004), las directivas de la UE actúan como normas interpuestas del parámetro que evalúa la conformidad de la técnica normativa regional a la disposición constitucional 117 párrafo primero, que situada en la Parte II de la Constitución,

---

<sup>581</sup> La sentencia trae causa de la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente del Consejo de Ministros por considerar que los artículos 1 y 2 de la Ley de la Región de Abruzzo, de 1 abril de 2004, núm. 14 violan el artículo 117.1 de la Constitución, al entrar en conflicto con la Directiva núm. 2000/75/CE de 20 de noviembre de 2000 y el segundo párrafo del artículo. 117 de la Constitución, del que se desprende que es competencia legislativa exclusiva del Estado la materia de "profilaxis internacional" y "protección del medio ambiente y el ecosistema." La Corte Constitucional entiende que no cabe duda de que la suspensión de la campaña de prevención obligatoria contra la fiebre catarral de los ovinos, de acuerdo al artículo 1 de la Ley de la Región de Abruzzo núm. 14 de 2004, y la posibilidad de que en el mismo periodo los animales no vacunados puedan ser trasladados, comercializados o sacrificados en el sentido expuesto por el artículo 2 de la misma Ley, está en evidente contraste con el párrafo primero del art. 117 de la Constitución al no cumplirse con el Derecho comunitario, lo que también pone en riesgo la operación global de profilaxis a nivel europeo. Las disposiciones impugnadas por lo tanto deben ser declarada inconstitucionales.

<sup>582</sup> La sentencia tiene su origen en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Consejo de Ministro contra los artículos 9, 10, 11, y 19, 27, 33, 55 y 57 de la Ley de la Región de Lombardía de 11 de marzo 2005, núm. 12 (Ley para el gobierno del territorio), en relación con el art. 117 de la Constitución. En concreto y, por lo que ahora nos ocupa, por la violación de las Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas 92/50, de 18 de junio de 1992, 93/36, de 14 de junio de 1993, 93/37 y 93/38. La Corte Constitucional, tras examinar la Ley Regional, conforme la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 12 de julio de 2001 en el asunto C-399/98, *Ordine degli Architetti y otros.*) y su aplicación por la ley marco Ley de 11 de febrero de 1994, núm.109 no admitió la cuestión de constitucionalidad promovida por el Gobierno Italiano respecto al artículo 117 primer párrafo de la CI.

está relacionada con el principio fundamental contenido en el artículo 11 constitucional y exige el respeto de los derechos y principios garantizados por la Constitución italiana.

En relación con los derechos fundamentales, en esta década la Corte Constitucional sigue manteniendo su criterio inicial, de descartar el acudir a la cuestión prejudicial ante el TJ y de considerarse la única garante del cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. De ahí, que en la sentencia núm. 275, de 24 de julio de 2003, declare la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley de reordenación del sector farmacéutico, por violación de los derechos fundamentales, en concreto los artículos 3 y 32 de la CI, sin tener ni siquiera en cuenta su posible contradicción con el Derecho europeo. Como no podía ser de otro modo, ello generó (por parte de los afectados) su impugnación ante el Consejo de Estado, y ante el TJ (por parte de la Comisión por incumplimiento del Estado italiano de sus obligaciones en la UE) por la vulneración de los artículos 12, 43 y 56 del TUE. El Consejo de Estado, por resolución núm. 4207 de 8 de agosto de 2005, le dio la razón a la Corte dictaminando que la sentencia constitucional elimina la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial, en la medida en que la respuesta del TJ en ningún caso podría influir sobre la *litis*, habida cuenta de la doctrina de la Corte constitucional sobre los contra límites. Añade el Consejo de Estado que es concebible conservar un espacio jurídico estatal excluido por completo de la influencia del Derecho comunitario, un espacio en el que el Estado continua siendo soberano, no susceptible de supresión o limitación en virtud de los Tratados, en cuyo contexto habría que ubicar la sentencia constitucional núm. 257 de 2003. Sentencia, según la cual resulta indispensable para la tutela de un derecho fundamental del ordenamiento, el derecho a la salud, la declaración de inconstitucionalidad hecha y la modificación efectuada. Y, añade que podrá objetarse que la Corte Constitucional no ha tenido en cuenta el problema del posible conflicto entre la modificación introducida y el Tratado y que, por tanto, la cuestión suscitada por los recurrentes está aún en espera de una solución por parte de una autoridad comunitaria competente, a la cual debería ser remitida aquella. Añade a este respecto que el Consejo no tiene por qué pronunciarse sobre la posibilidad de que en el futuro, incluso próximo, pueda tener lugar un enjuiciamiento por el TJ de la compatibilidad de la norma italiana con el Tratado, como consecuencia del ejercicio de competencias propias de los órganos comunitarios<sup>583</sup>. El mismo planteamiento se encuentra en la sentencia núm. 161, de 26 de mayo de 2004, pues, admite a trámite la cuestión de constitucionalidad ante ella planteada por las jurisdicciones ordinarias (entre septiembre de 2002 y marzo de 2003 por los Tribunales de *Forlì, Melfi y Milan*) por violación de los artículos 3, 76, 25 y 117 de la Constitución Italiana, sin obligar al Juez a plantear previamente la cuestión prejudicial. Ello se debe a que la Corte Constitucional considera más importante el salvaguardar sus derechos fundamentales o contra límites.

En la Resolución núm. 454, de 13 de diciembre de 2006, vuelve a insistir que: “*según reiterada jurisprudencia de esta Corte, fundada sobre el art. 11 de la Constitución, el juez nacional debe dar plena e inmediata aplicación a las normas comunitarias con eficacia directa y no aplicar en todo o sólo en parte las normas internas consideradas incompatibles, si es necesario después de obtener una decisión prejudicial del Tribunal de justicia según el artículo 234 TCEE y, además, el mismo juez puede preguntar a esta Corte sobre la compatibilidad comunitaria en el caso de normas que directamente impidan o perjudiquen la observancia del Tratado, en relación al sistema o al núcleo esencial de sus principios, en el caso de una imposible interpretación conforme, y también cuando la no aplicación de la disposición interna determine un conflicto, cuyo control corresponda exclusivamente a la Corte constitucional, por recaer sobre los principios fundamentales del ordenamiento constitucional o los derechos*”

---

<sup>583</sup> ALONSO GARCÍA, R. (2005) “Los tribunales constitucionales y el control del derecho interno conectado con el comunitario”, *Foro, Nueva Época*, núm. 2, pp. 153-176.

*inalienables de la persona*". Esto es, la Corte rechaza la posibilidad de resolver posibles conflictos entre normas comunitarias y normas internas, por ser competencia que corresponde al juez ordinario<sup>584</sup>. Ahora bien, si dicho conflicto se sucede en relación con los principios fundamentales o los derechos inalienables de la persona si cabe el pronunciamiento del Alto tribunal constitucional, pero sólo en esos casos. De esta sentencia se deduce también que la Corte Constitucional vuelve a exigir a los tribunales ordinarios el reenvío prejudicial, cuando tengan dudas sobre la interpretación conforme de una norma interna con el Derecho europeo, siempre que, la norma en cuestión afecte al litigio principal, razones ambas dos por las que en la sentencia citada, inadmite la cuestión interpuesta.

Con la firma del Tratado de Lisboa, el 13 de diciembre de 2007, y la cláusula de protección de las identidades constitucionales nacionales en el artículo 4.2, así como el reconocimiento de una nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, se van abriendo camino soluciones al "conflicto existencial" entre ordenamientos que no se centran en la prevalencia del uno sobre el otro, sino más bien en la búsqueda de convergencias interpretativas a nivel material entre los principios constitucionales y los correspondientes principios del Derecho europeo<sup>585</sup>. La sentencia núm. 28, de 25 de enero de 2010, es un ejemplo claro de ello, pues, tras acogerse de forma previa a la interpretación hecha por el TJ en su sentencias,<sup>586</sup> en el FJ. 7, aplica en materia de principios y derechos inalienables de la persona la CDFUE, por entender que "*de acuerdo con el principio de favor rei, que caracteriza el sistema jurídico italiano y que se reitera en el artículo 49 de la Carta (la denominada Carta de Niza), ejecutado por el Tratado de Lisboa que modifica el Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009...se aplica*

---

<sup>584</sup> En esta resolución, los Tribunales a *quo* se refieren a la posibilidad de elevar una nueva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, ya que este ha sostenido que "*la legislación nacional que prohíbe - penado por la ley - llevar a cabo las actividades de recogida, aceptación, registro y transmisión de apuestas, en particular, las apuestas sobre acontecimientos deportivos, sin licencia o autorización expedida por el Estado miembro en cuestión, constituye una restricción a la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios "y que" corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si tal legislación sirve a los objetivos que pueden justificarla y si las restricciones que impone son desproporcionadas en relación con esos objetivos*"( STJUE de 6 de noviembre 2003 en el asunto C-243/01, *Gambelli*); La Corte Constitucional entendió que, dado que las cuestiones objeto de la presente decisión sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario están actualmente pendiente ante el Tribunal de Justicia, y que no se justifica adecuadamente la necesidad de pronunciarse sobre las mismas para resolver el litigio principal, las cuestiones de constitucionalidad deben declararse inadmisibles por falta de motivación en cuanto a su relevancia para resolver el litigio principal.

<sup>585</sup> SCHILLACI, A. (2010) "El sistema constitucional de Italia" *ReDCE*. Año 7. núm. 14, julio-diciembre, pp. 75-115.

<sup>586</sup> Los FFJ. 5 y 6 dicen: "... se permite que el efecto directo de una directiva - de conformidad con la jurisprudencia - sólo quepa, si otorgan un derecho a favor de los ciudadanos frente al Estado infractor. No caben los efectos directos de una directiva si de la aplicación de la misma se deriva responsabilidades penales (sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2002, asunto C-233/01, *RAS*, de 29 de abril de 2004 en el asunto C-102/02 *Beuttenmüller*; sentencia de 3 de mayo de 2005 en los asuntos C-387, 391, 403/02, *Berlusconi* y otros.). Y añade que a imposibilidad de no aplicar la ley que atenta contra la directiva de la de la UE que carece de efecto directo, no significa, sin embargo, que la primera es inmune al control del cumplimiento de la legislación comunitaria, pues se puede plantear una cuestión de constitucionalidad, por presunta infracción del artículo. 11 y ahora también del art. 117, párrafo primero, de la Constitución (sentencias núm. 170 de 1984, núm. 317 de 1996, y sentencia núm. 284 de 2007). Debe excluirse también toda consulta al TJ, como es requerido por el Estado y por la parte privada. La cuestión prejudicial sólo cabe plantearla para resolver un problema de interpretación, lo que no es necesaria cuando el sentido de la legislación comunitaria es evidente, e incluso ha sido aclarado ya por el TJ, (*ex plurimis*, STJUE de 27 de marzo 1963 involucrados C-28-30/62, *Da Costa*, Corte Constitucional núm. 103 de 2008). En el presente caso, por las normas y la jurisprudencia comunitarias emergen claramente los conceptos de "residuo" y "sub-producto", en la que no quedan áreas de incertidumbre. Por lo tanto, el objeto del procedimiento principal en relación con los artículos. 11 y 117, párrafo primero, de la Constitución, se puede considerar suficientemente definido en su contenido, a los efectos del control de constitucionalidad.

*aquella ley cuyas disposiciones son más favorables para el acusado. La ley más indulgente es retroactiva, por lo tanto, ..., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2, párrafo cuarto, del Código Penal, si la fecha de la ley en que se cometió la infracción y la posterior son diferentes el principio de favor rei, que caracteriza el sistema jurídico italiano y... que se reitera en el artículo 49 de la Carta que dispone: "Si con posterioridad a la comisión del delito, la ley dispone una pena más leve deberá aplicarse."* Es decir, la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales ya no sólo va a hacer referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino también a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en su jurisprudencia empieza a hacer referencia junto con la del Tribunal de Estrasburgo a la del Tribunal de Luxemburgo.

Es oportuno detenerse sobre otro aspecto, que hasta la fecha ha sido uno de los grandes problemas de Italia, a saber: los órganos encargados de aplicar el Derecho europeo. En esta década y contradiciendo su jurisprudencia anterior, por primera vez la Corte, en 2008 (en las resoluciones núm. 102 y 103), acude al instrumento de la cuestión prejudicial. La sentencia núm. 102, de 12 de febrero de 2008, fue dictada con motivo de las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 91 de 13 de julio de 2006 y núm. 36 de 7 de agosto 2007, interpuesto por el Presidente del Consejo de Ministros contra varias normas adoptadas por la Región Autónoma de Cerdeña con el objetivo de examinar su compatibilidad con el artículo 117 primer párrafo CI por entender que dicha normativa regional era contraria a las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, en concreto a los artículos 49 y 81 TUE en relación con el artículo 3, 10 y 87 del TUE<sup>587</sup>. Por ello, mediante la Decisión núm. 103, de 13 de febrero de 2008, se remite al TJ el 21 de abril de 2008, la suspensión del recurso ante ella pendiente y la petición de cuatro cuestiones prejudiciales.

Esta petición de decisión prejudicial, constituye un punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Si bien hasta la fecha había negado su condición de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 TUE, se incluye ahora en el grupo de tribunales constitucionales nacionales que guardan una relación de cooperación activa con el TJ. La Corte ha reconocido su competencia para elevar una cuestión prejudicial en caso de juicio de inconstitucionalidad planteado en vía principal por el Estado o las Regiones (en el sentido del art. 127 CI), sobre la violación por parte del legislador estatal o regional de normas de Derecho europeo, que integren el parámetro de constitucionalidad del artículo 117, párrafo primero. En

---

<sup>587</sup> La sentencia citada que trae causa de un procedimiento de inconstitucionalidad donde se examina un impuesto de la Región autónoma de Cerdeña que se aplicó en ella de 2006 a 2008 sobre determinadas escalas de aeronaves privadas y embarcaciones de recreo. Concretamente se plantea ante la Corte Constitucional tres cuestiones: la relativa a la distribución de competencias entre el Estado y las regiones en materia tributaria; la base de las disposiciones de la Constitución no relacionadas con la distribución de competencias si no con principios como el de razonabilidad, igualdad y capacidad de pago, esto es, la base de los principios fundamentales de la coordinación del sistema tributario; y la vulneración de normas de Derecho comunitario evocado a través del art. 117 primer párrafo de la CI. La Corte resolvió en parte las cuestiones planteadas declarando inconstitucionales algunos artículos de la Ley de la Región autónoma de Cerdeña, inadmitiendo la cuestión en relación con otros por no considerar los argumentos en torno a su inconstitucionalidad fundados en derecho y dejando sin resolver y en suspenso, cuatro cuestiones que plantea ante el TJUE como prejudiciales. Si bien el impuesto regional controvertido fue derogado en 2009, no por ello el TJUE dejó de dictar resolución al respecto. En efecto el TJUE en su sentencia de 2 de julio de 2009, asunto C-169/08, *Presidente del Consejo de Ministros v Región Autónoma de Cerdeña*, interpreta el artículo 49 TCE en el sentido de que se opone a una norma tributaria de una autoridad regional como la establecida en el art. 4 de la Ley de la Región de Cerdeña, de 11 de mayo de 2006, que contiene disposiciones diversas sobre ingresos, recalificaciones de gastos, medidas sociales y de desarrollo, en su versión del art. 3 de la Ley núm. 2 de la Región de Cerdeña de 29 de mayo de 2007, que contiene disposiciones sobre el presupuesto anual y plurianual de la Región, e interpreta el art. 87 TCE en el sentido de que una norma fiscal de una autoridad regional por la que se establece un impuesto sobre las escalas, como el controvertido en el litigio principal, constituye una ayuda de Estado a las empresas que tienen domicilio fiscal en ese mismo territorio.

estos casos, dada su naturaleza de juez de única instancia, la Corte tiene (en presencia de dudas interpretativas sobre el efectivo alcance de disposiciones y de principios de Derecho comunitario) que acudir al órgano institucionalmente competente para la interpretación del Derecho europeo, es decir, el Tribunal de Justicia. Ello supone que la Corte, se ha visto obligada a reconocer la importancia del diálogo entre Tribunales en un sistema articulado sobre varios niveles. Hasta la fecha, tal posibilidad ha sido limitada a los juicios en vía de acción y no en vía incidental, pues el problema de la “doble prejudicialidad” continúa siendo resuelto por el juez *a quo*, que será el encargado de solicitar una cuestión prejudicial. Con tal cambio jurisprudencial, la Corte se ha insertado plenamente en el circuito europeo de Tribunales y, por tanto, ha puesto las bases para la propia participación activa en la construcción de nuevos caminos de convergencia<sup>588</sup>.

Podemos por ello decir que en la nueva década del siglo XXI la jurisprudencia de la Corte Constitucional dictada al respecto ya incluye el Derecho europeo como parámetro de constitucionalidad, lo que parece dar a entender que los problemas y enfrentamientos entre ambos tribunales han desaparecido o al menos se han matizado considerablemente. Así, en la sentencia núm. 199, de 20 de julio de 2012, la Corte declara inconstitucional un artículo de un Decreto Ley por el que se quiere celebrar un referéndum abrogatorio conforme al artículo 75.2 CI, argumentando para ello que, por el artículo 117 primer párrafo constitucional la celebración de un referenda con cuestiones que entran en conflicto con artículos del TFUE y la CDFUE viola el Derecho europeo que es parámetro de constitucionalidad. Iguales fundamentos se encuentran en la sentencia núm. 72, de 13 de abril de 2013, donde se declara la inconstitucionalidad de unos artículos de una Ley Regional por entrar en conflicto con el Derecho comunitario que es parámetro de constitucionalidad por el artículo 117 párrafo primero constitucional. La Decisión núm. 61, de 26 de marzo de 2013, vuelve a incidir en esta cuestión y establece con toda claridad que cualquier disposición que vulnere el Derecho europeo viola el artículo 117 párrafo primero, pues no se justifica razón imperiosa de interés general que permitan la citada violación.

### 3. LOS CONTRA LÍMITES

La Corte Constitucional italiana, a diferencia del TCFA aunque pertenece a la generación de tribunales constitucionales creados en el ciclo constitucional que siguió a la Segunda Guerra Mundial, por sus experiencias totalitarias, y para evitar que determinados principios plasmados en sus Constituciones pudieran ser modificados por cualquiera, aunque fuese el legislador, en estos casi sesenta años de funcionamiento, ha demostrado su creatividad, no sólo con las sentencias de inconstitucionalidad, sino también con las de tipo interpretativo, en las que ha puesto en evidencia que el legislador debe comportarse de acuerdo a la Constitución y ha evolucionado hacia la razonabilidad o adecuación de la ley a situaciones concretas e incluso hacia la doctrina del derecho viviente.<sup>589</sup> Y es que, a diferencia de lo que ocurre con otros tribunales constitucionales, la Corte representa una innovación sin precedentes en el ordenamiento italiano, como ella misma lo ha afirmado en su sentencia núm. 23, de 23 de mayo de 1960, lo que le ha permitido evolucionar según las circunstancias históricas en las que le ha tocado vivir.

---

<sup>588</sup> SCHILLACI, A. op. cit., pp. 75-115.

<sup>589</sup> ZAGREBELSKY, G. (2008): “Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las Leyes italianas”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, núm. 1, pp. 325-335.

Para conseguir estos objetivos, sin alterar la esencia constitucional, ha puesto todo sus énfasis en la teoría de los contra límites o límites a la soberanía, partiendo de una teoría dualista y no permitiendo injerencia alguna en los principios fundamentales y derechos inalienables de la persona, como núcleo material intangible, aun incluso para el TJ, lo que en cierto modo, ha puesto coto, o al menos freno, a la primacía del derecho de la UE<sup>590</sup>.

En efecto, tras la adhesión de Italia a los Tratados de las Comunidades Europeas por medio de ley ordinaria, con la sola fuerza permisiva del artículo 11 constitucional, la Corte ha elaborado toda una teoría de reconocimiento del principio fundamental de la supranacionalidad junto con la defensa de los valores esenciales de la Constitución, mediante la resolución en cada momento de aquello a lo que se refería el Constituyente cuando aseguró que Italia podía ceder parte de su soberanía.

Las sentencias seleccionadas y resumidas en el epígrafe anterior responden a esta circunstancia, es decir, a que precisamente a través ellas, la Corte Constitucional ha explicado mediante ingeniosas teorías la cobertura constitucional de ese nuevo Derecho supranacional, partiendo de las “limitaciones de la soberanía” permitida por el artículo 11 de la CI y la paralela formulación de los “contra límites”<sup>591</sup>. Límites y contra límites que han logrado (hasta la fecha) proceder a una apertura incondicional del ordenamiento jurídico italiano al sistema europeo<sup>592</sup>, tambaleando muchos de los principios jurídico-constitucionales que estaban en la mente de los teóricos de la Constitución, e incluso tras la reforma de 2001, y el planteamiento de la cuestión prejudicial en 2008, abrir sus puertas al diálogo, o en terminología de Francisco Balaguer Callejón,<sup>593</sup> hablar el mismo lenguaje jurídico que el TJ.

A pesar de esta apertura al Derecho comunitario, la teoría de los contra límites ha supuesto para la Corte Constitucional graves dificultades para insertar armónicamente el Derecho comunitario en el nacional. Italia, es uno de los Estados miembros de la UE, que en numerosas ocasiones, ha obligado a los jueces de Luxemburgo a dictar sentencias en torno al cumplimiento del ordenamiento europeo, para evitar el peligro del incumplimiento de los objetivos previstos en el Tratado de Roma y dar lugar a discriminaciones prohibidas<sup>594</sup>. Aun hoy, la Corte Italiana sigue teniendo zonas de posibles conflictos con el Tribunal de Luxemburgo, no sólo por partir de una concepción dualista del derecho sino también y fundamentalmente en lo que a la garantía de los derechos se refiere, pues la Corte Constitucional, al igual que el Tribunal constitucional alemán o español, exige que ésta sea comparable en lo esencial con la contenida en la propia Constitución.

---

<sup>590</sup> Para algunos autores aunque la Constitución italiana exija la doble reforma para modificar determinados preceptos, conocidos como contra límites, siempre existirá la posibilidad real de modificar el contenido de esos preceptos si existe voluntad política para ello. Ver BOZA MARTÍNEZ, D. “Las cláusulas de irreformabilidad en las Constituciones de los Estados Europeos de los 25”, *Parlamento y Constitución*, anuario, núm 8, pp. 201-216.

<sup>591</sup> Según CELOTTO, A. y GROPPi, T. op. cit., “los contra límites hay que entenderlos como límites a estas limitaciones de soberanía”, p. 325.

<sup>592</sup> CELOTTO, A. op. cit., p.

<sup>593</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. (2007) “los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, *ReDCE*, núm. 7, enero-junio, pp. 327-375. Dice este autor: “Para que haya un auténtico diálogo, sería necesario que ambos hablaran el mismo idioma. La situación ideal, sería obviamente, la de la convergencia de ambos términos, el Derecho europeo” y el “Derecho constitucional” mediante la consolidación de un auténtico “Derecho constitucional europeo”.

<sup>594</sup> Tal fue el sentido de las SSTJCE *Costa v Enel*, o la de 13 de julio de 1972 asunto C-48/71, *Commission v Italia*, o la de 9 de marzo de 1978, asunto C-106/77, *Simmmenthal*.



### 3.1. Del monismo inicial al dualismo

Uno de los mayores problemas que ha enfrentado al TJ y a la Corte Constitucional es partir de puntos teóricos distintos, esto es, del monismo y dualismo respectivamente.

Tras la integración de Italia en la CEE, la Corte Constitucional, en una primera fase, mediante la teoría de los contra límites se instala, en una concepción monista, pero, lo hará conforme a la definición internacional, esto es, según los esquemas de un monismo estatal, pues, acepta la interpretación hecha por el Parlamento italiano de que por el artículo 11 constitucional pueda adherirse Italia a la CEE por simple ley ordinaria, excluyendo cualquier tipo de primacía del Derecho europeo y estableciendo las relaciones entre sistema comunitario y sistema nacional según la concepción tradicional del término. La Corte aplica al Derecho comunitario el criterio cronológico, reconociéndole sólo el valor de ley ordinaria (sentencia 14/64) y, de la vigencia de las leyes en el tiempo.

La respuesta del TJ (con la sentencia *Costa v ENEL*), no se hizo esperar, lo que llevó a los jueces constitucionales a un inmediato cambio de ruta. Inicia así una segunda fase, con el caso *Acciaierie San Michele* (que dio lugar a la sentencia 98/65), donde la Corte se ve obligada a aceptar una posición decididamente más abierta y conforme con las razones de la integración. En concreto, trata de reconstruir las relaciones entre el derecho interno y el Derecho europeo inaugurando una concepción dualista, conforme a la cual se reconoce la naturaleza ordinal del sistema jurídico comunitario y los primeros límites al Derecho europeo<sup>595</sup>.

La idea base es que, el ordenamiento comunitario es un ordenamiento muy diferente al ordenamiento italiano, porque se mueven en ámbitos distintos, por el principio de competencia, lo que supone que la jurisdicción italiana y la comunitaria están en órbitas distintas, cada una en la suya en función de quien tenga la competencia, razón por la cual, las disposiciones constitucionales disciplinan únicamente la actividad normativa del Estado italiano y no la comunitaria. O, como dice Armando Mannino,<sup>596</sup> sin modificar de modo explícito, la afirmación de la sentencia precedente, según la cual la ley de ejecución de un Tratado, incluso en el caso en que halle su fundamento en el artículo 11 constitucional, no posee eficacia superior alguna a la de las sucesivas leyes ordinarias. Al introducir, en esta resolución de 1965, el principio de la distinción entre el ordenamiento europeo y el interior, trae consigo la intangibilidad del primero por parte del segundo y permite hablar de la resistencia del ordenamiento comunitario a la legislación nacional, o de lo que se conoce como: tesis dualista, de los dos principios contrapuestos pero relacionados entre sí, o de la unidad entre el ordenamiento interior y el comunitario y el de su recíproca autonomía y diferencia.

Esta nueva concepción dualista<sup>597</sup> supone el nacimiento en Italia, de la teoría del origen autónomo del Derecho europeo, que por el artículo 11 constitucional permite una limitación parcial de la soberanía del ordenamiento italiano en favor de la Comunidad europea. Limitación que ha de calificarse de parcial, porque es el comienzo de una distinción entre normas constitucionales que podrían ceder ante normas comunitarias y otras que no. Estas últimas serían los contra límites, es decir, aquellas que contienen principios fundamentales o derechos inalienables que deben preservarse en cualquier caso, aun rompiendo con el principio de

---

<sup>595</sup> VECCHIO, F. op. cit.

<sup>596</sup> MANNINO, A. op. cit.. Esta autor considera que la Corte no cambia de criterio sino que al no pronunciarse en la sentencia de 1964 sobre la relación existente entre ambos ordenamientos, en realidad la Corte, no cambia de opinión sino que introduce el principio de la distinción lo que hace extemporáneo el principio de la *lex posterior*, por referirse justamente a normas que no pertenecen a un mismo ordenamiento.

<sup>597</sup> MAZZIOTTI, M. (1985) "Comentario a la sentencia núm. 98, de 1965", en *G.C.* p. 1336, ver también DURANTE, F. (1966) "Diritto interno e diritto comunitario", en *RDI*, pp. 56 y ss.

prevalencia del Derecho europeo, cuya especificación es algo que deberá ir determinando la Corte Constitucional. Es decir, como se afirma en la sentencia *Frontini* 183/73: “*el ordenamiento europeo y su establecimiento no se encuentra incondicionado, sino más bien subordinado a específicas contra limitaciones: los principios fundamentales del ordenamiento y los derechos inalienables de la persona, representan obstáculos insuperables, que nuestro sistema constitucional se reserva, para oponerse a las limitaciones de soberanía consentida por el artículo 11.*”

Con la teoría dualista de los contra límites, la Corte Constitucional introduce una distinción fundamental entre las normas constitucionales ordinarias, que están sometidas a la primacía del Derecho comunitario y las normas constitucionales fundamentales en las que se encierra el núcleo identitario del ordenamiento jurídico italiano (que como principios fundamentales no son susceptibles de ser limitados por el ordenamiento supranacional en ningún caso, y deben de servir de parámetro de control de las normas internas que acogen al Derecho comunitario).

Ahora bien, aunque la teoría sentada por la sentencia *Frontini*, reconoce de forma decidida la primacía del Derecho europeo sobre el derecho interno, con eficacia obligatoria y aplicación directa sin necesidad de leyes de recepción y desarrollo, como actos con fuerza y valor de ley, de forma que entren en vigor y consigan aplicación directa y uniforme para todos los destinatarios, no aclara como desplegar esta eficacia directa con respecto a las normas internas que se le opongan.

Será en la sentencia 232/75, donde la Corte afirma que las normas de ejecución de los Tratados ya no pueden servir de normas interpuestas como lo hacen las leyes de delegación respecto de los derechos delegados ex artículo 76 CI, y los jueces ordinarios tampoco puedan dejar de aplicar las leyes nacionales, “*como efecto de una elección entre norma comunitaria y norma interna*”. Lo que significa que, para llegar a evitar un conflicto entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento nacional, en tanto que conflicto constitucional, sólo la Corte Constitucional está legitimada para determinar la solución, siempre que el juez común haya solicitado previamente una consulta al TJ. La Corte Constitucional excluye la legitimidad de la desaplicación e impone un complicado sistema de control de constitucionalidad centralizado, previa consulta por el juez ordinario, al TJ.

En este momento histórico concreto y dejando a un lado el desarrollo posterior de la jurisprudencia italiana, recuerda Fausto Vecchio,<sup>598</sup> que parece adecuado sostener que la Corte italiana desarrolla un paradigma dualista de integración, focalizando en el ex artículo 11 CI, la integración europea y utilizando técnicas de equilibrio entre lo supranacional y los valores constitucionales. Esto es, se pretende unir la identidad constitucional con la primacía del Derecho de la UE. El histórico viraje desde los inicios de un monismo estatalista al dualismo, con la apertura prudente del ordenamiento italiano a las normas comunitarias es el verdadero desencadenante de la preocupación de salvaguardar la esencia de la CI y el que lleva a los jueces constitucionales a tener en consideración los principios fundamentales del ordenamiento y el respeto a los derechos inalienables de la persona humana como límite (contra límite) para el reconocimiento de la eficacia de la norma comunitaria. Es, en nombre de esta exigencia, que se establece la obligada consulta a la Corte Constitucional, a través de la cuestión de constitucionalidad, aun conociendo las razones adoptadas por el TJ y aun aceptando que el sistema europeo establezca limitaciones significativas de soberanía y derogaciones importantes a la Constitución nacional, ya que se preocupa por construir un sistema de control centralizado, en el que a la Corte, le corresponde la tarea de filtro entre los ordenamientos y la función de garantizar una primacía condicionada por la existencia de contra límites.

---

<sup>598</sup> VECCHIO, F. op. cit.

Con esta solución la Corte inicia un camino complicado y de difícil solución, pues ella misma se auto margina afirmando que no puede acudir al TJ y que sólo ella puede declarar la inconstitucionalidad de una ley contraria al Derecho comunitario. Este planteamiento es, entre otras razones, fruto de que el Constituyente italiano, igual que el alemán, no consideró necesario tener que enfrentarse al problema de la integración en la UE, entendiendo que esta adhesión sería para Italia parecida a la integración en cualquier otra Organización internacional. La Corte Constitucional tras superar el desconcierto inicial, resuelve el problema de la integración gradual de los principios constitucionales supranacionales en Italia, a través de la teoría de los contra límites y del principio de competencia, intentando con ello justificar la validez de su propia jurisprudencia como lugar dónde se decide dónde está residenciado el fragmento de poder público (la competencia sobre las competencias, o lo que el juez constitucional italiano llama los contra límites), en torno a la cual se articula el concepto normativo de soberanía. La jurisdicción constitucional tiene que empezar a cuestionar la existencia jurídica de la validez de sus propios fundamentos en beneficio de la validez prevalente de un nuevo ordenamiento jurídico-positivo de ámbito territorial y personal más amplio, como es el ordenamiento europeo. No importa, pues, que con la cesión de competencias constitucionales a la Unión Europea los ordenamientos europeos se hayan convertido en ordenamientos fragmentarios, ni tampoco que dicho proceso de fragmentación quede abierto en virtud de una cláusula constitucional (artículo 11 CI), de la que la Corte Constitucional se convierte en aplicador. Lo trascendente es dónde está residenciado el fragmento de poder público (los contra límites), en torno al cual se articula el concepto normativo de soberanía, y que papel siga desempeñando la jurisdicción constitucional en relación con él, pues aceptar que un Tribunal supranacional pueda pronunciarse sobre ello plantea la duda de la efectividad de la sentencia constitucional, esto es, en terminología de Ángel Garrorena Morales<sup>599</sup>, “*el del valor de dicha sentencia como doctrina jurisprudencial más fuerte, o si se quiere como interpretación más vinculante para los demás aplicadores del Derecho... Y ello porque la jurisprudencia constitucional no deja de ser a la vez realidad política y realidad jurídica fundidas en unidad de acto*”.

En esta encrucijada se encuentra la Corte Italiana que tiene que garantizar hacia el interior la incolumidad del poder soberano frente a quienes no han sido habilitados para ejercerlo y, hacia el exterior los límites de la acción de los poderes constituidos, especialmente el legislativo y el ejecutivo, que mediante la asunción de compromisos internacionales y la integración en organizaciones supranacionales no están habilitados ni para trasladar el poder constituyente del pueblo italiano a una entidad colectiva distinta (y más amplia), ni tampoco para traspasar los límites materiales que internamente constriñen como poder de reforma constitucional. Ahora bien, como nos recuerdan Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez, lo debe hacer sin convertirse al final en un poder constituyente, de naturaleza política y supraestatal y dejando de ser un poder constituido, pues eso supondría negarse toda posibilidad de conocimiento jurídico subjetivo de dicho parámetro normativo de naturaleza objetiva (supra positiva) y, por tanto, toda posibilidad de enjuiciamiento científico o jurisdiccional de sus decisiones.

La solución de la Corte Italiana supone pues, el que los jueces deban acudir a la doble prejudicialidad, con una doble consecuencia. La primera, que el particular no podrá obtener la tutela de los derechos que le confieren las normas europeas hasta que se declare la inconstitucionalidad de la norma interna y sólo para el caso concreto, pues, la derogación derivada de una decisión de inconstitucionalidad lo es respecto al caso particular que se plantea, lo que permite dejar en vigor las demás normas de la ley incompatible. La segunda, que la interpretación de la Corte Constitucional entra en directa contradicción con lo establecido en el

---

<sup>599</sup> GARRORENA MORALES, A. (1991) “La sentencia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 11, otoño, pp. 25 y 27.

artículo 239 TUE, donde se dispone la directa e inmediata aplicabilidad del Derecho comunitario, pues esperar a la intervención de la justicia constitucional retrasa la aplicación de la norma comunitaria, llevando a una diferencia en el tiempo de la eficacia del Derecho europeo en los distintos Estados miembros de la Unión, creándose un límite nacional a su eficacia.

La conocida sentencia *Simmenthal* del TJ obliga de nuevo al Alto Tribunal a cambiar su rumbo, pues con ella, llega a hacer expreso su desacuerdo con la posición asumida por la Corte italiana poniendo en clara evidencia los defectos contenidos entre norma comunitaria e interna, ya que la obligación de plantear una cuestión de inconstitucionalidad hace imposible aplicar de forma inmediata el Derecho europeo en el ordenamiento jurídico interno. Italia debe cambiar su orientación y girar hacia la integración, aun a costa del clima general de desfavor hacia los centros extra estatales de producción normativa<sup>600</sup>. Para Paola Mori,<sup>601</sup> el problema no es de fondo, porque los dos tribunales parten de la primacía del Derecho comunitario, más bien se trata de un problema de naturaleza político institucional, en lo tocante a las mismas premisas teóricas de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el interno. El TJ parte de un punto de vista rigurosamente monista, al fundar la primacía del Derecho europeo en el ordenamiento surgido del Tratado y en el carácter real del compromiso incondicional e irrevocablemente asumido por el Estado miembro a lo estipulado en el Tratado. El TJ habla exclusivamente desde la perspectiva del Derecho europeo, mientras que la Corte Constitucional italiana se mueve en un sistema dualista, y parte de que es el mismo ordenamiento jurídico italiano el que decide auto limitarse en un acto soberano propio, participando en la organización comunitaria, o lo que es lo mismo, habla desde la perspectiva del derecho constitucional.

Para paliar estas diferencias la Corte Constitucional mediante la sentencia núm. 170/84, (caso *Granital*) asume la mayoría de las decisiones de la sentencia *Simmenthal*, abriendo con ello, una tercera fase en la evolución de la jurisprudencia constitucional italiana. En esta sentencia, la Corte Italiana acepta el control difuso del Derecho comunitario, pues permite la inaplicación del derecho interno por parte del juez ordinario, considerando inadmisibles las cuestiones relativas al contraste entre norma interna y norma europeo directamente aplicable. La Corte inadmite las cuestiones planteadas por los jueces ordinarios entre norma comunitaria y norma interna pues, la competencia corresponde en exclusiva al juez ordinario. Ahora bien, para llegar a ello, además del principio de competencia, tiene que acudir al criterio hermenéutico. De

---

<sup>600</sup> Recordemos que una de las cuestiones planteadas ante la Corte Constitucional en la sentencia *Frontinni* fue el riesgo de que las limitaciones de soberanía se tradujese sustancialmente en una transferencia de poder normativo a un órgano desprovisto de representatividad democrática. Ver a este respecto a PINELLI, C. op. cit.. Por otro lado, con esta sentencia la doctrina elaboró distintas teorías: así por ejemplo, un sector de la doctrina entendió que el juez a *quo* estaba legitimado para no aplicar la norma nacional cuando entrase en cuestión con la comunitaria, mientras que otro sector doctrinal, el dominante, si bien era partidario de la prevalencia del Derecho comunitario, no lo era de la desaplicación de la norma legislativa incompatible, que sólo la Corte Constitucional podía declarar inconstitucional. Entre los juristas que se expresaron a favor de la prevalencia del Derecho comunitario y la desaplicación por el juez ordinario del derecho nacional, ver: CAPURSO, M. (1975) “Le ideologie giuridiche dello Stato nazionale moderno e l’ordinamento comunitario nella giurisprudenza italiana, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*” en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, núm. 29-30, trimestre 2-4, pp. 247-294, en concreto p. 257 y (1975) “Criteri ermeneutici in ordine all’applicazione di norme comunitarie, convenzionali e derivate, confliggenti con norme primarie di diritto interno, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, a. 25, núm. 2, pp. 1057-1096, en concreto p. 1070; BARILE, P. (1978) “Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana”, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 641 y ss; MENGOZZI, P. (1974) “Un orientamento radicalmente nuovo in tema di rapporti tra diritto interno e diritto comunitario”, in *Rivista di diritto internazionale*, p. 708. Autores partidarios de la prevalencia del Derecho comunitario pero, contrarios a la desaplicación del derecho interno: BERRI, M. (1975) “Illegittimità costituzionale di norme legislative italiane che trasformano in legge interna regolamenti comunitari direttamente applicabili”, in *Giurisprudenza, italiana*, 1, pp. 425-430 y SORRENTINO, F. (1975) “Brevi osservazioni sulle leggi contrastanti con norme comunitarie: inconstituzionalità e/o disapplicazione?” in *Giurisprudenza costituzionale*. pp. 3239-3247.

<sup>601</sup> MORI, P. op. cit., p. 686.

esta forma la Corte intenta por un lado depurar su jurisprudencia anterior de aquellas referencias que podían atenuar la efectividad del principio de separación entre los dos ordenamientos, con el fin de asentar su teoría dualista, y por otro atribuir al juez nacional el asegurar la supremacía del Derecho europeo, aun interpretando la norma nacional conforme a la comunitaria, sin que haya necesidad alguna de que recaiga la cuestión en la Corte Constitucional. De lo que se deriva que el ordenamiento interior se abre a la normativa comunitaria dejando que las reglas en las cuales se concreta sean vigentes en el territorio italiano, tal y como han surgido de los órganos con competencia para producirlas y sin abolir la norma interior incompatible, que sigue viva (sentencias 47/1985 y 48/1985). E incluso en sentencias posteriores afirma la inmediata aplicabilidad, no solo del Derecho europeo primario sino también derivado y que las sentencias interpretativas del TJ constituyan fuente de derecho, por lo que la interpretación que se da a las normas internas debe estar conforme no sólo con la normativa comunitaria, sino también con la doctrina del Tribunal de Luxemburgo (Sentencias 113/85 o 389/89).

### 3.2. Críticas doctrinales

Este enfoque paneuropeo o de europeización del Derecho constitucional interno, no estuvo exento de críticas doctrinales y jurisprudenciales.

En particular, Elizabeth Iñiguez de Salinas ha expresado sus propias reservas, primero por la utilización de la llamada presunción de conformidad o más conocida como presunción de operatividad<sup>602</sup> como medio para garantizar la primacía del Derecho europeo, porque, por un lado parece destinado a permanecer inoperante, pues el reparto de competencias establecido por el Tratado en virtud del artículo 11 CI, convierte en innecesario por completo, el que el juez deba proceder de forma preliminar a hacer una interpretación conforme, si después está obligado a no atender a la norma interna y aplicar en cualquier caso la comunitaria. Precisamente porque el juez ordinario está obligado a aplicar la norma europea desconociendo la interior, la utilización del criterio hermenéutico por parte del juez *a quo*, induce a ir en contra de la propia jurisprudencia constitucional anterior, ya que, si la propia Corte Constitucional ha entendido que, por el artículo 189 TCE, los reglamentos son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros sin necesidad de actos estatales de ejecución o transformación, la legislación estatal que discipline de cualquier modo (derogando en todo o en parte o incluso reproduciendo fielmente la materia objeto de reglamento comunitario), resultaría incompatible con el Tratado, por el mero hecho de existir y haría vana cualquier transferencia de poderes a la Comunidad que se quiere garantizar con el artículo 11 CI. Esto es, por el sistema de distribución de competencias entre el Estado y la Unión Europea, es del todo irrelevante la contradicción entre reglamento comunitario y ley estatal, pues el juez nacional deberá ejecutar el reglamento comunitario, a tenor de los principios establecidos en el Tratado y por obligación del artículo 11 constitucional, con la presunción de que el reglamento está exento de vicio de incompetencia, pues según el criterio de distribución de competencias la normativa aplicable será la comunitaria.

---

<sup>602</sup> En el Derecho internacional y con los tratados internacionales, existe la teoría de la presunción de operatividad, pues a diferencia de otros tratados, éstos, no son un medio de equilibrar intereses recíprocos entre los Estados sino que buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios son los seres humanos, independientemente de su nacionalidad. Ver IÑIGUEZ DE SALINAS, E. “*Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales*”, pp.7-13.

<http://www.difusionjuridica.com.bo/libros/jc3.pdf>

Por otro, porque como dice Stefano Anitori<sup>603</sup>, con este criterio se desmonta la teoría dualista de la Corte, pues se da primacía por vía interpretativa al Derecho comunitario sobre el derecho interno, ya que el juez a *quo* debe tener en cuenta la relación en la que se encuentra la ley con el Derecho europeo cuando se busca una interpretación justa, siendo razonable presumir que el Estado quiere y actúa de manera conforme con lo que le imponen sus deberes internacionales, establecidos en el artículo 11 CI. Ello quiere decir que el dualismo del que presume la Corte Constitucional no es tal porque, si por dualismo se entiende, siguiendo a Dionisio Anzillotti<sup>604</sup>, que la eficacia de la norma interna es completamente independiente de su conformidad (si o no) al Derecho internacional del Estado, el dualismo es incompatible con el uso de la disposición comunitaria como parámetro de constitucionalidad, porque se considera una fuente ajena al ordenamiento italiano. Por lo tanto, como parte de un entorno dualista la única forma de permitir el despliegue de los efectos de las disposiciones de Derecho europeo sería el de aplicar la disposición Italiana incompatible.

También ha sido criticado por la doctrina el que la Corte Constitucional, se cuidó muy mucho de reservarse la competencia para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes dirigidas a menoscabar o impedir el continuo cumplimiento del Tratado, en relación con el sistema o núcleo esencial de sus principios. Reserva ésta que fue reforzada por el nuevo artículo 117 tras la reforma constitucional, lo que generó y sigue generando conflictos entre los que destacan fundamentalmente los relativos a los incumplimientos del Estado italiano por no adecuarse al Derecho comunitario cuando se cuestiona un derecho fundamental. Ello supone que con esta jurisprudencia, la Corte Constitucional no se despoja de su necesidad de intervención como juez constitucional cuando una norma comunitaria pueda entenderse que viola los ya mencionados principios fundamentales. En tales casos la Corte estaría llamada a verificar si el legislador ordinario ha traspasado injustificadamente, alguno de los límites de la soberanía estatal, puestos por él mismo, mediante la ley de ejecución del Tratado, en cumplimiento directo y puntual del artículo 11 CI. Por eso, no se trata de un simple conflicto entre una norma interior y una norma europea sino una violación realizada a través de una ley nacional, del Tratado en cuanto tal, es decir, dirigida a recuperar para el Estado italiano aquellas limitaciones de soberanía consentidas por el artículo 11 de la CI, en condiciones de paridad, con el fin de constituir un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones.

A estos aspectos críticos debe unirse el de la jurisprudencia del TJ que en sentencias como la de la *Comisión v Italia* de 15 de octubre de 1986, asunto C-168/85, respecto de la norma interna incompatible, afirma que: “*En efecto, resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en particular de la sentencia de 25 de octubre de 1979, anteriormente citada, que el mantenimiento sin cambios, en la legislación de un Estado miembro, de un texto incompatible con una disposición del Tratado, aunque sea directamente aplicable en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, da lugar a, una situación de hecho ambigua que mantiene a los sujetos de derecho interesados en una situación de incertidumbre en cuanto a sus posibilidades de recurrir al Derecho comunitario y que dicho mantenimiento constituye, por lo tanto, en lo que se refiere a dicho Estado, un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado*”<sup>605</sup>.

---

<sup>603</sup> ANITORI, S. (2011) “fonti internazionali e comunitarie come norme interposte?” tesi di dottorato di ricerca, anno accademico 2010/2011; Università degli studi di Milano, Scuola di dottorato in scienze giuridiche dipartimento di diritto pubblico, processuale civile, internazionale ed europeo dottorato di ricerca in diritto costituzionale, xxiv ciclo.

<sup>604</sup> ANZILLOTTI, D. (1955) “*Teoría generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*”, en Opere Vol. II, T I, CEDAM, Padua.

<sup>605</sup> FJ. 11.

Con la reforma constitucional de 18 de octubre de 2001 y la inclusión en el artículo 117 primer párrafo CI, tampoco cambia de criterio. Lo que genera de nuevo jurisprudencia europea en contra de Italia, como la sentencia de 9 de septiembre de 2003, asunto 198/01, *Composture de Industriae Fiammiferi*, que vuelve a criticar la postura de la Corte italiana y reitera su teoría monista en cuanto a primacía del Derecho europeo y necesidad de derogar que no inaplicar cualquier disposición nacional contraria o en conflicto con una comunitaria.

La nueva jurisprudencia europea, si parece hacer mella en la Corte italiana pues, inicia un nuevo proceso aperturista del ordenamiento italiano al comunitario. En las sentencias 406/2005 o 129/2006, declara al Derecho europeo como parámetro de constitucionalidad relacionado con el principio fundamental contenido en el artículo 11 constitucional, lo que según mi modesta opinión supone una ruptura total con la teoría dualista que este Alto Tribunal pretende mantener, porque, salvo en materia de derechos fundamentales el Derecho comunitario se ha convertido en fuente del ordenamiento jurídico italiano.

Tras la firma del Tratado de Lisboa y el reconocimiento de una nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, junto con la cláusula de salvaguarda de las identidades nacionales de los Estados miembros, se ha abierto de nuevo el camino para que la Corte Constitucional pueda seguir manteniendo su tesis dualista, en cuanto espacio jurídico estatal excluido por completo de la influencia del Derecho comunitario, espacio en el que Italia continuaría siendo totalmente soberano, y por ello libre de disponer de las propias fuentes normativas. Espacio éste que permitiría a la Corte italiana el tener un precepto donde agarrar su jurisprudencia, aun en contra de la del TJ.

No obstante, el espacio anterior se ve contrarrestado por el principio de cooperación leal del artículo 4 TUE. Principio que la Corte ha aprovechado para recurrir a la colaboración y el dialogo entre tribunales mediante la interposición de las primeras cuestiones prejudiciales, con las sentencia núm. 102/2008 y la Decisión 103/2008. Ello no obsta, como se verá a continuación, que en este punto no vuelva a aprovechar el margen que el propio Tratado le da con la salvaguarda de las identidades constitucionales para elaborar técnicas de protección de las normas y de los principios tutelados por la CI, sin acudir de nuevo a la cuestión prejudicial.

#### **4. CONCLUSIONES**

La Corte Constitucional desde su primera sentencia en torno al Derecho europeo hasta las más recientes, aun habiendo planteado una serie de cuestiones prejudiciales, ha asegurado que el principio de primacía de las normas comunitarias sobre las internas prevalece salvo para los valores constitucionales fundamentales, que se constituyen en contra límites y que ni siquiera el Derecho europeo puede lesionar. Ahora bien, la Corte italiana ha utilizado dos vías de protección de estos valores fundamentales.

La primera y quizá más conflictiva es la de recordar que ella tiene la última palabra y que la violación por parte del Derecho de la UE de algún principio constitucional puede dar lugar a la inconstitucionalidad de la Ley de ejecución del Tratado con lo que ello comporta de salida de la República de Italia de la UE, pues el artículo 11 constitucional consiente en limitar la soberanía únicamente para la consecución de las finalidades allí indicadas, entre las que no se encuentran los principios o valores superiores del ordenamiento constitucional italiano. En tal hipótesis estaría contemplada la competencia de la Corte de revisar la compatibilidad del Tratado con los principios mencionados, en concreto esta revisión versaría sobre la ley de ejecución del Tratado. Tal, va ser la conclusión de la sentencia *Fragd*, 232/89, en la que reconoció un núcleo de normas constitucionales resistentes a las normas comunitarias,

consagrado como *obiter dicta*, aunque para evitar oponerse abiertamente al TJ no lo aplicó en la práctica, pues inadmitió el recurso planteado. De ahí que como dice Alfonso Celotto, se pueda llamar a la teoría de los contra límites como una “arma descargada”, lo que no impide que en cualquier momento se pueda cargar. Esta misma línea de actuación se vuelve a ver en la sentencia 28/2010, donde, aun acogiéndose a la interpretación hecha por el TJ, da a entender que ello es así porque el principio al que se hace referencia “*caracteriza el sistema jurídico italiano*”, en caso de que no hubiere sido así, la Corte hubiese tenido que articular alguna teoría para contradecir al TJ.

La otra forma de actuar de la Corte en torno a los derechos inalienables de la persona se encuentra en la sentencia 275/2003, que declara la inconstitucionalidad del artículo de una Ley, por violación de los derechos fundamentales, sin tener ni siquiera en cuenta su posible contradicción con el Derecho europeo. El mismo planteamiento se encuentra en la sentencia 161/2004, pues, admite a trámite la cuestión de constitucionalidad ante ella planteada por las jurisdicciones ordinarias (entre septiembre de 2002 y marzo de 2003 por los Tribunales de *Forli, Melfi y Milan*) por violación de los artículos 3, 76, 25 y 117 de la Constitución Italiana, sin obligar al Juez a plantear previamente la cuestión prejudicial. Ello se debe a que la Corte considera más importante el salvaguardar sus derechos fundamentales o contra límites. Hasta el punto de que en la Decisión 454/2006, establece que, “*el mismo juez puede preguntar a esta Corte sobre la compatibilidad comunitaria en el caso de normas que directamente impidan o perjudiquen la observancia del Tratado, en relación al sistema o al núcleo esencial de sus principios, en el caso de una imposible interpretación conforme, y también cuando la no aplicación de la disposición interna determine un conflicto, cuyo control corresponda exclusivamente a la Corte Constitucional, por recaer sobre los principios fundamentales del ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona.*” No obstante como dice Javier Díez-Hochleitner,<sup>606</sup> al estar obligado el propio Derecho europeo a salvaguardar las identidades nacionales, por el artículo 6 TUE, es difícil imaginar que al ejercer su acción legislativa la UE pueda llegar a vulnerar la identidad constitucional de los Estados miembros.

Puede ocurrir sin embargo que la identidad constitucional italiana resulte incompatible con los propios Tratados que rigen la Unión o con los sucesivos Tratados de revisión. En estos casos, la Corte estaría llamada a ejercer su responsabilidad en el marco de un eventual control preventivo, como la encargada de velar para que desde las demás instancias estatales cumplan con el núcleo esencial de la identidad constitucional italiana. Pero la responsabilidad de que los Tratados respeten las estructuras políticas y constitucionales de Italia así como las funciones esenciales del Estado, no recae únicamente Corte, sino particularmente en el Gobierno y el Parlamento. A ellos correspondería, y no a la Corte promover, en su caso, una reforma de aquéllos o promover una reforma constitucional.

En cuanto a la posibilidad de que la vulneración de la identidad constitucional se produzca en el ejercicio de su competencia normativa por las instituciones de la Unión, el artículo 4.2 del TUE debería considerarse garantía suficiente, en el marco del control de legalidad que corresponde al TJ. Y, en el supuesto de que la Corte no lo considere así, la Corte, antes de adoptar una decisión drástica, debería proceder a dialogar con el Tribunal de Luxemburgo para llegar a una solución conjunta, a través del planteamiento de cuantas cuestiones prejudiciales sean necesarias, dejando de lado tanto las concepciones monistas como dualistas y uniéndose a las pluralistas o multinivel.

---

<sup>606</sup> DÍEZ-HOCHLEITNER, J. op. cit., pp. 1-38.



## CAPÍTULO 6

# LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

### 1. INTRODUCCIÓN

La República Federal Alemana como heredera del régimen nacional socialista, tras la Segunda Guerra Mundial, interiorizó un fuerte sentimiento normativo. El nacionalsocialismo había sido el antisistema, lo contrario de lo que debería ser el futuro. Ese modelo había destruido a todos los niveles la representación de intereses, la autodeterminación de la democracia y los derechos humanos. Consecuencia de ello, el 23 de mayo de 1949, la Alemania de posguerra aprobó la llamada Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) cuya denominación refleja la idea original de los miembros del Consejo Parlamentario (*Parlamentarischer Rat*)<sup>607</sup>, que sólo pretendía que esta Ley Fundamental tuviera una vigencia provisional para la parte occidental de la Alemania de posguerra, aún ocupada por los aliados occidentales y, únicamente hasta que se lograra la reunificación del país.

Mientras la esperanza de cumplir con esta aspiración se alargaba, la Ley Fundamental se convirtió en la base para la creación de un Estado democrático de Derecho, con una organización estatal pluralista, parlamentaria, una fuerte participación ciudadana, una opinión pública libre y una libertad de mercado que ha garantizado una economía social de mercado<sup>608</sup>. Cuarenta años después, cuando finalmente la reunificación de los dos Estados alemanes se hizo realidad, los habitantes de la antigua Alemania comunista, la llamada República Democrática Alemana, decidieron voluntariamente adherirse al orden constitucional de la Alemania liberal-

---

<sup>607</sup> Institución encargada de la elaboración del texto.

<sup>608</sup> Recordar que el modelo de economía se basó en el sistema intervencionista de una economía social de mercado elaborado por Ludwig Erhard. Sin embargo, identificar el milagro económico con la vigencia de la LF no es suficiente para comprender el giro operado en Alemania. Ver GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (2014) "Gestación, recepción y vigencia: la Teoría de la Constitución y el Derecho constitucional de Konrad Hesse", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, enero-abril, pp. 403-423. Este autor nos recuerda que, si bien la primera fase del constitucionalismo alemán de la posguerra ha sido identificado a partir de la tensión intelectual entre Schmitt y Smend, la realidad lo desmiente. En la LF nada parece conducir a los paradigmas schmittianos del Estado liberal de Derecho y del decisionismo plebiscitario, ni tampoco a los enfoques clásicos de los textos de Smend, con sus deliberadas ambigüedades y su distancia respecto del Derecho positivo. La LF parece más bien influenciada de la nueva doctrina que fue surgiendo con autores tales como: Alexander Höllerbach, Peter Häberle, Horst Ehmke, Konrad Hesse o Friedrich Müller. Incluso de éstos dos últimos se dice que, F. Müller con su libro "*Normstruktur und Normativität*", al amparo de la hermenéutica de Gadamer consiguió iniciar el camino de la depuración que lo ha convertido en la referencia fundamental de la metodología jurídica alemana, y el otro, K. Hesse, con su "*Grundzüge*" conforma de modo peculiar los fundamentos del pensamiento jurídico alemán.

demócrata, la República Federal Alemana. Desde el 3 de octubre de 1990, la Ley Fundamental es la norma máxima para todos los alemanes<sup>609</sup>.

Como consecuencia del pasado y para evitar de nuevo caer en el mismo, los Constituyentes de la Ley Fundamental de Bonn situaron al hombre en el centro del ordenamiento y de la configuración del Estado. De esta manera la Norma fundamental enumera en su primer Capítulo bajo la rúbrica “*los derechos fundamentales*” en los artículos 1 a 19 la mayoría de los derechos inalienables de la persona, destacando de manera expresa e indubitada el hombre libre, igual y único, como prevalente frente a todos los poderes públicos. Así, la LFB desde su primer artículo, reconoce implícitamente los abusos del pasado y la dignidad del hombre se convierte en el fin y el camino del poder público<sup>610</sup>.

Para conseguir estos objetivos y que nada ni nadie pudieran alterar el espíritu de la LFB, los Constituyentes buscaron una protección de estos principios básicos constitucionales ajena al legislador democrático. Así, además de otorgar a todos los ciudadanos el derecho a reclamar ante la justicia estos derechos fundamentales contra cualquier poder del Estado, los blindaron a través de una cláusula de intangibilidad<sup>611</sup>. El artículo 79.3 LF establece que: “*No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20*”. Precepto que resume el deseo por parte del pueblo alemán de la necesidad de fijar límites al ejercicio del poder de reforma constitucional mediante el establecimiento de un núcleo material intangible para el poder constituido.

Por otro lado, a pesar de esta intangibilidad constitucional, la LFB fue también una Constitución aperturista que permitió a la RFA abrirse a organizaciones internacionales y supranacionales como la UE. Así el artículo 25 LFB establece que: “*Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal*”. Añadiendo el artículo 24. 1 LF que: “*La Federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales*”<sup>612</sup>, lo que permitió a través de las *Vertragsgesetz (Leyes de adhesión)* de 27 de julio de 1957, la incorporación de la entonces RFA a las distintas Comunidades Europeas, y con ello, que el Derecho europeo desplegara sus efectos dentro del territorio alemán como instrumento normativo de derecho internacional con pretensión de validez territorial.

---

<sup>609</sup> ELSNER, G., HUBER, R. y STEINER, C. (2009) “Prólogo” en *Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, ed. responsable, Rudolf Huber, Fundación Konrad - Adenauer, Mexico, pp. 17-22.

<sup>610</sup> Sobre este tema ver: HÄBERLE, P. (2003) “*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*”, ed. Dykinson, pp. 1-240; WOLFGANG, E. (1993) “*Escrito sobre los derechos fundamentales*”, ed. Baden Baden: Nomos Verl.-Ge, pp. 1-138, en concreto pp. 95-101.

<sup>611</sup> Los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar, además de situarse al final de la Constitución, solamente tenían efectos para el poder administrativo, pero no vinculaban al poder legislativo. Por el contrario, la Ley Fundamental vincula los derechos fundamentales como derechos directamente aplicables a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Ver FERNANDEZ SEGADO, F. (1993) “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre, pp. 145-247. Este autor recuerda que: “*la LFB se trata de un ordenamiento vinculado a los valores, que por ello mismo se sitúa en las antípodas de aquellos ordenamientos constitucionales supuestamente caracterizados por su neutralidad valorativa, de entre los que bien puede citarse como ejemplo la Constitución de Weimar*”, en concreto p. 201.

<sup>612</sup> Traducción al español de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania hecha por el Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer. Edición del texto actualizado hasta octubre de 2010.

Pero, para garantizar tanto esta apertura como la cláusula de intangibilidad, la RFA creó un Tribunal Constitucional Federal que entró en funcionamiento el 28 de septiembre de 1951, como máximo guardián de la Constitución, para asegurar que todas las instituciones estatales cumplieren con la Ley Fundamental y que los ciudadanos no se vieran privados de sus derechos fundamentales. Por ello, desde su nacimiento, el TC fue dirigido a abordar las distintas implicaciones del problema de la definición, delimitación y aplicación de los preceptos constitucionales y en concreto de la cláusula de intangibilidad del artículo 79. 3 de Ley Fundamental de Bonn, al ejercicio del poder de reforma constitucional.

Por estas razones puede decirse que el éxito de la Constitución con más vigencia en la historia democrática de Alemania<sup>613</sup> se debe sobre todo al carácter simple y abierto del texto constitucional que supo instaurar junto con un régimen centrado en la dignidad del hombre, un núcleo intangible a las reformas y un texto adaptable a los cambios de la sociedad y a la creciente integración del Estado alemán en las organizaciones internacionales y las Comunidades Europeas. Pero no cabe duda de que el factor esencial, tal vez el más decisivo para el éxito de la Ley Fundamental, fue la posibilidad de crear un Tribunal Constitucional, que a través de su jurisprudencia, ha convertido al texto constitucional en algo con vida, adaptable a las circunstancias, hasta el punto de que algunos autores han llegado incluso a afirmar que sin el buen espíritu del Tribunal Constitucional Federal, la LFB no valdría ni el papel en que está impresa o que la Ley Fundamental se encuentra en vigor en la forma en la cual el Tribunal Constitucional Federal lo interpreta, y que por lo tanto, la historia de la Ley Fundamental es al mismo tiempo la historia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal<sup>614</sup>.

Con la integración de la República Federal Alemana en la Comunidad Europea, por el artículo 24 LFB<sup>615</sup>, el ordenamiento jurídico alemán se convirtió, en un ordenamiento

---

<sup>613</sup> UNGER, M. (2009) "Sesenta años de la Ley Fundamental alemana- de un provisorio con una larga vida" *Estudios Constitucionales*, vol. 7, núm. 2. Santiago, versión On-line ISSN 0718-5200. Este autor recuerda que, desde 1949, la Ley Fundamental ha sido modificada 54 veces. Entre las reformas más importantes se encuentran: el rearme y la creación de las Fuerzas Armadas Federales en 1956 junto con el servicio militar obligatorio; la modificación a la llamada Constitución para el Caso de Emergencia que permitía restricciones a los derechos civiles en caso de guerra (1968) y una reorganización del derecho constitucional financiero. Durante los años setenta y ochenta la Ley Fundamental no recibió cambios importantes. Los años noventa fueron caracterizados por la unificación de los dos estados alemanes y el anclaje constitucional del proceso de integración europeo. Aunque la unificación se realizó formalmente mediante una adhesión de los cinco estados federados orientales al territorio de vigencia de la Ley Fundamental, la reunificación produjo algunos cambios en la Ley Fundamental, debido al Tratado de Unificación del año 1990 y la reforma constitucional del año 1994. En el año 2006, en la llamada Reforma Federal, se hicieron las modificaciones más grandes en la historia de la Ley Fundamental reorganizando las competencias entre el Estado federal y los estados federados.

<sup>614</sup> LAMPRECHT, R. (2009): "Vom Untertan zum Bürger - Wie das Bonner Grundgesetz an seinem Karlsruher "Über-Ich" gewachsen ist", en *Neue Juristische Wochenschrift* año 2009, pp. 1454-1457. Ver también: SMEND, R. (1962): "Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962", in *Das Bundesverfassungsgericht*, Karlsruhe, pp. 23-27; LEIBHOLZ, G (1966) "El Tribunal Constitucional de la República Federal alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", *Revista de estudios políticos*, núm. 146, pp. 89-100. Este autor en sus primeras páginas dice que: "Este Tribunal está llamado a colaborar en la realización del Derecho; sus decisiones son,..." "genuinas decisiones judiciales, en las cuales no se trata de encontrar algo que no esté ya en la LF, sino evidenciar lo que ya fue decidido previamente en la voluntad del legislador". Por lo tanto el contenido de la interpretación de las normas constitucionales no es más que la explicación del Derecho constitucional existente. Así, el Derecho Constitucional es interpretado y aplicado hasta sus últimas consecuencias."

<sup>615</sup> La LFB contenía desde su aprobación en, el artículo 24, una cláusula de apertura para conseguir la integración de la RFA en organizaciones internacionales o supranacionales. Con la entrada de Alemania en la UE y, en la medida en que el proceso comunitario siguió avanzando, dicho precepto constitucional resultó insuficiente, de manera que al hilo del Tratado de Maastricht, se reformó el artículo 23 LFB, para convertirlo en la cláusula de apertura a Europa. De este modo, desde el año 1992, este precepto es el engarce entre el ordenamiento jurídico comunitario y el alemán.

fragmentario y abierto al Derecho de la UE por una cláusula constitucional, que permitió que el Derecho de la Unión gozase de primacía en el territorio de la RFA.

Consecuencia de ello, el TCFA tuvo que empezar a cuestionarse la existencia jurídica de la validez de sus propios fundamentos en beneficio de la validez prevalente de un nuevo ordenamiento jurídico-positivo de ámbito territorial y personal más amplio, como ocurría con el ordenamiento comunitario. Esta encrucijada colocó (y sigue colocando) al TCFA, en una posición complicada pues, se vio obligado a garantizar hacia el interior la incolumidad del poder soberano frente a quienes no han sido habilitados para ejercerlo y, hacia el exterior los límites de la acción de los poderes constituidos, especialmente el legislativo y el ejecutivo, que mediante la asunción de compromisos internacionales y la integración en las Comunidades Europeas no estaban habilitados ni para trasladar el poder constituyente del pueblo alemán a una entidad colectiva distinta (y más amplia), ni tampoco para traspasar los límites materiales que internamente constriñesen como poder de reforma constitucional.

Por ello, desde la integración de Alemania en la Comunidad Europea, el TCFA, en las sentencias que hacen referencia al Derecho de la UE, a lo largo de estas seis décadas, ha ido elaborando una línea jurisprudencial, en la que se puede observar una continua toma de postura ante las nuevas competencias de la UE y la estructura constitucional de la RFA. El método se encuentra ya en sus iniciales sentencias, que si bien siguen la estructura de todas las resoluciones del *Bundesverfassungsgericht* o TCFA (de no distinguir expresamente, a diferencia de lo que hace nuestro Tribunal Constitucional, entre Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho a los que sigue el Fallo),<sup>616</sup> comienzan con una tenue y sutil indeterminación respecto de la posición a mantener frente al ordenamiento jurídico europeo, que hace pensar que el Tribunal de *Karlsruhe* está realmente dialogando con el Derecho comunitario, para después decidir.

Desde el punto de vista procesal, en la ya larga historia de las relaciones entre el TCFA con el Derecho comunitario se han utilizado todas las vías de acceso a aquel, con la pretensión de confrontar la norma europea con el Derecho constitucional federal: desde la cuestión de inconstitucionalidad, pasando por el conflicto entre órganos constitucionales, el recurso de inconstitucionalidad, hasta el recurso de amparo, y que como veremos en las sentencias analizadas, su admisión a trámite, en cuanto al procedimiento seguido, no siempre ha sido conforme a criterios uniformes, pues el Tribunal Constitucional ha considerado, como garante de la LFB, que nadie ni nada puede verse privado de la posibilidad de interponer un recurso, cuando considere que alguna norma comunitaria puede lesionar alguno de los preceptos previstos en la Ley Fundamental.

Es cierto que los tribunales alemanes, y no el TC, han sido los más importantes propulsores del Derecho europeo, hasta el punto de ser Alemania el país que mayor número de cuestiones prejudiciales ha referido de toda Europa<sup>617</sup>, pues el TCFA fue el primero en declarar la

---

<sup>616</sup> El Fallo es la primera parte de la resolución, tras el encabezado identificando las partes y el procedimiento, y al mismo le siguen los Fundamentos de Derecho en los que se encuentran ordenados, en una sucesión conforme a un índice, los argumentos esgrimidos por las partes en el propio procedimiento constitucional y en los procedimientos judiciales ordinarios o administrativos previos, y los argumentos jurídico-constitucionales que fundamentan la resolución adoptada.

<sup>617</sup> ANDRADE DOMINGUEZ VALVERDE, C. (2008) “*La relación entre el Derecho de la Comunidad Europea y el Derecho de los Estados miembros: Aproximación teórica y la revisión de los casos de Alemania, España y Francia.*”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional Público, Santiago de Chile, pp. 86-116. Recuerda esta autora que los tribunales alemanes son lo que más cuestiones prejudiciales han promovido ante el TJCE, no obstante, no todas las ramas del poder judicial han participado del debate. De hecho, casi la mitad de las referencias están monopolizadas por tribunales tributarios y un tercio por los administrativos. En todo

supremacía del Derecho comunitario. Ahora bien, con el reconocimiento por parte del Tribunal de Luxemburgo de la doctrina de la eficacia directa se creó una nueva realidad en la que el dualismo de la Constitución alemana no respondía a todas las preguntas y convirtió a estos mismos tribunales en los más críticos en cuanto a la aplicación del Derecho europeo, acudiendo de forma reiterada al TC. Por ello en este Capítulo me referiré, como en el Capítulo de Italia, a la jurisprudencia del TCFA, pues ha sido éste tribunal el encargado de resolver los problemas que se han ido suscitando.

La metodología de trabajo que he utilizado para configurar el presente estudio y llegar a entender un poco más la forma de razonar y de actuar de Alemania en torno a la UE, se basa, como en el resto de los Capítulos, en una primera aproximación (cronológica) a la jurisprudencia del TCFA relacionada con el Derecho de la UE. Dentro de este grupo jurisprudencial he seleccionado una serie de sentencias que, si bien en su mayoría se encuentran en el primer o tercer nivel de la clasificación de las decisiones del TCFA hecha por el profesor Uwe Wesel,<sup>618</sup> responde principalmente a la circunstancia de que precisamente por ellas, ciertas cuestiones jurídico-constitucionales clásicas de la teoría general de la Constitución (cuales son los límites al ejercicio del poder de reforma constitucional, en qué consiste la supremacía constitucional y como se ve afectada por la apertura del Estado a organizaciones supranacionales, como la UE, la garantía de los derechos fundamentales o los principios de legitimidad democrática), han permitido que la jurisprudencia del TCFA se convierta en un punto de referencia no sólo para el Tribunal de Luxemburgo y los tribunales constitucionales europeos, sino también para los medios de comunicación y los relatores en sus libros de Derecho de la Unión<sup>619</sup>.

No todas las resoluciones elegidas han tenido por sí mismas la atención social que merecerían, ni la importancia dogmática que desde el extranjero se le ha querido atribuir desde una perspectiva jurídico-constitucional. Sin embargo, la selección pretende esclarecer las condiciones materiales que el TCFA establece en torno a la UE y más concretamente como decía Konrad Hesse, aclarar la relación de cooperación entre el TCFA y el TJUE, especialmente a partir de las condiciones materiales que este Alto Tribunal ha impuesto para permitir que el Derecho constitucional y europeo sean considerados desde las exigencias de una interpretación recíprocamente conforme o equilibrada, esto es, que lleguen a la recíproca aceptación<sup>620</sup>. Es por ello, que en todas las sentencias seleccionadas, de una u otra forma se hace referencia a la

---

caso, de todas las referencias realizadas al TJCE un poco más de un tercio de las realizadas entre 1961 y 1985 corresponden a preguntas sobre compatibilidad entre el Derecho comunitario y el derecho interno.

<sup>618</sup> WESEL, U. (2004) “*Der Gang nach Karlsruhe*” *Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Blessing, München, pp. 1-320. Este autor, en atención al grado de viabilidad procesal y trascendencia política y social que poseen los asuntos tratados en las sentencias, realiza una clasificación de las mismas en tres niveles: un primer nivel estaría compuesto por el grueso de asuntos que llegan al Tribunal sin expectativa de éxito y terminan en el trámite de admisión, la inmensa mayoría (el 97,5 %); un segundo nivel al que pertenecerían las sentencias que sin trascendencia política ni social, no pasan a los titulares de los grandes medios de comunicación, tienen visos de éxito procesal; y, el tercer nivel, como un subnivel del segundo, en el que se encuentran las resoluciones con perspectiva de éxito que además se ocupan de cuestiones política y/o sociales trascendentes, de las que se hacen eco los grandes medios y generan las polémicas y las crisis del Tribunal, a pesar de ser numéricamente una parte ínfima del trabajo del Tribunal.

<sup>619</sup> VON BOGDANDY, A. (2000) “Notas sobre la ciencia, op. cit., pp. 203-257. Esta autor hace un pequeño resumen de las teorías expuestas por la dogmática alemana, donde reconoce la complejidad de una enumeración de las teorías o de sus autores por el volumen de producción científica que impide cualquier visión general o síntesis. Por otro lado, la mayor parte de la doctrina alemana puede verse en: Autoren der EuGRZ: [http://www.eugrz.info/html/Autoren/autoren\\_f.html](http://www.eugrz.info/html/Autoren/autoren_f.html).

<sup>620</sup> HESSE, K. (1998) “*Estudios en la historia...* op. cit., p. 116.

cláusula de intangibilidad y con ello implícitamente a la de apertura del Derecho alemán al Derecho internacional y/o supranacional.

La combinación de estas dos cláusulas, la de apertura e intangibilidad, es la causa de todos los conflictos entre el TCFA y la UE, o más concretamente entre TC y el TJUE. Si bien, la LFB desde sus comienzos es una Constitución aperturista, no estaba pensada para la cesión de tal cantidad de competencias en favor de una entidad supranacional como es la UE, ni tampoco para integrar el ordenamiento jurídico alemán en otro ordenamiento jurídico supranacional basado en los principios de eficacia directa y primacía.

Fruto de ello será no sólo la reforma del artículo 23 LF, sino también, el que el reconocimiento de esta primacía del Derecho de la Unión haya sido desde sus comienzos y a pesar de la reiterada jurisprudencia del TJUE, aceptada con reticencias por el TCFA pues su aceptación incondicional implicaría abandonar la supremacía del propio fundamento de validez de la Constitución nacional y con ella la del TCFA. De ahí que el TCFA, si bien ha visto reducido su ámbito de competencias, consecuencia de esta cesión de competencias jurisdiccionales a la UE, no lo acepte y considere que una de sus principales funciones sea, tener que velar para el desarrollo de este nuevo proceso de integración dentro de los límites de la cláusula de intangibilidad y que se deban reconducir en último extremo al respeto, a la última palabra de la LF, de la que en todo caso él ha de ser su garante. Es decir, ser el que tenga la última palabra, la competencia de las competencias.

Por eso, finalizo este Capítulo con unas conclusiones donde describo e intento, junto con la opinión de otros muchos autores, denunciar el que el TCFA haya ido poco a poco aumentando sus competencias mediante el cierre al poder de reforma constitucional de determinados principios y valores fundamentales recogidos en su LFB. La cláusula de intangibilidad ha sido su excusa perfecta para cuestionar la validez de un nuevo ordenamiento jurídico positivo supranacional como es el de la UE. Esto es, a lo largo de este capítulo se verá cómo el TCFA, más que intentar cooperar y coordinar su actuación con el TJUE buscando un punto intermedio de inflexión, muestra continuamente su recelo frente al Derecho europeo y rechaza de alguna manera, la armonización de los ordenamientos jurídicos. Lo que demuestra una escasa sensibilidad y cierta desconfianza hacia el proceso de integración europeo.

## **2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **2.1. Reconocimiento de la primacía y la eficacia directa del Derecho comunitaria. Década de los sesenta**

Una de las primeras sentencias del TCFA sobre la Comunidad Europea, es la resolución de 5 de julio de 1967 (*BVerfGE* 22, 134), en la que el Tribunal competente para cuestiones tributarias (*Finanzgericht*) acudió al TCFA a través del mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad (*Vorlage*) para plantear la posible inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley alemana por la que se autoriza la adhesión de la RFA a la Comunidad, en relación con el artículo 189 TCEE<sup>621</sup>. La cuestión fue desestimada por el TCFA por falta de motivación. El TCFA inadmitió la cuestión porque el Tribunal *a quo* debería haber planteado la cuestión prejudicial ante el TJCE y, sólo si el Tribunal de Luxemburgo hubiere declarado nulo algún

---

<sup>621</sup> Pues se trataba de determinar si un impuesto de la RFA caía dentro del ámbito de aplicación de un Reglamento del Consejo que estaba en estrecha relación con el artículo 12 del TCEE que prohibía la creación de nuevos derechos de aduana, medidas de efectos equivalentes o aumentar la cuantía de las todavía existentes.

precepto del Reglamento comunitario podría haberse planteado la cuestión de inconstitucionalidad. El TCFA entendió que el artículo 189 TCEE es de vital importancia pues gracias a él, las disposiciones comunitarias adquieren validez inmediata dentro del territorio soberano alemán y, la declaración de nulidad de un artículo no tiene por qué llevar la anulación de la Ley en su conjunto. Estos criterios, son también trasladables a la Ley de autorización de adhesión de Alemania a la Comunidad Europea, por ello, en el supuesto de que el artículo 1 en relación con el artículo 189 TCEE se hubiere declarado nulo, no hubiese llevado aparejado la anulación del total de la Ley.

Si bien el TCFA no tendría que haber entrado a pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad por defectos de forma, se colocó en la postura de determinar qué hubiera pasado si el Reglamento comunitario hubiera sido nulo por ser incompatible con la LFB y dejó claro que cabía la nulidad parcial de las normas comunitarias. Añade así este Alto Tribunal que si bien la primacía y el efecto directo de la norma comunitaria no se ponen en entredicho, sí se puede poner en tela de juicio la norma interna que supuestamente la dota de los citados caracteres. Esto significaría que el Reglamento comunitario como es de aplicabilidad directa y general en Alemania, es por ello directamente recurrible por el particular sin necesidad de tener que recurrir a una disposición nacional adicional.

Poco tiempo después vuelve el TCFA a dictar otra resolución, la de 18 de octubre de 1967 (*BVerfGE* 22, 293), en la que tuvo que resolver una serie de recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>622</sup>. Si bien el TCFA volvió a desestimar los recursos por improcedentes,<sup>623</sup> volvió a pronunciarse sobre el Derecho europeo. En estos casos calificó la normativa europea como un ordenamiento jurídico propio, supervisado por un sistema inherente de protección jurídica y por ello no necesitado de ser ampliado o perfeccionado por otro sistema de protección jurídica como era la vía del fuero alemán. El argumento que utilizó para ello fue, entender que la LF (por su artículo 24.1) está abierta a la integración alemana y que al participar la RFA en el proceso de integración europeo, esa participación ha supuesto la transferencia de derechos de soberanía a una organización supranacional, la Comunidad Europea. El ingreso en una Comunidad interestatal tiene como consecuencia que el miembro de ésta queda sujeto a sus decisiones. Es decir, la transferencia de los derechos de soberanía supone que su salvaguardia y ejercicio ya no dependen exclusivamente de la voluntad del Estado miembro sino también de la Comunidad interestatal.

El Tratado de la Comunidad Económica Europea es algo así como una Constitución de la Comunidad, que junto con las disposiciones emanadas de las instituciones dentro del marco de las competencias que les atribuye el Tratado forman un ordenamiento jurídico propio, que no se puede considerar ni derecho nacional ni derecho internacional. El Derecho comunitario y el derecho de cada Estado miembro forman dos cuerpos jurídicos separados y autónomos por lo que el Tribunal de Luxemburgo debe ser el único garante en cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho comunitario. No sería factible que se pudiese someter al control de constitucionalidad alemán una norma que se ha dictado por un órgano que queda fuera de la estructura legislativa del Estado alemán. Ahora bien, la transferencia de derechos de soberanía que en su momento se realicen a través del artículo 24.1 LF, no libera a las instituciones comunitarias de su posible vinculación a las disposiciones imperativas constitucionales que hacen referencia a los derechos fundamentales. Ahora bien, como recuerda Carlos Vidal

---

<sup>622</sup> Interpuestos por varias empresas alemanas que entendían que algunos Reglamentos del Consejo y de la Comisión vulneraban derechos fundamentales recogidos en la LF y varios principios constitucionales de origen consuetudinario, así como normas concretas del Derecho comunitario.

<sup>623</sup> Pues reconoció que la competencia de interpretación correspondía en exclusiva al Tribunal de Justicia, por ser actos jurídicos llevados a cabo por la Comunidad.

Prado<sup>624</sup>, al sostener estas afirmaciones, el TC estaba reconociendo que un Reglamento europeo no puede ser tratado sin más como una norma interna con rango de ley, ya que forma parte de un orden jurídico diferente (el comunitario), llamado a convivir con el interno en el mismo espacio territorial. Al hacer estas declaraciones el Tribunal de Karlsruhe se convirtió en el primer Alto Tribunal que reconoció la doctrina *Van Gen & Loos* del TJCE, pero a costa de negarse a sí mismo la autoridad para tasar la validez de las normas europeas, y con ello su futura influencia en el proceso de integración jurídica política europea, lo que marcó las décadas siguientes que se caracterizaron por el esfuerzo de los tribunales ordinarios por recobrar algo de autoridad en el desarrollo del proyecto europeo<sup>625</sup>.

## 2.2. Cuestionamiento de los principios del Derecho comunitario. Década de los setenta

La anterior resolución fue perfilada por la sentencia de 9 de junio de 1971, (*BVerfGE 31, 145*) pues si bien este nuevo recurso de amparo fue inadmitido, el TCFA no pierde la oportunidad para pronunciarse sobre las funciones del Tribunal de Luxemburgo y los tribunales nacionales<sup>626</sup>.

El TCFA inadmitió el recurso de amparo, por entender que los tribunales alemanes no están obligados a presentar la cuestión prejudicial, pero además porque no estaba claro que el Tribunal de Luxemburgo fuese juez en el sentido predeterminado por Ley a que se refiere el artículo 101.2 LF. Ello no obsta para que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo tenga una aplicabilidad directa en el espacio interno y que por lo tanto tendría primacía frente al Derecho nacional que se le opusiese, pudiendo desplazar a las disposiciones nacionales en lo que contradigan o en lo que se les opongan, ya que este es el único modo de que los ciudadanos comunitarios puedan disfrutar y ejercer de un modo efectivo los derechos subjetivos que se les concedieron con la creación del Mercado común. Los tribunales nacionales deben aplicar por tanto las disposiciones jurídicas comunitarias, aunque éstas procedan y sean imputables a un sujeto supranacional, para ello deben también acatar la interpretación que de estas normas comunitarias realice el TJCE. Añade así el Tribunal de Karlsruhe que él no es el competente para declarar la incompatibilidad de una norma de derecho interno con otra perteneciente al Derecho comunitario, este control debe hacerse por el correspondiente tribunal que esté conociendo del caso. Y, en el supuesto de que la concreta norma alemana que haya que aplicar no fuere válida, según el TJ, o entrase en contradicción con otra alemana de rango superior, el tribunal nacional debería intentar no aplicarla, aunque sólo al TCFA le competiría la declaración de su inconstitucionalidad.

Aunque con las sentencias precedentes la supremacía del Derecho comunitario había sido fuertemente reconocida en la decisión del TFCA, aún muchas preguntas quedaban sin resolver y

---

<sup>624</sup> VIDAL PRADO, C. (2004) “*El impacto del nuevo Derecho europeo...*op. cit., en concreto Alemania, pp. 19-98.

<sup>625</sup> ANDRADE DOMINGUEZ VALVERDE, C. op. cit., pp. 88-91.

<sup>626</sup> El recurso de amparo se interpuso por entender la parte actora que se le había vulnerado su derecho al juez ordinario predeterminado por ley para conocer de los conflictos que pudieran surgir en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario, de acuerdo con la Ley de 1957 de Adhesión a la CEE, ya que el tribunal nacional que tenía que aplicar e interpretar el Derecho europeo no recurrió a la interposición de una cuestión prejudicial, ante el Tribunal de Justicia, para que se hubiere podido determinar con exactitud si la interpretación dada por el tribunal nacional era compatible con la letra y el espíritu del TCEE que se entendía había sido infringido.



concretamente si había que acogerse a la protección que de los derechos fundamentales hiciese el TJCE, aun siendo derechos reconocidos en la GG o LFB<sup>627</sup>.

En la sentencia de 29 de mayo de 1974 (*BVerfGE 23, 12*)<sup>628</sup>, conocida como la doctrina *Solange I*, el TCFA genera el primer conflicto entre ambos órganos judiciales, al aclarar su postura respecto a sus competencias y atribuciones en relación con la interpretación, aplicación y relación de las normas de Derecho comunitario con las disposiciones emanadas de la LFB<sup>629</sup>.

El TCFA admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que cabe cuestionarse la primacía del Derecho europeo con respecto al Derecho constitucional alemán “*mientras que*” (“*solange*”<sup>630</sup>) el proceso de integración de la Comunidad no haya llegado hasta un grado de desarrollo tal que el Derecho europeo tenga también una enumeración de derechos fundamentales y se ajuste a la enumeración de los derechos fundamentales de la LFB. Es decir “*en tanto*” no exista un catálogo de derechos fundamentales emanados de un Parlamento elegido de modo directo y por sufragio universal se debe mantener y afirmar la reserva expresada por el artículo 24 GG. Hasta que esto no se produzca, es procedente e incluso obligatoria la presentación de un recurso de inconstitucionalidad ante TCFA por parte de cualquier tribunal interno siempre que éste considere que el precepto relevante para su decisión, debería ser inaplicable por afectar a los derechos fundamentales de la LFB.

Con arreglo a la doctrina emanada de esta sentencia, entiende el TCFA, que por el artículo 24 LFB, se permite la transferencia de derechos inherentes a la soberanía a organismos internacionales. Pero este artículo no puede interpretarse sino en el contexto del resto de los preceptos constitucionales que limitan esta posibilidad a aquello que suponga una alteración de la propia identidad del orden constitucional vigente, así como de sus estructuras fundamentales y en particular el nivel de protección de los derechos fundamentales dispensados por la LFB, en cuanto elemento esencial e inalienable de la estructura constitucional de la GG<sup>631</sup>. Pues como recuerda Jutta Limbach<sup>632</sup> los derechos fundamentales son elementos esenciales de la democracia federal republicana, y en este sentido, deben ser protegidos por el TC. Para desarrollar esta protección el TCFA acude al método comparado, lo que significa que no quepa pues un Derecho comunitario derivado o secundario que afecte a la estructura esencial de la LFB. Si bien el derecho de soberanía por parte de la RFA retrocede de algún modo en algunos derechos constitucionales para dar entrada a la aplicabilidad inmediata y preferente de un Derecho procedente de una fuente ajena y extraña, no cabe este retroceso cuando afecta a la

---

<sup>627</sup> El TJCE en aquellas décadas estaba siendo altamente criticado por no tomarse en serio la protección de los derechos fundamentales. Para paliar esta crítica en 1969 el juez del TJCE, Pierre Pescatore, escribió un Tratado sobre Derechos Humanos e integración europea, y el TJCE comenzó a proteger un poco más fuertemente los derechos básicos. Ver también en PESCATORE, P. (1973) “*Derecho de la integración: nuevo fenómeno...*” op. cit., pp. 1-105.

<sup>628</sup> El texto de esta sentencia en castellano se encuentra en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, BJC, núm. 58, Cortes Generales, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Secretaría General del Estado, 1986, pp. 247-260.

<sup>629</sup> Esta sentencia trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por un tribunal administrativo en la que solicita al TCFA se pronuncie sobre la compatibilidad de la interpretación dada a la norma comunitaria por el TJCE con el derecho interno alemán, en concreto si el principio de proporcionalidad reconocido en la RFA se vería atacado por la interpretación que del mismo hace el Tribunal de Justicia, pues dicha interpretación no es idéntica a la que se le ha dado para el correlativo desarrollado en el marco del Derecho constitucional alemán.

<sup>630</sup> Es la primera vez que el TCFA utiliza la expresión *Solange: mientras que, en la medida que, en tanto en cuanto que...* En el supuesto concreto que nos ocupa la traducción que se ha hecho de la expresión al castellano ha sido: “*en tanto en cuanto no exista la seguridad jurídica de la existencia de un catálogo de derechos fundamentales emanado de un Parlamento democrático y elegido de modo directo y por sufragio universal*”.

<sup>631</sup> Esto es, la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 LFB.

<sup>632</sup> LIMBACH, J. (2001) “Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa” in *NJW*, pp. 2913-2919.

estructura básica e irrenunciable que sustenta el ordenamiento jurídico alemán desde su fundamento constitucional. En otras palabras, si bien el Tribunal Constitucional no goza de competencia para poder enjuiciar la validez de los actos de Derecho comunitario, sí puede proceder a su inaplicabilidad cuando afecte a cuestiones relacionadas con la cláusula de intangibilidad.

El TCFA explica esto último, delimitando qué materia sería competencia del TJCE y qué le correspondería a él mismo como máximo garante de la LFB. En este sentido estableció que el TJCE de acuerdo con las normas y competencias que tiene establecidas en el Tratado debería conocer de la validez de las disposiciones de Derecho europeo, dentro de las que hay que tomar en consideración las normas no escritas o principios generales que también están presentes en este ordenamiento jurídico, así como su interpretación. Pero, las cuestiones incidentales que pudiesen surgir en su labor y que hiciesen referencia al derecho alemán, o al derecho de cualquier otro Estado miembro, no pueden ser resueltas por el Tribunal de Luxemburgo de manera vinculante para el Estado miembro en cuestión. Sólo podrán ser catalogadas de *obiter dicta* aquellas manifestaciones que en las resoluciones del TJCE hagan referencia a la concordancia o en su caso, incompatibilidad de una disposición de rango constitucional con un determinado contenido de una disposición normativa del ordenamiento jurídico comunitario. Los tribunales inferiores tienen que recurrir con carácter previo a la cuestión prejudicial del artículo 177 TCEE, antes de poder presentar una cuestión de inconstitucionalidad. Ello significa que una vez conocida la postura del TJCE sobre la norma en cuestión, el tribunal alemán que haya recurrido ante aquel le quedaría todavía abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad cuando la interpretación y sentido dado por el TJCE a la norma en cuestión entren en colisión con alguna disposición de rango constitucional recogida en la LFB, y en especial, cuando se refiera a materias de derechos fundamentales. El TCFA nunca podrá decidir sobre la validez de una norma comunitaria, pero sí en cambio puede llegar a la conclusión de que una disposición de Derecho comunitario no es aplicable por las autoridades judiciales o administrativas en el territorio alemán. El TC se reconoce con ello la última palabra, la *Kompetenz* de las *Kompetenzen*.

Añade el TCFA que esto no debe interpretarse como algo negativo sino que repercute de forma favorable en la imbricación Derecho comunitario/derecho interno, ya que, se evita la arbitrariedad o al menos discrecionalidad en la decisión de un tribunal inferior que por motivos aparentemente basados en fundamentos derivados del Derecho constitucional interno, estimase que una disposición comunitaria hubiese de dejarse sin aplicación. Su actividad de control de los actos normativos comunitarios, en el fondo sólo pueden repercutir de modo positivo en la CEE dado que se estaría llenando un vacío que no podía ser cubierto de manera correcta por el TJCE y, al mismo tiempo, se otorgaría al ciudadano la oportunidad de defensa ante un acto frente al cual, de otro modo no hubiera podido hacer prácticamente nada, pues sólo el TCFA es el competente para la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la LFB. Es decir, según Theodor Schilling<sup>633</sup> como el TJCE contempla los derechos fundamentales desde el punto de vista de su naturaleza objetiva y no tanto como derechos individuales, la intervención del TC estaría justificada por la diferencia de enfoque, para garantizar a los ciudadanos una verdadera protección de sus derechos subjetivos individuales.

Con esta sentencia el TC pone en duda dos de los grandes principios del Derecho comunitario: el de primacía reconocido por el TJCE en las sentencias *Van Gen & Loos*, *Costa v*

---

<sup>633</sup> SCHILLING, T. (2000) "Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts", *Euroäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGRZ), Kehl am Rhein, Jahrg. 27, núm. 1-4, märz, pp. 3-43.

*Enel, Simmenthal* o *Internationale Handelsgesellschaft*, y el de uniformidad también reconocido en numerosas sentencias como *Procureur du Roi v Dassonville* o *Commission v Ireland*<sup>634</sup>.

A pesar de todos estos argumentos el TCFA no declaró la norma en cuestión inválida sino inaplicable.

Esta sentencia tuvo un voto particular en el que dos magistrados entendieron que las disposiciones normativas emanadas de las instituciones comunitarias, con base en las competencias que le han sido atribuidas, o el Derecho comunitario secundario, no pueden ser sometidas a un examen de compatibilidad con las disposiciones de la LFB que regulan los derechos fundamentales. No sería de recibo plantear la cuestión de si el artículo 24.1 LFB permite que se hagan atribuciones soberanas a quien no va a respetar el contenido esencial constitucional del Estado. Se estaría errando si se pretendiese condicionar la aplicabilidad del Derecho comunitario secundario al respeto estricto de las garantías constitucionales internas de los derechos fundamentales. No sería tampoco aceptable que al carecer la CEE de una lista cerrada de derechos, éstos estarían desprotegidos, ya que, no está en absoluto probado el hecho de que la mera existencia de un catálogo codificado de derechos fundamentales aumente la garantía de que los mismos van a estar mejor protegidos. Ello sería tanto como reconocer que en el Reino Unido, donde no hay una declaración de derechos escrita, carecen de la protección de estos derechos. El hecho de que aún no haya un Parlamento Europeo democráticamente elegido no conlleva como consecuencia lógica concluir que el Derecho comunitario derivado pueda ser sometido a un control de compatibilidad con las normas de garantía de los derechos recogidos en la LFB. Reconocimiento y defensa de los derechos fundamentales y principio democrático no son intercambiables, aunque sí complementarios. La realización del principio democrático en la CEE podría conllevar una mayor consideración de los derechos fundamentales, pero no por ello resultaría superflua la ineludible garantía judicial de los mismos. Si se hiciese depender la aplicabilidad del Derecho comunitario a que el mismo alcance el nivel interno de protección de los derechos fundamentales de la RFA, esto significaría una desigualdad, ya que en algunos Estados miembros el estándar comunitario sería insuficiente o excesivo según los casos. Una exigencia de este tipo conllevaría ineludiblemente a un ataque directo de la igualdad ante la Ley en el nivel comunitario, y la unidad del ordenamiento jurídico comunitario sería puesta en peligro. Añade este voto particular que no existe diferencia entre invalidez e inaplicabilidad, pues si un tribunal declara que una norma no es aplicable porque se opone a otra de rango superior, es lo mismo que entender que se ha producido una tácita declaración de invalidez por parte del juez en cuestión. La competencia para realizar esto no le corresponde al TCFA, como tampoco le correspondería el poder someter a su control normativo, por el artículo 100. 1 LFB disposiciones comunitarias. Tampoco se puede aducir la aplicabilidad del artículo 100.1 LFB a las disposiciones de Derecho comunitario secundario. El TCFA sólo puede ser garante de las normas que proceden del legislador alemán, con poder atribuido constitucionalmente para ejercerlo. En ningún caso se puede considerar como legislador en este sentido al comunitario, ya que su competencia no deriva de la LFB sino de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. La admisión a trámite de esta cuestión de inconstitucionalidad se ha hecho a través de una interpretación analógica del artículo 100.1 LFB. Esta interpretación analógica del precepto no parece estar muy en concordancia con el sentido literal del precepto, ni el fin que se persigue con el mismo. No debería haber una aplicación analógica porque no se dan los presupuestos esenciales para que se pueda acudir a un control normativo de este tipo.

Sin embargo, la doctrina *Solange I* parecía aplicable sólo en relación con el Derecho secundario comunitario pues, en la sentencia de 25 de julio de 1977 (*BVerfGE 45, 142*), no

---

<sup>634</sup> Todas ellas se pueden ver en Primera Parte. Cap. 1. pp. 23, 25 y 27.

admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad de un tribunal alemán, por entender que el TCFA no es el competente para interpretar la disposición de un Tratado comunitario<sup>635</sup>.

El TCFA hubiese accedido a la pretensión del órgano judicial recurrente, si éste hubiese interpuesto la cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley alemana pero, al solicitar la posible contradicción con artículos del Tratado entendió que, sólo al TJ le compete su interpretación, sin que quepa el que se pueda declarar por el TCFA una diferente interpretación de la de aquel, en el ámbito de soberanía de la RFA. Ello llevaría a una lesión del reparto competencial recogido en el mismo Derecho comunitario y alemán. La doctrina *Solange* sólo es aplicable para el caso de que las sentencias del TJCE sean de Derecho derivado, pues, cuando el TJ interpreta los Tratados sus sentencias interpretativas son equiparables al Derecho comunitario primario, es decir como si se tratase de los propios Tratados. De nuevo, aprovecha la ocasión el TCFA para expresar su opinión respecto a las relaciones que se deben establecer entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el europeo y entre las jurisdicciones constitucionales con el TJ: “*los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y de la CEE no se encuentran aislados e incommunicados el uno del otro, sino que forman interacciones de todo tipo*”.

Cierra esta década con la sentencia de 25 de julio de 1979, conocida como *Vielleicht (BVerGE 52,187)* en la que el TC declaró inadmisibile el recurso interpuesto, utilizando para ello los argumentos de la doctrina *Solange I*<sup>636</sup> al recordar que el TJ tiene competencia exclusiva sobre la interpretación del Tratado, así como sobre la determinación de la validez y correspondiente interpretación de las normas de desarrollo del mismo. Sin embargo no ostenta competencia alguna para determinar la compatibilidad de disposiciones de derecho nacional con el Derecho comunitario, ni puede decidir con carácter vinculante para los tribunales nacionales sobre la interpretación y efectos de una determinada norma de carácter interno. Aun siguiendo los postulados de la doctrina *Solange I*, los matiza y aclara al decir que, no puede hacerse extensiva al Derecho originario europeo y reitera que, aunque el ordenamiento alemán y el comunitario son diferentes no son ordenamientos separados o aislados e incommunicados el uno del otro sino que quedan abiertos de una manera inevitable a interacciones de todo tipo.

---

<sup>635</sup> Los hechos traen causa de la obligación que se impuso a una empresa alemana del pago de una cantidad, de acuerdo con una Ley que buscaba la promoción de la agricultura y el desarrollo agrario en la RFA. Frente a esa decisión, la empresa alemana recurrió, alegando que la decisión administrativa tenía que ser considerada contraria a Derecho y, por lo tanto nula, ya que la aportación económica que se le pedía constituía una ayuda nacional en el sentido de los artículos 92 y siguientes del TCEE y por lo tanto, incompatible con la norma comunitaria. El tribunal *a quo* presentó una cuestión prejudicial ante el TJ para que se pronunciase sobre la compatibilidad de la Ley alemana con los artículos correspondientes del TCEE que regulaban las ayudas de Estado. Después de que el TJCE dictase sentencia, el tribunal interpuso una cuestión de inconstitucionalidad ante el TCFA por el artículo 100.1 LFB por no estar conforme con la interpretación y respuesta del TJ y considerar que los artículos 92 y siguientes del TCEE deberían no ser aplicados en Alemania ya que podrían entrar en conflicto con la LFB.

<sup>636</sup> El VG de Frankfurt al que se le planteó un recurso en el que tenía que decidir si los preceptos de una Ley alemana eran contrarios a los arts. 92 y ss. del TCE planteo cuestión prejudicial ante el TJ, el cual declaró incompatibles los preceptos de la Ley alemana con los del Tratado. El VG de Frankfurt, a continuación planteó un recurso de inconstitucionalidad ante el TCFA para que éste aclarase si la interpretación hecha por el TJ sería de aplicación a la RFA, ya que podría entrar en conflicto con determinados preceptos de la LFB.

### 2.3. La nueva posición del Tribunal Constitucional respecto al Derecho comunitario. Década de los ochenta

En la década de los ochenta, en la sentencia de 22 de octubre de 1986 (*BVerfGE* 73, 339) conocida como *Solange II* o *Mittlerweile*<sup>637</sup>, en relación de nuevo con el Derecho derivado, el TCFA consolida la interacción a la que había hecho referencia en la sentencia anterior<sup>638</sup>.

El TCFA entendió que no había lesión del derecho fundamental al juez predeterminado por la Ley, porque no había obligación de presentar una segunda cuestión prejudicial. De haberlo considerado, si hubiera existido la obligación, lo hubiera hecho, porque el TJ puede ser instancia jurisdiccional a todos los efectos en cuanto a lo que al derecho alemán concierne, ya que cumple con todos los requisitos constitucionales exigibles a un órgano judicial para que se le pueda calificar de tal a nivel interno y, de este modo poder afirmar que las decisiones que emanen del mismo han de ser consideradas válidas y conformes a Derecho, de acuerdo también con los parámetros exigibles a una sentencia en el ámbito nacional.

La necesidad de plantear una segunda cuestión prejudicial, solamente lo es para el caso de que la decisión emanada por el TJ, (verdadero interprete de las normas de Derecho comunitario primario y único para declarar la nulidad de una determinada norma europea y su compatibilidad con el Derecho de un Estado miembro) no sea clara, no responda de un modo coherente a la cuestión de fondo, de la misma surjan dudas, no resuelva enteramente la cuestión, aparezcan nuevas circunstancias con posterioridad a la sentencia, se tenga conocimientos de nuevos hechos de los que no se tuvo noticia en primera instancia ya que no pudieron ser alegados por las partes y que de haberse sabido hubieran conducido a una resolución distinta, o se hubiere producido una eventual omisión o descuido a la hora de atender a la pretensión y las alegaciones presentadas. El TCFA entendió que el tribunal alemán no tenía por qué presentar una nueva cuestión prejudicial ante el TJ ya que no se daba ninguno de los presupuestos citados para su incoación. Tampoco cabe el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad, porque el control de la constitucionalidad corresponde a decisiones normativas y no jurisdiccionales con independencia del órgano judicial del que provengan.

---

<sup>637</sup> IPSEN, H.P. (1987) "Das Bundesverfassungsgericht löst die Grundrechts-Problematik, Zum Mittlerweile Beschluss des 2. Senats vom 22. Oktober 1986", *Europarecht*, Heft, 1, pp.1-6. Este autor propuso el adverbio *Mittlerweile* (entre tanto, mientras tanto, etc.) para la sentencia por reflejar mejor lo que su contenido expresa.

<sup>638</sup> Una empresa importadora solicitó una licencia que le fue denegada. La denegación se basó en lo dispuesto por un Reglamento comunitario que regulaba la materia. La empresa planteó un recurso ante el órgano judicial competente. Sostenía que su caso no se acomodaba al Reglamento comunitario y además que el citado Reglamento debería ser nulo. Cuando aún no se había resuelto el recurso, el Reglamento fue declarado nulo. Sin embargo, el recurrente consideró que no debía darse por cerrado el caso y mantuvo su pretensión de que habría de otorgarse en primera instancia lo solicitado, además de que las pretensiones de la norma comunitaria podrían en un momento dado volver a darse, con los prejuicios que se podrían dar para las empresas del sector. El órgano judicial administrativo *a quo* rechazó la pretensión considerándola carente de fundamento, ya que la denegación de la licencia no había sido *contra legem*. Contra esta decisión se interpuso recurso de revisión ante el Tribunal superior que interpuso una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo. El TJ debía determinar si la Comisión había actuado *ultra vires* en el momento de dictar el Reglamento. El TJ dictaminó que no se podía declarar que la Comisión hubiese actuado más allá de lo que le correspondía al principio de proporcionalidad. La demandante recurrió la decisión de Luxemburgo ante el Tribunal superior por considerar que vulneraba la LFB y solicitó la interposición de una cuestión de constitucionalidad, o, en su caso la presentación de una nueva cuestión prejudicial ante el TJ, en la que se determinara que norma tenía prioridad, si la comunitaria conforme a la interpretación dada por Luxemburgo o la constitucional a nivel interno. El Tribunal rechazó el recurso de revisión planteado. Frente a esta decisión el recurrente interpuso un recurso de amparo ante el TCFA, en el que se pedía que se declarase que la actuación del Tribunal superior había atentado contra sus derechos fundamentales tanto en el ámbito procesal como material.

Por otro lado, el artículo 24. 1 LFB permite a la RFA atribuir derechos soberanos a las organizaciones internacionales, pero, la validez y primacía en el derecho interno de las disposiciones jurídicas que emanen de las instituciones de estas organizaciones internacionales tienen que ir acompañado de una orden de aplicación para que se pueda predicar esa aplicabilidad y esa primacía sobre el derecho interno de la RFA. Esto ocurre con los Tratados fundacionales de la CEE y a través de las correspondientes Actas de Adhesión. Estas normas de autorización se extienden también a lo dispuesto por el artículo 189.2 TCE, de donde se deduce la aplicabilidad inmediata de los reglamentos comunitarios para la RFA y su primacía frente al derecho interno alemán.

Sin embargo, la autorización que se articula a través del artículo 24.1 LFB tiene límites que provienen del mismo Derecho constitucional: la cláusula de intangibilidad. El artículo 24.1 no permite en ningún caso, el que se puedan relativizar o poner en entredicho los principios irrenunciables del sistema político alemán. Si se produce transferencia de soberanía a una organización internacional que pueda afectar al contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en la LFB, dicha organización tendrá que garantizar un respeto a los mencionados derechos que, conforme al contenido y eficacia del método utilizado, pueda ser equiparado al que tenían otorgado a nivel interno. La protección de los mismos tiene que ser la misma o esencialmente del mismo nivel al que se otorga en el ámbito interno. Por ello, dice el TCFA, que la decisión judicial no es lo que tendría que haberse recurrido sino el Derecho comunitario derivado y la interpretación que del mismo hace el TJCE.

Vuelve en esta sentencia a reiterar la doctrina *Solange I* pero matizada, pues la ausencia de un catálogo de Derechos europeos se ve suplida en cierto modo, por una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha evolucionado de forma tal, que se va consolidando hacia un respeto de los derechos fundamentales a través de la vinculación del Derecho comunitario, a las menciones de las Constituciones de los Estados miembros y a la misma Convención Europea de Derechos Humanos. La carencia de un Parlamento Europeo democráticamente elegido, también se ve suplida por un Parlamento Europeo que, ya sí, se elige por sufragio universal, sentándose con ello el primer escalón para que el factor democrático y legitimador de la actividad de las instituciones comunitarias encuentre contrapeso en la atribución de verdaderos poderes legislativos y de control. Aunque, el nivel alcanzado a través de la jurisprudencia del TJCE todavía acusa algunas lagunas que suponen claras diferencias con las que presentan a nivel interno el Derecho constitucional alemán.

El TCFA utilizó estos argumentos contrarios a décadas anteriores, por entender que la evolución de la jurisprudencia del TJ y de la normativa comunitaria había dado como resultado un cambio cualitativo y sustancial en relación con los derechos fundamentales. El procedimiento que se venía articulando por el TJCE para garantizar los derechos fundamentales era a través de la concordante posición tanto de los Estados miembros como de las instituciones comunitarias en materia de Derechos fundamentales. Y por ello entiende que por el momento (*mittlerweile*) el criterio de protección es bastante similar al estándar de la LFB, es satisfactorio, aunque sigan existiendo claras diferencias con las que se presentan a nivel interno en el Derecho constitucional alemán. En consecuencia, se abandona el parámetro ofrecido por la LFB para contrastar el grado de protección de los derechos a nivel comunitario, y, desde ese momento no se considerarán admisibles los recursos presentados de acuerdo con el artículo 100.1 GG, que hasta esta sentencia eran obligados.

El Tribunal de Karlsruhe distingue de nuevo en esta sentencia entre inaplicabilidad y nulidad, considerándose competente para declarar la primera y no para la segunda.

De nuevo volvió a pronunciarse sobre el Derecho derivado de la Unión en la sentencia de 8 de abril de 1987 (*BVerfGE* 75, 223), más conocida como sentencia *Kloppenburg*<sup>639</sup>. El TCFA admitió a trámite el recurso y, al igual que en sentencias anteriores, explicó como una directiva no es derecho interno y sólo al TJCE le corresponde interpretarla o anularla si no es conforme a los Tratados. Las instancias judiciales internas se encuentran vinculadas por las decisiones del TJ, debido a la cooperación que existe entre los diferentes órdenes jurisdiccionales. Ahora bien, la competencia que por el artículo 177 TCE se atribuye al TJ no es ilimitada sino que la LFB impone los límites de la cláusula de intangibilidad.

Si bien las directivas deben ser transpuestas al derecho interno, cuando esto no se produce y el contenido de las disposiciones recogidas en las directivas son incondicionales y suficientemente precisas, se podrán invocar frente a cualquier norma nacional que la contradiga, ya que ésta debería haber quedado sin efecto a través de la correcta transposición, en el plazo previsto en la misma por el correspondiente Estado miembro. Esto es, el TCFA asume como propia la teoría del efecto directo de las directivas en el marco del derecho interno, cuando no se han transpuesto en plazo o se han transpuesto de forma defectuosa, basando su afirmación en el artículo 24.1 LFB plasmado en la Ley de Adhesión de las Comunidades Europeas.

Finaliza esta sentencia, con que sólo el TCFA tiene competencia para controlar el ejercicio de la atribución competencial que el Tratado comunitario hace al TJ, si su actividad jurisdiccional no se mantiene en el marco del principio de generalización o configuración del derecho o si incurre en el exceso de ello.<sup>640</sup> La competencia de las competencias está en manos de los Estados nacionales y en ningún caso se puede predicar de una organización internacional de competencias concretas y determinadas, como sería la Comunidad Europea<sup>641</sup>.

La sentencia de 9 de noviembre de 1987, conocida también por el nombre de la reclamante *Denkativ*, además de sostener lo dicho en la jurisprudencia anterior se acoge a la teoría del acto claro acuñada por el propio Tribunal de Justicia. Esto es, que no es necesario acudir al TJCE planteando cuestión prejudicial cuando el juez *a quo* sea de la opinión de que para el caso que está conociendo exista ya jurisprudencia del TJ sobre un caso similar, o esté clara la interpretación que haya de darse a la norma, de acuerdo con dicha jurisprudencia.

---

<sup>639</sup> Los hechos traen causa de una empresa, propiedad de la Sra. *Kloppenburg*, que concedía créditos hipotecarios. Conforme a una Ley de habilitación de una Directiva del Consejo se le solicitó que pagase un impuesto y la Sra. *Kloppenburg* recurrió ante los Tribunales, por entender que la ley de habilitación alemana hacía una mala trasposición de la Directiva en cuestión, pues conforme a esta última ella estaba exenta del pago de ese impuesto. La Comisión entabló un procedimiento por incumplimiento frente Alemania a causa de la deficiente transposición ante el TJ. La recurrente mantuvo su postura ante las distintas instancias administrativas y judiciales para que se le reconociese el derecho que le otorgaba la Directiva a la exención. Finalmente, el TJ respondió que efectivamente se estaba incumpliendo el contenido de la Directiva. Pero el *Finanzgericht* recurrió ante el tribunal superior la resolución del Tribunal de Luxemburgo, apelando una presunta controversia con la LFB, en concreto que la falta de trasposición de una Directiva no puede ser argumento para obtener un resultado que, sólo por una nueva Ley de autorización se puede alcanzar. La parte actora recurrió en amparo ante el TCFA.

<sup>640</sup> Entendidos estos principios como la creación del Derecho por el TJUE desde la perspectiva de la creación del espacio jurídico europeo cuando no exista una sólo forma concreta de resolución de un recurso y se admita la posibilidad de distintas interpretaciones del Derecho aplicable por los tribunales. Ver AZPITARTE SÁNCHEZ, M (2013) "El contexto de la directiva: principios jurídicos que ordenan el reparto de responsabilidades sobre la producción normativa en la UE", en *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Xabier Arzo Santisteban (dir.), Ed. Generalitat de Catalunya, Departament de Governació i Relacions Institucionals, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, pp. 12-23.

<sup>641</sup> Lo que reiterará en las sentencias de 4 de noviembre de 1987 y de 9 de 1987.

## 2.4. La legitimidad democrática como paradigma para ratificar el Tratado de Maastricht. Década de los noventa

La década de los noventa, destaca fundamentalmente por las tres cuestiones vitales que ha tratado el TCFA en torno a la UE: la primera, la obligatoriedad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo cuando existan dudas sobre la normativa europea a aplicar; la segunda, la de la compatibilidad de la integración en la UE con el principio del Estado federal; y la tercera, la repercusión que el Tratado de Maastricht ha tenido en la RFA, con la consiguiente modificación de la LFB. Pues, para la adhesión de Alemania al Tratado de Maastricht fue necesario reformar la LFB, por la Ley de Reforma de la Ley Fundamental de Bonn de 21 de diciembre de 1992, en la que se aprobó un nuevo artículo 23 sólo para cuestiones de la UE y en concreto para salvaguardar su estructura constitucional<sup>642</sup>.

Respecto de la primera cuestión, aunque el TCFA ya había establecido en las décadas anteriores la obligatoriedad de los tribunales ordinarios de plantear una cuestión prejudicial ante Luxemburgo, con la sentencia de 20 de mayo de 1990, (*BVergGE*, 82, 159) siguiendo los pasos de las sentencias *Solange II* o *Mittlerweile*, el TCFA especificó los supuestos en que, el no planteamiento de una cuestión prejudicial podía ser considerado violación del juez predeterminado por la Ley y, así, distinguió una serie de supuestos:

- Cuando ha habido un desconocimiento fundamental de la obligación de plantear cuestión prejudicial, esto es, cuando el tribunal ordinario pese a tener dudas sobre la respuesta adecuada entorno al Derecho de la UE no plantea la cuestión prejudicial.
- Cuando tiene una consciente disidencia con el TJUE sin plantear prejudicial, es decir, a pesar de una jurisprudencia comunitaria relevante sobre la cuestión, el juez se aparta de la misma sin plantear prejudicial.

---

<sup>642</sup> El artículo 23 LFB dice: “1. Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones. 2. En los asuntos vinculados con la Unión Europea participan el Bundestag y los Länder a través del Bundesrat. El Gobierno Federal deberá informar en detalle y con la menor dilación al Bundestag y al Bundesrat. 3. Antes de participar en los actos normativos de la Unión Europea, el Gobierno Federal dará al Bundestag la oportunidad de expresar su parecer. El Gobierno Federal tendrá en cuenta las tomas de posición del Bundestag en las negociaciones. La regulación se hará por una ley. 4. El Bundesrat deberá participar en la formación de la voluntad de la Federación en tanto tuviera que participar en las correspondientes medidas a nivel nacional o en tanto los Länder fueran competentes a nivel nacional. 5. En tanto los intereses de los Länder sean afectados en una materia de competencia exclusiva de la Federación o en la medida en que la Federación tenga, por lo demás, el derecho de legislar, el Gobierno Federal tendrá en cuenta la toma de posición del Bundesrat. Cuando en su esencia sean afectadas las competencias legislativas de los Länder, la organización administrativa o sus procedimientos administrativos, el punto de vista del Bundesrat en eso habrá de ser tenido en cuenta de forma determinante en la formación de la voluntad de la Federación; la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto deberá ser mantenida. La aprobación del Gobierno Federal será necesaria para toda cuestión susceptible de implicar un aumento de los gastos o una reducción de los ingresos de la Federación. 6. Cuando en su esencia sean afectadas competencias legislativas exclusivas de los Länder, el ejercicio de los derechos de que goza la República Federal de Alemania en tanto Estado miembro de la Unión Europea deberá ser transferido por la Federación a un representante de los Länder designado por el Bundesrat. El ejercicio de los derechos se realizará con la participación del Gobierno Federal y de acuerdo con él; se mantendrá la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto. 7. La regulación de los apartados 4 a 6 se hará por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat.



- Cuando existe un desconocimiento del ámbito propio de decisión, esto es, cuando decide la interpretación del Derecho comunitario el propio juez ordinario sin plantear cuestión prejudicial alguna.

Añade incluso el TCFA, que puede suponer también una violación del artículo 100 LFB el no plantear una segunda cuestión prejudicial en los supuestos siguientes:

- Cuando la resolución del TJUE no sea clara, no responda de modo coherente a la cuestión de fondo, de la misma surjan dudas o no resuelva enteramente la cuestión.
- Cuando aparezcan nuevas circunstancias con posterioridad a la sentencia, o se tenga conocimiento de nuevos hechos de los que nos estuvo noticia en primera instancia, por no haber podido ser alegados por las partes y que de haberse sabido hubieran conducido a una resolución distinta.
- Cuando se produce una eventual omisión o descuido a la hora de atender a la pretensión y las alegaciones presentadas.

Estos parámetros, sin embargo no van a coincidir con los desarrollados en la jurisprudencia del TJUE que, en particular, en su sentencia de 6 de octubre de 1983, asunto *CILFIT* (C-283/81) estableció, que la cuestión prejudicial debe plantearse siempre que haya diferentes interpretaciones objetivamente posibles, con independencia de en qué medida el juez pueda decantarse por una u otra. La interpretación debe ser tan obvia que no quepa duda razonable al respecto, y esta ausencia de dudas debe juzgarse a la luz de las características particulares del propio Derecho de la UE. Si el juez no plantea cuestión prejudicial cuando la cuestión comunitaria sea relevante para la resolución del caso, debe justificarlo conforme a criterios establecidos por la jurisprudencia del TJUE. Sin olvidar, como reza la sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-224/01 *Köbler* que, si es el juez de última instancia y juzga sin tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE puede hacer responsable ante la UE a su Estado miembro<sup>643</sup>.

El TCFA, vuelve pues a aplicar el ordenamiento europeo conforme a los métodos propios del sistema nacional, en vez de utilizar los parámetros propios comunitarios, lo que fue muy criticado por la doctrina.

En relación con la segunda cuestión, las sentencias de 11 de abril de 1989 (*BVerfGE 80, 74*) y de 22 de marzo de 1995 (*BVerfGE 92, 203*), van a ser las primeras sentencias que se refieren a la participación directa de los *Länder* en los temas comunitarios. En la sentencia de 1989, se interpuso un recurso por los *Länder* contra el Gobierno Federal y se solicitaron medidas cautelares<sup>644</sup>. El TCFA rechazó el otorgamiento de las medidas cautelares por entender que su admisión hubiere sido tanto como una prohibición de cooperación por parte del Ejecutivo alemán en la elaboración de las normas comunitarias. Sin embargo, la no admisión de la cautela no fue para lograr una mejor cooperación entre el Derecho alemán y el europeo sino para proteger la estructura federal garantizada por la LFB. El seguir permitiendo que el Gobierno de

---

<sup>643</sup> Ver Primera Parte, Cap. 1. p. 36

<sup>644</sup> El problema apareció en relación con la elaboración de una Directiva del Consejo, en la que se pretendía regular una serie de cuestiones relativas al ejercicio del derecho a la actividad radiofónica, el Gobierno del *Land* de Baviera interpuso ante el TCFA un recurso en contra del Gobierno Federal, pues éste, a pesar de que los *Länder* manifestaron de forma rotunda su rechazo con la propuesta de Directiva de la Comisión decidió participar y dar su aprobación a la Directiva. En el recurso, el *Land* solicitaba la concesión de unas medidas cautelares, hasta que se pudiese determinar si la actividad del Gobierno alemán había atacado los principios del artículo 30 LFB, en el que se establece que el ejercicio de competencias estatales y la ejecución de las medidas necesarias para su implantación es tarea de los *Länder*, en la medida en que no se regule de otro modo en la LFB.

Alemania pueda influir, mediante su cooperación, en las instituciones comunitarias, supone una mejor defensa del derecho alemán y de su estructura federal.

En la sentencia de 1995, el TCFA, si bien volvió a denegar la medida cautelar, admitió, por primera vez, a trámite los recursos contra la transposición de una directiva, porque la misma afectaba al reparto de competencias territoriales, oponiendo el hecho de que la participación del Estado alemán en la elaboración de las mismas no había tenido en cuenta el que la República de Alemania fuera un Estado federal y por tanto, la distribución territorial de competencias<sup>645</sup>. El TCFA entendió que el deber de lealtad federal supone el deber de la Federación de que los *Länder* participen en el proceso de la elaboración normativa de la UE. El principio de actitud positiva del *Bund* hacia los asuntos que afecten a los *Länder* se ha visto defraudado porque el Gobierno Federal debería, ante el Consejo, haber evitado por todos los medios que se dictase una norma comunitaria en un ámbito de competencia exclusiva de los *Länder* y no meramente el participar en su redacción para conseguir aminorar o atenuar los posibles efectos perjudiciales que de una tal regulación se podrían derivar para los mismos.

La Sentencia de 12 de octubre de 1993 (*BVerfGE 89, 155*), más conocida como la de *Maastricht*, fue dictada por el TCFA en un procedimiento contencioso, consecuencia de dos recursos de amparo, interpuestos por un antiguo empleado de la Comisión Europea y por cuatro diputados del Parlamento Europeo que se habían dirigido al TCFA en su condición de ciudadanos de la República Federal Alemana. La inexistencia de un procedimiento previo ante la jurisdicción constitucional en el ordenamiento jurídico alemán explicaría que haya sido un recurso de amparo la vía adoptada para la impugnación a *posteriori* de la Ley de Ratificación del Tratado<sup>646</sup>.

Los motivos alegados por los recurrentes fueron inadmitidos a trámite por el Tribunal de Karlsruhe salvo el fundamentado de la garantía del derecho de participación recogida en el artículo 38.1 y 2 LF, si bien lo desestimó, en su conjunto, por injustificado.

En relación con la garantía de los derechos fundamentales, el TCFA afirmó de nuevo su irrenunciable competencia para controlar la constitucionalidad del Derecho comunitario y por tanto para controlar la compatibilidad de éste con el estándar mínimo de los derechos fundamentales y así garantizar el efectivo respeto por las autoridades comunitarias hacia los derechos fundamentales admitiendo, no obstante, hallarse en una relación de cooperación con el TJUE en el cumplimiento de dicha función de garante<sup>647</sup>. Si bien el TCFA no concreta

---

<sup>645</sup>La sentencia trae causa de la Directiva entorno a la televisión sin fronteras, en donde el Gobierno del *Land* de Baviera (al que se le unieron ocho *Länder* más) recurre ante el TCFA, la actuación del Gobierno Federal por no haber respetado la distribución competencial y el principio de cooperación que tiene que regir las relaciones entre los *Länder* y el *Bund*.

<sup>646</sup>Los recursos de amparo se dirigían por una parte a solicitar la inconstitucionalidad de la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea, de 28 de diciembre de 1992, y por otra la Ley de Reforma de la Ley Fundamental de Bonn, de 21 de diciembre de 1992. A través de ésta última Ley citada se había introducido en la LF las modificaciones precisas para facilitar una participación de Alemania en la UE y así autorizar la transmisión de determinados derechos. La Ley de Reforma constitucional supuso la modificación de cuatro preceptos de la LFB: el nuevo artículo 23 LF, ver nota 629; el artículo 28 LF que introduce el derecho de sufragio pasivo de los nacionales de los Estados miembros de la Unión; el artículo 52. 2 LF es completado con la letra A bajo la cual se recoge la posibilidad de crear una Comisión para asuntos europeos dentro del *Bundesrat*; finalmente el artículo 88 LF que incorpora en su segunda parte la posibilidad de transmitir competencias, hasta ahora pertenecientes al *Bundesbank*, de éste al Banco Central Europeo que se constituya en el futuro.

<sup>647</sup>LIMBACH, J. (2001) "Das Bundesverfassungsgericht...op. cit., pp. 2913-2919. Esta autora mantiene que el TC no practica una política de confrontación con el TJ sino de dialogo. No puede dudarse de la clara voluntad del TCFA hacia una integración europea que proteja los derechos de las personas y los ciudadanos. Por ello, aunque la obligación del TJ es asegurar la unidad jurídica en los ámbitos de competencia comunitaria, este Tribunal puede

expresamente los términos de esa cooperación, se debería entender a la luz de la nueva normativa constitucional establecida en el artículo 23 LF, donde el TCFA se erige, en último extremo, en garante de la supremacía de la LF y por ello de los derechos fundamentales en ella recogidos.

Por otro lado, rechaza el TCFA que el TUE suponga la creación de un Estado europeo, sobre la base de un pueblo europeo que ponga en peligro la soberanía de la RFA, así como las atribuciones del *Bundestag*, especialmente en lo relativo a una Unión Monetaria y a los avances en la integración política europea. Considera que los Estados firmantes del TUE se enfrentan a un nuevo estadio del proceso de construcción europea, permaneciendo siempre en el marco de un convenio entre Estados que se ponen de acuerdo para ejercer conjuntamente la soberanía. El TCFA vuelve a entender que por el artículo 24.1 y posteriormente el artículo 23 LFB, la participación de Alemania en una organización internacional de integración (como es la UE) es una posibilidad contemplada desde un principio en la LF impulsada incluso desde 1949, como lo resalta el Preámbulo, mediante la proclamación que del europeísmo hizo el Constituyente alemán en este texto.

En la interpretación que hace el TCFA del TUE entiende, que éste tiene en cuenta la independencia y soberanía de los Estados miembros, vinculándose los Estados firmantes al respeto de la identidad nacional de cada uno de ellos, por el artículo F del TUE, y dotando a las instituciones comunitarias de competencias conforme a los principios limitativos e individualizados de la competencia y subsidiariedad. En apoyo de estas consideraciones, el TCFA argumenta la declaración del Canciller federal, de negar la creación de unos Estados Unidos europeos, al estilo Norte Americano, y el hecho de que la aplicabilidad del Derecho derivado del TUE depende del acto jurídico de ratificación que mediante Ley ha llevado a cabo el Poder legislativo de la RFA.

El TCFA debería averiguar si el límite que el propio artículo 23.1 LF fruto de la reforma constitucional impone, respeta el núcleo esencial intangible e indisponible para el poder constituido de reforma que contiene el artículo 79.3 LFB, pues él mismo habla de la absoluta inmodificabilidad del principio de Estado democrático. Se trataba de averiguar si la Ley de Reforma constitucional al introducir este nuevo artículo 23.1 podía conculcar el derecho reconocido en el artículo 38.1 LF, del derecho público subjetivo de que goza todo nacional a participar mediante la elección del *Bundestag* en la legitimación democrática, lo que en palabras del TCFA “*dependerá de que sea alcanzado un nivel de legitimación determinado, y un contenido suficiente de legitimación democrática*”.

El TCFA entiende que el contenido intangible del principio democrático se puede conseguir de formas distintas, sin que tenga que ser de una concreta siempre. Si Alemania se convierte en miembro de la UE, la legitimación democrática no puede originarse de la misma forma que dentro de un Ordenamiento estatal regulado unitaria y definitivamente por una Constitución estatal. Cuando se atribuyen competencias soberanas a organizaciones supranacionales, necesariamente pierde influencia sobre el proceso de formación de la voluntad política y de toma de decisiones el órgano de representación elegido por el pueblo, el Parlamento Federal alemán, y con él los ciudadanos con derecho al sufragio. Sin embargo el Estado miembro gana también influencia por medio de la participación en la formación de la voluntad de la Unión Europea en la persecución de objetivos comunes, cuyo resultado es vinculante para todos los Estados miembros y, por tanto, también presupone el reconocimiento de la propia vinculación.

---

equivocarse, pues tiene derecho a cometer errores. Entonces es cuando el TCFA debe intervenir y garantizar los derechos. El TC es pues el super-revisor para todo el territorio alemán.

Ello supone un doble vínculo: los Estados miembros participan en la formación de la voluntad de la Unión de los Estados de acuerdo con su derecho orgánico procesal, pero se someten a los resultados de esta formación de voluntad, con independencia de si esos resultados se basan precisamente en su propia participación o no. La atribución de competencias soberanas tiene como consecuencia que su ejercicio ya no depende única y exclusivamente de un Estado miembro. Ello no puede suponer una lesión del principio democrático contenido en la LFB, y ello porque la atribución de competencias se permite por los artículos 23 y 24 GG si se hace por ley, ya que atribuye la responsabilidad política por la atribución de competencias de soberanía al Parlamento Federal en su condición de institución de representación nacional.

Así, llega a la conclusión de que la legitimación democrática tiene distintos cauces de expresión: la contraposición permanentemente libre entre fuerzas sociales, intereses e ideas, a partir de la cual la opinión pública configura la voluntad política; que estas contraposiciones puedan desarrollarse en el marco institucional de la UE, lo que lleva a cabo a través del Parlamento Europeo; y que dicha legitimación democrática resulte necesariamente del apoyo a la actuación de las instituciones europeas por parte de los Parlamentos nacionales de los Estados miembros. A lo que debe unirse el que sea claro para el ciudadano qué competencias y tareas se atribuyen por el Tratado de la UE a las instituciones europeas.

En torno al Parlamento Europeo, el TCFA entiende que si bien es la única institución democrática que goza de una legitimación directa,<sup>648</sup> al tener una cuota de participación en las tareas de la UE, junto con las legitimidades indirectas que poseen el resto de las instituciones europeas dotan al proyecto común de integración europea de la legitimidad democrática necesaria para que el artículo 20 LF sea respetado. Añade además el TCFA que la legitimación del Parlamento europeo se podría fortalecer si se buscara un derecho electoral coincidente en todos los Estados miembros y creciera su influencia sobre la política y la producción normativa europea. Es decisivo que los fundamentos democráticos de la UE se construyan paso a paso con la integración y que los Estados miembros sigan conservando una democracia activa en el desarrollo de la integración.

Pero quizá lo más novedoso de esta sentencia es, que para el TCFA es también básico que los pueblos estatales transmitan la legitimación democrática por medio de los Parlamentos nacionales, ya que la extensión de poderes y competencias a la UE está sometida a límites derivados del principio democrático. Cada uno de los pueblos estatales es el punto de partida de una soberanía estatal a él referida. Los Estados precisan de un campo de funciones suficientemente significativas, sobre las cuales el pueblo debe formar su voluntad mediante un proceso dirigido y legitimado por él, para expresar así lo que le vincula. Ello supone que al Parlamento Federal alemán debe quedarle funciones y competencias con peso suficiente. Debido a que los alemanes con derecho de sufragio participan en la legitimación democrática de las instituciones y órganos alemanes a los que se concede el ejercicio de la soberanía (básicamente por medio de las elecciones al Parlamento Federal alemán), el Parlamento también debe decidir sobre la incorporación de Alemania a la UE, su mantenimiento y su desarrollo, no sólo mediante la aprobación de la Ley de Autorización de Ratificación del Tratado, sino también fijando en esa Ley el alcance y la medida con la que el legislador alemán ha consentido la transmisión del ejercicio de competencias soberanas. Se lesionaría el artículo 38 LF si la Ley fuese una habilitación general. Lo determinante para que no se viole el derecho de legitimación democrática es que se haya regulado de forma suficientemente clara los derechos y obligaciones de la RFA para con la Unión Europea.

---

<sup>648</sup> Desde el Acta relativa a la elección de los representantes en la Asamblea por sufragio universal y directo, anejo a la Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 1976, por la que se modifica el artículo 138 del TCEE se introduce la elección directa del Parlamento Europeo.

Por todas estas razones, el TCFA entiende que el TUE satisface todas estas exigencias pues, crea una unión de Estados para la consecución de una unión cada vez más estrecha de los pueblos, organizados estatalmente. El Tratado tiene en cuenta la independencia y la soberanía de los Estados miembros, dotando a la Unión y a las Comunidades Europeas, de acuerdo con el principio de competencia singular limitada, solo de ciertos poderes y competencias y elevando el principio de subsidiariedad al rango de principio jurídico vinculante. No se crea unos Estados Unidos de Europa sino que sólo se hace una UE con competencias en las materias previstas en los Tratados. Rige el principios de atribución de competencias, de tal forma que no ha lugar a una competencia sobre las competencias, sino que el aumento de las mismas o la atribución de otras distintas debe ser mediante una nueva cesión, modificando de nuevo los Tratados y por los procedimientos jurídico-constitucionales previstos para ello. De acuerdo con ello, los objetivos de la UE se deben alcanzar conforme a las disposiciones del propio Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos, de forma que no es posible inferir la competencia a partir de la encomienda de una tarea.

Consecuencia de lo anterior fue la sentencia de 31 de marzo de 1998 (*BVerfG, 2 BvR 1877/97*). Se trataba de un recurso de amparo contra la adhesión de Alemania a la tercera fase de la Unión Económica Monetaria, que llevaría a la vigencia de la moneda única y la creación del Banco Central Europeo.

El TC inadmitió el recurso por entender que carecía de fundamentos, pues la participación de Alemania en la UEM estaba garantizada por la declaración de constitucionalidad de la ratificación del Tratado de Maastricht. La responsabilidad del mantenimiento del valor de la moneda recae sobre el Gobierno y el Parlamento, sin que por ello se pueda deducir que haya que otorgar al particular un derecho alegable en vía de amparo, ya que esto entra dentro de la discrecionalidad política, donde los márgenes de actuación que se otorgan hay que entenderlos como no sujetos a ningún control judicial, siempre que se actúe dentro de la legalidad. A parte de las garantías que se articulan en el artículo 23 LFB, la actuación de los poderes constituidos dentro del marco de la integración europea se debe ejercitar de un modo consecuente y acorde con los principios constitucionales.

## **2.5. Los derechos fundamentales como derechos inalienables. Primera década del siglo XXI**

Será en esta década donde el TC marca las pautas a seguir en torno a la garantía de los derechos fundamentales tal y como venía advirtiendo en la sentencia Maastricht, lo que le generó numerosos conflictos con el TJUE.

Tal fue el caso de la sentencia del TJUE de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, *Tanjia Kreil v Bundes Republik Deutschland* que condenó a Alemania por el incumplimiento de la Directiva 76/207, de igualdad de trato entre sexos, en lo referente al acceso de un puesto de trabajo. La decisión se produjo consecuencia de una cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal Administrativo de Hannover, ante el que se invocó la Directiva comunitaria por una mujer que no había sido admitida a un puesto de trabajo en el ejército, ya que las mujeres no podían tener acceso a actividades profesionales en el ámbito de la defensa nacional, salvo en puestos sanitarios o complementarios, pero en ningún caso en el servicio de armas, de conformidad con el artículo 12 a (4) LFB<sup>649</sup>.

---

<sup>649</sup> Ver Primera Parte, Cap. 1. pp. 52-53.

El TJ entendió que el precepto constitucional no era proporcional y atentaba directamente contra la Directiva 76/207. Así dijo el Tribunal de Luxemburgo que si bien es cierto que el Tratado prevé ciertas excepciones aplicables a situaciones que puedan poner en peligro la seguridad pública, *no se puede deducir la existencia de una reserva general inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública. Reconocer la existencia de tal reserva, sin atender a las condiciones específicas de las disposiciones del Tratado podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario*<sup>650</sup>. En concreto no se prevén en el Tratado excepciones a la discriminación por razón del sexo y, menos desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam que lo convierte en principio director de toda la actividad de la UE<sup>651</sup>. Llega así, el TJUE, a la conclusión de que el artículo 12 a (4) LFB vulnera la Directiva 76/207 comunitaria, por desproporcional y con ello lesiona el principio de igualdad. Y recordó que si bien las directivas no son directamente aplicables en los Estados miembros, la actuación del Estado miembro no puede lesionar de modo claro el contenido de una directiva, pues están obligados a adecuar su derecho interno al Derecho europeo.

Lo que fue altamente criticado por un sector de la doctrina, ya que según Rupert Scholz<sup>652</sup> el TJ actuó *ultra vires* pues, no estaba legitimado para enjuiciar la competencia de Seguridad y Defensa, competencia exclusiva de Alemania y parte de su soberanía constitucional. El Tribunal de Luxemburgo sólo debería haber interpretado la Directiva 76/207 hasta allí donde ésta no lesionara el Derecho constitucional nacional de la Seguridad y Defensa como es el Ejército Alemán.

Por otro lado, aunque la resolución del Tribunal de Luxemburgo sólo vinculaba al Tribunal *a quo*, se plantearon las dos opciones, o bien se inaplicaba el artículo de la LFB o bien se modificaba. Al entenderse que el artículo 12. a (4) GG no entraba dentro de los principios constitucionales básicos del artículo 79. 3 LFB se procedió a la reforma de la Constitución el 19 de diciembre de 2000 y, en concreto, los apartados del precepto que fueron objeto de cuestionamiento por la resolución del TJ. Pues desde el punto de vista comunitario hubiese sido inaceptable el que no se cumpliera la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. La sentencia *Kreil*, si no se hubiese reformado la Constitución hubiese dejado sin posibilidad de aplicación las normas tanto constitucionales como legales del derecho alemán que contradecían la Directiva comunitaria, ya que el aplicarlas hubiere supuesto no sólo un órdago de la RFA a la UE sino también el que el TJUE sancionase a Alemania por incumplimiento del Derecho derivado de la UE.

---

<sup>650</sup> FJ. 16. Sobre la cuestión prejudicial.

<sup>651</sup> MARTIN VIDA, M. A. (2004) "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*, año 1, núm. 1. pp. 357-380.

<sup>652</sup> SCHOLZ, R. (2000) "Frauen an die Waffe kraft Europarechts? Zum Verhältnis von Art. 12 a ABS. 4 S. 2 GG zur EU-Gleichbehandlungsrichtlinie", in *DÖV*, pp. 417-420. Recordemos que este autor es uno de los mayores defensores de un núcleo indisponible, que no puede ser afectado por el Derecho comunitario. En la misma línea otros autores han mantenido ciertos recelos frente a la integración europea, así, Torsten Stein en relación con los problemas que se habían planteado en el ámbito de la libre circulación de mercancías, entendió que el TCFA debía revisar su doctrina en torno a las directivas pues había alcanzado un alto nivel de intromisión en la estructura jurídica interna que podía alterar y poner en peligro la defensa de los derechos fundamentales. Ver STEIN, T. (1995) "*Werbeverbote und europäisches Gemeinschaftsrecht*" en *Gedächtnis für Eberhard Grabitz, München*, pp. 77 y ss. También Christian Tomuschat parte de la idea de la necesidad de determinar primero qué se entiende por primacía, pues según su opinión la primacía es un concepto que no admite limitaciones individualizadas, restricciones puntuales, eventuales compromisos. Tiene en este sentido una cierta similitud con el concepto de soberanía, si se acepta hasta las últimas consecuencias sus postulados, habrá que tolerar las intromisiones correspondientes dentro de otros ámbitos de poder. Ver TOMUSCHAT, CH. (1990) "*Aller guten Dinge sind III?*" Zur Diskussion um die Solange-Rechtsprechung des BVefG, *Europarecht*, Heft 4, pp. 340-361.

Pocos meses después se produjo un nuevo enfrentamiento entre los tribunales alemanes y el TJUE en relación con estos derechos fundamentales, en concreto con la organización *Banana Market* que fue visto por muchos como el momento propicio para que el TC indicara que no estaba satisfecho con el estándar de protección de derechos humanos ofrecido por el Tribunal de Luxemburgo, al que había hecho referencia en la sentencia de Maastricht. Pero la sentencia del TCFA de 7 de junio de 2000, (*BVerfG, 2 BvR 1/97*<sup>653</sup>) simplemente repitió el esquema de la saga *Solange* y, como ya hiciera en *Solange II*, vuelve a matizar lo dicho en la sentencia *Maastricht* y declaró que el recurso era inadmisibles<sup>654</sup>. Sin embargo, esta sentencia es de vital importancia no sólo por la repercusión doctrinal que trajo, sino también porque el TCFA aclaró una serie de malos entendidos que sus tribunales internos venían acusando.

El primero, que hay que distinguir entre aquellos supuestos en los que existe un evidente abuso de competencias por parte de los órganos comunitarios, según lo determinado por los Tratados y, aquellos otros supuestos en los que, ejerciendo la UE competencias previstas no respeta en su actividad unos niveles de protección de los derechos fundamentales adecuados a los fijados en Alemania por la LFB. En este segundo caso estaría el mercado del plátano. Sólo si el Reglamento comunitario no proporciona a los ciudadanos un sistema capaz de garantizar el nivel estándar de protección de derechos iría en contra del artículo 23.1 LFB. El Tribunal de Karlsruhe llega, en esta resolución, a la conclusión que esta falta de protección no se produce e inadmite el recurso.

El segundo, es el aclarar que la sentencia *Maastricht* no significa un cambio de su jurisprudencia, cualquier otra interpretación es un mal entendido. A lo que añade que *Solange II* no puede interpretarse sólo como un *obiter dictum*. Aclara además que no se trata de que exista una protección coincidente a nivel europeo y alemán, sino que las exigencias del artículo 23.1 GG se vean cumplidas suficientemente cuando la jurisprudencia del TJUE garantiza una protección general de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos comunitarios, que responda en su contenido esencial al nivel de protección de derechos fundamentales ofrecido por la LFB. Aunque puede ocurrir que esa protección general otorgada por el TJ necesite, en algún caso concreto de la colaboración del TC, basándose en el principio de cooperación entre los tribunales<sup>655</sup>.

Vuelve a pronunciarse sobre estos derechos fundamentales en la sentencia de 9 de enero de 2001 (*BVerfG, BvR 1036/99*). El TC admite en parte el recurso de amparo ante la negativa de un tribunal de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, por entender que se ha vulnerado a la recurrente el derecho fundamental de acceso al juez predeterminado por la Ley del artículo 101.2 LFB. En este caso el tribunal estaba obligado a ello. El TC entiende que ante su falta de competencia para examinar y controlar tanto el Derecho originario como derivado europeo no puede entrar a juzgar si ha habido o no lesión del derecho que se pretende,

---

<sup>653</sup> Esta sentencia trae causa de la regulación del sector del plátano por parte de la UE a través de los Reglamentos 404/93 y 478/95, con el fin de unificar las regulaciones vigentes en los Estados miembros. Tales Reglamentos favorecen a los productores de plátanos en la Comunidad y a los importadores tradicionalmente vinculados a las antiguas colonias de países comunitarios, en perjuicio de quienes, como los alemanes, adquirían sus productos en otros lugares. Frente a esa diferencia de trato la RFA plantea una cuestión al TJ de nulidad de los Reglamentos, pero el TJ, en una primera resolución de 1994, desestima la pretensión de nulidad. Por su parte los importadores alemanes reclaman frente a la supuesta violación de sus derechos fundamentales ante sus propios tribunales, y éstos remiten la cuestión al TC.

<sup>654</sup> STEIN, T. (2012) “Siempre con rumbo fijo: el difícil equilibrio entre supranacionalidad y soberanía constitucional en la relación entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con una breve mirada de soslayo a la judicatura de la Corte Constitucional italiana.” *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVIII, Bogotá, pp. 415-428. Ver en [bibliojurídica.org](#).

<sup>655</sup> VIDAL PRADO, C. op. cit., pp. 74-80.

por lo que inadmite la primera parte del recurso. A continuación admite la segunda, precisamente porque al no ser competente, y no haber tenido oportunidad de pronunciarse el TJUE, por la falta de presentación de una cuestión prejudicial, es la recurrente la que se queda sin la garantía del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley, por lo que el caso debe volver al tribunal de origen para que éste presente la cuestión prejudicial. El TC remite de nuevo la cuestión al tribunal para que plantee la cuestión de modo procedente, indicándole que no puede resolver un problema de Derecho europeo con razonamientos de derecho interno, o sin atender a un principio básico del Derecho comunitario, como es en este caso el de la discriminación por razón del sexo.

La clara colaboración que la jurisprudencia constitucional de Karlsruhe había supuesto con la de Luxemburgo, tuvo como recompensa la sentencia de 11 de marzo de 2003 del TJUE en el asunto C-186/01, *Alexander Dory v Alemania*, en la que el TJUE descartó que el servicio militar obligatorio sólo para hombres consagrado en el artículo 12 a LFB fuera contrario a la Directiva citada, estimando que la decisión de un Estado miembro de garantizar parcialmente su defensa a través de un servicio militar obligatorio responde al modelo de elección de su organización militar y, por consiguiente no es competencia de la UE. Sentencia cuyos argumentos responden pues, más a criterios de evitar un nuevo enfrentamiento con la RFA que a argumentos jurídicos.

Pero la anterior resolución fue seguida de la sentencia de 14 de octubre de 2004, asunto. C-36/02, *Omega*<sup>656</sup>, en la que el TJUE volvió a recordar a la RFA, y en concreto al TCFA quién debe tener la última palabra para lograr la primacía del Derecho europeo. Así recordó que si bien la prohibición de las autoridades alemanas está basada en la protección de la dignidad humana, que es un valor legítimo y está justificado, “*es irrelevante (...) que, en Alemania, el principio de respeto a la dignidad humana goce de un régimen particular como derecho fundamental autónomo*”<sup>657</sup>, lo verdaderamente importante es que se trate de un valor compartido por todos los Estados miembros del que fácilmente puede inferirse la conclusión de que forma parte de la tradición constitucional común de los Estados miembros.

Poco después el TC dictó la sentencia de 18 de julio de 2005 (*BvR 2236/04*) sobre la orden europea de detención<sup>658</sup>, en la que vuelve a pronunciarse sobre los derechos fundamentales y, en concreto, que la Ley de transposición de la Decisión Marco de 13 de julio de 2002 sobre la Orden Europea de detención y los procedimientos de entrega entre Estados violaba el artículo 16.2 1 LFB, que proclama la prohibición de extradición de los propios nacionales. Al implementar la Decisión Marco el Legislador no había respetado la cláusula de legalidad del artículo 16.2.2 de la LFB. De conformidad con dicha cláusula, los alemanes tienen un vínculo especial con su derecho interno, por lo que aunque desde la reforma de 2000 puedan ser extraditados a otros países de la UE o entregados a tribunales internacionales, durante dicho procedimiento extraditorio deben respetarse escrupulosamente los principios del Estado de derecho consagrados en la LFB. Por consiguiente el Legislador alemán debería haber

---

<sup>656</sup> Ver Primera Parte, Cap. 1. p. 53.

<sup>657</sup> FJ. 34. Sobre la cuestión prejudicial.

<sup>658</sup> El recurso que motivó la declaración de inconstitucionalidad fue presentado por Mamoun Darkanzali, un ciudadano sirio-alemán contra quien el Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional española había dictado el 16 de septiembre de 2004 una orden europea de detención y entrega por la comisión de varios delitos cometidos relacionados con el terrorismo, al considerarlo sospechoso de dirigir las finanzas de Al Qaeda en Europa y de haber prestado apoyo logístico a los autores de los atentados del 11-S. Paradójicamente, los delitos que se le imputaban no eran punibles en Alemania con anterioridad a agosto de 2002, por lo que el Tribunal Superior de Hamburgo decretó en primera instancia su entrega a España. Darkanzali recurrió ante el Tribunal Constitucional, alegando que la orden europea infringía el principio de doble incriminación y violaba su derecho a la tutela judicial efectiva y a la doble instancia ya que, según la ley de implementación de la Decisión Marco, la decisión favorable a la entrega no era susceptible de apelación ante la jurisdicción alemana.



transpuesto la Decisión Marco de manera que se garantizaran todos los derechos fundamentales de los que gozan los nacionales, y en particular el principio de proporcionalidad a que se refiere el TJUE. El TC, valorando el principio de proporcionalidad, consideró que la Ley alemana no cumplía con el derecho a la doble instancia del artículo 19.4 LFB alegada por el recurrente.

Pero, quizá lo que más destaca de esta sentencia es, según Magdalena M. Martín Martínez<sup>659</sup>, las implicaciones políticas que trajo consigo. El TC, además de ser él el que determinase la proporcionalidad y no el TJUE, revela una cierta desconfianza hacia los sistemas penales de los restantes Estados miembros y hace por ello una interpretación muy restrictiva del principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales, piedra angular del Espacio Europeo de libertad, seguridad, y justicia. El TC se apoya en la subsidiariedad para subrayar el carácter limitado de la cooperación penal basada en el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales. Por ello afirma que, a pesar de partir de la premisa de que tanto la Decisión Marco como los ordenamientos internos de los restantes Estados miembros de la UE son respetuosos con los derechos y libertades fundamentales y los principios reconocidos en el artículo 6 del TUE y en la CDFUE el legislador alemán tiene el deber de comprobar en cada caso concreto que tales principios están siendo observados por la autoridad que pretende ejercer su poder punitivo sobre uno de los nacionales. Por lo que da a entender que la LFB es el parámetro de control de la legalidad de la cooperación penal en toda la UE.

Consecuencia de este razonamiento el TC declaró inconstitucional toda la ley alemana de transposición de la Decisión Marco y entendió que las solicitudes de extradición se deberían regir por la Ley de Cooperación penal internacional en la versión anterior a la entrada en vigor de la orden europea. Sentencia que obliga a Alemania a infringir el Derecho europeo y a apartarse de la jurisprudencia del TJ, en concreto de la sentencia de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03, *Pupino*<sup>660</sup>.

Será sin embargo la sentencia de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa (*BVerfGE, 2 BvE 2/08*) la que desencadena una verdadera revolución<sup>661</sup>.

La sentencia tiene su origen por la interposición de 4 recursos de amparo y dos que podrían denominarse conflictos entre órganos constitucionales<sup>662</sup>.

---

<sup>659</sup> MARTÍN MARTÍNEZ, M. M. (2006) “La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras.”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10-1 semestre 2006, pp. 179-200.

<sup>660</sup> La reacción de las autoridades judiciales del Estado emisor de la orden europea, España, no se hizo esperar: la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó en julio de 2005 aplicar rigurosamente el principio de reciprocidad en sus relaciones con Alemania, tramitando como extradiciones las más de 14 órdenes europeas pendientes emitidas por éste país, y decidiendo sobre las mismas en clave política. Ver MARTÍN MARTINEZ, M. M, op. cit.. p. 192.

<sup>661</sup> Traducida al castellano por Carlos Vidal Prado y por Cristina Elías Méndez, ver en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/setencia.pdf?sfvrsn=0>.

<sup>662</sup> Los conflictos entre órganos constitucionales fueron interpuestos por el Grupo parlamentario *Die Linke* del Parlamento Alemán y por el diputado de la CSU bávara contra el *Bundestag* y los recursos de amparo fueron interpuestos, uno por el anterior diputado bávaro, otro por el presidente del partido ecológico, el tercero por 53 diputados de la misma fracción que interpuso el conflicto entre órganos constitucionales y el cuarto el presentado por un eurodiputado y tres catedráticos de universidad, contra la Ley de 8 de octubre de 2008 por la que se autoriza el Tratado de Lisboa, la Ley para la Reforma de la Ley Fundamental de 8 de octubre de 2008 y la Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del *Bundestag* y el *Bundesrat* en materias de la Unión Europea, que fue aprobada por el *Bundesrat* el 23 de mayo de 2008. Básicamente los recurrentes en amparo solicitan la inconstitucionalidad de las Leyes citadas por entender que se viola su derecho reconocido en el artículo 38 LF que les otorga como alemanes el derecho subjetivo a participar en las elecciones del *Bundestag* y de este modo contribuir a la legitimación del poder estatal a nivel federal e influir en su ejercicio, esto es, alegaban la lesión del principio de legitimidad democrática bajo dos aspectos: por medio de la privación de competencias del *Bundestag* y por la ausencia de legitimación democrática de la UE. Los recurrentes en amparo también alegaron la lesión, junto con la del Estado social, del principio del Estado de Derecho y de separación de poderes pero, el TCFA entendió que ello no era admisible pues la

El TCFA en esta sentencia, hace primero un recorrido extenso a través del contexto de la UE, en el que enmarca el alcance preciso de los seis recursos y las posiciones sostenidas por las instituciones federales, para después entrar en materia y finalmente abordar la fundamentación propiamente dicha, que se centra primordialmente en la distribución de competencias y la ausencia de legitimación democrática de la UE, pero sin dejar de referirse también a los derechos fundamentales y al conflicto entre órganos constitucionales.

El TCFA declaró sólo admisibles los recursos de amparo planteados contra la Ley por la que se Autoriza la Ratificación del Tratado de Lisboa, la Ley para la Reforma de la Ley Fundamental de Bonn<sup>663</sup> y la Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del *Bundestag* y el *Bundesrat* en materias de la Unión Europea, en tanto en ellos se alega, sobre la base del artículo 38.1.1 LF una violación del principio democrático, una pérdida de estatalidad de la RFA y una violación del principio del Estado social. Los conflictos entre órganos constitucionales sólo son admisibles en la medida en que se invoca una lesión de las competencias decisorias del *Bundestag* alemán sobre las misiones de las Fuerzas militares alemanas<sup>664</sup>. Siendo en todo lo demás inadmisibles tanto los recursos de amparo como los conflictos entre órganos constitucionales.

Es decir, al final el TCFA basa la admisibilidad de los recursos, principal y fundamentalmente, en la violación de derechos fundamentales. De hecho la mera alegación a la violación del principio democrático del artículo 38 LF resulta cobertura suficiente para admitir algunos de los recursos de amparo. A pesar de ello, como recuerda José Martín y Pérez Nanclares<sup>665</sup>, al final estos recursos se asemejan a un verdadero control abstracto de las normas citadas más que un recurso de amparo en sentido propio. El TCFA declaró constitucional la Ley de Ratificación del Tratado de Lisboa y la Ley para la Reforma de la Ley Fundamental, a la par que declaró inconstitucional la Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del *Bundestag* y el *Bundesrat* en materias de la Unión Europea, por considerar que estos poderes resultaban insuficientes y violaban las exigencias del principio democrático recogido en el artículo 38.1 LF en relación con la cláusula europea del artículo 23.1 LFB.

En relación con los derechos fundamentales, el TCFA entendió que la aprobación con el mismo valor que los Tratados y con carácter jurídicamente vinculante de una Carta de Derechos

---

violación del Estado social no evidencia una conexión equivalente con el Estado de Derecho y la separación de poderes.

<sup>663</sup> La Ley para la Reforma de la Ley Fundamental entró en vigor para la RFA el mismo día que el Tratado de Lisboa y modificó los siguientes artículo: el artículo 23.1 al que se le añade un 1.º con el siguiente tenor : “*El Bundestag y el Bundesrat tienen el derecho de presentar una acción ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a causa de la infracción de un acto legislativo de la Unión Europea contra el principio de subsidiariedad, El Bundestag está obligado a hacerlo a petición de un cuarto de sus miembros. Por ley, que necesita el acuerdo del Bundesrat, pueden admitirse excepciones del artículo 42, apartado 2, frase 1, y del artículo 52, apartado 3, frase 1, para el ejercicio de los derechos que les son reconocidos al Bundestag y al Bundesrat en los Tratados básicos de la Unión Europea*” El artículo 45 relativo a la Comisión de Asuntos Europeos se completa con la siguiente frase: “*Podrá también autorizarla a ejercer los derechos que le son reconocidos al Bundestag en los Tratados básicos de la Unión Europea*” y, el artículo 93.1. núm. 2 regulador de las competencias TCFA se sustituyen las palabras “*un tercio*” por “*un cuarto*”.

<sup>664</sup> El recurso interpuesto por un solo diputado como conflicto entre órganos constitucionales fue inadmitido por el TCFA entre otras razones por entender que el recurrente no está legitimado para hacer valer los derechos del *Bundestag* alemán en su propio nombre, a modo de representante procesal o de órgano del *Bundestag*. Únicamente pueden hacer valer esta condición de representantes procesales de un órgano del Parlamento aquellos que conforme al Reglamento parlamentario tienen la legitimación para ello. El segundo recurso al interponerse por un Grupo parlamentario fue admitido a trámite sólo en lo referente a la vulneración de la reserva parlamentaria prevista en la LFB en materia de defensa.

<sup>665</sup> MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. (2011), “Órdago del Tribunal constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa), *REAF*, núm. 13, abril, pp. 97-145.

Fundamentales de la Unión Europea con su cláusula de limitación general (establecida en el artículo 52.1 de la Carta) significa que la Carta otorga un mínimo nivel de protección de los derechos fundamentales que no impide continuar garantizando en el ámbito nacional un nivel de protección similar al otorgado por la LFB. Añade el TCFA que independientemente del alcance del ámbito de aplicación de la Carta, los derechos fundamentales regulados en la LF pertenecen al contenido esencial de la Constitución que limita la transferencia de derechos de soberanía a la UE en virtud del artículo 23.1 LFB.

Respecto a la distribución de competencias, al igual que ya hizo en la sentencia *Maastricht*, el TCFA intenta averiguar a través del límite que el artículo 23. 1 LF impone, si el Tratado de Lisboa respeta el núcleo esencial intangible e indisponible para el poder constituido de reforma que contiene el artículo 79.3 LF,<sup>666</sup> pues el mismo habla de la absoluta inmodificabilidad del núcleo esencial del Estado democrático. Mediante la garantía de perpetuidad, se priva incluso al reformador de la Constitución de la posibilidad de disponer del núcleo del orden constitucional liberal. Sin embargo, el propio artículo 23 además de exigir el respeto al principio democrático, lo que si bien no puede ser alterado por nadie, también debe ser entendido como abierto al objetivo de incorporar a Alemania a un orden de paz europeo.

El TCFA entiende que sólo a través de una coordinación razonable que salvaguarde tanto los intereses particulares como el común, pueden los Estados constitucionales democráticos incrementar su influencia sobre una sociedad cada vez más variable, global e interconectada por encima de cualquier frontera. La LFB desea esta participación de Alemania en organizaciones internacionales, en un orden de equilibrio pacífico y recíproco de intereses creados entre los Estados y en una cooperación organizada con Europa, como lo demuestran no sólo su Preámbulo sino también los artículos 23.1 LF (autorización para la integración en Europa), 24.1 LF (participación en instituciones interestatales), 24.2 LF (adhesión a sistemas de seguridad colectiva mutua) y 26 LF (prohibición de guerras de agresión).

Los órganos constitucionales alemanes están por mandato constitucional obligados a participar en la integración europea y en el orden internacional de paz. Por lo que debe regir el principio de apertura al Derecho internacional y al Derecho europeo. Pero integración no es sumisión y la LFB no autoriza con la integración a renunciar al derecho de autodeterminación del pueblo alemán en la forma de la soberanía de Derecho internacional de Alemania. La LFB aspira a la integración de Alemania en igualdad de condiciones en sistemas de Estados que se proporcionen recíprocamente seguridad y a la participación en la unificación europea. Unificación en el sentido de unión o asociación estrecha y permanente de Estados que continúan siendo soberanos y que ejercen el poder público sobre la base de tratados, y cuyo ordenamiento fundamental solamente está sujeto a la libre disposición de los Estados miembros y en la que los pueblos continúan siendo los sujetos de la legitimidad democrática.

Ello supone que la integración debe, en razón de la LFB, estar objetivamente limitada mediante el acto de transferencia y ser por principio revocable. El principio de atribución singular y restringido de competencias no es por ello sólo un principio de Derecho europeo sino que se toma de los principios constitucionales de los Estados miembros.

La integración de Alemania en la UE no puede en todo caso ser ilimitada. Por ello de conformidad con la Constitución no caben disposiciones en blanco en los Tratados o que éstos puedan ser interpretados de tal manera que no se respete la responsabilidad nacional sobre la integración. Añade por ello el TCFA que “*la Ley por la que se autoriza la ratificación y las*

---

<sup>666</sup> El artículo 79.3 LF dice: “*No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20*”.

*leyes nacionales de acompañamiento deben, según esto, configurarse de tal forma que la integración europea siga realizándose de conformidad con el principio de atribución singular y restringida de competencias, sin que quepa a la UE la posibilidad de apropiarse de la competencia sobre la competencia o de vulnerar la identidad constitucional no susceptible de integración en los Estados miembros”.*

Alemania sólo podrá aceptar los Tratados cuando a nivel interno quede garantizado que las exigencias constitucionales se respetan, por ello el control *ultra vires* y el control de la vulneración de la identidad ha de corresponder al TCFA, lo que podrá llevarse a cabo mediante el control abstracto de normas (artículo 93.1.2 LF) el concreto (artículo 100.1 LF), el conflicto entre órganos (artículo 93.1.3 LF) y el recurso de amparo (artículo 93.1.4 LF) o mediante un nuevo recurso creado *ad hoc* por el legislador. Ello, entiende el TCFA, no resulta contradictorio con la apertura de la RFA al Derecho europeo, pues el que el TCFA excepcionalmente y bajo condiciones especiales y estrictas declare el Derecho de la UE inaplicable en Alemania no supone una vulneración del principio de primacía. Como ya dijo con la sentencia *Maastricht*, los actos de la UE deben mantenerse dentro de los límites de los derechos soberanos que se le han transferido a la UE. Si se produce una interpretación extensiva de los Tratados equivale a una modificación de los mismos que para la RFA resulta inadmisibile y por ello inaplicable. La primacía del Derecho de la Unión solamente es aplicable en virtud del mandato de aplicación del derecho dado por un acto de integración de la RFA.

El acto de integración debe ir precedido por una ley de habilitación, de conformidad con la cual los derechos de soberanía se transfieran. Derechos que han de ser concretos y concisos, correspondiendo a los órganos constitucionales alemanes la responsabilidad de velar porque en la reserva de Ley se respeten. La integración europea no debe conducir a que los órganos constitucionales alemanes queden exentos de la responsabilidad de la integración. Por ello debe cumplirse con la legitimación democrática de los órganos constitucionales alemanes. Y, esto sólo se cumple si el papel fundamental en el sistema de interdependencia de soberanía federal y supranacional lo sigue ostentado el Parlamento alemán en cuanto a representante del pueblo alemán y el Gobierno federal por él sostenido.

En este sentido, la UE es competente sobre una materia, sólo en la medida en que los Estados miembros le han transferido una competencia, por lo que los Estados miembros son el ámbito político constitucional primario de referencia de sus respectivas comunidades. El TUE confirma expresamente el actual principio al establecer la atribución singular y restringida de competencias, y al clasificarlas en exclusivas y compartidas, así como competencias para adoptar medidas de apoyo, coordinación y complemento de los actos de los Estados miembros. Sin embargo, existen algunas competencias, que el TCFA llama paralelas, que quedan fuera de los tres tipos de competencias, pero que, el TCFA considera que no afectan al principio de atribución singular y restringida de competencias siempre y cuando en torno a ellas los órganos legislativos alemanes ejerzan en cada caso su responsabilidad y decidan mediante una Ley.

Por otro lado, si se trata de políticas cuya cesión de competencias se ha de determinar progresivamente o mediante la armonización de la legislación de los Estados miembros, por lo que no están perfectamente delimitadas ni especificadas, deben en primer lugar ser interpretadas restrictivamente y, segundo, dar la posibilidad al Parlamento alemán de poder decidir nuevamente y ser los responsables sobre la integración de nuevos aspectos en el desarrollo dinámico del Tratado. En este sentido llega incluso a decir que, si el procedimiento ordinario de una reforma se somete a la clásica reserva de ratificación para los Tratados de Derecho Internacional, según la LFB, también las modificaciones de Derecho primario europeo por medio de procedimientos simplificados a los que se refiere el artículo 48.6 TUE requieren una Ley de ratificación.

Por ello, concluirá el TC que se produciría un déficit democrático estructural no aceptable de conformidad con el artículo 23 LF, en conexión con el artículo 79.3 LF, si la extensión de las competencias, el poder de dirección política y el grado de autonomía en la formación de la opinión de las instituciones de la Unión, alcanzaran un nivel similar al nivel de la Federación de un estado federal, porque ello supondría que las competencias esenciales para la autodeterminación democrática se ejercieran principalmente en el plano de la UE. Si llegase a producirse este desequilibrio, entre el alcance de los derechos de soberanía ejercidos y el grado de legitimación democrática, le correspondería a la RFA, sobre la base de su responsabilidad con respecto a la integración, impulsar una reforma y, en último extremo, incluso rechazar seguir participando en la UE.

En relación con la legitimidad democrática de la UE, el TCFA dice que en una democracia, el pueblo debe poder determinar el gobierno y el poder legislativo en elecciones libres e iguales. En el actual estadio del proceso de integración, la UE no alcanza esta legitimación democrática propia de los Estados, pues si bien el TUE ha modificado la composición del Parlamento Europeo en el sentido de hacerlo más democrático, no llega a ser un órgano de representación del pueblo europeo, por cuanto en su elección siguen los Estados miembros teniendo cuotas de diputados. Esto quiere decir que el principio de igualdad de voto no se da. Y la igualdad entre todos los ciudadanos del Estado en el ejercicio del derecho al sufragio constituye una de las bases fundamentales de la LFB. En este sentido, el Parlamento Europeo continúa siendo, por el prorrateo de los escaños entre los Estados miembros, una representación de los pueblos de los Estados. Se da por ello una igualdad entre Estados, pero no una igualdad de sufragios.

Como el propio artículo 10 TUE exige que el funcionamiento de la UE se apoye en la democracia representativa, esto debe conseguirse mediante las democracias de los distintos Estados miembros con sus respectivas mayorías y sus decisiones de dirección política en el Consejo e incluso en el Parlamento Europeo. Según esto, no es el pueblo europeo el representado en la UE sino los pueblos de Europa organizados en Estados, con sus respectivas fuerzas conformadas a partir de elecciones democráticas acordes con el principio de igualdad, y conformadas por los partidos políticos.

La UE se encuentra en una contradicción de valores con respecto al fundamento de su propia concepción como unión de ciudadanos, una contradicción que sólo puede ser explicada por la naturaleza de la UE como unión de Estados soberanos. LA UE se sigue caracterizando por la influencia de los gobiernos en continua negociación, así como por la competencia de ejecución y conformación material de la Comisión, aun cuando los derechos de participación del Parlamento Europeo hayan sido en conjunto reforzados. El déficit del poder soberano europeo no puede justificarse. Las descripciones en el TUE de una Europa de los ciudadanos, pueden influir y contribuir políticamente a la aceptación de Europa, pero si dichas descripciones o invocaciones son reguladas en disposiciones normativas que no están en conexión con un diseño de las instituciones que se ajuste al principio de igualdad, no resultan adecuadas para instaurar un modelo fundamentalmente nuevo en el plano del Derecho. El punto de apoyo de la acción de la UE debe seguir siendo la legitimación democrática en los Estados miembros. En tanto persista el orden competencial europeo, organizado según el principio de atribución singular y restringido de competencias en los procedimientos de decisión cooperativos, sin perjuicio de la responsabilidad estatal sobre la integración y, en tanto se mantenga un equilibrio entre las competencias de la UE y las de los Estados miembros, la democracia de la UE no requiere conformarse de forma análoga a la de un Estado, sin perjuicio de que busque los cauces propios de complemento democrático mediante nuevas y adicionales fórmulas de procedimientos de decisión políticos transparentes o participativos.

Sentencia que, como la de *Maastricht* fue altamente debatida por la doctrina y que ha dado lugar a una vasta literatura al respecto, pues plantea tres puntos altamente controvertidos que son resumidos por Ingolf Pernice<sup>667</sup> en: las llamadas áreas *taboo* que sólo podrán desarrollarse en políticas europeas si no sobrepasan la línea roja y de forma muy restrictiva; las llamadas cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE y las cláusulas pasarelas establecidas en el Tratado de Lisboa que necesitarán autorización previa o habilitación del *Bundestag* para su ratificación bajo el artículo 23 LFB; y el TCFA es el único competente para controlar el poder *ultra vires* del Derecho Europeo. En suma el TCFA con la sentencia Lisboa se convierte en el Señor de los Tratados en la RFA.

Sin embargo ni una semana más tarde se dicta la sentencia de 6 de julio de 2010 (2BverfGE 2661/06) conocida como *Honeywell*<sup>668</sup>, donde si bien podía haber puesto en práctica el contenido de la sentencia *Lisboa*, vuelve de nuevo a matizar sus planteamientos, lo que le ha servido a Joseph H. H. Weiler para apodar al Tribunal constitucional alemán como ladrador pero poco mordedor, aunque Lisboa, a diferencia de la jurisprudencia anterior, representase un ladrido más feroz que de costumbre<sup>669</sup>.

La cuestión esencial que se planteó ante el TC fue que la sentencia del TJUE asunto *Mangold*<sup>670</sup> no podía ser aplicada en Alemania pues el TJUE había actuado *ultra vires*.

El TC esclarece en esta sentencia que para que sea inaplicable un acto comunitario es preciso que las instituciones de la UE hayan realizado una extralimitación manifiesta de sus competencias, como ya dijo en la sentencia Lisboa. Ahora bien, para que haya extralimitación manifiesta se requiere que la violación al sistema de competencias sea suficientemente caracterizada, manifiesta y que el acto tenga un impacto importante en la distribución de competencias entre los Estados miembros de la UE<sup>671</sup>. A lo que añade que una sentencia del Tribunal de Luxemburgo, es extremadamente difícil que sea considerada una violación manifiesta, salvo que se aparte totalmente o se disocie de los tratados o los principios generales, intente crear derecho, o altere el equilibrio institucional de los Tratados. Este sería, por lo tanto, el elemento clave que demostraría que se está ante una violación manifiesta. Aclara a su vez el TC que un desequilibrio en el principio de atribución de competencias sólo podría darse bien porque se aumentase el alcance de las competencias transferidas más allá de sus límites, bien porque la UE se apropiase de otras que constituyen el núcleo esencial de la tradición constitucional de los Estados miembros. Así el TC distingue entre control *ultra vires* y control de identidad constitucional. Esto supone que antes de realizar cualquier declaración de inaplicación de un acto de la UE, sería necesario el plantear la cuestión prejudicial previamente ante el TJUE para darle la oportunidad de cumplir con su rol de garante de la legalidad en la aplicación de los Tratados. Si una vez consultado, el TC y el TJ tienen posturas diferentes, el

---

<sup>667</sup> PERNICE, I. (2011) "Motor or brake for european policies?: Germany's new role in the EU after the Lisbon-judgment of its Federal Constitutional Court", *Documento de Trabajo, Serie Unión Europea*, núm. 39/2011, CEU Ediciones, pp. 5-28.

<sup>668</sup> La sentencia trae causa de la resolución dictada por el Tribunal Federal que teniendo especialmente en cuenta la sentencia *Mangold* del TJUE afirmó que el artículo 14.3 de la Ley de Trabajo a tiempo parcial y contratos a término fijo alemana no eran compatibles con el Derecho comunitario y por lo tanto no podían ser aplicados por los tribunales nacionales. La empresa Honeywell GmbH planteó un recurso de amparo al TC por considerar que tal resolución violaba los artículos 2.1, 12, 20 y 101.1 de la LFB.

<sup>669</sup> WEILER, J.H.H. (2009) "The 'Lisbon *Urteil*' and the Fast Food Culture", 20 *European Journal of International Law*, pp. 504-509, en concreto, p. 505 cita 17.

<sup>670</sup> Ver en Primera Parte, Cap. 1. pp. 54.

<sup>671</sup> CORTI VARELA, J., PORRAS BELARRA, J. y ROMAN VACA, C. (2011) "El control *ultra vires* del Tribunal constitucional alemán. Comentario de la Decisión de 06.07.2010 (2 BVR 2661/06 HONEYWELL)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, pp. 827-852.

Tribunal de Luxemburgo, en el ejercicio de garante del Derecho europeo puede, bajo ciertos límites, sostener una postura interpretativa que, aunque difieran de la mantenida por el constitucional alemán, resulte aceptable. Es más, un caso aislado de extralimitación de las competencias atribuidas a la UE que sea tolerado por el TJUE no daría lugar a un control *ultra vires* por parte del TC.

A continuación, analiza la sentencia del TJUE asunto *Mangold* y considera que obligar a los Estados miembros a no tomar medidas que puedan comprometer el resultado de una directiva cuyo plazo de transposición aún no ha expirado, no restringiría de modo importante el margen de manobra del Gobierno alemán durante el proceso de transposición, por lo que no tendría impacto importante en la distribución de competencias entre los Estados miembros y la UE.

## 2.6. Las sentencias de la crisis económica. Segunda década del siglo XXI

Con la quiebra del banco de inversiones Lehman Brother el 15 de septiembre de 2008, la espiral negativa en la orbe financiera se desencadenó, y con ella, una de las mayores crisis económicas globales. Los problemas financieros rápidamente se transmitieron a la economía real, con una fortísima contracción del crédito que redujo la inversión empresarial y la demanda doméstica. Los efectos transfronterizo de la crisis también se extendieron rápidamente, en todo el mundo y particularmente en el seno de la UE y en la zona euro. Como el nuevo Tratado de Lisboa no estaba específicamente orientado a superar esta crisis, la UE y los diferentes Estados miembros tuvieron que utilizar multitud de instrumentos para articular la recuperación con base en la voluntad política conjunta. Los gobiernos de los Estados miembros se vieron obligados a facilitar una ayuda masiva a los bancos, y a otros sectores de la economía<sup>672</sup>. Por su parte la Comisión actuó inmediatamente con diferentes medidas que incidían en la flexibilización del duro régimen contrario a las ayudas de Estado al sector productivo, propio de la UE. Dentro de este marco coordinado, se aprobaron resoluciones tales como la Decisión del Consejo Ecofin de 9 de mayo de 2010, el Reglamento del Consejo de 11 de mayo de 2010 o el Acuerdo marco relativo a la creación del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera.

El 23 de abril de 2010, Grecia pidió, en su calidad de Estado miembro de la zona euro ayuda financiera a la UE y al Fondo Monetario Internacional, y los Estados miembros de la zona euro procedieron inmediatamente a concederle ayudas financieras bilaterales y a la vez coordinadas.

Para adoptar al nivel nacional las medidas necesarias el *Bundestag* alemán aprobó el 7 de mayo de 2010, la Ley para la Estabilidad Financiera en la Unión Monetaria, por la que asumía operaciones de crédito en pro de la preservación de la capacidad de pago de la República Griega. Ahora bien, como el TCFA en la sentencias de *Maastricht* y *Lisboa* había dicho que uno de los fundamentos que conforman la democracia son, los ingresos y los gastos (incluyendo el endeudamiento) los recursos en contra de esta Ley no tardaron en llegar, por el endeudamiento que para Alemania suponía.

Si bien la sentencia en sí no aporta ningún argumento nuevo por parte del TC, con la admisión a trámite de estos recursos el TCFA ha procedido a la apertura de una espiral de sentencias en torno a las políticas monetarias y económicas adoptadas por la UE para hacer frente a la crisis económica que asola a los países europeos, en las que llama la atención el alto

---

<sup>672</sup> PÉREZ CARRILLO, E. F. (2011) “Crisis económica y financiera en la UE. Reflexiones en torno a algunos instrumentos estratégicos para la recuperación”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, pp. 487-511. Ver en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

contenido técnico sobre macroeconomía general en la que el TC tiene que apoyar su parecer jurídico.

En la sentencia de 7 de septiembre de 2011 (*BVerfGE 2 BVR 987/10, 1485/10, 1099/10*), conocida como la del rescate griego, desestima tres recursos de queja por inconstitucionalidad.<sup>673</sup> En su resolución el TCF admite a trámite sólo aquella parte de los recursos que afectan a las dos leyes alemanas y, únicamente en la medida en que, mediante invocación del derecho del sufragio a que se refiere el artículo 38.1 LF se ha aducido una pérdida de la parte alícuota de participación en el poder soberano como consecuencia de una vasta transferencia de competencias del *Bundestag* a la UE, y más concretamente en lo relativo a la autonomía presupuestaria. El TCFA aceptó bajo ciertos requisitos, que la integración europea conlleva cierta co-responsabilidad financiera, ampliando considerablemente el alcance de las competencias transferidas en virtud de la Unión Económica y Monetaria, y por tanto brindando la oportunidad a un futuro gobierno económico a nivel europeo. El TCFA recuerda que el artículo 38.1 LFB, se ha venido considerando como cláusula de participación democrática, que por lo tanto está en relación directa con los elementos fundamentales del principio de legitimidad democrática que se contienen en los artículos 20.1 y 2 y 79.3 LFB.

Añade, como ya hizo en la sentencia *Maastricht*, que el principio de legitimidad democrática se plasma en el derecho al sufragio como medio de participación libre, igual y directa de los nacionales en el ejercicio del poder estatal en Alemania y en consecuencia los elementos básicos de este principio tienen que estar recogidos en el artículo 79.3 LFB. Esto es, deben ser intangibles y por ello garantizados como elementos básicos de la identidad constitucional alemana. La enajenación de la responsabilidad presupuestaria del *Bundestag*, ya sea porque el derecho presupuestario deje de ser su responsabilidad o ya sea porque, en virtud de autorización expresa fuese a escapar de su responsabilidad y atribuirse a otras instituciones, organismos o demás entes distintos de los que hasta ahora corresponde adoptar las decisiones presupuestarias no es posible por el principio de legitimidad democrática. En este sentido considera el TCFA que la adopción de decisiones sobre los ingresos y gastos públicos es una de las expresiones de la legitimidad democrática en un Estado constitucional y que por ello, no puede dejar de estar en manos del *Bundestag*, de lo contrario el Parlamento quedaría privado de un efectivo instrumento de control político del Gobierno y de la directiva e impulso de las políticas nacionales.

La función presupuestaria es el punto central de la política de un Gobierno y ello impone que los representantes del pueblo retengan el control sobre las decisiones presupuestarias. Añade el TCFA que Alemania por pertenecer a una organización supranacional, como es la UE, puede adquirir compromisos financieros, pero tales compromisos no pueden llegar al extremo de negar al *Bundestag* el adoptar las decisiones esenciales en materia de ingresos y gastos públicos. O someter al Estado alemán a obligaciones presupuestarias sin su consentimiento. En suma y, como ya dijo en la sentencia *Lisboa*, considera contraria a la LFB toda aquella delegación de competencias de financiación que pudieran considerarse esenciales para el funcionamiento de la democracia nacional, es decir, de las tareas concernientes a la vida de los ciudadanos que, en la medida en que definen espacios reservados al Estado nacional, no podrán verse expuestos a disciplina supranacional, ni tan siquiera quedar en exceso comprometidos por

---

<sup>673</sup> Interpuestos por cinco profesores de universidad y un diputado conservador bávaro, contra: la Ley alemana de Estabilidad Financiera de la Unión Monetaria, de 7 de mayo de 2010, la Decisión del Consejo Ecofin de 9 de mayo de 2010, el Reglamento del Consejo de 11 de mayo de 2010, la Ley alemana para la asunción de garantías en el marco de un mecanismo para la estabilización del euro de 21 de mayo de 2010, el Acuerdo Marco relativo al Fondo Europeo de Estabilidad Financiera y su creación y la propia praxis del Banco Central Europeo de compra y refinanciación de préstamos estatales de los Estados miembros de la euro-zona, por entender que vulneran distintos preceptos de la LFB.



una voluntad ajena, de órganos de la UE o de otros Estados miembros. Es necesario que el legislador presupuestario siga siendo dueño de sus resoluciones, para lo cual el *Bundestag* tendrá que pronunciarse antes de asumir cualquier compromiso de tal alcance en materia presupuestaria. No sólo deberá pronunciarse a través de una previa Ley de autorización o ratificación, sino también a lo largo del proceso de su adopción de modo que no pueda quedar comprometido de presente o de futuro, sin previo y expreso asentimiento. Esto es, la sentencia considera constitucional la decisión del Gobierno alemán de eventuales rescates o ayudas financieras siempre que el Legislativo alemán no apruebe partidas presupuestarias ni ayudas de cantidades indeterminadas ni sin límites temporales o que puedan comprometer el futuro de Alemania.

El TCFA entiende, que el TFUE regula los elementos que se consideran presupuestos de participación en la Unión Monetaria y ello es el fundamento legitimador de las actuaciones de los órganos de la UE para Alemania. Por ello, como órgano garante de la constitucionalidad de la LFB su jurisdicción de control se ha de limitar a supuestos de trasgresión de esos límites, por lo que no puede constatar ninguna evidencia de incompatibilidad insuperable con la LF de las previsiones de la Ley de Estabilidad Financiera de la Unión Monetaria, como tampoco de la Ley relativa al mecanismo de estabilización del Euro pues, sólo al *Bundestag* corresponde valorar, en el ejercicio de su responsabilidad, si Alemania está o no en condiciones de responder a determinados compromisos financieros, si su autonomía presupuestaria puede o no soportarlo o si con ello resulta más o menos afectada la productividad de su economía.

Con respecto a la Ley de Estabilidad Financiera de la Unión Monetaria, el TCFA entiende que de su contenido, de su autorización y de la prestación de garantía se llega a la conclusión de que está bien determinada puesto que se limita a la autorización de garantías en atención al monto, se indica la finalidad de la prestación de garantía, se regulan, en cierto modo, las modalidades de pago, y se hace de determinados acuerdos con Grecia el fundamento de la asunción de garantías.

Respecto a la Ley relativa al mecanismo de estabilización del Euro llega también a considerarla conforma a Derecho, pues, también regula con profusión las modalidades fundamentales, el volumen de posibles garantías, el plazo, etc. Sin embargo, al establecer el artículo 1.4 de la Ley, el que el Gobierno Federal no necesita una previa concertación con la Comisión de Presupuestos del *Bundestag*, sino solo ponerlo en su conocimiento, al efecto de asumir la comprometida prestación de garantías, el TCFA entiende que para la salvaguardia de la autonomía presupuestaria del Parlamento alemán se impone una interpretación del precepto en el sentido de que el Gobierno federal queda obligado, con carácter previo a cada nueva asunción de garantías, ayuda o rescate, a conseguir de la Comisión presupuestaria su consentimiento.

Como las medidas adoptadas por la UE no fueron suficientes para paliar los efectos de la crisis, la UE junto con los Estados miembros se vieron obligados a buscar nuevos acuerdos, en concreto el poder crear un mecanismo duradero de superación de la crisis. Así el Consejo Europeo aprobó la Resolución de 25 de marzo de 2011 por la que se modifica el artículo 136 TFUE para permitir a los Estados miembros cuya moneda es el euro la creación de un Mecanismo Europeo de estabilidad (MEDE) y el 2 de marzo de 2012 se firmó como medida adicional de solución de la crisis de endeudamientos estatales el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria. Conjunto de medidas que fueron ratificadas por Ley del *Bundestag* el 29 de junio de 2012.

En la sentencia de 12 de septiembre de 2012 (*BVerfGE 2 BvR 1390/12*)<sup>674</sup>, el TC desestima los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra las leyes de 29 de junio de 2012, sobre medidas para la solución de la crisis de endeudamientos estatales en la zona Euro, así como la eventual ratificación de los tratados internacionales firmados por la RFA en la materia.<sup>675</sup> El TCFA inadmite parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos y rechaza las peticiones de interdicto suspensivo, con la reserva de que la ratificación por parte de Alemania del Tratado de creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), sólo podrá tener lugar si se garantiza al mismo tiempo conforme al Derecho internacional que, las normas de desarrollo del citado Tratado (MEDE) fijen el importe máximo de las obligaciones de pago de la RFA derivadas de dicho Tratado en la suma especificada, de tal modo que no pueda interpretarse cláusula alguna del mismo Tratado en el sentido que puedan generarse obligaciones adicionales de pago para RFA sin el consentimiento del representante alemán. Añade además que las normas de desarrollo del Tratado de creación del MEDE no pueden obstaculizar el deber de información total al *Bundestag* y *Bundesrat*.

Pero, los anteriores esfuerzos de la UE no lograron impedir que en diversas ocasiones se produjeran fuertes incrementos de la prima de riesgo de la deuda pública de varios Estados de la zona euro, que obligaron a su vez a la emisión de nuevos títulos de deuda, lo que tampoco restauró la confianza del sector financiero sobre la solvencia del euro. Ante tal difícil situación el BCE empezó a adoptar medidas no convencionales, como los compromisos públicos de facilitar al sistema bancario toda la financiación que fuere precisa; la flexibilización y ampliación de las garantías que los bancos podían prestar, o el programa de compra masiva de deuda pública en el mercado secundario, llamado Compras Monetarias Directas (*Outright Monetary Transaction* (OMT)).

Este giro en las actuaciones del BCE se encontró con una fuerte oposición de algunas autoridades y círculos alemanes que interpusieron ante el TC por un lado recurso de amparo por la actuación *ultra vires* del BCE y por otro recursos de inconstitucionalidad contra decisiones de contenido económico aprobadas por el Parlamento alemán. El TC decidió tramitar separadamente el proceso relativo a la Decisión OMT y desestimar por sentencia de 18 de marzo de 2014 (*2 BvR 1390/12*) los demás recursos.

El procedimiento relativo a la Decisión OMT de 5 y 6 de septiembre de 2012, adoptado según el acta de la reunión núm. 340 del Consejo de Gobierno del BCE que se dio a conocer mediante un comunicado de prensa difundido tras finalizar la reunión, dio lugar a que el 14 de enero de 2014 el TC, mediante Auto (*2BvR 2728/13*), remitiera por primera vez, al TJUE diversas cuestiones prejudiciales relacionadas con el comunicado de prensa. En esencia, el TC llega a la conclusión de que la Decisión OMT del BCE es contraria al Derecho europeo por suponer una extralimitación de competencias del BCE y constituir una vulneración de la

---

<sup>674</sup> DARANAS PELÁEZ, M. (2012) “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)”, *Revista de la Asamblea de Madrid*, núm. 27, diciembre, pp. 279-381.

<sup>675</sup> La sentencia tiene su origen en los recursos interpuestos por el Grupo parlamentario de Izquierda Unida, contra: La Ley por la que se aprueba el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Europea Económica y Monetaria de 29 de junio de 2012; la Resolución del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011, por la que se modifica el artículo 136 del Tratado sobre funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda sea el Euro; la Ley por la que se aprueba el Tratado de creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad; y la Ley de 29 de junio de 2012, sobre participación financiera en el Mecanismo Europeo de Estabilidad por infringir los artículos: 20, 1 y 2 LFB, 23, 1 y 2, así como el artículo 79, 3, LFB, y lesionar los derechos de la parte peticionaria dimanantes del artículo 38. 1 LFB.

prohibición europea de financiación a los Estados por parte del BCE conforme exige el artículo 123 TFUE<sup>676</sup>.

Antes tal situación, el TC decide plantear al TJUE dos cuestiones prejudiciales y otra cuestión interpretativa con carácter subsidiario. Pero, lo más característico es que también ofrece una solución, mediante una posible interpretación conforme del citado comunicado de prensa.

En la primera cuestión prejudicial, el TC plantea si la Decisión OMT es incompatible con los artículos 119, 127 TFUE y los artículos 17 a 24 de los Estatutos del SEBC, pues a juicio del TC excede del mandato de política monetaria del BCE. El TC, asumiendo los argumentos de la sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12 *Pringle*, no las considera política monetaria sino como parte de la política económica general de la UE, y, al calificarla así entiende que el BCE ha actuado *ultra vires*.

La segunda cuestión prejudicial se refiere a la posible incompatibilidad del comunicado de prensa con el artículo 123 TFUE, sobre todo por no establecer límite cuantitativo de la adquisición de deuda pública, no regular el lapso de tiempo entre la emisión directa de la deuda pública por el Estado y la posterior adquisición indirecta por el BCE en el mercado secundario, no contener exigencias de la calidad de la deuda pública que pueda adquirir y no reservarse el BCE privilegio de cobro frente a los restantes acreedores.

Pero para el caso de que el TJUE no considere que la Decisión OMT sea un acto recurrible, como ya dijo en la sentencia *Pringle* y por tanto no poder ser objeto de cuestión prejudicial, el TC pregunta Luxemburgo si el TFUE y los Estatutos del SEBC admiten que el BCE pueda adoptar medidas como las descritas.

Este Auto no sólo llama la atención por ser el primero en que el TC dirige al TJUE una cuestión prejudicial, sino también por la legitimación de los recurrentes y la actuación impugnada.

El TC admitiendo a trámite este recurso, ofrece a cualquier ciudadano alemán la posibilidad de interponer un recurso de amparo ante un acto comunitario sin que las instancias alemanas hayan intervenido, por entender que las decisiones fundamentales en materia de ingresos y gastos públicos son parte nuclear de los derechos fundamentales, en concreto de la democracia, que sólo se salvaguarda cuando el *Bundestag* participa y ejerce su responsabilidad en materia presupuestaria. Argumentado para ello que es precisamente esta falta de actuación o inacción del *Bundestag* y del Gobierno lo que ha hecho que se admita a trámite este recurso. El que una Decisión adoptada en exclusiva por el BCE, sin participación alguna del Legislativo y/o el Ejecutivo alemán, pueda suponer que en el futuro los Estados miembros pudieran resultar responsables de las eventuales pérdidas para los bancos centrales y el BCE, lo que a su vez podría poner en peligro las finanzas de los Estados por una parte y el presupuesto y los contribuyentes alemanes por otra, tendría como consecuencia una vulneración del derecho fundamental del artículo 38 LFB. El Auto recuerda su doctrina sobre la prohibición de que las autoridades alemanas apliquen un Derecho europeo que incurra en *ultra vires* o afecte a la identidad constitucional. El *Budestag* y el Gobierno federal no pueden consentir que por parte de las instituciones europeas se produzca una usurpación manifiesta o significativa de los elementos de la soberanía. El incumplimiento de estos deberes constituye una violación del derecho al voto, contra la que se puede reaccionar recurriendo en amparo o planteando un conflicto constitucional.

---

<sup>676</sup> GARCIA-ANDRADE GOMEZ, J. (2014) “La cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional Alemán sobre la Decisión OMT”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, junio-septiembre, pp. 119-163.

Ahora bien, el comunicado de prensa que se impugna no genera lesión alguna de derechos sino que se refiere a una hipotética lesión. Esto es, a pesar de la sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2013, por la que inadmite la impugnación de *Von Storch y otros* contra la Decisión OMT (T 492/12) por carecer de legitimación activa, ya que la Decisión OMT carece de efectos directos sobre la situación jurídica de los recurrentes y sus destinatarios son los bancos centrales, el TC considera necesario garantizar un derecho subjetivo reaccional. El TCFA, aun sabiendo que la Decisión OMT requiere ulteriores actos de ejecución para producir sus efectos en la RFA, considera que conforme al derecho alemán cabe dispensar una protección cautelar, pues la ejecución de la Decisión OMT podría acarrear tales consecuencias para la soberanía del Estado alemán y, con ello a la legitimidad democrática que no podrían ser posteriormente corregidas.

Finalmente el Auto reitera la doctrina que ya había sostenido en la sentencia *Honeywell* de que antes de pronunciarse sobre el carácter *ultra vires* de un acto de la UE, al ser el TJUE el garante del cumplimiento del Derecho europeo, debía consultar en vía prejudicial al TJ. Y, si tras la consulta se demostrase que el acto es *ultra vires*, habría obligación de las autoridades alemanas de no implementarlo, pues el garantizar que el Derecho europeo sea compatible con la LFB le corresponde a él.

Sin embargo, en aras a evitar un enfrentamiento total con el TJ, finaliza el Auto con una posible interpretación conforme de la Decisión OMT o del comunicado de prensa con el Derecho europeo, y, por tanto con el Derecho constitucional alemán.

Este Auto ha sido objeto de numerosas críticas incluso por parte de los propios magistrados del TC y por ello tiene de dos votos particulares. La magistrada Lübke-Wolff sostiene que sus colegas han ido demasiado lejos, pues el TC no debería tener que decirle al Gobierno o al *Bundestag* cómo responder ante una injerencia en la soberanía alemana, ya que esta decisión forma parte de la discreción política. El Magistrado Gerhardt también considera los argumentos del TC inadmisibles y acusa a sus compañeros de haber creado un derecho general a exigir que las leyes se cumplan sin conectarlo con un derecho fundamental sustantivo. Existen mecanismos suficientes como para que tanto el *Bundestag* como el Gobierno pueda actuar. El TC se ha extralimitado de sus funciones invadiendo la esfera que correspondería al poder legislativo o ejecutivo alemán<sup>677</sup>.

Por su parte, han presentado observaciones en el litigio los Gobiernos de 9 Estados miembros y dos instituciones de la UE, impugnando por diversas razones la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial o de algunas de las cuestiones formuladas en ellas, entre otros razonamientos por entender, como hace Italia, que el TJ no puede examinar la petición prejudicial, ya que el órgano jurisdiccional remitente no reconoce un valor interpretativo definitivo y vinculante a la respuesta que el TJ de a dicha petición, que el litigio principal es ficticio y artificial, que el órgano jurisdiccional remitente habría debido declarar la inadmisibilidad de tales recursos en la medida en que no se refieren a actos jurídicos de la UE, o que el asunto debatido en el litigio principal no plantea realmente la cuestión de una extralimitación competencial manifiesta relacionada con la identidad constitucional alemana.

Pronunciamientos parecidos a los que llega el Abogado General, Pedro Cruz Villalón en sus Conclusiones de 14 de enero de 2015, al recordar que presentada la resolución de remisión en términos de jurisprudencia nacional, como hace el TCFA, supone entender que la respuesta del TJ a la cuestión planteada respecto de un acto de la UE, como el presente no es

---

<sup>677</sup> URÍA GAVILAN, E. (2014) “Choque de titanes judiciales en torno al euro: comentario de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal constitucional alemán sobre la compra de deuda de los Estados “rescatados””, *Revista de la Asamblea de Madrid*, núm. 30, junio, pp. 322-349.

necesariamente un elemento determinante en la resolución del proceso *a quo*. Es decir que tal y como están planteadas las cuestiones prejudiciales por parte del TC, el reenvío prejudicial pierde su sentido, pues, el Tribunal de Karlsruhe hace una remisión incorporando la hipótesis del apartamiento efectivo de la respuesta que reciba, lo que no es un supuesto que pueda considerarse comprendido en el artículo 267 TFUE.

Y, añade este Abogado General que, el planteamiento de una cuestión prejudicial en estos términos no debe extrañar que haya llevado aparejado el que varios Estados miembros intervinientes en este proceso hayan cuestionado o incluso negado, con rotundidad, la admisibilidad de la presente cuestión prejudicial<sup>678</sup>. En su opinión, la cuestión prejudicial, como dicen alguno de los intervinientes en este proceso, *nunca estuvo construida como una simple “oportunidad” otorgada al Tribunal de Justicia de “coincidir” con el tribunal nacional, sea en una apreciación de ultra vires, u otra distinta, con la posible consecuencia de que una eventual “falta de coincidencia” por parte del Tribunal de Justicia podría privar de relevancia a la respuesta dada por este último. Y es claro que esta apreciación no se ve desvirtuada por la actitud en principio abierta a una determinada interpretación conforme del acto litigioso. Por fin, en esa tesitura, la petición dirigida al Tribunal de Justicia de hacer un pronunciamiento previo podría tener incluso la indeseable consecuencia última de, pura y simplemente, incorporar al propio Tribunal de Justicia al iter causal conducente a la consumación de la ruptura del pacto constitucional que subyace a la integración europea*<sup>679</sup>. Esto significa, que es una tarea casi imposible preservar la UE tal y como la tenemos, si se la pretende someter a una absoluta reserva, apenas especificada y prácticamente a la libre disposición de cada uno de los Estados, plasmada en una categoría llamada “identidad constitucional” tanto más si se la proclama como diferente de la identidad nacional situada en el artículo 4.2 TUE. Una tal “reserva de identidad” autónomamente configurada e interpretada por los órganos competentes de los Estados cuyo número se sitúa hoy en 28, dejaría muy probablemente al ordenamiento de la UE en una posición residual, al menos en términos cualitativos. Por ello recomienda al TJ una lectura alternativa de la cuestión prejudicial planteada, que permita superar la referida dificultad, lo que sería posible acudiendo a lo que parece haber sido el origen de esta previsión jurisprudencial y operando a la vez con la potencialidad del principio de cooperación leal. Y concluye Pedro Cruz Villalón que: *“En la medida en que este diagnóstico de la situación fuera aceptable, entiendo que el Tribunal de Justicia debiera enfocar el problema de “funcionalidad” que esta cuestión prejudicial plantea, descartando hipótesis distintas a la que acabo de sugerir, en tanto pueden considerarse extremas, difícilmente contemplables y, a la postre, como insuficientes para negar una respuesta de fondo a las preguntas planteadas en la presente cuestión prejudicial. Por tanto, y como conclusión intermedia, propongo al Tribunal de Justicia que declare que la cuestión es apta para recibir una respuesta de fondo*<sup>680</sup>”.

El TJ en su sentencia de 16 de junio de 2015, asunto C-62/14, *Peter Gauweiler y otros* resuelve las cuestiones prejudiciales del TCFA conforme a las sugerencias del Abogado General. Por ello, es una sentencia que llama la atención por un lado, por el caso omiso que hace a las continuas provocaciones del Tribunal Constitucional Alemán de no reconocer el valor interpretativo definitivo y vinculante a la respuesta que el TJ de a dicha petición prejudicial, por entender que es a él a quien le corresponde la responsabilidad última de pronunciarse sobre la validez de la Decisión OMT, teniendo en cuenta las condiciones y los límites que establece la

---

<sup>678</sup> Ver Primera Parte, Cap. 1, pp. 64-65.

<sup>679</sup> Conclusión núm. 52. IV. Consideración preliminar: Sobre la dificultad “funcional” de la cuestión prejudicial, situada en el contexto de la jurisprudencia pertinente del BVerfG.

<sup>680</sup> Conclusiones núm. 68-69. IV. Consideración preliminar: Sobre la dificultad “funcional” de la cuestión prejudicial, situada en el contexto de la jurisprudencia pertinente del BVerfG.

Ley Fundamental de Bonn. El TJ sólo recuerda al Tribunal Constitucional Alemán que según reiterada *jurisprudencia del TJ, una sentencia dictada con carácter prejudicial por el TJ vincula al juez nacional para la solución del litigio principal, en cuanto a la interpretación o validez de los actos de las instituciones de la Unión de que se trate*<sup>681</sup>. Por otro, por su admisión a trámite<sup>682</sup>.

Finaliza la sentencia recordando el cometido del principio de proporcionalidad, en el sentido de ser un principio que exige que los actos de las instituciones de la UE sean idóneos para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por la normativa de que se trate y no sobrepasen los límites de lo que es necesario para alcanzar tales objetivos, recordando que en este caso, habida cuenta de la complejidad y tecnicidad del acto como el que se anunció en el comunicado de prensa, el SEBC se ve obligado a proceder a lecciones de carácter técnico y a efectuar previsiones y apreciaciones un tanto complejas, por lo que debe actuar conforme a una amplia facultad de apreciación, y concluye la sentencia que se considera conforme al Derecho de la UE el que el BCE adopte medidas de este tipo, pues no es política económica sino monetaria y se basó en un análisis de la situación económica de la zona euro que le llevó a tomar medidas como las adoptadas en el comunicado de prensa de la Decisión OMT al que hace referencia en el acta de la reunión objeto de la cuestión.

### 3. LA CLÁUSULA DE INTANGIBILIDAD

#### 3.1. La cláusula como contra límite

La LFB desde sus orígenes, para evitar caer en los errores del pasado estableció en el artículo 79.3 LFB que determinados preceptos de su Constitución son inmodificables incluso por el reformador constitucional, o lo que es lo mismo, que una parte de los preceptos de la LFB sean intocables y se conviertan en verdaderos contra límites no sólo para los poderes constituidos sino también para la UE y para la primacía y eficacia directa del Derecho europeo.

Esto no significa que la LFB no se pueda modificar, pues de conformidad con el propio artículo 79 en sus apartados 1 y 2, la Constitución alemana se puede reformar por una ley que expresamente modifique o complemente el texto. Ahora bien, dicho poder de reforma tiene como límite la garantía de perpetuidad del artículo 79.3 LFB. Este precepto, pone de relieve la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido y con ello cómo el poder estatal queda sometido al Derecho positivo. Si la cláusula de intangibilidad fuera modificable por un procedimiento de reforma constitucional los apartados 1 y 2 del artículo 79 LFB quedarían vacíos de contenido y perderían su sentido, por ello se asume que el artículo 79.3 es inmodificable<sup>683</sup>.

Esta cláusula de intangibilidad, eternidad o inmutabilidad, como también la llaman otros autores,<sup>684</sup> ha sido utilizada por el TCFA, desde sus comienzos, para convertir, en terminología

---

<sup>681</sup> FJ. 16. Observaciones preliminares. Sobre las cuestiones prejudiciales.

<sup>682</sup> Ver Primera Parte, Cap. 1. pp. 64-65.

<sup>683</sup> ELÍAS MÉNDEZ, C. y BLEISTEINER, O. (2011) “el sistema constitucional alemán”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 8, núm. 15 Enero-junio, pp. 85-137.

<sup>684</sup> La inmensa mayoría de la doctrina la conoce con el nombre de cláusula de intangibilidad, pero, al utilizarse la expresión alemana de *Ewigkeitskausal* para referirse a este precepto, algunos autores la denominan de eternidad como: SCHILL, S. W. (2011) “Reconciliando la tormentosa relación entre el Derecho constitucional y el Derecho Europeo: El respeto por la identidad nacional bajo el Tratado de Lisboa”, *Revista do Direito Unisc*, Santa Cruz Do Sul, núm. 36, Jul-Dez, pp. 142-143; y MARTIN PÉREZ DE NANCLARES, J. (2011) “Órdago del Tribunal constitucional alemán... op. cit., pp. 97-145. Otros utilizan la expresión de inmodificabilidad como STEIN, T. (1997)

de Otto Bachof<sup>685</sup> *las normas constitucionales en inconstitucionales*. Es decir la existencia de esta cláusula de intangibilidad absoluta, o contra límite ha permitido que el Tribunal Constitucional dirija, todos los esfuerzos a cerrar al poder de reforma constitucional la afectación de los principios y valores fundamentales recogidos en los artículos 1 a 20 LF, respectivamente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, conforme al contenido esencial de los derechos fundamentales garantizados en la Ley Fundamental, y el carácter republicano, federal, democrático, social y de derecho del Estado alemán.

La existencia de la cláusula del artículo 79.3 LFB, imponiendo límites materiales absolutos a la reforma constitucional, le han servido al TCFA como excusa para entrar a conocer todo aquello que a su juicio podría tener una trascendencia constitucional. Esto ha significado que aquellas normas producto de una reforma constitucional que, conculcasen el límite que representa el artículo 79.3 LF, el TC las haya considerado inconstitucionales. Y, en consecuencia que el TCFA haya hecho regir en primer lugar el ordenamiento constitucional alemán, adoptando con ello una postura claramente dualista frente al Derecho internacional o supranacional, aun habiendo aceptado la LFB también desde su aprobación y por motivos históricos, las restricciones de su soberanía para garantizar un orden pacífico y duradero en el ámbito internacional.

En efecto, a pesar de que los artículos 23 y 24 LFB, obligan a la RFA a abrirse a organizaciones internacionales y supranacionales como la UE, para que puedan desplegar sus efectos dentro del territorio alemán, el TC ha exigido que esta apertura no pueda ir más allá del artículo 79. 3 LFB. E, incluso después de la reforma constitucional de 1992, del artículo 23 LFB, que obliga a la RFA a contribuir al desarrollo de la UE para la realización de una Europa unida, el TC ha puesto al procedimiento de integración europea el límite infranqueable del artículo 79.3. Lo que ha generado, como no podía ser de otro modo, que la RFA, a través de su TC frene no sólo el proceso de integración, sino que tenga graves enfrentamientos con el TJUE.

Con la excusa de la cláusula de intangibilidad el TCFA, mediante conceptos tales como constitución, dignidad humana, democracia o Estado federal como únicos conceptos válidos conforme a los que analizar el ordenamiento jurídico, no sólo ha constitucionalizado el derecho alemán sino también el Derecho internacional y supranacional, garantizando hacia el interior la incolumidad del poder soberano frente a quienes no han sido habilitados para ejercerlo y, hacia el exterior estableciendo los límites de la acción de los poderes constituidos, especialmente el legislativo y el ejecutivo, que mediante la asunción de compromisos internacionales y la integración en organizaciones supranacionales no están habilitados ni para trasladar el poder constituyente del pueblo alemán a una entidad colectiva distinta (y más amplia), ni tampoco para traspasar los límites materiales que internamente constriñen como poder de reforma constitucional.

Ahora bien, el Constituyente de 1949 cuando introdujo la protección constitucional del individuo<sup>686</sup>, no podía imaginar que la evolución de las Comunidades Europeas supusiese tal

---

“La jurisprudencia constitucional y administrativa alemana y el Derecho europeo: influencias recíprocas.” *Revista de la Universidad de Derecho de Valparaíso*, XVIII, pp. 39-56.

<sup>685</sup> BACHOF, O. (1979) “*Verfassungswidrige, Verfassungsnormen*”, (1951), en *Wege zum Rechtsstaat*, pp. 1 y ss. Se puede ver este libro en castellano BACHOF, O. (2010) “¿normas constitucionales inconstitucionales?”, Ed. Palestra, Lima, traducción hecha por Leonardo Álvarez Álvarez.

<sup>686</sup> LIMBACH, J. (2000) “Función y significado del recurso constitucional en Alemania,” *Cuestiones constitucionales*, núm. 3, julio-diciembre, pp. 67-89. Esta profesora, nos recuerda que: “*Wahl /Wieland apuntan acertadamente a la cultura jurídica, específicamente alemana del individuo que se desarrolló a partir de 1949, la cual no marca únicamente el pensamiento de los magistrados del TCFA. La grave violación del derecho y la privación de la protección judicial durante el régimen nacionalsocialista fueron las razones políticas que motivaron el desarrollo de la protección de los derechos subjetivos*”.

grado de integración, tanto en el aumento de las competencias trasladadas a la Unión como por la continua apertura al Derecho europeo, hasta el punto de dotarlo de primacía y efecto directo. Primacía y eficacia que ha generado que los tribunales nacionales de los Estados miembros se hayan visto obligados a cuestionar la existencia jurídica de la validez de sus propios fundamentos en beneficio de la validez prevalente de un nuevo ordenamiento jurídico-positivo de ámbito territorial y personal más amplio, como ocurre con el ordenamiento comunitario.

Cuestión ésta que no parece haber afectado al TCFA pues, su jurisprudencia evidencia una clara concepción del proceso de integración europeo en clave nacional, y conforme a la teoría tradicional del Estado de los siglos XIX y XX<sup>687</sup>. Así, la asunción de la teoría tradicional del Estado ha llevado al TC a que la concepción formal de la soberanía sea uno de los pilares sobre los que edifica la jurisprudencia sobre el proceso de integración europea.

Mientras en la dogmática jurídica actual, para explicar el fenómeno de la UE se impone la teoría del constitucionalismo multinivel basada en una nueva concepción de la soberanía, el TC se asienta de forma indubitada en una concepción formal de la soberanía donde postulados tales como la competencia sobre la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) (sentencia *Kloppenburg*); el pueblo alemán (sentencia *Maastricht*); Señores de los Tratados (sentencia *Lisboa*); o asociación de Estados soberanos (sentencia *Maastricht*), condicionan la integración europea y convierten al modelo alemán en dualista por excelencia, pero sobre todo en un ordenamiento jurídico en donde la ley interna del *Bundestag* es la fuente del orden supranacional europeo. Lo que significa que el TC conciba al Derecho europeo como de carácter nacional. O como recuerda Ruppert Scholz<sup>688</sup>, que la participación de Alemania en la integración europea se haga desde el carácter nacional o desde la seguridad para la estructura alemana. Teoría que no encaja con la adoptada por el TJUE que desde la sentencia *Van Gen& Loos* ha construido y repetidamente reafirmado el principio de primacía y eficacia directa del Derecho de la UE sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

El TCFA, con sus parámetros interpretativos ha reafirmado su poder y se ha arrogado como defensor último de la estatalidad alemana ante la UE, lo que el aludido Tribunal denomina “responsabilidad por la integración y de conservación de la estructura alemana”<sup>689</sup>.

A lo largo de todas estas décadas la jurisprudencia del TCFA ha llevado a cabo el control de casi todos los actos de la UE, amparado en el contra límite del artículo 79.3 LFB y en el principio de competencia sobre la competencia, o que toda competencia normativa de la UE llamada a desplegar efectos jurídicos dentro del Estado alemán ha de apoyarse en una previa autorización legislativa singular y limitada de éste y con respeto a la cláusula de intangibilidad. Lo que significa, según Leonardo Álvarez Álvarez, que la función de este principio de atribución competencial debe ser compatible con la facultad contemplada en la LFB para la cesión del ejercicio de la función de soberanía a la UE con la necesidad de que el Estado alemán, como uno de los señores de los Tratados, siga siendo soberano. Lo que dejaría de serlo

---

<sup>687</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2013) “soberanía y democracia en el discurso europeo del Tribunal constitucional alemán. ¿Una nueva defensa ad extra de la democracia?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, pp. 259-281. Una de las notas definitorias de este constructivismo dogmático, recuerda este autor se da en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa de 2009, en la que la obra *Allgemeine Staatslehre* de Georg Jellinek, de 1900, una de las más expresivas edificaciones del positivismo jurídico en los elementos territorio y pueblo nacional, aparece citada expresamente como base categorial de referencia para fundamentar y limitar el proceso de construcción europeo del siglo XXI. Ver en BVerfGE 123, 267, párrafo 344.

<sup>688</sup> SCHOLZ, R. (1992) “Grundgesetz und europäische Einigung”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 41, pp. 2593-2601. En palabras de este autor, el artículo 23 LF constituiría tanto una “cláusula de apertura a la integración” (*Intergrationsöffnungsklausel*) como una “cláusula de seguridad para la estructura” (*Struktursicherungsklausel*).

<sup>689</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. op cit., p. 263.



si efectivamente fuera la UE (TJUE) la que pudiera determinar con libertad el contenido y la extensión de sus propias competencias.

Sobre la base de estas consideraciones las principales zonas de conflicto que ha tenido con el TJUE son: el principio democrático, el principio federal, los derechos fundamentales, y la identidad constitucional alemana a los que me referiré a continuación.

Si bien en las sentencias de la primera década, no se puede negar que el TCFA de una clara respuesta a la conformidad constitucional de la participación de la RFA en el proceso de integración comunitario, todas ellas dejan una vía abierta para una posible confrontación, pues allanan el camino y abren la puerta al enfrentamiento o al conflicto entre ambos ordenamientos jurídicos e incluso entre ambas jurisdicciones, ya que insinúan la posibilidad de no aplicar el Derecho de la UE cuando afecte a principios y valores fundamentales de la LFB<sup>690</sup>.

En las sentencias *Solange I y II*, reclamó competencias para revisar si el Derecho europeo era compatible con el estándar de protección de los derechos fundamentales de la Constitución alemana. En las sentencias *Maastricht* y *Banana Market* se atribuyó la competencia para decidir si los actos de la UE estaban o no bajo el paraguas de las competencias transferidas en virtud de los Tratados (control *ultra vires*) y por tanto si se había producido una violación del principio democrático. En las sentencias *Lisboa* y *Honeywell* introdujo la posibilidad de controlar si los actos comunitarios eran compatibles con la identidad constitucional alemana. Y, en el actual Auto ante el TJUE, aún sin resolver, vuelve a incidir en la posible vulneración de la identidad constitucional alemana, y, con ella al principio democrático intangible de la LFB.

Este tira y afloja entre Karlsruhe y Luxemburgo, que tras el planteamiento de la primera cuestión prejudicial del TCFA ante el TJUE parecía haberse suavizado, lo que ha hecho es agravarse. Tal y como está redactado el Auto, que más que preguntar parece que da órdenes a Luxemburgo, no parece que el TC haya cambiado su postura o quiera dialogar con Luxemburgo<sup>691</sup>. En un contexto como el actual, de la mayor crisis económica que ha conocido la UE y que hasta la misma supervivencia del euro está en juego, no se entiende cómo el TC vuelve a lanzar un órdago a la UE y en cuestiones tan delicadas como el endeudamiento del que depende la confianza de los mercados.

He de decir finalmente que esta falta de entendimiento entre el TC y la UE poniendo límites a la integración, no siempre ha sido negativo pues, además de conflictos, ha supuesto: por un lado el que el TC haya tenido que buscar un *modus vivendi* aceptable que le permita no entorpecer en exceso el proceso comunitario, sin renunciar a fijar una reserva constitucional nacional a dicho proceso. Lo que le ha llevado a impulsar en cierta medida las relaciones entre el TJUE y los tribunales ordinarios, a través de la obligatoriedad de la interposición de cuestiones prejudiciales. Por otro, porque su comportamiento ha supuesto, un enriquecimiento mutuo de los ordenamientos jurídicos respectivos, el europeo consiguiendo una Carta de Derechos Fundamentales o una regulación del principio de subsidiariedad, y el alemán mediante la modificación del artículo 23 de su LF (que ha resultado de referencia para los demás textos constitucionales) o el diseño de un sistema de participación de los *Länder* y del *Bundesrat* en la formación de la voluntad en los temas europeos. Por esta razón la doctrina viene hablando de la europeización de las Constituciones nacionales y de una constitucionalización de los Tratados constitutivos de la UE, en los que se articula una interacción necesaria y enriquecedora entre los

---

<sup>690</sup> CANO MONTEJANO, J.C. (2001) “*la integración europea desde el Tribunal Constitucional Alemán*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, pp. 39 y 40.

<sup>691</sup> No es esta la opinión de Limbach que desde sus comienzos ha entendido que el TC no habla de confrontación o conflicto sino de dialogo. Esta autora no duda de la voluntad favorable del TC a la integración europea. Ver en LIMBACH, J. (2001) “*Das Bundesverfassungsgericht...*”, op. cit., p. 2916.

tribunales constitucionales nacionales y el TJUE, incluso el establecimiento en el artículo 4.2 TUE del respeto a la identidad nacional de los Estados miembros debería verse como un síntoma de esta interrelación<sup>692</sup>.

### 3.2. La cuestión prejudicial ante el TJUE

Tras una jurisprudencia constitucional cambiante, finalmente, el TC ha establecido como garantías adicionales de aplicación del Derecho europeo dentro del sistema nacional, la obligatoriedad de los tribunales ordinarios de dirigirse al TJUE, so pena de vulnerar el derecho de los particulares al juez ordinario predeterminado por la Ley.

Si en la sentencia de 9 de junio de 1971, inadmite un recurso de amparo por entender que los tribunales alemanes no están obligados a presentar la cuestión prejudicial y deja en cuestión que el TJ sea un juez en el sentido predeterminado por la Ley a que se refiere el artículo 101.2 LFB, en la sentencia de 22 de octubre de 1986, lo considera instancia jurisdiccional a todos los efectos en cuanto al derecho alemán concierne, pues cumple con todos los requisitos constitucionales exigibles a un órgano judicial para que se le pueda calificar de tal, a nivel interno y por tanto sus resoluciones han de ser consideradas válidas y conforme a Derecho, como si de una sentencia nacional se tratase. Añade además, que este TJUE es el único que puede interpretar el Derecho de la UE al que, en caso de duda respecto de la interpretación y aplicación del Derecho comunitario han de acudir todos los tribunales, incluso él, mediante la interposición de una cuestión prejudicial. Pero, quizá sea más significativa la sentencia *Honeywell* que desarrolla de manera claramente europeísta la competencia exclusiva del TJUE en cuanto a la interpretación del Derecho europeo. Así el TC reconoce la competencia del TJ como garante de la unidad y coherencia del Derecho de la Unión, la cual se pondría en peligro si cada Estado miembro se adjudicara la capacidad para controlar la validez de los actos de la UE, sin solicitar previamente una cuestión prejudicial al TJ, antes de hacer cualquier declaración de inaplicación de un acto de la UE. Es decir hay que dar oportunidad al TJUE a cumplir su rol de garante de la legalidad en la aplicación de los Tratados. Teoría que a pesar de sus reticencias han obligado al propio TC a plantear diversas cuestiones prejudiciales mediante Auto (2BvR 2728/13).

Ahora bien, esta obligación de los tribunales ordinarios de plantear una cuestión prejudicial, no va a ser una obligación conforme a los parámetros establecidos por el TJ en sus sentencias *CILFIT* o *Köbler*, sino conforme a lo establecido por el TC en la sentencia de 20 de mayo de 1990 (*BVerGE* 82, 159), tal y como ya lo había desarrollado en las sentencias *Solange II* o *Mittlerweile*. Lo que ha sido fuertemente criticado por la doctrina.

Para Ulrich Fastenrath<sup>693</sup>, de nuevo el TC procede a entender al ordenamiento europeo desde un punto de vista puramente interno o nacional, cuando el reconocimiento de un ordenamiento supranacional exigiría que se aplicase conforme a sus propios métodos, distintos del sistema nacional. Es decir como recuerda Ulrich Everling<sup>694</sup> no se debe enjuiciar al Derecho europeo según criterios de Derecho constitucional clásico, pues si cada Estado miembro tuviese

---

<sup>692</sup> MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. (2008) "la contribución del Tribunal Constitucional alemán al Derecho comunitario europeo: el permanente tira y afloja con el Tribunal de Justicia de la UE", Santiago Ripoll Carulla, (Dir.) y Juan Ignacio Urgartemendía Eizabarrena (coord.), *España ante los tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, Oñate, IVAP, pp. 175-197.

<sup>693</sup> FASTENRATH, U. (2009) "*BVerG verweigert willkürlich die Kooperation mit dem EuGH*", Neue Juristische Wochenschrift: NJW, año 2009, vol. 62, núm. 5, pp. 272-276.

<sup>694</sup> EVERLING, U. (1990) "Brauchen wir Solange II?" Zu den Forderungen nach Revision der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts-", *Europarecht*, 25, núm. 3, pp. 195-227.

que realizar un control de la conformidad de cada disposición europea con la propia Constitución o estableciese los parámetros de cuando hay que acudir a la cuestión prejudicial de Luxemburgo, probablemente se produciría una paralización casi absoluta de la actividad legislativa y judicial de la UE. Sería una vuelta a los principios que se derivaron del compromiso de Luxemburgo de 1966. Lo que reitera Pedro Cruz Villalón en las conclusiones a la sentencia del TJ asunto C.62/14 de resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas por el TCFA.

Por su parte Maribel González Pascual<sup>695</sup>, entiende que la problemática de fondo es la comprensión del Derecho de la UE y el sistema constitucional alemán como círculos tangentes y no como partes integrantes de un mismo conjunto. Este trasfondo es, sin duda, la raíz de la posición compleja y ambigua del TCFA frente a la UE.

Y es que con el papel que ha adoptado, el TCFA amenaza con convertirse en guardián del ordenamiento alemán frente a los órganos de la UE, quebrando con ello la unidad y eficacia del sistema, usurpando las potestades del TJUE. Con esta interpretación, como recuerdan Justo Corti Varela, Javier Porras Belarra y Carmen Román<sup>696</sup>, la pregunta que surge, a continuación, es qué ocurrirá ahora que después de plantear la cuestión prejudicial el TJUE ha resuelto con una opinión distinta a la del Tribunal Constitucional, pues al no llegar a reconocer el TC la primacía absoluta del TJUE en su rol de intérprete último de los Tratados, si no acerca su postura a la de Luxemburgo, como ya hizo en el fallo de la sentencia *Honeywell*, el conflicto está servido, pues el TJ en esta sentencia C-62/14, ha dejado clara la obligatoriedad de seguir la interpretación de las resoluciones prejudiciales. Habrá que esperar al nuevo planteamiento del TC para resolver esta incógnita.

No faltan sin embargo autores como Giuseppe Martinico<sup>697</sup> que consideran que a través de su teoría en torno a la cuestión prejudicial, aun recalcando que él tiene la última palabra sobre el derecho alemán, antes de hacer (incluso él) cualquier declaración de inaplicación de un acto de la UE, ha establecido la obligatoriedad de todos los tribunales de dirigirse al TJUE, so pena de vulnerar el derecho fundamental del juez ordinario predeterminado por la Ley, consiguiendo con ello una verdadera integración del Derecho europeo en el derecho alemán. Esto es, el TC ha buscado un *modus vivendi* aceptable que le permita no entorpecer el proceso comunitario sin renunciar a fijar una reserva constitucional nacional a dicho proceso.

### 3.3. Derechos fundamentales

Como ya he señalado, la LFB impone como límites a la integración en el proceso comunitario la garantía de los derechos, que ha de ser comparable en lo esencial con la contenida en la propia Constitución alemana. En esta materia la relación entre el TCFA y el TJUE ha sido altamente controvertida y exhaustivamente estudiada<sup>698</sup>.

---

<sup>695</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, M. “El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos.” Ed. Aranzadi, S.A. 2010, pp. 130-132.

<sup>696</sup> CORTI VARELA, J. PORRAS BELARRA, J. Y ROMAN VACA, C. op. cit., p. 847. Razón por la cual al admitir el recurso de amparo ante la Decisión OMT se ha visto obligado por su propia doctrina a plantear su primera cuestión prejudicial en el año 2014.

<sup>697</sup> MARTINICO, G. (2013) “Barking dogs sometimes bite! Un ensayo sobre la incidencia de la UE en el marco Constitucional de los Estados miembros del Este”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 47, julio-septiembre, pp. 1-9.

<sup>698</sup> El aspecto objetivo de los derechos fundamentales entronca con la concepción valorativa de los mismos en Rudolf Smend. Lo que fue más tarde asumido por el TCFA, como se desprende de la sentencia del caso Lüth en 1958 en donde proyectan los derechos como principios objetivos sobre todo el ordenamiento jurídico. Esto fue

El TCFA ha expresado desde los comienzos su reserva, en el sentido de que, si apreciase en el futuro la posibilidad de que existieran violaciones a los derechos fundamentales de la LFB, aceptaría recursos de inconstitucionalidad contra normas europeas<sup>699</sup>. El TCFA se preguntaba (y se sigue preguntando) hasta qué punto el Estado puede desvincular a las instituciones comunitarias de su sometimiento a los derechos fundamentales en la atribución del ejercicio de derechos de soberanía, cuando al Estado en el ejercicio de sus poderes le es jurídicamente imposible desentenderse de su respeto. Como nos recuerda Paloma Biglinio Campos<sup>700</sup>, no hay que olvidar el origen de estas afirmaciones del TCFA pues, cuando el TJUE en la sentencias tales como *Stork*, de 4 de febrero de 1959, *Sgarlatta* de 1 de abril de 1965 y *Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft* de 15 de julio de 1960<sup>701</sup>, se pronunció por primera vez sobre los derechos fundamentales negó tajantemente su competencia para aplicar el Derecho interno de los Estados miembros, esto es, que por regla general no debía pronunciarse sobre las normas nacionales y no podía entrar a examinar si se habían vulnerado ciertos derechos fundamentales constitucionales, que la garantía de los mismos era una cuestión interna los Estados miembros y que por tanto a él sólo le competía examinar si ese Derecho interno había vulnerado el Derecho europeo, por cuanto actuar de otra manera sería incompatible con la uniformidad del Derecho comunitario. No tuvo en cuenta el TJUE que estas resoluciones ponían en peligro, precisamente, la pacífica aceptación de los principios que pretendía asegurar, tales como la autonomía y la primacía del Derecho Comunitario.

Pero también, es verdad que el órgano jurisdiccional no podía medir la validez de los actos europeos con otro parámetro distinto que el propio Derecho comunitario. Por ello el TJ, desde la Sentencia *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969, asume la protección de los derechos fundamentales integrándolos entre los principios generales del Derecho comunitario<sup>702</sup>. En la sentencia de 14 de mayo de 1974, asunto *Nold*<sup>703</sup>, el TJUE sistematizó y consolidó su doctrina en esta materia, a sabiendas de que en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft* había sido admitido un recurso de amparo ante el TCFA y estaba a punto de sentencia. A pesar de la sentencia *Nold*, el TCFA dictó la sentencia *Solange I*, que fue visto por la doctrina<sup>704</sup> y por las

---

posteriormente desarrollado dogmáticamente por Peter Häberle y resultó arropada por la autoridad doctrinal de Konrad Hesse. Por ello se llega a una irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, lo que significa una interpretación y aplicación del Derecho ordinario de conformidad con los derechos fundamentales. Ver GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (1998) "Teoría y realidad constitucional en Alemania", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1º semestre pp. 197-204. Ver también. SMEND, R. (1928) "Das Recht der freien Meinungsäußerung" en *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, berichte von Karl Rothenbücher, Rudolf Smend, Herman Heller und Max Wenzel, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer su München am 24 und 25, märz 1927, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4*, pp. 44-73. HABERLE, P. (1962) "La libertad fundamental en el Estado constitucional" Pontificia Universidad católica del Peru, Fondo Editorial 1997, pp. 11-411. HESSE, K. (1978) "Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland", Bericht für die IV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, 1978 in Wien, EuGRZ 1978, p. 427-438.

<sup>699</sup> Auto del TCFA de 18 de octubre de 1967 en el asunto *1 BvR 248/63 y 216/67 BVerfG 22*.

<sup>700</sup> BIGLINIO CAMPOS, P. (1997) "De que hablamos en Europa cuando hablamos de Derechos fundamentales", *Revisita de Estudios Políticos* (Nueva Época), Núm. 97. julio-septiembre, pp. 71-103.

<sup>701</sup> Ver Primera Parte, Cap. 1. p. 23.

<sup>702</sup> Ver Primera Parte, Cap. 1. p. 26.

<sup>703</sup> Ver Primera Parte, Cap. 1. p. 29.

<sup>704</sup> Para Manuel Cienfuegos Mateo, aunque esta resolución consideró finalmente que se respetaban los derechos fundamentales, sin embargo, supuso una infracción flagrante de la autoridad de las sentencias prejudiciales interpretativas en particular, y del Derecho comunitario en general, en varios aspectos. Por su parte Andrés Jakab recuerda que detrás del escudo de la voluntad de asegurar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos se oculta elegantemente una voluntad de preservar la soberanía del Estado en contra del desarrollo del proceso de integración europeo. Ver CIENFUEGOS MATEO, M (1995), "Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas...op. cit., pp. 522-525; JAKAB, A. (2008), "La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation

propias instituciones de la UE una violación del Derecho comunitario el que el TCFA hubiera aceptado entrar en su control de compatibilidad. En esta sentencia el TCFA, afirmó su competencia subsidiaria para garantizar la protección de los derechos fundamentales frente al Derecho comunitario. El TCFA reprochaba que en ese momento el Derecho europeo no poseía instrumentos normativos ni judiciales para garantizar una protección de los derechos similar a la de la norma constitucional alemana, exigiendo una serie de condiciones (*en tanto* no hubiera compromiso con los derechos fundamentales mediante catálogo) para no llevar a cabo el control de compatibilidad del Derecho comunitario con las garantías constitucionales alemanas.

En esta sentencia, como reconoce José Carlos Cano Montejano, el Tribunal de Karlsruhe no renuncia a su posición de última instancia respecto al Derecho que se va a aplicar en el territorio de la RFA, con independencia de que haya sido dictado por el legislativo alemán o por una institución de carácter supranacional<sup>705</sup>. Como ha dicho Diego López Garrido, “*Lo de menos en este caso es el fondo de la cuestión (no constató violación de la LFB), sino, como decimos, el que un Tribunal nacional controle la constitucionalidad del Derecho comunitario. Lo que puso en cuestión el Tribunal alemán es la unidad e indivisibilidad del Derecho comunitario*”<sup>706</sup>.

La sentencia suscitó una gran oposición, no sólo en parte de la doctrina alemana<sup>707</sup>, sino también en las instituciones comunitarias: la Comisión protestó al Gobierno alemán y el Parlamento Europeo lo condenó en una Resolución de 15 de junio de 1976, sobre la primacía del Derecho comunitario y la salvaguarda de los Derechos fundamentales. La propia sentencia fue objeto de un voto particular en el que los magistrados disidentes argumentaron entre otras razones que la no existencia de un catálogo codificado de derechos fundamentales no aumenta la garantía de que los mismos van a estar mejor protegidos, ello sería tanto como reconocer que en el Reino Unido, que goza de una constitución flexible, carecen de protección estos derechos.

Argumento éste, que se ha visto claramente consolidado con la jurisprudencia posterior del TJUE y su buena disposición para la protección de los derechos fundamentales, aun sin tener el catálogo de derechos requerido por Alemania<sup>708</sup>. La protección por parte del TJUE permite dar un giro a los reproches del TCFA quien, en su sentencia *Solange II* de 1986, ya reconoce que a pesar de la ausencia de un catálogo codificado de derechos propio de la UE, mientras el Tribunal de Luxemburgo siguiera con esa protección comunitaria declinaría asumir el control de compatibilidad.

---

constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne”, *Jus Politicum*, núm. 1 pp. 1-26, en concreto pp. 16 y ss.

<sup>705</sup> CANO MONTEJANO, J. C., op. cit. p. 63.

<sup>706</sup> LOPEZ GARRIDO, D. (1986) “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de mayo de 1974, Derecho comunitario y defensa de los Derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional” *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (BJC), núm. 58, Cortes Generales, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Secretaría General del Estado, pp. 247-248.

<sup>707</sup> Algunas de estas posiciones pueden encontrarse en: HILF, M. (1987) *Solange II: Wie lange noch Solange?* Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 1986, *EuGRZ* 1987, pp. 1 y ss. Ver también CONSTANTINESCO, V. (1987) “Cour constitutionnelle allemande, droits fondamentaux et droit communautaire: une musique nouvelle sur un air ancien”, *Revue Trimestrielle de Droit Europeen*, pp. 545 – 553 y RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y WOELKER, U. (1987) “Derecho comunitario, Derechos fundamentales y control de constitucionalidad. La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986”, *RIE*, 14, 3, pp. 667-685.

<sup>708</sup> MANGA MARTIN, A. (2008) “El compromiso con los derechos fundamentales” en *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo* Mangas Martín, A. (Dir.) López Escudero, M.; Martín y Pérez Nanclares, J. y Sobrino Heredia, J.M. (coord.), Primera Edición, Fundación BBVA, separata de la Introducción pp. 37 a 44.

Con la doctrina *Solange II*, parecía que el Tribunal Constitucional alemán había suspendido su jurisdicción y no volvería a examinar a la luz de los derechos fundamentales la actuación de quienes son titulares de soberanía a través del Derecho comunitario derivado, en tanto en cuanto se garantizase esa protección de derechos fundamentales.

Sin embargo con sentencias posteriores, como la de *Maastricht*, el TCFA demuestra que desea de nuevo ejercer su jurisdicción sobre la protección de los derechos fundamentales en una relación de cooperación con el TJUE. Relación de cooperación que argumenta considerando, que al TJUE le toca garantizar la protección de los derechos fundamentales en cada caso particular para la totalidad del territorio de la UE y, al TCFA garantizar de manera general un nivel de derechos fundamentales irrenunciable en el territorio de la RFA. Los problemas que suscita esta sentencia son: la referencia a la sentencia *Solange I* y la ampliación del concepto de poder público, lo que supone que el TCFA llegue de nuevo a afirmar que debe poder examinar todo acto de un poder público soberano que lesione derechos fundamentales sin que importe si es dictado por un titular de soberanía alemán o por los titulares de soberanía de la UE. De esta forma vuelve a vincular a las instituciones de la UE con la garantía que de los derechos fundamentales hace la LFB. Ello ha llevado a entender a Torstein Stein,<sup>709</sup> que el acuerdo de paz entre el TCFA y el TJUE en la decisión *Solange II*, quizá sólo fuera un alto el fuego, pues, aunque se quiso ver una renuncia, en realidad el Alto Tribunal no claudicó de sus competencias de control de los derechos fundamentales frente a actos de las Comunidades Europeas, sólo permanecería inactivo mientras el TJUE garantizase una protección suficiente de los mismos.

Posterior a *Maastricht*, el TCFA vuelve de nuevo a matizar su criterio, pues en la sentencia sobre la ordenación del mercado del plátano (*BVerfG 102, 147*) se decantó por la cooperación con el TJUE de manera casi definitiva, ya que establece que no cabe alegar que el Derecho de la UE ha vulnerado los derechos fundamentales de la LFB a no ser que el ordenamiento jurídico comunitario, incluyendo la propia jurisprudencia del TJUE, haya reducido el estándar de los derechos fundamentales imprescindible. Admitiendo el control constitucional siempre y cuando la demanda se fundamente en que la protección básica e irrenunciable de los derechos fundamentales no se garantiza. Interpretación que deja de nuevo la vía abierta para entender que la LFB es el parámetro de lo esencial a proteger por la UE y por tanto que los preceptos de la LFB se convierten en la réplica al artículo 6 TUE coadyuvando a perfilar las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Es decir vuelve el TCFA a medir el ordenamiento comunitario desde su propio ordenamiento constitucional.

En sentencias posteriores, como la de la Orden de Detención Europea, de 18 de julio de 2005, o sobre la Directiva de retención de datos<sup>710</sup>, el TCFA suspende parcialmente la entrada en vigor de la Ley de transposición de un acto jurídico de la UE y renuncia a la presentación de una cuestión prejudicial, respondiendo que la misma sólo cabría si estuviese en cuestión una norma comunitaria y no una norma de la RFA. En estas sentencias el TCFA intenta llegar a un resultado conciliador con el Derecho de la UE pero manteniendo las tesis de *Maastricht*, pues intenta salir al paso, a través de otra técnica nueva, consistente en resolver los casos al margen del Derecho de la UE y con desconocimiento de la jurisprudencia del TJUE.

Lejos de rectificar esta reticencia a cooperar con el TJUE, en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, la endurece. En esta sentencia, el TCFA afirma que la transferencia de derechos soberanos a la UE está condicionada a la conservación de la soberanía constitucional, que cristaliza básicamente en el principio de atribución de competencias a la UE y el respeto a la

---

<sup>709</sup> STEIN, T. (1994) “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht”. *Revista de Instituciones europeas*, núm. 21, septiembre /diciembre, pp. 721-745.

<sup>710</sup> *BVerfGE 1 BvR 256/08*.

identidad constitucional de los Estados miembros. Llegado el caso, el TCFA estará legitimado para comprobar que estos principios son garantizados. Asimismo, afirma que le corresponde al TCFA examinar si los actos jurídicos de los órganos e instituciones de la UE se mantienen dentro de los límites o si se produce una interpretación extensiva de los Tratados por la jurisprudencia que equivalga a una inadmisibles modificación autónoma de los Tratados. En última instancia, de manera excepcional, el TCFA podrá declarar el Derecho de la UE no aplicable en Alemania. No en vano, el propio TJUE ha llevado a cabo una interpretación similar de la vinculación de la UE a las resoluciones de Naciones Unidas en el conocido Caso *Kadi*<sup>711</sup>.

Esta sentencia resulta más sorprendente dado que la jurisprudencia alemana basaba los recelos de la protección de los derechos fundamentales desde la UE, en la ausencia de un catálogo de derechos con eficacia jurídica directa. El nuevo Tratado de Lisboa mediante el estatus que le otorga a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la posible adhesión de ésta al Convenio Europeo de Derechos Humanos habría resuelto ambas cuestiones. Sin embargo con estas sentencias, al igual que hizo en la de *Maastricht*, da a entender que dicho catálogo no es suficiente y se vuelve a erigir en última instancia y no, entre instancias de igual rango, sino en una relación en la que el TCFA tiene la última palabra y vigila o controla al TJUE. Con ello podría encenderse de nuevo un día la vieja controversia sobre primacía del Derecho europeo frente a todo Derecho nacional, incluidos los derechos fundamentales contenidos en la LFB.

### 3.4. Legitimidad democrática

La vía procesal que continuamente utiliza el TCFA, para admitir a trámite sus recursos, es la del artículo 38 LFB, que garantiza el derecho al sufragio. A juicio del TCFA este derecho puede verse afectado cada vez que el legislador alemán participa en la reforma o configuración del Derecho originario ya que las transferencias de soberanía podrían implicar un vaciamiento del principio democrático, que conforme al artículo 23 LFB es un límite al proceso de integración. De este modo, cabe un recurso de amparo por posible lesión del artículo 38 LFB frente a todo el Derecho comunitario e incluso frente a la Ley de ratificación de los Tratados.

Sin embargo, este principio de legitimidad democrática, lo plantea el TC desde dos ángulos distintos. Uno, la ausencia de democracia en el seno de la UE que implícitamente comporta la pérdida de ésta por los ciudadanos alemanes, y, otro, por el principio de atribución de competencia de la UE, que impone que toda competencia transferida a la UE llamada a desplegar sus efectos jurídicos dentro del Estado alemán ha de apoyarse en una previa autorización del *Bundestag* representante del pueblo alemán. La primera especificada de forma clara en las sentencias *Maastricht* y *Lisboa*, y la segunda en las conocidas como sentencias de la crisis económica.

En la sentencia *Maastricht* ya entiende que la UE es una Unión de Estados, lo que trae como consecuencia que el TCFA atribuya a la UE únicamente una legitimación democrática proporcionada por los parlamentos nacionales. Desde esta valoración se llega a la conclusión de que las principales funciones y competencias de la UE siguen en manos de los Parlamentos nacionales. La transferencia a la UE de derechos de soberanía sólo cabe, cuando se asienten las bases democráticas de la UE, mientras, la soberanía debe residir en los parlamentos nacionales. Estos parlamentos no pueden quedar únicamente para funciones de carácter secundario, pues esto supondría vulnerar la legitimación democrática.

---

<sup>711</sup> Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-402/05 y C-415/05.

En la sentencia *Lisboa*, el TCFA da un paso más y entiende que en la UE no existe una verdadera democracia pues, falta un sistema de organización gubernamental en el que la voluntad europea mayoritaria sustenta la formación de un Gobierno que se remonte a una decisión electoral libre e igual y que permita hacer surgir una auténtica rivalidad, transparente para el ciudadano, entre gobierno y oposición. El TCFA mide el concepto de democracia conforme a su tradición constitucional alemana y conforme a la interpretación que él mismo ha hecho del artículo 38 LFB. Considera que el paradigma de la democracia está en un hombre un voto y esto tan sólo puede regir dentro de un Estado y no, en una institución de representación supranacional. Por ello entiende que en el Parlamento Europeo no hay ninguna garantía de que la mayoría de los votos emitidos represente a una mayoría de los ciudadanos de la UE.

El TCFA cuestiona al Parlamento Europeo fundamentalmente por dos razones, la primera, por su papel complementario y la segunda, por la cuota de los escaños asignada a cada uno de los Estados miembros de la UE.

En relación a su papel complementario destaca que, ni siquiera tomados conjuntamente, podrían por sí solos el Parlamento Europeo (por falta de un pueblo europeo unitario y por las desigualdades que de ahí se derivan en la conformación del voto) y el Consejo Europeo o el Consejo de Ministros (en tanto que instituciones integradas sólo por representantes de los Ejecutivos) aportar una suficiente legitimidad democrática a la UE. Por esta razón le corresponde a los parlamentos nacionales.

Respecto a las cuotas de escaños de los Estados miembros en el Parlamento de la UE, entiende que las mismas no respetan el principio igualdad del voto, considerado en la RFA fundamental. A juicio del Tribunal de Karlsruhe, a nivel nacional sólo se acepta estos desequilibrios en la representación para el caso de una segunda Cámara de designación federal, pero no para una primera que haya de representar al conjunto de los electores o ciudadanos de la UE.

Esta concepción del principio de legitimidad democrática si bien puede ser muy loable e incluso modélica en algunos aspectos, no es la única posible, sin que por ello se diga que, allá donde no la tienen carecen de democracia.

En efecto, respecto al argumento esgrimido por el TCFA, habría que decir con José Martín y Pérez de Nanclares<sup>712</sup> que, si bien no existe un *demos europeo*, ni una verdadera opinión pública europea, el Parlamento Europeo si está revestido, desde 1979, de una legitimación democrática formal, derivado de su elección por sufragio universal directo, libre y secreto (artículo 14.3 TUE) y de una legitimidad democrática material (artículo 14.1 TUE). Así, el procedimiento legislativo ordinario equipara plenamente a Consejo y Parlamento, y es el procedimiento que se utiliza como regla general. El Parlamento dispone también de poder de plena codecisión en la elaboración del presupuesto de la UE e igualmente goza de amplios poderes de control de la Comisión en su papel de ejecutivo de la UE, que se plasma no sólo en las elecciones del candidato a presidente del Consejo Europeo y, la aprobación posterior de la investidura de la Comisión, sino también en la posibilidad de realizar una moción de censura, la discusión del informe anual de la Comisión, la realización de interpelaciones y preguntas etc.

Nadie discute las deficiencias que aún presenta la UE, pero, ello no supone el entender que carecen sus instituciones de un carácter democrático, ni tampoco que en la UE, como Unión de Estados, se deba aplicar el principio democrático, necesariamente, de forma análoga a la de un Estado federal. El TUE reconoce expresamente que se basan en el principio democrático

---

<sup>712</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2011) “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europeo”, op. cit., p. 118.



(artículo 2 TUE) y que se articulan por un sistema institucional que pivota sobre un Parlamento Europeo que reviste, a su elección y a sus competencias, de un carácter marcadamente democrático como el que pueda existir en los Estados miembros, pero con las peculiaridades propias de una unión supranacional integrada por Estados. Ahora bien, diferente no significa inexistente ni deficitario, sino simplemente distinto. La democracia en los términos expresados en estas sentencias ya no existe ni siquiera en Alemania, donde debido a la cláusula del cinco por ciento y a los escaños adicionales extraordinarios, tampoco permiten a la RFA el que el Parlamento represente, cien por cien, la voluntad mayoritaria. Por otro lado, olvida la RFA el sufragio indirecto, es decir los miembros de las instituciones de la UE (Consejo y Comisión) corresponden a miembros de los Ejecutivos de los Estados miembros, los cuales a su vez han sido elegidos directa o indirectamente (según se esté en un régimen presidencialista o parlamentario) por sus nacionales.

A su vez recuerda Claus Dieter Classen<sup>713</sup>, el afirmar ausencia de legitimidad democrática por esta razón, supone tanto como entender que en algunos Estados miembros de la UE carecen de la citada legitimidad pues, soportan en sus parlamentos nacionales cuotas de escaños que no pueden considerarse insignificantes. Tal es el caso del Reino Unido con la cuota que ostentan Inglaterra y Gales, o el español donde la elección de los diputados en la Cámara Baja se aparta de un hombre un voto, pues asigna una representación mínima a cada circunscripción o el Derecho francés, que se aparta también de este concepto con su estricta ley de paridad electoral. En suma este instrumento corrector utilizado para repartir los escaños en el Parlamento Europeo es hartamente conocido y utilizado en el ámbito nacional.

Mediante la constante idea del TCFA del déficit de legitimidad democrática de la UE, llega a la teoría de la competencia de las competencias y a la necesaria imposición a las instituciones europeas de la distinción entre interpretar los Tratados y ampliar el contenido de éstos. Así, señala que la responsabilidad de los parlamentos nacionales debe serlo respecto de la transferencia de derechos de soberanía. En el caso de una decisión en este sentido, habrá que examinar si la legitimidad democrática de la UE posee la calidad que exige el paso previsto en el proceso de integración. Ello supone que las competencias transferidas a la UE han de estar suficientemente determinadas y que no cabe la competencia de la competencia en la UE, pues la UE se rige por el principio de atribución de competencias y éstas son singulares y limitadas. La estructura interestatal de la UE supone que la ampliación de sus competencias comunitarias sea únicamente posible mediante la modificación de los Tratados y con participación de los parlamentos nacionales. Reclama por ello de las instituciones y órganos de la UE el que distingan entre las interpretaciones de las competencias de los Tratados comunitarios y la ampliación de las mismas. Es decir, que se diferencie fundamentalmente entre la asunción de una competencia soberana atribuida de forma limitada y la revisión de los Tratados, de manera que una interpretación de los Tratados no pueda convertirse en una ampliación del contenido de los mismos. Por ello se autoerige el Tribunal Constitucional alemán en última instancia en la determinación de si un acto jurídico comunitario respeta o no las previsiones de los Tratados. Esto es, el TC considera que una actuación *ultra vires* de la UE puede dejar al *Bundestag* sin capacidad de decidir sobre cuestiones de peso político sustantivo, por lo que le corresponde vigilar los actos de la UE para evitarlo.

La jurisprudencia del TCFA reprocha a las instituciones de la UE el que no siempre hayan respetado esta diferencia y hayan caído en una interpretación dinámica que no estuviera cubierta por la base jurídica de los Tratados. Olvida sin embargo el TCFA que, con carácter general, se

---

<sup>713</sup> DIETER CLASSEN, C. (2010) “¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de Procrustes? Acerca de la sentencia del Tribunal constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa”. UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, pp. 237-260.

choca con una gran dificultad práctica para diferenciar entre interpretación que se mantenga dentro del marco de los Tratados y otra que lo supere<sup>714</sup>. La solución no puede ser el afirmar que, corresponda en último lugar al propio TCFA la decisión de si un determinado acto jurídico procedente de las instituciones y órganos europeos se mantienen dentro de los límites marcados por los derechos soberanos que se le han atribuido o si, por el contrario los rebasa, pues el TUE atribuye esta facultad al TJUE. Con esta afirmación el TCFA vuelve a su teoría de la sentencia *Solange I*, de ampliar su control sobre actuaciones eventuales *ultra vires* de la UE.

Las sentencias sobre la estabilidad financiera de la UE dan un paso más en cuanto a lo protegido por el principio de legitimidad democrática. El TCFA incardina la autonomía presupuestaria del *Bundestag* en esta clásica salvaguarda de la representación democrática, y, sobre eso, invoca la observancia de los inexcusables límites constitucionales a oponer, mediante la sutil diferenciación entre comunitario y para-comunitario o intergubernamental. Es decir, que la autorización de ayudas económicas a otros países partícipes de la UE no se lleva a cabo sin el previo consentimiento del *Bundestag*, por una cantidad determinada y con fecha límite. El TCFA deja claro que las decisiones sobre la estatalidad económica le competen al *Bundestag* en pleno, y por ello vulnera el principio democrático del artículo 38 LFB, cualquier acto europeo que suponga una responsabilidad financiera imprevisible e incuantificable del Estado alemán. El TCFA aduce que las cuestiones económicas pueden suponer una pérdida del poder soberano estatalmente articulado de los ciudadanos, si una vasta e indefinida transferencia de tareas y atribuciones correspondientes al *Bundestag* se desplazan al Gobierno o a las instituciones de la UE para asentir comunitariamente. Se declara que el derecho de sufragio comporta la garantía de autodeterminación de los ciudadanos mediante su participación libre e igual en el ejercicio del poder estatal en Alemania y, en consecuencia, su contenido comprende los principios básicos de un imperativo democrático. Así sostiene de un modo rotundo que, como expresión fundamental de la potestad de auto organización democrática en un estado constitucional, las decisiones sobre ingresos y gastos no podrían dejar de estar en manos del *Bundestag*. Concretamente en este caso, se refiere al crédito alemán, como contenido indiscutible de la autonomía presupuestaria. En apoyo de esta línea central de razonamiento, dice que resultaría inadmisibles la transferencia de responsabilidades y atribuciones del *Bundestag* a instituciones supranacionales, lo que valdría también en relación con la hipótesis de asunción mediante acuerdos internacionales, institucionalmente ligados a la UE, de compromisos de alcance semejante.

Con estas sentencias, según Antonio López Castillo<sup>715</sup> el TCFA al democratizar la autonomía presupuestaria de la RFA está imponiendo límites a las autoridades alemanas al efecto de salvaguardar su contenido indisponible, por cuanto además de exigirse su paso por el *Bundestag*, a éste le exige responsabilidad. Ello según este autor, supone que la cláusula de participación democrática se haya convertido no en una hipótesis de resistencia a la tiranía, sino a propósito del funcionamiento ordinario de la toma de decisiones en el conjunto de la Unión Europea y puesta en común en torno a la gobernanza de la política financiera y monetaria, en plena crisis, a caballo de rescates en marcha y por venir.

Es más, este uso abusivo del principio de legitimidad democrática ha llevado al TC a permitir el recurso de amparo del ciudadano individual contra decisiones de los órganos jurisdiccionales en todos los órdenes de la jurisdicción, y, en concreto, en el de la interpretación de un recurso de amparo contra leyes internas e incluso contra actos de las instituciones de la

---

<sup>714</sup> GAMBINO, S. “Identidad constitucional nacional, Derechos fundamentales e integración europea”, *ReDCE*, año 9, núm. 18, julio-diciembre 2012, pp. 53-94.

<sup>715</sup> LOPEZ CASTILLO, A. (2014) “Prejudicializando...comentario urgente de la primera cuestión prejudicial del TCFA.”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, pp. 287-296.

UE, en el cual la garantía subjetiva de los principios constitucionales del derecho al sufragio se convierte en palanca para un examen objetivo de la soberanía, la democracia, del mandato de conservación de la estatalidad de la RFA, de la identidad del pueblo alemán, del estado social, etc.

Si bien los artículos 93 y 100 LFB atribuyen al TCFA los recursos de control de la LFB y los requisitos necesarios para la interposición de los mismos<sup>716</sup>, el TCFA basándose principalmente en la intangibilidad del principio de legitimidad democrática ha entrado en el fondo de las resoluciones aun cuando el recurso ha sido inadmitido. Por ello puede decirse que el TC ha convertido el recurso constitucional en un derecho de naturaleza procesal similar a los derechos fundamentales o como un derecho público subjetivo de jerarquía constitucional, cuya importancia no se agota con la protección de los derechos fundamentales sino que tiene un doble carácter, en la medida en que posee simultáneamente la función de preservar el Derecho constitucional objetivo y de contribuir a su interpretación y desarrollo. O cómo ya dijo el TC en el año 1958, en el famoso caso *Lüth*, la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de los clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino *encarna un orden objetivo de valores*, con la consecuencia de que los valores o principios fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino para todos los ámbitos del Derecho.

Las sentencias escogidas resumen claramente esta evolución jurisprudencial porque, aunque la legitimación para interponer los recursos se ha condicionado legalmente a la trascendencia constitucional de la cuestión, el TC no ha discernido si efectivamente se había vulnerado un derecho específicamente constitucional o simplemente se había violado una norma con rango de Ley. El TCFA ha seguido su propio paradigma interpretativo, a modo de *certiorari* o filtro de admisibilidad del Derecho europeo, pues aun inadmitiendo un recurso por razones de forma (como en las sentencias de 5 de julio o de 18 de octubre de 1967 o de 9 de junio de 1971) ha hecho una revisión constitucional de todos los actos de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial respecto de su conformidad con los derechos fundamentales, y, en concreto con el de democracia.

#### 4. CONCLUSIONES

Si bien es cierto que, en la mayoría de sus sentencias el TCFA dedica un apartado a la necesidad de una cooperación y colaboración entre los distintos ordenamientos jurídicos (el nacional y el comunitario), y recuerda de forma reiterada como la participación de Alemania en una organización internacional de integración como lo es la UE, es una posibilidad a la que estuvo desde un principio abierta la LFB<sup>717</sup>. En su jurisprudencia hace referencia continua a la soberanía del pueblo alemán, al principio de reversibilidad a través de un *contrarius actus* y al principio de atribución competencial limitado y restringido de la UE, con lo que da a entender que sigue anclado en el concepto tradicional de soberanía, o como dice Carlos Vidal Prado, que sigue manteniéndose en una férrea defensa de la soberanía nacional alemana, como si las decisiones procedentes del ámbito europeo implicasen un peligro directo o indirecto para el

---

<sup>716</sup> STERN, K. (1980) “*Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*,” Vol. II, Beck, München, pp. 938-978. Este autor recuerda que, estos procedimientos de control pueden clasificarse en cinco grandes grupos: recurso y control de constitucionalidad de las normas con rango de Ley; recurso de amparo para la garantía de los derechos fundamentales; conflicto de competencia entre órganos; conflicto de competencia territorial derivado del carácter federal del Estado y otros procedimientos especiales de garantía de la Constitución.

<sup>717</sup> En la mayoría de las sentencias analizadas se recuerda que esta participación viene incluso impulsada a tenor de la proclamación de europeísmo que el constituyente alemán de 1949 realizó en el Preámbulo de la LFB.

propio Estado alemán<sup>718</sup>. El TCFA sufre una ensoñación a propósito del valor que el concepto de soberanía tiene en la actualidad. Seguir considerando noventa años después que la “*Allgemeine Staatslehre*” de Jellinek, es la obra de referencia para articular el concepto de soberanía, según José Martín y Pérez Nanclares tiene que llamar seriamente a reflexión<sup>719</sup>.

Añade este autor que el concepto estatista de soberanía tan solo es posible en el contexto histórico preciso de los Estado-nación. En la actualidad, donde el fenómeno de la globalización está suponiendo una mutación radical del concepto tradicional de Estado-nación y en el que organizaciones supranacionales, como la UE, han creado una entidad a caballo entre una organización internacional y los Estados, el pretendido carácter absoluto de la soberanía ya no existe<sup>720</sup>. La soberanía estatal no es en modo alguno un objeto de contenido medible y predeterminado en el que la transferencia de competencias a una organización supranacional forzosamente conlleve de forma automática la pérdida total de la misma por parte de los Estados y su adquisición definitiva por otra entidad supranacional. Máxime en una UE cuyo sistema de competencias se funda en elementos finalistas y funcionalistas dentro de unas posibilidades de actuación de intensidad muy distinta según sea cada competencia. Y es que la construcción del ordenamiento jurídico europeo acrecienta la fragmentación de los ordenamientos jurídicos nacionales, los cuales incluso en su parte remanente son a menudo la sola trasposición de Derecho comunitario. El Derecho comunitario es pues, resultado de un proceso europeo de formación de la voluntad en el que se han de satisfacer otros intereses, valores y preferencias, más allá de las alemanas, por ello se han abandonado casi de pleno las tesis defendidas en los inicios de la integración por la cual el Derecho europeo se aplicaba en virtud de su transformación en Derecho nacional. En el curso de la integración no sólo se construye un mercado sin Estado y un sistema de gobierno sin Estado, sino también un Derecho sin Estado, por lo que es necesario reelaborar las categorías fundamentales de la ciencia jurídica, y en concreto los conceptos de Estado y Derecho en su entendimiento tradicional<sup>721</sup>.

Peter Häberle, considera que, el TCFA simplemente no ha tomado en consideración el debate doctrinal de décadas sobre la transformación del concepto de soberanía. El TCFA se refiere de forma continuada a un concepto de soberanía como una asociación de Estados soberanos, “Señores de los Tratados” y se olvida el postulado de europeísmo y la apertura a la integración<sup>722</sup>. Con esta interpretación, el TCFA se atribuye a sí mismo la condición de señor

---

<sup>718</sup> VIDAL PRADO, C. (2006) “Nuevos (y viejos) recelos del Tribunal constitucional Federal Alemán frente a la eficacia del Derecho comunitario,” *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 77, mayo-agosto, pp. 273-310.

<sup>719</sup> MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. (2008) “La contribución del Tribunal Constitucional alemán... op. cit., p. 178.

<sup>720</sup> Idea no compartida por Gerhard Leibholz, en el sentido de que incluso aun cuando la soberanía deba ser atenuada no se puede pasar por el hecho definitivo de que actualmente no se pueda hablar, en sentido tradicional de soberanía. Mientras un Estado tenga la capacidad de decir su última palabra en un plano político, es soberano. Este autor recuerda que la entrada del Derecho internacional en el Derecho interno de los Estados no les priva de su soberanía, pues la soberanía es un concepto político y no jurídico, y que además a pesar de todos los atavismos que pueda llevar adheridos, es todavía en el siglo XX y aun incluso en el momento presente, algo absolutamente político, real y vivo, sin que los hombres que en su época han creído poder influir de una manera decisiva en la concepción sobre el Estado nacional lo hayan conseguido. Ver LEIBHOLZ, G. (1962) “La soberanía de los Estados y la integración europea”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 124, pp. 5-26.

<sup>721</sup> VON BOGDANDY, A. (2000), notas sobre la ciencia del derecho europeo...op. cit., pp. 215-220.

<sup>722</sup> Destacan así en la dogmática alemán la contribución de Hans Peter Ipsen que mantuvo que los distintos pueblos europeos tras sus correspondientes procedimientos constitucionales construyen mediante un acto común un poder público nuevo, directo e independiente, en la que destaca la integración como principio constitucional de las Comunidades, siempre que entendamos esta integración como acto de conjunto de los Estados miembros que las conforman, para actuar según objetivos en una planificación por etapas calculada por periodos de tiempo y dirigida a una iniciativa acordada, en la idea comunitarizada que tiene por objetivo la armonización jurídica y la prolongación,

del Derecho constitucional de la UE. Sin embargo, este planteamiento introvertido alemán “desde la perspectiva del Derecho constitucional europeo, de las otras comunidades científicas y del espacio público europeo en su conjunto,...no es admisible”<sup>723</sup>.

Las sentencias escogidas en el presente trabajo son una prueba inequívoca del concepto trasnochado de soberanía a que se refieren los autores anteriores pues, sitúan esta soberanía bajo la cláusula de intangibilidad del artículo 79 LFB, de tal manera que ni siquiera el poder de reforma de la Constitución podría declarar la incorporación a un Estado federal europeo. En concreto algunas sentencias llegan incluso a afirmar que, la soberanía del pueblo alemán supone que el principio democrático se incardine en la dignidad de la persona. El conocido por la doctrina alemana “Derecho fundamental de la democracia” como desarrollo del artículo 1.1 LFB se desarrolla por la jurisprudencia del TCFA como legitimación del pueblo alemán a los órganos del Estado. El TCFA aventura finalmente que la dignidad de la persona es el punto de partida de la participación democrática, acogiendo incluso en el ámbito de protección del artículo 79.3 LF. La frase “*El Estado está para servir a la voluntad de los seres humanos, no a la inversa*”<sup>724</sup>, sirve de antecedente a la hermosa frase del TCF “*El Estado no es ni un mito ni un fin en sí mismo, sino la organización históricamente desarrollada y globalmente reconocida de una comunidad política*”<sup>725</sup>.

En efecto, desde la famosa sentencia *Liith*<sup>726</sup> se ha impuesto desde el TCFA una percepción de los derechos fundamentales como “elementos de un ordenamiento objetivo,” es decir los contenidos que se derivan de los derechos fundamentales, en tanto que derechos humanos individuales, podrían impregnar de manera preminente el conjunto del ordenamiento jurídico, bien por la vía de una interpretación y aplicación de las leyes de Derecho público conforme a la LFB, bien mediante los efectos que irradian también las normas reguladoras del tráfico jurídico privado. La primacía así fundamentada del Derecho constitucional es omnicomprendiva y conduce, en virtud del artículo 1.3 LFB a que ésta Constitución adquiera una relevancia adicional. Con esta forma de actuar el TCFA impregna constitucionalmente el conjunto del ordenamiento jurídico de rango legal y así, va ampliando sus propias pretensiones de interpretación.

Con ello se produce, lo que Helmuth Schulze-Fielitz, llama una penetración particularmente marcada en el ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales que se le ha dado en calificar como de constitucionalización del ordenamiento jurídico<sup>727</sup>. Olvida sin embargo el TCFA que esta constitucionalización de los derechos en torno a la LFB y residenciada principalmente en la dignidad de la persona (concepto jurídico indeterminado que

---

intensificación y ampliación de los objetivos de integración. Esta integración funcional es lo que la LFB denomina transmisión de derechos de soberanía, lo que abre la discusión sobre su efecto trasgresor sobre la constitución. IPSEN, H. P. (2010) “La posición jurídica de las Comunidades” *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 14, julio-diciembre, pp. 461-489. Por otro lado además de la importante teoría de Peter Haberle es valiosa la contribución de Christian Joerges, Dieter Wolf y Michael Zürn con sus aportaciones a la naturaleza específica del Derecho europeo, entre el Derecho nacional y el internacional. Ver ZÜRN, M. JOERGES, CH. NEYER, J. Y WOLF, D. (2005) “Law and Governace in Postanational Europe, compliance Beyond tha Nation-state”, Ed. Michael Zürn y Christian Joerges, Cambridge University Press, pp. 1-293.

<sup>723</sup> HÄBERLE, P. (2009) “La regresiva “Sentencia Lisboa” como “Maastricht-II” anquilosada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, núm. 12. Julio-diciembre/2009. pp. 397-429. Traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón.

<sup>724</sup> Que se utilizó en el art. 1.1 del Proyecto de *Herrenchiemsee*, 1948.

<sup>725</sup> HÄBERLE, P. óp. cita anterior.

<sup>726</sup> *BVerfGE*, 7, 198.

<sup>727</sup> SCHULZE-FIELITZ, H. (2009) “El lado oscuro de la Ley Fundamental”, traducido por María Ángeles Martín Vida, *Revista De Derecho constitucional Europeo*, año 6, núm. 12, julio-diciembre, pp. 193-238.

evoluciona con el tiempo y varía de un territorio a otro), supone pretender, que toda una entidad supraestatal y los Estados miembros que la conforman, se adecuen a la concepción que de la misma haga el garante de la LFB. Ello sería tanto como aceptar la superioridad moral del pueblo alemán a través de la voz de su TCFA.

En suma, en una valoración de conjunto, lo cierto es que el papel del Tribunal Constitucional Federal en el ordenamiento constitucional-democrático alemán como garante del respeto del marco jurídico-constitucional por parte de la política y, con ello, como defensor de la cláusula de intangibilidad es más que notable. No sólo se pone de relieve en la jurisprudencia de estos más de sesenta años, y especialmente en las sentencias aquí seleccionadas sino que a veces se llega a imponer a la UE, lo que a mi juicio no debería ser aceptado, pues, por un lado pretende frenar la integración europea y por otro supone el que los distintos Estados miembros tengan que verse constreñidos por la interpretación que de los Tratados ha hecho el Tribunal Constitucional alemán. La mayor parte de las resoluciones aquí seleccionadas (como *Solange I*, *Maastricht o Lisboa*) han sido fuertemente criticadas incluso por la dogmática alemana, porque suponen lo que denomina Alfredo Allues Buiza un ataque preventivo a la postmodernidad del constitucionalismo europeo<sup>728</sup>. Ello no ha impedido que el TCFA haya fortalecido su interpretación e incluso haya ido reforzando cada vez más su posición, como lo demuestran las sentencias posteriores, hasta el punto, que ahora desde todos los Estados miembros de la UE existe una clara percepción de que hasta que no se pronuncie el TCFA no cabe conocer verdaderamente la posición del pueblo alemán en las políticas de la UE<sup>729</sup>.

La explicación de esta forma de actuar del TCFA se encuentra en su propia percepción en el seno de la RFA, donde se le ha considerado la innovación más trascendental de la LFB. Su fortísima posición, sin parangón en el continente europeo, y que se manifiesta frente al legislador parlamentario y frente a la interpretación del ordenamiento jurídico de rango legal alemán, se debe por un lado al buen concepto que de este Alto tribunal tienen los ciudadanos alemanes y al gran peso que poseen los elementos característicos del Estado de Derecho en la Ley Fundamental de Bonn. La explicación de ello se puede buscar en el intento de superación del fracaso o el presunto abuso de los de los derechos bajo la vigencia de la Constitución de Weimar, o en el posterior miedo a la actividad del Partido Comunista y el Partido Socialista con el avance de la Guerra Fría, o en su actual fuerte posición económica frente a los países miembros del euro. Pero la realidad es que cualquier excusa ha sido aprovechada por el TC para someter la actuación del Estado y de la Administración a un control judicial lo más preciso y estricto posible. Las amplias posibilidades de actuar del TCFA examinando el desarrollo de las dimensiones objetivas de los derechos fundamentales, lo han convertido en la práctica en un Tribunal supremo frente a la jurisdicción ordinaria, hasta el punto de que en la actualidad todo puede ser revisado por el TCFA pues, sigue sin resolverse el problema resultante de cómo se puede separar exactamente la vulneración del Derecho específicamente constitucional de simples violaciones de normas con rango legal<sup>730</sup>.

El problema con el que se ha encontrado la UE y, en concreto el TJUE, es que éstos mismos parámetros internos los intenta aplicar el TCFA para analizar el Derecho europeo.

---

<sup>728</sup> ALLUE BUIZA, A. (2010) “La ratificación del Tratado de Lisboa y la sentencia del Tribunal constitucional federal alemán de 30 de junio de 2009”, *Revista de Estudios Europeas*, núm. 54, enero-junio, pp. 9-34.

<sup>729</sup> TORREBLANCA I, publica en el periódico “*El país*,” el 6 de septiembre de 2012, bajo el título “no es Ángela todo lo que reluce” un artículo donde describe claramente las cuatro B a las que está sometido un canciller alemán, a saber: el *Bundestag*; el *Bundesbank*; el *Bundesverfassungsgericht*, y el *Bild*.

<sup>730</sup> Resulta sin embargo paradójico que un Tribunal como el Alemán, defensor a ultranza de la legitimidad democrática, al haberse revestido de tales competencias, con su actuación ha generado un claro desapoderamiento del legislador parlamentario alemán, con la consiguiente pérdida de legitimidad democrática que ello conlleva, pues es la élite política, de cinco magistrado en una Sala, quien está sustituyendo la soberanía del pueblo.

Torstein Stein<sup>731</sup> nos recuerda, que la solución global impuesta por la UE, como reza el artículo 19 TUE, es dejar en manos del TJUE la decisión de que los actos jurídicos procedentes de las instituciones y órganos de la UE se mantengan dentro de los límites de los Tratados, lo que supone aceptar por los Tribunales constitucionales de los Estados miembros toda la jurisprudencia de este TJUE, incluso aquellas sentencias que resulten erróneas o que sean vistas como tales. La solución nunca puede venir de la mano de un tribunal constitucional nacional, no cabe pues que el TCFA se reserve al respecto el derecho a decidir en última instancia, pues si todos los tribunales constitucionales llegasen a la misma conclusión que el Tribunal de Karlsruhe, no cabría hablar de un único Derecho de la UE, sino de 28, tantos como interpretaciones distintas, sobre un precepto o acto jurídico de la UE, se diesen por parte de los tribunales constitucionales nacionales.

Sin embargo la solución global dada por la UE tampoco es lo ideal, pues como, añade este autor, con una gran dosis de fantasía y desde un plano muy teórico se podría uno imaginar el supuesto en que, en una determinada materia, la UE sobrepasara manifiestamente sus competencias por mayoría de sus miembros. El hecho de que lo respalde una mayoría no puede subsanar la violación competencial existente, pues tal ampliación competencial requeriría una revisión de los Tratados, que, como tal, requerirían la unanimidad y la participación de los parlamentos nacionales. Si un caso semejante se viera sometido al TJUE y éste confirmara la legalidad competencial sin atender al manifiesto exceso competencial. ¿Cuál sería en estos casos la solución?, si en modo alguno corresponde a un tribunal constitucional como el alemán adoptar una decisión vinculante.

Para Jasone Astola Madariaga<sup>732</sup> un sistema como el europeo de distribución de competencias que por definición no resultan claras, ya que hasta el momento se ha utilizado la vía general de nombrar un objetivo general para cuya consecución las instituciones comunitarias se apropian de las competencias necesarias, es por definición un sistema invasor, en el que se podría aceptar, sin mayores complicaciones, que el TJ tuviese el monopolio para controlar la legalidad de los actos jurídicos comunitarios en las competencias exclusivas, porque los órganos constitucionales de los Estados miembros le han dado ese poder en el momento de ratificar el Tratado comunitario que reconoce la transferencia de esas materias a la UE. Su único límite es que debe tener en cuenta los principios constitucionales de los Estados miembros a la hora de elaborar sus sentencias. No se trata de llegar a un razonamiento genérico como el de las jurisdicciones constitucionales, sino que en un sistema constitucional se asume que, al ratificar un Tratado que da competencias exclusivas a la UE, es porque ese sistema asume que el desarrollo de esa competencia va a ser diferente al desarrollo nacional. Por ello pretender retomar competencias cedidas argumentado que la producción normativa comunitaria adolece de déficit democrático lo considera este autor contrario a derecho. Ahora bien, mientras que en los ámbitos de competencia exclusiva de la UE resulta constitucionalmente válido que el TJ tenga la última palabra, en los ámbitos de competencias concurrentes cree este autor que la jurisdicción exclusiva del TJ resulta, no sólo discutible, sino inconstitucional, por cuanto el artículo 6.3 del TUE obliga a la UE a respetar la identidad nacional de sus Estados miembros y el artículo 5 TUE obliga a esta Comunidad a actuar dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Tratados. Es entendible por ello, que el TCFA pueda controlar que el derecho europeo no sobrepase los límites de las competencias previstas en los Tratados. La interdependencia entre ordenamientos, exige una mayor presencia de los guardianes de los sistemas constitucionales de los Estados miembros en el entramado comunitario, de tal manera

---

<sup>731</sup> STEIN, T. (2012) “Siempre con rumbo fijo...op. cit..

<sup>732</sup> MADARIAGA, J.A. (2002) “Reflexiones en torno al control de constitucionalidad del Derecho comunitario”, *Revista de Derecho Político*, núm. 53, pp. 271-301.

que por medio del debate entre todas las instancias pueda darse una respuesta comunitario-constitucional a los conflictos planteados.

En la medida en que se busca interacción entre ordenamiento en caso de conflicto entre ellos, J.H.H. Weiler y Ulrich Haltern<sup>733</sup>, proponen un mecanismo que evite la disparidad de criterios, lo que se daría mediante la creación de una especie de Consejo Constitucional Europeo, Torstein Stein considera que quizá deberían los Estados miembros, recurrir a sus orígenes de Derecho internacional Público, pues se trataría de un conflicto entre aquellos Estados que respaldan el acto jurídico competencialmente lesivo y aquellos que rechazan la existencia de una ilegalidad competencial. Lo cual incluso podría desembocar en un recurso ante el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya. O como dice Jasone Astola Madariaga siguiendo a Eduardo Virgala Foruria<sup>734</sup> en lugar de crear un nuevo órgano se podría buscar una versión europea de la doctrina del *our federalism* estadounidense, de tal manera que el TJ pudiese considerar válida una norma comunitaria con dudas razonables de constitucionalidad en un Estado miembro únicamente, cuando surgieran cuestiones que trascienden el caso concreto.

En la solución aportada por estos autores, comparto plenamente el que el TCFA no pueda ser la última instancia decisoria. Ahora bien, recurrir a otro Tribunal o Consejo tampoco considero que sea muy acertado. Olvidan en sus argumentos el intento de conciliación o coordinación que debería producirse entre los tribunales ordinarios y el TJUE recurriendo a la cuestión prejudicial, pues, en mi opinión, la solución vendría mejor acudiendo a los propios instrumentos creados en el seno de la UE y que han sido ratificados por los Estados miembros, a través de los Tratados. El momento de discutir esos temas es el momento de la ratificación de los Tratados comunitarios pero, una vez asumidos, el sistema constitucional interno de cada Estado miembro debe asumir el desarrollo europeo. Y es que la única forma de avanzar en la integración es mediante una aplicación común del Derecho de la UE, por lo que hay que aceptar que el Derecho europeo es uniforme y ha de tener validez en todo el territorio de la UE.

Algún sector de la doctrina<sup>735</sup> entiende que hay que diferenciar entre la parte orgánica y la dogmática de la Constituciones, pues tras la aprobación del Tratado de Lisboa, donde la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados, los derechos fundamentales de las Constituciones de los Estados miembros deberían interpretarse de conformidad con esta Carta y con la interpretación que de los mismos haga el Tribunal de Luxemburgo. Ello supone que, en caso de duda o controversia entre el entendimiento de un derecho fundamental por parte de un tribunal constitucional y el Derecho europeo, estos tribunales constitucionales deberían acudir al TJUE para que a través de la cuestión prejudicial resuelva el conflicto. En todo caso resuelva o no el conflicto, sólo acudiendo al TJUE mediante la cuestión prejudicial, se puede saber la interpretación que esta institución comunitaria hace del Derecho europeo y, a partir de ahí decidir.

Puestos a imaginar una solución, quizá debería venir de la interpretación extensiva del artículo 267 TFUE, es decir, entendiendo como órgano jurisdiccional de última instancia a los

---

<sup>733</sup> WEILER, J.H.H. Y HALTERN, U. (1996) "Response: The autonomy of the Community Legal-order-Through the Looking Glass" *Harvard International law journal*, vol. 37, núm. 2, pp. 411-448.

<sup>734</sup> MADARIAGA, J.A. op. cit., p. 294. En concreto cita 77.

<sup>735</sup> TENORIO SÁNCHEZ, P. (2010) "El Tribunal constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Diario la Ley*, núm. 7520, Sección Tribuna, año XXXI, Ref. D-366, Ed. La Ley.



tribunales constitucionales<sup>736</sup>, y por consiguiente sometidos a la obligación de plantear el reenvío prejudicial.

Por lo que hace referencia a la parte orgánica es más difícil pues, realmente se trataría de cuestiones internas y por ello propia de la identidad nacional de un Estado.

Puede que este deba ser el camino a iniciar por el TCFA para así evitar esa sensación que tanto la doctrina, como los medios de comunicación e incluso los ciudadanos de la UE tenemos en este momento de estar en manos del TCFA. Y, es que como nos recuerdan Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez, “*En la elección del método interpretativo del texto constitucional cualquier Tribunal Constitucional, incluido el alemán, está constreñido por dicho texto y no es soberano para decidir el ámbito o extensión de sus competencias, por mucho que de facto ello haya sucedido en algunas ocasiones. Si no obstante lo hiciera, como científicos del derecho debemos describir tales situaciones como rupturas del ordenamiento jurídico, como ejercicio del poder constituyente originario y no como ejercicio de ninguna potestad jurisdiccional de defensa de una Constitución, cuyo marco normativo se ha desconocido.*”<sup>737</sup> Ello va incluso en contra de las pretensiones del TCFA, pues afirmar dicha supra positividad y al mismo tiempo que el sujeto que la afirma conserve su naturaleza de poder público (jurisdiccional) es incompatible con la naturaleza y función del derecho natural iusracionalista de la ilustración, que parece estar en la raíz de la supra positividad del contenido de la cláusula de intangibilidad del art. 79.3 LF, pues precisamente la intención del dogma ilustrado iusnaturalista era la de que ningún poder público, y solo el individuo como miembro de la sociedad, pudiese apelar al derecho supra positivo.

---

<sup>736</sup>A este respecto es particularmente evidente que, a diferencia de los órganos del Poder Judicial, los tribunales constitucionales no pueden ser considerados, en principio, como órganos jurisdiccionales encargados de la aplicación del Derecho comunitario, aunque puedan desempeñar una importante labor de garantía en esta aplicación. En el sentido literal y formal del precepto no cabría pues entender que los tribunales constitucionales puedan plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha dicho y reiterado en todas sus resoluciones judiciales que corresponde a su exclusiva competencia dilucidar la legitimación del juez que plantea la cuestión prejudicial, por considerar que se trata de un asunto de Derecho comunitario y no de derecho nacional. En este sentido, la sentencia de 27 de abril de 2006, asunto C-96/04, *Standesamt Stadt Nieüll*, declaró que para valorar si el órgano remitente tiene las características de un órgano judicial en el sentido del artículo 267 TFUE, cuestión que es únicamente de Derecho comunitario, el Tribunal tiene en cuenta un conjunto de elementos, como el origen legal del órgano, su carácter permanente, el carácter obligatorio de su jurisdicción, la naturaleza contradictoria del procedimiento, el hecho de que el órgano aplique normas jurídicas y de que sea independiente. Parece pues indudable, que con esta interpretación tan laxa, los tribunales constitucionales deben ser calificados como órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento y, por consiguiente estarían también sometidos a la obligación de plantear la cuestión prejudicial si se diese ante ellos los presupuestos contemplados en el citado artículo.

<sup>737</sup>ALÁEZ CORRAL, B. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2008) “*Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*”. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

## CAPÍTULO 7

# EL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE

### 1. INTRODUCCIÓN

La peculiaridad de la Constitución del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte es su naturaleza flexible<sup>738</sup> y pragmática, o como dice Manuel García Pelayo<sup>739</sup>, el ser “*la más acabada expresión positiva del concepto histórico de constitución, pues, (...) es un desarrollo de decisiones parciales que se extiende desde la Carta Magna hasta nuestros días, y de usos y costumbres formados lentamente y sin fecha de nacimiento precisa*”, por ello, como dice Sánchez González<sup>740</sup>, es una Constitución de tracto sucesivo, con una flexibilidad técnico jurídica que le permite una gran flexibilidad política y, con ello adaptarse a las nuevas situaciones concretas de cada momento histórico. Ello explica por qué tras la adhesión del Reino Unido a la Comunidad Europea se ha producido un cambio radical en las actuaciones de los poderes del Reino.

En efecto, esta adhesión ha llevado a la ruptura del principio de la soberanía del Parlamento, pilar de la arquitectura del sistema constitucional británico, al concederse a las instituciones europeas la posibilidad de dictar normas con el mismo valor jurídico que la ley del Parlamento y dar primacía al Derecho europeo<sup>741</sup>. Lo que a su vez, ha supuesto un cambio radical en las fuentes del Derecho británico, pues, si bien hasta esa fecha era el *common law* o derecho común, esencialmente basado en el derecho casuístico, la mayor fuente del derecho británico, tras la integración en la Comunidad el Reino Unido se ha visto abocado a legislar mucho más, y la ley se ha convertido, como en el continente, en una fuente primaria del derecho.

---

<sup>738</sup> La distinción se debe a James Bryce, que se inspiró en la Constitución británica para definirla como ejemplo de Constitución flexible y lo recoge en un ensayo: BRYCE, J. (1901) “*Flexible and Rigid Constitutions*” en *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, chapter: III: New York, Oxford, University Press, pp. 145 y ss. analizando la Constitución británica inspiró su famosa distinción entre constituciones rígidas y flexibles siendo la británica el ejemplo de constitución flexible.

<sup>739</sup> GARCÍA PELAYO, M. (1993) “*Derecho constitucional comparado*”, Madrid, Ed. Alianza Universidad Textos, pp. 277.

<sup>740</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (1998), “Cambios constitucionales en el Reino Unido de la Gran Bretaña”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1º semestre, pp. 215-222.

<sup>741</sup> MARTÍNEZ, M. S. (2008) “Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización,” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, pp. 375-395.

Consecuencia de lo anterior, los tribunales ingleses han tenido que aceptar el principio de supremacía del Derecho comunitario, y por tanto, la preminente autoridad interpretativa del Tribunal de Justicia, lo que les ha obligado a buscar otros parámetros interpretativos.

Antiguamente era ilimitado el poder del Parlamento sobre todos los asuntos y personas incluidas en su ámbito de competencia (*rule of law*). Por más que una ley fuese injusta o contraria a unos rectos principios de gobierno, el Parlamento no conocía límites a su discrecionalidad, y cuando cometía un error, sólo el propio Parlamento podía corregirlo. En este sentido, los tribunales británicos, atendiendo a la voluntad objetiva de la ley, a su literalidad, controlaban la actuación de la Administración, pues su control de legalidad era exclusivamente formal, nunca de fondo<sup>742</sup>. Los jueces, a través de un procedimiento contradictorio, analizaban si la Administración había actuado más allá de los poderes conferidos por la ley (*ultra vires*), pero nunca llevaban a cabo un control político que pudiera poner en cuestión la labor del Parlamento<sup>743</sup>. Modelo que empezará a quedar obsoleto al enfrentarse a las necesidades que conlleva el Estado de bienestar, y en concreto durante el siglo XX, en el que el Parlamento ha asumido dos acotaciones significativas a su ilimitada potestad legislativa. Si bien la primera, fue por una serie de disposiciones legales, a partir del Estatuto de Westminster de 1931, que reconoció formalmente limitaciones de su autoridad sobre los Dominios, y tras la segunda Guerra Mundial concedió la independencia a otros países y territorios dentro de la Commonwealth<sup>744</sup>. La segunda y fundamental tuvo lugar tras la ratificación del Tratado de adhesión a las Comunidades, el 22 de diciembre de 1972, y la siguiente aprobación por el Parlamento, ese mismo año, de la Ley de las Comunidades Europeas (*European Communities Act*), aceptando así la competencia de las instituciones europeas para adoptar medidas con fuerza de ley.

El acceso del Reino Unido a las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1973, supuso la quiebra del principio básico del Derecho constitucional inglés de la soberanía del Parlamento, pues el propio Parlamento se privó de la nota de exclusividad legislativa, al establecer en el artículo 2 de la Ley de las Comunidades Europeas, que cualquier derecho, obligación o limitación establecida por los Tratados tendrá fuerza de ley y se aplicará sin necesidad de otra

---

<sup>742</sup> WHITTAKER, S. (2006) "Precedent in English Law: a View from the Citadel", *European Review of Private Law*, 14, Issue 5/6, pp. 705-746. Se puede encontrar su traducción en español por Banif del Rio, en la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 1, pp. 37-83. Este autor recuerda que aunque se hable de literalidad, no significa que no exista una función creadora del Derecho por los tribunales ingleses, pues durante siglos el Derecho inglés ha situado a sus jueces a la vanguardia del razonamiento jurídico, considerándolos lo que Sir William Blackstone llamó como «oráculos vivientes del Derecho» (*The judges in the several courts of justice... are the depositary of the laws; the living oracles...*), por ser el *common law* el punto de partida del derecho inglés. Ahora bien, los jueces británicos, aceptan desde antiguo que, cuanto tienen que aplicar una ley del Parlamento, ésta posee la virtud de modificar, incluso sustituir el precedente y con ello el *common law*, lo que en términos constitucionales es equivalente al reconocimiento del principio de la soberanía del Parlamento. La legislación parlamentaria es considerada como algo que interrumpe el *common law*, derogándolo, completándolo o rectificándolo. Ver también BLACKSTONE, W. (1979) *Commentaries on the Laws of England* (A Facsimile of the first Edition 1765-1769) 4 vols. The University Chicago Press, Chicago and London. La Sexta Edición, de 1825, se puede leer en: <https://archive.org/stream/commentariesonl04blacgoog#page/n8/mode/2u>;

HARSEN R. y GORDON A. (1997) *UK Courts and the Reception of European Community Law*, Institute of European Studies, The Queen's University of Belfast, Northern Ireland, Paper prepared for the Fifth Biennial International Conference European Community Association, 29 may-1 june, Madison Renaissance Hotel, Seattle, Washington USA.

<sup>743</sup> ERSKINE, M. (2004), en "Facultades y competencias del Parlamento" *en Treatise on the Law, Privileges, Proceedings, and Usage of Parliament* "UK, Ed. Lexis Nexis, Butterworths Law, ed. 23, cap. 4, pp. 63-64, cuya cita 1 se refiere a ejemplos de casos en los que se invitaba a los tribunales a pronunciarse sobre la imposibilidad de impugnar la legislación como el de *Martin v O'Sullivan* de 1982, *Simostax Cases* (STC) 416.

<sup>744</sup> ERSKINE, M. op. cit. p. 64.

disposición legislativa del Reino Unido. Como consecuencia de ello, determinadas normas adoptadas por la institución competente de la Unión pueden convertirse directamente en ley sin necesidad de ser aprobadas por la Reina, los Lores y los Comunes. Otras, sin embargo, deben ejecutarse mediante legislación nacional. Sin embargo, esta trascendental Ley de 1972, aprobó, además del principio mismo de accesión, cambios fundamentales en el derecho británico, pues incluyó entre sus artículos la legislación delegada. Esto de por sí no fue ninguna novedad pues, con arreglo al sistema constitucional inglés, los tratados de accesión son actos del Ejecutivo que para producir efectos internos necesitan de una ley del Parlamento, de ahí que se aprobase la Ley de 1972, la verdadera novedad sin precedentes, es que para dar fuerza jurídica interna a las normas europeas, se autoriza al Gobierno para aprobar mediante “*statutory instrument*” los textos que desarrollan las directivas comunitarias, en las cuales las autoridades europeas sientan principios generales que los Estados han de desarrollar con normas propias. La Ley de 1972, en su articulado, no sólo establece el principio de accesión sino que dota al Gobierno de los poderes necesarios para dictar legislación delegada (Cláusula de Enrique VIII<sup>745</sup>). Es obvio que, en este caso, la naturaleza del poder delegado es formidable, ya que las órdenes de desarrollo pueden derogar leyes vigentes y tratar de temas de gran importancia, e incluso por la misma naturaleza, pueden obligar a los Parlamentos posteriores, restringiendo su poder, hasta entonces ilimitado, en una Constitución flexible<sup>746</sup>.

Dada las características tan distintas que tiene la estructura constitucional del Reino Unido<sup>747</sup>, los conflictos que los tribunales del Reino tienen con el TJ nada tienen que ver con los que sufren los Altos tribunales del resto de los países. Los tribunales británicos, desde la aprobación de la Ley de las Comunidades Europeas, han tenido que aceptar el principio de supremacía del Derecho europeo, y por tanto, la preminente autoridad interpretativa del Tribunal de Luxemburgo.

Los principales conflictos que se han suscitado en torno a la primacía del Derecho comunitario deben pues estudiarse desde otro ángulo distinto, pues en ningún momento se han cuestionado por los tribunales domésticos las resoluciones del TJ, ya que una vez este Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado, se han acatado sus sentencias sin problema alguno.

---

<sup>745</sup> FRAGA IRIBARNE, M. (1975) “La legislación delegada y su control en la Gran Bretaña”, *Anales de la Real Academia de Ciencias morales y Políticas*, núm. 52, pp. 155-179. Nos recuerda este autor que, la Cláusula de Enrique VIII, se dictó por este Rey en 1539 como “*Statute of Proclamations*”, normativa por la cual el Parlamento le autorizó a legislar en Consejo prácticamente como quisiera y de modo muy amplio. Disposición, cuyo nombre ha quedado como «cláusula de Enrique VIII» para designar las indeseables delegaciones ilimitadas del poder legislativo. Al incluirla en la Ley de las Comunidades Europeas de 1972 para desarrollar las directivas, dice este autor que el Reino Unido no es consciente del poder que le ha dado al Gobierno en detrimento del Parlamento.

<sup>746</sup> A la vista de ello, para paliar esta limitación, ambas Cámaras han establecido procedimientos para que antes de que el Consejo de Ministros adopte medidas de efectos jurídicos directos o previsibles para el Reino Unido, el ministro implicado esté informado de las posiciones mantenidas en el Parlamento. Ver en ERSKINE MAY (2011) “Supervisión parlamentaria de los asuntos de la Unión Europea” en *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings, and Usage of Parliament* “UK, Ed. Lexis Nexis, Butterworths Law, Ed. 24, cap. 31, pp.701-710.

<sup>747</sup> La enorme complejidad del sistema constitucional británico hace que sea necesario un estudio profundo y no simplista, lo que excede con mucho del presente trabajo. Sus particularidades más originales pueden encontrarse entre otros en: HUGHES, C. (1957) “*The British Statute book*”, Hutchinson University Library, London; GORLA, G. and MOCCIA, L. (1981) «A «Revisiting» of the comparison between «Continental Law» and “English Law” (16th-19th Century)”, *Journal of Legal History*, vol. 2, Issue 2, september, pp. 143-156; WADE, H. W. R. (1997) “What has happened to the Sovereignty of Parliament?” *Law Quarterly Review*, vol. 107, pp. 1-4; HART, H. L. A. (1961) “*The Concept of Law*”, Oxford University Press, pp. 145-148; WINTERTON, G. A.(1976) “The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-examined”, *Law Quarterly Review*, vol. 92, pp. 591-617; CRAIG, P. (1991) “Sovereignty of the United Kingdom, Parliament after Factortame”, *Yearbook of European Law*, vol. 11, pp. 221-252; LEVITSKY, J. E. (1994) “The Europeanization of British Legal Style”, *American Journal of comparative Law*, vol. 42, núm. 2, pp. 347-380, en concreto pp. 370 y ss.

Dos son los conflictos principales que los tribunales británicos han tenido en cuanto a la supremacía del Derecho comunitario: la ruptura del principio constitucional de la soberanía del Parlamento y el modelo interpretativo a seguir en la aplicación del Derecho de la Unión.

Respecto al primero: el problema, por las razones ya apuntadas de que el Reino Unido carece de constitución escrita, cabe entenderlo estudiando las resoluciones judiciales conforme han ido evolucionando en el tiempo, pues la mayoría tienen su origen en las relaciones entre ordenamientos jurídicos, por la ruptura que el Derecho europeo ha supuesto del principio constitucional de soberanía, en cuanto a supremacía del Parlamento. En efecto, las distintas resoluciones, han ido fundamentalmente dirigidas a poder explicar la primacía de las normas del Derecho comunitario, para lo cual han recurrido a la teoría de la ficción de la soberanía del Parlamento. De ahí que a lo largo de estas décadas se haya planteado si los conflictos entre la norma europea y la interna debían ser resueltos utilizando los criterios interpretativos del *common law* o *ultra vires*.

Consecuencia de lo anterior, los tribunales ingleses han tenido que aprender a resolver conforme a métodos nuevos, de ahí que la mayor parte de las resoluciones judiciales dediquen parte de sus fundamentos jurídicos a encontrar el verdadero significado de la palabras, e interpretarlo conforme hubiere querido la UE. Ahora bien, en un sistema de jurisdicción difuso, esta inconcreción de las normas comunitarias, frente a la precisión de las británicas, ha favorecido y está favoreciendo un número creciente de interpretaciones distintas, y con ello incertidumbre a la hora de explicar las resoluciones judiciales.

Las sentencias inglesas no son, parecidas a las del resto de los países de la UE y ello precisamente por ser el sistema anglosajón un sistema jurisdiccional difuso y vinculado al precedente (*stare decisis*)<sup>748</sup>. Las resoluciones judiciales, antes de dictar el fallo, exponen la *ratio decidendi* o argumentos fundamentales en que se basa su decisión jurídica<sup>749</sup>, aunque también pueden hacer otros comentarios relacionados con el proceso, llamados comentarios al margen (*obiter dicta*), los cuales no forman parte de la *ratio decidendi*. La *ratio decidendi* contiene el principio o norma legal, y, en su caso el precedente, en el que el juez ha basado su decisión, junto con el razonamiento que ha seguido para llegar a la citada decisión o resolución judicial. Ésta es la parte de la sentencia que puede constituir nuevo precedente (*case law*). La doctrina del precedente es uno de los pilares básicos del derecho en el Reino Unido. Debido a la existencia del *case law* todos los tribunales están obligados a seguir y aplicar lo que decidieron y aplicaron en casos similares tribunales jerárquicamente superiores. Esto supone, y aquí radica su mayor diferencia con los tribunales del continente europeo, que la correcta aplicación del precedente es lo fundamental, ya que la mayor parte de los recursos ante el Tribunal Supremo (o Cámara de los Lores) se fundamentan en el precedente incorrecto en que se basó el juez para dictar el fallo. Desde la incorporación del Reino Unido a la CEDH y a la UE, los precedentes no sólo son de los tribunales internos sino también del TEDH, del Tribunal de Luxemburgo e incluso de países miembros de la UE<sup>750</sup>.

---

<sup>748</sup> WHITTAKER, S. op. cit., p. 706.

<sup>749</sup> Lo que además se va haciendo en los tribunales colegiados por cada uno de los jueces a título individual, como si de votos particulares se tratase.

<sup>750</sup> DWORKIN, R. (1995) "Los derechos en serio", trad. M. Gustavino, Editorial Ariel, Barcelona, en especial el Capítulo IV sobre los "casos difíciles", pp. 146 y ss. Postulado éste que llevo a un enfrentamiento con el positivismo de Hart. El debate de Hart-Dworkin posibilitó el surgimiento de las primeras herramientas para la comprensión de los cambios en la interpretación y la práctica del derecho. Y continúa alimentando las creaciones de la teoría jurídica y el derecho constitucional en todo el mundo. Ver también AJANI, G. ANDERSON, M. ARROYO AMAYUELAS, E. y PASA, B. (2010) "*Sistemas jurídicos comparados*", Ed. Lecciones materiales. Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona, pp. 45-48; ALCARÁZ VARO, E. (2007) "*El inglés jurídico*", Textos y Documentos, Ed.

Es por ello que todas y cada una de sus sentencias, aun las de los tribunales inferiores, son Derecho (de creación judicial), o aquella parte del derecho inglés que ha permitido la adaptación del Reino Unido a las cuestiones actuales, aunque su legislación formal date de 1212, como la Carta Magna. El *common law* o derecho y costumbres del Reino y la interpretación del *statute law* o la ley formal del Parlamento se transforman en Derecho mediante la acción creadora de los jueces, al obtener reconocimiento judicial desde los primeros tiempos mediante la decisión de los casos traídos ante ellos.

Siguiendo la metodología empleada con anteriores países, lo primero que haré es una aproximación cronológica a la jurisprudencia del Reino Unido relacionada con el Derecho europeo, para después abordar un comentario sobre cada uno de los conflictos que la misma ha suscitado. He añadido alguna sentencia relativa a los problemas que este país ha tenido con el TEDH, y ello porque su forma de abordarlo permite entender de forma más clara la evolución y actuación de los tribunales británicos en relación con el Derecho de la UE.

## 2. EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA

### 2.1. Adhesión del Reino Unido a la Comunidad Europea, la ruptura con la tradición. Primera década

Ya incluso antes de la adhesión del Reino Unido a la Comunidad la polémica en torno a la incorporación del Reino Unido a esta Entidad supranacional estaba en la mente de los juristas, razón por la cual se dictó la sentencia *Blackburn v Attorney-General*<sup>751</sup> donde el Sr. *Blackburn* plantea ante la Corte de Apelación la duda de que el Gobierno de su Majestad pueda adherirse a la CEE y firmar el Tratado de Roma. Argumenta para ello que la firma del Tratado supone privar al Parlamento de la exclusividad legislativa, y con ello de parte de su soberanía, lo que el Gobierno no puede hacer sin ir en contra de uno de los principios básicos del Derecho constitucional inglés: el que la soberanía resida en el Parlamento. A tal efecto *Blackburn* basa sus argumentos en el contenido de la sentencia del TJ, *Costa v ENEL*, que supone que muchas de las normas comunitarias se apliquen automáticamente a los nacionales británicos y que los tribunales tengan que seguir las decisiones del Tribunal de Justicia en punto a una aplicación uniforme del Tratado comunitario. Ello da lugar a que el Gobierno británico viole la ley inglesa, pues al adherirse al Tratado de Roma, el Parlamento se vería obligado a ceder parte de su soberanía. Lord *Denning*, observando también la sentencia *Costa v ENEL*, acepta que la adhesión del Reino Unido a la CEE limitaría la soberanía del Reino, pero considera que, aunque se firme el Tratado, los tribunales nacionales sólo tendrían que tener en cuenta el Tratado en la medida que se incorporase al derecho británico por ley del Parlamento, por lo que hasta que no se firme el Tratado y se dicte tal ley, en este punto, el recurso debe ser desestimado. *Blackburn* argumentó también, que en el hipotético supuesto de que el Parlamento promulgase esa ley, al hacerlo estaría contraviniendo su propia norma jurídica (*legal rule*) de que ningún Parlamento puede obligar a sus sucesores. Lord *Denning* dijo que, como ya se afirmó por *Maitland* en la

---

Ariel Derecho, Ed. 6, pp. 9-10. Ver también ALCARÁZ VARO, E. (2007) “*El inglés jurídico*”, Textos y Documentos, Ed. Ariel Derecho, Ed. 6, pp. 9-10.

<sup>751</sup> *Blackburn v The Attorney General* [1971] EWCA Civ 7 (10 May 1971), URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1971/7.html> Cite as: [1971] 2 All ER 1380, [1971] WLR 1037, [1971] EWCA Civ 7, [1971] CMLR 784, [1971] 1 WLR 1037. BAILII >> Databases >> England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions >>.

Ley de Unión de Inglaterra y Escocia, no hay leyes irrevocables<sup>752</sup>. Efectivamente ningún Parlamento puede obligar al siguiente porque ninguna ley es irreversible y, "la teoría jurídica debe dar paso a la práctica política," como ya ha pasado con los Dominios en 1931, en los que, por Ley, se les dio la independencia y nadie podría imaginarse que un Parlamento posterior dictase otra ley de recuperación de estos Dominios y anulación de esa independencia. A ello le añade Lord *Justice Salmon* que el poder de este Tribunal es jurídico y no político, esto es, a los tribunales les corresponde decidir y hacer cumplir cual es la ley que hay aplicar, y no la que debería ser ahora o en el futuro.

El Reino Unido se integró en la Comunidad Europea el 1 de enero de 1973, tras la aprobación por el Parlamento de la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, cuyo artículo 2 establece la total obligatoriedad de todas las instituciones del Reino de acatar los Tratados de la Comunidad sin necesidad de legislación nacional. Y, añadió en el artículo 3 (1) que todas las leyes del Parlamento y la legislación subordinada, tanto pasada como futura, será interpretada y aplicada conforme al Derecho comunitario.

El cumplimiento de la Ley de 1972, y la interpretación conforme, no han estado exentos de problemas, pues ha supuesto que los tribunales ingleses tengan, en ocasiones, que ir en contra de su propio derecho común o *common law* para poder aplicar el principio de primacía del Derecho europeo, con la consecuente necesidad de verse abocados a buscar nuevos criterios interpretativos.

La sentencia de 1974 del Tribunal Supremo (*Hight Court*), en el caso resuelto por los jueces *Owle y Fish*, es la primera consciente de los problemas que el Derecho comunitario suscita en el derecho interno y por ello la primera en plantearse el interponer una cuestión prejudicial. De ahí que el Juez *Owle* comente que: *los letrados, o todos aquellos que practiquen desde la Barra, tendrán siempre que dar gracias por la entrada del Reino Unido en la CEE. Pero, aquellos de nosotros que nos sentamos aquí debemos manejarnos desde la primera fila de forma prematura, por los ajenos, odiosos y sin respuesta problemas que soplan de los vientos de Europa sobre nuestras pacíficas costas británicas.*<sup>753</sup> Sin embargo no propuso solución alguna. Puede decirse, por ello, que la primera sentencia que se enfrenta abiertamente con este problema va a ser la sentencia *Bullner v Bollinger* de 1974<sup>754</sup>, pues trata de resolver las cuestiones básicas que en torno al Derecho comunitario se plantean.

La primera es la distinción entre aplicar e interpretar el Tratado de la CEE. Para el *Master of the Roll, Lord Denning*, aplicar el Derecho europeo corresponde siempre a los tribunales ingleses, no ocurre lo mismo con interpretar, por lo que habría que averiguar a quién corresponde hacerlo. En la tarea de aplicar el Derecho europeo, los jueces ingleses tienen la última palabra, pues a ellos corresponde esclarecer los hechos y buscar la materia objeto del problema, para juzgar por un lado y aplicar la sentencia por otro. No está claro, sin embargo, que sean ellos, a quienes corresponde interpretar el Derecho comunitario. La segunda, fruto de la primera, es averiguar qué tribunal es el competente para interpretar los Tratados, el TJ o los tribunales nacionales, pues para juzgar es necesario previamente saber el significado de la norma a aplicar, es decir interpretar. Resuelta esta cuestión, la tercera es responder en qué fase

---

<sup>752</sup> MAITLAND, F. W. (2001) "The Constitutional History of England: A Course of Lectures Delivered", the Lawbook Exchange L.T.D. Union New Jersey, ed. 3ª, 2008, p. 221.

<sup>753</sup> LENZ, C. O. y GRILL, G. (1995) "The preliminary Ruling Procedure and the United Kingdom", *Fordham International Law Journal*, vol. 19, núm. 3, art. 2, pp. 844-865.

<sup>754</sup> La sentencia se puede encontrar en Open Law, Bail II, HP, *Bulmer Ltd & Anor v. J. Bollinger SA & Ors* (1974) EWCA Civ. 14 (22 de mayo de 1974). La sentencia trae causa la apelación interpuesta por *Bulmer* contra *Bollinger* para resolver quien es el tribunal competente para interpretar el Derecho comunitario (el TJ o el tribunal inglés) en un recurso de competencia desleal.

del procedimiento debe hacerse esta interpretación. Y, sea quien sea el tribunal encargado de la interpretación, el cuarto problema a resolver es averiguar cuáles son los principios que han de regir la interpretación de un Tratado supranacional, porque en el derecho británico se sigue el criterio formal, y si una norma comunitaria se debe aplicar en el Reino Unido como una ley formal del Parlamento (*statute law*), debería ser interpretada como la ley parlamentaria, esto es, según el tenor literal de sus palabras.

Para responder a estas cuestiones el Magistrado *Lord Denning* utiliza una metáfora en la que explica cómo el Derecho comunitario afecta a todas las cuestiones competencia de la UE y por ello influye decisivamente en todo el ordenamiento interno. Así, en sentido poético, comienza diciendo la sentencia que el Derecho comunitario no interfiere en *“ningún tema que afecte sólo a tierra firme de Inglaterra y su gente. Esto sigue aún regulado por legislación inglesa (...). Pero, cuando se trata de temas relacionados con elementos europeos, el Tratado es como una marea entrante. Fluye en los estuarios y por los ríos. No puede ser retenido. El Parlamento ha establecido que el Tratado, de aquí en adelante, sea parte de nuestra ley. Con la misma fuerza que cualquier otra ley”*. De ahí que el artículo 2 (1) de la Ley de las Comunidades Europeas establezca que: *“Todos los (mencionados) derechos, poderes, obligaciones y limitaciones establecidos en cualquier momento por los Tratados o en virtud de éstos, así como todos los recursos y procedimientos que se establezcan en el futuro por los tratados o en virtud de ellos, tendrán fuerza de ley y se aplicarán sin necesidad de otra disposición legislativa del Reino Unido, y se ejecutarán, autorizarán y observarán en consecuencia”*.

Ello es importante, pues ya no corresponde a los jueces ingleses interpretar los Tratados, no son la última autoridad encargada de su interpretación, el supremo intérprete de los Tratados es el TJ, porque así lo ha establecido el Parlamento en el artículo 3 (1) de la Ley de las Comunidades Europeas, al establecer que, *en los procedimientos judiciales debe ser considerado como una cuestión de derecho cualquier problema que se suscite en relación con el significado, validez o efectos de los Tratados de la CEE o de cualesquiera de sus normas comunitarias y hay que enviarlo al Tribunal de Justicia y, si no es necesario se han de tener en cuenta para su resolución los principios y decisiones establecidos por este Tribunal*. Añadiendo el apartado 2 que *las citaciones o notificaciones judiciales (judicial notice) deben de tomarse de los propios Tratados, del Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE) y, de las expresiones u opiniones de las cuestiones resueltas por el Tribunal de Luxemburgo*. Si a ello se le añade el artículo 177 TCE, se puede concluir que el supremo intérprete del Derecho comunitario es el Tribunal de Luxemburgo, última autoridad al que incluso la Cámara de los Lores (como última instancia judicial) debe inclinarse. Es más, si a la Cámara de los Lores se le plantea alguna cuestión interpretativa en torno a la aplicación del Tratado, deberá plantear la cuestión prejudicial al TJ pues al ser la última instancia judicial está obligada a ello (artículo 177.1 TCE) para conseguirse una interpretación unitaria y uniforme del Derecho europeo en todos los Estados miembros.

Esto permite a la Cámara de los Lores en cada caso concreto que se le plantea, si considera que la anterior resolución del TJ no es conforme con su parecer, plantear una nueva cuestión prejudicial al TJ para que reconsidere su resolución anterior. Y, en el supuesto de que el TJ reconsidere su resolución deberá aplicarla al caso concreto que la suscitó pero, no tiene por qué aplicarla a los posteriores.

Por otro lado, si bien el planteamiento de la cuestión prejudicial es obligada para la Cámara de los Lores, ningún otro tribunal nacional está obligado a plantearla, pues el artículo 177. 2 TCE utiliza el término *“poder”* y no *“deber”* para el resto de los tribunales. El juez británico tiene libertad para decidir si plantea o no la cuestión prejudicial y, nada ni nadie le puede obligar a ello, pues, su decisión es absolutamente discrecional y finalista, y si decide no plantear la



cuestión, los particulares sólo podrán apelar a un tribunal superior pero no exigir su presentación.

A pesar de ser una decisión discrecional, el Magistrado *Lord Denning* en esta sentencia, dicta una serie de premisas que puedan orientar a los tribunales nacionales en punto al planteamiento de una cuestión prejudicial. A saber:

1º. La cuestión debe ser concluyente: La cuestión prejudicial respecto a la legislación europea tiene que ser determinante para que el caso sea decidido por el tribunal nacional.

2º. Resolución previa: Si la misma o sustancialmente la misma cuestión ya ha sido resuelta por el TJ, el juez *a quo* puede simplemente seguir la decisión del Tribunal de Luxemburgo.

3º. Acto claro: No debe plantear cuestión alguna, cuando la intencionalidad del Tratado sea clara y el problema se suscite en cuanto a su aplicación pues, la aplicación de la norma comunitaria al caso concreto es competencia de los tribunales ingleses y no del TJ. Sin embargo, esta doctrina del acto claro ha sido y sigue siendo un tanto polémica. Si bien ha demostrado ser muy atractiva para los tribunales de última instancia que son reacios a plantear cuestiones a Luxemburgo, el TJ ha dicho<sup>755</sup> que tiene un alcance muy limitado en su aplicación, ya que el planteamiento de una cuestión sólo es superfluo si el juez nacional llega a la conclusión de que ni para él, ni para los tribunales de otros Estados miembros, ni para el propio TJ, hay serias dudas sobre la interpretación de la disposición pertinente.

4º. Decisión de los hechos, primero: Como regla general para decidir si se plantea una cuestión prejudicial es necesario especificar todos los hechos sobre los que ha de recaer el recurso.

5º. Junto con lo anterior, el juez *a quo* debe también tener en cuenta que: el planteamiento de una cuestión prejudicial puede demorar mucho el procedimiento judicial en cuestión; que no debe sobrecargarse al TJ; que la cuestión que se plantee ante el TJ debe ser formulada en términos claros y versar exclusivamente sobre la interpretación del Tratado sin mezcla con otras cuestiones; el gasto que el nuevo proceso prejudicial supone; y los deseos de las partes.

Con todas estas premisas en muchos casos los tribunales ingleses se verán obligados a interpretar los Tratado y aquí surge el verdadero problema pues, como reza la sentencia, en su apartado 10, *¿Cuáles son los principios interpretativos que deben aplicarse?*, ya que sin lugar a dudas los tribunales ingleses deberían seguir los mismos principios que el TJ, de otro modo habría diferencia entre los países de la Comunidad. Todos los tribunales de los Estados (incluidos los ingleses por el artículo 3 de la Ley de las Comunidades Europeas de 1972) deben interpretar el Tratado del mismo modo, deben aplicar los mismos principios. Sin embargo el Tratado está redactado de forma muy diferente a las leyes británica, pues en el Reino Unido, el Parlamento al dictar leyes se esfuerza por expresarse con la máxima exactitud, intentando prever todas las posibles circunstancias que puedan plantearse.

Sin embargo, parece que en esta primera década se actuó muy al contrario de lo que se dijo en aquella sentencia, pues, por un lado, aun recomendándose a los tribunales inferiores el que no presenten cuestiones prejudiciales y que fuese la Cámara de los Lores quien lo hiciese, hasta 1979, cuando la Cámara de los Lores conoce su primer caso<sup>756</sup> ya se habían planteado 14 reenvíos al TJ. Por otro, el único reenvío por parte Cámara de los Lores fue debido a que la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales no acudió al criterio hermenéutico finalista, sino al

---

<sup>755</sup> STJCE de 5 de mayo de 1983, asunto C-238/81, *Van der Bunt-Craig*.

<sup>756</sup> La primera cuestión prejudicial interpuesta por la Cámara de los Lores fue en el caso "*The Queen v. Mr. Maurice Donald Henn y John Frederick Ernst Darby*".

literal, desoyendo los consejos que, tanto los juristas como la Ley de 1972 y la doctrina *Simenthal* del TJ imponían a los tribunales ingleses.

En efecto, la Corte de Apelación, aun teniendo que resolver una cuestión relativa a la libre circulación de mercancías, pilar esencial del Tratado, no consideró necesario plantear la cuestión prejudicial y obligó a la Cámara de los Lores, como última instancia judicial a su planteamiento. Incluso llegó a afirmar que si hubiera tenido la menor duda en cuanto a la solución, habría remitido la cuestión al TJ pero que, como lo que se planteaba era una excepción a la libre circulación de mercancías por razones de moralidad pública, al ser lo vendido películas y literatura pornográfica “*no vemos cómo una prohibición de introducir literatura obscena puede ser algo distinto de una prohibición justificada por motivos de moralidad y de orden público.*”

Olvidó, sin embargo, esta Corte de Apelación la jurisprudencia que en torno a estas excepciones había impuesto ya el Tribunal de Justicia (asunto C-7/68, *Comisión v Italia*; asunto C-2/73, *Geddo*; asunto C-41/70, *Dassonville*; asunto C-74/76, *Iannelli...* etc.)<sup>757</sup> Es más en el caso de autos no es posible encontrar un concepto europeo uniforme de moral, pues es un concepto jurídico indeterminado. Ello significa que cualquier restricción o sanción impuesta en esta materia debería ser proporcionada mirando la finalidad legítima perseguida por el Tratado. Por otro lado, la legislación de las distintas partes del Reino Unido era en esta cuestión diferente entre sí<sup>758</sup>. Si a ello le añadimos que en ese mismo año el Reino Unido había sido condenada varias veces por incumplimiento de las obligaciones que le incumbían en virtud del Tratado<sup>759</sup> se comprende el por qué la Cámara de los Lores, ante la que el Sr. Henn y el Sr. Darby recurrieron la sentencia de la Corte de Apelación, planteasen ante el TJ las primeras siete cuestiones prejudiciales.

## **2.2. Primacía del Derecho comunitario cuando lo permita el Parlamento. Segunda década**

La Cámara de los Lores, durante esta década, va gradualmente modificando su tradicional visión de la interpretación literal de la ley en aras a eliminar todo posible conflicto entre el derecho interno y el comunitario cuando la legislación nacional en cuestión está destinada a cumplir las obligaciones europeas asumidas por el Reino Unido.

Al ser el proceso legislativo de la Comunidad Europea más complejo y lento que el doméstico, va a suponer que los jueces y tribunales tengan que interpretar de forma distinta según afecte o no a materias objeto de competencia de la CEE. En ésta nueva década, se va a exigir a los tribunales que distingan si es o no una materia afectada por la normativa europea. Si el caso en cuestión se ve afectado por las normas europeas, se le va a exigir al juez un papel mucho más activo, la interpretación extensiva de la norma, y el deber de acudir a datos externos que no serían aceptables en el marco doméstico, si por el contrario la cuestión objeto de resolución es exclusivamente interna deberá ceñirse al tenor literal de las palabras expresadas por el Legislador sin capacidad de innovación alguna<sup>760</sup>.

---

<sup>757</sup> Ver Primera Parte, Cap. 1. La jurisprudencia el Tribunal de Luxemburgo.

<sup>758</sup> A saber, en Inglaterra y Gales, Escocia, Irlanda del Norte y la Isla de Man, la legislación que se aplica es diferente y cada una de ellas procede de fuentes variadas, uno derivado del *Common law* y otro del Derecho escrito.

<sup>759</sup> SSTJCE de 7 de febrero de 1979, asunto C-128/78, o la de 4 de octubre de 1979, asunto C-141/78, etc.

<sup>760</sup> AJANI, G. ANDERSON M. ARROYO AMAYUELAS, E. y PASA, B. (2010) “*Sistemas jurídicos comparados*”, Ed. Lecciones materiales. Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona, pp. 45-48.

En los recursos interpuestos que afectaban a materias objeto de competencia de la CEE, fue surgiendo la necesidad de acudir a la interpretación finalista. Así el dato literal pierde valor, puesto que en entornos multilingües carecería de sentido atribuir relevancia esencial a las palabras elegidas. De ahí que empezase a adquirir una importancia creciente la interpretación finalista y conforme con la voluntad del legislador y la necesidad de adecuar el derecho interno a la norma de Derecho comunitario lo que exigió modificar la actitud del intérprete. La interpretación finalista debía desplazar los estrictos parámetros de la interpretación literal, para centrar la búsqueda en la intención o finalidad de la ley en cuestión, permitiendo con ello el recurso a datos externos al propio texto legal, siquiera limitado y reglamentado en mayor medida que en los sistemas continentales, en un afán de preservar la seguridad jurídica, por medio de la accesibilidad general a la información que tenía que ser tenida en cuenta por el juez. Junto a ello, la doctrina empieza también a hablar de una interpretación teleológica para hacer referencia a la influencia del Derecho europeo y de la CDH.

Sin embargo, la explicación a este nuevo proceso interpretativo se sigue basando en los esquemas tradicionales pues, la primacía del Derecho europeo no encuentra su base en el carácter supranacional de la Comunidad, ni en la necesidad de un Derecho uniforme en todos los Estados miembros, ni siquiera en que el Reino Unido se haya comprometido adhiriéndose a los Tratados. La razón de la primacía del Derecho comunitario se encuentra en que el Parlamento así lo ha querido establecer en la Ley de las Comunidades Europeas de 1972.

Este enfoque de la interpretación normativa nacional conforme al Derecho europeo se desprende de los argumentos de *Lord Denning* en la sentencia *Macarthys Ltd v Smith* de 17 de abril de 1980<sup>761</sup>. El *Master of the Rolls, Lord Denning* consideró que si bien existía una ley nacional que amparaba a la empresa *Macarthys*, los Tratados comunitarios tenían primacía sobre cualquier ley inglesa, que sea incompatible con ellos (en este caso, el artículo 119). Esta primacía viene dada por la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, que establece que el Derecho comunitario forme ahora parte de nuestra ley, y, cada vez que haya alguna incompatibilidad, el Derecho europeo tiene primacía. Ello no significa que esté suplantando a la ley inglesa, sino que es parte de nuestra ley y, como tal, anula cualquier otra ley que no se corresponde con ella.

Consecuencia de esta argumentación la empresa demandada (que fue condenada) alegó que ella había actuado según el principio constitucional de la soberanía del Parlamento, pues había actuado de conformidad con las leyes del Reino Unido y, que por tanto la responsabilidad de su falta correspondía al Parlamento por no haber modificado la legislación interna. Sin embargo, la sentencia deja clara la respuesta: “*Macarthys no tenía derecho a mirar sólo nuestra ley inglesa. Debería haber mirado también el Tratado. El Derecho comunitario es ahora parte de nuestro derecho por nuestra propia Ley de las Comunidades Europeas de 1972 y donde quiera que se encuentre una oposición a él, el Derecho comunitario tiene prioridad. No es un Derecho que suplante al derecho inglés. Es parte de nuestro derecho que desplaza a cualquier otra parte de él que sea contradictoria con el mismo. Debemos considerar que, de la misma forma que si estamos ante una contradicción entre dos leyes del Parlamento inglés, y el tribunal tiene que decidir a cual dar prioridad y, la parte que pierde tiene que pagar las costas, así me parece justo que Macarthys deba pagar todas las costas del recurso a este tribunal*”.

---

<sup>761</sup> Al tratarse de una cuestión que afectaba a la igualdad salarial entre hombre y mujer y por ello afectar al art. 119 TCE, al no recogerse el caso objeto de recurso por ser una trabajadora suplente, expresamente en la Ley de Igualdad de remuneración de 1970, modificada por la Ley de 1975 sobre no discriminación sexual, se recurrió al TJ. El Tribunal de Luxemburgo entendió que la mujer tenía derecho a igual salario de trabajo que el hombre, aun cuando haya desarrollado su trabajo después de que el hombre lo haya dejado y añadió que esta interpretación debe ser ahora la que lleven a cabo todos los tribunales de Inglaterra.

En la sentencia *Garland v British Rail Engineering Ltd*<sup>762</sup> de 22 de abril de 1982, se incide de nuevo en este criterio de la primacía de los Tratados comunitarios, siempre y cuando el Parlamento así lo quiera y no exprese su posición en contra, así Lord Diplock dijo: “Señorías, aunque la obligación de respetar lo dispuesto en el artículo 119 fuese una obligación asumida por el Reino Unido al amparo de un Tratado Internacional ordinario..., es un principio interpretativo del Reino Unido, ..., el que las palabras que integran una ley aprobada después de la firma del Tratado y que versen de una materia objeto de una obligación internacional del Reino Unido deben ser interpretadas en el sentido que se quiso dar al cumplimiento de la obligación y no contravenirla”. Añade a continuación que, al ser éste un caso cuyas obligaciones surgen al amparo de uno de los Tratados al que se le aplica el artículo 2 de la Ley de 1972, brinda la oportunidad de recordar la regla definida en el artículo. 2.4, en cuanto a la interpretación conforme de las disposiciones que sean aprobadas tras el 1 de enero de 1973, lo que supone que cualquier afirmación contenida en una ley aprobada bajo un Tratado, justificaría que un tribunal inglés interpretase esa disposición de modo coherente con la obligación del Tratado, por mucho que ello suponga alejarse del sentido que *prima facie* tiene el lenguaje empleado en la disposición británica, en aras a hacerla coherente con el Tratado. “En el presente caso, la palabra del artículo 6.4 de la Ley de Discriminación Sexual de 1975, que son objeto de interpretación, sin forzar indebidamente el sentido ordinario del lenguaje empleado, pueden tener o bien el sentido restrictivo que les da el Tribunal a quo o bien el sentido más amplio que prefirió la Corte de Apelación. Si el Tribunal hubiese reparado en el artículo 119 TCE y en la sentencia del TJ, *Deffrene v Sabena*, no tengo ninguna duda de que, en coherencia con las afirmaciones del Master of the Roll en casos precedentes, habrían interpretado el artículo 6.4 de modo coherente con el artículo 119”.

La declaración fundamental de esta línea jurisprudencial vino con la sentencia *Duke v GEC Reliance Ltd*, de 11 de febrero de 1988, donde la Cámara de los Lores acudiendo a la interpretación teleológica llegó a la conclusión de que el Parlamento intencionadamente no había querido modificar su ley nacional para adecuarla al caso objeto de recurso. La Sra. *Duke* recurrió ante la Cámara de los Lores solicitando se le aplicase el Derecho europeo de igualdad de trato en el ámbito privado de las pensiones, por entender que la diferencia de edad en la jubilación de hombres (65 años) y mujeres (60) atentaba contra la política de igualdad y no discriminación establecida en la Directiva comunitaria y en el artículo 119 del Tratado. Los Lores, en concreto *Lord Templeman*, entendieron que, en virtud del artículo 5 del Tratado, los órganos jurisdiccionales están obligados, a llevar a efecto las disposiciones de las directivas, siempre que ello sea posible y, particularmente, al interpretar o aplicar las disposiciones correspondientes del Derecho nacional. En el presente caso, la Directiva alegada sólo se aplica en el Reino Unido (por la STJCE *Marshall*) de forma vertical (entre un Estado miembro en su calidad de autoridad pública con un particular) y no horizontal (entre particulares), lo que supone la necesidad de desestimar el recurso interpuesto, pues la Sra. *Duke* no puede alegar las disposiciones comunitarias, ya que la Directiva no es aplicable entre particulares. La Cámara de los Lores hizo hincapié en que la legislación objeto del recurso no se había aprobado con el fin de cumplir las obligaciones del Reino Unido con el Derecho comunitario, ya que las modificaciones de la Ley (por la Ley de Discriminación Sexual de 1975) no consideraron incluido en el ámbito del artículo 119 del TCE la edad de jubilación, razón por la cual no se derogó la diferencia de edad alegada por la Sra. *Duke* del artículo 6 (l) (b) de la Ley de 1970. Añade por ello la Cámara de los Lores que, en esta situación no se puede distorsionar el

---

<sup>762</sup> La sentencia *Garland v British Rail Engineering Ltd* de 1982, es la primera de estos casos que había pasado por dos tribunales de apelación antes de llegar a la Cámara de los Lores. Se trataba de averiguar si la discriminación sufrida por una empleada jubilada de la empresa ferroviaria demandada respecto a los descuentos y otros beneficios que retenía al utilizar ese medio de transporte, conculcaban el TCE.

significado de la ley británica hasta llegar a eliminar las incoherencias que tiene con la legislación europea, pues de los debates Parlamentarios no se deduce que esa sea la interpretación que se le ha querido dar a la Ley. En el caso de autos, el Parlamento y el Gobierno de su Majestad no creyeron que la Directiva europea de igualdad de trato fuera aplicable a la distinta edad de jubilación, de haberlo sabido hubiesen modificado no sólo la ley, sino también todo el sistema de pensiones y seguros sociales del Reino Unido (que está pensado para que la edad de jubilación no fuera igual entre el hombre y la mujer). Ello exigía que los tribunales no debían apartarse de los cauces ordinarios de interpretación de las leyes del Parlamento, pues el artículo 2 (4) de la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, no es una carta en blanco para que un tribunal británico pueda ampliar o restringir el significado de una ley británica para hacer valer una Directiva que no tiene aplicación entre particulares.

El Tribunal de Justicia condenó al Reino Unido, pues sostuvo la afirmación de la Comisión de que la Ley británica no cumplía con la obligación del Reino Unido de aplicar el artículo 119 del TCE, junto con la Directiva sobre igualdad de remuneración<sup>763</sup>. Por ello, la sentencia *Pickstone v Freemans* de 30 de junio de 1988, los tribunales británicos tuvieron que matizar su posición anterior<sup>764</sup> e intentar dar respuesta a la interpretación conforme con una directiva cuando no es directamente aplicable. Dos de los Lores entendieron que las palabras y el significado contenidos en la ley inglesa no podían interpretarse de conformidad con la Directiva comunitaria de 1976, así *Lord Oliver* dijo: “*De cualquier manera, una interpretación del artículo que permita al Reino Unido actuar en cumplimiento con sus obligaciones del Tratado consiste no tanto en violentar el idioma del artículo como en llenar un vacío que surge, no de las palabras utilizadas, sino de la finalidad perseguida por la Ley y el daño que se pretenda remediar. La pregunta es, si eso se puede justificar por la necesidad - de hecho la obligación - de aplicar una interpretación conforme con las obligaciones del Reino Unido en virtud del Tratado*”. Pero, añadió a continuación que “*No cabe duda de que la modificación de la Ley en 1975 tenía por objeto hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones del Reino Unido en virtud del artículo 119 TCE y la igualdad de retribución establecida en la Directiva y que la enmienda introducida en 1983, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo interpuesto por la Comisión de la Comunidades Europeas contra el Reino Unido [1982] tiene como intención llenar el vacío en que había incurrido la Ley inglesa en este caso y que sea completada con lo que, obviamente, es la intención general de hacer frente a la discriminación sexual en el área de salarios y condiciones de trabajo. Lo que hay que decidir es, si los recurrentes tienen razón, y el Parlamento fracasó en su propósito y esa es una conclusión, que el tribunal debe procurar evitar (sobre todo teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 2 (4) de la Ley de Comunidades Europeas de 1972) a menos que sea impulsado compulsivamente a ello*”. Esto es, *Lord Oliver* insta a una interpretación finalista o teleológica para evitar que el Reino Unido incumpla con sus obligaciones comunitarias, aun en casos tan difíciles como este. Por su parte, *Lord Templeman* en aras al cumplimiento de las obligaciones comunitarias dijo que: “*A los efectos de la determinación de esta apelación, será necesario tener en cuenta la legislación británica y el Derecho comunitario, ya que interactúan uno sobre el otro. La lógica del artículo 119 y de la Directiva sobre igualdad de remuneración es que un Estado miembro no puede permitir que en algunas circunstancias se permita la discriminación en materia de retribución, mientras que otros Estados miembros lo prohíban en todas las circunstancias. Así se desprende claramente de la sentencia del TJ en *Defrenne v Sabena* de 1976*”. La Cámara de

---

<sup>763</sup> STJCE de 1982, asunto C-61/81, *Comisión v el Reino Unido*. El Gobierno del Reino Unido tomó medidas para corregir el defecto en la legislación de igualdad de remuneración.

<sup>764</sup> MEAD, P. (1991) “The obligation to apply European Law: Is Duke Dead?” *European Law Review*, vol. 16, pp. 490-501.

los Lores finalmente acudió a la interpretación de la normativa inglesa conforme con la Directiva europea, acudiendo a una interpretación más que teleológica.

Tras la aprobación del Acta Única Europea, el RU aprueba Ley de 1986 de reforma de la Ley de Comunidades Europeas 1972 (*European Communities (Amendment) Act 1986*), con el fin de incluir en la definición de "los Tratados" y "los Tratados comunitarios" las disposiciones del Acta Única Europea, y extender determinadas disposiciones del TJ a cualquier tribunal unido a él. Ley, que sin embargo no hace mención ninguna respecto a la solución de los problemas que en el ámbito judicial se le habían suscitado a los tribunales británicos. Los tribunales tiene por ello que seguir acudiendo a la interpretación conforme para adecuar las normas internas a las comunitarias. Pero, como la interpretación conforme no siempre era posible el verdadero problema no tardó en llegar.

El Parlamento británico promulgó leyes (entre 1983 y 1988) entorno a la Pesca, (*British Fishing boats Act de 1983* y la *Merchant Shipping Act de 1988*), aun con el informe desfavorable de la Comisión y a sabiendas de ser contrarias al Derecho europeo por la entrada vigor de la Política Común de Pesca. Fue entonces cuando se declaró, tras un largo "diálogo" entre el TJ y los tribunales ingleses, la posibilidad de "inaplicar" una Ley, aprobada por el Parlamento de Westminster, si ésta fuese contraria al Derecho comunitario (algo que hasta entonces era enteramente inconstitucional). Tras la aprobación de la Ley de 1983 se plantearon dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo (asunto C-3/87, *Agegate* y asunto C-216/87, *Jaderow*) sentencias de la misma fecha, de 14 de diciembre de 1989. Ambas sentencias estimaron contrarias a Derecho comunitario parte de la normativa dictada por Westminster. Pero fue con la Ley *Merchant Shipping (Registration of Fishing Vessels) Regulation Act* de 1988, cuando comenzó la larga batalla que desembocó en el caso *Factortame*.

En efecto, en 1988, el Parlamento británico cambió radicalmente la normativa que regulaba el registro de buques de pesca británicos a través de la *Merchant Shipping Act* y su Reglamento de desarrollo. El objetivo de la nueva legislación era poner fin a la práctica, conocida como "salto de cuota". Para ello se estableció que para registrar los buques de pesca en el Reino Unido y con ello tener acceso a la cuota de pesca hasta entonces adquirida, era necesario la nacionalidad y residencia en el Reino Unido. Dado que los buques no nacionales iban a ser privados del derecho a pescar, interpusieron el 16 de diciembre de 1988, un recurso contencioso-administrativo ante la *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, solicitando la compatibilidad de la Ley de 1988, con el Derecho europeo; asimismo, solicitaron la concesión de medidas provisionales para todo el período de tramitación hasta que recayera sentencia firme sobre su recurso contencioso-administrativo. Los afectados por esta nueva legislación alegaron que la misma infringía de forma directa numerosos preceptos de Derecho comunitario, pero, fundamentalmente el de la discriminación por razón de la nacionalidad y la libertad de establecimiento de empresa entre los países de la Comunidad. Sin embargo, los tribunales ingleses se encontraron en un aprieto, pues el Parlamento, por primera vez legislaba en contra del Derecho europeo y la potestad soberana del Parlamento les impedía dictar resolución alguna en contra de Westminster.

Lo primero que se planteó fue la posibilidad de suspender la aplicación de la Ley inglesa hasta que se resolviese el problema y la *High Court of Justice, Queen's Bench Division* otorgó sorprendentemente esa suspensión, mediante Resolución de 10 de marzo de 1989, alegando para ello, por un lado el grave perjuicio que la demora en el tiempo de la resolución prejudicial podría ocasionar a los recurrentes. A tal efecto el Juez *Hodgson* entendió que si un tribunal tiene poder para dictar una orden de inaplicar una disposición con rango de ley del Reino Unido cuando sea contraria al Derecho comunitario tiene que tener también competencia para adoptar en el mismo sentido medidas cautelares de suspensión. A continuación planteó cuestión

prejudicial ante el TJ para que resolviese definitivamente si había contradicción de la Ley inglesa con el Derecho europeo como cuestión de fondo<sup>765</sup>.

El 13 de marzo de 1989, el Secretario de Estado de Transportes recurrió la medida cautelar ante la Corte de Apelación alegando que un tribunal británico no tenía potestad para suspender la aplicación de una Ley. El 23 de marzo de 1989, la Corte de Apelación dictó una nueva sentencia revocando la medida cautelar por ser inconstitucional.

La Corte de Apelación entendió que no había ningún principio expreso o implícito, en el Tratado, en la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, o en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, autorizando a un tribunal nacional para suspender la legislación nacional a favor de los presuntos pero aún no determinados derechos de la UE y añadió que si el TJ confirmaba las solicitudes de los recurrentes y les daba la protección comunitaria, tales derechos prevalecerían sobre las restricciones de la Ley de 1988, y los tribunales se vería obligada a hacer valer esos derechos, pero, si el TJ no reconocía esos derechos un tribunal inglés habría suspendido sin motivos lo acordado por el Parlamento y habría asumido un poder que no le correspondería. Se añade en la sentencia que sólo si la Comisión interpusiese la acción por incumplimiento del artículo 169 TCE y pretendiese las medidas provisionales del artículo 186 cabría la suspensión.

En una segunda apelación interviene la Cámara de los Lores que dicta la sentencia de 19 de mayo de 1989. Mediante dicha resolución, declaró que, según el derecho nacional, los órganos jurisdiccionales británicos no tenían la facultad de ordenar medidas provisionales en un caso como el del asunto principal; más concretamente, se oponía a ello la antigua tradición del “*common law*”, según la cual no puede concederse ninguna medida provisional contra la Corona, ya sea en un proceso civil o contencioso-administrativo; norma que había que interpretar en relación con la presunción de que las leyes nacionales son conformes al Derecho comunitario, mientras no se haya resuelto acerca de su compatibilidad con este Derecho. La sentencia ratifica a la Corte de Apelación, ahora bien, respecto a la aplicación del Derecho europeo, la Cámara de los Lores recordó que, según el artículo 2 (1) de la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, los derechos comunitarios deben ser directamente protegidos y reconocidos en el Reino Unido por lo que se entiende por el artículo 2 (4) de la citada Ley, que las leyes del Parlamento aprobadas con posterioridad a la entrada del Reino Unido en la UE lo están con sujeción a la Ley de 1972 y, en consecuencia con respeto a los derechos reconocidos en los Tratados comunitarios. La cuestión debía ser resuelta por el Tribunal de Justicia encargado de velar por la supuesta incompatibilidad del Derecho británico con el Derecho comunitario. Si posteriormente los recurrentes no pudieran acreditar los derechos invocados, resultaría que los tribunales británicos les habían concedido unos “*derechos directamente contrarios a la voluntad soberana del Parlamento.*”<sup>766</sup> Por ello, hasta que no se reconozcan estos derechos supuestamente infringidos por el TJ, se debe presumir que la Ley de 1988 es para los tribunales del Reino una ley compatible con el Derecho comunitario.

Con todo y a pesar de estos argumentos, la Cámara de los Lores considerando que el litigio suscitaba un problema de interpretación del Derecho europeo, decidió, con arreglo al artículo 177 TCE, suspender el procedimiento, que no la ejecución de la Ley, hasta que el Tribunal de Justicia se pronunciase, y planteó, dos cuestiones prejudiciales relativas al alcance de la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para ordenar medidas provisionales cuando se cuestionan derechos ejercitados al amparo del Derecho comunitario, lo que dio lugar a la sentencia *Factortame I* (asunto C-213/89).

---

<sup>765</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998) “El fin del caso Factortame: La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido” *Revista de Administración Pública*, núm.145, pp. 117-144, en concreto p. 122.

<sup>766</sup> [1990] 2 AC 85, en 142-43 ante el Juez *Bridge of Harwich*.

Por otro lado, la Comisión, de conformidad con el artículo 169 TCE, interpuso recurso por incumplimiento del Derecho comunitario, tras aprobarse la Ley<sup>767</sup> (asunto C-246/89) y solicitó (al amparo del artículo 186 TCE) la suspensión cautelar del artículo 14 de la *Merchant Shipping Act* de 1988, relativo a los nacionales de otros Estados miembros y a los buques de pesca. El Presidente del TJ, de conformidad con el artículo 83 del Reglamento de Procedimiento, mediante Auto de 10 de octubre de 1989, acordó la suspensión cautelar solicitada por considerar que la urgencia y el *fumus boni iuris* estaban plenamente justificados en aras a evitar que se causase un perjuicio grave e irreparable, pues como señalaba la Comisión, el establecimiento de un nuevo Registro de buques de pesca británico había producido el efecto de inmovilizar la totalidad de la flota anglo española y por esta causa los propietarios de los buques sufrían pérdidas considerables que no podrían repararse posteriormente mediante acciones instadas contra las autoridades británicas. Será ésta la primera vez que el TJ acordase la suspensión de una Ley nacional como medida cautelar conforme al procedimiento del artículo 169 TCE.

### **2.3. Suspender e inaplicar la legislación nacional contraria al Derecho comunitario. Tercera década**

A primera vista puede entenderse que la sentencia en torno a la cuestión prejudicial solicitada por la Cámara de los Lores respecto a la adopción de medidas cautelares carecía de sentido tras el Auto de 1989, aplicado por la Administración británica a partir del 2 de noviembre de 1989. Sin embargo, como recuerda Eduardo García de Enterría<sup>768</sup>, la sentencia de 19 de junio de 1990, conocida como *Factortame I* (asunto C-213/89) no es baladí, pues resuelve que no sólo el TJ, sino cualquier tribunal nacional es competente para suspender la aplicación de sus leyes nacionales cuando se den a primera vista los requisitos de urgencia y contradicción del Derecho comunitario con el derecho interno. El TJ en su sentencia establece como ya dijo en su sentencia *Simmmenthal* que es obligado para todas las autoridades incluidas las judiciales *excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias*<sup>769</sup>. Para lo cual no se puede impedir al Juez nacional conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario. Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada de que el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales<sup>770</sup>.

La Cámara de los Lores mediante resolución de 10 de julio de 1990, otorgó la suspensión de la Ley en términos más amplios que el Auto del Presidente del TJ de 10 de octubre de 1989.

El 25 de julio de 1991, se dicta la sentencia *Factortame II* (asunto C-221/89) resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por la *Divisional Court* sobre la compatibilidad de determinados artículos de la Ley de 1988 con el Derecho comunitario. La citada sentencia declara contrarios al Derecho europeo todas las reservas de nacionalidad, domicilio o residencia

---

<sup>767</sup> Antes de la aprobación de la Ley de 1988, el Gobierno de su Majestad consultó a la Comisión sobre la compatibilidad de dicha Ley con el Derecho europeo, cuando la misma estaba en fase de elaboración y aprobación. El informe fue negativo pero, como no era vinculante, el Gobierno no lo tuvo en cuenta y siguió adelante con el proyecto legislativo.

<sup>768</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E, op. cit., pp. 125-26.

<sup>769</sup> FJ. 20.

<sup>770</sup> FJ. 23. Ver Primera Parte, Cap. 1. pp. 42-43.



contenidas en la Ley de 1988. Sin embargo, ello no supuso la anulación de los preceptos de la Ley en cuestión, que permanecieron válidos respecto a los nacionales no miembros de la Comunidad, sino su inaplicación a los ciudadanos de la Unión.

Resueltas las medidas cautelares y la efectiva declaración de la violación por dicha Ley del Derecho europeo, los recurrentes interpusieron ante los tribunales ingleses una acción contra la Administración británica por los daños y perjuicios ocasionados. La *Crown Proceeding Act* de 1947, era muy restrictiva a este respecto, y, la Corte de Apelación había declarado en una sentencia de 1986<sup>771</sup> que el Reino Unido no estaba obligado a indemnizar por los daños producidos por violaciones del Derecho comunitario ni con arreglo al derecho interno ni conforme al Derecho europeo mismo. Sin embargo, como la sentencia *Francovich* del TJ, en 1990 había introducido el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados por los daños causados a particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables, la *Divisional Court* del Reino Unido se vio obligada a instar a los demandantes a precisar su demanda de indemnización frente al Secretario de Estado de Transportes y a plantear nuevas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo, en concreto si los pescadores afectados, a la vista de la sentencia *Factortame II*, tenían derecho a ser indemnizados, especificando hasta siete conceptos de indemnización que eran los pedidos por los reclamantes.

Las dudas no venían dadas por la existencia del principio del Derecho comunitario por el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho europeo que le sean imputables, pues esto ya quedaba claro con la sentencia *Francovich* sino por la aplicación de este principio cuando el incumplimiento reprochable se atribuía al Legislador nacional.

El 5 de marzo de 1996, se dictó la sentencia *Factortame III (Brasserie du Pêcheur SA v Factortame Ltd y otros, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93)*<sup>772</sup>. Si bien ya se había establecido (en *Francovich*) la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho europeo (en concreto para directivas), la novedad de *Factortame III* es que el TJ confirma que el Estado responde también por las violaciones activas del Derecho comunitario atribuibles al Legislador nacional, a la vez que precisa cuestiones esenciales sobre el principio de responsabilidad de los Estados miembros. Una vez solventadas las dudas, la *Divisional Court* dictó la sentencia el 31 de julio de 1997 y declaró que el Reino Unido era responsable a causa de haber violado el Derecho comunitario y que los particulares directamente afectados estaban legitimados para obtener indemnización. El Secretario de Estado de Transportes recurrió ante la Corte de Apelación, la cual, en sentencia de 8 de abril de 1998, mantuvo el mismo criterio que la instancia anterior. Como última posibilidad, la apelación llegó a la Cámara de los Lores, que ratificó el sentido expresado desde el principio por la *Divisional Court* en su sentencia de 28 de octubre de 1999.

Tras la ratificación por el Reino Unido del Tratado de Maastricht por la Ley de reforma de la Ley de las Comunidades Europeas (*European Communities (Amendment) Act*) de 1993, y, en pleno aborígen de los recursos *Factortame*, la *Queen's Bench Division* admitió a trámite un recurso de un particular que pretendía que este País no podía ratificar el Tratado, porque su

---

<sup>771</sup> *Bourgoin S.A. v. Ministry of Agriculture* [1986] Q.B. 716.

<sup>772</sup> SOBRIDO PRIETO, M. op. cit., pp. 655-664. Recuerda esta autora que tras esta sentencia, y en un brevísimo espacio de tiempo, han aparecido otros pronunciamientos muy importantes del TJ: el *Corte inglés*, *British Telecommunications*, *Hedley Lomas*, *Dillenkofer*, de donde se deduce que la sentencia *Factortame*, como así ocurrió con *Francovich* establece requisitos generales a aplicar por todos los Estados miembros para generar a favor de los particulares, un derecho a obtener una reparación. Llama incluso la atención (como en el caso *Hedley Lomas*) que el TJ impide a un Estado (el Reino Unido) el que se ampare en el incumplimiento de otro (España) para no cumplir con sus obligaciones comunitarias.

política social y su Título V (política exterior y seguridad común) encerraban una renuncia a competencias soberanas que nunca habían sido cedidas por el Reino Unido. El recurso fue rechazado por sentencia de 30 de julio de 1993<sup>773</sup>, pero una secuela suya, según Susana Sanz Caballero<sup>774</sup>, puede encontrarse en el modo en que se ratificó el nuevo Tratado de Maastricht (el Reino Unido no se adhirió a las nuevas medidas de política social del texto principal del Tratado).

Es también importante referirse en esta década a la *Equal Opportunities Commission v Secretary of State for Employment*<sup>775</sup>, en el que recayó la sentencia de la Cámara de los Lores de 3 de marzo de 1994 y se reforzó notablemente el poder de los jueces británicos frente al Parlamento. Va a ser la primera sentencia en la que los Lores estiman una demanda, en este caso de la Comisión de Igualdad de Oportunidades (*Eqqual Opportunities Commission*, o EOC), en la que lo primero que se cuestiona es la legitimación de la citada Comisión para recurrir pues, de conformidad con la *Supreme Court Act* de 1981, es necesario tener un interés suficiente en la materia a que se refiere la demanda<sup>776</sup>. Los Lores, de conformidad con la Ley de Discriminación Sexual de 1975, por la que se creó la Comisión y en virtud de los fines para los que se había creado, consideraron que la citada EOC tenía un interés suficiente y admitieron su legitimación. Así *Lord Keith* llegó incluso a afirmar que en su opinión *sería un paso retrogrado sostener que la Comisión de Igualdad de Oportunidades no tiene legitimación para interponer un recurso contencioso sobre cuestiones relacionadas con la discriminación sexual, que son de importancia pública y afectan a un gran sector de la población*.

Pero, la gran novedad que plantea esta sentencia, es si puede un tribunal declarar inválida con carácter general la legislación primaria incompatible con el Derecho europeo. *Lord Keith* resuelve el problema acudiendo a las sentencias *Factortame*, estableciendo que los casos *Factortame* son así un precedente a favor de la decisión de la EOC de acudir al contencioso-administrativo para declarar incompatibles los preceptos de la *Employment Protection (Consolidation) Act* de 1978, con el Derecho europeo. Según Eduardo García de Enterría<sup>777</sup>, en esta sentencia *Lord Keith* no entra en el fondo del asunto pues, en *Factortame* se trataron actos

---

<sup>773</sup> Sentencia de 30 de julio de 1993, *The Queen Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Lord Rees-Mogg*, en *All England Law Reports* 1994, núm. 1, p. 57.

<sup>774</sup> SANZ CABALLERO, S. (1998) "Tesis Doctoral: La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario: insuficiencias y fisuras del sistema", Dr. Cardona Llorens, J, Castellón de la Plana (Castellón): Universidad Jaume I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Departamento de Derecho Público, cap. 10, p. 630.

<sup>775</sup> Esta sentencia tiene su origen en la Comisión de Igualdad de Oportunidades, *Equal Opportunity Commission*, que se dirigió en 1990 a la Secretaría de Estado para el empleo pidiendo se rectificaran ciertos preceptos de la *Employment Protection (Consolidation) Act* de 1978, porque a su juicio contradecía las directivas comunitarias de igualdad retributiva y el artículo 119 del Tratado de Roma de no discriminación por razón de sexo. Esta Comisión fue creada por la Ley contra la discriminación sexual de 1975, para evitar cualquier tipo de discriminación y promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. La Comisión (EOC) solicitó al Secretario de Estado que aboliese esta discriminación, pero la Secretaría entendió que no existía tal discriminación, por lo que la EOC pidió la apertura ante los tribunales de un recurso contencioso-administrativo emplazando a la *Crown Office* a la apertura de un recurso contra la decisión del Secretario de Estado. Le fue otorgada la petición y el recurso se llevó inicialmente ante la *Divisional Court* que lo desestimó por sentencia de 10 de octubre de 1991. En apelación la Corte confirmó la sentencia en 1993 y finalmente serán los Lores quienes decidieron estimar la cuestión.

<sup>776</sup> Curiosamente a la demanda de la EOC se unió la de la Sra. Day que era directamente afectada por la Ley, pero la Cámara de los Lores desestimó su recurso por entender que su recurso afectaba al derecho privado y no a cuestiones de interés público como los de la Comisión.

<sup>777</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1994) "Un paso capital en el Derecho Constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho Comunitario (sentencia *Equal Opportunities Commission* de la Cámara de los Lores de 3 de marzo de 1994)", *Revista de Instituciones Europeas*, CEC, vol. 21, núm. 3, pp. 721-744.

concretos de aplicación de una Ley, mientras que aquí se está pidiendo una declaración general y abstracta de incompatibilidad, al margen de cualquier acto singular. Finalmente la sentencia resolvió inaplicar la ley por contraria al Derecho comunitario, pero al igual que en el caso *Factortame*, el fallo de la sentencia no contiene un pronunciamiento anulatorio de la Ley.

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Reino Unido vuelve a modificar su Ley de las Comunidades Europeas y aprueba la Ley de reforma de la Ley de las Comunidades Europeas (*European Communities (Amendment) Act*) de 1998, para adaptarse a las modificaciones del Tratado.

## **2.4. Debate sobre el secular principio de la supremacía del Parlamento. Cuarta década**

Si bien la Ley de las Comunidades Europeas ya autorizaba la elaboración de Reglamentos y Decretos ministeriales con el fin de implementar las obligaciones comunitarias, con la *Regulatory Reform Act* de 2001, se da un paso más y se va a permitir al Gobierno elaborar órdenes o decretos para modificar aquellas leyes del Parlamento que supongan una restricción a la libertad de comercio impuesto por la UE siempre que se respeten los derechos constitucionales.

Esta nueva deslegalización, junto con las nuevas obligaciones comunitarias asumidas por el Reino Unido hacen que esta década empiece con un intento por parte de los tribunales británicos de fijar su fidelidad tanto al Derecho europeo como a las tradiciones jurídicas del Reino Unido, mediante la aplicación de los principios clásicos del *common law* y las nuevas referencias europeas. La justificación de los tribunales se va a basar en negar la existencia de contradicciones pues, la Ley de las Comunidades Europeas debe considerarse una ley constitucional. El Poder judicial del Reino Unido llega así a la inexorable conclusión de que, la voluntad real del Parlamento ha cambiado. Ejemplo claro de ésta postura se encuentra en la *Queen Bench Division* y su sentencia *Thoburn v. Sunderland City Council*, de 22 de febrero de 2002<sup>778</sup>, conocida como "*Metric Martyrs*". *Lord Justice Laws* llega a la conclusión de que hay que distinguir entre leyes ordinarias y leyes constitucionales, y, en este último grupo debe incluirse la Ley de las Comunidades Europeas de 1972. La sentencia establece la diferencia de jerarquía de las leyes del Parlamento. Así, "*Se debe reconocer una jerarquía de las leyes del Parlamento según se trate de leyes ordinarias o constitucionales. Las dos categorías deben de ser distinguidas (...) Una ley constitucional es aquella que: a) condiciona la relación legal entre los ciudadanos y el Estado de manera general, o, b) aumenta o disminuye el ámbito de lo que actualmente es reconocido como derechos constitucionales (...) La Ley de las Comunidades Europeas claramente pertenece a esta familia. Ha incorporado todo el corpus de derechos y obligaciones comunitarias sustanciales, y da efecto decisivo a la maquinaria judicial y administrativa del Derecho comunitario*". *Lord Justice Laws* precisa que el fundamento de las relaciones entre el Reino Unido y la Comunidad Europea hay que buscarlo en el ámbito

---

<sup>778</sup> El asunto conocido como de los "mártires métricos" se refería a cinco comerciantes procesados en Inglaterra por incumplimiento de las disposiciones que imponían la utilización del sistema métrico de pesos y medidas. Cuatro de ellos fueron objeto de un proceso penal por infracciones de la legislación británica en la materia y a un quinto se le denegó la renovación de su licencia de venta en un mercado público, porque calculaban todos los precios de sus productos sobre la base del sistema inglés de pesos y no del sistema métrico, que era obligatorio en el Reino Unido por una normativa ministerial, las *Weights and Measures (Metrication Amendments) Regulations* 1994, adoptadas para transponer las Directivas comunitarias 80/181 y 89/617. A su vez, los interesados recurrieron la validez de la normativa ministerial que tenía por efecto modificar la ley del Parlamento sobre este tema, la *Weights and Measures Act* 1985. En apoyo de sus pretensiones, los interesados alegaron que la cláusula Enrique VIII impuesta por la Ley de 1972 había sido implícitamente derogada mediante la Ley de 1985.

nacional y no en el europeo, en consecuencia la *European Communities Act* es, en virtud del *common law*, una ley constitucional y, como tal, no puede ser implícitamente derogada por una ley posterior. Esto significa que siempre que un acto comunitario sea compatible con un derecho fundamental o constitucional garantizado por el derecho británico será necesario preguntarse si la Ley de 1972 puede introducirlo en el ordenamiento nacional y conferirle tal supremacía<sup>779</sup>.

Pero quizá donde mejor se ven estos cambios será con la Ley de Reforma de la Ley de las Comunidades Europeas de 2002, para aprobar y ratificar el Tratado de Niza que entró en vigor en el 1 de febrero de 2003. Dicha reforma fue objeto de la sentencia *Mr Norris Dewar Mcwhirter and Mr John Gouriet v HM Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* de 5 de marzo de 2003<sup>780</sup>, donde se recurre la aprobación y ratificación del Tratado de Niza. El recurrente alega que esta ratificación incumple los principios constitucionales básicos del Reino Unido que comienzan con la Carta Magna. Pues la esencia del pueblo británico es regirse por el poder soberano del Reino Unido en virtud de la Corona y gozar del derecho fundamental a participar en esa soberanía a través del proceso electoral. El Reino Unido no puede aprobar una modificación de la Ley de las Comunidades Europeas en la que se amplíe la delegación de competencias a favor de un gobierno que no sea el del Reino Unido. No es admisible que el Parlamento transfiera o derogue la responsabilidad de la elaboración de leyes. Añade el recurrente que, las consecuencias de los cambios introducidos por la Ley de 2002 serán de tal naturaleza que el pueblo del Reino Unido tendrá nuevas leyes sin haber prestado el consentimiento sobre ellas y sin poder oponerse a ellas, pues el Derecho europeo es vinculante para el Reino Unido, y los representantes del pueblo en las siguientes elecciones no tendrán ningún poder para modificar esa legislación. Sin embargo, la Corte de Apelación desestimó la demanda por considerar que el recurrente se refería en su demanda, a algo ya resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia *Thorburn* conocida como "*Metric Martyrs*" de 2002. Lord Justice Law recuerda que en este caso habría que aplicar los apartados 68 y 69 de la citada sentencia, en los que se aclara que, (68) *la European Communities Act 1972 sólo podrá ser derogada en el Reino Unido por disposición específica, y no implícitamente. Podría sugerirse que poco importa que ese resultado venga dado por la ley de la UE (como sostiene la recurrente) o por la legislación de Inglaterra al margen de la legislación comunitaria (como yo sostendría). Pero la diferencia es de vital importancia para una adecuada comprensión de la relación entre la UE y la legislación nacional.* (69). *A mi juicio, el análisis correcto de esa relación implica y requiere tener en cuenta estos cuatro principios: (1) Todos los derechos y obligaciones específicos que crea la ley de la UE están por la Ley de 1972 incorporados a nuestra legislación interna con rango supremo. (2) La Ley de 1972 es una ley constitucional, es decir, que no puede ser derogada tácitamente (3) La verdad de (2) se deriva, no del Derecho europeo sino del derecho inglés: el common law la reconoce como una norma constitucional (4) las bases legales fundamentales de relación del RU con la UE descansan en la legislación doméstica y no en la europea. En el supuesto, que sin duda no se daría en el mundo real, de que una medida europea se vea que es repugnante para un derecho fundamental o constitucional garantizado por el derecho británico, se plantearía la cuestión de si las palabras generales de la Ley de 1972 son suficientes para incorporar la medida y su aplicación en el derecho interno. Pero eso está muy lejos de este caso. Me limitaré a añadir un par de frases del apartado 70: "Considero que el equilibrio establecido por estas cuatro proposiciones da peso tanto a la primacía del Derecho comunitario como a la supremacía del Parlamento del Reino Unido".* Y finaliza Lord Justice Law recordando que el Tratado de Niza, al igual que cualquier otro tratado, no puede cambiar la legislación nacional del Reino Unido hasta que sea incorporado por el

<sup>779</sup> CELOTTO A. y GROPPPI T. op. cit., en concreto para el Reino Unido, pp. 341-345.

<sup>780</sup> (2003) EWCA Civ. 384. Ver en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2003/384.html>.

Parlamento por medio de Ley y ello le lleva a analizar si puede el Parlamento aprobar la Ley de 2002, de donde concluye que está totalmente abierta al Parlamento la posibilidad de derogar o enmendar la Ley de 2002, tal y como puede derogar o modificar la Ley de 1972. Y sólo si alguna medida europea en particular que se impusiese bajo el Tratado de Niza, pudiera ser una cuestión tan ofensiva para nuestro Derecho constitucional interno que las palabras generales de del artículo 2 (2) de la Ley de las Comunidades Europeas de 1972 fueran insuficientes para incorporarla, se podría recurrir o demandar el Tratado, pero esta cuestión no se ha dado. A lo que añade *Lady Justice Arden* que la supremacía del Parlamento lo es en todo y por ello no está limitada por el principio de que el Parlamento no puede transferir o derogar la responsabilidad de la elaboración de leyes o de ser gobernada en determinadas materias por poderes extraños al Reino Unido.

Será la sentencia de 29 de noviembre de 2007, en el recurso contra la Ley de Caza (*Hunting Act*) de 2004, resuelto por la Cámara de los Lores en 2007, *Jackson v. Attorney General*<sup>781</sup>, en la que se deja claro la postura del nuevo concepto de soberanía y la supremacía del Derecho europeo, con la paradoja de que el caso en sí no se resolvió aplicando el Derecho comunitario. Es decir, los tribunales debían distinguir entre derechos constitucionales y ordinarios y decidir conforme al principio de jerarquía. Así, *Lord Stein* explicó que la soberanía del Parlamento ya no puede interpretarse como antes, lo que en el contexto europeo se deja claro con la resolución *Factortame*. El Acuerdo contenido en la Ley escocesa apunta también a una dividida soberanía y el CEDH crea un nuevo orden legal.

En esta sentencia, tres de los Lores no consideraron necesario plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, aun siendo la última instancia. Los Lores entendieron que la prohibición parlamentaria de la caza del zorro con perros prevista en la Ley de 2004, no vulneraba los artículos 28 y 49 TCE relativos a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios dentro de la UE porque lo que se protegía era un Derecho constitucional fundamental. Para ello argumentaron que el Derecho europeo contemplaba como excepción para este tipo de supuestos la existencia de razones de orden público, y de moral social, recogido entre otros asuntos, en la sentencia *Omega* del TJ<sup>782</sup>. Para *Lord Bingham*, la cruel muerte de estos animales, por pura diversión y deporte, infringía valores fundamentales del ordenamiento británico, por lo que por el principio de jerarquía esto era lo que debía primar. El recurso no prosperó y, como consideraron que la postura del TJ, a este respecto, ya se había manifestado en otros casos, no entendieron necesario plantear una cuestión prejudicial.

Este planteamiento se reitera, en el conocido caso *Coleman*, donde los tribunales británicos, aunque actúan de forma contraria a la sentencia anterior, por interponer cuestión prejudicial, lo hacen con la misma finalidad: la protección de un Derecho constitucional fundamental que no parece reconocerse en la legislación ordinaria. Esto es, el Tribunal laboral (*Employment Court*), aun sin corresponderle y aun existiendo sentencias en torno a la materia objeto del recurso<sup>783</sup>, plantea una cuestión prejudicial al TJ, lo que culmina con la sentencia europea de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06 *Coleman v. Attridge Law*<sup>784</sup>. Este Tribunal

---

<sup>781</sup> (2006) AC, 262, párrafo 102.

<sup>782</sup> Ver Primera Parte. Cap. 1. p. 53.

<sup>783</sup> STJUE de 11 de julio de 2006 asunto C-13/05, *Chacón Navas*.

<sup>784</sup> El asunto de referencia tenía por objeto una cuestión prejudicial planteada en el marco de un litigio en Inglaterra que versaba sobre el despido encubierto del que la demandante afirmaba haber sido objeto. En concreto, la demandante alegaba haber sido víctima de un despido encubierto y de un trato menos favorable que el que obtuvieron los restantes empleados, debido al hecho de tener a su cargo un hijo discapacitado. La demandante alegó que se vio obligada, como consecuencia del trato recibido, a dejar de trabajar para su antiguo empresario. Para conseguir una adecuada interpretación de la Directiva 2000/78/CE, el Tribunal inglés presentó 4 cuestiones prejudiciales al TJ.

británico consideró necesario hacer una consulta al TJ, respecto a la normativa británica y al principio de no discriminación y consecuencia de ello el Reino Unido tuvo que cambiar la normativa<sup>785</sup>.

En esta dirección, El Tribunal de Luxemburgo recuerda la necesidad de hacer una interpretación de la normativa comunitaria conforme a los principios de los Tratados, de ahí la necesidad de llegar, en esta sentencia, a una concepción amplia del ámbito subjetivo protegido por la Directiva Comunitaria.

Pero lo más importante de esta sentencia, fue el control que ejerció el Tribunal de Justicia sobre la calidad de la norma de incorporación. Junto al control puramente formal de transposición de la norma comunitaria en el plazo estipulado, puso de relieve también el control material de la trasposición, o el principio de la calidad material de la norma de incorporación, que se tradujo en la exigencia de que el contenido material de la Directiva se incorporase a un texto nacional de manera completa, sin lagunas ni omisiones. El Tribunal de Justicia rechazó de plano la incorporación parcial de las Directivas comunitarias, así como también, las incorporaciones que sean contrarias a los fines y espíritu del Derecho comunitario.

En esta sentencia, el TJ vuelve a poner de relieve que el margen de maniobra que se reconoce a los Estados miembros no es discrecional. La libertad interpretativa del legislador nacional queda condicionada por el deber de incorporar el contenido completo de la norma objeto de transposición, lo que supone también el respeto del espíritu y finalidad de dicha norma.<sup>786</sup>

Esta sentencia abre de nuevo la confusión respecto al modelo interpretativo a seguir por los jueces y tribunales británicos. Esto es, si los tribunales deben actuar *ultra vires* o aplicar de forma literal la Ley del Parlamento, deben acudir a su función interpretativa o a la teoría del *common law*, pues toda la cuestión surgió por una sutil diferencia en el lenguaje usado en la definición de discriminación directa en la norma británica. El diferente lenguaje usado por la Ley del Reino Unido y no coincidente con los principios del TUE llevó al *Employment Court* a plantear la cuestión prejudicial. La sentencia vuelve a ser un recordatorio para los tribunales ingleses de que, interpretar no es legislar, que no pueden aplicar el Derecho nacional comunitario en sentido literal, que hay que acudir para evitar las contradicciones al principio de primacía y de la interpretación conforme, ya que las palabras en diferentes idiomas no tienen siempre el mismo significado, de ahí la importancia que tiene para los tribunales el cambiar su forma de actuar<sup>787</sup>.

El Tribunal Supremo<sup>788</sup> vuelve a pronunciarse sobre esta cuestión, al dictar su primera sentencia aplicando el Derecho europeo y porque así se lo exige la sentencia del Tribunal de

---

<sup>785</sup> NICCOLAI, S. (2009) “Derecho antidiscriminatorio, nuevos valores de convivencia y argumentación constitucional. comentario de la sentencia “*Coleman vs Attridge Law*”, C-303/06 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *ReDCE*, año 6, núm. 11, enero-junio, pp. 437-480.

<sup>786</sup> MUÑOZ RUIZ, A. B. (2009) “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores: sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, *Coleman y otros*, C-303/06”. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social: Temas Laborales*, núm. 101/2009, tercer trimestre, pp. 330-31.

<sup>787</sup> Esta cuestión comunitaria, de la discriminación, en el Reino Unido ha sido explícitamente resuelta en el ámbito de la legislación a través del *Case Law*. Aunque tuvo como resultado la aprobación de una nueva ley, (la *Equality Act 2010*).

<sup>788</sup> El 30 de julio de 2009, la Cámara de los Lores deja de funcionar como la última instancia judicial de apelación del Reino Unido.

<sup>788</sup> La Ley de Reforma Constitucional (*Constitutional Reform Act*) de 2005 ha llevado a la creación, el 1 de octubre de 2009, del Tribunal Supremo del Reino Unido (*United Kingdom Supreme Court*), definiendo su ámbito de jurisdicción en el artículo 40. Dispone en particular el traslado al Tribunal Supremo de la jurisdicción de apelación de

Luxemburgo, de 29 de abril de 2010, asunto C-340/08, *M&Other v Her Majesty's Treasury*<sup>789</sup>, al que había acudido la Cámara de los Lores planteando una cuestión prejudicial<sup>790</sup>.

*Justice*<sup>791</sup>, parte interviniente en el proceso de ésta sentencia, vuelva a plantear dudas de si pueden los tribunales interpretar hasta el punto de asumir el papel del legislador o deben respetar el principio de legalidad.

El TJ en respuesta a la cuestión prejudicial planteada y conforme especifica *Justice* dice que “ese principio exige que una normativa como el Reglamento comunitario que impone medidas restrictivas que tienen una repercusión considerable en los derechos y las libertades de las personas designadas (sentencia *Kadi y Al Barakaat International Foundation v Consejo y Comisión*, antes citada, apartado 375) y que, tal como dispone el artículo 10 de dicho Reglamento, va acompañada, en derecho nacional, de sanciones, en este caso de carácter penal, en el supuesto de violación de esas medidas, es necesario que sea clara y precisa, con el fin de que las personas implicadas, incluidos los terceros como los organismos de seguridad social de que se trata en los litigios principales, puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y tomar sus disposiciones en consecuencia”. Esto es, el TJ en materias que pueden afectar a los derechos u libertades fundamentales exige una interpretación claramente restrictiva de todos aquellos preceptos comunitarios que puedan afectarles y restringirles sus derechos porque deben respetarse los principios comunitarios de la legalidad constitucional en materia de derechos fundamentales. Ello quiere decir que, a menos que una Norma europea lo especifique claramente, el espíritu de los Tratados europeos se basa en el respeto a las tradiciones constitucionales y comunes de los Estados miembros, lo que en el ámbito de los derechos fundamentales supone el interpretar restrictivamente toda norma que suponga su limitación.

---

la Cámara de los Lores, de tal modo que ésta ha quedado extinguida el 30 de septiembre de 2009 y los Lores de Apelación Ordinaria se han convertido en esa fecha en los primeros Magistrados del Tribunal Supremo (*the first Justices of the Supreme Court*). Ver ERSKINE, M. op. cit., cap. 11, pp. 182 y ss.

<sup>789</sup> La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 2, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 561/2003 del Consejo, de 27 de marzo de 2003, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 467/2001 del Consejo por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán. El TJUE dijo en la sentencia que “*Debe recordarse al respecto que, según jurisprudencia reiterada, las distintas versiones lingüísticas de una norma de la Unión Europea deben ser objeto de interpretación uniforme, por lo cual, en caso de discrepancia entre las citadas versiones, dicha disposición debe ser interpretada en función de la sistemática general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte (véase, en particular, la sentencia de 29 de abril de 2004, Plato Plastik Robert Frank, C-341/01, Rec. p. I-4883, apartado 64 y jurisprudencia citada)... Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha determinado que la finalidad esencial y el objeto de dicho Reglamento consiste en combatir el terrorismo internacional, y en particular cortar sus recursos financieros mediante la congelación de los fondos y recursos económicos de las personas o entidades de quienes se sospecha que están implicadas en actividades relacionadas con él (sentencia *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, antes citada, apartado 169)... En consecuencia, habida cuenta de las divergencias constatadas en las versiones lingüísticas del artículo 2, apartado 2, del Reglamento n° 881/2002, la mencionada disposición debe interpretarse, tomando en consideración su objetivo, en el sentido de que no se aplica al pago de prestaciones de seguridad social o asistencial en circunstancias como las de los litigios principales... Además, debe recordarse que una norma de Derecho derivado de la Unión ha de ser interpretada, en la medida de lo posible, de la manera que mejor se adecue a los principios generales del Derecho de la Unión y, más concretamente, al principio de seguridad jurídica (véase, en particular, la sentencia de 1 de abril de 2004, Borgmann, C-1/02, Rec. p. I-3219, apartado 30 y jurisprudencia citada)”.*

<sup>790</sup> El 30 de Julio de 2009, la Cámara de los Lores deja de funcionar como la última instancia judicial de apelación del Reino Unido.

<sup>791</sup> JUSTICIE es una organización independiente de derechos humanos y del que forman parte la sección británica de la Comisión Internacional de Juristas su finalidad principal es la defensa de los derechos humanos y el poder de la ley, por ello se dedican a la investigación, la educación y la intervención ante los tribunales.

Sin embargo quizá una de las sentencias que mayor repercusión ha tenido en la década siguiente será la sentencia *Regina on the application of Wheeler v Office of the prime Minister Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Speaker of the House of Commons* de 2 de mayo de 2008, pues, a lo igual que la sentencia sobre el Tratado de Niza, esta resolución reproduce los dos grandes conflictos que el RU sufre tras su incorporación a la UE y especialmente en la segunda década del siglo XXI: la desconfianza del ciudadano hacia la UE y la ruptura del principio de soberanía del Parlamento. En efecto, el recurso trae causa de una demanda de revisión judicial por la decisión del Gobierno de ratificar sin referéndum el Tratado de Lisboa. Se alegó por los demandantes que una promesa hecha con anterioridad por el Gobierno de celebrar consulta sobre la Constitución para Europa implicaba una afirmación implícita de que se habría de celebrar referéndum en relación con cualquier tratado que tuviese un efecto equivalente y que por ello no cabía su aprobación por el Parlamento sin la citada consulta. El demandante entendió que se le había violado una expectativa legítima y era, por consiguiente ilegal la Ley de 2002. El *Speaker* de la Cámara de los Comunes intervino para alegar que no era procedente que un tribunal autorizase medidas de reparación que requirieran actuaciones concretas en la Cámara de los Comunes. Aunque se reformuló la demanda, el Tribunal Superior para Gales e Inglaterra falló que toda sentencia dirigida a imponer deberes u obligaciones al Primer Ministro o al Ministerio de Asuntos Exteriores sería una intromisión inadmisibles en el ámbito de competencias del Parlamento y menoscababa la protección legal de las actuaciones parlamentarias establecida por la Declaración de Derechos<sup>792</sup>.

## 2.5. Supremacía absoluta del Derecho comunitario o vuelta a sus orígenes. Quinta década

Fruto de la década anterior y de las consecuencias que el Tratado de Lisboa han supuesto para el Reino Unido ha sido la aprobación el 19 de julio de 2011, de la Ley de la Unión Europea (*European Union Act*) de 2011, dirigida fundamentalmente a paliar los dos grandes problemas anteriores. Por un lado, recuperar la confianza de los ciudadanos en torno a las decisiones adoptadas en la Unión Europea, pues la crisis económica, y la no pertenencia del país al euro ha sumido al País en una clara desconfianza respecto a los acuerdos tomadas en Bruselas. A tal fin el artículo 4 de la Ley establece los casos en que los Tratados y el artículo 48.6 TUE no sólo deben aprobarse por Ley del Parlamento sino que además deben ser sometidos a referéndum<sup>793</sup>.

---

<sup>792</sup> *Regina on the application of Wheeler v Office of the prime Minister Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Speaker of the House of Commons* (2008) EWHC 1409.

<sup>793</sup> El artículo 4 de la Ley de la Unión Europea de 2011, establece en su apartado 1 que será obligatorio someter a referéndum: "(A) la ampliación de los objetivos de la Unión Europea según lo establecido en el artículo 3 del TUE; (B) la concesión a la UE de una nueva competencia exclusiva; (C) la ampliación de una competencia exclusiva de la UE; (D) la atribución a la UE de una nueva competencia compartida con los Estados miembros (E) la extensión de cualquier competencia de la UE que se comparta con los Estados miembros; (F) la extensión de las competencias de la UE en relación con: (I) la coordinación de las políticas económicas y de empleo, o (II) la política exterior y de seguridad común; (G) la atribución a la UE de una nueva competencia para llevar a cabo acciones de apoyo, coordinación o ayuda a la acción de los Estados miembros; (H) la extensión de las competencias de coordinación, ayuda o apoyo a las competencias de la UE; (I) el otorgamiento a una institución u organismo de la UE de poder para imponer una exigencia u obligación al Reino Unido, o la remoción de las limitaciones de cualquiera de los poderes en las instituciones u organismos de la UE; (J) el otorgamiento a una institución u organismo de la UE de poderes o la ampliación de los mismos para imponer sanciones al RU; (K) cualquier modificación de una disposición incluida en el Anexo I que elimine el requisito de la unanimidad, consenso o común acuerdo; (L) cualquier modificación del artículo 31.2 del Tratado UE (que afecte las decisiones relativas a la política exterior común y de seguridad aprobadas por mayoría cualificada) o que elimine o modifique las disposiciones que permiten a un miembro del Consejo oponerse a la adopción de una decisión que deberá ser aprobada por mayoría; (M) cualquier modificación de las disposiciones especificadas en los artículos 48, 82.3 y 83.3 TFUE (seguridad social,



Y, por otro, el que el Parlamento recupere su soberanía fuertemente deteriorada estableciendo en los artículos 5 y siguientes no sólo las cuestiones europeas que deben ser aprobadas por ley del Parlamento, sino también (en el artículo 10) sometiendo a control parlamentario las decisiones del Gobierno que no requieren ser aprobadas por Ley.

Esta década comienza pues, con la necesidad de recuperar las tradiciones perdidas y por ello los tribunales van a intentar acudir en primer lugar al derecho nacional como tradición constitucional, con independencia de que también se acuda al supranacional.

Ejemplo claro de este último planteamiento será la sentencia *Osborn v Parole Board* de 2013<sup>794</sup> en relación con la Convención de Derechos Humanos. Lord *Reed*, hace especial hincapié en la adecuada relación entre el derecho interno y los derechos de la Convención, al explicar que la presentación del recurso centrado exclusivamente en el artículo 5 (4) de la Convención sin prestar atención al derecho interno o doméstico no refleja adecuadamente la relación entre derecho interno (que se considera al margen de la Ley de Derechos Humanos) y la CEDH. Las garantías previstas en los artículos sustantivos de la Convención tienen que cumplirse a nivel nacional a través de un cuerpo sustancial de un mucho más específico derecho interno, porque la protección de los derechos humanos no puede ser un área distinta de la ley, sustentado sólo por la base de la jurisprudencia del TEDH, aunque impregne el sistema legal británico. Sería un error ver los derechos de la CEDH como algo totalmente distinto de nuestro derecho hasta el punto de entender que si una cuestión cae dentro del ámbito de una garantía de la Convención el análisis jurídico del problema debe comenzar y terminar con la propia jurisprudencia de Estrasburgo. Añade este magistrado que, los valores que subyacen en la Convención y en la propia tradición constitucional británica exigen que los derechos del CEDH deban ser protegidos principalmente por un cuerpo detallado de legislación nacional, pues como ha dicho el TEDH “una norma no puede ser considerada como un “derecho” a menos que esté formulada con la suficiente precisión para permitir al ciudadano regular su conducta”<sup>795</sup>. Si las leyes nacionales no reflejan plenamente los requisitos de la Convención, el Parlamento debe legislar con el fin de cumplir las obligaciones internacionales del RU. Los tribunales, por su parte, también tienen que tener en cuenta estas obligaciones cuando interpretan la legislación, de ahí que sea necesario el tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH, sin perjuicio de que la verdadera garantía de protección de los derechos tenga que venir de legislación interna.

Esta supone que hay que actuar sobre la base del derecho común, tal y como observó Lord *Bingham*<sup>796</sup> cuando dijo que: “...los tribunales del Reino Unido, si bien reconocen la soberanía del Parlamento, aplican los principios de constitucionalidad no muy diferentes de los que existen en los países donde el Poder Legislativo se limita expresamente por un texto constitucional... Los principios del derecho común, por sí solos, en mi opinión, obligan...” Pero los principios de la ley común no están solos. Se debe dar cumplimiento también a la Convención Europea”.

---

*cooperación judicial en materia penal y delitos particularmente graves con una dimensión transfronteriza), que elimine o modifique la disposición que permite a un miembro del Consejo, en relación con un proyecto de acto legislativo, asegurar la suspensión del procedimiento legislativo ordinario”.*

<sup>794</sup> La sentencia trae causa del recurso interpuesto por Osborn y otros contra la Junta de libertad condicional, por no haber dado audiencia a los interesados en la decisión final de revisión de su condena. El Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de casación y estableció por unanimidad que la Junta había incumplido las obligaciones de derecho común (de equidad procesal) de los recurrentes, conforme al artículo 5 (4) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>795</sup> *Sunday Times v. U.K* (1979)2 EHRR 245, 271.

<sup>796</sup> *A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department* (n.º 2) ((2005) UKHL, 71); (2006) 2 AC 221.

En el ámbito del Derecho comunitario, el ejemplo más claro se encuentre en la sentencia R (Hs2) *Actiona Aliance Ltd v The Secretary of State for Transport* donde la principal cuestión planteada va a incidir en uno de los principios constitucionales básicos del Reino Unido, establecido en el artículo 9 de la Declaración de Derechos de 1689, en cuanto a la relación entre el Parlamento y los tribunales, por cuanto los recurrentes entienden que este artículo debe entenderse implícitamente derogado por la Ley de las Comunidades Europeas de 1972. Al entrar en el fondo del asunto da prioridad al Derecho europeo. A saber, el Tribunal Supremo resuelve inadmitiendo el recurso por entender que no cabe plantear cuestión prejudicial. Ahora bien, en vez de respetar esas señas de identidad del RU acudiendo a la jurisprudencia de décadas anteriores, como las sentencias de 1972, *Blackburn v Attorney-General* o la Sentencia de 30 de julio de 1993, *The Queen Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Lord Rees-Mogg* con argumentos como los de Lord Denning cuando dijo que los tribunales nacionales sólo tendrían que tener en cuenta el Tratado en la medida que se incorporase al derecho británico por ley del Parlamento, la sentencia objeto de estudio entra en el fondo del asunto y resuelve conforme al principio de soberanía del Parlamento.

Lord Reed entiende que al haber un conflicto entre un principio constitucional y la normativa de la UE, el conflicto tiene que ser resuelto por los tribunales internos como si se tratase de un asunto que cae bajo las leyes constitucionales del Reino Unido. Es decir, en este caso, deben los tribunales británicos actuar como los tribunales constitucionales de países que tienen constitución escrita y no elevar una consulta al TJ<sup>797</sup>. Curiosamente el Tribunal Supremo apoya esta teoría en la jurisprudencia del TJ, en concreto en los FFJJ. 89 y 90 de la sentencia de 11 de septiembre de 2012, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias y otros, v Ypourgos Perivallontos, Chorotaxias kai Dimosion Ergon*, asunto C-43/2010, donde dice, “89. En particular, un acto legislativo adoptado sin que los miembros del órgano legislativo hayan tenido a su disposición la información mencionada en el apartado 85 de la presente sentencia no puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 1, apartado 5, de la Directiva 85/337 (véanse las sentencias antes citadas *Boxus* y otros, apartado 46, y *Solvay* y otros, apartado 40).”... “90. Corresponde al juez nacional determinar si se han cumplido esas condiciones. A tal efecto, debe tener en cuenta tanto el contenido del acto legislativo adoptado, como el conjunto del procedimiento legislativo que condujo a su adopción y, en particular, los trabajos preparatorios y los debates parlamentarios (véanse las sentencias antes citadas *Boxus* y otros, apartado 47, y *Solvay* y otros, apartado 41).” Y en la sentencia de 18 de octubre de 2011, *Antoine Boxus*, asuntos acumulados C-128/09, C-129/09, C-130/09, C-131/09, C-134/09 y C-135/09.

De ahí que, Lord Reed entienda, que el análisis de todas las cuestiones parlamentarias planteadas en el recurso<sup>798</sup>, no sólo deban resolverse por los tribunales internos sino que además en nada afectan a la supremacía del Parlamento, por cuanto no se está expresando ningún punto de vista, ni adoptando ninguna acción en relación con el proyecto de ley o en relación con el Parlamento, respecto de su aprobación. El Tribunal lo único que está haciendo es su función ordinaria de interpretar la legislación conforme al *common law*, con la característica inusual de que lo está haciendo antes, como si se tratase de un recurso de inconstitucionalidad previo.

---

<sup>797</sup> Es quizá por la forma de resolver esta sentencia, por la que el Presidente Magistrado del Tribunal Supremo, Lord Neuberger entiende que las características peculiares del sistema constitucional del Reino Unido hacen a este país más permeable al Derecho europeo, que el resto de los países de la UE y con ello la posibilidad de perder sus señas de identidad.

<sup>798</sup> La sentencia explica de forma concisa la forma de actuar del Parlamento y el Gobierno en la tramitación de una iniciativa, entrando con ello de pleno en una de las cuestiones fundamentales del Derecho del RU como es el privilegio del Parlamento de no cuestionar sus actuaciones por los tribunales.

Añade Lord *Reed* en el párrafo 101 que no hay nada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para sugerir que la influencia de los partidos políticos con representación parlamentaria o del Gobierno sobre la votación de una iniciativa legislativa sea incompatible con la Directiva en cuestión. Es más, los partidos con representación parlamentaria se reconocen por el propio Tribunal de Luxemburgo que juegan un papel legítimo y fundamental en la toma de decisiones democráticas en los Estados miembros, reconociéndose su papel en el ámbito Europeo en el artículo 10 (4) del TUE o en el artículo 12 (2) de la CDFUE. En este contexto parece poco probable que el TJ exija a los tribunales nacionales ejercer una facultad de supervisión de los procedimientos legislativos de sus Parlamentos nacionales, de naturaleza tal como la sostenida por los recurrentes en esta sentencia.

Por su parte Lord *Neuberger* si bien recuerda a *Blackstone* cuando dijo “*todo lo importante deber ser planteado ante el Parlamento y debe ser examinado, debatido y juzgado en esa Sede, y no en otra parte.*” Y que el principio consagrado en el artículo 9 de la Declaración de Derechos no es sino el reconocimiento de lo dicho por *Blackstone*, la Ley de las Comunidades Europeas obliga a los tribunales a hacer cumplir al Reino Unido con el compromiso que ha adquirido de hacer efectiva la legislación europea. Ello ha supuesto que sea muy difícil para los tribunales domésticos cumplir plenamente con este compromiso sin abordar previamente el aparente conflicto entre principios también considerados como fundamentales y consagrados en la Declaración de Derechos. El control de los trabajos parlamentarios y el cumplimiento de los criterios impuestos desde el exterior implica claramente un cuestionamiento (político) de los procedimientos internos del Parlamento, lo que hasta la fecha sería un paso que ningún tribunal de este Reino se ha atrevido a dar nunca.

Añade así Lord *Neuberger* que el Reino Unido no tiene una constitución escrita, “*pero tenemos una serie de instrumentos constitucionales. La propia ley común también reconoce ciertos principios como fundamentales para el Estado de Derecho. No se tiene ningún conocimiento sobre si el artículo 9 de la Declaración de Derechos contaría entre estos o cómo contaría, pero la cuestión es demasiado importante como para pasar desapercibida. Es una cuestión que no se había planteado hasta ahora. Nada en la Directiva comunitaria sugiere que sea necesario excluir la participación política o el razonamiento basado en las decisiones de política o de políticos en los acuerdos de planificación. Por el contrario, el reconocimiento de que estos proyectos legítimamente pueden ser aprobados por un acto legislativo específico constituye un reconocimiento expreso de la legitimidad de tales factores. El considerar, que el proceso parlamentario será contaminado por consideraciones tales como whips o la responsabilidad ministerial colectiva o, simplemente, por la política del partido, equivale a desafiar toda la legitimidad de la democracia parlamentaria que opera actualmente en la mayoría de las democracias de la Unión*”. Por último, observa el Magistrado que el artículo 10 del TUE reconoce que, en una Unión basada en la democracia representativa, cuyos ciudadanos están directamente representados en el Parlamento Europeo, los partidos políticos a escala europea contribuyen a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión. Esto, aunque se refiere a los partidos políticos paneuropeos, socava cualquier sugerencia de que el funcionamiento ordinario de la democracia puede o debe ser visto como sospechoso bajo el artículo 1 (4) de la Directiva EIA ... En consecuencia, como Lord *Reed* concluye, no existe base, bajo la Directiva de EIA, de la posibilidad de hacer un examen del proceso parlamentario propugnado por los recurrentes, para evaluar la calidad de la documentación entregada al Parlamento o de la medida en que los miembros de cada Cámara está libre de la influencia del partido en el momento de decidir o votar.

### 3. LA SOBERANÍA DEL PARLAMENTO COMO CONTRA LÍMITE

#### 3.1. La soberanía del Parlamento

El sistema parlamentario británico se desarrolló en una situación histórico-política diferente a la del continente europeo; por ello, la integración del Reino Unido en la Unión Europea, con las consecuencias que ello ha traído consigo, sobre todo por lo que al principio de primacía del Derecho comunitario se refiere<sup>799</sup>, ha supuesto para un país tan apegado a sus costumbres y tradiciones una auténtica revolución.

La esencia de su constitución no escrita: la soberanía del Parlamento, está cada vez más cuestionada y con ella las señas de identidad del Reino Unido, lo que está permitiendo a la doctrina<sup>800</sup> el llegar a la conclusión de que, en la práctica, las diferencias del sistema parlamentario británico con los sistemas parlamentarios continentales actualmente no sean sustanciales. La integración del Reino Unido en la UE está sometiendo a revisión el principio de la soberanía del Parlamento. De un lado porque la actividad legislativa se ha intensificado convirtiéndose en la fuente principal del derecho y de otro, porque el poder judicial se ha transformado, al asumir la interpretación de la ley e incluso al dictar sentencias en las que aparece como punto de atención central el control de la legalidad<sup>801</sup>, o, lo que es lo mismo la supremacía del Derecho de la UE, lo que significa un acercamiento o equiparación al *judicial review* norteamericano, y, por ende al modelo de justicia continental.

Para paliar esta quiebra, los tribunales británicos, siguen manteniendo la esencia o ficción de que el Parlamento es la más alta institución del Reino Unido, y de que el principio de la “soberanía del Parlamento” constituye uno de los pilares de la arquitectura constitucional británica, pero que no cabe interpretarla hoy de la misma manera que antaño. Las sentencias seleccionadas y resumidas en el epígrafe anterior responden a esta ficción, es decir, a que precisamente a través de ellas, los tribunales británicos, se basan en la supremacía del Derecho comunitario, porque así lo permite el Parlamento soberano.

Sea como fuere, la enorme complejidad del sistema constitucional británico hace que sea necesario un estudio más profundo y menos simplista pues, su gran flexibilidad para adaptarse a nuevas circunstancias y problemas también convierten a este país en testimonio de cómo la adhesión de un Estado a una entidad supranacional como la UE, puede tambalear los cimientos de su sistema constitucional, a pesar de estar tan arraigados y tener una larga tradición.

Por ello siguiendo a Manuel Fraga Iribarne<sup>802</sup>, para entender este cambio tan radical es necesario recordar brevemente las particularidades más originales del Reino Unido, para un jurista continental. A saber:

---

<sup>799</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, M. (2008) “Derecho Constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, pp. 375-395.

<sup>800</sup> BRADLEY, A. W. (1989) “The Sovereignty of the Parliament in Perpetuity?” in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (Eds): *The Changing Constitution*, Clarendon Press Oxford, Oxford pp. 25-52. Este autor considera que no cabe hablar sólo de cambios sino de quiebra del principio de supremacía del Parlamento, pues la Ley de las Comunidades Europeas y la nueva Carta de Derechos han roto con esta tradición.

<sup>801</sup> Para respetar formalmente el principio de soberanía del Parlamento, los tribunales no declaran la inconstitucionalidad de la ley, sino la incompatibilidad, que, además debe resolver el propio Parlamento. Ver SALVADOR MARTINEZ, M. op. cit., pp. 375-395, en concreto cita 56.

<sup>802</sup> FRAGA IRIBARNE, M. (1961) *“El Parlamento Británico”*, Instituto de Estudios Políticos, pp. Madrid. Ver también “La legislación delegada y su control en la Gran Bretaña”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 52, 1975, pp. 197.

En primer lugar, la propia concepción del Derecho, pues el derecho británico no nació como derecho legislado, sino jurisprudencial<sup>803</sup>. Como reza la vieja metáfora, el Derecho inglés es como una pared, el *common law*, cuyos ladrillos aumentan de modo continuo y sobre la cual, ocasionalmente se ponen determinados anuncios (las leyes del Parlamento). Aunque los anuncios pueden cambiarlo todo se inscriben en el continuo del *common law*.

En segundo lugar, en el Reino Unido no hay, ni ha habido nunca, separación de poderes. La victoria de la Cámara de los Comunes y de los Lores sobre la Corona en el siglo XVII y la extensión del sufragio universal en el siglo XIX, hicieron que desde el punto de vista jurídico-formal, la palabra Parlamento designase la reunión de las tres instituciones: El Rey, la Cámara de los Lores y la de los Comunes. El Parlamento así entendido pasó a ser el poder supremo del Reino Unido, el soberano legal, la autoridad trascendente y absoluta, la omnipotencia del Reino etc.<sup>804</sup>. A resultas de ello Dicey<sup>805</sup> formula su teoría de la soberanía, en la que llega a la conclusión de que no hay otro soberano que el Parlamento, lo que significa que en él reside el derecho de hacer o deshacer cualquier clase de ley, y por consiguiente ninguna persona o corporación está autorizada por el Derecho de Inglaterra<sup>806</sup> para anular o derogar la Legislación del Parlamento.

Esto, a primera vista tan sencillo, permite intuir dos aspectos contrapuestos. El primero positivo, que el Parlamento puede hacer lo que quiera, porque al carecer de constitución escrita y ser el arquetipo de constitución flexible, no existe la distinción formal entre leyes constitucionales y ordinarias, de manera que en cualquier instante el Parlamento puede establecer por el método ordinario reformas constitucionales. No existe ningún tribunal con competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes porque las fuentes del Derecho constitucional, no difieren sustancialmente de las fuentes de otras ramas del Derecho, y además, no existe una relación jerárquica clara, lo que significa que todo derecho creado por el Parlamento tiene primacía sobre el *common law* y los tribunales de Justicia tienen que aplicarlo. El negativo es que nada ni nadie puede apartarse de la legislación dictada por él.

Consecuencia de lo anterior, es que ninguno de las tres entidades (Reina, Cámara de los Lores, o de los Comunes) puede por separado considerarse soberano en el Derecho constitucional inglés. Sólo una norma aprobada por los tres puede ser considerada ley; El pueblo, el único poder que tiene es elegir a los miembros del Parlamento. Ningún tribunal considerará, ni por un momento, el argumento de que una ley es inválida por oponerse a la opinión del electorado, que sólo puede expresarse a través del Parlamento<sup>807</sup>. No existe contradicción alguna entre la creación judicial del derecho y la soberanía del Parlamento, pues *el case law* está subordinado siempre a la legislación parlamentaria, lo que significa que las leyes del Parlamento aprobadas con las formalidades exigidas, no pueden ser declaradas inválidas por los tribunales aunque éstos consideren que son opuestas a los principios morales o al derecho internacional. Lo que no significa que se desconozca la importancia del *case law*, a

---

<sup>803</sup> Los primeros conflictos entre el Parlamento y los tribunales tenían por objeto la relación de la *lex parlamenti* y el derecho común o *common law* de Inglaterra.

<sup>804</sup> GARCIA PELAYO, M. op. cit., pp. 309 y ss.

<sup>805</sup> DICEY, A. B.: (1885) “*The Law of the Constitution*”, pp. 39-40; (1983) “The Sovereignty of Parliament”, Part I, in *Introduction to the study of the Law Constitution*, Liberty Classics Indianapolis, pp. 87-144. Ver también, IAN REID FROSER, W. (1948) “*An outline of Constitutional Law*”, Edimburgo, en su p. 12 dice: “*One of the characteristic features of the British constitutions is the sovereignty on legal omnipotence, of Parliament*” y WADE, H. W. R. (1955) «The basis of Legal Sovereignty» *Cambridge Law Journal*, pp. 172-197.

<sup>806</sup> Hay que recordar que en la época de Dicey Inglaterra era sinónimo a lo que hoy entendemos por Reino Unido.

<sup>807</sup> Como se ha visto con la sentencia *Regina on the application of Wheeler v Office of the prime Minister Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Speaker of the House of Commons* de 2 de mayo de 2008 en relación con la aprobación del Tratado de Lisboa y no someterlo a *referendum*.

través del cual no sólo se actualiza el *common law* sino que también se interpreta el *statute law* o las leyes del Parlamento.

Todo esto comporta que el Parlamento no puede limitar su propio poder tomando decisiones que limiten el poder de los Parlamentos posteriores. Toda ley es reformable.<sup>808</sup>

Ahora bien, aunque la teoría de *Dicey* representa todavía hoy en el umbral del siglo XXI un punto de partida inexcusable, y, puede considerarse como el verdadero contra límite del Reino Unido, ha sido palmariamente superada por la realidad. La incorporación del Reino Unido a la UE ha supuesto que todos los problemas se generen en torno a este principio constitucional o contra límite. Problemas que cabe resumir en dos, principalmente:

Uno, en el propio Parlamento, pues los parlamentarios aun sabiendo que el Parlamento es soberano ven muy limitadas sus actuaciones al tener que dar primacía al Derecho comunitario.

La solución no es fácil, para algunos como los laboristas, la adopción de acuerdos o leyes que depongan el Derecho comunitario de forma unilateral supondría el que la UE como mercado único dejara de funcionar y podría dejar al Reino Unido al margen de la negociación de determinadas políticas en la Unión, perdiendo con ello peso político en la Unión Europea, como ya ha ocurrido con el euro. Para otros, como la mayoría de los conservadores, conocidos como los euroescépticos, se debe reclamar la recuperación del control, por parte del Parlamento británico de cualquier aspecto de las normas que emanen de la UE, para lo cual aprobaron la Ley de 2011 y proponen una reforma de la Cámara de los Comunes de forma que les permita bloquear la normativa europea y revocarla cuando represente una amenaza para sus intereses nacionales vitales. En favor de sus argumentos utilizan la teoría de la verdadera legitimidad democrática y la ruptura de uno de los pilares de la Constitución británica.

Consecuencia de esta polémica, ha sido la presentación de una proposición de ley sobre referéndum de pertenencia a la Unión Europea, presentada por el Diputado *James Wharton*, con el apoyo del Primer Ministro británico y pese a la reticencia de los liberal-demócratas y laboristas, que si bien se ha aprobado por la Cámara de los Comunes el 29 de noviembre de 2013, ha sido rechazada por la Cámara de los Lores el 10 de enero de 2014, lo que significa que será necesario esperar para la celebración del referéndum a una nueva legislatura. Dicha proposición fijaba para 2017 la fecha de celebración de la consulta, en la que, si no hay cambios, se preguntará a los ciudadanos: "¿Cree usted que el Reino Unido debería ser miembro de la Unión Europea?" Tras las últimas elecciones de mayo de 2015 y la mayoría aplastante el Partido Conservador se ha vuelto a trabajar en torno a la presentación del *referendum*<sup>809</sup>.

Por otro lado, se ha encargado a la Comisión especializada para la Reforma Política y Constitucional la elaboración de una ponencia explicativa de las ventajas y desventajas que tendrían para el Reino Unido el tener una Constitución escrita que consolide la tradición con la modernidad en un el sistema democrático del siglo XXI y sus retos de futuro.<sup>810</sup>

---

<sup>808</sup> VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (1998) "La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)". *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1, pp. 87-166.

<sup>809</sup> Sin olvidar que el actual Primer Ministro David Cámeron ha prometido, si gana las elecciones someter a referéndum la continuidad del RU en la UE. Las elecciones se han celebrado en mayo de 2015, y tras la mayoría abrumadora de David Cameron, que los periódicos llaman su más dulce vitoria, ya ha entrado en negociaciones con la UE, pues va someter a *referendum* la pertenencia o no del RU a la UE.

<sup>810</sup> El 16 de septiembre de 2010, la Comisión especializada para la reforma Política y Constitucional empezó los trabajos preparatorios para la elaboración de una de ponencia para dotar al Reino Unido de una constitución escrita. El 10 de julio de 2014, la Comisión publicó su informe de ponencia bajo el título ¿una nueva Carta Magna?, junto con los argumentos a favor y en contra, y el proceso que debería llevarse a cabo para la aprobación de esta nueva Constitución. Pero, tras el referéndum negativo de independencia en Escocia el 1 de septiembre de 2015 y la promesa

El otro, en los tribunales, porque la ambigüedad de la norma constitucional produce un efecto arco iris en la jurisprudencia.

Es decir, los tribunales dicen aplicar el principio de soberanía del Parlamento y afirman su incompetencia para controlar las leyes parlamentarias, pero reclaman su facultad interpretativa para decidir si la normativa británica se acoge al Derecho comunitario. Lo que en la práctica ha convertido a la jurisprudencia británica en el órgano decisorio, aun por encima del Tribunal de Luxemburgo. De conformidad con los artículos 2 (1) y (4) de la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, deben establecer la directa aplicabilidad de la norma comunitaria y el carácter vinculante del TJ, pero en supuestos de conflicto se han mostrado contradictorios: en algunas sentencias parecen haberse unido a la tesis de la prevalencia del Derecho comunitario y en otras se han opuesto, aunque no abiertamente, sino a través de la no consulta al Tribunal de Justicia<sup>811</sup>.

Las sentencias analizadas en el epígrafe anteriores son una muestra clara del conflicto interno que actualmente vive el Reino Unido en torno a la primacía del Derecho europeo aun a costa de la ruptura de uno de sus principios constitucionales mediante el control de la legalidad, y por ende del conflicto que en este País se suscita tanto parlamentaria como jurisprudencial en cuanto a los defensores y detractores del contra límite y, por ello la polémica doctrinal entre los seguidores del *common law* o *ultra vires* del Derecho.

### 3.2. Monismo o dualismo

El Reino Unido ha adoptado una visión inicial dualista y posteriormente monista de la relación entre los tratados internacionales y supranacionales. Es decir, esos tratados, aunque firmados y ratificados por el Reino Unido, no son parte de la derecho interno del País (dualismo). Para ser exigibles en el ámbito nacional, deben ser incorporados mediante una ley del Parlamento (monismo). De ahí que tras su adhesión a la Comunidad Europea el Parlamento aprobase la Ley de las Comunidades Europeas de 1972 y sus posteriores reformas para adherirse a los Tratado posteriores. Ello significa que, desde la entrada en vigor de la Ley de 1972, como reza Lord *Denning* en la sentencia *Bullner v Bollinger* de 1974, ya, no se debe hablar o pensar en el derecho inglés como algo propio, sino que hay que pensar en el derecho inglés como algo conjunto con el Derecho comunitario, y este Derecho supranacional hay que entenderlo como una Comunidad de derechos y obligaciones formado por los Tratados, los reglamentos y las directivas comunitarias a los que hay que dar efecto, buscando la resolución de los problemas tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo como en la de los tribunales de los Estados miembros. Criterio éste que se reitera en sentencias posteriores como la sentencia

---

de la devolución de nuevas competencias a Escocia, con posibilidad de su ampliación a Gales, Inglaterra e Irlanda del Norte, han llevado a esta Comisión a nuevas propuestas, como la creación de una Convención constitucional formada por ciudadanos y expertos para que en la próxima Legislatura se proceda a presentar un nuevo proyecto. Esto es, como dice el Presidente de la Comisión *Graham Allen*: “en la siguiente Legislatura los compromisos de devolución hechos a Escocia deben ser cumplidos en su totalidad, y, en los plazos previstos, lo que a continuación debe llevar a una deliberación completa sobre el futuro constitucional de todos los elementos del Reino Unido”. Antes de que finalice el año se debe, como Nación, crear una Convención constitucional con la participación ciudadana y de expertos que se encargue de examinar las propuestas para el cambio significativo que se va a llevar a cabo en el Reino Unido. Todo ello puede verse en <http://www.parliament.uk/perc-constitution>. Ver también ALLEN, A. (2014) ‘Kick-starting the debate on a codified constitution for the UK’ *U. K. Const. L. Blog* (14th August 2014) (available at <http://ukconstitutionallaw.org>).

<sup>811</sup> LAFUENTE, J. M. (2008) “la Doctrina británica y el control judicial de las leyes. Por una “teoría cuántica” del Derecho constitucional”, *Revista de Derecho Político*, enero-agosto, pp. 257-307.

*Macarthy's Ltd. v Smith* de 17 de abril de 1980, al especificar que los Tratados tienen primacía sobre cualquier ley inglesa, que sea incompatible con ellos. Esta primacía viene de la propia ley inglesa, por la Ley de 1972 que establece que el Derecho comunitario forme ahora parte de nuestra ley; o en la sentencia *Garland v British Rail Engineering Ltd* de 1982, que se incide de nuevo en este criterio de la primacía de los Tratados comunitarios. Lo que contrasta con la Convención de Derechos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo como se desprende en una de sus últimas sentencias, *Osborn v Parole Board* de 2013, en torno al CEDH, en donde se especifica que, lo primero que hay que hacer es acudir a las leyes nacionales y, si éstas no reflejan plenamente los requisitos de la Convención, el Parlamento debe legislar con el fin de cumplir las obligaciones internacionales del Reino Unido. Esto es, al no existir una Ley como la de las Comunidades Europeas en el ámbito de la Convención, éste no cabe considerarlo como normativa interna del Reino Unido.

Sin embargo, con la nueva Ley de la Unión Europea de 2011 además de su aprobación por Ley, el RU se ha comprometido a someter a referéndum cualquier nuevo tratado que se apruebe o competencia que se delegue. Ello hace que se introduzca un nuevo requisito, que no modifican los postulados de ser un País de origen dualista pero que hacen más difícil el pasar a su concepción monista, pues se hace depender la ratificación del Tratado o la delegación de las nuevas competencias a la UE en la ciudadanía y no en el Parlamento, lo que vendría a suponer la entrada de un nuevo contra límite en el RU.

### 3.3. La ficción de la soberanía del Parlamento

Si bien las obligaciones fundamentales establecidas en el artículo 2 de la Ley de las Comunidades Europeas son susceptibles de modificación por el Parlamento en virtud de la doctrina de la supremacía de éste<sup>812</sup>, los tribunales han tenido que pronunciarse en varias ocasiones sobre las relaciones de jerarquía entre la legislación del Reino Unido, las leyes o normas dictadas por el Gobierno aplicables en virtud de los Tratados y la Ley de 1972, lo que ha generado conflicto entre las normas nacionales y las comunitarias. Si el juez o tribunal se atenía al principio de supremacía parlamentaria, la eficacia del Derecho comunitario no era tal, pero si optaba por reconocer la primacía de éste último, no solamente se cuestionaba aquel, sino que la tradicional relación entre el Parlamento y los tribunales se veía alterada de modo sustancial.

Tras varios encuentros con el TJ, los tribunales nacionales han resuelto que este contra límite hay que matizarlo para que el Derecho europeo tenga primacía sobre cualesquiera leyes en contrario del Reino Unido, no porque el primero sustituya al segundo, sino porque el Derecho comunitario forma ya parte del derecho del Reino Unido<sup>813</sup>. Hasta el punto de que Lord Justice May ha afirmado que “*el tribunal está obligado a seguir y no meramente a tomar en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 2 de la Ley de 1972.*”<sup>814</sup> Esto es, los tribunales ingleses se han adherido casi totalmente al Derecho de la UE, tanto en términos de legislación como de jurisprudencia del TJ pues, al interpretar el Derecho de la UE, han aceptado acatar los principios y las prácticas interpretativas europeas<sup>815</sup>, e incluso en las

---

<sup>812</sup>Ver Décimo Informe de la Comisión de Control para Asuntos Europeos (*European Scrutiny Committee*, Comunes 633 (2010-12).

<sup>813</sup>*Macarthy's Ltd v Smith* 129/79 (1981) 1 Repertorio General de Jurisprudencia Inglesa desde 1942 (ALL ER) 111 en 120 por Lord Denning MR (*Master of the Rolls*); *Garland v British Rail Engineering Ltd* [1983] 2 AC, 751.

<sup>814</sup>*Countryside Alliance and others v A-G* (2005) EWHC (*High Court of England and Wales*) en 316, resolviendo a favor del Tribunal de División y distinguiendo al respecto la jurisprudencia del TEDH.

<sup>815</sup>WHITTAKER, S. (2008) “El precedente en el Derecho inglés: una visión desde la ciudadela” *Revista chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 1, pp. 37-83. Traducción hecha por Cristian Banfi del Rio.



directivas, el texto dominante es el oficial de la UE pues las distintas versiones idiomáticas sugieren una determinada interpretación<sup>816</sup>.

En este sentido las explicaciones de este absoluto acatamiento pueden encontrarse en los tres argumentos de *Lord Bridge*: el primero, que el Reino Unido solicitó formar parte de la Comunidad Europea cuando el principio de primacía del Derecho comunitario estaba ya asentado en su organización (*contractarium argument*); el segundo porque es necesario para el buen funcionamiento de la UE que este principio sea respetado (*functional argument*); y, el tercero, porque así lo refrendó el propio Parlamento británico cuando redactó en 1972 el artículo 2(4) de la Ley de las Comunidades Europeas (*textual argument*)<sup>817</sup>.

La razón de la primacía del Derecho comunitario se encuentra en que el Parlamento así lo ha querido establecer en la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, cuyo artículo 2 exige que cualquier norma (incluida cualquier ley parlamentaria) aprobada en el Reino Unido tenga efecto “sometida al” Derecho europeo. Es decir, el Derecho comunitario se superpone a las leyes del Parlamento porque una ley del propio Parlamento establece que así ha de ser. Los tribunales ingleses actúan de acuerdo con el artículo 2 (4). De ahí que los tribunales nacionales entiendan que el artículo 2 (4) de la Ley es una norma de interpretación (*rule of construction*) que exige que la legislación nacional, incluida las leyes parlamentarias, sea interpretada conforme con el Derecho comunitario. Este artículo, según Jay Aragonés<sup>818</sup>, supone entender que la intención del Parlamento es la de no legislar deliberadamente en contra del Derecho comunitario. Es decir, el artículo en cuestión supone implícitamente la interpretación conforme (o en su caso la revocación) de las normas internas contrarias al Derecho europeo pero no explícitamente porque, el Parlamento, de forma expresa, puede en cualquier momento legislar en contra del Derecho comunitario, explicando que con esa nueva ley quiere contravenir las obligaciones asumidas por el Reino Unido contenidas en el Tratado.

La teoría de la ficción de la soberanía para dar primacía a Derecho comunitario no sólo fue creciendo en importancia en los tribunales, sino, como recuerda *Danny Nicol*<sup>819</sup> en el propio Parlamento británico y por los propios parlamentarios, tanto conservadores como laboristas que en febrero y junio de 1988, cuando el Parlamento asumió la ficción creada por los tribunales respecto a la primacía del Derecho comunitario, consecuencia de dos cuestiones relacionadas en materia del IVA. En febrero el diputado conservador *Terence Higgins* señaló que si un tribunal británico es capaz de emitir un fallo en el ámbito del IVA en el sentido deseado por la Cámara, la Cámara tiene que poder hacerlo también. Sin embargo, *Peter Lilley* respondió que, si bien el Parlamento puede anular las decisiones de los tribunales británicos, el Reino Unido tendría que obtener el consentimiento de sus socios europeos para revocar una resolución del TJ y, en junio,

---

<sup>816</sup> *Director General of Fair Trading c. First National Bank* (2001) UK. *House of Lords* 52 en 31 (2002); AC 481 (*Lord Stenyn*); *AV. National Blood Authority* (2001) 3 ALL ER 289 en 2, donde el juez Burton aludió a la directiva en cuestión como la “fuente”, sin comprometerse con la legislación nacional para la aplicación de aquella; *London Borough of Newham c Khatun* (2004) EWCA (*England and Wales Court of Appeal*) Civil. 55 en 78-83; (2005) *Queen’s Bench* 37, donde la Corte de apelación sostuvo que la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores tienen aplicación en los contratos de arrendamientos pese a que la versión inglesa de la directiva habla de bienes y no de propiedad en general.

<sup>817</sup> CRAIG, P. (2004) “Britain in the European Union”, Ed. Jeffrey Jowell y Dawn Oliver, *The changing Constitution*, Oxford University Press, pp. 89-115. Ver también BOMBILLAR SAENZ, F.M. (2011) “El sistema constitucional del Reino Unido”, *ReDCE*, núm. 15, enero-junio, pp.139-183.

<sup>818</sup> ARAGONES, J. (1990) “Regina v. Secretary of State for Transport Ex Parte Factortame L.T.td: The Limits of Parliamentary Sovereignty and the Rule of Communitary Law”, *Fordham International Journal*, vol. 14, Issue 3, article 8, pp. 777-794.

<sup>819</sup> NICOL, D. (2001). “Factortame EOC and Maastricht” in *EC membership and the Judicialization of Briths Politics*, Ed. Oxford University Press, cap. 7, pp. 178-228.

en respuesta a una pregunta similar, recordó que el desafío parlamentario a un sentencia del TJ conduciría a un “*impasse* o punto muerto” constitucional. Por primera vez los diputados británicos son conscientes de la primacía del Derecho comunitario y de la necesidad que tiene el Parlamento de anticiparse en sus decisiones cuando afecten a cuestiones comunitarias, pues, de lo contrario el *impasse* constitucional podría ser resuelto por los tribunales británicos acudiendo a la interpretación conforme del Derecho comunitario para darle primacía a este Derecho supranacional. Para paliar esta solución algunos parlamentarios solicitaron a la Cámara de los Comunes la creación de un Tribunal de Primera Instancia para tratar los asuntos europeos, lo que según *Sir Nicholas Lytle SG* parecía necesario por el creciente papel que estaba desempeñando la legislación comunitaria.

Pero donde la teoría de la ficción se puso a prueba de forma más clara fue con las leyes *British Fishing Boats Act 1983* y *Merchant Shipping Act 1988* que dieron lugar a las sentencias conocidas como *Factortame I* y *Factortame II* en las que el Parlamento británico por primera vez promulgó a sabiendas leyes contrarias al Derecho comunitario. Aunque lo que puso en debate no fue tanto la cuestión clásica de la primacía sino más bien de una cierta primacía preventiva ante una incompatibilidad eventual de la norma nacional. El Tribunal de Luxemburgo con éstas resoluciones exigió para hacer efectivo el Derecho comunitario la obligación de los jueces nacionales de garantizar preventivamente los derechos que puedan eventualmente derivarse del Derecho europeo, aunque el País de referencia no contemple estas medidas.

Estas sentencias fueron objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina inglesa,<sup>820</sup> pues, aunque con ellas se quiera justificar que la Ley de 1972 así lo impone, la realidad es que con la ejecución de esta jurisprudencia de Luxemburgo se ha permitido que una institución supranacional invada de forma peligrosa la soberanía del Parlamento, principio constitucional básico del derecho británico. Los Lores dando primacía al Derecho comunitario, quiebran el principio constitucional de la supremacía del Parlamento y reclaman su facultad interpretativa para decidir los derechos y deberes que la legislación europea impone.

De ahí, que estas resoluciones de los Lores hayan dado lugar al debate doctrinal sobre el secular principio de la supremacía del Parlamento y la consiguiente imposibilidad de que sus leyes sean controladas por la judicatura.<sup>821</sup> Surge con ello un nuevo enfrentamiento entre las dos corrientes jurisprudenciales opuestas: la de aquellos defensores a ultranza de que los jueces ejecuten la voluntad del Parlamento, en el sentido de que el Parlamento representa la voluntad soberana y los jueces son meros burócratas ejecutores de la voluntad del legislativo (teoría *ultra vires*), y, la de aquellos que consideran que la interpretación de las leyes compete a la función creativa de los jueces en razón de los principios superiores del *common law* sobre las leyes. Máximo exponente de la segunda será Lord *Bridge*, en la sentencia *Factortame II*, apoyándose fundamentalmente en los tres argumentos citados (*contractarian argument*, *functional argument* y *textual argument*) y, añadiendo que si la supremacía del Derecho comunitario sobre la legislación nacional de los Estados miembros no siempre se deduce de los Tratados, será sin duda la jurisprudencia del TJ quien la establezca. Contrario a esta teoría y seguidor de *ultra vires*, será *Murphy*<sup>822</sup>, quien considera que en el marco de una constitución no escrita, otorgar a

---

<sup>820</sup> MURPHY, C (2010) “Report on the UK and Ireland”, in G. Martinico & O. Pollicino (Eds), *the National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*. Europa Law Publishing, Netherlands. pp. 484 y ss.

<sup>821</sup> LAFUENTE, J.M. op. cit., pp. 257-307.

<sup>822</sup> MURPHY, C. (2007) “EC Law in Britain After the Human Rights Act 1998: To Review or Not to Review”, *University College Dublin Law Review Symposium Edition*, núm. 45. Este autor especifica que los términos del “contrato” firmados con la CEE no eran claros para los parlamentarios británicos, por lo que su consentimiento estaba “viciado”. Ver también BOMBILLAR SÁENZ, F. M. op. cit., pp. 139-183.

los tribunales este poder, por el que se puede invalidar una norma dictada por el Parlamento, puede desembocar en una crisis constitucional.

La interpretación hecha por Lord *Bridge* de afirmar la supremacía del Derecho comunitario frente al interno, no sólo modifica la doctrina anterior mantenida por los propios tribunales británicos, para quienes la aplicación del Derecho europeo no podía ir nunca *contra legum*, sino que también va en contra de las tradiciones constitucionales del Reino Unido<sup>823</sup>.

El concepto de la "supremacía" del Derecho comunitario sobre la legislación de los Estados miembros en regímenes dualistas o pluralista exige que los tribunales del Reino Unido sólo puedan mirar al Derecho comunitario por medio del Parlamento. Esto es, los tribunales británicos no deben aplicar el Derecho europeo directamente, sino indirectamente de conformidad con la autoridad que les confiere la Ley de las Comunidades Europeas. Lo que significa que la expresión "supremacía del Derecho comunitario", debe referirse a la interpretación judicial, no a la revisión de la validez de una Ley. Esto es, no hay la ficción de la soberanía del Parlamento si no contra límite.

Finalmente, vuelve la Cámara de los Lores a acogerse de forma muy forzada a la teoría de la ficción y el precedente, en la sentencia *Factortame III* de 1993. Sentencia que ante todo destaca como dice González Giménez<sup>824</sup> la contundente unanimidad de criterios manifestada por las tres instancias judiciales de declarar por primera vez la responsabilidad patrimonial del Legislador. Aún más, resulta inusual que todos los miembros de la Cámara de los Lores coincidan, como en el caso, en decantarse de forma indudable en defensa de los intereses y principios comunitarios. Esta observancia es capital porque pocos son los derechos nacionales que aceptan la existencia de una posible responsabilidad por hechos de una ley, máxime en un país como el Reino Unido con el principio constitucional de que sea inconcebible un abuso de poder cuando se trate del Legislador, pues la soberanía es exclusiva del Parlamento.

Pero, las sentencias *Factortame*, si bien refuerzan el poder de la supremacía del Derecho comunitario, lo que realmente consiguen es reforzar notablemente el poder de los jueces británicos frente al Parlamento, ya que con la excusa del precedente *Factortame* dictan la sentencia *Equal Opportunities Commission* de 1994, en la que se da un paso más, y se declara de forma general y abstracta la incompatibilidad de la legislación interna con la europea, al margen de cualquier acto singular, con lo que esto significa.

Como recuerda Eduardo García de Enterría,<sup>825</sup> ningún tribunal contencioso- administrativo europeo admitiría un recurso contra una declaración abstracta de incompatibilidad de una Ley formal con el Derecho comunitario, aunque cuando llegase el momento de su aplicación todos aceptasen su inaplicación (que no derogación o invalidación) por incompatible con el Derecho europeo. La única forma de declarar inaplicable en abstracto una Ley es por el recurso directo ante un tribunal constitucional, lo que choca sobremanera con la jurisdicción difusa del Reino Unido. La sentencia *Equal Opportunities*, no se plantea estas cuestiones y haciendo abstracción del fondo resuelve como si se tratase de un acto singular contra una ley, como en el caso *Factortame*, y se refiere exclusivamente a la simple primacía del Derecho comunitario sobre el derecho interno.

---

<sup>823</sup> *Appeal Court* n. 618, *Duke v GEC Reliance Ltd*, de 1988, pp. 639 a 640: "Enable or constrain a British Court to distort the meaning of a British statute".

<sup>824</sup> GONZÁLEZ GIMÉNEZ, J. (2000) "La aceptación por la Cámara de los Lores de la responsabilidad patrimonial del Reino Unido en el asunto *Factortame* (Comentario a la sentencia de 28 de Octubre de 1999, *Regina v. Secretary of State for Transport Ex Parte Factortame*)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 4, núm. 7, pp. 195-208.

<sup>825</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E. op. cit. pp. 125 y ss.

La Cámara de los Lores con esta sentencia abre la puerta al recurso directo contra las Leyes inglesas sin necesidad de un acto singular de aplicación, como si se tratase de un sistema de jurisdicción concentrada pero haciéndolo difuso a todos los tribunales que por razón de la materia de que se trate ejerzan la jurisdicción contencioso-administrativa. Si bien no pueden anular la ley en cuestión, sino sólo inaplicarla, esta sentencia supone la ruptura total con el principio constitucional británico de la soberanía del Parlamento, aunque pretendan escudarse en su respeto por la Ley de 1972.

Desde otro punto de vista, aunque pudo deberse a que con el precedente de *Factortame* los Lores no consideraron que existiese duda alguna para acudir al Tribunal de Luxemburgo, la falta por parte de la Cámara de los Lores en esta sentencia de plantear cuestión prejudicial, aun estando obligado a ello, ha sido interpretado de formas muy distintas. Según el diputado *Norman Lamont*<sup>826</sup> la razón fundamental hay que buscarla en la oposición por parte de los Lores, como última instancia judicial, al aumento del poder del TJ, que en ocasiones, no se ha limitado a decidir sobre la coherente aplicación de la legislación comunitaria en los Estados miembros, si no que ha intervenido ampliando sus competencias, interpretando el Derecho europeo, en asuntos exclusivos del Gobierno británico, y comprometiendo la soberanía del Parlamento.

A pesar de esta jurisprudencia, los tribunales ingleses vuelven a incidir en la teoría de la ficción en la década siguiente. Así en la sentencia *Thoburn o "Metric Martyrs"* de 2002, intentan justificar la soberanía del Parlamento acudiendo al principio de jerarquía. Lord *Justice Laws* crea la distinción entre leyes ordinarias y constitucionales, y, en éste último grupo incluye a la Ley de las Comunidades Europeas.

Las relaciones entre el Derecho europeo y el derecho del Reino Unido deben precisarse de forma que todos los derechos y obligaciones creados por el Derecho comunitario sean incorporados en el nivel supremo del ordenamiento nacional, por la Ley de 1972. En consecuencia, todas las normas contrarias a dichos derechos y obligaciones presentes en el derecho británico han de ser derogadas o modificadas, aunque se trate de normas sustanciales, pues la Ley de 1972 es una Ley de naturaleza constitucional y por tanto no puede ser derogada tácitamente si no de forma expresa.

Así, según Lord *Stein*, en la sentencia *Jackson v Attorney General de 2007*, el relato clásico dado por *Dicey* de la doctrina de la supremacía del Parlamento sigue siendo el principio general de nuestra Constitución, sin que sea impensable que las circunstancias pudieran llevar a los tribunales a que tengan que calificar este principio desde una óptica distinta del tradicional constitucionalismo. Añade por su parte Lord *Hope* que si bien la Constitución inglesa está dominada por la soberanía del Parlamento, ésta soberanía ya no es, si alguna vez lo fue, en términos absolutos. En su mayor parte esta evolución viene por la legislación aprobada por el propio Parlamento, ejemplo claro de ello es la Parte I de la Ley de las Comunidades Europeas pues, aunque el Parlamento se cuidó muy mucho de aclarar la solución de la legislación promulgada en conflicto con el Derecho comunitario, en la práctica, según el artículo 2 (1), cuando se interpreta con el artículo 2(4), debe entenderse que el Derecho comunitario ha de ser reconocido y se deberá poner en práctica por el poder judicial, acogiéndose al método por el cual los Tratados comunitarios lo han puesto en práctica. Esto es, dando la última palabra para su aplicación a los tribunales. La doctrina de la supremacía del Derecho europeo limita la autoridad absoluta del Parlamento para legislar.

---

<sup>826</sup> SÁNCHEZ HERREROS, M. "European Union", Spanish Legal co.uk. Ver en: <http://www.spanishlegal.co.uk/essay.htm>.

En esta misma línea Lord *Reed* en la sentencia (*Hs2*) de 2014, reitera que al no tener el Reino Unido una constitución escrita, se debe basar en una serie de instrumentos constitucionales que incluyen la Carta Magna, la Petición de Derechos de 1628, la Declaración de Derechos y (en Escocia) la reclamación de la Ley de Derechos de 1689, el Acta de Establecimiento de 1701 y el Acta de Unión de 1707, la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, la Ley de Derechos Humanos de 1998 y la Ley de Reforma Constitucional de 2005. Incluso en la propia ley común también se deben reconocer ciertos principios como fundamentales para el Estado de Derecho. Ahora bien, al no haber determinado el Parlamento cuando promulgó la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, cuáles de esos instrumentos eran los constitucionales corresponde a los tribunales su reconocimiento o determinación. Lo que para Lord *Reed* no es más que la función ordinaria de los tribunales: interpretar la legislación, aun incluso antes de que se apruebe la Ley por el Parlamento, como si se tratase de un recurso de inconstitucionalidad.

Esto es, en el Reino Unido los tribunales han encontrado su camino a través del *impasse* o situación de difícil o imposible resolución, creado por las dos soberanías, la de la legislación europea y la del Parlamento. En el sentido de que la supremacía de la normativa europea esta propuesta por el Parlamento del Reino Unido. Es decir, las normas europeas, en cuanto legislación secundaria, sólo tienen fuerza vinculante en la medida en que se lo permite la ley de habilitación. El Parlamento es libre, de derogar o enmendar el Derecho de la UE, cerrándole la puerta de su entrada en el sistema jurídico del RU, en su totalidad o en parte, que de lo contrario ha de aplicarse.

El Reino Unido se encuentra pues, en una situación en la que la aceptación del Derecho comunitario se produce a través de la ficción, y ello según Cappelletti por la posición ambivalente de la de los tribunales<sup>827</sup>. Lo que según el Presidente del Tribunal Supremo, Lord *Neuberger* supone el no estar muy desencaminado de la realidad pues, como bien recuerda en su conferencia en la Universidad de Cambridge<sup>828</sup> la distinta arquitectura del Reino Unido frente a los demás Estados de la UE, ha hecho a este País más vulnerable al Derecho europeo, en el sentido de que la ausencia de una constitución escrita significa que tanto la CEDH como el Derecho europeo tengan mayor protagonismo en las decisiones judiciales, que en las decisiones de los jueces de países que han escrito las constituciones. Así que, cuando un caso de derechos o libertades fundamentales se recurre en este País, la resolución final es probable que se determine conforme a la Convención, ya que dichos derechos se encuentran y forman parte ya del sistema legal británico o cuando lo que se recurre es la aplicación de una norma comunitaria se interprete conforme a los Tratados supranacionales porque los tribunales deben cumplir con las obligaciones que el Reino Unido ha asumido por la Ley de las Comunidades Europeas. Sin embargo, esos derechos son el tipo de derechos que pueden ser incluidos en una constitución escrita o desarrollados por la legislación interna. Consecuencia de lo anterior, se ha desarrollado en el Reino Unido un bloque de jurisprudencia basada en un sistema internacionalizado de la protección de los Derechos humanos en lugar de uno constitucional y un sistema supranacional de Derecho europeo en lugar de un derecho común, por la marcada resistencia por parte de algunos tribunales de usar la ley común o *common law* para lograr los mismos objetivos de protección de los derechos humanos o el Derecho comunitario. Esto debe entenderse de forma negativa, pues la capacidad de los tribunales para no aplicar el Derecho comunitario se está volviendo cada vez más restringida al basarse en el precedente y carecer de una constitución

---

<sup>827</sup> CAPPELLETI, M, (1990) "Balance of Power, Human Right and Legal Integration: New Changes for European Judges", in *Essays in Honour of John Henry Merryman, Dunker and Humblot*, Berlín, pp. 341- 352.

<sup>828</sup> El miércoles 12 de febrero de 2014, Lord *Neuberger*, Presidente del Tribunal Supremo del Reino Unido en la de Universidad de Cambridge inauguró la primera Edición de Cátedra "*Freshfields*" de 2014 con la conferencia bajo el título "*The British and Europe*".

escrita que les permita decir que el derecho interno supera la legislación comunitaria, lo que a la larga supondrá la pérdida de las señas de identidad del Reino Unido.

Ahora bien, lo que para algunos autores, como Lord *Neuberger* es negativo, para otros, como Lord *Reed* o *Marc Elliot*<sup>829</sup> representa una visión empobrecida del Derecho constitucional británico, pues sus tribunales al no verse constreñidos por una sola Norma Fundamental (escrita) pueden invocar toda la serie de instrumentos constitucionales (que van desde la Carta Magna de 1215, pasando por la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, hasta la Ley de Reforma Constitucional de 2005, ahora agregada a la lista) sin verse atados a un cuerpo de derecho que ocupe una posición jerárquicamente superior dentro del ordenamiento jurídico.

Desde luego lo que toda esta jurisprudencia evidencia es una crisis del principio de supremacía del Parlamento a favor del control judicial de la legalidad. Y con ello reavivar la polémica sobre la aplicación de la doctrina *ultra vires* o del *common law*, pese a que determinados tribunales británicos siguen ambas, por entender que la construcción de la una y la otra, deja intacto el núcleo esencial de la concepción tradicional de la soberanía legal, en el sentido de que siempre está latente la posibilidad de que el Parlamento deje inequívocamente claro que desea derogar el Derecho comunitario<sup>830</sup>.

#### 4. LA POLÉMICA ENTRE LA DOCTRINA *ULTRA VIRES* Y LA DEL *COMMON LAW*

La forma en la que los tribunales se han adherido al Derecho europeo, tanto en términos de legislación como de jurisprudencia del TJ, ha supuesto la necesidad de que cambien su forma de interpretar.

Esto significa que frecuentemente han tenido que trascender la legislación británica y examinar las palabras y el significado que se le ha querido dar a las mismas en la normativa comunitaria<sup>831</sup>. Ejemplo de ello, lo vemos ya desde la primera década y con las primeras sentencias como *Bullner v Bollinger* de 1974, en la que se pregunta cuáles son los principios que han de regir la interpretación de un Tratado supranacional, pues en el derecho británico se sigue el criterio formal y, si una norma comunitaria se debe aplicar en el Reino Unido como una ley formal del Parlamento (*statute law*), debería ser interpretada como la ley parlamentaria, según el tenor literal de sus palabras y conforme al precedente. Ahora bien, el Tribunal de Luxemburgo, a diferencia de los tribunales ingleses no está obligado a seguir sus precedentes<sup>832</sup>. Esto es así porque, como recuerda Simon Whittaker<sup>833</sup>, si la *ratio decidendi* reviste particular importancia para los tribunales ingleses, para el TJ lo más importante es el contexto jurídico del

---

<sup>829</sup> ELLIOT, M. (2014) “*Is Lord Neuberger right to suggest that the UK “has no constitution?”*”, in Public law for everyone.wordpress.com, A blog for public lawyers, law students and others.

<sup>830</sup> Una posición intermedia se encuentra en: LAWS, S.J. (2008) “Constitutional Guarantees” *Statute Law Rev*, 29 (1), pp. 1-10. Primera Edición online February 19, 2008: doi:10.1093/slr/hmn003. Uno de los mayores partidarios, aunque de forma moderada de la teoría del *common law es*: CRAIG, P. (2003) “The ECJ, National Courts and the Supremacy of Community Law”, en *The European Constitution in the Making*, Ingolf Pernice, Roberto Miccú, (Ed), Baden Baden Ed. Nomos, pp. 35-51. Por último, la teoría *ultra vires* la defienden entre otros: WADE, H.W.R. and FORSYTH C.F. (1997), “*Administrative law*”, Oxford University Press, Oxford, 2000, ver en concreto p. 44.

<sup>831</sup> WHITTAKER, S. op. cit., pp. 37-83.

<sup>832</sup> LEGARRE, S. y RIVERA, J. L. (2006) “Naturaleza y dimensión del *stare decisis*” *Revista chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 1, pp. 109-124. Este autor recuerda que: “*como explican Cross y Harris en el libro inglés contemporáneo más autorizado sobre el tema, los casos similares tienden a ser resueltos similarmente en casi todas las jurisdicciones o sistemas jurídicos. Lo que distingue la doctrina inglesa del precedente es su fuerte naturaleza coercitiva. En el common law, bajo ciertas condiciones el precedente obliga.*”

<sup>833</sup> WHITTAKER, S, op. cit., p. 73.

problema, pues sus resoluciones judiciales están condicionadas por las circunstancias políticas y económicas planteadas en cada momento. Ello significa que cuando se plantea una cuestión prejudicial, el TJ explica los problemas jurídicos pertinentes que el tribunal nacional debe resolver en relación a las cuestiones que le han planteado, pero, rehúsa sacar conclusiones sobre la importancia que tales cuestiones tienen respecto de los hechos alegados ante el tribunal nacional, y no entra a valorar la forma en que los tribunales nacionales deben aplicar tales explicaciones, pues considera que esto es una cuestión interna de los Estados miembros. Por ello, nada impide al órgano jurisdiccional nacional presentar la misma cuestión al TJ si piensa que la primera respuesta proporcionada fue insatisfactoria. Ejemplo claro de ello sería el caso *Lewark*, asunto C- 457/93, donde el Abogado General *Francis Jacobs* invitó al TJ a modificar su decisión anterior. Por esta razón, los tribunales ingleses deben buscar otra forma de interpretar que no sea formal si no finalista o de conformidad con los principios del TJ.

El problema viene porque el Tratado está redactado de forma muy diferente a las leyes británica, pues en el Reino Unido, el Parlamento al dictar leyes se esfuerza por expresarse con la máxima exactitud, intentando prever todas las posibles circunstancias que puedan plantearse. Por ello las leyes se aprueban después de un largo proceso donde se sacrifica estilo y simplicidad por exactitud. Consecuencia de ello, los jueces ingleses sólo aplican la ley a las circunstancias y variantes cubiertas por las palabras empleadas, le dan una interpretación literal y, si las palabras no cubren una situación nueva, los jueces no tienen la potestad de llenar el vacío. Hacerlo sería tanto como usurpar el poder al Legislativo. El vacío permanecerá hasta que el Parlamento encuentre el momento oportuno de llenarlo. Sin embargo, el Tratado recoge principios generales, intenciones y objetivos sin ningún rigor, está lleno de lagunas y vacíos que deben ser cubiertas por los jueces o por reglamentos y directivas. Utiliza frases de extensión moderada y estilo encomiable, pero carece de precisión. Las frases y las palabras no tienen un significado preciso y por mucho que un abogado inglés busque cláusulas de interpretación no las encontrará. Es la manera de hacer Europa. Lo mismo ocurre con los reglamentos y las directivas promulgados por el Consejo. Tienen que explicar las razones de su aprobación (artículo 190 TCE) de modo que, comienzan con un preámbulo con palabras tales como: “*considerando*” donde se reflejan los objetivos y las razones de estos reglamentos y directivas y se utilizan para interpretar en caso de duda. No pueden interpretarse literalmente las palabras ni buscar el preciso sentido gramatical. El dato literal ha perdido su valor, debe buscarse el propósito y la intencionalidad, el espíritu del Tratado y el significado de su normativa, no pueden ceñirse sólo a la versión inglesa, sino que deberán examinar las versiones autenticadas. Es decir los tribunales británicos han tenido que pasar de la aplicación literal a la finalista.

En este sentido la doctrina *ultra vires*<sup>834</sup> es una explicación de la creatividad judicial que pretender salvaguardar el principio de supremacía del Parlamento, de forma que el activismo judicial solo estaría justificado sobre la base de una normativa ambigua y la actuación arbitraria de algún poder público<sup>835</sup>. Los jueces podrán autorizar lo que un todo poderoso Parlamento no prohíbe expresamente. Christopher Forsyth<sup>836</sup> llegó incluso a preguntar que quienes eran los tribunales para interferir en el ejercicio de una facultad de apreciación a cargo de un tomador de

---

<sup>834</sup> Los partidarios de una interpretación *ultra vires* son Sir William Wade o Christopher Forsyth. Ver WADE, H. W. R. (1991) “What has happened to the sovereignty of Parliament?”, *Law Quarterly Review*, vol. 107, pp. 1-4; ALLAN, T. R. S. (2004) “Legislative Supremacy and Legislative Intent: A Reply to Professor Craig”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 24(4), pp. 563-583; FORSYTH, C. (2000) “*Administrative Law*”, Oxford University Press; TALAGALA CHAMILA, S. (2011) “The Doctrine of Ultra Vires and Judicial Review of Administrative Action” *Bar Association Law Journal of Sri Lanka*, vol. XVII.

<sup>835</sup> LAFUENTE J. M. op. cit., pp. 274 y ss.

<sup>836</sup> FORSYTH, C. y WHITTLE, L. (2004) “*Judicial creativity and judicial legitimacy in administrative law*”.

decisiones democráticamente responsable como es un Parlamento, o cual es la justificación constitucional de esta extensión de la revisión judicial.

Pero, a pesar de estos planteamientos tan radicales, sería inocente defender que los tribunales son simples aplicadores de la voluntad del Parlamento, pues siempre existe una interpretación, aunque sea mínima, que irá creciendo conforme las normas sean más ambiguas y menos precisas, lo que tras la adhesión del Reino Unido a la UE es frecuente. Teoría ésta que se expone por el Tribunal de Luxemburgo con total claridad en la conocida sentencia de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, *Coleman v Attridge Law*, donde dice que los tribunales deben interpretar las leyes (en todo aquello que afecta al Derecho comunitario) conforme al espíritu de los Tratados y no en sentido literal. La aplicación de esta sentencia en el Reino Unido dio como resultado la necesidad de actuar en contra de la supremacía del Parlamento pues, la normativa británica no coincidía con la comunitaria, aunque se justificó en la intencionalidad del Parlamento de no legislar en contra de la Ley de las Comunidades Europeas.

En efecto según Mark Elliot<sup>837</sup> como en la realidad es imposible ejecutar la voluntad del Parlamento sin interpretar, esta interpretación debe ser matizada y no debe confundirse con legislar, sino que debe entenderse como ejecutar conforme a la voluntad e intención del Parlamento. Entendiendo que siempre existe la intencionalidad del Parlamento de respetar el principio de conformidad con la normativa constitucional británica, (como sería la Ley de las Comunidades Europeas). Ello significa que si el Parlamento no legisla específicamente derogando preceptos de la Ley de las Comunidades Europeas el control de la legalidad exige a la judicatura actuar conforme a la voluntad del Parlamento que es la voluntad de la normativa europea. Como dice la sentencia *Coleman* no aplicar el derecho nacional comunitario en sentido literal, sino buscar el espíritu de lo querido por los Tratados y ejecutar conforme a lo querido por ellos, porque así también lo ha previsto el Legislador al adherirse a la UE y aprobar la Ley de las Comunidades Europeas. De ahí la importancia que tiene para los tribunales el cambiar su forma de entender y aplicar el derecho. Esto es, como afirma, *Justice*<sup>838</sup> el "principio de legalidad" constitucional, se vincula a otros principios constitucionales relevantes, incluyendo el Estado de Derecho y la protección efectiva de la revisión judicial. De ahí que en la sentencia objeto de estudio recuerde que el principio de legalidad exige que sea el Parlamento quien legisle. No pueden ni el Gobierno ni los tribunales asumir el papel del Legislador. Forman los principios, aquella parte del telón de fondo constitucional contra el cual Parlamento es el único que puede legislar. Son la base del principio de legalidad. Siguiendo a Lord *Steyn*<sup>839</sup> si "*la supremacía del Parlamento es el principio fundamental de nuestra Constitución... La legislación promulgada por el Parlamento implica (i) una legitimidad democrática, (ii) una responsabilidad democrática, y (iii) una capacidad institucional. Estos deben combinarse para dar a (iv) un margen de identificación*"<sup>840</sup>.

Todo ello lleva a la conclusión de que: en primer lugar, los tribunales deben respetar lo realizado por el Parlamento. En segundo lugar, los tribunales insistirán en que ciertas cosas sólo se pueden hacer por el Parlamento: es la función del principio de legalidad, expuesto

---

<sup>837</sup> ELLIOT, M. (1999) "The Demise of Parliament Sovereignty? The implications for Justifying Judicial Review" 1999 115 LQR 119.

<sup>838</sup> En la STJUE de 29 de abril de 2010, asunto C-340/08, *M&Other v Her Majesty's Treasury*.

<sup>839</sup> *R (Anderson) v SSHD* [2002] UKHL 46 [2003] 1 AC 837 a § 39.

<sup>840</sup> Hay innumerables ejemplos que demuestran que éstas son las líneas básicas sobre las que decide el Parlamento y que debe aplicar la judicatura. A modo de ilustración, *R (Campo Alliance) v General Attorney* [2007] UKHL 52 [2008] 1 AC 719 a § 45. *R (Animal Defenders International) v SS de Cultura Medios y Deportes* [2008] UKHL 15 [2008] 1 AC al 1312 § 33. *Wilson v First County Trust Ltd* [2003] UKHL 40 [2004] 1 AC 816 en § 70. *R v Lichniak* [2002] UKHL 47 [2003] 1 AC 903 a § 14; *McE v Prison Service of Northern Ireland* (2009) UKHL 15 [2009] 2 WLR 782.



anteriormente. En tercer lugar, los tribunales deben negarse a asumir la función del legislador, rescatando un esquema deficiente y diseñando uno alternativo<sup>841</sup>. Por ello, cuando se produce un conflicto entre una norma interna y el Derecho comunitario pueden o acatar directamente la norma comunitaria o plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo.

No es este sin embargo el planteamiento de los seguidores del *common law* que parten de la base contraria, esto es, que el Parlamento debe su autoridad al principio de ejecutividad de las sentencias de los tribunales<sup>842</sup>. Paul Craig<sup>843</sup> sostiene que tanto la soberanía del Parlamento como el control judicial tienen un fundamento común en la Constitución o en los principios básicos del derecho común. Supuesta esta compatibilidad y este común fundamento constitucional de ambas instituciones, nada obsta a que la judicatura ejerza el control de la legalidad de acuerdo con la doctrina del *common law*, tanto más cuando el Parlamento podría establecer límites al *common law*. Así Dawn Oliver<sup>844</sup> entiende que no se debe partir de la presunción de que la voluntad del Parlamento excluye la posibilidad de que la ley prevea una actuación contraria a los principios de buena administración. El exponente más claro se encuentra en la *British Fishing boats Act de 1983* y la *Merchant Shipping Act de 1988* dictadas por el Parlamento aun a sabiendas de ir en contra del Derecho comunitario y que dieron como resultado las sentencias del TJ *Factortame I, II, y III*. Paul Craig escribe: “...en términos históricos la revisión judicial no fue originalmente fundada en la idea de efectuar la intención del legislador,... esto sólo se convirtió en un foco central en el siglo XIX”<sup>845</sup>.

Sin embargo según dice Lord *Justice Laws* la denominada supremacía judicial no es sino la irrecurribilidad final de las sentencias cuando son dictadas por la más alta instancia judicial, pues éste es el único poder que no está sujeto a límites constitucionales. Según sus palabras: “En el estado actual de su madurez el derecho común ha llegado a reconocer que existen derechos que deben ser clasificados como constitucionales o fundamentales [...]” De aquí nace la teoría de este autor de que los jueces tienen el poder que ellos digan que tienen sin que se pueda medir la legitimidad constitucional de su jurisprudencia, puesto que son los propios jueces los que determinan cual es esta legitimidad. Ello significa que esta legitimidad dependerá en última instancia, de la confianza que la comunidad tenga en el modo en el que la Judicatura ejerza esta función de control<sup>846</sup>.

Teniendo en cuenta, entonces, las dificultades que, sin duda, genera el rechazo de la teoría *ultra vires*, hay que preguntarse por qué hay tantos estudiosos y jueces que desean abrazar la

---

<sup>841</sup> *Duport Steels Ltd v Señores* [1980] 1 WLR 142 al 157 (Lord Diplock: hizo hincapié en que la Constitución británica, aunque en gran medida no escrita, se basa firmemente en la separación de poderes, el Parlamento hace las leyes, el poder judicial las interpreta) y *R (Quintaville) v SS para la Salud* [2003]UKHL 13 [2003] 2 AC 687 a § 15 (Lord Bingham, refiriéndose al imperativo constitucional de que los tribunales deben seguir con su función interpretativa y no asumir el papel de los legisladores).

<sup>842</sup> Los seguidores del *common law* son fundamentalmente Paul Craig, Dawn Oliver y Lord *Justice Laws*.

<sup>843</sup> CRAIG, P.: (1998) “Report on the United Kingdom”, in *The European Courts and National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, A-M. Slaughter, A. Stone Sweet and J. Weiler, Eds, cap. 7; (1998) “Indirect Effect of Directives in the Application of National Legislation”, in *European Community Law in the English Courts*, M. Andenas and F. Jacobs Eds., cap 3; (1998) “Regulation and Judicial Review: Perspectives from UK and EC Law”, in *Regulation and Deregulation: Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, C. McCrudden Ed., cap. 7; (1998) “Substantive Legitimate Expectations and the Principles of Judicial Review”, in *English Public Law and the Common Law of Europe*, M. Andenas Ed., cap. 3.

<sup>844</sup> DAWN, O. (1987) “Is the Ultra vires Rule the Basis of Judicial Review?”, in *Public Law* 543, pp. 307-325.

<sup>845</sup> CRAIG, P. (2001) “Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review” 57 *Cambridge Law Journal* 6; JOSEPH, P. (2002) “The Demise of Ultra-Vires - A Reply to Christopher Forsyth and Linda Whittle”. *Canterbury Law Review*, 8(3), pp. 463-479.

<sup>846</sup> LAWS, J. (2000) “Judicial review and the Meaning of Law” in *Judicial Review and the Constitution*, C.F. Forsyth (Ed.) Hart Pub. Oxford pp. 173-190.

teoría del *common law*. La respuesta parece ser que ellos están menos interesados en determinar el mejor camino a seguir para la revisión judicial, y más interesados en la búsqueda de hacer valer el papel de los tribunales sobre la del Parlamento en el proceso de revisión judicial<sup>847</sup>.

Para entender la primacía del Derecho comunitario, no cuando lo quieren los tribunales británicos sino con carácter general y, hasta que el Parlamento derogue la Ley de las Comunidades Europeas, es necesario distinguir entre supremacía y primacía. Supremacía es carácter jerárquico superior de una norma y, por tanto, fuente de validez de la norma en cuestión, que en el Reino Unido estaría en el Parlamento, mientras que primacía no es necesariamente jerarquía, sino distinción entre los ámbitos de aplicación de la diferente normativa, donde uno o más de ellos tienen la capacidad para desplazar a los demás en virtud de su aplicación preferente.

Esta distinción aparentemente tan sencilla, choca de nuevo con la necesidad que tiene la judicatura británica de tener la última palabra, ora por evitar la ruptura de sus principios constitucionales, ora por seguir el control de la legalidad. Es por ello que para evitar que la última palabra en el Reino Unido lo tenga la judicatura debe aplicar no sólo su normativa constitucional (artículo 2 (4) de la Ley de 1972 que exige que la legislación nacional, incluida las leyes parlamentarias, sea interpretada conforme con el Derecho comunitario directamente eficaz) si no también la normativa comunitaria, esto es, el artículo 19 del TUE, que no significa más que acudir a la tolerancia constitucional, en el sentido de acudir a la cuestión prejudicial y dejar que sea el Tribunal de Luxemburgo quien responda a las cuestiones comunitarias, en aras a llegar a un proceso de armonización que logre alcanzar, con la certeza necesaria, unos principios interpretativos comunes para todos los Estados miembros en la aplicación del Derecho europeo.

---

<sup>847</sup> FORSYTH, C. y WHITTLE, L. (2002) "Judicial creativity and judicial legitimacy in administrative law" *The Canterbury Law Review*, vol. 8, pp. 453-463.

## **TERCERA PARTE**

---

### **OBSERVACIONES FINALES**

## 1. INTRODUCCIÓN

La finalidad de la presente tesis ha sido ofrecer una evaluación comparada de cómo tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como los Altos tribunales de los seis Estados fundadores, y del Reino Unido han participado en la integración en la UE, sobre todo tras el reconocimiento por el Tribunal de Luxemburgo de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario.

Ello significa referirse a la dialéctica entre la justicia constitucional y europea que, como recuerda Josu de Miguel Bárcena<sup>848</sup> conduce a los grandes problemas del constitucionalismo contemporáneo en Europa, pues los Altos tribunales de los Estados miembros y el TJUE no están asumiendo un papel indiferente en la conformación del ordenamiento jurídico europeo.

Todos y cada uno de estos Altos tribunales, así como el TJUE, han abordado sus propias teorías y empleado elementos e instrumentos diferentes, no sólo para explicar la incorporación del Derecho comunitario en el ámbito del Derecho nacional, y determinar la posición que ocupa en la jerarquía de las fuentes normativas sino también para explicar quién debe tener la última palabra, o la *Kompetenz Kompetenz*, y, por tanto, qué tribunal debe ser, en terminología alemana, el Señor de los Tratados. Cuestión que como recuerda Miguel Poiars Maduro<sup>849</sup>, no trata únicamente sobre quién decide en el último recurso en caso de que aparezcan conflictos entre los dos ordenamientos jurídicos, sino en el hecho de que estos conflictos representan el problema de determinar quien ostenta la soberanía, de saber cuál es la fuente de poder última en la organización política y jurídica de la sociedad; lo que en términos estrictamente jurídicos se refiere a determinar la norma de validez de todas las otras normas y del ejercicio del poder normativo en un ordenamiento jurídico determinado. Es por ello, que las teorías tanto de la jurisprudencia constitucional de los países miembros como del TJUE, según Benito Aláez Corral<sup>850</sup> no deben considerarse como meras elucubraciones hipotéticas de ingeniería constitucional carentes de trascendencia práctica para la vida del ciudadano, pues determinar en qué consiste la soberanía y en qué medida se ve jurídicamente afectada ésta o alguna calificación de su ejercicio, puede convertir en lícita o ilícita una disposición normativa

---

<sup>848</sup> BARCENA, J. de M. (2008) “Justicia constitucional e interacción supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo”, *Revista Iberoamericana de Derecho procesal constitucional*, núm. 9, pp. 85-116.

<sup>849</sup> MADURO, M. P. (2003) “Las formas del poder constitucional de la Unión europea”, *Revista de Estudios Políticos, Nueva Época*, núm. 119, enero-febrero, pp. 11-55, en concreto pp. 54.

<sup>850</sup> ALÁEZ CORRAL, B. (1998) “Soberanía constitucional e integración europea”. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, (1), pp. 503-555.

comunitaria aplicable directamente a un ciudadano y que afecte a alguno de los ámbitos de libertad de éste, constitucionalmente garantizados.

Y, es que dada la heterogeneidad de sistemas constitucionales y la ausencia de una cláusula de supremacía unívoca entre ordenamientos, o de una Constitución europea, en el sentido normativo, que permita reconducir hacia la unidad todo un sistema jurídico conformado por una pluralidad de ordenamientos, como el europeo y los estatales, hace inevitable partir de puntos de vista diferentes, pues la relación entre ordenamientos, así como la relación entre los Altos tribunales y el TJUE, está limitada por unas condiciones estructurales de partida diferentes.

Consecuencia de lo anterior, el modelo tradicional de soberanía, ya no sirve. No es posible que la soberanía, tal y como venía entendiéndose, esté radicada en lugares distintos<sup>851</sup>. Si la supremacía constitucional de la que parten los Estados miembros, así como la primacía del Derecho europeo, no admiten restricciones puntuales ni eventuales compromisos y son antagónicas entre sí, la única forma de llegar a un entendimiento será acudiendo a nuevas concepciones o a la reformulación de las clásicas que permitan replantearse el modelo de integración europea y de sus fuentes<sup>852</sup>.

En este contexto el papel del juez ha sido y es fundamental, hasta el punto de que a través de su jurisprudencia, tanto los Altos tribunales de los Estados miembros como el TJUE, garantes de sus respectivos ordenamientos jurídicos, han conseguido con sus resoluciones, llegar a un cierto equilibrio de poderes en el conglomerado jurídico de la integración europea.

Ahora bien, si las consecuencias prácticas (los fallos) de las resoluciones judiciales, salvo puntuales conflictos, han conseguido ese punto de equilibrio, no cabe decir lo mismo de la parte expositiva, pues tanto los Altos tribunales nacionales como el de Justicia de la Unión Europea a través su narrativa están convencidos de que ostentan en última instancia la autoridad. Esto es, como recuerda Maduro<sup>853</sup> si un observador imparcial se interesase en la relación entre el Derecho comunitario y el derecho nacional, su percepción de la realidad variaría considerablemente dependiendo si aterrizase sobre el TJUE o sobre alguno de los Altos tribunales nacionales. Hay algo, que sin embargo no cambiaría: no tendría ninguna duda acerca de la cuestión de la última autoridad, pues si uno lee exclusivamente la jurisprudencia del TJUE sobre las relaciones entre Derecho comunitario y derecho nacional se encontraría con la primacía absoluta del Derecho europeo, y si leyese exclusivamente la jurisprudencia de algún Alto tribunal nacional seguiría estando convencido de que no hay ninguna duda acerca de quién detenta en última instancia la autoridad, pero en este caso se trataría de las Constituciones nacionales.

Es por ello, que la jurisprudencia de estos Altos tribunales no puede ser entendida en sentido literal o formal, sino que hay que buscar las sutilezas materiales que han permitido, garantizar la coherencia interordinamental en el marco de una forma de poder multinivel. Es decir hay que buscar lo que Giuseppe Martinico ha llamado diálogo oculto entre tribunales, que ha llevado a estos Altos tribunales nacionales, mediante diferentes técnicas, el tener una

---

<sup>851</sup> Es lo que algunos autores definen como soberanías en competencia.

<sup>852</sup> DÍEZ PICAZO, L.M. (2008) "La naturaleza de la Unión Europea", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4. pp. 1-67. Este autor nos recuerda que si bien en la época absolutista la soberanía era un concepto realista pues alcanzaba a hacer coincidir el objeto del que se predicaba el poder absoluto con el titular del mismo. Actualmente ha dejado de ser convincente como justificación de la forma de poder político, pues resulta difícil sostener al mismo tiempo el carácter absoluto del poder político y su sujeción a normas jurídicas. Es por ello que, sin entrar en debate en torno a esta concepción actualmente cabe identificar la soberanía como la cualidad típica de los Estados. Ver en INDRET.COM.

<sup>853</sup> MADURO, M.P. op cit., pp. 13-16. Recordar que este autor se refiere a si un extraterrestre aterrizara en la tierra, lo que yo he preferido cambiar por un observador imparcial.

conversación judicial con el TJUE, que a su vez ha alimentado también unas vías un tanto heterodoxas de comunicación judicial. Lo que por otra parte ha llevado a la primacía del Derecho de la Unión y con ello a la verdadera integración europea.

Y, es que los Altos tribunales de los Estados miembros, partiendo de la primacía de la Constitución nacional y de los contra límites, mediante ingeniosas teorías (tales como la inaplicación *versus* inadmisión, la interpretación conforme, trasferencia de competencias que no de soberanía, la introducción de un nuevo paso en la jerarquía normativa, la doble cuestión prejudicial, la de un todo inseparable, la ficción de la soberanía, etc.) han permitido una apertura incondicional del ordenamiento jurídico nacional al sistema comunitario, a veces incluso por encima del constitucional.

Por su parte el TJUE, a través de técnicas tales como la cuestión prejudicial y la autonomía procesal o el recurso a la identidad nacional, ha permitido a los Altos tribunales nacionales, si se me permite la comparación, reinar pero no gobernar. Esto es, ha dotado a los ordenamientos jurídicos nacionales de plena libertad para determinar tanto los órganos jurisdiccionales competentes, así como la modalidad procesal de los recursos en vía jurisdiccional en aras a salvaguardar los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo y la primacía del Derecho europeo, consiguiendo con ello la creación de un sistema jurídico autónomo respecto de los ordenamientos nacionales, pero al mismo tiempo integrado en el orden interno de estos Estados miembros, inmediatamente aplicable y, como tal, invocable por los particulares ante los órganos jurisdiccionales que tienen obligación de aplicarlo.

## **2. LA ÚLTIMA PALABRA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ALTOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS**

### **2.1. Las teorías en torno a la ratificación constitucional y los contra límites**

La transferencia de parte de la soberanía nacional a la UE es concebida en el ámbito nacional, en todos los países, en mayor o menor medida desde el punto de vista constitucional o estatal.

Ello significa que, todos los Estados miembro, han exigido una ratificación constitucional de los Tratados fundacionales de la UE para poder incorporar el Derecho europeo en el derecho interno. Y todos, han exigido que cualquier cambio en los Tratados sea objeto de esta ratificación. El Reino Unido al radicar la soberanía en el Parlamento y carecer de constitución escrita, ha ratificado los Tratados fundacionales a través de una norma jurídica nacional de valor especial que puede entenderse que opera como instrumento de incorporación y validación constitucional.

En algunos países, como Bélgica, Holanda, Luxemburgo o Francia, el proceso a seguir supone que, antes de ser aprobado por el Parlamento, cada ratificación de un tratado debe ser sujeta a un control de constitucionalidad *a priori*, para apreciar su compatibilidad con la constitución nacional<sup>854</sup>. En el resto de los países, que no contemplan este control *ex ante*, es sin embargo usual vincular este proceso de ratificación de los Tratados a un mero debate político sobre su compatibilidad con la Constitución nacional.

---

<sup>854</sup> En Bélgica el Consejo de Estado en su Dictamen de 15 de enero de 1953, dijo que el artículo 25 de la Constitución no se oponía a la ratificación del TCEE y ello dio como resultado que la Constitución no se modificó hasta 20 de julio de 1970. Ver Segunda Parte, Cap. 3. 1.1., p.

Esto quiere decir que desde la perspectiva del constitucionalismo nacional, el Derecho europeo es aceptado porque así lo ha querido la Constitución del Estado miembro en cuestión. Lo que significa que toda pretensión de autoridad desde el Derecho europeo se acepta porque los constituyentes nacionales así lo quieren, incluso cuando éstos no vayan a ejercer una jurisdicción permanente sobre las normas de la Unión Europea. La necesidad de esta ratificación constitucional supone entender que la autoridad del Derecho europeo depende en última instancia de las Constituciones nacionales, o lo que es lo mismo que el ordenamiento estatal a través de su norma suprema ha determinado voluntariamente que las normas creadas por sujetos y procedimientos no previstos por ella ni por sus normas subordinadas han de ser consideradas como parte integrante de su ordenamiento jurídico.

Partiendo de este paradigma, la vinculación de la justicia constitucional a la Constitución hace que el proceso de integración sólo pueda ser objeto de enjuiciamiento por los tribunales en las condiciones que establezca la propia Constitución y de acuerdo con las características generales del sistema constitucional estatal. Esto es, habrá que estar en todo caso a las habilitaciones genéricas y específicas que el Estado establece para su incorporación al proceso de integración, a las posibles cláusulas de intangibilidad o contra límites y a las relaciones previas que los Altos tribunales establezcan en sus respectivos ordenamientos para que la integración comunitaria sea posible.

En HOLANDA, el artículo 92 en relación con el artículo 91 de la Constitución permite que mediante tratado puedan atribuirse competencias legislativas, administrativas y judiciales a organizaciones de derecho internacional, a condición de que se cumpla lo establecido en el artículo 91.3. Por su parte este artículo 91.3 establece que *se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos*. Es decir, el único contra límite que exige la Constitución es que la ratificación de un Tratado se lleve a efecto mediante aprobación de los Estados Generales por esa mayoría cualificada. Es pues un límite político y no jurídico que hace depender la supranacionalidad del Derecho comunitario de argumentos subjetivos, pues el citado artículo sólo requiere de su aprobación, lo cual al no depender de ninguna justificación, sólo puede ser apreciado por la interpretación que den los Estados Generales, y del modo en que éstos aprecien la situación internacional en un momento dado, lo que a su vez lo hace depender de la confianza que el pueblo holandés tenga en la UE.

Por otro lado al admitir este mismo artículo 91.3 los tratados derogatorios de la Constitución, el artículo 93 su fuerza obligatoria y el artículo 94 la no aplicación de las leyes contrarias a estos Tratados, los tribunales nacionales, incluido el *Hoge Raad*, tienen que aplicar el Derecho europeo aun en contra de la propia Constitución<sup>855</sup>. Si a ello se le une que el artículo 120 de la Constitución prohíbe a los tribunales nacionales controlar la constitucionalidad de los leyes y de los Tratados, se llega al hecho de que los tribunales nacionales de los Países Bajos, y, en particular, el *Hoge Raad*, tienen un mandato internacional y un mandato europeo al juzgar todas sus resoluciones sobre la base de los Tratados internacionales y de la UE. Razón por la cual el Presidente del *Hoge Raad* ha calificado a este tribunal como un tribunal convencional.

LUXEMBURGO, en su artículo 49 bis constitucional, también permite el ejercicio de atribuciones reservadas por la Constitución *a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial que puedan ser temporalmente encomendados por vía de tratado a instituciones de Derecho internacional*. Añadiendo el artículo 37 *que el Gran Duque concierta los Tratados y que los tratados no surten efectos antes de haber sido aprobados por la ley y publicados en la forma prevista para la publicación de las leyes*, sin que exista ningún límite material a aquello que puede ser transferido a la UE por Ley. Pues, aunque en el año 1996 se creó un Tribunal

---

<sup>855</sup> Holanda es el único país que admite los tratados derogatorios de la Constitución.

Constitucional y se estableció el control de constitucionalidad a *posteriori*, al establecer el artículo 95 ter (2) de la Constitución que de dicho control se exceptuaran las leyes de aprobación de los Tratados<sup>856</sup>, los únicos contra límites del Derecho europeo serán los requisitos tanto formales como materiales que exigen el artículo 37 de la Constitución. Vuelve de nuevo a ser un argumento político que no jurídico el contra límite pues, desde la óptica material la aprobación por ley no es más que la introducción en la aprobación de los tratados del elemento democrático, como especifica la propia Constitución.

Sobre esta base constitucional, la jurisprudencia de Luxemburgo ha reconocido desde tiempo inmemorial, la primacía de la norma de Derecho internacional cuando entra en conflicto con la norma interna, basando sus argumentos en la propia superioridad del Derecho internacional, es decir, en la doctrina de que las disposiciones internacionales y europeas debidamente aprobadas preceden a la legislación nacional en el nivel infra-constitucional, pues no existe hasta la fecha pronunciamiento explícito, a favor de una primacía de las normas internacionales o comunitarias sobre la Carta Constitucional.

BÉLGICA, de lo seis Estados miembros fundadores de las Comunidades Europeas, es el único país que no adaptó su Constitución para dar base suficiente a la supranacionalidad, lo cual sin embargo no tuvo muchos efectos prácticos debido a la inexistencia, en ese momento, de sistema alguno de control de constitucionalidad de las leyes. En virtud de una jurisprudencia constante, las jurisdicciones se inhibían de controlar la constitucionalidad de las leyes y consideraron los Tratados y los actos de las instituciones comprendidas en virtud de esos Tratados, inatacables.

Tras la reforma constitucional de 23 de diciembre de 1970, se incluyó en el texto constitucional el actual artículo 34 que permitía al Reino de Bélgica *el traspaso de competencias a instituciones de Derecho internacional público por la firma de un tratado o una ley*. Ello supone, como en los dos países anteriores, que no exista ningún límite material en punto a la integración europea y que el verdadero contra límite, sea de carácter puramente político, a saber su firma por las Cámaras.

Con la creación del Tribunal Constitucional dotándole el artículo 142 de la Constitución del control de constitucional de los derechos fundamentales, la situación ha cambiado, pues este Tribunal Constitucional ha adoptado el papel de garante de todo el Derecho constitucional. La ausencia desde la Constitución de una visión clara de la jerarquía de las normas y el carácter plural del ordenamiento jurídico belga, no sólo por la existencia de diferentes fuentes del Derecho, sino también por la existencia de varias autoridades con competencia para promulgar normas legales (consecuencia del fraccionamiento territorial del País) llevaron al Tribunal Constitucional a entender que la ley de asentimiento o adhesión a un tratado, lo mismo que el texto del tratado aprobado, entra íntegramente dentro de su control, pues se debe asegurar que si la Constitución prohíbe al legislador nacional aprobar normas internas contrarias a su preceptos no cabe dicha posibilidad por el procedimiento indirecto de asentir, a través de la ratificación de un tratado internacional, de ahí que corresponda a este Tribunal su supervisión aunque sea a través de la resolución de una cuestión prejudicial.

FRANCIA sobre la base del artículo 54 de la Constitución en torno a los tratados internacionales se adhirió a la Unión Europea, pues, aunque el Consejo Constitucional estimó

---

<sup>856</sup> Parece pues, que el Constituyente han querido evitar este giro dualista del Tribunal Constitucional prohibiéndole plantear cualquier duda respecto a la aplicación de los tratados internacionales o comunitarios, pues aunque formalmente sean aprobados por ley, se prohíbe que un tribunal, aunque sea el constitucional, pueda impugnar un compromiso internacional o supranacional, por inconstitucional su ley de ratificación, comprometiendo con ello la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional o europeo, lo que permitiría concluir que Luxemburgo es un Estado claramente monista. Ver Segunda Parte, Cap. 3., Gran Ducado de Luxemburgo, p. 144.



que era necesario reformar la Constitución para añadir referencias específicas al proceso de integración europeo, esta reforma no se produjo hasta el año 1992.

Desde 1992, se han sucedido cinco reformas para modelar un nuevo Título XV que testimonia la integración europea en la Constitución francesa. Todas estas reformas se produjeron después de una decisión del Consejo Constitucional conforme al artículo 54 de la Constitución para permitir la ratificación de los Tratados europeos modificativos<sup>857</sup>. Por lo que el papel del Consejo Constitucional ha sido clave para el reconocimiento constitucional del proceso de integración europea.

Por otro lado, a pesar de que el artículo 55 de la Constitución garantiza que los *tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes*, cualquier norma interna, europea o internacional está jerárquicamente sometida a la Constitución fuente primaria del ordenamiento jurídico francés. Ello supone que si bien la tradición francesa establece un valor supra-legislativo al Derecho internacional y al Derecho europeo en particular, no alcanza a las normas constitucionales, y, al no haber ningún precepto que regule las relaciones entre la Constitución y la norma internacional se pueda afirmar el valor infra-constitucional de la norma internacional, efecto que se extiende al Derecho comunitario. Lo que se ha querido evidenciar de forma clara tras la reforma constitucional de 2008 y la incorporación del artículo 66-1 por el que se dota al Consejo Constitucional del control de constitucionalidad a posteriori *cuando con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y libertades que garantiza la Constitución*. Reforma que da un paso más en favor de la homologación de la jurisdicción constitucional francesa, evidenciando lo querido por el poder constituyente, a saber, reforzar aún más el carácter normativo de la Constitución, con la consiguiente subestimación del principio de supremacía del Derecho de la Unión.

Estas razones han llevado al Consejo Constitucional francés a distinguir entre el derecho originario y derivado de la Unión.

En relación con el derecho originario de la UE, el Consejo Constitucional francés apoyándose en el artículo 54 de la Constitución entiende que el poder constituyente es el único contra límite con el que tropieza el Derecho europeo. El poder constituyente no conoce límites de carácter material a la revisión constitucional. No existen principios con valor supraconstitucional, cualquier inconstitucionalidad puede superarse mediante una revisión constitucional. La función del juez constitucional no es la de limitar al poder constituyente sino la de identificar los puntos de conflicto. Dicha solución recoloca al Parlamento y al cuerpo electoral en los tenedores de la última palabra sobre la aceptación de las limitaciones de la soberanía que los Tratados comportan.

Para llegar a esta conclusión el Consejo Constitucional parte de la teoría de que en Francia no existe contra límite alguno que pueda ser identificado con “*condiciones esenciales de la soberanía*” y por tanto que no pueda ser objeto de reforma. Y es que en el marco de la integración europea no cabe hablar de soberanía sino de competencia. La soberanía ha perdido su carácter dogmático en beneficio de una concepción funcional constitucional, lo que todos identifican como soberanía no son más que competencias. Por lo que para determinar el alcance jurídico del atributo de la soberanía se hace necesario diferenciar cuales de esas competencias funcionales forman parte de su esencia y cuales deben considerarse accesorias. Para el Consejo Constitucional solo serán esenciales las que el poder constituyente considere como tales, por lo que todas o ninguna pueden ser esenciales, pues todas pueden ser transferidas si así lo quiere el

---

<sup>857</sup> Salvo la Decisión de 2003, que intervino después de una Decisión del Consejo de Estado francés, Ver Segunda Parte, Cap. 4., República Francesa, p. 151.

poder constituyente, que se convierte en el único contra límite, o en el verdadero artífice de la soberanía, ya que con su sola decisión determina si integra o no el Derecho europeo, es decir *ante la voluntad manifiesta del constituyente, el Consejo Constitucional no puede sino inclinarse*<sup>858</sup>.

Esto lleva a la conclusión de que la Unión Europea como toda organización supranacional no ejercerá más competencias que las atribuidas por los Estados que la han creado, el Estado conserva su soberanía plena, considerada la competencia de la competencia, pues la UE sólo ejerce lo que le es transferido. Luego, la integración del orden jurídico europeo en el orden jurídico interno se fundamenta en el artículo 88.1 de la Constitución. Lo que da como resultado que la integración del Derecho europeo en el ordenamiento jurídico francés procede de la constitucionalización del Derecho europeo y no de su naturaleza propia como argumenta el TJUE.

Consecuencia de lo anterior la ejecución del Derecho comunitario es un deber ineludible para el legislador francés, que queda vinculado al respeto de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Francia al ordenamiento comunitario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución. Obligación de la que quedan exonerados, cuando el Derecho derivado o su legislación de desarrollo afecta a la identidad constitucional de Francia y, en concreto perjudique los derechos y libertades fundamentales, pues en este supuesto deben acudir al Consejo Constitucional para que resuelva.

ITALIA por su parte se integró en la UE por el artículo 11 de su Constitución, *que permite las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre los nacionales, y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin*. Con la reforma constitucional realizada en 2001, que modifica el artículo 117 párrafo primero estableciendo *que el poder legislativo será ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los compromisos internacionales*, se reconoce expresamente en la Norma fundamental los vínculos constitucionales del ordenamiento comunitario y la potestad legislativa, es decir en el caso de que una ley nacional estatal o regional viole disposiciones comunitarias la incompatibilidad comunitaria supone también una incompatibilidad con la Constitución. Esto significa que el parámetro comunitario se ha convertido junto con las obligaciones internacionales y la Constitución en uno de los tres elementos básicos del ordenamiento jurídico italiano

A pesar de ello, la Corte Constitucional italiana desde la sentencia *Frontini* de 1973, ha entendido que la limitación de la soberanía a que se refiere el artículo 11 constitucional ha de calificarse de parcial porque hay normas constitucionales que si pueden ceder ante las normas comunitarias y otras que no. Estas últimas serán los contra límites o las normas que contienen los principios fundamentales o derechos inalienables que deben preservarse en cualquier caso, aun rompiendo con el principio de prevalencia del Derecho europeo, cuya especificación es algo que sólo puede determinar la Corte Constitucional. Es por ello, que como garante de la Constitución sólo a esta Corte corresponde la última palabra hasta el punto de llegar a afirmar que la violación por parte del Derecho de la UE de algún principio constitucional puede dar lugar a la inconstitucionalidad de la Ley de ejecución del Tratado con lo que ello comporta de la salida de la República de Italia de la UE, pues el artículo 11 constitucional consiente en limitar la soberanía únicamente para la consecución de las finalidades allí indicadas, entre las que no se encuentran los contra límites.

---

<sup>858</sup> Frase de Pierre Mazeaud, ver cita 488, pp. 182.

ALEMANIA ratificó los Tratados fundacionales de la UE por el artículo 24. 1 de la Ley Fundamental que permite a la República Federal el poder *transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales*. A lo que se ha añadido en el artículo 25 que las *reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal*", lo que permitió que el Derecho europeo desplegara sus efectos dentro del territorio alemán como instrumento normativo de Derecho internacional con pretensión de validez territorial.

Sin embargo, al incorporar ese mismo texto constitucional en su artículo 79.3 que determinados preceptos de la Constitución son inmodificables incluso por el reformador constitucional, es decir una cláusula de intangibilidad, eternidad o inmutabilidad, el Tribunal Constitucional desde sus comienzos ha dirigido todos sus esfuerzos a cerrar el poder de reforma constitucional a la afectación de los principios y valores protegidos por el artículo 79.3 de la Ley Fundamental. Lo que a su vez le ha servido como excusa para no dejar que Alemania se abra a organizaciones internacionales o supranacionales más allá de la cláusula de intangibilidad.

Con la excusa de esta cláusula, el Tribunal Constitucional alemán, conforme a la teoría tradicional del Estado de los siglos XIX y XX y utilizando conceptos tales como constitución, dignidad humana, democracia o Estado federal ha elaborado toda una teoría del proceso de integración europeo en clave nacional, en el sentido de entender la necesidad de garantizar hacia el interior la incolumidad del poder soberano frente a quienes no han sido habilitados para ejercerlo y, hacia el exterior establecer límites de la acción de los poderes constituidos, especialmente el legislativo y el ejecutivo los que mediante la asunción de compromisos internacionales y la integración en organizaciones supranacionales no están habilitados ni para trasladar el poder constituyente del pueblo alemán a una entidad colectiva, ni tampoco para traspasar los límites materiales que internamente constriñen como poder de reforma constitucional. El Tribunal Constitucional con sus parámetros interpretativos ha reafirmado su poder y se ha arrogado como defensor último de la estatalidad alemana ante la UE y, ha llevado a cabo un control de casi todos los actos de la UE.

El REINO UNIDO se ha adherido a la UE mediante la Ley de las Comunidades Europeas (*European Communities Act*) de 1972, aceptando así la competencia de las instituciones europeas para adoptar medidas con fuerza de ley. El acceso del Reino Unido a las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1973, supuso la quiebra del principio básico del Derecho constitucional inglés de la soberanía del Parlamento, pues el propio Parlamento se privó de la nota de exclusividad legislativa, al establecer en el artículo 2 de la Ley de las Comunidades Europeas, que *cualquier derecho, obligación o limitación establecida por los Tratados tendrá fuerza de ley y se aplicará sin necesidad de otra disposición legislativa del Reino Unido*. Como consecuencia de ello, determinadas normas adoptadas por la institución competente de la Unión pueden convertirse directamente en ley sin necesidad de ser aprobadas por la Reina, los Lores y los Comunes. Consecuencia de ello los tribunales ingleses han tenido que aceptar el principio de supremacía del Derecho comunitario, y por tanto, la preminente autoridad interpretativa del Tribunal de Justicia, lo que les ha obligado a buscar otros parámetros interpretativos, que les permita mirar al Derecho europeo por medio del Parlamento. A tal efecto han recurrido a la teoría de la ficción de la soberanía, entendiendo que la razón de la primacía del Derecho comunitario se encuentra en que el Parlamento así lo ha querido establecer en la Ley de las Comunidades Europeas. Es decir, el Derecho comunitario se superpone a las leyes del Parlamento porque una Ley del propio Parlamento establece que así sea. Los tribunales ingleses

deben actuar de acuerdo con el artículo 2 (4) de la Ley de las Comunidades europeas, que es una norma de interpretación que exige que la legislación nacional, incluidas las leyes del Parlamento sean interpretadas conforme al Derecho europeo.

## 2.2. Las técnicas de diálogo oculto como medio de integración

A pesar de que como hemos visto, los Altos tribunales de algunos países basen sus fundamentos teórico empíricos en el mito constitucional (si es que lo es) como parece reflejarse en la mayoría de las decisiones judiciales y de los escritos doctrinales, esto no ha llegado a materializarse, pues la práctica se ha impuesto a la teoría. Esto es, los Altos tribunales aun basando sus argumentos en ser los garantes últimos de los contra límites constitucionales no han querido una ruptura en su comunicación con el TJUE, y han buscado un *modus vivendi* aceptable que les permitiese no entorpecer en exceso el proceso comunitario.

Y es que, como recuerda Augusto Aguilar Calahorro<sup>859</sup> los Altos tribunales han comprendido que en un mundo globalizado como el actual, el monopolio de la producción jurídica del Estado se ha desplazado y ha llevado a un traslado de los lugares de deliberación política y jurídica. Los Altos tribunales son conscientes de que la mundialización de las relaciones socio económicas y políticas, lleva aparejado la emergencia de un acervo jurídico global, que les impide actuar de forma efectiva por sí solos y que les obliga a reconsiderar las relaciones ordinamentales y jurisprudenciales comunitarias en términos dialógicos. Por esta razón aunque algún autor<sup>860</sup> ha dicho que, si bien se considera a los tribunales nacionales como co-protagonistas de la integración del Derecho comunitario, y, por el contrario, se ve a los Altos Tribunales más como antagonistas que como protagonistas en este proceso de integración, no considero que sea cierto, pues como dice Anne Marie Slaughter<sup>861</sup>, este diálogo ha transformado la difícil relación entre ciertos Altos tribunales nacionales y el TJUE en un diálogo jurisprudencial creativo y saludable, pero que sobre todo ha permitido la verdadera integración de la UE.

Holanda y Luxemburgo son un buen ejemplo de este diálogo pues han comprendido que corresponde a todos los tribunales, es decir al Tribunal de Estrasburgo, al de Luxemburgo y a sus tribunales nacionales, a través de la cooperación judicial, llegar a un equilibrio cada vez mayor como partes de un ordenamiento jurídico superior, en el que la jerarquía entre el Derecho constitucional nacional y supranacional no tiene cabida.

El Reino Unido ha llegado a conclusiones parecidas pero reinterpretando su contra límite constitucional. Y es que sin dejar de reconocer la soberanía del Parlamento, a partir de la sentencia *Thoburn v. Sunderland City Council*, de 22 de febrero de 2002<sup>862</sup>, conocida como “*Metric Martyrs*” el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, es una ley constitucional por encima de las leyes ordinarias, por lo que no puede ser implícitamente derogada por una ley posterior. Forma parte de los principios constitucionales básicos del Reino Unido que comienzan con la Carta Magna, y lo sólo se entenderá derogada cuando el Parlamento, único soberano, apruebe una ley expresa de

---

<sup>859</sup> AGUILAR CALAHORRO, A. (2013) “*Dimensión constitucional del principio de primacía. Formas de invocación del principio de primacía por los ciudadanos frente a los Estados*”, Tesis doctoral, Dir. Balaguer Callejón F. y Cámara Villar, G, Universidad de Granada, Departamento de Derecho constitucional.

<sup>860</sup> CRUZ VILLALÓN, P. (2004) “El Tratado según la Constitución...”, op. cit., pp. 7-9.

<sup>861</sup> BURLEY, A., & SLAUGHTER, M. (1993). New directions in legal research on the European Community. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 31(3), pp. 391-400.

<sup>862</sup> Ver Segunda Parte, Cap. 7. Reino Unido, p. 307.

derogación. Lo que ha permitido en la práctica, el que los tribunales apliquen el principio de soberanía del Parlamento, a la vez que afirman su incompetencia para controlar las leyes parlamentarias, y reclaman su facultad interpretativa para decidir si la normativa británica se acoge al Derecho europeo.

Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Constitucional belga es oscilante, pues aun manteniendo que la última palabra en materia de derechos fundamentales le corresponde a la Constitución, ha resuelto de forma frecuente conforme al Derecho europeo y convencional y a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y de Luxemburgo dando a este derecho el mismo rango que al constitucional. Por otro, ha seguido la política de obligar a los tribunales ordinarios incluidos los administrativos a decidir en última instancia conforme al Derecho convencional o supranacional. Hasta el punto de poder afirmarse que Bélgica es uno de los Estados miembros cuyos tribunales más han colaborado con el Tribunal de Luxemburgo, incluido el Tribunal Constitucional. La razón principal se debe a la acuñación, por parte del Tribunal Constitucional de la teoría, que Marc Verdussen<sup>863</sup> denomina “de un todo inseparable”, es decir entendiendo que para resguardar los principios constitucionales, sobre todo en materia de derechos fundamentales se debe acudir también a los principios internacionales o supranacionales de tal forma que pasen a formar parte del bloque de constitucionalidad. Cuando una norma de un tratado tiene en Bélgica un alcance similar a una o varias disposiciones constitucionales, las garantías consagradas en la norma internacional “*forman un todo indivisible con las garantías consagradas en las disposiciones constitucionales en cuestión*”. Al igual que el Reino de Bélgica no puede por asentimiento incluir en el orden interno un Tratado contrario a la Constitución, tampoco puede desconocer las obligaciones internacionales o supranacionales que ha asumido, y que su violación fuera de tal naturaleza que perjudicase a los belgas respecto a los mismos derechos que tendrían los ciudadanos de otros Estados que suscribieron esas mismas obligaciones. Razón por la cual los tribunales nacionales deben acudir al TJUE para averiguar la mejor forma de proteger esos derechos.

El Consejo Constitucional francés, también ha evitado enfrentarse al Tribunal de Luxemburgo estableciendo en reiterada jurisprudencia que si bien a él le corresponde, por el artículo 61 de la Constitución, verificar de manera objetiva y abstracta la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación, al juez ordinario le corresponde verificar la aplicabilidad de tales leyes a los casos concretos, tomando en debida consideración principalmente su compatibilidad con las disposiciones de los tratados, bajo reserva de que estén en vigor, sobre la base del artículo 55 de la Constitución. Y ha precisado que esta autolimitación de sus competencias es válida cualquiera que sea la fuente del Derecho comunitario en cuestión.

Esta forma de proceder ha incitado de forma necesaria a los órganos jurisdiccionales ordinarios, pues al generarse un vacío jurídico, éste sólo pudo ser llenado por los jueces ordinarios, quienes aplicaron la doctrina de la primacía del Derecho comunitario establecida por el TJ sobre la base de la superioridad de los tratados sobre las leyes internas conforme al artículo 55 de la Constitución. E incluso cuando se estableció el control de constitucionalidad a posteriori para los derechos fundamentales, el Consejo Constitucional ha recordado a los tribunales ordinarios que, aun cuando se vean obligados a acudir al reenvío prejudicial del artículo 66-1 de la Constitución no deben ver limitadas sus competencias jurisdiccionales para hacer prevalecer estos compromisos comunitarios o internacionales sobre una disposición legislativa incompatible con ellos, aun cuando esta última haya sido declarada conforme con la Constitución. Ya que incluso en estos casos *el juez que tramita una cuestión prioritaria de constitucionalidad, cuya duración para ser examinada está estrictamente enmarcada, puede: por una parte, pronunciarse sin esperar la resolución relativa a la cuestión prioritaria de*

---

<sup>863</sup> Ver cita 306, p. 114.

*constitucionalidad, si la ley o el reglamento exige que se resuelva en un plazo determinado o de forma urgente y, por otra, tomar todas las medidas cautelares necesarias para cualquier eventual efecto de la ley incompatible con el Derecho de la Unión, garantizando así por un lado, la preservación de los derechos que los justiciables tienen en virtud de los compromisos internacionales y europeos de Francia y por otro la plena eficacia de la resolución jurisdiccional que deba pronunciarse.*

Por su parte la Corte Constitucional italiana manteniendo su teoría de los contra límites, en aras a evitar enfrentamientos con el TJUE acuñó desde sus comienzos la teoría contraria a lo establecido en Francia esto es, evitar la doble prejudicialidad. En aras a impedir que la obligación de plantear una cuestión de inconstitucionalidad hiciese imposible aplicar de forma inmediata el Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico interno, rechaza la posibilidad de resolver posibles conflictos entre normas comunitarias y normas internas, por ser competencia que corresponde al juez ordinario. Planteamiento éste que generó no sólo fuertes críticas doctrinales sino una gran inseguridad jurídica al no poder el juez ordinario derogar sino meramente inaplicar (y para el caso concreto) la norma nacional en conflicto con la europea. Lo que vuelve a reiterar tras la reforma constitucional de 2001 que convierte al Derecho comunitario en parámetro de constitucionalidad. Según la Corte Constitucional precisamente por esta reforma, el Derecho europeo es una fuente del Derecho constitucional, por lo que, cuando una disposición legislativa explícita sea contraria al Derecho comunitario, es manifiestamente inadmisibles la cuestión de constitucionalidad fundada en una denuncia de esa contradicción, pues toda disposición que entre en conflicto con el Derecho europeo debe ser inaplicada directamente. Lo que en realidad lleva a entender que, salvo en materia de derechos fundamentales la Corte Constitucional italiana se desentiende del Derecho europeo pues se ha convertido en fuente primaria del ordenamiento jurídico italiano.

Finalmente es necesario referirse al Tribunal Constitucional alemán que a pesar de su absoluta intransigencia teórica, también ha permitido el diálogo con el TJUE en punto a la integración europea, a través de su teoría en torno a la cuestión prejudicial. Aun recordando que él tiene la última palabra sobre el derecho alemán, antes de hacer cualquier declaración de inaplicación de un acto de la UE, ha establecido la obligatoriedad de los tribunales ordinarios de dirigirse al TJUE, so pena de vulnerar el derecho fundamental del juez ordinario predeterminado por la Ley. Añade incluso que el TJUE es el único que puede interpretar el Derecho europeo, al que en caso de duda respecto de la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión han de acudir todos los tribunales, incluso él, mediante la interposición de una cuestión prejudicial.

### **3. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA COMO ÚLTIMO GARANTE DEL DERECHO EUROPEO**

Por otro lado, si los Altos tribunales de los Estados miembros, como hemos visto hablan esencialmente el lenguaje del Derecho constitucional estatal, el TJUE va a hablar desde la perspectiva del Derecho de la Unión y desde esta óptica se va a erigir en guardián de los Tratados.

En efecto, desde las paradigmáticas sentencias *Van Gen & Loos* y *Consta v ENEL*, que establecen los principios de eficacia directa y primacía del Derecho europeo, el TJUE crea, un sistema jurídico autónomo, integrado en el orden interno de los Estados miembros, inmediatamente aplicable y como tal invocable por los particulares ante los órganos jurisdiccionales estatales que tienen obligación de aplicarlo. Sistema que por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma de derecho nacional, sin perder su carácter comunitario, y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la UE misma. Llegando incluso a

afirmar que este ordenamiento jurídico europeo es superior a todo ordenamiento jurídico nacional incluido el constitucional.

La jurisprudencia del TJUE ha revolucionado las concepciones tradicionales y obligado a la doctrina a buscar nuevas explicaciones que permitan entender cómo un órgano salido del Derecho internacional, que no es ni Legislativo ni Ejecutivo ha conseguido imponerse a los tribunales nacionales de los Estados miembros e integrar de manera uniforme el Derecho europeo en los ordenamientos de estos países miembros aun por encima de sus Constituciones.

Desde sus comienzos y, aun sin saberse a ciencia cierta el porqué de su éxito, la realidad es que el Tribunal de Luxemburgo entendió que, tal y como estaban redactados los Tratados, para conseguir el cumplimiento de sus objetivos, no cabía recurrir a los métodos tradicionales de aplicación del Derecho internacional. La integración de manera uniforme del Derecho europeo en el Derecho nacional de los Estados miembros, dándole eficacia directa y primacía, requiere acudir a la doctrina de los poderes implícitos, pues, aun partiendo la UE de un sistema de atribución de competencias, para la consecución de los objetivos establecidos en los Tratados es necesario recurrir a cualesquiera poderes razonables para alcanzarlos.

Por el contrario, Luis Gordillo Pérez y Guiseppe Martinico<sup>864</sup> entienden que el mérito de la integración comunitaria no se debe al reconocimiento de la primacía del Derecho europeo por parte del Tribunal de Luxemburgo, pues la primacía es propia de cualquier organización internacional, como lo fue la UE en sus comienzos, por ello, más que de la teoría de los poderes implícitos habría que hablar de la función constitucional, que le atribuyen los propios Tratados constitutivos, y que le ha permitido actuar con los métodos de interpretación propios de cualquier orden jurídico nacional, y, más concretamente con los métodos propios de un tribunal constitucional.

Pero, en lo que coincide casi toda la doctrina de forma unánime, es que la cuestión prejudicial ha sido y es el verdadero artífice de la de la integración comunitaria. Prueba de ello es que, la característica esencial de la judicatura en la Comunidad Europea es no residenciarse exclusivamente en el TJ sino incluir, a todos los tribunales de los Estados miembros y, en última instancia, a este Tribunal de Justicia. Hasta el punto de que apenas es una exageración decir que los tribunales ordinarios de los Estados miembros son los verdaderos jueces del Derecho comunitario y que sólo en caso de conflicto o de interpretación es necesario acudir al juez comunitario.

Algunos autores amalgaman todos los argumentos anteriores y entienden que la integración a través del Derecho se debe a la articulación de los contenidos normativos de los Tratados en función de los objetivos proclamados especialmente en los artículos 2 y 3 del TCE, uno de cuyos exponentes más claros se encuentra en el método funcional que preside la atribución de competencias a las instituciones, en la envergadura tanto política como jurídica de dichos objetivos (la integración) en la dinámica del proceso que presiden los Tratados y en la atribución al TJ del monopolio en la interpretación del Derecho de la UE<sup>865</sup>. Y es que como recuerda Monica Claes<sup>866</sup> el TJ tiene en exclusiva la jurisdicción para dictar las normas de validación del Derecho europeo porque los Estados miembros le han dado esta competencia, aunque no hayan sido muy explícitos en la naturaleza exclusiva de la jurisdicción del TJ para decidir sobre las cuestiones de competencia.

---

<sup>864</sup> GORDILLO PÉREZ, L. y MARTINICO, G. op. cita, pp. 429-478.

<sup>865</sup> DÍEZ-HOCHLEITNER, op. cita, p. 54.

<sup>866</sup> CLAES, M. (2006) *“The National Court’s Mandate in the European constitution”*, Blomsbury Publishing, 31 marz, pp. 1-818, en concreto pp. 717-733.

Sea como fuere, la realidad, es que el Tribunal de Justicia ha aprovechado las posibilidades que le han dado los Tratados para lidiar con los tribunales nacionales en cuanto a la aplicación de esta primacía y eficacia directa del Derecho europeo. Pues, si hay algo que nadie discute es que el proceso de creación del verdadero Derecho de la Unión se debe por un lado a la interpretación teleológica y por otro a las posibilidades de cooperación que el TJ ha dado a los diferentes actores jurídico nacionales a través de la cuestión prejudicial.

La interpretación sistemática y teleológica del Derecho europeo, le ha ayudado a interpretar la competencia comunitaria no sólo como resulta de su atribución explícita en los Tratados sino también conforme era necesario para conseguir los objetivos perseguidos por estos Tratados. Lo que supone que aunque el Tribunal no tenga competencia sobre una materia, busca *ultra vires*, medios propios de integración de las lagunas del ordenamiento comunitario, a fin de preservar la plenitud de éste y conseguir su integración con primacía y eficacia directa.

Doctrina que Stephen Weatherill y Paul Beamont, entre otros, consideran peligrosa pues ha llevado al Tribunal de Luxemburgo a justificar su actuación *ultra vires*, que si bien se consideró inevitable para crear el actual ordenamiento jurídico comunitario corre, en la actualidad, el riesgo de averiguar hasta dónde puede llegar<sup>867</sup>. Peligro que sin embargo, y, según mi opinión no tiene que ser fundado, pues si se sabe y se parte de que el Derecho europeo, como el constitucional, está comprendido en el campo del derecho político, el juez comunitario está precisamente obligado a relacionar la norma con la realidad política. Sería una ilusión y aún más, un intolerable formalismo positivista el opinar que en el Derecho europeo es posible o lícito aplicar de alguna manera una norma general de los Tratados, como por ejemplo la igualdad de los ciudadanos, o un principio como el de la proporcionalidad o cooperación, sin intentar al mismo tiempo relacionarla de manera coherente y significativa con la realidad política global de los fines perseguidos por la UE. Por ello el TJ, al igual que debe hacer un Tribunal Constitucional, como dice Gerhard Leibholz<sup>868</sup>, cuando trata de aplicar una norma europea que necesita de su interpretación, en sus resoluciones judiciales, debería incluir entre sus consideraciones las consecuencias políticas de su eventual decisión. Esto es, para cumplir rectamente con su cometido debe apreciar e interpretar la norma europea no sólo con la ayuda de las reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos sino también y sobre todo por medio de un enfoque político sistemático o teleológico, pues su deber es apreciar al Derecho europeo como un sistema normativo creado para la consecución de un fin: la integración europea. La especial posición que según lo ya expuesto y la jurisprudencia analizada, tiene el TJ como supremo guardián del Derecho europeo frente al derecho de los Estados miembros se manifiesta también en esta dirección, e incluso ha sido una constante reivindicación que el TJ ha hecho a los tribunales ordinarios para que aplicasen el Derecho europeo en sus ordenamientos internos. Ahora bien, como el propio TJ ha reiterado, esta forma de actuar en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, sólo es exigible dentro del campo del Derecho europeo, es decir en aquella parte del derecho nacional de los Estados miembros que afecta al Derecho europeo.

Complementaria de lo anterior va a ser la cuestión prejudicial, verdadera artífice de la de la integración comunitaria. Prueba de ello es que, la característica esencial de la judicatura en la

---

<sup>867</sup> WEATHERILL, S. y BEAMONT, P. op. cit., p. 28.

<sup>868</sup> LEIBHOLZ, G. op. cit., pp. 92-95. Recuerda este autor que *la actividad de un juez ordinario tampoco se limita meramente a aplicar a una determinada situación de hecho las normas oportunas, la frase de Montesquieu de que los jueces sólo son la boca muda por la que hablan las leyes del Estado, seres sin vida que no pueden alterar la dureza o la fuerza de las leyes, no puede ser aceptada como plenamente válida ni siquiera para la época de las grandes codificaciones y mucho menos para la situación actual. Siempre ha sido misión específica del juez solventar cualquier duda o controversia acerca del contenido y alcanzar de las leyes.*



Comunidad Europea es no residenciarse exclusivamente en el TJ sino incluir, a todos los tribunales de los Estados miembros y, en última instancia, a este Tribunal de Justicia. Hasta el punto de que apenas es una exageración decir que los tribunales ordinarios de los Estados miembros son los verdaderos jueces del Derecho comunitario y que sólo en caso de conflicto o de interpretación es necesario acudir al juez comunitario.

La importancia de la cuestión prejudicial en el sistema jurídico de la UE fue tal, que tras nacer sobre el papel, como una vía limitada exclusivamente a la interpretación del Derecho europeo, excluyéndose así, en principio cualquier pronunciamiento acerca del derecho de los Estados miembros, gracias a la doctrina promovida por el TJ (de subjetivación de los Tratados y de legitimación para su planteamiento a cualquier órgano que tenga que aplicar el Derecho europeo<sup>869</sup>) se convirtió en la primordial vía de integración del Derecho europeo.

En efecto con la célebre sentencia *Van Gend & Loos*, el TJ abonaría el terreno para una máxima explotación de las posibilidades que abría el entonces artículo 177 TCEE con relación al incumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros. Lo cual ha conducido a que los tribunales nacionales, extremadamente reacios a aplicar las disposiciones de los tratados internacionales, por considerarlos como una ley externa y extranjera, entre otras cosas porque los destinatarios eran los Gobiernos, como la norma comunitaria se dirige a los ciudadanos y es directamente aplicable, a través de la cuestión prejudicial y a la interpretación autorizada del Tribunal de Luxemburgo, empiezan a ejecutar este nuevo Derecho europeo resolviendo los conflictos con el propio TJ. Si a ello se le une el que los Altos tribunales por sentirse amenazados, se han desentendido y auto marginado del Tribunal de Luxemburgo, obligando a los tribunales a cumplir con el reenvío prejudicial comunitario, puede afirmarse que el papel desempeñado por los tribunales ordinarios nacionales, a la hora de requerir sentencias del TJUE y al aplicar sus resoluciones, proporcionaron al Tribunal de Luxemburgo el camino necesario para establecer la autonomía, la autoridad y eficacia directa del Derecho europeo.

Los tribunales nacionales de los Estados miembros se convierten con ello en los verdaderos artífices de la integración comunitaria. El juez nacional se convierte, a través de este diálogo judicial, en juez comunitario, y, por tanto en el verdadero actor que permite comprender qué es y cómo opera el Derecho de la UE. Lo que lleva a Poiars Maduro a entender que estos actores se convierten en socios iguales del TJ en el desarrollo del Derecho de la UE, pues a través de su actuación se modela la interpretación y aplicación del Derecho europeo. Para los jueces nacionales, el Derecho europeo se convierte en la última fuente de argumentos a usar en el contexto de cualquier conflicto que pudiera afectar a sus intereses, sin necesidad de recurrir a sus instancias superiores.

Instancias que al desentenderse de Luxemburgo y dejarlo en manos de los tribunales ordinarios no fueron muy conscientes de los problemas que esta decisión les podía generar, pues la UE ha ido aumentando en competencias y los tribunales ordinarios, conocedores de este nuevo poder, empezaron a utilizar la obligación de acogerse a los principios comunitarios como excusa para no seguir el orden jerárquicamente establecido en su ordenamiento jurídico nacional y así actuar con un cierto grado de discrecionalidad. Consecuencia de ello, tras la aprobación del Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, ha aumentado el número de los procesos principales en los que se entrecruzan la jurisdicción constitucional interna con la europea, y paradójicamente<sup>870</sup>, no se ha dado más protagonismo a los Altos Tribunales de los Estados miembros, sino que ha sido el Tribunal de Justicia quien ha tenido

---

<sup>869</sup> Ver en la cita 721, pp. . la STJUE de 27 de abril de 2006, asunto C-96/04, *Standesamt Stadt Nieüll*.

<sup>870</sup> Pues el Tratado de Lisboa refuerza la identidad constitucional de los Estados.

que resolver estas cuestiones, directamente con los tribunales ordinarios construyendo una jurisprudencia con una nueva jerarquía judicial entre tribunales nacionales y el TJUE<sup>871</sup>.

En efecto, la aprobación del Tratado de Lisboa y la CDFUE ha aumentado sin parangón tanto el número de conflictos constitucionales como de conflictos internos, razón por la cual todos y cada uno de los Altos tribunales se han visto obligados progresivamente a incorporarse al diálogo con Luxemburgo, incluidos aquellos que, como la Corte Constitucional italiana, el Tribunal Constitucional español o el alemán, se habían auto-desmarcado, a pesar de las creencias de determinados autores, de que el Tratado de Lisboa y el reconocimiento de la cláusula de identidad constitucional de los Estados miembros traería consigo una mayor pacificación entre los Altos Tribunales y el TJ.

Para este sector doctrinal, al no codificarse en el TUE la primacía y eficacia directa y desplazarla a la Declaración 17 aneja al Tratado, al reconocer la necesidad de respetar la identidad nacional de los Estados miembros (artículo 4 TUE), así como las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (artículo 6 TUE), el Tratado de Lisboa parecía dar a entender de manera significativa que, al menos en apariencia, se confirmaba la voluntad normativa de formalizar un sistema de relaciones entre ordenamientos que, más allá de lo consolidado, confiaba a la lógica del equilibrio la tarea de recuperar los principios nacionales en los que se personifica la identidad constitucional.

Sin embargo, el reconocimiento en la Declaración número 17 de estos principios y el que la cláusula del artículo 4.2 se parece mucho a la del artículo 6.3 del Tratado de Maastricht han llevado al TJ a seguir con sus mismos planteamientos.

La jurisprudencia sucesiva del Tribunal de Luxemburgo, ha vuelto a remarcar no sólo la primacía absoluta del Derecho europeo, sino que él es que tiene la última palabra en Derecho comunitario, ya que, aun admitiendo la cláusula de la identidad constitucional de los Estados miembros, la relativiza pues, la hace depender del principio de proporcionalidad, al entender que la identidad constitucional de un Estado miembro no se puede equiparar a todo su derecho constitucional, pues este derecho debe soportar la primacía del Derecho de la Unión en aquello que no es inherente a su verdadera identidad constitucional. Al no existir ningún criterio general que evalúe la proporcionalidad de la identidad constitucional, por ser un concepto jurídico indeterminado, su apreciación se hace depender de que el TJUE discrecionalmente valore o estime las circunstancias y las materias afectadas. Lo que finalmente ha supuesto el que el reconocimiento de la identidad constitucional de los Estados miembros esté siendo enjuiciado por el TJUE, al igual que está pasando con los Derechos fundamentales. Pues, estos mismos criterios, aunque con un menor margen de discrecionalidad, serán los que utilice el TJ cuando los derechos fundamentales entran en conflicto con el Derecho comunitario, en aras a aceptar medidas restrictivas de los Estados miembros. Proporcionalidad no sólo a favor de la norma comunitaria sino también en cuanto a la aceptación de una medida restrictiva de los Estados miembros cuya finalidad sea la protección de un derecho fundamental, sin necesidad de que esa

---

<sup>871</sup>La STJUE de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, *Tanjia Kreil v Bundes Republik Deutschland* quizá es la más paradigmática, pues, forzó a Alemania a modificar el artículo 12. a (4) LFB, pero no se deben olvidar muchas otras tales como la STJUE de 22 de junio de 2010 asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, *Aziz Melki y Sélim Abdeli*. Sin embargo, será la STJUE de 22 de junio de 2011, asunto C-399/09, *Landtová* la que fue vista como una verdadera agresión a la autoridad última del Tribunal Constitucional checo, que reaccionó: por un lado enviando un documento explicativo de su doctrina al TJUE, lo que fue rechazado por éste a la luz del artículo 23 de su Estatuto y por otro dictando la Decisión de 31 de enero de 2012, en la que criticó a su propio gobierno, al juez ordinario remitente de la cuestión prejudicial por no haber defendido la posición jurisprudencial del Constitucional y al TJUE por haber actuado *ultra vires*. Sentencias todas ellas que se pueden ver en la Primera Parte, Cap. 1., al hacer referencia a la jurisprudencia del TJUE.

medida sea compartida por el conjuntos de los Estados miembros en cuanto a las modalidades o el nivel de protección del derecho fundamental considerado.

Y es que, aunque se quiera explicar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho europeo conforme a la concepción tradicional de soberanía constitucional o estatal, y, con ello caer en la tentación de considerar que los Altos tribunales nacionales siguen teniendo la competencia soberana para en último término valorar la sumisión del Derecho europeo a los imperativos constitucionales<sup>872</sup> no es sino una constatación un tanto formalista que no se corresponde con la realidad. Pues si bien no cabe desdeñar, este poder de excepción de los Altos tribunales nacionales, al ser afirmado pero nunca ejercido, la realidad demuestra que el TJUE es el que tiene la última palabra, es el Señor de los Tratados.

No se puede despreciar sin embargo, como mantiene Guisepppe Martinico<sup>873</sup> el valor que las teorías de los Altos Tribunales han elaborado para seguir manteniendo su creencia de tenedores de la última palabra, pues aunque se consideran sentencias nacionales conflictivas, han tenido una gran importancia en la historia del constitucionalismo supranacional, por lo menos, a partir de los años setenta. Los Altos tribunales y sus potenciales o teóricas causas de ruptura como la saga *Solange, Factortame, Francovich, Fragd o la euroorden* han funcionado ciertamente como motor de la evolución del Derecho: sin ellas probablemente no habríamos tenido la jurisprudencia tan enriquecedora del TJUE, pero tampoco el reconocimiento de principios tales como el de subsidiariedad o proporcionalidad, ni la Carta de los Derechos Fundamentales<sup>874</sup>. Los conflictos forman parte integrante de la historia misma del constitucionalismo, un concepto intrínsecamente polémico y no pacífico, precisamente por ser políticos. La Unión Europea no es tan particular en este sentido y estas dinámicas conflictivas son debidas a la naturaleza de la interpretación, entendida como una función en la que participan todos los agentes que operan en un sistema constitucional. Esto crea desacuerdo, contestación e incluso conflicto, pero sería un error percibir estos conflictos como algo patológico. Al contrario, los conflictos son naturales y fundamentales en la dinámica constitucional de cualquier entidad política y la UE no se aparta de esta tendencia.

Por ello quiero cerrar esta tesis recordando lo que ya dijeron en su día ciertos autores<sup>875</sup>, de que la pregunta a todo interrogante en torno a la *Kompetenz Kompetenz* se encuentra en responder al interrogante sobre qué perspectiva es más válida si la teórica o la pragmática, la patológica o la fisiognómica. Pues, aunque me haya decantado por la práctica, ninguna es despreciable y según lo veamos desde una óptica u otra entenderemos quién debe tener la última palabra.

---

<sup>872</sup> MADURO, M. P. op. cit., pp. 14-15. ALÁEZ CORRAL, B. op. cit., pp. 2-6.

<sup>873</sup> MARTINICO, G. op. cit., pp. 1-9.

<sup>874</sup> VON BOGDANDY, A. y SCHILL, S. (2011) «Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, pp. 1417-53. Este autor ve en el desmarque de los Altos tribunales el germen de un constitucionalismo más cooperativo.

<sup>875</sup> SLAUGHTER, A. M. STONE SWEET, A. y WEILER J. op. cit., En el Prólogo estos autores se preguntan si no es un tanto sorprendente que, por ejemplo la Cámara de los Lores adoptase de forma tan sencilla la sentencia del TJUE *Factortame*, o que el Consejo de Estado francés girase sus posturas de forma tan radical a partir de la sentencia *Nicolo* y cómo el TCFA a pesar de sus continuas advertencias y su duro discurso doctrinal de ser el último guardián del derecho alemán nunca lo haya materializado. Y es que la pregunta es muy sencilla, ¿Qué perspectiva es más válida la teórica o la pragmática? ¿la patológica o la fisiognómica?

# BIBLIOGRAFÍA

- ABRISKETA URIARTE, J. (2013) “Algunos rasgos del orden internacional tras el caso Kadi: “Láffeire du siècle”, *XXV Jornadas Ordinarias de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales: la Gobernanza del interés público global*, Comunicaciones, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 19 y 20 de septiembre, pp. 11-16.
- AGUILAR CALAHORRO, A. (2013) “*Dimensión constitucional del principio de primacía. Formas de invocación del principio de primacía por los ciudadanos frente a los Estados*”, Tesis doctoral, Dir. Balaguer Callejón F. y Cámara Villar, G, Universidad de Granada, Departamento de Derecho Constitucional.
- AJANI, G. ANDERSON, M. ARROYO AMAYUELAS, E. y PASA, B. (2010) “*Sistemas jurídicos comparados*”, Ed. Lecciones materiales. Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona, pp. 45 a 48.
- ALÁEZ CORRAL, B.
- (1998) “Soberanía constitucional e integración europea”. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 1, pp. 503-555.
  - (2012) “Soberanía Estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal alemán”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, pp. 359-285.
- ALÁEZ CORRAL, B. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2008) “*Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*”. Textos y Documentos, núm. 8, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 1-1154.
- ALBERTON, G. (2008) “Francia” en *Justicia Constitucional y Unión Europea: Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*. Coord. Tajadura Javier y De Miguel Josu, Cuadernos y Debates, núm. 185, Ed. CEPC, Madrid, Cap. IV, pp.179-215.
- ALCARAZ VARO, E. (2007) “*El inglés jurídico*”, Textos y Documentos, Ed. Ariel Derecho, Sexta edición.
- ALCOBERRO LLIVINA, C. (2011) “La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿el fin de la excepción francesa?, *R.V.A.P.* núm. 90, marzo-agosto, pp. 17-65.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. (1994) “La primacía del Derecho Comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal” *Revista de Derecho Político*, núm. 38, pp. 93-173.

- ALEN, A. SPREUTELS, J. PEREMANS, E. y VERRIJD, W. (2014) “*Rapport de la Cour Constitutionnelle de Belgique présenté au XVII<sup>e</sup> Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes. La coopération entre les Cours Constitutionnelles en Europe—situation actuelle et perspectives réponses au questionnaire devant servir de base aux rapports nationaux*”, Vienne 12-14 mayo, pp. 1-53. Ver en: <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/downloads/landesberichte/KF-Belgique-FR.pdf>.
- ALLAN, T. R. S. (2004) «Legislative Supremacy and Legislative Intent: A Reply to Professor Craig», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 24(4), pp. 563-583.
- ALLEN, A. (2014) ‘*Kick-starting the debate on a codified constitution for the UK*’ *U. K. Const. L. Blog* (14th August) (available at <http://ukconstitutionallaw.org>).
- ALLUE BUIZA, A. (2010) “La ratificación del Tratado de Lisboa y la sentencia del Tribunal constitucional federal alemán de 30 de junio de 2009”, *Revista de Estudios Europeas*, núm. 54, enero-junio, pp. 9-34.
- ALONSO GARCÍA, R.
- (1994) “*Derecho Comunitario, Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*”, Ed. Civitas, Madrid, pp. 1-448.
  - (2005) “Los tribunales constitucionales y el control del derecho interno conectado con el comunitario”, *Foro, Nueva Época*, núm. 2, pp. 153-176.
  - (2011) “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)”. Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, *Working Papers on European Law and Regional Integration*, Ed. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) WP IDEIR núm. 4, pp. 1-18.
  - (2014) “*Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión europea*”, Estudio y Jurisprudencia, 5ª Edición, Ed. Thomson Reuters, pp. 1-717.
- ALTER, K.J.
- (1996) “*who are the “Master of the Treaty”?* *Europeans Governements and the European Court of Justice*”, unespecified seattle, WA, pp. 1-31. Ver en: <http://aei.pitt.edu/2434/>.
  - (2003) “*Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*”, Oxford University Press, pp. 1-284.
- ALTER, K y MEUNIER-AITSAHALIA, S. (1994) “Judicial Politics in the European Community: European integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decisión”, en *Comparative Political Studies*, vol. 26, pp. 535-561.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2013) “soberanía y democracia en el discurso europeo del Tribunal constitucional alemán. ¿Una nueva defensa ad extra de la democracia?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, pp.259-281.
- ANDRADE DOMINGUEZ VALVERDE, C. (2008) “*La relación entre el Derecho de la Comunidad Europea y el Derecho de los Estados miembros: Aproximación teórica y la revisión de los casos de Alemania, España y Francia.*”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho internacional, Departamento de Público, Santiago de Chile, pp. 86-116.
- ANITORI, S. (2011)“*Fonti internazionali e comunitarie come norme interposte?*”, Tesi di dottorato di ricerca, anno accademico 2010/2011; Università degli studi di Milano, Scuola

di dottorato in Scienze Giuridiche, Dipartimento di Diritto pubblico, processuale civile, internazionale ed europeo dottorato di ricerca in diritto costituzionale, xxiv ciclo.

ANZILLOTTI, D.

- (1955) “Teoría generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale”, en *Opere* Vol. II, T I, CEDAM, Papua.
- (2010) “*Il Diritto Internazionale Nei Giudizi Interni (Italian Edition)*” Ed. Kessinger Pub Co, de 1 de septiembre de 2010.

ARAGONES, JAY J. (1990) “Regina v. Secretary of State for Transport Ex Parte Factortame L.T.td: The Limits of Parliamentary Sovereignty and the Rule of Community Law”, *Fordham International Journal*, vol. 14, Issue 3, article 8, pp. 777-794.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T. (2010) “La interpretación del Derecho constitucional europeo”, *Anuario del Pensamiento Crítico, Vide tur Quod*, pp. 202-231.

ARRIGHI DE CASANOVA, J. (2011) “L'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel vue du Conseil d'État” *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 30, pp. 23-29.

ASTOLA MADIARIAGA, J. “Reflexiones en torno al control de constitucionalidad del derecho comunitario”, *Revista de Derecho Político*, núm. 53, pp. 271-301.

BACHOF, O. (1979) “*Verfassungswidrige, Verfassungsnormen*”, (1951), en *Wege zum Rechtsstaat*.

BALAGUER CALLEJÓN, F.

- (2007) “los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, *ReDCE*, núm. 7, enero-junio, pp. 327-375.
- (2010) “la contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho constitucional europeo”, Homenaje a Peter Häberle (III), *ReDCE*. Año 7. núm. 13. Enero-junio. pp. 339-376.

BARANI, L. (2006) “Hard and Soft Law in the European Union: The case of Social Policy and the Open Method of Coordination” Université Libre de Bruxelles, *Webpapers on constitutionalism & Governance beyond the State*, núm. 2, pp. 1-31.

BARILE, P. (1978) “Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana”, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 641 y ss.

BERNAL-CANO, N. (2009) “*Le contrôle de constitutionnalité de la loi sur recours d'un individu en Allemagne, Belgique et Colombie. Réflexions comparatives pour un nouveau modèle de Justice constitutionnelle.*” Tesis doctoral, Dir. Pfersmánn, Université de Paris 1 Pantheon Sorbonne, Ed. Logiques Juridiques del Harmattan Editions, Coord. Gerard Marcou.

BERRI, M. (1975) “Illegittimitá costituzionale di norme legislative italiane che trasformano in legge interna regolamenti comunitari direttamente applicabili”, en *Giurisprudenza italiana*, 1, pp. 425-430.

BESSELINK, L. F.M.

- (2012) “*Rapport Luxembourg*, La protection des droits fondamentaux après Lisbonne: L'interaction entre la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la CEDH et

- les constitutions nationales, FIDE XXV Congrès, Tallin 2012, [www.fide2012.eu](http://www.fide2012.eu). Pp. 1-14.
- (2013) “The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review Came to Europe After All”, *The Utrecht Law Review*, <http://www.utrechtlawreview.org> / Volume 9, Issue 2 (March), pp. 19-35
- BESSELINK L. F.M. CLAES M., IMAMOVIĆ Š. y REESTMAN J. H. (2014) “*National Constitutional avenues for further EU integration*”, Directorate General for Internal Policies Policy Department c: citizens' rights and constitutional affairs legal affairs constitutional affairs. Ed. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, pp 236-238.
- BIGLINIO CAMPOS, P. “De que hablamos en Europa cuando hablamos de Derechos fundamentales”, *Revisita de Estudios Políticos* (Nueva Época), Núm. 97. Julio-Septiembre 1997, pp. 71-103.
- BLACKSTONE, W. «*Commentaries on the Laws of England*» (A Facsímile of the first Edition 1765-1769) 4 vols. The University Chicago Press, Chicago and London, 1979. La Sexta Edición, de 1825, se puede leer en:  
<https://archive.org/stream/commentariesonl04blacgoog#page/n8/mode/2u>;
- BOBBIO, N. (1990) “*Contribución a la teoría del Derecho*”, Ed. Debates, pp. 1-408.
- BOMBILLAR SAENZ, F.M. (2011) “El sistema constitucional del Reino Unido”, *ReDCE*, núm. 15, enero-junio, pp.139-183.
- BONEZZI, A. (2007) “La ordenación territorial italiana”, *Cuadernos de Pensamiento Político*, enero/marzo, pp.139-157.
- BOSSUYT, M. y VERRIJDT, W. (2011) “*The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment*” *EU Const.* pp, 355-391.
- BOZA MARTÍNEZ, D. “Las cláusulas de irreformabilidad en las Constituciones de los Estados Europeos de los 25”, *Parlamento y Constitución*, anuario núm 8, pp. 201-216.
- BRADLEY, A. W. (1989) “The Sovereignty of the Parliament in Perpetuity?” in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (Eds): “*The Changing Constitution*”, Clarendon Press Oxford, Oxford pp. 25-52.
- BREITHOLZ, C.J. (2003) “*From Costa to Constitution: The Case Continues...*” Master Thesis, supervisor Norinder, H., European Law, Faculty of Law University of Lund, autumn, pp. 1-75.
- BREWER-CARÍAS A. R. (1998).” *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*”. Cuadernos de la Cátedra Allan R Brewer-Carías de Derecho Público, Universidad de Tachira núm. 5. Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, pp.1-167.
- BRIBOSIA, H. (1998) “Report of Belgium” in Part I, National Reports, en *The European Courts & National Courts-Doctrine and Jurisprudence*. Ed. Slaughter Anne-Marie, Stone Sweet Alec and Weiler JH H. pp. 1-37.
- BRYCE, J. (1901) “*Flexible and Rigid Constitutions*” en *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, chapter: III: New York, Oxford, University Press.

- BRÖLMANN y VIERDAG (1996) "Pays Bas and Netherland: L'intégration Du Droit International Et Communautaire Dans L'ordre Juridique National Étude de la Pratique en Europe". Ed. Eisemann, Kluwer Law International, The Hauge/London/Boston, pp 433-459.
- BURLEY, A., & SLAUGHTER, M. (1993). New directions in legal research on the European Community. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 31(3), pp. 391-400.
- BUSTOS GISBERT, R. (2008) "Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa", en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, en sus cincuenta años como investigador de derechos. Coord. Ferrer Mac Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, Tomo IX, Ed. Marcial Pons, Méjico, pp. 753-777.
- CANEDO ARRILLAGA, J. R. y GORDILLO PÉREZ, L. I. "Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa". *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39/2008, Bilbao, pp. 27-59.
- CANO MONTEJANO, J.C. "La integración europea desde el Tribunal Constitucional Alemán", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, pp. 39 y 40.
- CAPELLETTI, M.
- (1980) "El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* núm. 13, enero-febrero, pp. 61-103.
  - (1990) "Balance of Power, Human Right and Legal Integration: New Changes for European Judges", in *Essays in Honour of John Henry Merryman*, Dunker and Humblot, Berlín, pp. 341- 352.
- CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, M. y WEILER, J. H. H. (1986) "Integration through Law: Europe and the American Federal Experience, Vol.I, Berlin-Nueva York, pp. 1-405.
- CAPURSO, M.
- (1975) "Le ideologie giuridiche dello Stato nazionale moderno e l'ordinamento comunitario nella giurisprudenza italiana, in Studi parlamentari e di politica costituzionale" en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, núm. 29-30, trimestre 2-4, pp. 247-294.
  - (1975) "Criteri ermeneutici in ordine all'applicazione di norme comunitarie, convenzionali e derivate, confliggenti con norme primarie di diritto interno, in Rivista trimestrale di diritto pubblico", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, a. 25, núm. 2, pp. 1057-1096.
- CÁRDENES, A. A. (2012) "Control de constitucionalidad a posteriori en Francia: ¿inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 27, julio-diciembre, pp. 41-71.
- CARDOEN, M. (2005) "El sistema constitucional de Bélgica", *REDCE*, núm. 15, pp. 1-36.
- CARNEVALE, P. (1992) "Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale", *Collana dell'Ìstituto di diritto pubblico della Facoltà di*



Giurisprudenzia dell'Univeritá "La Sapienza" di Roma, núm. 70, Cedam, Padova Padua, pp. 1-372.

CARPENTIER, E. (2012) "El Estatuto del Consejo Constitucional francés", en *El Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa, Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo*. Coord. Fix-Zamidio, H. y Astudillo, C. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 645, pp.755-790.

CARRILLO, M. (2010) "La cuestión prejudicial y otras garantías de los derechos, en la reforma de la Ley constitucional francesa, según la Ley constitucional de 23 de julio de 2008", *Revista de Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 2, pp. 587-600.

CARTABIA, M. (1989) "Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte Costituzionale", en *Giurisprudenzia Costituzionale*, 1, pp. 1012 y ss.

CAUNES, K. (2003), "Constitutionalism in Europe in the era of the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe", *EUI Review*, núm. 3, pp. 10-11.

CELOTTO, A. (2008) "Italia", Capítulo V, del libro "*Justicia Constitucional y Unión Europea: Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*", Tajadura Javier y De Miguel Josu (Coord.). Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y Debates núm. 185, Madrid.

CELOTTO, A. y GROPPPI, T. (2005) "Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites" en "*Constitución europea y Constituciones nacionales*" Dir. Cartabia, M. De Witte, B. y Pérez Tremps, P. Coord. Gómez Fernández I. Ed. Tirant lo Blanch, Derecho comparado, Valencia, pp. 288-372.

CEREXHE, G. y CHIDIAC, M.J. (1988) "El Tribunal Constitucional en Bélgica: una jurisdicción constitucional. En comentarios y notas de la *Revista catalana de Derecho público: Autonomies*, núm. 9, pp. 163-169.

CIENFUEGOS MATEO, M.

- (1995), "Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y su aplicación judicial en los Estados miembros", Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, Barcelona, julio de 1995, 13 de 21, pp. 537-549.

- (1998) "*Las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros. Estudio de los efectos de la interpretación prejudicial y de su aplicación por los jueces y magistrados nacionales*", Barcelona; Ed. J.M. Bosch.

- (2011) "La trascendencia de la función como jueces ordinarios del Derecho de la Unión Europea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A propósito del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, del Tribunal de Justicia", *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 26, 2012, pp. 1-24.

- (2013) "Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la comunidad andina: similitudes, diferencias e influencias", *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 25. Ver en [www.reei.org](http://www.reei.org).

CLAES, M. (2006) “The National Court’s Mandate in the European constitution”, Bloomsbury Publishing, 31 marz, pp. 1-818.

CONSTANTINESCO, L. (1970). “Derecho comunitario y Derecho constitucional neerlandés”, Derecho de la integración. *Revista jurídica latinoamericana*, Instituto para la Integración de América Latina - Banco Interamericano de Desarrollo, Buenos Aires, núm. 7, pp. 101-122.

CONSTANTINESCO, V.

- (1987) Cour constitutionnelle allemande, droits fondamentaux et droit communautaire: une musique nouvelle sur un air ancien”, *Revue Trimestrielle de Droit Europeen*, pp. 545-553.
- (2013), “La incidencia del desarrollo de la unión Europea en las categorías público francés” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, UNED, pp. 125-138.

CORTI VARELA, J. PORRAS BELARRA, J. y ROMAN VACA, C. (2011) “El control ultra vires del Tribunal constitucional alemán. Comentario de la Decisión de 06.07.2010 (2 Bvr 2661/06 Honeywell)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, pp. 827-852.

CRAIG, P.

- (1991) “Sovereignty of the United Kingdom, Parliament after Factortame”, *Yearbook of European Law*, vol. 11, pp. 221-252.
- (1998) “Report on the United Kingdom”, in *The European Courts and National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, A-M. Slaughter, A. Stone Sweet and J. Weiler, Eds., cap. 7.
- (1998) “Regulation and Judicial Review: Perspectives from UK and EC Law”, in *Regulation and Deregulation: Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, C. McCrudden ed., cap. 7
- (1998) “Indirect Effect of Directives in the Application of National Legislation”, in *European Community Law in the English Courts*, M. Andenas and F. Jacobs eds. Cap. 3.
- (1998) “Substantive Legitimate Expectations and the Principles of Judicial Review”, in *English Public Law and the Common Law of Europe* (M. Andenas ed., cap. 3.
- (2001) 'Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review' *57 Cambridge Law Journal* 6.
- (2003) “The ECJ, National Courts and the Supremacy of Community Law”, in *The European Constitution in the Making*, Ed. Ingolf Pernice/ Roberto Miccú, (ED), Baden Baden Ed. Nomos, pp.35-51.
- (2004) “Britain in the European Union”, ed. Jeffrey Jowell Y Dawn Oliver, *The changing constitution*, Oxford University Press, pp. 89- 115.

CRAIG, P. y DE BURCA, G.

- (2008) “*Derecho de la UE*”, 4ª Ed., Oxford, Oxford University Press, pp. 379 y ss.
- (2011) “The Nature and Effect of EU Law: Direct Effect and Beyond“, cap. 7, in *EU Law, Text, Cases and Material*. Oxford University Press, 5th Ed.

CRUZ, L.M. (2001) “El alcance del Consejo constitucional francés en la protección de los derechos y libertades fundamentales, *REDCE*, núm.15, año 8, enero-junio, pp.499-540.

CRUZ VILLALÓN, P.

- (2004) “El Tratado según la Constitución: tres planteamientos”. Ponencia impartida en el *III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, celebrado en Barcelona, los días 21 y 22 de diciembre de 2004, pp. 7-9. Accesible desde <http://www.derecons.es>.
- (2013) “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos.” *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (AFDUAM)* n° 17 Boletín Oficial del Estado; Universidad Autónoma de Madrid, pp. 501-514.

DARANAS PELÁEZ, M. (2012) “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), *Revista de la Asamblea de Madrid*, núm. 27, diciembre, pp. 279-381.

DAWN, O. “Is the Ultra vires Rule the Basis of Judicial Review? (1987) *Public Law* 543, pp. 307-325.

DE AREILZA CARVAJAL, J.M. (1995) “El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, núm. 45, septiembre –diciembre, pp. 53-93.

DE BÚRCA, G. (2012) “The ECJ and the international legal order: a re-evaluation”, in *The Worlds of European constitutionalism*, Ed. De Búrca, G and Weiler J.H.H., Cambridge University, pp. 105-149.

DELPÉREÉ F. “*Bélgica: Estudio comparado sobre los techos competenciales*”, Ed. Obsei, pp. 1-32.

DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2008) “Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 9, pp. 85-116.

DE VISSCHER, P. (1986) “Le Constitution belge et le droit international. *RBDI*, pp. 5-58.

DE WITTE, B.

- (1998) “Les implications constitutionnelles, pour un Etat, de la participation a un procès d'integration régionale”, in *E.H. Hondius (ed.) Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of comparative Law*, Rapport néerlandais au Congrès de l'Academie Internationale de Droit Comparé, Bristol, Antwerpen/Groningen, Intersentia, pp. 379-393.
- (1999) “Direct effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order”, in Craig, P. and De Burca, G. (eds) *The Evolution of EU Law*, Oxford, university Press, pp. 323-362.

DIETER CLASSEN, C. (2010) “¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de Procrustes? Acerca de la sentencia del Tribunal constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa”. UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, pp. 237-260.

DICEY, A. B. (1885) “*The Law of the Constitution*”, pp. 39-40; (1983) “The Sovereignty of Parliament”, Parte I, in *Introduction to the study of the Law Constitution*, Liberty Classics Indianapolis, pp. 87-144.

- DÍEZ DE VELASCO Y VALLEJO, M. (1988) “La reforma del régimen de adopción en el orden internacional”, *Anales*, núm. 18 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J. (2013) “*El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?*” *Working Papers Instituto de Derecho europeo e integración Regional* (WP IDEIR) Universidad Complutense, núm. 17 Cátedra Jean Monnet, Prof. Ricardo Alonso García, pp. 1-38.
- DÍEZ-PICAZO, L.
- (2008) “Las transformaciones de la Constitución Francesa de 1958”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 34-35, <http://revistasonline.inap.es/>, pp. 21 a 33.
  - (2008) “La naturaleza de la Unión Europea”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, Barcelona, octubre 2008, pp. 1-67.
- DOMÍNGUEZ VALVERDE, C. (2008), “*La relación entre el derecho de la comunidad Europea y el Derecho de los Estados miembros-Aproximación teórica y la revisión de los casos de Alemania, España y Francia*”, Monografías del CESEDEN 110, Ministerio de Defensa, pp. 1-305. Disponible en [http:// tesis.uchile.cl/handle/ 2250/106824](http://tesis.uchile.cl/handle/2250/106824).
- DONAIRE VILLA, F.J. (2014), “Recensión sobre The Worlds of european Constitutionalism, de Gráinne de Burca y J.H.H. Wieler, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, pp. 503-524.
- DURANTE, F. (1966) “Diritto interno e diritto comunitario”, en *RDI*, pp. 56 y ss.
- DWORKIN, R. (1995) “Los derechos en serio», trad. M. Gustavino, Editorial Ariel, Barcelona, en especial el Capítulo IV sobre los «casos difíciles», pp. 146 y ss.
- ELANDER DUQUE, E. (2013) “*United in Diversity or Through diversity?. National Identity As a Flexibility Clause-Granting Member States a Margin of Appreciation*”, Graduate Thesis, Supervisor Groussot X. Faculty of Law, Lund University, spring, pp. 1-59.
- ELÍA, L. (2009) “60º aniversario de la Constitución de la República italiana” *Revista Iberoamericana de derecho Procesal Constitucional* núm. 12, julio-diciembre 2009, pp. 429-437.
- ELIAS MÉNDEZ, C. y BLEISTEINER, O. (2011) “el sistema constitucional alemán”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 8, núm. 15 Enero-junio, pp. 85-137.
- ELLIOT, M.
- (1999) “*The Demise of Parliament Sovereignty?.The implications for Justifying Judicial Rewiew*» 1999 115 LQR 119.
  - (2014) “*Is Lord Neuberger right to suggest that the UK “has no constitution?*”, in [Public law for everyone.wordpress.com](http://PublicLawForEveryone.wordpress.com), A blog for public lawyers, law students and others.
- ELSNER, G. HUBER, R. y STEINER, C. (2009) “Prólogo” en *Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, ed. responsable, Rudolf Huber, Fundación Konrad - Adenauer, Mexico, pp. 17-22.

- ERSKINE MAY (2011) *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings, and Usage of Parliament* “UK, Ed. Lexis Nexis, Butterworths Law, Ed. 24, cap. 31, pp. 701-710.
- EVERLING, U. “Brauchen wir Solange II?” Zu den Forderungen nach Revision der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts-”, *Europarecht*, 25, núm. 3, pp. 195-227.
- FASTENRATH, U. (2009) “BVerG verweigert willkürlich die Kooperation mit dem EuGH”, NJW.
- FAVOREAU, L. (1991) “Làpport du Conseil constitutionnel au droit public”, en *Pouvoirs* núm. 13, *Le Conseil constitutionnel*, abril 1980, juillet 1991, pp. 17-31.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ J. J. (1997) “El Tribunal de Arbitraje”, *Dereito*, vol. 6, núm. 2, (1997) pp. 129 - 155.
- FERNANDEZ SEGADO, F. (1993) “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre, pp. 145-247.
- FERRAJOLI, L. (2010) “*Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo xx: La Constitución de 1948 y la cultura jurídica de los comienzos de la posguerra* (Capítulo IV), Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, pp. 45-54. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2840>.
- FEYEN, S. (2014) “The constitutionele dogmatiek voorbij”, *Vertragsrecht-como en werking*” (The Effect of the treaty Act), *Chroniques de droit público – Publiekrechtelijke kronieken*, año 18, núm. 1, pp. 198-199.
- FIGERO VEJAR, A. (1998) “los principios de supremacía y operatividad en el Derecho comunitario como fundamentos de la integración” *Revista Chilena de Derecho*, núm. Especial pp. 389-393.
- FORET, F. y ANTUNES FERREIRA S. (2011) “La Belgique et l’Union européenne François Foret” (2011) “La Belgique et l’Union européenne” in Von Busekist A. (ed.), Bélgica, París, Fayard, pp. 1-11.
- FORSYTH C.F. (1997), “*Administrative law*”, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- FORSYTH, C. y WHITTLE, L. (2002) “Judicial creativity and judicial legitimacy in administrative law” *The Canterbury Law Review*, vol. 8, pp. 453-463.
- FRAGA IRIBARNE, M.
- (1961) “*El Parlamento Británico*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid. Ver también “La legislación delegada y su control en la Gran Bretaña”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 52, 1975.
  - (1975) “La legislación delegada y su control en la Gran Bretaña”, *Anales de la Real Academia de Ciencias morales y Políticas*, núm. 52, pp. 155-179.
- FRANCK, C. LECLERCQ, H. y VANDEVIEVERE, C. (2003) “Belgium: Europeanisation and Belgian federalism”. *Wessels, W. Maurer, A. Mittag, JH, Fifteen into one*, pp. 69-91.

- FREIXES SANJUÁN, T. (2013) “Francia”, *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos*, Dir. Teresa Freixes Sanjuán, Yolanda Gómez Sánchez y Antonio Rovira Viñas. CEPC, Madrid, 2013, Cap. 14, pp. 407-437.
- FROMONT, M. (2002) “El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas” *Pensamiento Constitucional*, año VIII, núm. 8, pp. 370-382.
- GAHDOUN, P-Y. (2010) “Repenser la priorité de la QPC”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, pp. 1708-1728.
- GAMBINO, S. (2012) “Identidad constitucional nacional, Derechos fundamentales e integración europea”, *ReDCE*, año 9, núm. 18, julio-diciembre, pp. 53-94.
- GARCÍA-ANDRADE GOMEZ, J. (2014) “La cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional Alemán sobre la Decisión OMT”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, junio-septiembre, pp. 119-163.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.
- (1994) “Un paso capital en el Derecho Constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho Comunitario (sentencia *Equal Opportunities Commission* de la Cámara de los Lores de 3 de marzo de 1994)”, *Revista de Instituciones Europeas*, CEC, Vol. 21, núm. 3, pp. 721-744.
  - (1998) “El fin del caso Factortame: La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido” *Revista de Administración Pública*, núm.145, pp. 117-144,
- GARCÍA PELAYO, M. (1987), “*Derecho constitucional comparado*”, Ed. Alianza, Madrid, pp. 607-622.
- GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R. y CARPI BADÍA, J.M. (2004) “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 3, pp.13-48.
- GAROT, M.-J. (2008) “La Constitución Francesa y el Derecho Comunitario: un repaso de la historia de las relaciones entre dos ordenamientos jurídicos.” *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 34-35, pp.160-190.
- GARRORENA MORALES, A. (1991) “La sentencia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 11, otoño, pp.25 y 27.
- GERKRATH, J.
- (2008) “Compétence et recevabilité des questions préjudicielles” en *La Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle du Luxembourg, 1997 – 2007*, Pasicrisie luxembourgeoise, pp. 3-21.
  - (2015) “La figure de droit constitutionnel de “l’État intégré”: le cas du Grand-Duché de Luxembourg” en *Europe(s) Droit(s) européen(s), une passion d’universitaire*, Liber Amicorum en L’honneur du professeur Vlad Constantinescu, Collection Mélanges, Ed. Bruylant, pp. 1-17.
- GERARD, P. (2011) “De hoeder van de meerlagige Europese Constitutietussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België”, *SEW*, pp. 152-165.

GILLES, J. G. *La jurisdicción Contencioso administrativa francesa: evolución y reformas*” Traducido del francés por María Valeria di Battista, pp. 1-17, ver en [http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/LA\\_JURISDICCION.pdf](http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/LA_JURISDICCION.pdf).

GÓMEZ, SANCHEZ, Y. (2004) “Estado constitucional y protección internacional”, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Coord. Yolanda Gómez, UNED, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 231-280.

GONZÁLEZ GIMÉNEZ, J. (2000) “La aceptación por la Cámara de los Lores de la responsabilidad patrimonial del Reino Unido en el asunto *Factortame* (Comentario a la sentencia de 28 de Octubre de 1999, *Regina v. Secretary of State for Transport Ex Parte Factortame*)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 4, núm. 7, pp. 195-208.

GONZÁLEZ PASCUAL, M. “*El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos.*” Ed. Aranzadi, S.A. 2010, pp. 130-132.

GORDILLO PÉREZ, L.I.

- (2005) “*El proceso de integración europea y la teorización de la dinámica comunitaria jurídica*”, núm. 2, pp.47-80.

- (2013) “las relaciones entre el Derecho constitucional nacional y el Derecho de la Unión Europea: principios clásicos y nuevas tendencias.” *Universos Jurídicos, Revista de Derecho público y diálogo multidisciplinar*, núm. 1, pp. 42-137.

GORDILLO PÉREZ, L. y MARTINICO, G. (2013) “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia (un cuento desde el País de las Hadas)” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 429-478.

GORLA, G. y MOCCIA, L. (1981) “A “Revisiting” of the comparison between “Continental Law” and “English Law”” (16 th-19th Century)”, *Journal of Legal History*, vol. 2, Issue 2, september, pp. 143-156.

GROPPI, T.

- (2004) “La incidencia del Derecho comunitario en las relaciones Estado-Regiones en Italia”, *ReDCE*, núm. 1, enero-Junio 2004, pp. 173-196.

- (2008) “*Corte Constitucional y principio de efectividad*”, Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de derecho Procesal Constitucional celebrado en Cancún, México, del 14 al 17 de mayo de 2008, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), pp. 241-271.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.

- (1998) “Teoría y realidad constitucional en Alemania”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1º semestre pp. 197-204.

- (2014) “Gestación, recepción y vigencia: la Teoría de la Constitución y el Derecho constitucional de Konrad Hesse,”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, enero-abril, pp. 403-423.

HÄBERLE, P.

- (1962) “*La libertad fundamental en el Estado constitucional*” Pontificia Universidad católica del Perú, Fondo Editorial 1997, pp. 11-411.

- (2003) “*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*”, Ed. Dykinson
- (2009) “La regresiva “Sentencia Lisboa” como “Maastricht-II” anquilosada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, núm. 12. Julio-diciembre. pp. 397-429. Traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón.

HARSEN R. y GORDON A. (1997), “*UK Courts and the Reception of European Community Law*”, Institute of European Studies, The Queen’s University of Belfast, Northern Ireland, Paper prepared for the Fifth Biennial International Conference European Community Association, 29 may-1 june, Madison Renaissance Hotel, Seattle, Washington USA.

HART H, L. A. (1961) “*The Concept of Law*”, Oxford University Press, pp. 145-148.

HEGEL, G.W.F. “*Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*” Edición abreviada que contienen: Introducción (general y especial), Mundo Griego y Mundo Romano, Traducción de José Gaos, Estudio Preliminar Salvador Rus Rufino, Ed. Técnos, 2005.

HERMIDA DEL LLANO, C. (2005) “*Los derechos fundamentales en la Unión Europea*,” Ed. Antrophos.

HESSE, K.

- (1978) “Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland”, Bericht für die IV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, 1978 in Wien, EuGRZ 1978, p. 427-438.
- (1998) “*Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana*” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1º semestre, UNED, pp. 99-122.

HILF, M. (1987) “*Solange II: Wie lange noch Solange?*”, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 1986, EuGRZ 1987.

HINOJOSA, L. M. (2004), “Globalización y soberanía de los Estados”, en [www.reeig.org](http://www.reeig.org). pp. 1-14.

HUGHES, C. (1957) “*The British Statute book*”, Hutchinson University Library, London.

IAN REID FROSER, W. (1948) “*An outline of Constitutional Law*”, Edimburgh. Ed. W. Hodge, ed.2ª, pp. 1-346.

IÑIGUEZ DE SALINAS, E. “Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales”, pp. 7-13. <http://www.difusionjuridica.com.bo/libros/jc3.pdf>.

IPSEN, H.P.

- (1987) “Das Bundesverfassungsgericht lost die Grundrechts-Problematik, Zum Mittlerweile Beschluß des 2. Senats vom 22. oktober 1986”, *Europarecht*, Heft, 1, pp. 1-6.
- (2010) “La posición jurídica de las Comunidades” *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 14, julio-diciembre, pp. 461-489.

JAEGER, G. F. (2012) “*Rapport Luxembourg*, La protection des droits fondamentaux après Lisbonne: L’interaction entre la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, la



- CEDH et les constitutions nationales”, FIDE XXV Congrès, Tallin 2012, [www.fide2012.eu](http://www.fide2012.eu).
- JANS, J.H. (2014) “*Europeanisation of Public Law*”, Second Edition, European Law Publishing, Paperback, pp. 1-40.
- JAKAB, A. (2008), “La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l’argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l’intégration européenne”, *Jus Politicum*, núm. 1 pp. 1-26.
- JOSEPH, P. (2002) “The Demise of Ultra-Vires - A Reply to Christopher Forsyth and Linda Whittle”. *Canterbury Law Review*, 8(3), pp. 463-479.
- KALLESTRUP, M. (2009) “European integration and European Court of Justice. Can European Court of Justice be seen as a pro-integrative institution?” Course title: *Governance and Its Impact - The Interrelationship between European and National Policy-Making*, University of Copenhagen Faculty of Social Science Department of Political Science Winter 2009, 10 ECTS.
- KELSEN, H. (1982) “*Teoría pura del Derecho*”, Ed. Universidad Autónoma de México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1039>
- KEOHANE, R. O. y HOFFMANN, S. (1990) “Conclusions: community Politics and Institutional Change”, Ed. WALLACE W, in *The Dynamics of European Integration*, Pinter Publications, UK, London pp 276-3000.
- KEYAERTS, D. (2012) “De europeanisering van het Belgische staatsrecht: impressies betreffende integratie van het Unierecht en convergentie met het Unierecht”, in *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 3*, A.Allen, J, Theunis V. De Schepper, A. D’espallier, S. P. Gérard, D. Keyaerts, M. Merckaert, K.A. Alen et J. Theunis (éds.), *l.c.*, pp. 66-69.
- KOKOTT, J. y SABOTTA, C. (2012) “The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?”, *The European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 4, pp. 1015–1024.
- KRISCH, N. (2006) “The pluralism of Global Administrative Law”, *European Journal International Law*, núm. 17, pp. 247-278.
- KUHN, N. y ROUSSEAU, E. (2001) “La Cour constitutionnelle luxembourgeoise: dernière pierre à l’édifice des cours constitutionnelles en Europe occidentale”, in *Revue internationale de droit comparé.*, vol. 53, núm. 2, avril-juin. pp. 453-482.  
[http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc\\_00353337\\_2001\\_num\\_53\\_2\\_17985](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_00353337_2001_num_53_2_17985).
- LAFERRIÈRE, E. (1887) “Traité de la Jurisdiction administrative et Recours Contentieux”, Review by Frank J. Goodnow, Published by the Academy of Political Science, vol. 2, núm. 4, Dec, pp. 709-712
- LAFUENTE, J.M. (2008) “La doctrina británica y el control judicial de las leyes. Por una teoría cuántica del Derecho constitucional”, *Revista de Derecho Público de la UNED*, núm. 71-72, enero-agosto, pp. 257-307.

LAMPRECHT, R. (2009) "Vom Untertan zum Bürger - Wie das Bonner Grundgesetz an seinem Karlsruher "Über-Ich" gewachsen ist", en *Neue Juristische Wochenschrift* (Año 2009), pp. 1454-1457.

LAWS, J.

- (2000) "Judicial review and the Meaning of Law" in C.F. Forsyth (ed.): "*Judicial Review and the Constitution*" Hart Pub. Oxford pp. 173-190.
- (2008) "*Constitutional Guarantees*" *Statute Law Rev* 29 (1), pp. 1-10 Primera Edición online February 19, 2008 doi:10.1093/slr/hmn003.

LEIBHOLZ, G.

- (1962) "La soberanía de los Estados y la integración europea", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 124, pp. 5-26.
- (1966) "El Tribunal constitucional de la República Federal alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", *Revista de estudios políticos*, núm. 146, pp. 89-100.

LEGARRE, S. y RIVERA, J. L. (2006) "Naturaleza y dimensión del *stare decisis*" *Revista chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 1, pp. 109 a 124.

LENZ, C. O. y GRILL, G. (1995) "The preliminary Ruling Procedure and the United Kingdom", *Fordham International Law Journal*, vol. 19, núm. 3, Artículo 2, pp. 844-865.

LEVITSKY, J.E. (1994) "The Europeanization of British Legal Style", *American Journal of comparative Law*, vol. 42, núm. 2.

LIMBACH, J.

- (2000) "Función y significado del recurso constitucional en Alemania," *Cuestiones Constitucionales*, núm. 3, julio-diciembre, pp. 67-89.
- (2001) "Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa" in NJW, pp. 2913-2919.

LÓPEZ CASTILLO, A. (2014) "Prejudicializando...comentario urgente de la primera cuestión prejudicial del TCFA.", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, pp. 287-296.

LÓPEZ GARRIDO, D. (1986) "Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de mayo de 1974, Derecho comunitario y defensa de los Derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional" *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (BJC), núm. 58, Cortes Generales, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Secretaría General del Estado, pp. 247-248.

LOUIS, J-V.

- (1991) "*El ordenamiento jurídico Comunitario*", ed. 4ª, Colección Perspectivas Europeas, Bruselas-Luxemburgo, pp. 141-154.
- (1991) "Las relaciones entre el Derecho comunitario y el derecho nacional en las Comunidades Europeas." Cap. III, en *El Ordenamiento jurídico comunitario*, Colección "Perspectivas Europeas", Bruselas, Ed. 4ª, pp. 11-173.

MADARIAGA, J.A. (2002) "Reflexiones en torno al control de constitucionalidad del Derecho comunitario", *Revista de Derecho Político*, núm. 53, pp. 271-301.

- MADURO, M.P. (2003) “Las formas del poder constitucional de la Unión europea”, *Revista de Estudios Políticos, Nueva Época*, núm. 119, enero-febrero, pp.11-55.
- MAITLAND, F. W. (2001) “*The Constitutional History of England: A Course of Lectures Delivered*”, the Lawbook Exchange L.T.D. Union New Jersey, ed. 3ª, 2008,
- MALPICA DE LAMADRID, L. (2002) “Relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno” en *La influencia del Derecho internacional en el Derecho mexicano*, Ed. Limusa S.A. pp. 69-73.
- MANCINI, G.F. (1989) “the Making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review*, vol. 26, pp 595-614.
- MANGAS MARTÍN, A.
- (2005) “Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado constitucional de la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57 pp. 49-74.
  - (2008) “El compromiso con los derechos fundamentales” en *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo* Mangas Martín, A. (Dir.) López Escudero, M.; Martín y Pérez Nanclares, J. y Sobrino Heredia, J.M. (coord.), Primera Edición, Fundación BBVA, separata de la Introducción pp. 37 a 44.
- MANGOLD, A. K. (2011) “Costa v Enel (1964): On the importance of Contemporary Legal History” in Augusti, E. Domeier, N. Georg Von Graevenitz, F. and Prutsch, M.J. (Eds), *Inter-Trans-Supra? Legal Relations and power Structures in History* Saarbruken, Akademiker Verlag, pp. 220 -234.
- MANNINO, A. (1987) “Tribunal Constitucional italiano, sentencia de 8 de junio de 1984, caso *Granital*, Relación entre Derecho comunitario y Derecho interior en la jurisprudencia de la Corte Constitucional” *BJC*, IV, núm. 72, abril, pp. 529-546.
- MARISCAL, N. (2010). “*Más allá de Lisboa: horizontes europeos*”, Ed Tecnos.
- MARTIN VIDA, M. A. (2004) “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*, año 1, núm. 1. pp. 357-380.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M. M. (2006) “La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras.”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10-1 semestre 2006, pp. 179-200.
- MARTÍNEZ MARÍN, A. (1984) “Sistema político-administrativo y Administración consultiva en Bélgica”. *Anales de Derecho* Vol. 5, pp. 185-250.
- MARTIN Y PÉREZ NANCLARES, J.
- (2008) “la contribución del Tribunal Constitucional alemán al Derecho comunitario europeo: el permanente tira y afloja con el Tribunal de Justicia de la UE”, Santiago Ripoll Carulla, (Dir.) y Juan Ignacio Urgartemendía Ecizabarrena (coord.), *España ante los tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, Oñate, IVAP, pp. 175-197.

- (2011) “Órdago del Tribunal constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa), *REAF*, núm. 13, abril pp. 97-145.
- MARTÍNEZ RUANO, P. (2010) “La protección de los Derechos fundamentales en la Unión europea” Cap. II, de la Parte I. del Libro *Derecho comunitario y procedimiento tributario*, Dir. Fernández Marín, Fernando Coord. Fornieles gil, Angel Ed. Atelier, libros jurídicos, pp. 25-54.
- MARTÍNEZ, M. S. (2008) “Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización,” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, pp. 375-395.
- MARTINICO, G. (2013) “Barking dogs sometimes bite! Un ensayo sobre la incidencia de la UE en el marco Constitucional de los Estados miembros del Este”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 47, julio-septiembre, pp. 1-9.
- MASSA GALLERANO GRETA (2011) “Los sistemas constitucionales de Holanda y Luxemburgo”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 15, 2011, pp. 185-222.
- MATHIEU, M. B. (2008) “*Les Decisoions creatrices du Conseil constitutionnel*”, Colloque du Cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008, pp. 1-16.
- MAYER, F. (2003) “The European Constitution and the Courts: Adjudicating European constitutional law in a multilevel system,” in *European Integration: The New German Scholarship*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Dir. Von Bogdandy, A. Jean Monnet Working Paper No 9/03, pp. 1-74.
- MAZEUD, P. *Le Point*, 17 de mayo de 2008.
- MAZZIOTTI, M. (1985) “Comentario a la sentencia núm. 98, de 1965”, en *G.C.*, p. 1336 y ss.
- MEAD, P. (1991) “The obligation to apply European Law: Is Duke Dead?” *European Law Review*, vol. 16, pp. 490-501.
- MEHDI, R. (2011), “French Supreme Courts and European Unión Law: between historical compromise and accepted loyalty”, *Common Market Law Review*, 48, UK, pp. 439-473.
- MENGOZZI, P. (011) “La contribución del derecho a la determinación de la identidad de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 57, pp. 9-23.
- MERTENS DE WILMAR, J. (1986) “Reflexions sur les methodos d’interprétation de la Cour de justice des Comumunautés europeénnes”, *CDE*, núm. 1, pp. 5-20.
- MITTRANY, D.
- (1933) “*The Progress of International Government*”, Yale University Press, New Haven, pp. 1-173.
  - (1943) “*A working peace System. An Argument for the functional Development of International Organization (and other eassys)*”, Oxford University Press, Quadrangle Books, Oxford Chicago.
- MONROY, CABRA, M. G. (2007): “*Ensayos de Teoría constitucional y derecho internacional*”, Colección Textos de Jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario, pp. 66 y ss.

- MORAVCSIK, A. (1991) “Negotiating the Single European Act: national interests and conventional statecraft in the European Community”, *International organization*, vol. 45(01), pp. 19-56.
- MORI, P. (1985) “Derecho comunitario y derecho interno en una sentencia reciente del Tribunal Constitucional italiano”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 12, núm. 3, pp. 681-700.
- Müller, F. (1966) “*Normstruktur und Normativität: zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*”. Berlín, Ed. Duncker & Humblot, pp. 1-232.
- MUÑOZ RUIZ, A.B. (2009) “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores: sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06”. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social: Temas Laborales*, núm. 101/2009, Tercer Trimestre, pp. 330-31.
- MUTIMER, D. (1992) “1992 and the political integration of Europe: Neofunctionalism reconsidered” *Journal of European Integration*, 13(1), pp. 75-101.
- MURPHY, C.
- (2007), “EC Law in Britain After the Human Rights Act 1998: To Review or Not to Review”, *University College Dublin Law Review Symposium Edition*, núm. 45.
  - (2010), 'Report on the UK and Ireland' in G Martinico & O Pollicino (Eds), *the National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*. Europa Law Publishing, Netherlands. pp. 484 y ss.
- NICCOLAI, S. (2009) “Derecho antidiscriminatorio, nuevos valores de convivencia y argumentación constitucional. comentario de la sentencia “*Coleman vs Attridge Law*”, C-303/06 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *ReDCE*, año 6, núm. 11, enero-junio, pp. 437-480.
- NICOL, D. (2001). “Factortame EOC and Maastricht” en *EC membership and the Judicialization of British Politics*, Ed. Oxford University Press, cap. 7, pp. 178-228.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D. (2002) “la obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario europeo” *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 56, núm. 1921, pp. 2329-2354.
- PEDERSEN, T. (1992) “Political change in the European Community. The Single European Act as a case of system transformation” in *Cooperation and Conflict*, vol. 27(1), pp. 7-44.
- PÉREZ CARRILLO, E.F. (2011) “Crisis económica y financiera en la UE. Reflexiones en torno a algunos instrumentos estratégicos para la recuperación”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, pp. 487-511. Ver en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).
- PERNICE, I.
- (1999) “Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?” *Common Market Law Review*, 36(4), pp.703-750.

- (2011) “Motor or brake for european policies?: Germany's new role in the EU after the Lisbon-judgment of its Federal Constitutional Court”, *Documento de Trabajo Serie Unión Europea*, núm. 39/2011, CEU Ediciones, pp. 5-28.
- (2012) “El constitucionalismo multinivel en la Unión europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, pp. 639-674
- (2012) “La dimensión global del constitucionalismo multinivel: Una respuesta legal a los desafíos de la globalización”, *Documento de trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, núm. 61/2012, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, pp. 5-27.
- (2013) “The Autonomy of the EU Legal Order — Fifty Years after Van Gend,” *Walter Hallstein-Institut*, WHI- Paper 08/2013 pp. 55-81.

PESCATORE, P.

- (1962) “*L’autorité en droit interne, des traites internationaux*,” Pasicrisie Luxembourgeoise pp. 97 ss.
- (1973) “*Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales.*” Ed. Instituto para la Integración de América Latina internacionales, pp. 1-105.
- (2003) “Monismo, dualismo y efecto útil en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, pp. 5-21.

PICOD, F. (2005) “Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de L’Union européenne”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 18 (dossier: Constitution et Europe) juillet.

PIERRE-CAPS, S. (2012) “La revisión constitucional francesa de 2008 o el cambio en la continuidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, pp. 91-130.

PI LLORENS, M. (1996) El Fundamento jurídico de la protección de los Derechos fundamentales por el TJCE”, Cap. II en “*La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*”, vol. I, Ballaterra, febrero, pp. 71 y ss.

PINON, S. (2010) “El sistema constitucional de Francia”, *REDCE*, año 7, núm. 14, julio-diciembre, pp. 17-74.

PINELLI, C. (1983) “La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de Derecho comunitario: punto de partida para su reconstrucción.” *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, núm.1 enero-abril 1983, pp. 53-71.

POSADA, E.V. (2008) “Evolución de las Teorías sobre integración en el contexto de las teorías de relaciones internacionales”, en *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*, Ed. Pontificia universidad Javeriana, convenio Andrés Bello, pp. 144-213

PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J. L.

- (1998) “La Comisión bicameral D’Alema y su proyecto de reforma de la Constitución italiana”, *Anales*, 15, 1998, pp. 11-49.

- (2007) “*La convergencia constitucional en los Estados de la Europa latina en la crisis de la ratificación del Tratado Constitucional*”, en *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna), 24; diciembre 2007, pp. 59-101.
- PRESNO LINERA ROGER CAMPIONE, M.A. (2010) “Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad”, *CEPC*, Madrid, 2010, pp. 250-264.
- RASMUSSEN, H. (1986) “*On Law and Policy in the European Court of Justice: a comparative study in judicial policymaking*” Ed. Dordrecht Martinus Nijhoff, pp. 1-555.
- RASMUSSEN, M. (2010) “*Constructing and Deconstructing ‘Constitutional’ European Law: Some reflections on how to study the history of European law*” EUSA conference paper Published in December 2010 in Henning Koch, Karsten Hagel-Sørensen, Ulrich Haltern og Joseph Weiler (eds.), *Europe. The New Legal Realism*, DJØF Publishing: Århus, 2010, pp 1-21.
- RINKHORST, J. B. y SCHEEMERS, H. G. (1977) “*Judicial remedies in the European Communities a casebook*”, 2nd ed. Kluwer, Dordrecht, pp. 181-191.
- RITA SCOTTI, V. (2009) “Una riforma costituzionale riduce i poteri del Granduca e consente L’approvazione della legge sull’eutanasia”, en *Revista Osservatorio de diritto costituzionale*” Palomar núm. 37 abril.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, C. y VALLE GÁLVEZ A. (1997) “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”, *RDCE*, núm. 2, pp. 329-376.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y WOELKER, U. (1987) “Derecho comunitario, Derechos fundamentales y control de constitucionalidad. La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986”, *RIE*, 14, 3, pp. 667-685
- RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. (1980) “La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 7, Otoño 1980, pp. 57-79.
- ROLLA, G. (2004) “Relaciones entre ordenamientos en el sistema constitucional italiano”, *ReDCE*, núm.1, enero-junio, pp. 139-172.
- ROMBOLI, R. y PANIZZA, S. (2012) “El Estatus de los jueces de la Corte Constitucional italiana”, en Fix-Zamudio, H.; Astudillo, C. (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional. Libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, pp. 791-815.
- ROMERO RODRÍGUEZ, L. M. “*Costa c Enel: Su influencia en la primauté del Derecho comunitario*” Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, pp. 1-15.
- [https://www.academia.edu/1742658/An%C3%A1lisis\\_Jurisprudencial\\_de\\_la\\_Decisi%C3%B3n\\_Costa\\_vs.\\_Enel\\_en\\_la\\_Supremac%C3%ADa\\_del\\_Derecho\\_Comunitario\\_Europeo](https://www.academia.edu/1742658/An%C3%A1lisis_Jurisprudencial_de_la_Decisi%C3%B3n_Costa_vs._Enel_en_la_Supremac%C3%ADa_del_Derecho_Comunitario_Europeo)
- SALINAS DE FRÍAS, A. (2000) “La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea” Ed. Comares, España.

- SALVADOR MARTÍNEZ, M. (2008) “Derecho Constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, pp. 375-395.
- SALVETI, M. (2001) “La aplicación judicial del Derecho europeo en los 27 Países de la Unión”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, julio–diciembre, pp. 91-134, en <http://www.ugr.es/~redce/>, apartado 2.3.
- SANTI ROMANO (1946) “*Principii di Diritto Costituzionale Generale*”, Padova.
- SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. B. (1996) “*Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Comentarios a la última Jurisprudencia Administrativa del Tribunal de Estrasburgo]*” Civitas Monografías, pp. 1- 147.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (1998), “Cambios constitucionales en el Reino Unido de la Gran Bretaña”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1º semestre, pp. 215-222.
- SÁNCHEZ HERREROS, M. “*European Union*”, Spanish Legal co.uk. Ver en <http://www.spanishlegal.co.uk/essay.htm>
- SÁNCHEZ LORENZO, S. (2006) “Derechos fundamentales y libertades de circulación a la sombra de una constitución para Europa: Comentario a la STJCE (sala 1º) de 14 de octubre de 2004) (As C36/02 “Omega”).” *REDCE* núm. 5, jurisprudencia, año 3, enero-junio.
- SÁNCHEZ PATRON, J. M. (2006) “La aplicación del Derecho internacional general a las actuaciones de las organizaciones internacionales. La práctica de las Comunidades Europeas-Unión Europea”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 6, pp. 793-816.
- SANZ CABALLERO, S. (1998)” *Tesis Doctoral: La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario: insuficiencias y fisuras del sistema*”. Dr. Cardona Llorens, J, Castellón de la Plana (Castellón): Universidad Jaume I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Departamento de Derecho Público.
- SCHILLACI, A.
- (2007),”Camino de la integración material: comunitarización de los contralímites en la Decisión Société Arcelor et Lorraine del Conseil d’État”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8.
  - (2010) “El sistema constitucional de Italia” *ReDCE*. Año 7. núm. 14. Julio-diciembre, pp. 75-115.
- SCHILL, S. W. (2011) “Reconciliando la tormentosa relación entre el Derecho constitucional y el Derecho Europeo: El respeto por la identidad nacional bajo el Tratado de Lisboa”, *Revista do Direito Unisc*, Santa Cruz Do Sul, núm. 36, Jul-Dez, pp. 142-143.
- SCHILLING, T. (2000) “Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, Euroäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ), Kehl am Rhein, Jahrg. 27, núm. 1-4, märz, pp. 3-43.
- SCHOLZ, R.
- (1992) “Grundgesetz und europäische Einigung”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 41, pp. 2593-2601.



- (2000) “frauen an die Waffe kraft Europarechets? Zum Verhältnis von Art. 12 a ABS. 4 S. 2 GG zur EU-Gleich behandlungsrichtlinie”, in *DÖV*, pp. 417-420.
- SCHULZE-FIELITZ, H. (2009) “El lado oscuro de la Ley Fundamental”, traducido por María Ángeles Martín Vida, *Revista De Derecho constitucional Europeo* Año 6, núm. 12, julio-diciembre 2009, pp. 193-238.
- SCHWARZE, J. (2011) “*El Derecho administrativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa: observaciones Preliminares*”, Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, Parlamento Europeo B-1047 Bruselas, pp.3-22.
- SEGURA SERRANO, A. (2005) “La primacía y el control de constitucionalidad del Derecho comunitario en Francia” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 9, núm. 20, pp. 93-132
- SICILIA OÑA, B. (2006) “*Derechos fundamentales y Constitución Europea*”, Colección Derechos humanos, P. Francisco de Vitoria, Ed. Ararteko, Vitoria-Gasteiz, pp. 25-74.
- SICLARI, M. (1992) “*Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*”, Padova, CEDAM, pp. 1-179.
- SLAUTSKY E. (2004) “*De la hiérarchie entre Constitution et droit international: Réflexions au départ de l’arrêt de la Cour de Cassation du 16 novembre 2004*”, pp. 1-22.
- SLAUGHTER, A.M. STONE SWEET, A. y WEILER J. H. H. (1998) “*The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence Legal Change in Its Social Context*”, Oxford.
- SMEND, R.
- (1928) “Das Recht der freien Meinungsäuserung” en *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, berichte von Karl Rothenbücher, Rudolf Smend, Herman Heller und Max Wenzel, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer su München am 24 und 25, märz 1927, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 4, pp. 44-73.
  - (1962): "Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehensdes Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962", en *Das Bundesverfassungsgericht* (Karlsruhe), pp. 23-27.
- SOBRIDO PRIETO, M. (1997) “Responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables”. (Comentario a la St. del TJCE de 5-III-1996, *Brasserie du pêcheur SA c. RFA* y *The Queen c. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd* y ótros; C-46/93 y C-48/93”, en “*Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña*”, vol. 1, pp. 655-664.
- SORRENTINO, F.
- (1975) “Brevi osservazioni sulle leggi contrastanti con norme comunitarie:inconstituzionalità e/o disapplicazione?” en *Giurisprudenza costituzionale*. pp. 3239-3247.
  - (2012) “Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale problemi e prospettive.”, en *Il principio dell’ equilibrio di bilancio secondo la riforma*

*costituzionale del 2012*”, Seminario di studi- Palazzo della Consulta, 22 noviembre de 2013, pp. 1-20. <http://www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do>.

STEIN, T.

- (1995) “*Werbeverbote und europäisches Gemeinschaftsrecht*” en Gedächtnis für Eberhard Grabitz, München, pp. 77 y ss.
- (1994) “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht”. *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 21, septiembre /diciembre, pp.721-745.
- (1997) “La jurisprudencia constitucional y administrativa alemana y el Derecho europeo: influencias recíprocas.” *Revista de la Universidad de Derecho de Valparaíso*, XVIII.
- (2012) “Siempre con rumbo fijo: el difícil equilibrio entre supranacionalidad y soberanía constitucional en la relación entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con una breve mirada de soslayo a la judicatura de la Corte Constitucional italiana.” *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVIII, Bogotá, pp. 415-428. Ver en [bibliojuridica.org](http://bibliojuridica.org).

STERN, K. (1980) “*Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*,” Vol. II, Beck, München, pp.938-978.

STOLP, M.M. (2012) “Een nieuwe procesvorm: het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (art. 392-394 nieuw Rv)”, *Maandblad van Vemogensrecht*, núm. 6, pp.165-170.

STORME, M. (2012) “The Struggle Concerning Interpretative Authority in the Context of Human Rights-The Belgium Experience Belgian report at the XVIIIth International Congress of Comparative law, Washington D.C. 2010, Topic “Are human rights universal and binding?” general reporter: Prof. Arnold. La version original esta publicada en Arnold, R. The Universalism of Human Rights, serie Ius Gentium: *Comparative Perspectives on Law and Justice*, núm. 16, springer, cap. 13, [www.springerlink.com](http://www.springerlink.com).

TALAGALA CHAMILA, S. (2011) “The Doctrine of Ultra Vires and Judicial Review of Administrative Action” *Bar Association Law Journal of Sri Lanka*, Volume XVII.

TAMBOU, O. (2004), “El Consejo constitucional francés y la relación del Derecho comunitario con la Constitución francesa: a propósito de la importante sentencia del Consejo constitucional francés del 10 de junio (2004-496 DC), *REDE*, núm. 12, octubre-diciembre, pp. 609-629.

TENORIO SÁNCHEZ, P. (2010)“El Tribunal constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Diario la Ley*, núm. 7520, Sección Tribuna, año XXXI, Ref. D-366, Ed. La Ley.

TOMUSCHAT, CH. (1990) “*Aller guten Dinge sind III ?*” Zur Diskussion um die Solange-Rechtsprechung des BVerfG, *Europarecht*, Heft 4, pp. 340-361

TRIEPEL, H. (2014) “*Volkerrecht Und Landesrecht - Primary Source Edition*”; Ed. Nabu Press, de 13 de marzo de 2014.

UGARTIMENDIA ECEIZABARRENA, J.I.

- (2013) “La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la unión europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional Español”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, Uned pp. 391-428.
  - (2014) “Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 33, pp. 443-480.
- UGOLINO, F. “*I rapporti tra le giurisdizioni nazionali e le Cortei europee: l’esperienza del Belgio ed alcune riflessioni sui Paesi Bassi*”, Civitas Europa, pp. 189-192.
- UNGER, M. (2009) “Sesenta años de la Ley Fundamental alemana- de un provisorio con una larga vida” *Estudios Constitucionales*, v. 7, núm. 2. Santiago, versión On-line ISSN 0718-5200.
- URIA GAVILAN, E. (2014) “Choque de titanes judiciales en torno al euro: comentario de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal constitucional alemán sobre la compra de deuda de los Estados “rescatados””, *Revista de la Asamblea de Madrid*, núm. 30, junio, pp. 322-349.
- VAN NUFFEL, P. (2009) ‘Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraak na het Verdrag van Lissabon’ [Preliminary Questions to the Court of Justice of the European Union: A Guide for Legal Practitioners after the Lisbon treaty], *Rechtskundig Weekblad* (2009-2010) pp. 1170-1172.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (1998,) “La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)”. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1, pp. 87-166.
- VAUCHEZ, A. (2008). “Integration-through-law. Contribution to a socio-history of EU political commonsense”. *EUI Working Papers*, RSCAS 2008/10, pp. 1-33.  
<http://ssrn.com/abstract=1260166>.
- VECCHIO, F.
- (2012) “*Primacía del Derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales: consecuencias asimétricas de la europeización de los contra límites*”. Tesis Doctoral, Balaguer Callejón, Francisco y Vasco Pereira Da Silva (Directores), Ed. Universidad de Granada y universidad de Lisboa 2011-2012, pp. 39-100.
  - (2012) “Primacía del Derecho europeo y contra límites como técnicas para la relación entre ordenamientos”, *REDCE*, Año 9, núm. 17, enero-junio pp. 67-101.
- VELAERS, J. (2010) “Het arrest- *Melki-Abdeli* van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk ‘fiat’ voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationale en het Europese recht”, *Rechtskundig Weekblad*, vol. 14, 2010-2011, pp. 770-794.
- VERDROSS, A. (1923) “*Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*”, Tübingen.
- VERDUSSEN, M. (2014) “Le dialogue entre les Cours Constitutionnelles et la Cour de Justice de L’Union européenne vers une Justice post-nationale?”, IX Congrès mondial de droit copnstitutionnel- Oslo, 16-20 juin 2014, Défis constitutionnels: globaux et locaux”, *Atelier núm. 5: Dialogues sur la Constitution*.

VIDAL PRADO, C.

- (2003) "Tribunales constitucionales nacionales y Tribunal de Justicia de las comunidades europeas", en "VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional", Sevilla.
- (2004) "El impacto del nuevo Derecho europeo en los tribunales constitucionales", Ed. Colex, pp. 16-101.
- (2006) "Nuevos (y viejos) recelos del Tribunal constitucional Federal Alemán frente a la eficacia del Derecho comunitario," *Revista Española de Derecho Constitucional* (REDC), núm. 77 mayo-agosto, pp. 273-310.

VON BOGDANDY, A. (2000) "Notas sobre la ciencia del Derecho europeo (contexto, debates y perspectivas del desarrollo de la teoría general del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán)", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 1º semestre, pp. 203-257.

VON BOGDANDY, A. y SCHILL, S. (2011) "Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty", *Common Market Law Review*, pp. 1417-53.

WADE H. W. R.

- (1955) "The basis of Legal Sovereignty" *Cambridge Law Journal*, pp. 172-197.
- (1991) "What has happened to the sovereignty of Parliament?", *Law Quarterly Review*, vol. 107, pp. 1-4.
- (1997) "What has happened to the Sovereignty of Parliament?", *Law Quarterly Review*, vol. 107, pp. 1-4.

WEATHERILL, S. (1999) "EU Law: the essential guide to the legal working of European Union", 3ª rev. ed. London Penguin Books, pp. 1-806.

WEATHERILL, S. y BEAMONT, P. (2008) "EU Law: the essential guide to the legal working of European Union" Penguin Books Ltd; 4th edition March 27, 2008).

WEILER, J.H.H.

- (1981) "The Community System: The Dual Character of Supranationalism", in *Year Book European Law*, vol. 1 (1), pp. 267-306.
- (2009) "The 'Lisbon Urteil' and the Fast Food Culture", (2009) 20 *European Journal of International Law*, pp. 504-509, en concreto, p. 505 cita 17.
- (2013) "Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the individual" en *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend et Loos, 1963-2013*, Conference Proceedings–Luxembourg 13 may 2013, pp 11-21.

WEILER, J.H. H. y WIND, M. (2003) "European Constitutionalism beyond the State", Ed. Cambridge University Press, pp. 1-226.

WESEL, U. (2004) "Der Gang nach Karlsruhe" *Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Blessing, München

WIENER, A. y DÍEZ, T. "European Integration Theory" Second edition, Oxford University, pp. 1-322.

WHITTAKER, S.

- (2006) "Precedent in English Law: a View from the Citadel", *European Review of private Law*, 14, 2006, Issue 5/6, pp, 705-746.
- (2008) "El precedente en el Derecho inglés: una visión desde la ciudadela" *Revista chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 1, pp. 37-83. Traducción hecha por Cristian Banfi del Rio.

WINTERTON G. A. (1976) "The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-examined", *Law Quarterly Review*, vol. 92, pp. 591-

WOLFGANG, E (1993) "*Escrito sobre los derechos fundamentales*", ed. Baden Baden: Nomos Verl.-Ges.

ZAGREBELSKY, G.

- (1987) "*Processo costituzionale*", Enciclopedia del Diritto, vol. XXXIV, Milán, Ed. Giuffré, p. 536.
- (1988) "*La giustizia costituzionale*", Bolonia, Ed. il Mulino, pp.1-524.
- (2008): "Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las Leyes italianas", *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, pp. 325-335.

ZAMORANO-GUZMÁN, C. (2008) "La gobernanza de la Unión Europea: Principio de primacía, efecto directo y traumatismo fundador" *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI* (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2008), pp. 471-490.

ZÜRN, M. JOERGES, C.H. NEYER, J. y WOLF, D. (2005) "Law and Governacce in Postanational Europe, compliance Beyond tha Nation-state", Ed. Michael Zürn y Christian Joerges, Cambridge University Press, pp. 1-293.

# ANEXO 1

## RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

### Páginas de interés donde puede encontrarse la jurisprudencia:

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_introduction\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_introduction_es.htm)

<http://eur-lex.europa.eu/>

<http://curia.europa.eu/en/content/juris/c1.htm>

<http://curia.europa.eu/en/content/juris/c2.htm>

STJ de 19 de mayo de 1955, asunto C-1/55, *Kergall v Common Assembly commune*.

STJ de 16 de mayo de 1956, asunto C-8/55, *Fédération charbonnière de Belgique v ECSC High Authority*,

STJ de 12 de julio de 1957, asuntos C-7/56 y C-7/57, *Algera and others v Common Assembly commune*.

STJ de 4 de febrero de 1959, asunto C-1/58, *Stork & Cie. v ECSC High Authority*.

STJ de 25 de marzo de 1959, asunto C-18/57, *Nold KG v ECSC High Authority*.

STJ de 1 de junio de 1961, asunto C-15/60, *Simon v Court of Justice*.

STJ de 5 de febrero de 1963, asunto C-26/62, *Van Gend en Loos v Administratie der Belastingen*.

STJ 12 de mayo de 1964, asunto C-101/63, *Wagner v Fohrmann and others*.

STJ de 25 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Costa / E.N.E.L.*

STJ de 13 de noviembre de 1964, asuntos C-90/63 y C-91/63, *Commission de la EEC v Luxembourg and Belgium*.

STJ de 5 de diciembre de 1967, asunto C-19/67, *Soziale Verzeckeringsbank v Van Der Vecht*.

STJ de 3 de abril de 1968, asunto C-28/67, *Molkerei Zentrale Westfalen-Lippe v Hauptzollamt Paderborn*

STJ de 4 abril de 1968, asunto C-34/67, *Lück v Hauptzollamt Köln*.

STJ de 10 de diciembre de 1968, asunto C-7/68, *Comisión v Italia*.

STJ de 13 de febrero de 1969, asunto C-14/68, *Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt*.

STJ 12 de noviembre 1969, asunto C-45/64, *Commission v Italy*.

STJ de 12 de noviembre de 1969, asunto C-29/69, *Stauder v Stadt Ulm*.

STJ de 6 de octubre de 1970, asunto C-9/70, *Grad v Finanzamt Traunstein*.

STJ de 17 de diciembre de 1970, asunto C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

STJ de 31 de marzo de 1971, asunto C-22/70, *Commission v Council*.

STJ de 13 de mayo de 1971, asunto C-41/70, *Dassonville*.

STJ de 25 de mayo de 1971, en el asunto C-80/70, *Defrenne v Belgian State*.

STJ de 14 de diciembre de 1971 asunto C-43/71, *Politi v Ministero delle finanze*.

STJ de 1 de febrero 1972, asunto C-49/71, *Hagen OHG v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

STJ de 1 de febrero 1972, asunto C-50/71, *Wünsche v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

STJCE de 13 de julio de 1972, asunto C-48/71, *Commission v Italy*.

STJ de 12 de diciembre de 1972 asunto asuntos C-21-24/72 *Fruit Company and others v Produktschap voor Groenten en Fruit*.

STJ de 12 de julio de 1973, asunto C-2/73, *Geddo*.

STJ de 30 de abril de 1974, asunto C-181/73 *Haegemann v Belgian State*.

STJ de 14 de mayo de 1974, asunto C-4/73, *Nold KG v Commission*.

STJ de 21 de noviembre 1974 asunto C-6/74, *Moulijn v Commission*.

STJ de 4 de diciembre de 1974, asunto C-41/74, *Van Duyn v Home Office*.

STJ de 12 de diciembre de 1974, asunto C-36/74, *Walrave and Koch v Association Union Cycliste Internationale and others*.

STJ de 28 de octubre de 1975, asunto C-36/75, *Rutili v Ministre de l'intérieur*.

STJ de 5 de febrero 1976, asunto C 94/75, *Süddeutsche Zucker AG v Hauptzollamt Mannheim*

STJCE de 26 de febrero de 1976, asunto C-52/75, *Commission v Italy*.

STJ de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, *Defrenne v SABENA*.

STJ de 2 de marzo de 1977, asunto C-72/77, *Universiteitskliniek Utrecht v Inspecteur der invoerrechten en accinzen*.

STJ de 3 de marzo 1977, asunto C-80/76, *North Kerry Milk Products v Minister for Agriculture*.

STJ de 22 de marzo de 1977, asunto C-74/76, *Iannelli*.

STJ del 27 de octubre 1977, asunto C-30/77, *Regina v Bouchereau*.

STJ de 31 de enero de 1978, asunto C-94/77, *Zerbone*.

STJ de 9 de marzo de 1978, asunto C-106/1977, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Simmenthal*.

STJ 15 de junio de 1978, asunto C-149/77, *Defrenne v Sabena*.

STJ de 29 de noviembre de 1978, asunto C-83/78, *Pigs Marketing Board v Raymond Redmond*.

STJ de 7 de febrero de 1979, asunto C-128/78, *Comisión v Reino Unido*.

STJ de 5 de abril de 1979, asunto C-148/78, *Tullio Ratti*.

STJ de 25 de septiembre de 1979, asunto C-232/78, *Commission v France*.

STJ de 4 de octubre de 1979, asunto C-141/78, *República francesa v Reino Unido*.

STJ de 15 de octubre de 1980, asunto C -109/79 *Maiseries de Beauce v Onic*.

STJ de 7 de julio 1981, asunto C-158/80, *Rewe v Hauptzollamt Kiel*.

STJ de 16 de diciembre de 1981, asunto C-244/80, *Foglia v Novello*.

STJ de 9 de febrero de 1982, asunto C-12/81 *Garland v British Rail*.

STJ de 6 de julio 1982, asunto C-61/81, *Comisión v el Reino Unido*.

STJ de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, *CILFIT v Ministero della Sanità*.

STJ de 15 de marzo de 1983, asunto C-61/82, *Italy v Commission*.

STJ de 5 de mayo de 1983, asunto C-238/81, *Van der Bunt-Craig*.

STJ de 21 de junio de 1983, asunto C-90/82, *Comisión v Francia*.

STJ de 6 de julio de 1983, asunto T-230/82, *Kirsten Johanning v Comisión*.

STJ de 9 de noviembre de 1983, asunto C-199/82, *Amministrazione delle finanze dello Stato v San Giorgio*.

STJ del 17 de noviembre 1983, asunto C-292/82, *Merck Hauptzollamt Hamburg-Jonas*.

STJ 13 de diciembre de 1983, asunto C-218/82, *Commission v Council*.

STJ de 18 de enero 1984, asunto C-327/82, *Ekro*.

STJ de 22 de enero de 1984, asunto C-70/83, *Kloppenburg*.

STJ de 14 de febrero de 1984, asunto C-325/82, *Commission v Germany*.

STJ de 10 de abril de 1984, asunto C-14/83, *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*.

STJ del 10 de abril 1984 asunto C-79/83, *Harz v Deutsche Tradax*.

STJ de 22 de marzo de 1984, asunto C-169/82, *Comisión v Italia*.

STJ de 10 de enero de 1985, asunto C-229/83, *Leclerc*.

STJ de 28 de marzo 1985, asunto C-100/84, *Commission v United Kingdom*.

STJ, de 22 de mayo de 1985, asunto C-33/84, *Fragd v Amministrazione delle finanze dello Stato*.

STJ de 9 de julio 1985, asunto C-179/84, *Bozzetti v Invernizzi*.

STJ de 26 de febrero de 1986, asunto C-152/84, *Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.

STJ de 23 de abril de 1986, asunto C- 294/83, *Les Verts v Parliament*.

STJ de 15 de octubre de 1986, asunto C-168/85, *Comisión v Italia*.

STJ de 15 de octubre de 1986, asunto C-168/85, *Comisión v. Italia*.

STJ de 4 de diciembre de 1986, asunto C-205/84, *Comisión v Alemania*.



STJ de 4 de diciembre de 1986, asunto C-206/84, *Comisión v Irlanda*.

STJ 25 de noviembre de 1986, asuntos C-201-202/85, *Klensch v Secrétaire d'État*.

STJ de 25 de noviembre de 1986, asunto C 218/85, *CERAFEL*.

STJ de 4 de diciembre de 1986, asunto C-220/83, *Comisión v Francia*.

STJ de 4 de diciembre de 1986, asunto C-252/83, *Comisión v Dinamarca*.

STJ de 24 de marzo de 1987, asunto C-286/85, *Mc Dermott and Cottere v Minister for Social Welfare and Attorney-General*

STJ de 8 de octubre de 1987, asunto C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*

STJ de 22 de octubre de 1987, asunto C-14/85, *Foto Frost*.

STJ de 20 de septiembre de 1988, asunto C-31/87, *Bentjees v Estado neerlandés*

STJ de 22 de junio de 1989, asunto C-103/88, *Fratelli Costanzo Spa v Comune di Milano e Impresa ING. Lodigiani Spa*.

ATJ de 10 de octubre de 1989, asunto C-246/89, *Comisión v Reino Unido*.

STJCE de 13 de diciembre de 1989, asunto C 322/88, *Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles*.

STJ de 14 de diciembre de 1989, asunto C-216/87, *Jaderow*.

STJ de 14 de diciembre de 1989, asunto C-3/87, *Agegate*.

STJ de 19 de junio de 1990, asunto C-213/89, *Factortame I*.

STJ de 12 de julio de 1990, asunto C-188/89, *Foster and others v British Gas*.

STJ de 9 de octubre de 1990, asunto C-366/88, *Comisión v Francia*.

STJ de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89, *Marleasing v Comercial Internacional de Alimentación*.

STJ de 21 de febrero de 1991, asunto C-143/88 y C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest*.

STJ de 28 de mayo de 1991, asuntos C-6/90 y C-9/90, *Francovich and Bonifaci v Italy*.

STJ 25 de julio de 1991, asunto C-221/89, *Factortame II*.

STJ de 25 de julio de 1991, asunto C- 208/90, *T. Emmott v Minister for Social Welfare and Attorney General*.

STJ de 4 de octubre de 1991, asunto C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland v Grogan and others*.

STJ de 24 de noviembre de 1992, asunto C-286/90, *Anklagemindigheden v Poulsen and Diva Navigation*.

Auto del TJ de 21 de junio de 1993, asunto C-257/93, *Van Parijs and others v Council and Commission*.

ATJ de 21 de junio de 1993, asunto C-276/93, *Chiquita Banana and others v Council*.

ATJ de 29 de junio de 1993, asunto C-280/93, *Germany v Council*.

STJ de 2 de agosto de 1993, asunto C-158/91 *Ministère public and Direction du travail and de l'emploi v Levy*.

STJ de 24 de marzo de 1994, asunto C-80/92, *Commission v Belgium*.

STJ de 14 de junio de 1994, asunto C 91/92, *Faccini Dori v Recreb*.

STJ 9 de agosto de 1994, asunto C-396/92, *Bund Naturschutz in Bayern e.v. R Standsdorf e.a c Freistaat Bayern*.

STJ de 5 de octubre de 1994, asunto C-280/93, *Germany v Council*.

STJ de 23 de marzo de 1995, asunto C-365/93, *Commission v Greece*.

STJ de 8 de junio de 1995, asunto C-389/93, *Dürbeck v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*.

STJ de 17 de octubre de 1995, asunto C-478/93, *Netherlands v Commission*.

STJ de 26 de octubre de 1995, asunto C151/94, *Commission v Luxembourg*.

STJ de 9 de noviembre de 1995, asunto C-466/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft and others (II) v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*.

STJ de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du pêcheur v Bundesrepublik Deutschland and The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and others*.

STJ de 7 de marzo de 1996, asunto C-334/94, *Commission v France*.

STJ de 26 de marzo de 1996, asunto C-392/93, *The Queen v H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications*.

STJ de 23 de mayo de 1996, asunto C-5/94, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland)*.

STJ de 26 de septiembre de 1996, asunto C-168/95, *Arcaro*.

STJ de 8 de octubre de 1996, asunto C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, *Dillenkofer and others v Bundesrepublik Deutschland*.

STJ de 17 de octubre de 1996, asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, *Denkavit Internationaal and other v Bunesamt für Finazen*.

STJ de 24 de octubre de 1996, asunto C-72/95, *Kraaijeveld and others*.

STJ de 26 de noviembre de 1996, asunto C-68/95, *T. Port v Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*.

STJ de 12 de diciembre de 1996, asuntos C-74/95 y C-129/75, *Criminal proceedings against X*.

STJ de 4 de febrero de 1997, asuntos C-9/95, C-23/95 y C-156/95, *Belgium and Germany v Commission*.

STJ de 4 de febrero de 1997, asuntos C-71/95, C-155/95 y C-271/95, *Belgium v Commission*.

STJ de 7 de marzo de 1996, asunto C-334/96, *Comisión v Francia*.

STJ de 2 de julio de 1996, asunto C-473/93, *Comisión v Luxemburgo*.

STJ 13 de marzo de 1997, asunto C-197/96, *Commission v France*.

STJ de 20 de marzo de 1997, asunto C-13/96, *Bic Benelux v Belgian State*.

STJ de 22 de abril de 1997, asunto C-66/95, *The Queen v Secretary of State for Social Security*.

STJ de 10 de julio de 1997, asuntos C-94/95 y C-95/95, *Bonifaci and others*.

STJ de de 10 de julio de 1997, asunto C-261/95, *Palmisani v INPS*.

STJ de 2 de diciembre de 1997, asunto C188/95, *Fantask A/S e.a v Industriministeriet*

STJ de 18 de diciembre de 1997, asunto C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie v Région wallonne*.

STJ de de 2 de abril de 1998, asunto C-127/95, *Norbrock Laboratories v Ministry of Agriculture*.

STJ de 16 de junio de 1998 asunto C-162/96, *Racke v Hauptzollamt Mainz*

STJ de 16 de junio de 1998, asunto C-226/97, *Lemmens*

STJ de 22 de octubre de 1998, asuntos acumulados C-10/97 a C-22/97, *Ministero delle Finanze v IN.CO.GE.'90 and others*.

STJ de 24 de octubre de 1998, asunto C-319/96, *Brinkman Tabakfabriken*;

STJ de 25 de febrero de 1999, asunto C-131/97, *Carbonari and others*.

STJ de 8 de julio de 1999, asunto C-203/98, *Commission v Belgium*.

STJ de 16 de septiembre de 1999, asunto C-435/97, *World Wild Fund and others*.

STJ de 21 de septiembre de 1999, asunto C-392/96, *Comisión v Irlanda*.

STJ de 12 de octubre de 1999, asunto C-213/98, *Commission v Ireland*.

STJ de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, *Tanjia Kreil/ Bundes Republik Deutschland*.

STJ de 22 de junio de 2000, asunto C-318/98, *Fornasar and others*.

STJ de 4 de julio de 2000, asunto C-62/98 *Commission v Portugal*.

STJ de 4 de julio de 2000, asunto C-424/97, *Haim*.

STJCE de 14 de septiembre de 2000, asunto C-343/98, *Collino and Chiappero*.

STJCE de 26 de septiembre de 2000, asunto C-443/98, *Uniliver*.

STJ de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98, *Ordine degli Architetti y otros*.

STJ de 28 de julio de 2001, asunto C-118/00, *Larsi*.

STJ de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98, *Netherlands v Parliament and Council*.

STJ de 19 de marzo de 2002, asunto C-476/99, *Lomers*.

STJ de 25 de abril de 2002, asunto C-52/00, *Comisión v Italia*.

STJ de 24 de octubre de 2002, asunto C-233/01, *RAS*,

STJ de 28 de noviembre de 2002, asunto C-259/01, *Commission v France*.

STJ de 10 de diciembre de 2002, asunto C-491/01, *Reino Unido v British American Tobacco*.

STJ de 11 de marzo de 2003, asunto C-186/01, *Alexander Dory v Alemania*

STJ de 9 de septiembre de 2003, asunto C-198/01, *Consortio Industrie Fiammiferi*

STJ de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, *Köbler*.

STJ de 6 de noviembre 2003, asunto C-243/01, *Gambelli*.

STJ de 4 de diciembre de 2003, asunto C-63/01, *Evans*.

STJ de 25 de marzo de 2004, asuntos C-231/00, C-303/00 y C-451/00 *Cooperativa Lattepiù*.

STJ de 25 de marzo de 2004, asuntos C-480/00, C-481/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00, C-490/00, C-491/00, C-497/00, C-498/00 y C-499/00, *Azienda Agricola Ettore Ribaldi and others*.

STJ de 25 de marzo de 2004, asunto C-495/00, *Azienda Agricola Giorgio, Giovanni and Luciano Visentin and others*.

STJ de 29 de abril de 2004, asunto C-102/02, *Beuttenmüller*.

STJ de 5 de octubre de 2004, asuntos C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer and others*.

STJ de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02, *Omega*.

STJ de 3 de mayo de 2005, en los asuntos C-387/02, C-391/02 y C-403/02, *Berlusconi y otros*.

STJ de 14 de abril de 2005, asunto C-110/03, *Bélgica v Comisión*.

STJ de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03, *Pupino*.

STJ de 21 de septiembre de 2005, asunto T-306/01 *Yusuf y Al Barakaat Internacional Fundación v Consejo y Comisión*.

STJ de 21 de septiembre de 2005, asunto T-315/01, *Kadi v Consejo y Comisión*.

STJ de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*.

STJ de 6 de diciembre de 2005, asunto C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04 *Nederlandse Vereniging Diervoederindustrie Nevedi*.

STJ de 10 de enero de 2006, asunto C-344/04, *IATA y ELFAA*.

STJ de 14 de marzo de 2006, asunto C-177/04, *Comisión v Francia*

ATJ de 30 de marzo de 2006, asunto C-110/04, *Strintzis Lines Shipping v Commission*.

STJ de 27 de abril de 2006, asunto C-96/04, *Standesamt Stadt Nieüll*,

STJ de 30 de mayo de 2006, asunto C-459/03, *Comisión v Irlanda*

STJ de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04, *Adeneler and others*.

STJ de 12 de julio de 2006, asunto T-253/02, *Avadi v Council*.

STJ de 31 de enero de 2007, asunto T-362/04 *Minin v Commission*.

STJ de 7 de junio de 2007, asunto C-80/06, *Carp Sne di L. Moleri e V. Corsi*.

STJ de 18 de julio de 2007, asunto C-61/07, *Comisión v Luxemburgo*.

STJ de 6 de marzo de 2008, asunto C-640/07, *Comisión v Luxemburgo*.

STJ de 15 de abril de 2008, asunto C-268/06, *Impact*.

ATJ de 21 de mayo de 2008, T-18/07, *Kronberger v Parlamento*.

STJ de 19 de junio de 2008, asunto C-354/06, *Comisión v Luxemburgo*.

STJ de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, *Coleman vs Attridge Law*.

STJ de 3 de septiembre de 2008, asuntos C-402/05 y C-415/05, *Kadi y Al Barakaat International Foundation v Consejo y Comisión*.

STJ de 9 de diciembre de 2008, asunto C-121/07, *Comisión v Francia*.

STJ de 16 de diciembre de 2008, asunto C-213/07, *Michaniki AE Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias, Elliniki Technodomiki (TEVAE)*,

STJ de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*.

STJ de 16 de diciembre de 2008, asunto C-213/07, *Michaniki AE Ethniko Symvoulio Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias, Elliniki Technodomiki (TEVAE)*,

STJ de 3 de marzo de 2009, asunto C-205/06, *Commission v Austria*.

STJ de 3 de marzo de 2009, asunto C-249/06, *Commission v Sweden*.

STJ de 24 de marzo de 2009, asunto C-445/06, *Danske Slagterier*.

STJ de 23 de abril de 2009, asuntos C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki and others Karampousanos and Michopoulos (C-378/07), Giannoudi (C-379/07) y Georgios Karabousanos y Sofoklis Michopoulos contra Dimos Geropotamou (C-380/07)*.

STJ de 19 de mayo de 2009, asuntos C-171-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes and others*.

STJ de 2 de julio de 2009, asunto C-169/08, *Presidente del Consejo de Ministros v Región Autónoma de Ceudeña*.

STJ de 19 de noviembre 2009, asuntos C- 402/07 y C -432/07, *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeony Alana Sturgeon v Condor Flugdienst GmbH (402/07) y Stefan Böck y Cornelia Lepuschitz v Air France SA (C432/07)*.

STJ de 19 de noviembre de 2009, asunto C-314/08, *Krzysztof Filipiak y Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*.

STJ de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Seda Küçükdeveci y Swedex GmbH & Co. KG*.

STJ de 22 de junio de 2010, asuntos C-188/10 y C-189/10, *Aziz Melki y Sélim Abdeli*.

STJ de 8 de septiembre de 2010, asunto C-409/06, *Winner Wetten*.

STJ de 29 de abril de 2010, asunto C-340/08, *M&Other v Her Majesty's Treasury*

STJUE de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09, *Elchinov*.

STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, *Sayn Witgenstien*.

STJ de 24 de mayo de 2011, asunto C-51/08, *Comisión v Gran Ducado de Luxemburgo*.

ATJ de 1 de marzo de 2011, asunto C-457/09, *Claude Chartry v Belgium*.

STJ de 22 de junio de 2011, asunto C-399/09, *Landtová*.

STJ de 18 de octubre de 2011, asuntos C-128/09, C-129/09, C-130/09, C-131/09, C-134/09 y C-135/09, *Antoine Boxus*.

STJ de 24 de enero de 2012, asunto C282/10, *Maribel Domínguez*.

STJ de 22 de marzo 2012, núm. C-12/11, *Denise McDonagh*.

STJ de 11 de septiembre de 2012, asunto C-43/2010, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias y otros, v Ypourgos Perivallontos, Chorotaxias kai Dimosion Ergon*.

STJ de 10 de diciembre de 2002, asunto C-4921/01, *British American Tobacco*.

STJ de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, *Stefano Melloni*.

STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*.

STJ de 30 de mayo de 2013, asunto C-168/13, *Jeremy, F. v Primer Ministro*.

STJ de 3 de octubre de 2013, asunto C-583/11P, *Inuit Tapiriit e.a.v Parlamento Europeo y Consejo*.

STJ de 19 de diciembre de 2013, asunto C-274/12P, *Telefónica v Comisión*.

STJ de 15 de enero de 2014, asunto C-176/12, *Association de médiation sociale*.

STJ de 18 de marzo de 2014, asunto C-363/12 Z y C-363/12, *Z v A Government department y The Board of management of a community school*.

STJ de 2 de diciembre de 2014, asuntos C-148/13 a C-150/13, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

STJ de 16 de junio de 2015, asunto C-62/14, *Gauwelier y otros*.

## ANEXO 2

### RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL REINO DE BÉLGICA

#### **Páginas de interés donde puede encontrarse la jurisprudencia:**

<http://jure.juridat.just.fgov.be/JuridatSearchCombined/?lang=fr&jur=>  
<http://justice.belgium.be/fr/>

<http://www.const-court.be/redirection.html>

Auto del Tribunal de Comercio de Amberes de 25 de octubre de 1963.

Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 25 de junio de 1964.

Sentencia de del Tribunal Supremo belga de 8 de junio de 1967.

Sentencia del Tribunal Supremo belga de 16 de febrero de 1970.

Sentencia del Tribunal Supremo Belga de 24 de diciembre de 1970, en el caso, *Advance Transformer v Bara*.

Sentencia del Consejo del Estado de 27 de junio de 1972.

Sentencia del Tribunal de Trabajo de Amberes, de 23 de febrero de 1973, en el caso, *Eversen v Sperl*,

Decisión del Tribunal de Arbitraje de 23 de mayo de 1990, núm. 88/90.

Sentencia del Tribunal de Arbitraje de 16 de octubre de 1991, núm. 26/91.

Sentencia del Tribunal de Arbitraje de 3 de febrero de 1994, núm. 12/94.

Decisión del Tribunal de Arbitraje de 18 de octubre de 1994, núm. 76/94.

Sentencia del Consejo de Estado de 5 de noviembre de 1996.

Sentencia del Tribunal de Arbitraje de 19 de febrero de 1997, núm. 6/97

Sentencia del Tribunal de Arbitraje de 20 de febrero de 2002, núm. 41/2002.

Sentencia del Tribunal de Arbitraje de 22 de julio de 2004, núm. 136/2004.

Sentencia del Tribunal de Arbitraje de 9 de noviembre de 2004.

Sentencias del Tribunal de Arbitraje de 16 de noviembre de 2004, núms. 183/2004 y 184/2004.

Sentencias del Tribunal de Arbitraje de 7 de junio 2006, núms 91, 92 y 93/2006.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2008, núm. 10/08.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 2009, núm. 03/09.

## ANEXO 3

### RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS

#### **Página de interés donde puede encontrarse la jurisprudencia:**

<http://www.denederlandsegrondwet.nl>

Sentencia del Tribunal de Casación de 25 de mayo de 1906.

Sentencia del *Hooge Raad* de 13 de abril de 1960.

Sentencia del *Hooge Raad* de 18 de mayo de 1962.

Sentencia del Tribunal de Apelación de Amsterdam de 25 de junio de 1962.

Sentencia del Tribunal Central de Apelación de la Haya de 20 de febrero de 1963.

Sentencia del Tribunal de Leeuwarden de 30 de septiembre de 1964.

Sentencia del Tribunal Central de Apelación holandesa de 7 de octubre de 1964.

Sentencia del *Hooge Raad* de 7 de abril de 1970.

Sentencia del *Tariefcommissie* holandés 13 de marzo de 1978.

Sentencia del Consejo Central de Apelación de 18 de enero de 1983.

Sentencia del Tribunal Central de Apelación de 24 de junio de 1986.

Sentencia del Tribunal Central de Apelación 6 de agosto de 1986.

Sentencia del Tribunal Central Apelación de 1 de septiembre de 1986.

Sentencia del Tribunal Central Apelación 11 de junio de 1987.

Sentencia del Tribunal marítimo mercantil de 14 de noviembre de 1990.

Decisión del Consejo de Estado en el caso *Metten vs. Ministre des Finances* (1995).



## ANEXO 4

### RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO

#### **Página de interés donde puede encontrarse la jurisprudencia:**

<http://www.justice.public.lu/fr/organisation-justice/cour constitutionnelle/index.html>

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 3 de junio de 1927.

Sentencia del Tribunal de Casación el 21 diciembre de 1961.

Decisión del Consejo de Estado de 28 de julio de 1951.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 21 de julio de 1951

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de julio de 1954

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia 17 de junio 1969.

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 12 de junio de 1969

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de julio de 1971

Decisión del Consejo de Estado de 7 de diciembre de 1978.

Decisión del Consejo de Estado de 21 de noviembre de 1984.

Resolución del Tribunal de Apelación de 13 de noviembre de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2002.

## ANEXO 5

# RELACIÓN DE SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA FRANCESA

### CONSEJO CONSTITUCIONAL

#### **Página de interés donde puede encontrarse la jurisprudencia:**

<http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/les-decisions/>.

Decisión núm. 70-39 de 19 de junio de 1970.

Decisión de 16 de julio de 1971.

Decisión núm. 74-54, de 15 de enero de 1975.

Decisión núm. 76-71 de 30 de diciembre de 1976.

Decisión núm. 77-83, de 20 de julio de 1977

Decisión núm. 77-90, de 30 de diciembre de 1977.

Decisión núm. 78-93, de 29 de abril de 1978.

Decisión núm. 80-126, de 30 de diciembre de 1980.

Decisión núm. 84-188, de 22 de mayo de 1985.

Decisión núm. 85-88 de 22 de mayo de 1985.

Decisión núm. 86-216, de 3 de septiembre de 1986.

Decisión núm. 86-1082, de 21 de octubre de 1988.

Decisión núm. 91-293, de 23 de julio de 1993.

Decisión núm. 92-308, de 9 de abril de 1992.

Decisión núm. 92-312, de 2 de septiembre de 1992.

Decisión núm. 96-375, de 13 de abril de 1996.

Decisión núm. 97-394, de 31 de diciembre de 1997.

Decisión núm. 98-405, de 29 de diciembre de 1998.

Decisión núm. 2003-469, de 28 de marzo de 2003.

Decisión núm. 2004-505, de 19 de noviembre de 2004

Decisión núm. 2004-496, de 10 de junio de 2004.  
Decisión, núm. 2006-540, de 27 de julio de 2006.  
Decisión núm. 2008-564,  
Decisión núm. 2009-595 de 3 de diciembre de 2009.  
Decisión núm. 2010-605, de 12 de mayo de 2010.  
Decisión 2010-39, de 6 de octubre de 2010.  
Decisión núm. 2010-5, de 18 de junio de 2010.  
Decisión núm. 2013-314, de 4 de abril de 2013.  
Decisión núm. 2014-373 de 4 de abril de 2014.  
Decisión núm. 2014-394 de 7 de mayo de 2014.

## **CORTE DE CASACIÓN**

Páginas de interés donde puede encontrarse la jurisprudencia:

[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/)

<http://www.robert-schuman.eu/fr/syntheses/0084-le-mandat-d-arret-europeen-et-la-constitution-francaise>.

[http://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2006\\_2284/etude\\_cour\\_2290/office\\_juge\\_2291/pratique\\_fonction\\_juridictionnelle\\_9983.html](http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/etude_cour_2290/office_juge_2291/pratique_fonction_juridictionnelle_9983.html).

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007817502>

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT00000800849>.

Decisión de 22 de diciembre de 1931.

Decisión de 24 de mayo de 1975 asunto *Cafes Jaques Vabre*.

Decisión núm. 84 de 15 de mayo de 1985.

Decisión de 10 de diciembre de 1985, asunto *Administration des Douanes c SA Roquette Frères*

Decisión de 29 de diciembre de 1989.

Decisión de 10 de julio de 1989, núm. 8510727, asunto *Bodson c Société des Pompes funébres*.

Decisión de 12 de noviembre de 1986, núm. 8595751.

Decisión de 21 de febrero de 1995, *Sociedad United Distillers Francia y otros v Agente Judicial del Tesoro Público y otros*.

Decisión núm. 94-13347, de 6 de mayo de 1996.

Decisión núm. 210, de 20 de octubre de 1998.

Decisión de 27 de febrero de 1996.

Decisión núm. 22 de 26 de enero de 1999.

Decisión de 27 de febrero de 1996, núm. 61, asunto, *Rillettes de Le Mans y Rillettes de la Sarthe*.

Decisión de 4 de junio de 1991, asunto *Doyen y otros v Societé des pompes funébres des régions liberées*.

Decisión de 7 de abril de 1998, asunto *Laubeuf*.

Decisión de 19 de octubre de 1999, núm. 1560, asunto *Directeur Général des impôts Sologest S.A.*

Decisión núm. 64, de 27 de febrero de 1996.

Decisión de 14 de marzo de 1996, asunto *Taieb*.

Decisión de 9 de julio de 1996.

Decisión núm. 95, de 3 de marzo de 1998.

Decisión de 2 de junio de 2000, asunto *Pauline Fraisse*.

Decisión núm. 12003, de 16 de abril de 2010.

Decisión núm. 1087, de 19 de febrero de 2013.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **Página de interés donde puede encontrarse la jurisprudencia:**

<http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence/>.

Decisión de 1 de marzo de 1968, asunto de *Fabricantes de Sémola*.

Decisión de 22 de diciembre de 1978, núm. 11604, asunto *Cohn Bendit*.

Decisión de 27 de abril de 1988, núm. 63772, asunto *Sociedad Bernard Carant*.

Decisión de 2 de febrero de 1988, núms. 25275, 25276 y 57837 asunto Asociación “*Club de chasse du Vert Galant*”.

Decisión de 16 de junio de 1986, asunto *SARL “Cabinet Mantout (Société de courtage d’assurances)*.

Decisión de 28 de septiembre de 1984, núm 28467, asunto *Confederation nationales des sociétés protectives des animaux*.

Decisión de 3 de febrero de 1989, núm. 74052, asunto *Compagnie Alitalia*.

Decisión de 26 de julio de 1985, *Office national interprofessionnel des céréales*.

Decisión de 13 de diciembre de 1985, *International Sales and Support Corporation*.

Decisión de 19 de noviembre de 1986, *Sociedad SMANOR*.

Decisión de 23 de diciembre de 1987 núm. 70127 y 70128.

Decisión de 7 de octubre de 1987, asunto *Consort Genty*.

Decisión de 20 de octubre de 1989, núm.108423, asunto *Nicolo*.

Decisión de 24 de septiembre de 1990, asunto *Boisdet*.

Decisión de 8 de julio de 1991, asunto *Palazzi*.

Decisión de 28 de febrero de 1992, núm. 87753, asunto *Soc. Rothmans International France and SA Philipp Morris France (primer asunto), et Soc Arizona tobacco products and Philipp Morris France (segundo asunto)*.

Decisión de 3 de diciembre de 1999, asunto *Association ornithologique et mammalogique de Saone-et Loire*.

Decisión de 17 de marzo de 1993.

Decisión de 11 de marzo de 1994.

Decisión de 7 de marzo de 1994.

Decisión de 15 de abril de 1996, asunto *Union nationale des pharmacies et autres*.

Decisión de 30 de octubre de 1996, asunto *SA Cabinet Revét et Badelon*.

Decisión de 20 de febrero de 1998.

Decisión de 23 de julio de 1993, asunto *Compagnie Générale des Eaux c Lechat*.

Decisión de 27 de octubre de 1998, asunto *Sarran*.

Dictamen de 26 de septiembre de 2002, núm. 368282.

Decisión de 3 de diciembre de 2001, asunto *SNIP*,

Decisión el 30 de octubre de 1998, núm. 200286, asunto *Sarran, Levacher y otros*.

Decisión de 3 de julio de 1996, núm 169219, asunto *Koné*.

Decisión de 21 de noviembre de 2005, asunto *M. Boisvert*.

Decisión de 8 de febrero de 2007, asunto *Arcelor*.

Decisión de 24 de marzo de 2006, asunto *KPMG*.

Decisión de 16 de julio de 2007, asunto *Societe Tropic Travaux Signalisation*.

Decisión de 8 de febrero de 2007, asunto *Gestas*.

Decisión de 30 de octubre de 2008, núm. 298348.

Decisión de 14 de mayo de 2010, núm. 312305, asunto *Rujovic*,

## ANEXO 6

### RELACIÓN DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA ITALIANA

#### **Página de interés donde puede encontrarse la jurisprudencia:**

<http://www.cortecostituzionale.it/actionIndiciAnnuali.do>

Sentencia núm. 23, de 23 de mayo de 1960.

Sentencia núm. 14, de 24 de febrero de 1964.

Sentencia núm.98, de 16 de diciembre de 1965.

Sentencia núm. 183, de 27 de diciembre de 1973, sentencia *Frontini*.

Sentencia núm. 232, de 30 de octubre de 1975, sentencia ICIC.

Decisión núm. 206, de 28 de julio de 1976.

Sentencia núm. 31, de 13 de febrero de 1981.

Sentencia núm. 176, de 6 de octubre de 1981.

Sentencia núm. 177, de 6 de octubre de 1981.

Sentencia núm. 170, de 8 de junio de 1984, sentencia *Granital*.

Sentencia núm. 113, de 23 de abril de 1985.

Sentencia núm. 25, de 3 de febrero de 1987.

Sentencia núm. 389, de 11 de julio de 1989.

Sentencia núm. 232, de 21 de abril de 1989, sentencia *Fragd*.

Sentencia núm. 64, de 2 de febrero de 1990.

Sentencia núm. 168, de 18 de abril de 1991.

Sentencia núm. 150 de 22 de abril de 1993.

Sentencia núm. 117, de 23 de marzo de 1994.

Sentencia núm. 384, de 10 de noviembre de 1994.

Sentencia núm. 389 de 14 de julio de 1994.

Sentencias núm. 8, de 12 de enero de 1995.

Sentencia núm. 94, de 30 de marzo de 1995.

Sentencia núm. 509, de 11 de diciembre de 1995.  
Sentencia núm. 126 de 24 de abril de 1996.  
Sentencia núm. 317 de 28 de mayo de 1996.  
Sentencia núm. 36, de 10 de febrero de 1997.  
Sentencia núm. 93, de 26 de marzo de 1997.  
Sentencia núm. 425, de 27 de octubre de 1999.  
Sentencia núm. 31, de 7 de febrero de 2000.  
Sentencias núm. 41 y 45 de 7 de febrero de 2000.  
Sentencia núm. 28, de 26 de julio de 2002.  
Sentencias núm. 422 y núm. 376, de 2002.  
Sentencia núm. 96 de 26 de marzo de 2003.  
Sentencia núm. 257 de 3 de abril de 2003.  
Sentencia núm. 275, de 24 de julio de 2003.  
Sentencia núm. 303, de 1 de octubre de 2003.  
Sentencias núm. 7, de 13 de enero de 2004.  
Sentencia núm. 161, de 26 de mayo de 2004.  
Sentencia núm. 166, de 11 de junio 2004.  
Sentencia núm.176, de 10 de junio de 2004.  
Sentencia núm. 406, de 24 de octubre de 2005.  
Sentencia núm. 406, de 3 de noviembre de 2005.  
Sentencia núm. 129, de 23 de marzo de 2006.  
Decisión núm. 454, de 13 de diciembre de 2006.  
Sentencia núm. 284 de 10 de enero 2007.  
Sentencia núm. 102, de 12 de febrero de 2008.  
Decisión núm. 103, de 13 de febrero de 2008.  
Sentencia núm. 28, de 25 de enero de 2010.  
Sentencia núm. 199, de 20 de julio de 2012.  
Sentencia núm. 72, de 13 de abril de 2013.  
Decisión núm. 61, de 26 de marzo de 2013.

## ANEXO 7

### RELACIÓN DE SENTENCIAS DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

#### **Puede encontrarse la jurisprudencia en:**

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage\\_node.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html).

BVerfGE 22, 134, de 5 de julio de 1967.

BVerfGE 22, 293, de 18 de octubre de 1967.

BVerfGE 22, 29, de 18 de octubre de 1967.

BVerfGE 31, 145 de 9 de junio de 1971.

BVerfGE 23, 12, de 29 de mayo de 1974.

BVerfGE 45, 142 de 25 de julio de 1977.

BVerfGE 52, 187 de 25 de julio de 1979, conocida como *Vielleicht*

BVerfGE 73, 339 de 22 de octubre de 1986.

BVerfGE 75, 223, de 8 de abril de 1987.

BVerfGE de 9 de noviembre de 1987, conocida también por el nombre de la reclamante *Denkativ*.

BVerfGE 80, 74, de 11 de abril de 1989.

BVerfGE 82, 159 de 20 de mayo de 1990.

BVerfGE 89, 155 de 12 de octubre de 1993.

BVerfGE 92, 203, de 22 de marzo de 1995.

BVerfG, 2 BvR 1877/97, de 31 de marzo de 1998.

BVerfG 102, 147, de 2 de octubre de 2000.

BVerfG, 2 BvR 1/97 de 7 de junio de 2000.

BVerfG, BvR 1036/99, de 9 de enero de 2001.

BVerfG, BvR 2236/04 de 18 de julio de 2005.

BVerfGE 1 BvR 256/08, de 18 de julio de 2005

BVerfGE, 2 BvE 2/08, de 30 de junio de 2009.



BVerfGE 125, 388, de 7 de mayo de 2010,

BverfGE 2661/06 de 6 de julio de 2010.

BverfGE 987/10, 1485/10, 1099/10, de 7 de septiembre de 2011.

BverfGE 987/10, 1485/10, 1099/10, de 7 de septiembre de 2011.

BverfGE (Urteil) de la misma Sala de 7 de septiembre de 2011.

BverfGE 1390/12, de 12 de septiembre de 2012.

BverfGE 1390/12, de 18 de marzo de 2014.

Auto (2 BverfGE 2728/13), de 14 de enero de 2014.

## ANEXO 8

### SENTENCIAS DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE

**Se puede encontrar la jurisprudencia en:**

<http://www.bailii.org/databases.html>

*McCormick v LA* (1953) Scottish Court of Session Decisions ScotCS CSIH\_2 (30 July 1953).

*Blackburn v The Attorney General* (1971) England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions EWCA Civ 7 (10 May 1971) HP.

*Bulmer Ltd & Anor v. J. Bollinger SA & Ors* (1974) England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions EWCA Civ 14 (22 May 1974).

*Gibson v Lord Advocate* (1975) Scottish Court of Session Decisions ScotCS CSOH\_3 (07 March 1975).

*Macarthys Ltd v Wendy Smith*. (1980) Court of Justice of the European Communities (including Court of First Instance Decisions EUCEJ R-129/79 (27 March 1980).

*Duport Steels Ltd v Sirs* (1980) Weekly Law Reports 1 WLR 142 al 157 (3 Januar 1980).

*Macarthys Ltd v Smith* (No.2) (1980) England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions Civ 7 (17 April 1980).

*Garland v British Rail Engineering Ltd (No 2)* (1982) United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 2 (22 April 1982).

*Martin v. O'Sullivan* (1984) Simon's Tax Cases S.T.C. 258; 57 T.C. 709, CA.

*Bourgoin S.A. v. Ministry of Agriculture Fisheries and Food* (1986) Queen Bench Division 716.

*Duke v GEC Reliance Ltd* (1987) United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 10 (11 February 1987).

*R. v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex p. Rees-Mogg* (1993) England and Wales High Court (Administrative Court) Decisions EWHC Admin 4 (30 July 1993).

*Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Pierson, R v.* (1997) United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 37; (1998) AC 539; (1997) 3 All ER 577; (1997) 3 WLR 492 (24th July, 1997).

*Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Simms Secretary of State for the Home Department, Ex Parte O'Brien, R v.* (1999) United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 33; (2000) 2 AC 115; (1999) 3 All ER 400; (1999) 3 WLR 328 (8th July, 1999).

*A & Ors v National Blood Authority & Ors* (2001) England and Wales High Court (Queen's Bench Division) Decisions EWHC QB 446 (26th March, 2001).

*Director General of Fair Trading v. First National Bank* (2001) United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 52 (25th October, 2001).

*Lichniak, R v* [2002] United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 47 (25 November 2002).

*Anderson, R (on the application of) v Secretary of State for the Home Department* (2002) United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 46 (25 November 2002).

*Mr Norris Dewar Mcwhirter and Mr John Gouriet* (2003) *v HM Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, EWCA, civ. 384 ( 5 march de 2003).

*Quintavalle, R (on the application of) v Secretary of State for Health* (2003) United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 13 (13 March 2003).

*Wilson & Ors v. Secretary of State for Trade and Industry* (2003) United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 40 (10 July 2003).

*London Borough of Newham v Khatun & Ors* (2004) England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions EWCA Civ 55 (24 February 2004).

*Countryside Alliance & Ors, R (on the application of) v Attorney General & Anor Rev 2* (2006) England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions EWCA Civ 817 (23 June 2006).

*Countryside Alliance and others, R (on the application of) v Attorney General & Anor* (2007) United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 52 (28 November 2007).

*Animal Defenders International, R (On The Application of) v Secretary of State For Culture, Media and Sport* (2008) United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 15 (12 March 2008)

*McE, Re (Northern Ireland)* (2009) United Kingdom House of Lords Decisions UKHL 15 (11 March 2009).

*Regina on the application of Wheeler v Office of the prime Minister Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Speaker of the House of Commons* (2008) EWHC 1409.

*Osborn v The Parole Board* (2013) United Kingdom Supreme Court UKSC 61 (9 October 2013).

*HS2 Action Alliance Ltd, R (on the application of) v The Secretary of State for Transport & Anor* (2014) United Kingdom Supreme Court UKSC 3 (22 January 2014).