

UNIVERSIDAD DE GRANADA

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



*TESIS DOCTORAL EN CIENCIAS JURÍDICAS  
DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO*

## **DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL**

## **PRINCIPIO DE PRIMACÍA**

**(FORMAS DE INVOCACIÓN DEL  
PRINCIPIO DE PRIMACÍA POR LOS  
CIUDADANOS FRENTE A LOS ESTADOS)**

**Doctorando:**  
**AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO**

**Directores:**

**Prof. Dr. D. GREGORIO CÁMARA  
VILLAR**

(Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Granada)

**Prof. Dr. D. FRANCISCO BALAGUER  
CALLEJÓN**

(Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Granada)

Editor: Editorial de la Universidad de Granada  
Autor: Augusto Aguilar Calahorra  
D.L.: GR 1064-2013  
ISBN: 978-84-9028-486-5







*“Aquel que quiera construir torres altas  
deberá permanecer largo tiempo en los fundamentos”*

*Anton Bruckner*

*“En cuanto quienes recurren a los tribunales ya no tuvieran  
la sensación de que cuentan con la posibilidad de recibir la justicia,  
en cuanto los electores ya no creyesen poder influir con sus votos  
sobre la política del gobierno, el Derecho se habrá convertido en un instrumento  
de control del comportamiento y la decisión democrática mayoritaria se habrá  
convertido en un espectáculo de engaños y autoengaños carente de consecuencias”*

*Jurgen Habermas*



# **DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL**

# **PRINCIPIO DE PRIMACÍA**

## **(FORMAS DE INVOCACIÓN DEL PRINCIPIO DE**

## **PRIMACÍA POR LOS CIUDADANOS FRENTE A LOS**

## **ESTADOS)**

### **INTRODUCCIÓN**

### **CAPÍTULO PRIMERO. ORDENACIÓN CONSTITUCIONAL DEL**

### **DERECHO EUROPEO COMO ORDENAMIENTO**

### **SUPRANACIONAL**

## **1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO Y PRIMACÍA**

### **1.1 La utilidad del Derecho constitucional en la construcción del Derecho europeo**

A) Primacía y Derecho Constitucional Europeo: objeto y metodología

B) El problema metodológico de partida: ciencia constitucional y Unión Europea

### **1.2 La nueva realidad político-social: globalización y crisis del Derecho**

A) Crisis del modelo tradicional del Estado Nación y su Derecho

B) Crisis de legalidad o de la Constitución normativa observada en la actuación de los poderes públicos



### **1.3 Crisis del sistema de fuentes del Estado y de los límites y controles constitucionales al poder público**

- A) Crisis del sistema de fuentes del Derecho
- B) Crisis de las garantías de los derechos de los ciudadanos

*b.i) Sobre los Tratados internacionales*

*b.ii) La posición de los ciudadanos en el ámbito internacional*

### **1.4 La Unión Europea como ordenamiento supranacional en proceso de constitucionalización**

- A) El origen de la Unión Europea
- B) La naturaleza supranacional de la UE: dimensión constitucional del Derecho europeo
- C) La Unión como Comunidad de Derecho
- D) El ordenamiento europeo y el principio democrático

*d.i) El hecho ontológico existencial: Perspectivas del Demos europeo*

*d.ii) Los Tratados y los ciudadanos*

*d.iii) Democracia representativa como mecanismo de gobernación y normación de la UE*

### **1.5 La primacía como clave de estudio de la constitucionalización del derecho europeo: planteamiento teórico de una tesis**

## **CAPÍTULO SEGUNDO. EL CONCEPTO DE PRIMACÍA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJ Y DEL TC**

### **2. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PRIMACÍA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

#### **2.1 El Derecho europeo como ordenamiento jurídico: autonomía del ordenamiento y primacía del Derecho europeo**

A) Las sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL*

*a.i) STJ Van Gend en Loos y eficacia directa*

*a.ii) STJ Costa contra ENEL: el principio de primacía*

B) El Derecho europeo como ordenamiento jurídico: la primacía como garantía de su aplicación uniforme.

C) El Derecho europeo como ordenamiento supranacional: la primacía como garantía de su eficacia frente a Estados y ciudadanos.

D) Las dimensiones del principio de primacía: limitación del poder, resolución de conflictos normativos y tutela de derechos de los ciudadanos.

#### **2.2 La doctrina Simmenthal: consecuencias jurídicas de la primacía (obligaciones del juez nacional y relaciones entre ordenamientos)**

A) La doctrina Simmenthal: efectos de la primacía

B) Primacía y juez nacional

C) Las dificultades en la estructuración de las relaciones entre el ordenamiento nacional y el europeo

*c.i) Pluralismo ordinamental y unidad*

c.ii Pluralismo ordinamental y Constitución normativa

D) Primacía y Constituciones nacionales: apuntes sobre derechos fundamentales y derecho europeo

d.i) Primacía frente a disposiciones constitucionales

d.ii) Primacía como fundamento de la protección por el TJ de los DD.FF

d.iii) La “rebelión” de los tribunales constitucionales

d.iv) Conflicto y diálogo entre tribunales

E) Conclusiones preliminares: el contenido del principio de primacía se encuentra aun en construcción y debe observarse desde cada ordenamiento concreto.

### **3. EL CONCEPTO DE LA PRIMACÍA EN DERECHO INTERNO: EL FUNDAMENTO DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

**3.1 La apertura del ordenamiento constitucional español al ordenamiento de la Unión Europea: herramientas Constitucionales**

**3.2 Los dictámenes de los órganos constitucionales españoles sobre las relaciones con el Derecho europeo: de la supremacía a la primacía**

A) Planteamiento inicial del Consejo de Estado y matización del TC: el Tratado de Maastricht

B) Otra oportunidad para la europeización del ordenamiento constitucional: la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

b.i) El Consejo de Estado: positivización del principio de primacía y CDFUE

b.ii) La reforma constitucional y la Cláusula europea del Consejo de Estado

C) La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional Español sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa

c.i) Profundización en la naturaleza del artículo 93 CE: límites implícitos

c.ii) El principio de primacía y la supremacía constitucional

D) Límites constitucionales a la integración como paradigma del desacuerdo en la reconstrucción de las relaciones entre ordenamientos

d.i) Contralímites: diálogo entre tribunales o el derecho a la última palabra del TC

d.ii) La carencia democrática de la UE como causa de los contralímites

## **CAPÍTULO TERCERO. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO PUNTO DE ENCUENTRO ORDENAMIENTOS.**

### **4. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y LA INAPLICACIÓN DE LA LEY NACIONAL. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO GARANTÍA INTERNA DE LA PRIMACÍA**

**4.1 La primacía desde la exclusiva vertiente de la selección de la norma aplicable al caso. La naturaleza infraconstitucional de la primacía.**

A) Confrontación sobre el concepto de la primacía a nivel constitucional: divergencias y consenso entre el TJ y TC

B) La naturaleza infraconstitucional del conflicto

b.i) La Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1991 de 14 de febrero: irrelevancia constitucional del conflicto entre derecho europeo y derecho nacional

b.ii) El recurso de amparo ante el TC: derechos fundamentales, cuestión prejudicial y derecho a la tutela judicial efectiva.

## **4.2 La Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004. La Cuestión prejudicial como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.**

A) La STC 58/2004. ¿Cambio doctrinal o profundización del concepto de primacía?

B) Críticas doctrinales más relevantes a la doctrina 58/2004

C) Reiteración de la doctrina 58/2004. Reafirmación y matización de los nexos entre la cuestión prejudicial y el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 194/2006 y 78/2010)

D) Profundización en el contenido de la primacía: tutela judicial efectiva y cuestión prejudicial.

*d.i) El derecho al juez europeo como vértice entre dos ordenamientos separados: planteamiento de la cuestión prejudicial como garantía de los derechos del ciudadano*

*d.ii) La relación entre primacía y tutela judicial efectiva: la cuestión prejudicial como garantía de ambas*

## **5. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS FRENTE A LOS PODERES PÚBLICOS.**

### **5.1 El Tribunal de Justicia y la cuestión prejudicial**

A) Funciones de la cuestión prejudicial en el ordenamiento europeo.

B) Cuestión prejudicial como instrumento de cooperación entre tribunales.

C) La cuestión prejudicial de interpretación: el asunto *Cilfit* y la doctrina del acto claro

D) Cuestión prejudicial de validez: la doctrina *Foto-Frost*, las medidas cautelares en *Zuckerfabrik* y la petición de cuestión prejudicial por las partes en el proceso

*d.i) La doctrina Foto-Frost: cuando se trata de la validez del Derecho europeo el juez debe plantear cuestión prejudicial siempre*

d.ii) Doctrina Zuckerfabrik: inaplicación de actos nacionales de ejecución del Derecho comunitario como medida cautelar

d.iii) ¿La cuestión prejudicial no es un recurso disponible para las partes?

E) La objetivación de la duda y el planteamiento de la cuestión prejudicial por las partes en el procedimiento. La cuestión prejudicial como “judicial review” (verticalidad y multilateralidad).

e.i) La objetivación de la duda razonable del juez puede permitir a los particulares influir en la decisión de reenvío prejudicial al TJ

e.ii) Tutela judicial efectiva y cuestión prejudicial

F) ¿Un lugar común entre el TC y el TJ?: construcción de la estructura de las relaciones interordinamentales desde la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y la cuestión prejudicial.

## **CAPÍTULO CUARTO. POSIBILIDADES DE INVOCACIÓN DEL DERECHO EUROPEO POR LOS CIUDADANOS: EFICACIA DIRECTA Y PRIMACÍA**

### **6. LA EFICACIA DIRECTA COMO DIMENSIÓN DE LA PRIMACÍA REVISADA**

#### **6.1 La Eficacia directa del Derecho europeo como garantía**

A) La vinculación de los ciudadanos al Derecho europeo

B) La eficacia directa de los Tratados: la invocación del Derecho europeo por los particulares ante los tribunales nacionales es garantía del Derecho europeo

C) La eficacia directa se extiende a las normas de derecho derivado

c.i) La eficacia directa de Reglamentos y Decisiones

c.ii) La carencia de eficacia directa de las directivas

## **6.2 La directiva como problema de eficacia uniforme**

A) Planteamiento general

B) Naturaleza jurídica de la Directiva

b.i) Naturaleza dual de la directiva

b.ii) Eficacia directa de la directiva como mecanismo de garantía frente al incumplimiento del Estado: STJ Becker

b.iii) Prohibición de eficacia directa horizontal de la directiva: STJ Marshall

C) Condiciones para la eficacia directa de la directiva

c.i) Criterios materiales: los requisitos de claridad, precisión e incondicionalidad

c.ii) Criterios formales: el margen de apreciación y las nuevas posibilidades de control

c. iii) Los criterios formales reemplazan las carencias de eficacia de la directiva

## **6.3. Efectos incidentales de las directivas**

A) La jurisprudencia sobre reglamentaciones técnicas. Directiva 83/189/CEE.

a.i) La directiva sobre reglamentaciones técnicas y el asunto CIA Security

a.ii) Los fundamentos de la STJ CIA Security

a.iii) Asunto UNILEVER

a.iv) Efecto incidental de las directivas: la directiva como parámetro de aplicación de las normas nacionales

B) La saga jurisprudencial sobre la Directiva 85/337, sobre proyectos de obras públicas y control de repercusiones sobre el medio ambiente

b.i) Asuntos WWF y Kraaijeveld

b.ii) El asunto Wells

b.iii) Control del margen de apreciación y efectos indirectos de la Directiva entre particulares

C) Invocación de la directiva por los particulares: efectos de sustitución y exclusión.

c.i) Eficacia incidental de la Directiva en relaciones triangulares

c.ii) Efecto de sustitución y efecto de exclusión de la directiva

D) Evaluación de la jurisprudencia: el derecho de los particulares a invocar normas europeas

d.i) La jurisprudencia Becker y Marshall revisada a la luz de la primacía

d.ii) La eficacia directa como invocabilidad del Derecho: volver a Van Gend en Loss

E) La eficacia directa como corolario del principio de primacía

## **6.4 Formas de invocación del principio de primacía por los ciudadanos**

A) Invocación de interpretación conforme

a.i) origen jurisprudencial

a.ii) Extensión del principio de interpretación conforme

a.iii) Límites a la interpretación conforme: la norma penal más favorable



*a.iv) (continúa) Límites a la interpretación conforme: el principio de cosa juzgada*

*a.v) Interpretación conforme como corolario de la primacía*

B) Responsabilidad por incumplimiento

*b. i) Origen jurisprudencial*

*b. ii) Extensión del principio de responsabilidad por incumplimiento*

C) Formas de invocación del principio por los ciudadanos.

## **CONCLUSIONES**

## **BIBLIOGRAFÍA**

# **DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL** **PRINCIPIO DE PRIMACÍA**

**(FORMAS DE INVOCACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA**  
**POR LOS CIUDADANOS FRENTE A LOS ESTADOS)**



## INTRODUCCIÓN

La primacía del Derecho europeo sobre el Derecho nacional es, quizás, uno de los temas más estudiados por la Doctrina jurídica desde los años 60. El alumbramiento del principio de primacía se remonta a las Sentencias del Tribunal de Justicia (en adelante TJ) de la Unión Europea *Van Gend en Loos*, de 1963, y *Costa contra Enel*<sup>1</sup>, de 1964. Con ésta última se estableció que

*“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 aquel 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 a 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>2</sup>”*

Esta afirmación no sólo asentó las bases del concepto de primacía, sino que revolucionó la naturaleza jurídica de las Comunidades Europeas (CC.EE). Desde entonces, el principio de primacía significa la *prevalencia* de las normas europeas sobre las nacionales. Es decir, que en caso de contradicción entre el Derecho europeo y el Derecho de cualquiera de los Estados miembros debe prevalecer aquel, pues así lo impone la naturaleza autónoma del Ordenamiento europeo. Para el TJ la primacía del Derecho europeo era una consecuencia de la cesión de soberanía estatal a las Comunidades europeas mediante la ratificación de los Tratados europeos, la limitación de la soberanía de los Estados debía comprender que las normas europeas se impusieran sobre las nacionales.

La instauración jurisprudencial del principio de primacía entrañó extraordinarias consecuencias para la ciencia jurídica y, muy particularmente, para el Derecho constitucional, en el que se observó un verdadero punto de inflexión. El análisis de la primacía, desde el Derecho constitucional, ha provocado una transformación de su metodología tradicional y ha desafiado su esencia misma.

Por poner sólo algunos ejemplos introductorios, desde una perspectiva formal, podría observarse que si entendemos que el Derecho europeo se impone en caso de conflicto también sobre disposiciones constitucionales nacionales, la primacía podría suponer una quiebra de la posición suprema que ostentan las Constituciones

---

<sup>1</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia (SSTJ) de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*, C-26/62; y de 15 de julio de 1964, asunto *Costa contra ENEL*, C-6/64.

<sup>2</sup> Ver el Décimo considerando de la STJ *Costa contra ENEL*, cit.

normativas en el ordenamiento jurídico de los Estados contemporáneos<sup>3</sup>. Igualmente podría derivar en una alteración de las relaciones entre la ley y la Constitución, en el momento en que la primacía exige que los poderes públicos, y sobre todo los jueces nacionales, den prioridad a lo dispuesto en el Derecho europeo ante una contradicción con la ley nacional<sup>4</sup>. Inaplicar la ley nacional y hacer depender su eficacia de normas comunitarias podría suponer una transformación en la configuración constitucional del poder judicial nacional, pues la característica sujeción del juez a la ley, propia de la tradición jurídica continental europea, se desmorona<sup>5</sup>.

Sobre el terreno político, la primacía podría considerarse también un elemento de distorsión de los principios consustanciales al Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Si observamos que en la producción del Derecho europeo no existen adecuadas garantías de control y participación por parte de la ciudadanía, la prevalencia de disposiciones europeas sobre el Derecho nacional significa la aplicación de normas en el territorio estatal con una insuficiente legitimidad democrática, y en consecuencia, una grieta en los procedimientos y límites constitucionales establecidos a nivel interno<sup>6</sup>. En este sentido, la doctrina jurídica ha afirmado que asumir de manera absoluta, y sin más, la doctrina de la primacía del Derecho europeo podría suponer una vulneración de la estructura esencial del orden constitucional estatal, pues la prevalencia de normas europeas — de contenido mayoritariamente económico — sobre disposiciones constitucionales que contengan principios constitucionales o derechos fundamentales, conllevaría un atentado contra la base del ordenamiento democrático y constitucional de los Estados<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Esta afirmación sobre la primacía del Derecho europeo sobre disposiciones de rango constitucional, fue realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de diciembre de 1970 (C- 11/70), ha tenido extraordinarias consecuencias que serán también examinadas.

<sup>4</sup> De manera introductoria me remito ahora al Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, Nº: E 1/2007 S, en el que se analiza esta cuestión. Particularmente, en jurisprudencia europea, ver STJ de 11 de junio de 1989, asunto *Ford España*, C- 170/88.

<sup>5</sup> Sobre el cambio que supone la primacía sobre las relaciones de sujeción del juez nacional a la ley ver MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p.59. Matizando las ideas de este autor puede verse BALAGUER CALLEJÓN, F., “La constitucionalización de la Unión europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, en GARCÍA HERRERA, M., (Dir), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp.597-600. Sobre la tradición continental europea que exige el sometimiento del juez a la ley ver ZAGREBELSKY, G., *Il Diritto mite: legge, diritti, giustizia*; Turín, Einaudi, 1992. Existe versión en español, *El Derecho dúctil: ley derechos, justicia*; Consejería de Cultura, Madrid, 1995.

<sup>6</sup> BALAGUER CALLEJÓN F., *Identidad europea, ciudadanía y modelo de integración*, en prensa.

<sup>7</sup> Pues entendemos que, como se ha afirmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) de 14 de julio de 1981, 25/1981: “La dignidad de la persona, *los derechos inviolables que le son inherentes*, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son *fundamento del orden político* y de la paz social”. El carácter dual de los derechos fundamentales conlleva su observación como base de la estructura política y jurídica del Estado. Esta observación es deudora de la evolución de la dogmática alemana desde el periodo de entreguerras, del desarrollo constitucional desde la primera constitucionalización de los derechos; derechos y libertades subjetivas entendidas de forma amplia y que comprendían tanto los derechos clásicos derivados de la comprensión naturalista de la “dignidad humana”, como derechos prestacionales que exigían una intervención del Estado y derechos objetivos que planteaban las bases del propio sistema democrático. Un extraordinario resumen, por lo escueto y concentrado, de las diversas y más importantes tendencias de la dogmática de los derechos humanos en ASENSI SABATER, A., *Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Materiales para una Introducción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 121-122.

Estos planteamientos avalan la importancia del estudio del principio de primacía desde la perspectiva del Derecho constitucional<sup>8</sup>. El análisis de los problemas que plantea la integración europea en la estructura constitucional de los Estados ha encuadrado una óptima metodología para acercarse a la primacía, pero también ha dado lugar a diversos entendimientos de este principio.

Tradicionalmente, la doctrina constitucional ha abordado estos problemas desde la perspectiva jurídica de las relaciones entre ordenamientos<sup>9</sup>. La primacía se ha entendido como un elemento clave de estas relaciones.

En un primer momento las consecuencias de la primacía en el ordenamiento constitucional del Estado trataron de analizarse y resolverse partiendo de los postulados nacionales sobre las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional. Sin embargo, pronto se observó la fragilidad de tales fundamentos metodológicos, pues daban lugar a soluciones diversas y heterogéneas entre los Estados miembros, resultando disfuncionales al objetivo de la integración jurídica<sup>10</sup>. En efecto, el Derecho europeo necesitaba de nuevos postulados para operar las relaciones entre el orden constitucional nacional y el Derecho europeo, herramientas que partieran de la particularidad de la UE como ente de naturaleza supranacional. Estas herramientas deberían ser comunes a todos los Estados, de lo contrario el ordenamiento europeo se encontraría con diferentes grados de vinculación y obligatoriedad que quebrarían el objetivo principal de la “Unión”: la producción de un Derecho común a los Estados miembros que vinculase a todos por igual, y les permitiese resolver sus conflictos de forma jurídica.

Por este motivo, en las sentencias del TJ se puso el énfasis en que el Derecho europeo constituía un ordenamiento de naturaleza autónoma, y como tal, proveía de sus propias herramientas de eficacia y relación con los órdenes nacionales. La primacía y la eficacia directa constituían dos instrumentos autónomos del

---

<sup>8</sup> Avalan, en general, la existencia de una disciplina científica sobre el Derecho constitucional europeo y cuya premisa esencial consiste en el estudio de la interacción entre el espacio constitucional de los Estados y el espacio europeo, más allá de la evolución del contenido constitucional de los Tratados. Me remito a BALAGUER CALLEJÓN, F., *Presupuestos y perfiles metodológicos del Derecho Constitucional Europeo*, en prensa.

<sup>9</sup> Por todos me remito a CELOTTO, A., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs contralímites”, en CARTABIA, M., DE WITTE, B., PÉREZ TREMP, P., (dirs.) *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 287-372.

<sup>10</sup> Nos referimos concretamente a las dos posiciones tradicionales que han tomado los Estados en relación con el Derecho internacional: el monismo y el dualismo. Ambos permiten desplegar una efectos del Derecho internacional a nivel interno muy diversos. Para una somera definición de los sistemas dualistas y monistas cito literalmente a DE WITTE: «Monism and dualism become genuinely alternative doctrines when taken in a narrower sense, i.e. when comparing the actual attitude taken towards International law within each constitutional system: dualist countries are those where the attitude is taken that International treaties cannot, as such, display legal effects in the municipal sphere, so that their norms must be ‘transplanted’ into national law before they can become operational there. Monist countries, then, are those where the view prevails that international norms are, upon their ratification and publication, ‘received’ within the nations legal order while preserving their nature of international law», ver DE WITTE, B., “Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order”, en CRAIG, P., y DE BURCA, G., *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999, pp. 178-179.

ordenamiento comunitario que derivaban sus efectos directamente de los Tratados, de manera que desplegaban resultados uniformes en todos los Estados miembros, independientemente de los postulados sobre relaciones interordinamentales planteados por cada ordenamiento nacional.

La primacía fue aceptada por todos los Estados miembros como un principio del Derecho europeo funcional a la resolución de conflictos entre disposiciones pertenecientes a ordenamientos autónomos, pero sus consecuencias no se han aceptado aun de manera uniforme ni absoluta por los Tribunales constitucionales europeos.

Desde una perspectiva material, la comprensión del principio de primacía fue lastrada por las carencias político-constitucionales del modelo de integración europea. La escasa legitimidad de las normas europeas, el inicial silencio de los Tratados sobre la garantía de los derechos fundamentales, un sistema institucional a medio camino entre el método intergubernamental y el constitucional... fueron algunas premisas que impidieron asumir el principio de primacía de manera absoluta. Frente a estas carencias los Tribunales constitucionales de los Estados, para preservar sus sistemas constitucionales, tuvieron que establecer límites a la eficacia del Derecho europeo a nivel interno, límites sobre el principio de primacía. La jurisprudencia constitucional y la doctrina recalcaron las contrariedades que suponía aplicar la primacía del Derecho europeo en relación con disposiciones nacionales de contenido constitucional, disposiciones sobre derechos o principios fundamentales del orden constitucional interno. En estas situaciones los Tribunales constitucionales, como garantes de las Constituciones nacionales, identificaron “contralímites constitucionales”, elementos internos que deberían resultar irreductibles ante el Derecho europeo y su primacía, so pena de una vulneración de las garantías constitucionales internas que componían el sistema jurídico de los Estados.

Estos límites constitucionales a la primacía se construyen desde la idea de que la eficacia del Derecho europeo en el nivel nacional encuentra su fundamento, en última instancia, en los textos constitucionales de los Estados, por lo que no puede vulnerar los postulados fundamentales desde los que deriva. Aunque el protagonismo de los contralímites supone una garantía de los principios y derechos fundamentales de las constituciones nacionales frente al proceso de integración europea, sin embargo, en el estudio de las relaciones entre ordenamientos también impide que la primacía pueda desplegar unos efectos uniformes en todos los Estados miembros<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Es tal la diferencia entre los diversos entendimientos de la vinculatoriedad del Derecho europeo y las relaciones entre ordenamientos que algunos autores han hablado de un “*Derecho del contrapunto*” en referencia al verdadero papel que juega el Derecho europeo como ordenamiento común. Ver POIARES MADURO, M., “Contrapunctual Law”, en WALKER, N. (Coor.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2003, p. 506

Desde una perspectiva jurídica y formal, el principal problema para establecer una estructuración común de las relaciones entre ordenamientos, y por tanto del contenido del principio de primacía, lo constituye la imposibilidad de identificar, en el estadio actual del proceso de integración, un único fundamento último del sistema jurídico europeo. No existe actualmente 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<sup>12</sup>. La estructuración de tales relaciones entre ordenamientos, necesitaría de la conversión formal de los Tratados europeos en una auténtica Constitución supranacional, en sentido normativo, que contribuyese a estructurar el pluralismo ordinamental, en el que también participan los ordenamientos de Estados descentralizados como los Länder, las Regiones, o las Comunidades Autónomas.

En el momento actual, las relaciones entre ordenamientos se desenvuelven sobre el terreno de espacios autónomos, ordenamientos con fuentes de validez diversas y herramientas de garantía propias. Ordenamientos que, sin embargo, están llamados a integrarse.

Los problemas de tipo material y formal que subyacen a las relaciones entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales encuentran su máxima en las sentencias de los tribunales constitucionales de los Estados en relación con las del TJ. A través de la jurisprudencia del TJ y de los tribunales constitucionales de los Estados pueden observarse las carencias de la estructuración de las relaciones entre ordenamientos. La separación entre ordenamientos autónomos, pero con un mismo ámbito de aplicación territorial, personal y temporal, ha provocado una dialéctica jurisprudencial en la que se pueden observar los principales desencuentros entre el Derecho europeo y los ordenamientos constitucionales de los Estados. Esta dialéctica, realizada a través de incidentes procesales o mediante la contestación informal y recíproca de sus sentencias, se ha caracterizado en doctrina como un “diálogo entre tribunales”<sup>13</sup>.

La jurisprudencia de los Tribunales constitucionales y del TJ de los últimos años demuestra que el “diálogo”, la hermenéutica utilizada en las sentencias de cada tribunal, responde a parámetros propios y asimétricos entre sí, parámetros que dependen de cada uno de los ordenamientos autónomos de los que son garantes<sup>14</sup>. Por

---

<sup>12</sup> No olvidamos que la actual interacción entre ordenamientos se realiza, no sólo, entre el ordenamiento europeo y el Estatal, sino también con ordenamientos de naturaleza intraestatal como los Länders alemanes, las regiones italianas o las Comunidades autónomas españolas. Sobre la interacción entre ordenamientos que constituye el contenido del Derecho constitucional europeo en un sentido amplio ver BALAGUER CALLEJÓN, F., Presupuestos y perfiles metodológicos del Derecho constitucional europeo, cit.,

<sup>13</sup> Por todos me remito a las dudas suscitadas en torno a este concepto por VERGOTTINI, G., “Más allá del diálogo entre tribunales”, Cuadernos Civitas, Madrid, 2011

<sup>14</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, ReDCE, n.7, 2007. También GROPPI, “La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato”, [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it). Última consulta 01.02.2012. Recientemente VECCHIO, F., “Competenza e gerarchia



ello, a menudo, más que un diálogo cooperativo entre tribunales inspirado en la integración de ordenamientos, se vislumbra un clima belicoso de determinación y confirmación permanente de la propia autoridad de una jurisdicción frente a otra como garante de los principios fundamentales en el proceso de integración. Ciertamente las respuestas de la jurisdicción constitucional a las decisiones del TJ se han caracterizado por la continua cristalización de espacios inherentes a la soberanía del Estado que supongan un límite a la intervención del Derecho europeo, centrándose en determinar los límites a la atribución competencial realizada por los Estados a la UE mediante los Tratados. La jurisprudencia del TJ, por su parte, se ha centrado en la constatación de la autonomía del Derecho europeo y en la exigencia esencial de su aplicación uniforme en todos los Estados.

El diálogo entre tribunales constitucionales y el TJ en torno a las relaciones entre ordenamientos conduce a muchos desencuentros y pocas salidas jurídicas, más aun cuando se trata del principio de primacía. Por un lado, la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno depende de los límites que la jurisdicción constitucional de cada Estado considere, caso por caso, en un proceso continuo de materialización de los contralímites<sup>15</sup>. Por otro lado, tanto los tribunales constitucionales como el TJ sitúan el fundamento último de la eficacia del Derecho europeo (y de sus herramientas de garantía, como la primacía) en el ámbito interno, en sus normas supremas. Dado que la primacía del Derecho europeo se hace depender de la tradición jurídica y el ordenamiento constitucional de cada Estado, termina por distorsionarse un entendimiento uniforme de la cuestión, contribuyéndose a un desequilibrio en la estructuración de las relaciones entre el ordenamiento europeo y los nacionales, e impidiendo caracterizar el principio de primacía con unos contornos nítidos.

Desde esta perspectiva jurisdiccional de las relaciones entre ordenamientos, la primacía se identifica precisamente como el paradigma de los problemas de articulación. La primacía se acepta de un modo u otro dependiendo del contenido concreto de las disposiciones en juego y de la jurisdicción encargada de analizarlas. Es decir, la primacía se difumina precisamente en esos momentos, dando lugar a definiciones y funciones muy diversas dependiendo del ordenamiento desde el que se observe y del tribunal que se declare competente para conocer del caso.

Como hemos observado, desde un punto de vista material, los conflictos que plantean los tribunales constitucionales en las relaciones entre el ordenamiento europeo y los nacionales derivan de las deficiencias constitucionales del proceso de integración. Desde una perspectiva formal, nos encontramos con la imposibilidad de identificar un único fundamento del sistema europeo. Por ello, en mi opinión, se hace

---

nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?”, [www.diritto.it](http://www.diritto.it) , última consulta 01.02.2012.

<sup>15</sup> VECCHIO, F., “Primacía del Derecho europeo y contralímites como técnicas de las relaciones entre ordenamientos”, *ReDCE*, n.17, 2012.

imposible reconstruir jurídicamente la estructura del sistema europeo desde el diálogo entre tribunales, puesto que no pueden encontrarse soluciones jurídicas allí donde faltan respuestas políticas. La articulación uniforme de las relaciones entre ordenamientos sólo puede resolverse de manera definitiva mediante un replanteamiento del modelo de integración y de sus fuentes<sup>16</sup>. En mi opinión, la dificultad principal para identificar el contenido jurídico del principio de primacía se encuentra en que éste, desde la perspectiva de las relaciones interordinamentales, se entrelaza con cuestiones de carácter político-constitucional, que en el momento actual de la integración, varían de Estado a Estado y necesitan de respuestas políticas consensuadas que no parecen, hoy por hoy, alcanzables con los medios y procedimientos actuales.

Como trataré de exponer en esta tesis, el problema central del estudio del principio de primacía es de carácter metodológico. Las relaciones entre ordenamientos implican conceptos estructurales como el de supremacía, jerarquía y competencia que difícilmente pueden trasladarse al ámbito de la integración europea, ni mucho menos confundirse con el contenido del principio de primacía. En mi opinión, sigue siendo necesario profundizar en los mecanismos de articulación de la pluralidad ordinamental desde una perspectiva constitucional, pues es necesario explorar futuros caminos de desarrollo. Sigue siendo necesario abrir nuevos métodos de estudio que permitan acercarse al principio de primacía en clave de integración y que, al mismo tiempo, sean respetuosos con la ordenación constitucional de los Estados. Pero desde la perspectiva de la estructuración de las relaciones entre ordenamientos, el principio de primacía, se ve condicionado por cuestiones político-constitucionales que impiden dar respuestas jurídicas adecuadas al problema, y conducen la identificación de su contenido a un punto muerto.

Una metodología adecuada para acercarse al principio de primacía debe centrarse en su dimensión técnico-jurídica, debe tratar de caracterizar el principio en la práctica.

Todas las deficiencias constitucionales en la estructuración común de las relaciones entre los ordenamientos de los Estados y el ordenamiento europeo, no han impedido que se hayan asentado las bases de un nuevo paradigma de estudio: el Derecho constitucional europeo. Sobre la evolución del contenido materialmente constitucional de los Tratados ha germinado un Derecho Constitucional Europeo que tiene por objeto el estudio de la integración de la realidad constitucional de los Estados y de su interacción con la UE, el análisis de la interacción entre el espacio europeo y el espacio estatal en el ámbito específicamente constitucional.

La metodología del Derecho constitucional europeo, basada en la interacción de espacios constitucionales, contribuye “a romper el entendimiento habitual de la

---

<sup>16</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Identidad europea, ciudadanía y modelo de integración”, cit.

autonomía del ordenamiento europeo y de su Derecho, que había servido en la práctica para promover el aislamiento del espacio jurídico europeo respecto de los espacios constitucionales internos de los Estados miembros<sup>17</sup>”. El conflicto entre tribunales derivado de los fundamentos autónomos de cada ordenamiento, sigue siendo útil desde la perspectiva del Derecho constitucional europeo, pues permite observar las fallas constitucionales en el proceso de integración. Pero para ofrecer respuestas jurídicas sobre el principio de primacía es necesario franquear la cuestión del fundamento último de la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno. Lo relevante para este Derecho constitucional europeo, desde una perspectiva material, es que existan instituciones que ejerciten poder político susceptible de ser sometido a control mediante técnicas constitucionales: el control del poder y la garantía de los derechos fundamentales<sup>18</sup>.

Es desde esta perspectiva como puede continuar profundizándose en la primacía, pues, partiendo de un análisis político-constitucional de la UE, nos conduce al estudio práctico de este principio, al análisis de los casos concretos. El problema de la integración abarca todos los niveles, el de fundamentación de la validez de las normas, el de su producción, el de su interpretación, pero especialmente el de la aplicación de disposiciones europeas y nacionales por los poderes públicos en la resolución de casos concretos. Este es el momento en el que el ordenamiento europeo se integra, a través de sus normas, con el ordenamiento nacional, en la aplicación cotidiana del Derecho<sup>19</sup>.

Precisamente desde esta perspectiva pretende destacarse en esta tesis una importante dimensión constitucional del principio de primacía: se observará como un instrumento de la invocación de derechos subjetivos de los ciudadanos frente a los poderes públicos estatales. Mediante este análisis del principio de primacía se pretende poner de manifiesto, al mismo tiempo, el hecho de que la integración europea contribuye a reforzar el principio de división del poder de los Estados<sup>20</sup>, y además que, pese a que en el plano político la participación de los ciudadanos en el proceso de integración se encuentra limitada, sobre el plano jurídico aparecen

---

<sup>17</sup> Con Francisco Balaguer puede decirse que esta línea divisoria “reflejaba en el plano jurídico al formulación política de un proceso de integración que era considerado un ámbito exclusivo de proyección de los Estados, vetado a la ciudadanía. BALAGUER CALLEJÓN, F., Presupuestos y perfiles metodológicos del Derecho constitucional europeo, cit., También HÄBERLE, P., “*Derecho Constitucional Común Europeo*”, Revista de Estudios Políticos, n 79, 1993, pp. 7 y ss

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Este adjetivo es propio, pero puede fundamentarse en las opiniones de Curtin y Mortelmans. Según estos autores hay que diferenciar entre el aspecto constitucional y teórico de las relaciones entre EE.MM y Derecho comunitario, lo que denominan “High Politics”, y un examen complementario de lo que ocurre en la práctica, la aplicación y ejecución del Derecho comunitario debe considerarse como el “Low politics”: “In the application and enforcement of Community law market operators and public authorities have concrete, real life contacts”. Como se indica en *Van Gend en Loos* “the vigilance of the interested individuals is truly the cornerstone of the whole jurisprudencial edifice for the effectiveness of Community law”. Ver CURTIN, D., MORTELMANS, K., “*Application and enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third generation Script*”, pp. 423-466., en CURTIN, D., y HEUKELS, T., (eds.) *Institutional Dynamics of European Integrations. Essays In Honour of Henry G. Schermes*, Vol. II, Martins Nijhoff Publishes, Dordrecht/Boston/London, 1994, p. 425.

<sup>20</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., La división territorial del poder en un contexto supranacional. El ejemplo de España en la Unión Europea, en prensa.

herramientas europeas que permiten la tutela de los derechos de los ciudadanos frente al incumplimiento por el Estado de las obligaciones derivadas de los Tratados.

Analizando la jurisprudencia del TJ de los últimos 20 años se observa que se ha otorgado un contenido amplio al principio de primacía mediante un sin fin de principios y facultades del juez nacional ordinario, que en su conjunto amplían las posibilidades de invocación del propio principio de primacía por los ciudadanos. Desde este análisis se observará que, en la jurisprudencia del TJ, el principio de primacía cumple ahora dos funciones esenciales: garantiza la aplicación uniforme del Derecho europeo en toda la Comunidad, permitiendo a los ciudadanos ser partícipes del control de la actuación de los Estados cuando éstos vulneran sus intereses fundamentados en Derecho europeo, y al mismo tiempo, permite la tutela de los derechos que el ordenamiento europeo concede a los propios ciudadanos frente a los poderes públicos. Uniformidad y tutela de los derechos se convierten en la piedra angular con la que el principio de primacía cobra un significado y contenido común, concreto, de manera dinámica, poco a poco.

Así, veremos que el principio de primacía puede invocarse, frente a los poderes públicos, con diferentes fines que permiten la uniformidad del Derecho europeo y la tutela de los derechos de los ciudadanos. Estas posibilidades de invocación resultan ser cuatro. La primacía puede invocarse por el ciudadano con la finalidad de excluir el acto normativo nacional que se le impone y vulnera Derecho europeo (exclusión), o bien con la finalidad de sustituir la norma nacional que vulnera Derecho europeo directamente por la norma europea sobre la que fundamenta una pretensión subjetiva frente a los poderes públicos estatales (sustitución), también exigir una interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho europeo en defensa de sus derechos (interpretación conforme) y, por último, solicitar la reparación de los daños sufridos por el incumplimiento del Estado del Derecho europeo (responsabilidad por incumplimiento). Mediante estos cuatro elementos el principio de primacía cumple la doble función de uniformidad y tutela de los derechos de los ciudadanos, adquiriendo una dimensión constitucional esencial: la limitación del poder del Estado en garantía de derechos de los ciudadanos.

En conclusión, mediante esta tesis se pretenden poner de manifiesto, a través de la metodología del Derecho constitucional europeo, que la interacción entre el espacio constitucional estatal y el europeo ha permitido ampliar progresivamente las posibilidades de invocación del Derecho europeo por los ciudadanos, y que estas posibilidades forman parte del contenido del principio de primacía. De esta forma la primacía, más allá de los postulados que exigen la inaplicación de las normas nacionales que vulneren la uniformidad aplicativa del Derecho europeo, también adquiere una dimensión constitucional, funcional a la limitación del poder del Estado y a la garantía de derechos de los ciudadanos. Esta dimensión se abre jurídicamente cuando se caracteriza a la primacía como un instrumento de invocación de

pretensiones subjetivas por vía jurisdiccional. Desde una visión amplia, esta idea del principio de primacía puede contribuir a que los ciudadanos participen de la construcción europea, de la integración, y de la interpretación de los Tratados.

En definitiva, se quiere mostrar que el principio de primacía coadyuva a la constitucionalización del Derecho europeo, pues acerca al ciudadano a los procesos jurisdiccionales en los que se van poco a poco conformando los principios de la integración. Pero al mismo tiempo contribuye a reforzar el lugar del particular frente a su propio Estado, pues limita el poder de éstos, permitiendo al ciudadano (mediante la invocación del principio de primacía) fundar en Derecho europeo pretensiones subjetivas contra la actuación de los poderes públicos estatales.

Estas ideas se exponen en esta tesis con el siguiente orden.

En el primer capítulo plantaremos los problemas relacionados con el fenómeno de la integración europea y la ordenación constitucional de los Estados. Relacionaremos los tópicos Constitucionalismo y Unión Europea, planteando los retos del constitucionalismo del siglo XXI y observando las posibilidades que ofrece la UE para resolver tales retos. En este sentido se partirá de la afirmación de que el principio de primacía y eficacia directa suponen dos elementos clave en la constitucionalización de la UE. Esta constitucionalización se considerará aconsejable atendiendo al fenómeno de la globalización. La globalización de todas las esferas que rodean al ser humano es el marco desde el que debe examinarse y responderse a la cuestión inicial sobre si la UE favorece el Estado de Derecho y el principio democrático de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, y concretamente, cuáles son los peligros y las ventajas de la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho constitucional nacional.

En el segundo capítulo analizaremos la caracterización que ha realizado el TJ sobre el principio de primacía a través de sus sentencias. En ellas se ha investido al juez ordinario como juez comunitario, y se le ha permitido realizar un control de comunitariedad del Derecho nacional conforme a parámetros europeos. Esta caracterización del principio de primacía y del juez nacional no ha sido pacífica, y ha puesto de manifiesto las carencias constitucionales del proceso de integración, lo que ha dado lugar a un conflicto entre el TJ y los tribunales constitucionales por arrogarse la competencia última en materia de integración. Este conflicto es fruto de la interacción constitucional entre espacios normativos autónomos, y ha posibilitado un desarrollo del Derecho constitucional europeo, pero al mismo tiempo ha supuesto la consideración de los “contralímites” a la integración europea y a la primacía, que se han convertido en la principal traba para la función esencial de la primacía: la aplicación uniforme del Derecho europeo.

En el tercer capítulo nos centraremos en el análisis de la jurisprudencia nacional española, para poner de manifiesto que, a pesar de la confrontación sobre el concepto de primacía entre TJ y TC, parece vislumbrarse un lugar común. Este lugar común es la cuestión prejudicial, como herramienta de garantía tanto del orden comunitario como del orden nacional. A esta conclusión se llegará, en primer lugar, tras el análisis de la primacía en relación con normas nacionales con rango de ley. En segundo lugar, mediante el análisis de la cuestión prejudicial, donde el TJ se ha encargado de reforzar las obligaciones del juez para su planteamiento y, al mismo tiempo, ha ampliado las posibilidades del particular para forzar el reenvío prejudicial por el juez nacional. Así se podrá concluir que existe un punto de encuentro entre TJ y TC respecto del principio de primacía: la primacía se encuentra directamente relacionada con la cuestión prejudicial, sobre la base de la necesaria garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. La tutela de los derechos de los ciudadanos y la uniformidad del Derecho europeo confluyen en el instrumento de garantía de la cuestión prejudicial, un incidente procesal que, poco a poco, transforma su naturaleza de cooperación y diálogo entre tribunales para adentrarse en un ámbito más parecido a la revisión judicial de los actos del Estado conforme al Derecho europeo.

Por último, en el cuarto capítulo, nos referiremos a las posibilidades que ofrece el principio de primacía como instrumento de invocación por parte de los ciudadanos. Así se pondrá en relación la primacía con las posibilidades de invocar normas europeas ante jueces nacionales. En esta cuestión nos centraremos en el desarrollo jurisprudencial que ha realizado el TJ sobre la cuestión de la eficacia de la directiva, pues en esta fuente han surgido los problemas jurídicos más claros derivados de la configuración actual de la UE y del proceso de integración. Veremos que esta jurisprudencia se extiende a otras fuentes del Derecho, y que sigue una lógica más cercana al principio de primacía que al principio de eficacia directa. Podremos concluir que los principios de eficacia directa incidental, interpretación conforme y responsabilidad por incumplimiento son diversos efectos de la invocación del principio de primacía por los ciudadanos.

En definitiva, trataré de poner de manifiesto que este principio sigue una lógica constitucional. Supone un acicate para el ciudadano a la hora de exigir la existencia de procedimientos de recurso frente a la actuación de los Estados, de este modo el principio de primacía podría invocarse por el ciudadano en el momento de la aplicación de normas jurídicas que siguen una lógica global. Por ello el principio de primacía se hace presente en el caso concreto, desde la invocación del mismo por el ciudadano en situaciones en las que las disposiciones y principios europeos permiten obligar a los poderes públicos estatales a sustituir, desplazar, interpretar disposiciones o actos nacionales que perjudican al particular, o a responder por sus actuaciones.

En conclusión, se pretende plantear en esta tesis que el estudio de la primacía puede continuar desarrollándose desde la perspectiva de la tutela judicial de las

pretensiones de los ciudadanos y particulares fundadas en Derecho europeo frente a los Estados miembros. Desde esta perspectiva, el principio de primacía adquiere una importante función de constitucionalización del espacio supranacional, en tanto que limitación del poder del Estado en el escenario global.

## INTRODUZIONE

*Il primato del Diritto europeo sul Diritto nazionale è, forse, uno dei temi più studiati dalla Dottrina giuridica degli anni '60. La nascita del principio del primato risale alle Sentenze della Corte di Giustizia (infra CG) dell'Unione Europea Van Gend en Loos 1963 e Costa c. Enel<sup>21</sup>. In quest'ultimo si stabilì che:*

*“Scaturito da una fonte autonoma, il Diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura originaria, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno, dinanzi agli organi giurisdizionali, senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità. Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e delle obbligazioni corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro poteri sovrani, contro i quali non può prevalere un atto unilaterale ulteriore incompatibile con il concetto di Comunità”<sup>22</sup>.*

*Questa affermazione non gettò solo le basi per lo sviluppo di un concetto del primato, ma rivoluzionò la natura giuridica delle Comunità Europee (CC.EE.). Da quel momento, il principio del primato ha acquistato il significato di prevalenza delle norme europee sulle norme nazionali. Ossia, in caso di contraddizione tra il Diritto europeo ed il Diritto di uno qualsiasi degli Stati membri deve prevalere il primo, così lo impone la natura autonoma dell'Ordinamento europeo. Secondo la Corte di Giustizia, il primato del Diritto europeo era una conseguenza della cessione di sovranità statale alle Comunità europee mediante la ratifica dei Trattati europei, perciò la limitazione della sovranità degli Stati doveva implicare che le norme europee si imponessero su quelle nazionali.*

*L'istituzione giurisprudenziale del principio del primato determinò straordinarie conseguenze per la scienza giuridica ed in particolare, per il Diritto costituzionale, nel quale si osservò un vero punto di inflessione. L'analisi del primato, dalla prospettiva del Diritto costituzionale, ha trasformato la sua metodologia tradizionale e ha sfidato la sua stessa essenza.*

*Per citare solo alcuni esempi introduttivi, da una prospettiva formale, si potrebbe osservare che, se intendiamo che il Diritto europeo si impone in caso di conflitto anche su disposizioni costituzionali nazionali, il primato potrebbe generare una frattura nella posizione suprema che manifestano le Costituzioni normative*

---

<sup>21</sup> Sentenze della Corte di Giustizia (SSCG) del 5 febbraio 1963, caso *Van Gend en Loos*, C-26/62; e del 15 luglio 1964, caso *Costa c. ENEL*, C-6/64.

<sup>22</sup> Si veda il paragrafo 10 de la SCG, *Costa c. Enel*, cit.



*nell'ambito dell'ordinamento giuridico degli Stati contemporanei*<sup>23</sup>. Allo stesso modo, potrebbe derivarne un'alterazione delle relazioni tra la legge e la Costituzione, dal momento che il primato esige che i poteri pubblici, e soprattutto i giudici nazionali, diano priorità a quanto disposto nel Diritto europeo dinanzi ad una contraddizione con la legge nazionale<sup>24</sup>. Non applicare la legge nazionale e far dipendere la sua efficacia da norme comunitarie potrebbe supporre una trasformazione della configurazione costituzionale del potere giudiziario nazionale, dal momento che la caratteristica soggezione del giudice alla legge, propria della tradizione giuridica continentale europea, in questo modo si frantuma<sup>25</sup>.

*Dal punto di vista politico, il primato si potrebbe considerare anche un elemento di distorsione dei principi consustanziali allo Stato Costituzionale e Democratico di Diritto. Se osserviamo che nella produzione del Diritto europeo non esistono garanzie adeguate di controllo e partecipazione da parte della cittadinanza, la prevalenza delle disposizioni europee sul Diritto nazionale comporterebbe l'applicazione di norme nel territorio statale con un'insufficiente legittimazione democratica, e di conseguenza, una frattura dei procedimenti e dei limiti costituzionali stabiliti a livello interno*<sup>26</sup>.

*Ugualmente, la dottrina giuridica ha affermato che assumere in modo pieno e assoluto, la dottrina del primato del Diritto europeo potrebbe supporre una vulnerazione della struttura essenziale dell'ordine costituzionale, dal momento che la prevalenza delle norme europee – con un contenuto in gran parte economico – su disposizioni costituzionali che contengano principi o diritti fondamentali,*

---

<sup>23</sup> Questa affermazione sul primato del Diritto europeo sulle disposizioni di rango costituzionale, che fu elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, del 17 dicembre 1970 (C-11/70), ha avuto straordinarie conseguenze che saranno di seguito esaminate.

<sup>24</sup> In forma introduttiva, mi rimetto al Rapporto del Consiglio di Stato sull'inserimento del Diritto europeo nell'ordinamento spagnolo, del 14 febbraio 2008, N°: E 1/2007 S, in cui si analizza questa questione. In particolare, per quanto riguarda la giurisprudenza europea, si veda la SCG, dell'11 giugno 1989, caso *Ford España*, C- 170/88.

<sup>25</sup> Sul cambio che determina il primato sulle relazioni di soggezione del giudice nazionale alla legge si veda: MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 59. Sfumando le idee di questo autore si può considerare: BALAGUER CALLEJÓN, F., "La constitucionalización de la Unión europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal", in GARCÍA HERRERA, M., (Dir), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 597-600. Sulla tradizione continentale europea che esige la sottomissione del giudice alla legge: vid. ZAGREBELSKY, G., *Il Diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Turín, Einaudi, 1992. Esiste anche una versione in spagnolo, *El Derecho dúctil: ley derechos, justicia*, Consejería de Cultura, Madrid, 1995.

<sup>26</sup> BALAGUER CALLEJÓN F., *Identidad europea, ciudadanía y modelo de integración*.

*comporterebbe un attentato agli elementi essenziali dell'ordinamento democratico e costituzionale degli Stati*<sup>27</sup>.

*Questa impostazione avalla l'importanza dello studio del principio del primato dalla prospettiva del Diritto costituzionale*<sup>28</sup>. *L'analisi dei problemi che determina l'integrazione europea sulla struttura costituzionale degli Stati ha sviluppato un'ottima metodologia di analisi del primato, ma ha dato anche luogo a diverse concezioni di questo principio.*

*Tradizionalmente, la dottrina costituzionale ha affrontato questi problemi dalla prospettiva giuridica delle relazioni tra gli ordinamenti*<sup>29</sup>. *Il primato è stato inteso come un elemento chiave di queste relazioni*<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Se intendiamo che, come è stato affermato nella Sentenza del *Tribunal constitucional* spagnolo (STC), del 14 luglio 1981, 25/1981: “La dignità della persona, *i diritti inviolabili che le sono inerenti*, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e degli altrui diritti sono *fondamento dell'ordine politico* e della pace sociale. Il carattere duale dei diritti fondamentali comporta il suo rispetto come base della struttura politica e giuridica dello Stato. Questa osservazione è debitrice dell'evoluzione della dogmatica tedesca dal periodo delle due guerre mondiali, dello sviluppo costituzionale della prima costituzionalizzazione dei diritti; tali diritti e libertà soggettive sono intese in senso ampio e comprendevano sia i diritti classici derivati dalla comprensione naturalista della “dignità umana”, sia i diritti di prestazione che esigevano un intervento dello Stato sia i diritti oggettivi che prospettavano le basi del proprio sistema democratico. Uno straordinario riassunto, così breve e mirato, delle diverse e più importanti tendenze della dogmatica dei diritti umani in ASENSI SABATER, A., *Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Materiales para una Introducción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 121-122

<sup>28</sup> Avallano, in generale, l'esistenza di una disciplina scientifica sul Diritto costituzionale europeo e la cui premessa essenziale consiste nello studio della interazione tra lo spazio costituzionale degli Stati e lo spazio europeo, più in là dell'evoluzione del contenuto costituzionale dei Trattati. Mi rimetto a BALAGUER CALLEJÓN, F., *Presupuestos y perfiles metodológicos del Derecho Constitucional Europeo*.

<sup>29</sup> In questo senso mi rimetto a CELOTTO, A., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs contralímites”, in CARTABIA, M., DE WITTE, B., PÉREZ TREMP, P., (dirs.) *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 287-372.

<sup>30</sup> Ci riferiamo concretamente alle due posizioni tradizionali che sono state adottate dagli Stati in relazione al Diritto internazionale: il monismo ed il dualismo. Questi due modelli del Diritto internazionale permettono di produrre a livello interno effetti tra loro molto diversi. Per una definizione sommaria dei due sistemi sul il sistema monista ed il sistema dualista cito letteralmente DE WITTE: «Monism and dualism become genuinely alternative doctrines when taken in a narrower sense, i.e. when comparing the actual attitude taken towards International law within each constitutional system: dualist countries are those where the attitude is taken that International treaties cannot, as such, display legal effects in the municipal sphere, so that their norms must be ‘transplanted’ into national law before they can become operational there. Monist countries, then, are those where the view prevails that international norms are, upon their ratification and publication, ‘received’ within the nations legal order while preserving their nature of international law», si veda: DE WITTE, B., “Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order”, in CRAIG, P., y DE BURCA, G., *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999, pp. 178-179.

*In effetti, il Diritto europeo aveva bisogno di nuovi postulati per operare sulle relazioni tra l'ordine costituzionale nazionale ed il Diritto europeo, di strumenti che partissero dalla particolarità dell'UE come entità di carattere sovranazionale. Questi strumenti dovranno essere comuni a tutti gli Stati, in caso contrario l'ordinamento europeo si troverebbe dinanzi a differenti gradi di vincolo ed obbligatorietà che pregiudicherebbero l'obiettivo principale dell'Unione": la produzione di un Diritto comune agli Stati membri che vincoli tutti allo stesso modo, e permetta loro di risolvere gli eventuali conflitti in forma giuridica.*

*Per questo motivo, nelle sentenze della Corte di Giustizia si pose una particolare enfasi sul fatto che il Diritto europeo costituisse un ordinamento di carattere autonomo, e come tale, si dotava di propri strumenti, dell'efficacia e delle relazioni con gli ordinamenti nazionali. Il primato e l'efficacia diretta costituivano due strumenti autonomi dell'ordinamento comunitario che derivavano i suoi effetti direttamente dai Trattati, in modo tale che producevano risultati uniformi in tutti gli Stati membri, ed indipendentemente dai postulati sulle relazioni intra ordinamentali che si prospettano in ogni ordinamento nazionale.*

*Il primato fu accettato da tutti gli Stati membri come un principio del Diritto europeo funzionale alla risoluzione dei conflitti tra disposizioni appartenenti ad ordinamenti autonomi, anche se le sue conseguenze non sono state accettate in modo uniforme nè assoluto dai Tribunali costituzionali europei.*

*Da una prospettiva materiale, la comprensione del principio del primato fu limitata dalle carenze politico-costituzionali del modello d'integrazione europea. La scarsa legittimità delle norme europee, l'iniziale silenzio dei Trattati sulla garanzia dei diritti fondamentali, un sistema istituzionale a mezzo cammino tra il metodo intergovernamentale ed il metodo costituzionale... furono alcune delle premesse che impedirono assumere il principio del primato in modo assoluto. Dinanzi a tali carenze, le Corti Costituzionali degli Stati, per preservare i propri sistemi costituzionali, dovettero stabilire limiti all'efficacia del Diritto europeo a livello interno, limiti al principio del primato. La giurisprudenza costituzionale e la dottrina sottolinearono i punti di contrasto che supposeva applicare il primato del Diritto europeo in relazione a disposizioni nazionali di contenuto costituzionale, disposizioni sui diritti o principi fondamentali dell'ordine costituzionale interno. In queste situazioni i Tribunali costituzionali, come garanti delle Costituzioni nazionali identificarono "controlimiti costituzionali", elementi interni che dovevano risultare idelfettibili dinanzi al Diritto europeo ed al primato, pena una vulnerazione delle garanzie costituzionali le quali costituivano il sistema giuridico degli Stati.*

*Tali limiti costituzionali al primato del Diritto interno si costruiscono a partire dall'idea che il fondamento dell'efficacia del Diritto europeo a livello nazionale si trova in ultima istanza nei testi costituzionali degli Stati, per cui non può vulnerare i*

*postulati fondamentali dai quali deriva. Sebbene il protagonismo dei controlimiti supponga una garanzia dei principi e dei diritti fondamentali delle costituzioni nazionali dinanzi al processo di integrazione europea, tuttavia, nello studio delle relazioni tra gli ordinamenti impedisce anche che il primato possa produrre effetti uniformi in tutti gli Stati membri<sup>31</sup>.*

*Da una prospettiva giuridica e formale, il problema principale per stabilire un'articolazione comune delle relazioni tra gli ordinamenti, e pertanto del contenuto del principio del primato, lo costituisce l'impossibilità di identificare, nello stato attuale del processo d'integrazione, un unico fondamento ultimo del sistema giuridico europeo. Non esiste attualmente una Costituzione europea, in senso normativo, che permetta di ricondurre ad unità tutto un sistema giuridico configurato da una pluralità di ordinamenti, come l'europeo o gli ordinamenti statali<sup>32</sup>.*

*L'articolazione di tali relazioni tra ordinamenti, avrebbe bisogno della conversione formale dei Trattati europei in una autentica Costituzione sovranazionale, in senso normativo, che contribuisse a strutturare il pluralismo ordinamentale, di cui sono partecipi anche gli ordinamenti degli Stati decentrati come i Länder, le Regioni, o le Comunità Autonome.*

*In questo momento, le relazioni tra ordinamenti si sviluppano sul terreno degli spazi autonomi, ordinamenti con fonti di validità diverse e strumenti di garanzia propri. Ordinamenti questi che, tuttavia, devono integrarsi.*

*I problemi di tipo materiale e formale che soggiacciono alle relazioni tra l'ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali trovano la loro massima espressione nelle sentenze dei tribunali costituzionali degli Stati in relazione a quelle della Corte di Giustizia.*

*Mediante la giurisprudenza della CG e dei tribunali costituzionali degli Stati si possono osservare le principali carenze della strutturazione delle relazioni tra ordinamenti. La separazione tra ordinamenti autonomi, ma con uno stesso ambito di applicazione territoriale, personale e temporale, ha provocato una dialettica*

---

<sup>31</sup> È tale la differenza tra le diverse concezioni della vincolatività del Diritto europeo e delle relazioni tra gli ordinamenti che alcuni autori hanno parlato di un "Diritto del contrappunto" facendo riferimento al vero ruolo che gioca il Diritto europeo come ordinamento comune. Vid. POIARES MADURO, M., "Contrapunctual Law", in WALKER, N. (Coor.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2003, p. 506.

<sup>32</sup> Non ci dimentichiamo che l'attuale interazione tra ordinamenti si realizza, non solo, tra l'ordinamento europeo e quello Statale, ma anche con ordinamenti di carattere sub-statale come i Länder tedeschi, le Regioni italiane o le Comunità Autonome spagnole. Sull'interazione tra ordinamenti che costituisce il contenuto del Diritto Costituzionale europeo in un senso ampio si veda: BALAGUER CALLEJÓN, F., *Presupuestos y perfiles metodológicos del Derecho constitucional europeo*, cit.

*giurisprudenziale nella quale si possono osservare i principali disaccordi tra il Diritto europeo e gli ordinamenti costituzionali degli Stati. Questa dialettica, realizzata attraverso incidenti processuali o mediante la risposta informale e reciproca delle sue sentenze, è stata definita dalla dottrina come un “dialogo tra tribunali”.*<sup>33</sup>

*La giurisprudenza dei Tribunali costituzionali e della CG degli ultimi anni dimostra che il “dialogo”, l’ermeneutica utilizzata nelle sentenze da ciascun tribunale, risponde a parametri propri ed asimmetrici tra loro, parametri che dipendono da ciascuno degli ordinamenti autonomi dei quali sono garantiti*<sup>34</sup>.

*Per questo motivo, più che un dialogo cooperativo tra tribunali ispirato alla integrazione tra ordinamenti, si sviluppa un clima belligerante di determinazione e conferma permanente dell’autorità di una giurisdizione contro l’altra come garanti dei principi fondamentali nel processo di integrazione. Sicuramente le risposte della giurisdizione costituzionale sulle relazioni tra ordinamenti sono state caratterizzate dalla continua cristallizzazione di spazi inerenti alla sovranità dello Stato che suppongono un limite all’intervento del Diritto europeo, centrandosi a determinare i limiti dell’attribuzione competenziale realizzata dagli Stati all’UE mediante i Trattati. La giurisprudenza della CG si è adoperata per constatare l’autonomia del Diritto europeo e l’esigenza di una sua uniforme applicazione in tutti gli Stati.*

*Il dialogo tra corti costituzionali e la CG intorno alle relazioni tra ordinamenti conduce a molti disaccordi e poche uscite giuridiche, soprattutto quanto si tratta del principio del primato. Da una parte, l’efficacia del Diritto europeo nell’ambito interno dipende dai limiti che la giurisdizione costituzionale di ogni Stato consideri caso per caso, in un processo continuo di materializzazione dei controlimiti*<sup>35</sup>. *Dall’altra, tanto le corti costituzionali come la CG rinvengono il fondamento ultimo dell’efficacia del Diritto europeo nell’ambito interno (e degli strumenti di garanzia del primato) nelle sue norme supreme. Dato che il primato del Diritto europeo si fa dipendere dalla tradizione giuridica e dall’ordinamento costituzionale di ogni Stato, finisce per distorgersi una comprensione uniforme della questione, contribuendo a un’instabilità nell’articolazione delle relazioni tra l’ordinamento europeo e gli*

---

<sup>33</sup> A questo proposito, mi rimetto ai dubbi suscitati intorno a questo concetto da VERGOTTINI, G., “Más allá del diálogo entre tribunales”, Cuadernos Civitas, Madrid, 2011.

<sup>34</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, ReDCE, n.7, 2007. También GROPPI, T., “La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato”, [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it). Última consultazione 01.02.2012. Recentemente VECCHIO, F., “Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?”, [www.diritto.it](http://www.diritto.it), última consulta 01.02.2012.

<sup>35</sup> VECCHIO, F., “Primacía del Derecho europeo y contralímites como técnicas de las relaciones entre ordenamientos”, ReDCE, n.17, 2012.

*ordinamenti nazionali, e impedendo di definire con dei contorni nitidi e comuni il principio del primato.*

*Da questa prospettiva giurisdizionale delle relazioni tra ordinamenti, il primato si identifica precisamente come il paradigma dei suoi problemi di articolazione. Il primato si accetta in un modo o nell'altro dipendendo dal contenuto concreto delle disposizioni in gioco e della giurisdizione incaricata di analizzarle. Ossia, il primato svanisce proprio in questi momenti, dando luogo a definizioni e funzioni molto diverse a seconda dell'ordinamento da cui si osservi e del tribunale che si dichiara competente al rispetto.*

*Come abbiamo osservato, da un punto di vista materiale, i conflitti che prospettano i tribunali costituzionali nelle relazioni tra l'ordinamento europeo e quelli nazionali derivano dalle deficienze costituzionali del processo di integrazione. Da una prospettiva formale, ci troviamo dinanzi all'impossibilità di identificare un unico fondamento del sistema europeo. Per questo, in mia opinione, diventa impossibile ricostruire giuridicamente la struttura del sistema europeo a partire dal dialogo tra i tribunali, dal momento che non si può dare una risposta giuridica laddove solo è possibile dare una risposta politica. L'articolazione uniforme delle relazioni tra ordinamenti si può risolvere in modo definitivo mediante una nuova impostazione del modello d'integrazione e delle sue fonti<sup>36</sup>. In mia opinione, la difficoltà principale per identificare il contenuto giuridico del principio del primato si trova nel fatto che, dalla prospettiva delle relazioni infra-ordinamentali, si ricollega a questioni di carattere politico-costituzionale, che nel momento attuale dell'integrazione, variano da Stato a Stato ed hanno bisogno di risposte politiche condivise che non sembrano, oggi giorno, raggiungibili con i mezzi ed i procedimenti attuali.*

*Come cercherò di dimostrare in questa tesi, il problema centrale dello studio del principio del primato è di carattere metodologico. Le relazioni tra gli ordinamenti implicano concetti strutturali come il concetto di supremazia, gerarchia e competenza, che difficilmente si possono trasporre all'ambito dell'integrazione europea, nè molto meno confondersi con il contenuto del principio del primato. In mia opinione è ancora necessario approfondire i meccanismi di articolazione della pluralità ordinamentale da una prospettiva costituzionale, dal momento che è necessario esplorare futuri cammini di sviluppo. È ancora necessario aprire nuovi metodi di studio che permettano di avvicinarsi al principio del primato in chiave di integrazione e che, allo stesso tempo, siano rispettosi dell'ordinamento costituzionale degli Stati. Però dalla prospettiva della strutturazione delle relazioni tra ordinamenti, il principio del primato, si vede condizionato da questioni politico-costituzionali che*

---

<sup>36</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., "Identidad europea, ciudadanía y modelo de integración", cit.

*impediscono dare risposte giuridiche adeguate, e conducono all'identificazione del suo contenuto ad un punto morto.*

*Una metodologia adeguata per avvicinarsi al principio del primato deve centrarsi nella sua dimensione tecnico-giuridica, deve cercare di caratterizzare il principio nella pratica.*

*Tutte le deficienze costituzionali nella strutturazione comune delle relazioni tra gli ordinamenti degli Stati e l'ordinamento europeo, non hanno impedito che si siano gettate le basi per un nuovo paradigma di studio: il Diritto Costituzionale Europeo. Sull'evoluzione del contenuto materialmente costituzionale dei Trattati si è sviluppato un Diritto Costituzionale Europeo che ha ad oggetto lo studio dell'integrazione della realtà costituzionale degli Stati e della sua interazione con l'UE, l'analisi dell'interazione tra lo spazio europeo e lo spazio statale nell'ambito specificamente costituzionale.*

*La metodologia del Diritto costituzionale europeo, basata sull'interazione degli spazi costituzionali, contribuisce a "rompere il concetto abituale dell'autonomia dell'ordinamento europeo e del suo Diritto, che era servito nella pratica per promuovere l'isolamento dello spazio giuridico europeo rispetto agli spazi costituzionali interni agli Stati membri"<sup>37</sup>. Il conflitto tra tribunali derivato dai fondamenti autonomi di ogni ordinamento, continua ad essere utile dalla prospettiva del Diritto costituzionale europeo, dal momento che permette di osservare gli errori costituzionali nel processo di integrazione. Però per offrire risposte giuridiche sul principio del primato è necessario analizzare la questione sul fondamento ultimo dell'efficacia del Diritto europeo nell'ambito interno. L'aspetto rilevante per questo Diritto costituzionale europeo, da una prospettiva materiale, è che esistano istituzioni che esercitano potere politico suscettibile di essere sottomesso a controllo mediante tecniche costituzionali: il controllo del potere e la garanzia dei diritti fondamentali<sup>38</sup>.*

*E` da questa prospettiva che si può continuare ad approfondire il principio del primato, dal momento che, partendo da un'analisi politico-costituzionale dell'UE, ci conduce allo studio pratico di questo principio, all'analisi dei casi concreti. Il problema dell'integrazione coinvolge tutti i livelli, dal livello del fondamento della validità delle norme, a quello della sua produzione, della sua interpretazione, però specialmente quello dell'applicazione di disposizioni europee e nazionali da parte dei poteri pubblici nella risoluzione di casi concreti. Questo è il momento nel quale*

---

<sup>37</sup> D'accordo con Francisco Balaguer si può dire che questa linea di divisione "rifletteva sul piano giuridico la formulazione di un processo d'integrazione che era considerato un ambito esclusivo di proiezione degli Stati, vietato alla cittadinanza. BALAGUER CALLEJÓN, F., Presupuestos y perfiles metodológicos del Derecho constitucional europeo, cit., Anche HÄBERLE, P., "Derecho Constitucional Común Europeo", Revista de Estudios Políticos, n. 79, 1993, pp. 7 y ss.

<sup>38</sup> *Ibidem.*

*l'ordinamento europeo si integra attraverso le sue norme, con l'ordinamento nazionale, nell'applicazione quotidiana del Diritto<sup>39</sup>.*

*Precisamente da questa prospettiva si pretende risaltare in questa tesi un'importante dimensione costituzionale del principio del primato, considerandolo come strumento d'invocazione dei diritti soggettivi del cittadino dinanzi ai poteri pubblici statali. Mediante quest'analisi del principio del primato si pretende mettere in luce, allo stesso tempo, che l'integrazione europea contribuisce alla divisione del potere tra gli Stati<sup>40</sup>, ed in più che a prescindere dal fatto che sul piano politico la partecipazione dei cittadini nel processo d'integrazione si trova limitata, sul piano giuridico appaiono strumenti europei che permettono la tutela dei diritti dei cittadini dinanzi all'inadempimento da parte dello Stato delle obbligazioni derivate dai Trattati.*

*Analizzando la giurisprudenza della CG degli ultimi 20 anni si osserva che si è concesso un contenuto ampio al principio del primato mediante un numero interminabile di principi e facoltà del giudice nazionale ordinario, che nel suo insieme ampliano le possibilità d'invocazione del proprio principio del primato da parte dei cittadini. Da quest'analisi si osserverà che, nella giurisprudenza della CG, il principio del primato compie ora due funzioni essenziali: garantisce l'applicazione uniforme del Diritto europeo in tutta la Comunità, permettendo ai cittadini di essere partecipi del controllo dell'attuazione degli Stati quando questi vulnerino i loro interessi fondamentali tutelati dal Diritto europeo, e allo stesso tempo, permette la tutela dei diritti che l'ordinamento europeo concede ai propri cittadini dinanzi ai poteri pubblici. Uniformità e tutela dei diritti diventano la pietra angolare con la quale il principio del primato assume un significato e contenuto comune e concreto, in modo dinamico, poco a poco.*

---

<sup>39</sup> Questo aggettivo è proprio, però il suo fondamento si rinviene nelle opinioni di Curtin e Mortelmans. Secondo questi autori bisogna distinguere tra l'aspetto costituzionale e teorico delle relazioni tra gli Stati Membri ed il Diritto comunitario, che denominano "High Politics", ed un esame complementare di quello che succede nella pratica, l'applicazione ed esecuzione del Diritto comunitario si deve considerare come il "Low politics": "In the application and enforcement of Community law market operators and public authorities have concrete, real life contacts". Come si indica nella Sentenza *Van Gend en Loos* "the vigilance of the interested individuals is truly the cornerstone of the whole jurisprudencial edifice for the effectiveness of Community law". Vid. CURTIN, D., MORTELMANS, K., "Application and enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third generation Script", pp. 423-466, in CURTIN, D., y HEUKELS, T., (eds.) Institutional Dynamics of European Integrations. Essays In Honour of Henry G. Schermes, Vol. II, Martins Nijhoff Publishes, Dordrecht/Boston/London, 1994, p. 425.

<sup>40</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., La división territorial del poder en un contexto supranacional. El ejemplo de España en la Unión Europea.



*Così, vedremo che il principio del primato si può invocare, dinanzi ai pubblici poteri, con differenti fini che permettono l'uniformità del Diritto europeo e la tutela dei diritti dei cittadini. Queste possibilità di invocazione risultano essere quattro.*

*Il primato può essere invocato dal cittadino con la finalità di escludere l'atto normativo nazionale che gli si impone e vulnera il Diritto europeo (esclusione), o altrimenti con la finalità di sostituire la norma nazionale che vulnera il Diritto europeo direttamente mediante la norma europea sulla quale fonda una pretesa soggettiva dinanzi ai pubblici poteri statali (sostituzione), o con la finalità di esigere un'interpretazione del Diritto nazionale conforme al Diritto europeo in difesa dei suoi diritti (interpretazione conforme) e, per ultimo, di richiedere la riparazione dei danni sofferti a causa dell'inadempimento da parte dello Stato del Diritto europeo (responsabilità per inadempimento). Mediante questi quattro elementi il principio del primato compie la doppia funzione di uniformità e tutela dei diritti dei cittadini, acquistando una dimensione costituzionale essenziale: la limitazione del potere dello Stato a garanzia dei diritti del cittadino.*

*Per concludere, lo scopo di questa tesi è mettere in luce, mediante la metodologia del Diritto costituzionale europeo, che la interazione tra lo spazio costituzionale statale e l'europeo, ha permesso ampliare progressivamente le possibilità di invocare il Diritto europeo da parte dei cittadini, e che queste possibilità formano parte del contenuto del principio del primato. In questo modo il primato, al di là dei postulati che richiedono la inapplicabilità delle norme nazionali che vulnerano l'uniformità applicativa del Diritto europeo, acquistano anche una dimensione costituzionale funzionale alla limitazione del potere dello Stato e alla garanzia dei diritti del cittadino. Questa dimensione si apre giuridicamente nel momento in cui si configura il primato come uno strumento di invocazione di pretese soggettive in via giurisdizionale. Da una visione ampia, questa idea del principio del primato può contribuire alla partecipazione dei cittadini alla costruzione europea, alla integrazione e all'interpretazione dei Trattati.*

*L'obiettivo finale di questa tesi è dimostrare che il principio del primato è funzionale alla costituzionalizzazione del Diritto europeo, dal momento che avvicina il cittadino ai processi giurisdizionali nei quali vanno a poco a poco acquistando forma i principi dell'integrazione. Però allo stesso tempo contribuisce a rafforzare il posto dell'individuo dinanzi al suo proprio Stato, limitandone il potere e permettendo al cittadino (mediante la invocazione del principio del primato) di fondare sul Diritto europeo le pretese soggettive contro l'attuazione dei poteri pubblici statali.*

*Queste idee si espongono in questa tesi con il seguente ordine.*

*Nel primo capitolo si trattano i problemi che intercorrono tra il fenomeno dell'integrazione europea e l'ordinamento costituzionale degli Stati. Analizzeremo i temi Costituzionalismo ed Unione Europea, proponendo le sfide del*

*costituzionalismo del XXI secolo ed osservando le possibilità che offre l'UE per risolvere tali sfide. In questo senso si partirà dall'affermazione che il principio del primato e dell'efficacia diretta costituiscono il punto di partenza per una costituzionalizzazione dell'UE. Tale costituzionalizzazione si ritiene consigliabile, tenendo in conto il fenomeno della globalizzazione. La globalizzazione di tutte le sfere che circondano l'essere umano è la cornice da cui si deve esaminare e rispondere alla questione iniziale relativa a se l'UE favorisca lo Stato di Diritto ed il principio democratico degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, e concretamente, quali sono i pericoli ed i vantaggi del primato del Diritto europeo sul Diritto costituzionale nazionale.*

*Nel secondo capitolo analizzeremo la configurazione elaborata dalla Corte di Giustizia del principio del primato attraverso le sue sentenze. In tali sentenze, si è investito tanto il giudice ordinario come il giudice comunitario, e si ha permesso loro di realizzare un controllo di comunitarietà del Diritto nazionale in conformità ai parametri europei. Questa caratterizzazione del principio del primato e del giudice nazionale non è stata pacifica, ed ha sottolineato le carenze costituzionali del processo d'integrazione, producendo un conflitto tra la CG ed i tribunali costituzionali per riservarsi la competenza ultima in materia d'integrazione. Questo conflitto è frutto dell'interazione costituzionale tra spazi normativi autonomi, e ha reso possibile uno sviluppo del Diritto costituzionale europeo, ma allo stesso tempo ha supposto la considerazione dei "contro-limiti" all'integrazione europea e al primato, i quali sono diventati il principale ostacolo alla funzione essenziale del primato: l'applicazione uniforme del Diritto europeo.*

*Nel terzo capitolo ci concentreremo nell'analisi della giurisprudenza nazionale spagnola, per risaltare che, malgrado il confronto sul concetto del primato tra la CG e la CC, sembra che si stia sviluppando uno spazio comune. Questo spazio comune è la questione pregiudiziale, come strumento di garanzia sia dell'ordinamento comunitario sia dell'ordinamento nazionale. A questa conclusione si arriverà, in primo luogo, a seguito dell'analisi del primato in relazione alle norme nazionali con rango di legge. In secondo luogo, mediante l'analisi della questione pregiudiziale, in cui la CG si è incaricata di rafforzare le obbligazioni del giudice per la sua interposizione e, al tempo stesso, ha esteso le possibilità dell'individuo per far sì che il giudice nazionale sollevi il rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale. Così si potrebbe concludere che esiste un punto di raccordo tra la CG e la CC rispetto al principio del primato: il primato si trova direttamente relazionato alla questione pregiudiziale, ed in più, al diritto alla tutela giudiziaria effettiva. La tutela dei diritti dei cittadini e l'uniformità del Diritto europeo confluiscono nella questione pregiudiziale come strumento di garanzia, un incidente processuale che, a poco a poco, trasforma la sua natura di cooperazione e dialogo tra i tribunali per penetrare in un ambito più simile alla revisione giudiziale degli atti dello stato d'accordo con il Diritto europeo.*

*Ed infine, nel quarto capitolo, ci riferiremo alle possibilità che offre il principio del primato come strumento d'invocazione da parte dei cittadini. In questa sede si relazionerà il primato con la possibilità di invocare norme europee dinanzi ai giudici nazionali. A questo proposito, ci concentreremo sullo sviluppo giurisprudenziale che realizza la CG sulla questione dell'efficacia della direttiva. Vedremo che questa giurisprudenza si estende ad altre fonti del Diritto, e che segue una logica più vicina al principio del primato che al principio dell'efficacia diretta. Potremmo concludere che i principi dell'efficacia diretta incidentale, d'interpretazione conforme e di responsabilità per inadempimento sono effetti diversi rispetto all'invocazione del principio del primato da parte dei cittadini.*

*Questo principio segue una lógica costituzionale. Suppone un trionfo per il cittadino, dal momento che prevede l'esistenza di un procedimento giudiziario, di un ricorso dinanzi all'attuazione degli Stati, che il cittadino può fare valere e che gli permetterebbe di essere presente nel momento dell'applicazione delle norme giuridiche, le quali seguono una lógica globale. Per questo motivo, il principio del primato si impone nel caso concreto, dall'invocazione dello stesso da parte del cittadino in situazioni in cui le disposizioni ed i principi europei permettono di obbligare i poteri pubblici statali a sostituire, non applicare, interpretare disposizioni nazionali che pregiudicano l'individuo o a rispondere delle proprie azioni.*

*In conclusione, in questa tesi si pretende proporre che lo studio del primato possa continuare a svilupparsi a partire dalla prospettiva della tutela giudiziaria delle pretese dei cittadini e degli individui fondate sul Diritto europeo dinanzi agli Stati membri. Da questa prospettiva, il principio del primato acquista un'importante funzione di costituzionalizzazione dello spazio sovranazionale, concepito come limitazione del potere dello stato nello scenario globale.*

**CAPÍTULO PRIMERO**

**ORDENACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO EUROPEO**

**COMO ORDENAMIENTO SUPRANACIONAL**



# 1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO Y PRIMACÍA

## 1.1 La utilidad del Derecho constitucional en la construcción del Derecho europeo.

### A) Primacía y Derecho Constitucional Europeo: objeto y metodología.

La tesis doctoral que aquí se presenta se enmarca en la disciplina científica del Derecho constitucional europeo. Esta disciplina, en un sentido amplio, parte del estudio de la integración de la realidad constitucional nacional de los Estados con la UE. Es decir, de la existencia de una interacción entre el espacio europeo y el espacio estatal, y su estudio desde el ámbito específicamente constitucional<sup>41</sup>. El Derecho constitucional europeo, en sentido amplio, tiene como objeto la dialéctica entre los diversos espacios constitucionales en Europa y, como consecuencia, el desarrollo de cada uno de esos espacios en perspectiva constitucional. Partiendo de esta metodología, lo relevante desde el punto de vista del Derecho constitucional europeo es el análisis de cada uno de los espacios que interactúan donde existan instituciones que ejerciten poder político susceptible de ser sometido a control mediante técnicas constitucionales<sup>42</sup>.

Se parte de una idea central, propia del sentido histórico del constitucionalismo: toda ordenación constitucional del Derecho debe dar forma, limitar y controlar el poder en garantía de los derechos de los ciudadanos<sup>43</sup>. Las respuestas a las cuestiones

---

<sup>41</sup> HÄBERLE, P., ¿Tienen España y Europa una constitución?, Fundación El Monte, Sevilla, 2004; ID. “Europa como Comunidad constitucional en Desarrollo”, ReDCE, n.1, 2004, pp. 11-24.

<sup>42</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Presupuestos y perfiles metodológicos del Derecho Constitucional Europeo”, cit., HÄBERLE, P., Derecho Constitucional Común Europeo, cit.

<sup>43</sup> En términos clásicos, con KELSEN, H., podemos decir que «la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, y garantía de la Constitución significa certeza de que estos límites no serán rebasados», ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, Madrid, 1995, p.123. Como veremos en esta introducción, principio democrático y Estado de Derecho conforman la idea de organización constitucional a la que nos referimos. Esta idea, en el terreno histórico jurídico, comienza con la afirmación de la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano*” de 1789 sobre la que se reconstruye toda la historia constitucional moderna, y concretamente el artículo 16 de la misma en la que se establece una afirmación paralela a la nuestra: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución», entendiéndose la separación de poderes desde la perspectiva de control y limitación del poder. Sobre esta definición del siglo XVII, clásica resulta su abundancia en la definición de JELLINEK sobre Constitución: «conjunto de los principios jurídicos en los que se contiene la determinación de cuáles sean los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y sus esferas de acción, y, en fin, las posiciones fundamentales del individuo frente al Estado». Ver JELLINEK, G., Teoría General del Estado, Comares, Granada, 2000, p. 495. Como resumen a la cuestión esencial del Derecho Constitucional cito a ARAGÓN REYES, M., “La Constitución como paradigma”, en CARBONEL, M., (ed.), Teoría del neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007: «debemos apreciar que el constitucionalismo, puede ser entendido también como un fenómeno jurídico: la teoría y la práctica jurídicas del Estado auténticamente constitucional, es decir, del Estado efectivamente limitado por el Derecho» p. 36. Jacques ZILLER, por su parte, considerará desde la afirmación del artículo 16 de la *Declaración* francesa, al afrontar la cuestión de cómo definir el término “concepto constitucional”, a «todos aquellos conceptos existentes en los Estados miembros de la UE cuya función es garantizar los derechos y la separación de poderes en la organización social del Estado», en ZILLER, J., La función de los conceptos constitucionales de los Estados miembros en la nueva constitución para Europa, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 27-85. En

que se plantean actualmente en relación con las necesidades constitucionales de control del poder y garantía de los derechos deben buscarse en los ámbitos donde el poder se ejerce, y allí deben ser analizadas las relaciones que se generan entre las diversas esferas para determinar el modo en el que el Derecho constitucional actual puede ser operativo en el cumplimiento de las funciones que le corresponden<sup>44</sup>. Por ello es tarea principal de esta investigación analizar en qué medida el proceso de integración europeo está desarrollando un espacio constitucional europeo que sirva a la premisa esencial del constitucionalismo de la limitación del poder y la garantía de derechos.

Para abordar esta cuestión desde una perspectiva jurídica, el punto de partida podría encontrarse en el análisis de los principios de “primacía” y “eficacia directa”. Lo cierto es que el análisis constitucional del ordenamiento europeo ha sido un camino muy transitado por la ciencia jurídica desde hace años<sup>45</sup>. La doctrina europea

---

definitiva, lo que quiero resaltar es la definición de la Constitución desde el prisma de la limitación del poder, más allá de la cuestión del contrato social: es decir que «la Constitución es una forma más de ordenación jurídica del poder entre todas las históricamente conocidas», PÉREZ ROYO, J., Curso de Derecho Constitucional, Madrid, Pons, 2003. Según HÄBERLE, parece ser que debemos la primera articulación de la precomprensión de la Constitución como “limitación y racionalización del poder” a H. EHMKE en su obra *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953. Sobre las principales precomprensiones de la Constitución respecto de los métodos de interpretación de la misma y su importancia ver HÄBERLE, P., “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un Catálogo de problemas”, *ReDCE*, n. 13, 2010, pp.379-410. Esencial, para la comprensión del concepto “normativo” de la Constitución española de 1978, la obra GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 4ª ed., 2006: «La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad», p. 55. Efectivamente, hablar de Constitución es hablar del método de la construcción del poder y su limitación, es hablar de dar forma y limitar al poder normativo, ejecutivo y judicial. Robert ALEXY lo explica desde la problemática de la garantía de los derechos fundamentales considerando que «las Constituciones democráticas modernas contienen dos clases o categorías de normas. A la primera categoría pertenecen aquellas normas que constituyen y organizan el poder legislativo, el poder ejecutivo y la administración de Justicia, o sea, el Estado. En el centro se sitúa aquí la legitimación. En la segunda categoría entran aquellas normas que limitan y encauzan el poder estatal. Aquí deben ser mencionados, en primer lugar, los derechos fundamentales. Esa dicotomía parece tener una validez universal – al menos en el universo de los Estados constitucionales democráticos-. Ver ALEXY, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F., *The Spanish constitution in the European constitutional context*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 1505. Por todos los demás me remito a LOEWENSTEIN: «la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo por establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad... En un sentido ontológico, se deberá considerar como *telos* de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder» en LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, pp. 150-151.

<sup>44</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., “La división territorial del poder en un contexto supranacional. EL ejemplo de España en la Unión Europea”, en prensa. Existe versión portuguesa publicada: “A divisão territorial do poder num contexto supranacional. O exemplo da Espanha na União Europeia” en RAMOS TAVERS, A., SARLET, I. W., LEITE, G. S., (eds.), *Estado Constitucional e Organização do Poder*, Editora Saraiva, São Paulo (Brasil), 2010.

<sup>45</sup> Respecto a las posibilidades constitucionales del Derecho europeo, la cuestión de la observación constitucional del ordenamiento europeo supuso un ferviente debate – aun abierto- en la doctrina alemana de los años noventa, basado esencialmente en una cuestión de perspectiva sobre el concepto “Constitución”. Si en un primer momento, motivado por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el Tratado de Maastricht (BVerfGE 89, 155 de 12 de octubre de 1993, 2 BvR 2134, 2159/92) se consideró que la UE no podía ser considerada como un ordenamiento constitucional ante la falta de un verdadero Pueblo Europeo, requisito previo a la constitución, posteriormente terminó por ganar la batalla la perspectiva según la cual la función de la Constitución no es otra que legitimar un dominio político institucionalizado, y la Unión Europea se puede distinguir como dominio político institucionalizado, por lo que debería

ya había afirmado en muchas ocasiones que el ordenamiento europeo estaba sufriendo una progresiva constitucionalización desde la aparición de estos dos principios fundacionales<sup>46</sup>. La primacía y la eficacia directa han encarnado las posibilidades científicas de reconstrucción del Derecho europeo desde las ideas de la “unidad del sistema normativo” y “la garantía de los derechos sustantivos” concedidos por el ordenamiento europeo a los ciudadanos. Por ello han sido observadas como dos herramientas útiles a la ordenación y limitación del poder público en el proceso de integración europea<sup>47</sup>. La primacía en tanto que principio útil para establecer las relaciones entre normas europeas y normas estatales, prescribiendo, en última instancia, las relaciones entre las Instituciones Europeas, como poder público europeo, y los poderes estatales. La eficacia directa como principio que representa las posibilidades de invocación por los ciudadanos ante los jueces nacionales de pretensiones subjetivas (derechos) fundadas en Derecho europeo. En este sentido, un análisis jurídico sobre la edificación y evolución del sistema jurídico europeo en clave constitucional debería situar en un lugar central ambos principios<sup>48</sup>.

El análisis del proceso de integración europea desde los parámetros del Derecho constitucional europeo, del estudio de la interacción entre espacios constitucionales, supone tanto un estímulo para su desarrollo como una herramienta metodológica muy

---

abarcarse su estudio desde un prisma propio de la ciencia constitucional. Para un extraordinario resumen del debate me remito a AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “Apuntes sobre el pensamiento de Peter Häberle en el contexto de la dogmática alemana”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 6, 2003, p. 362. Sobre la perspectiva estatalizante en la observación del ordenamiento europeo ver KIRCHHOFF, P., “The Balance of Powers between national and European institutions”, *European Law Journal*, 5, n.3, 1999, pp. 225-242.

<sup>46</sup> Como ha expresado NETTESHEIM, «el derecho de la Unión adquiere significación constitucional no sólo porque pretende la primacía frente al Derecho nacional ordinario, sino, ante todo, por pretenderla frente al Derecho nacional constitucional», NETTESHEIM, M., “El significado constitucional de la primacía del derecho”, *Revista Española de Derecho europeo*, n.6, 2008, p. 280. Sobre la actitud “constitucionalizante” del Tribunal de Justicia en su jurisprudencia sobre primacía, derechos fundamentales, poderes implícitos y efecto directo, me remito a MANCINI, G. F., “The Making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review*, Vol. 26, n.4, 1989, p. 596 y ss. Sobre la conformación del ordenamiento europeo sobre los principios de primacía y eficacia directa ver CHALMERS, D., HADJIEMMANUIL, C., MONTI, G., TOMKINS, A., “European Union Law”, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 45-50. Sobre la importancia de los principios de eficacia directa y primacía como elementos fundantes de la naturaleza del ordenamiento europeo ver el estudio, ya clásico, de DE WITTE, B., “Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order”, en CRAIG, P., y DE BURCA, G., *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999, pp. 177-210, que expone a modo de epílogo: «The principles of direct effect and supremacy, as presently formulated an accepted, continue to confirm the nature of EC law as that of branch of International law, albeit a branch with some unusual, quasi federal, blossoms».

<sup>47</sup> JACOBSON, G. J., “Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal Constitutionalism”, *Journal of Politics*, 47, n. 2., 1985, pp. 405 y ss. En doctrina española me remito a la obra de ARAGÓN REYES, M., *Constitución, democracia y control*, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 88. México, 2002, pp. 81 y ss., «Efectivamente el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se “realice” (...) El control no forma parte únicamente de un concepto “político” de Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa, y sólo si el control forma parte del concepto de constitución puede ser entendida como norma».

<sup>48</sup> En relación con la conformación del ordenamiento europeo sobre los principios de primacía y eficacia directa ver CHALMERS, D., HADJIEMMANUIL, C., MONTI, G., TOMKINS, A., *European Union law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 45-50. También en el mismo sentido ver el artículo del Abogado General del Tribunal de Justicia JACOBS, F.G., “The evolution of the European legal order”, *Common Market Law Review* (en adelante CMLR), 41, 2, abril de 2004, pp. 303-316, espec. pp. 306 y 311.



útil en la demarcación de sus carencias y déficits. Desde este marco la instrumentalización de los principios de primacía y eficacia directa juegan un papel trascendental en las relaciones entre ordenamientos, por ello son de enorme utilidad para armar un discurso político-constitucional a través del estudio de cuestiones técnico-jurídicas. Los efectos de ambos principios en la integración permiten la observación de casos e hipótesis concretas desde las que reconstruir cuestiones esenciales de carácter político constitucional, como la forma de ordenación del poder político del que emana el Derecho europeo (respuesta dada en virtud de la metodología utilizada para reconstruir la unidad sistemática de los ordenamientos nacional y europeo)<sup>49</sup>, o los mecanismos de limitación del poder público nacido de aquel en garantía de los derechos de los ciudadanos europeos (respuesta que dependerá de los cauces procedimentales abiertos a los ciudadanos europeos para invocar pretensiones subjetivas fundadas en normas europeas)<sup>50</sup>.

Por todo ello, para acercarnos al estudio del Derecho europeo en clave constitucional, se hace imprescindible preguntarnos si éste contiene mecanismos adecuados para la ordenación y limitación del poder en garantía de los derechos de los ciudadanos, y para responder a esta pregunta el objeto concreto de nuestro análisis se encuentra en la jurisprudencia sobre el principio de primacía y eficacia directa.

Debemos desde el inicio hacer dos advertencias. En primer lugar, esta tesis, no renuncia a una comparación jurídica entre la jurisprudencia de los diversos Estados miembros de la UE, pero se centra particularmente en el estudio de la jurisprudencia y la legislación europea y española. En segundo lugar, nuestra atención se centra en el estudio del principio de primacía, puesto que, como observaremos más adelante, el principio de eficacia directa puede considerarse como una herramienta (esencial) de la dimensión constitucional de la primacía<sup>51</sup>. Desde un punto de vista formal, en mi opinión, ambos principios son subsumibles en la primacía.

## B) El problema metodológico de partida: ciencia constitucional y Unión Europea

En el estudio constitucional sobre la UE encontramos un primer obstáculo en la elección de los instrumentos conceptuales a utilizar.

---

<sup>49</sup> Ver en este sentido POIARES MADURO, M., “Las formas del poder constitucional en la Unión Europea”, Revista de Estudios Políticos, n. 119, 2003, pp. 11 y ss.

<sup>50</sup> BOGDANDY, A., “Notas sobre la ciencia del Derecho europeo: contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán”, Teoría y realidad constitucional, Nº 5, 2000, pp. 203-237. Para BOGDANDY las dificultades para realizar un análisis actual del debate científico-jurídico del Derecho europeo se deben a la «función primaria de la ciencia jurídica como ciencia práctica, que consiste en el “cuidado” de una importante “infraestructura” social, principalmente en la producción y garantía de la transparencia y coherencia del Derecho... en la solución de problemas prácticos es más fácil encontrar el consenso que en la proposición de proyectos teóricos».

<sup>51</sup> En palabras del propio TJ el propósito del derecho a invocar normas de Derecho europeo directamente aplicables “is to ensure that provisions of Community law prevail over national provisions”. Ver STJ de 5 de marzo de 1996, asunto *Brasserie du Pêcheur*, C- 46 y 48, ap. 20.

Si observamos la evolución del constitucionalismo llegamos a la conclusión de que los conceptos utilizados tradicionalmente en la teoría constitucional surgieron en periodos históricos determinados, con la finalidad de identificar e institucionalizar conflictos concretos de carácter político, económico y social<sup>52</sup>. Especialmente se ha reconocido la virtualidad de la teoría constitucional para identificar a las clases sociales emergentes (primero a la burguesía frente a un sistema estamental inamovible, después al proletariado frente a la burguesía, más tarde a minorías territoriales o lingüísticas, reconociendo el pluralismo) frente a aquellas que ostentaban el poder tradicional del Estado, y concretamente para distinguir espacios de libertad separando y limitando el poder del Estado — expresado mediante el Derecho — frente a la sociedad, para más tarde articular sus relaciones a través de la Constitución normativa<sup>53</sup>.

Estos conceptos de teoría constitucional fueron más o menos comunes a todos los Estados europeos, y se propagaron por el continente durante el siglo XIX<sup>54</sup>. No obstante, la terminología constitucional ha sido utilizada y analizada tradicionalmente en la teoría jurídica desde un punto de vista estrictamente doméstico o interno, lugar en el que estos conceptos evolucionaron y se adaptaron. El Derecho se ha identificado

---

<sup>52</sup> Me remito al ensayo de ZAGREBELSKY, G., *Historia y Constitución*, Trotta, Madrid, 2005, espec. pp. 29 y ss. que resume esta cuestión de manera brillante planteando una pregunta: «El presupuesto necesario para cualquier comprensión de Derecho constitucional es por tanto la respuesta a preguntas del tipo: “¿para qué sirve, aquí y ahora, una constitución?”, “¿para qué un derecho constitucional?”». De gran ayuda el ensayo en clave económica de DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, espec. pp. 35 y ss.

<sup>53</sup> Todo este bagaje conceptual originado en el siglo XIX, se puede observar en la evolución de las fuentes del Derecho. BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Tecnos, 1991; DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, 10ª ed., 2007. Aunque el Derecho Constitucional como área científica autónoma no se consolidará hasta finales del mismo siglo con el desarrollo de la doctrina alemana del Derecho público. BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, 2009, pp. 29 y ss. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 193 y ss. También MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998. Por todos me remito a DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y el Derecho constitucional I*, PPU, Barcelona, 1988. Para un análisis de las etapas del constitucionalismo hasta llegar a la constitución normativa en BARRILAO SÁNCHEZ, J. F., “Sobre la constitución normativa y la globalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 7, 2004, pp. 242-248.

<sup>54</sup> Un ejemplo de ello fue la propagación de los ideales revolucionarios franceses por toda Europa. En España esta influencia se expresa en la Constitución de Cádiz de 1812, momento histórico en el que España se encontraba necesitada de un cambio estructural en todos los sentidos que desechara el absurdo y anquilosado Antiguo Régimen. Estas influencias, sin embargo, evolucionan en cada marco nacional de un modo propio, tal y como expresa el propio GRAMSCI: «El agudo análisis de la Constitución española hecho por Marx en su “Revolución en España” [referida a la Constitución de 1812] es la prueba concluyente de que aquella Constitución es expresión exacta de necesidades históricas de la sociedad española, y no una aplicación mecánica de los principios de la Revolución francesa”. GRAMSCI, A., “Cuadernos de 1929, 1930, 1931” en ID, *Antología, Siglo XXI*, México, 1970. El profesor SÁNCHEZ AGESTA en referencia a la Constitución de Cádiz de 1812 repite una frase del profesor Cristóbal Dawson en un encuentro que tuvo con él en Granada. Cuando éste pide toda la bibliografía disponible sobre la Constitución de Cádiz y le preguntan el porqué de su interés, responde: «1812 es una de las fechas europeas de España», en SÁNCHEZ AGESTA, L., “Sobre la constitución de Cádiz”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 30, 1990, p. 9. En esta primera expresión del constitucionalismo los valores ilustrados de la soberanía nacional y la división de poderes se expresarán en la estructura jurídico-política española en forma de Carta Magna. El establecimiento de los valores ilustrados tras la derrota de Napoleón hacen que algunos redactores consideren a España como «la única [nación] que puede salvar a Europa», ver SCHULZE, H., *Estado y nación en Europa*, Crítica-Grijalbo, Barcelona, 1994. Estas afirmaciones son una buena prueba de la influencia recíproca en la Europa del siglo XIX de los valores del constitucionalismo.

tradicionalmente desde su vertiente intraestatal, ha sido entendido, hasta una época muy reciente, como una emanación de la soberanía del Estado<sup>55</sup>. De aquí surge el obstáculo. La extrapolación de la teoría constitucional a un ordenamiento europeo de carácter supranacional se encuentra, por tanto, con el impedimento de la esencia estatista del Derecho, y particularmente, de la esencia del Derecho constitucional.

Por todo ello, partiendo de la intención general de este trabajo de llevar las herramientas científicas constitucionales al ámbito europeo, debemos observar, en primer lugar, que los conceptos jurídico-constitucionales tradicionales — como el de soberanía, sistema de gobierno parlamentario o régimen jurídico de la ley, por poner sólo algunos ejemplos, (aun después de su evolución en el contexto de las modernas constituciones normativas) — en el ámbito jurídico europeo se han difuminado. Estos conceptos no pueden ser utilizados sin más en su sentido tradicional para el análisis científico constitucional del Derecho europeo<sup>56</sup>. El motivo esencial es el carácter *sui generis* de la Unión, cuyo ordenamiento jurídico no es identificable ni con las organizaciones de tipo internacionalista, ni con el concepto clásico de Estadonación<sup>57</sup>. Este impedimento nos exige un esfuerzo en la revisión de los conceptos de la teoría constitucional si pretenden utilizarse para nuestro análisis<sup>58</sup>. Concretamente

---

<sup>55</sup> HABERMAS, J., *El Derecho Internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, Katz editores, Madrid, 2008. p. 12. Ver desde este punto de vista HUMRICH, C., “Legalization and the evolution of Law in International Society: A Habermasian approach”, 5th Pan-European International Relations Conference, en La Haya, disponible en [www.sgir.org/conference2004](http://www.sgir.org/conference2004).

<sup>56</sup> Entiéndase que no pueden ser utilizados en el análisis científico del Derecho europeo de forma estricta. De aquí surge un amplio debate en doctrina sobre la utilización de elementos constitucionales nacionales como parámetro desde el que acercarse al proceso de constitucionalización de Europa. En este debate debe adoptarse un punto de vista intermedio y prudente. No podemos olvidar que los conceptos jurídicos constitucionales nacionales, tal y como aquí se han presentado, han ejercido una increíble influencia sobre la estructuración y desarrollo jurídico de la Unión y el camino de la integración (ZILLER, J., “La función de los conceptos constitucionales”, op. Cit. p. 31), basta con pensar en el papel que ha jugado el TJ en la construcción dogmática de los principios generales del Derecho europeo así como la importancia de las tradiciones constitucionales comunes, base sobre la que se asienta la legitimidad de la Unión (AZPITARTE, S., “Del derecho constitucional común europeo a la constitución Europea: ¿Cambio de paradigma en la legitimidad de la Unión?”, *Teoría y Realidad constitucional*, n. 16 2005, pp. 343 y ss.). Este debate, no obstante, depende de las cuestiones que se traten y de los conceptos que se utilicen. Sin señalar aun las grandes tendencias sobre el tema pueden subrayarse posturas variadas como la de MICHAEL, L. quien considera que las normas de producción jurídica del proyecto de Tratado constitucional respondían a una determinada concepción de la democracia y «tras ello late un concepto de Estado Constitucional que, no obstante, no se puede medir con los parámetros del Estado de Derecho nacional», (en “Procedimientos de producción del Derecho: el procedimiento legislativo ordinario”, *ReDCE*, n.3, 2005, p. 44) sobre el mismo tema, la cuestión de la democracia y su conjugación en los procedimientos legislativos del Tratado constitucional GUILLÉN LÓPEZ, E., resuelve que si es común mantener que el Derecho europeo no puede ser examinado desde las categorías propias del Derecho constitucional interno «en mi opinión, con esa sola aseveración se resuelve poco, por que lo que está en cuestión es de qué podemos prescindir o en que medida se pueden “aggiornar” los principios que el constitucionalismo ha ido depurando» (“El parlamento Europeo”, *ReDCE*, n. 3, 2005, p. 60). Aquí se comprenderá con HÄBERLE que el estudio jurídico de la UE bajo parámetros constitucionales nacionales no es sólo una exigencia jurídica sino que puede tener, además, un carácter definitorio sobre la propia naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico propio, Cfr. HÄBERLE, P., “El Estado Constitucional Europeo”, *Cuestiones Constitucionales*, n. 2, 2000, pp. 89 y ss.

<sup>57</sup> JOERGES, C. en el curso del desarrollo de sus tesis sobre el supranacionalismo deliberativo define el clásico Derecho internacional como un orden de relaciones interestatales basado en la voluntad de los Estados, por lo que resulta inconcebible una autoridad superior a la de los propios Estados. En este sentido es fácil entender porque el ordenamiento europeo es un ordenamiento supranacional y distinto al derecho internacional. Ver Cfr. “Rethinking European law’s supremacy”, *EUI Working Paper Law*, n.12, 2005.

<sup>58</sup> Sobre la evolución de los sistemas de fuentes desde un punto de vista comparado, y el uso de sus categorías de forma general y desde la perspectiva europea ver los trabajos de PIZZORUSSO, A., *Justicia, Constitución y pluralismo*,

debemos plantearnos dos cuestiones. Por un lado si estos conceptos siguen teniendo validez para la construcción de un orden constitucional a nivel supranacional (cuestión que se analizará en los siguientes apartados). Por otro lado, si la situación actual del proceso de integración nos permite trasladar esos conceptos de marea mecánica al ámbito europeo, cuestión que se analizará inmediatamente.

Efectivamente, el carácter *sui generis*<sup>59</sup> del ordenamiento de la Unión Europea se hace patente por su “autonomía”. La naturaleza autónoma de su ordenamiento se observa en que, por un lado, los efectos que el Derecho europeo tiene en los ordenamientos nacionales plantean unas peculiaridades muy singulares respecto de los efectos tradicionales del Derecho internacional y, por otro lado, los sujetos a los que regula, concediendo derechos e imponiendo obligaciones, son tanto los Estados miembros como los ciudadanos. De este modo la naturaleza jurídica de la Unión Europea viene a ser un “híbrido” que contempla rasgos propios de las estructuras jurídicas de las organizaciones internacionales, pero también de las estatales. Ello significa, para nuestro discurso, que en el análisis del ordenamiento europeo debemos utilizar conceptos de carácter constitucional (como el tipo Estado democrático de

---

Palestra editores, Lima (Perú), 2007, pp. 57-87. Del mismo autor *Leges et iura*, UNAM, México DF, 2008, pp. 8-31. Igualmente “La producción normativa en tiempos de globalización”, *ReDCE*, N° 11, enero-junio 2009. Para BALAGUER CALLEJÓN, F., en la construcción de un lenguaje jurídico común europeo la hipótesis correcta de partida es la comprensión de que «si bien una cosa es superar (respecto de los conceptos constitucionales a utilizar como comunes) los últimos desarrollos del Derecho constitucional (y tender a una mayor normatividad de las estructuras constitucionales) otra muy distinta es pretender que formulaciones todavía primitivas desde el punto de vista de la técnica constitucional, puedan resultar satisfactorias por “originales”». “La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea”, *ReDCE*, n° 1, 2004, p. 313. Con WAHL, R., “¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de Teoría del Estado?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 18, 2006, p. 108, podemos decir que «(a)llí donde se ofrecen tantos conceptos, surge pronto la sospecha de que carecemos en realidad de los conceptos adecuados a partir de los cuales se alcanza la comprensión. Los conceptos no son naturalmente todo, pero sin conceptos difícilmente cabe alcanzar un entendimiento suficiente. El problema básico del Derecho público (...) radica en que se mueve cada vez más fuera de los habituales ámbitos del Estado conocidos desde hace siglos, mas para ese viaje exploratorio dispone, sin embargo, sólo básicamente de los conceptos centrados en el Estado». Muy claramente lo expresa RUBIO LLORENTE al exponer que el estudio del Derecho Constitucional no puede seguir centrándose exclusivamente en las Constituciones de los Estados «como si el proceso de integración no implicase un transformación profunda del Estado, que obliga a reelaborar las viejas categorías y a crear otras», RUBIO LLORENTE, J., “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, *REDC*, n. 48, 1996, pp. 9-33. Ver también en este sentido CASCAJO CASTRO, J. L., “Constitución y Derecho constitucional en la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 15, 2004, p. 90. Finalmente, como argumento último y de autoridad WEILER lo ha expresado de forma contundente: «Estamos ante un orden jurídico constitucional en el que la teoría constitucional no ha sido aún desarrollada. En efecto, no ha habido una elaboración suficiente de sus valores trascendentes y de sus objetivos a largo plazo y se han interpretado mal sus elementos ontológicos», WEILER, J. H. H., *Europa, fin de siglo*, CEC, Madrid, 1995, p. 206.

<sup>59</sup> El carácter *sui generis* del Derecho europeo ha sido acuñado ya como un concepto propio de la ciencia jurídica europea. La definición más asentada del término *sui generis*, en este contexto, vendría a describir que la Unión Europea es un ente situado a medio camino entre un Estado federal y una organización internacional o asociación de estados soberanos, de este modo adquiere una estructura y funcionalidad intermedia entre ambas. Ver sobre el debate de su verdadera naturaleza híbrida: WEILER, J. H. H., “The promised Constitutional Land”, *King’s College Law Journal*, n. 12, 2001; ID. *The Constitution of Europe: Do the new clothes have an Emperor?, and other essays on European Integration*, Cambridge University Press, 1999. MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty: law, state and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1999. ID., “Beyond the Sovereign State”, *Modern Law Review*, n. 56, 1993. En contra de considerar a la Unión Europea como una organización *sui generis* encontramos a WAHL, R., “¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de teoría del Estado?”, *cit.*, pp. 105-129.

Derecho, *rule of law*, Constitución normativa...) <sup>60</sup> impregnados de elementos propios de carácter internacional (integración, consentimiento, *pacta sunt servanda*...).

Este impedimento conceptual de partida no imposibilita, por supuesto, la utilización de la teoría constitucional en nuestro análisis, sino que significa que el principal escollo para elaborar un discurso constitucional sobre la naturaleza de la Unión Europea reside, esencialmente, en la dificultad para describir con las herramientas de la teoría constitucional estatal las líneas políticas y sociales que se encuentran hoy en conflicto y los intereses en colisión desde una perspectiva más amplia a la tradicional, desde una perspectiva plural y global.

Es decir, para realizar este análisis deberíamos, en primer lugar, tomar conciencia, no sólo de la particularidad que constituye la UE y su Derecho, sino también su contexto y su finalidad. Es decir, hay que tener en cuenta la existencia de una nueva realidad socio-económica, que es el objeto de regulación del Derecho europeo, realidad que se extiende allende las fronteras nacionales y que se conoce por globalización.

Una vez identificada esta realidad debemos observar a los sujetos que en ella actúan y entran en conflicto, labor primaria de cualquier investigación de ciencias sociales y jurídicas <sup>61</sup>. Es entonces cuando juega un papel esencial el Derecho, en tanto que método de resolución de conflictos sociales a través de técnicas jurídicas; y concretamente el Derecho constitucional, como establecimiento de un marco adecuado en el que institucionalizar el conflicto, marco en el que organizar los diferentes intereses en juego e imponer garantías adecuadas de limitación y control del poder — como representación de los diversos intereses plurales <sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> En este sentido HABERMAS, J y DERRIDA, J., exponen que «The Spreads of the ideals of the French revolution throughout Europe explains, among other things, why politics in both forms – as organizing power and as a medium for the institutionalization of political liberty – has been welcomed in Europe. By contrast, the triumph of capitalism was bound up with sharp class conflicts, and this fact has hindered an equally positive appraisal of free markets. That differing evaluation of politics and markets may explain European’s trust in the civilizing power of the state, and their expectations for it correct market failures. » “February 15, or, what binds Europeans together: plea for a Common Foreign Policy Beginning in Core Europe”, en LEVY, D., “Old Europe, New Europe, Core Europe: Transatlantic Relations after the Iraq War”, Verso, Londres, 2005, pp. 10-12. Para un análisis sobre las diversas visiones del supranacionalismo versus soberanía me remito al resumen extraordinario de ARCAS LEAL, R., “Theories of supranationalism in the EU”, Harvard Law School, Bepress legal series, paper 1790, 2006, consultable en <http://law.bepress.com/expresso/eps/1790> : “Thus, the concept of a transfer of sovereignty may be the legal-analytical counterpart of the political-descriptive notion of supranationalism”.

<sup>61</sup> Como expresa DIEZ DE VELASCO, M., «si consideramos al Derecho en general como un sistema o conjunto de normas reguladoras de determinadas relaciones entre los individuos o entre grupos de ellos, debemos inmediatamente referirnos a la sociedad en que éstos o aquellos están insertos». Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 1973, p. 55

<sup>62</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., Fuentes del Derecho, *cit.* Sobre Derecho en general, pero esencialmente desde un punto de vista de la Constitución como “la imposición de un proyecto frente a las fuerzas en conflicto” ver ZAGREBELSKY, G., Il Diritto mite: legge, diritti, giustizia, Torino, Einaudi, 1992. Versión en español El Derecho dúctil: ley, derechos y justicia, Consejería de Cultura, Madrid, 1995. La idea de la Constitución como imposición a todas las fuerzas en conflicto puede analizarse a través de ZAGREBELSKY, G., “Premessa”, en MORTATI, C., La costituzione in senso materiale, reedición inalterada, Milán, 1998, pp. 36 y ss. Desde el punto de vista del conflicto social entre grupos heterogéneos, como conflicto por el poder, esta teoría marxista es equiparable al concepto sociológico de “hegemonía” de

Desde una contextualización adecuada, que tenga en cuenta el momento global al que nos enfrentamos y cómo se relacionan los sujetos en ese contexto, los elementos de la teoría constitucional continúan siendo esenciales para abordar científicamente los nuevos retos a los que se enfrentan las sociedades del siglo XXI, e iluminar las posibilidades de la Unión Europea para resolver tales retos desde el Derecho, puesto que «vivimos en una sociedad en la que nos enfrentamos a problemas modernos donde no hay soluciones modernas»<sup>63</sup>.

---

GRAMSCI, A., *Scritti Politici*. A cura di Paolo Spriano, Riuniti, Roma, 1979, en tanto que expresa un pacto en un “bloque social o histórico” en el que se representan “clases sociales y económicas” con intereses diversos, RODRÍGUEZ PRIETO, R., SECO MARTÍNEZ, J. M., “Hegemonía y democracia en el siglo XXI: ¿Por qué Gramsci?”, Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho, n. 15, 2007, consultado en <http://www.uv.CEFD/15/rodriguez.pdf>, día 14 de abril de 2009. Como explicación a la filosofía de Gramsci ver GRUPPI, L., “El Concepto de Hegemonía en Gramsci”, Ediciones de Cultura Popular, México, 1978, pp. 7-29, 84-111. La identificación entre la concepción del constitucionalismo débil o dúctil de Zagrebelsky y el concepto de “hegemonía” en Gramsci podemos encontrarla en MAESTRO BUELGA, G., “Globalización y Constitución débil”, *Teoría y Realidad constitucional*, num. 7, 2001, pp. 137-172. Extrapolando del mismo modo esta idea al ámbito de las fuentes del Derecho, y desde el punto de vista de la sociedad abierta o la democracia procedimental (HÄBERLE) la Constitución representa, por lo tanto, la procedimentalización y garantía del pluralismo democrático, al imponer las bases del orden social, estableciendo la interacción entre Estado y Sociedad, en este sentido ver BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del derecho*, Vol. II. *op. Cit.* pp. 15-20. Desde un punto de vista exclusivamente europeo, «Europa no se puede construir constitucionalmente sobre la base de meros pactos políticos (como ocurre todavía en algunos ordenamientos constitucionales europeos) sino que la construcción de Europa exige una ordenación jurídico-constitucional que haga posible la solución de los conflictos mediante técnicas jurídicas». BALAGUER CALLEJÓN, F., “La construcción del lenguaje jurídico europeo”, *cit.*, p. 312. Sobre la idea de los poderes o grupos en conflicto debo advertir que me refiero a un “poder” en sentido amplio, incluyendo tanto el fenómeno del asociacionismo de la sociedad civil, como la organización de los partidos políticos... en este sentido es interesante citar el primer planteamiento «del papel de las asociaciones en la realidad constitucional viviente de los Estados» (los *Verbände o parti*) realizado por KAISER. J. H., *La rappresentanza degli interessi organizzati*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 27. En coherencia con las citas, por tanto, nos proponemos analizar el Derecho europeo desde sus posibilidades de constitucionalización, y de este modo estudiar la constitución material que conforma las bases de la Unión Europea como un pacto económico-social entre sujetos y grupos de europeos que tratan con ella de imponer unas reglas de juego para la resolución e institucionalización de los conflictos actuales planteados por el paradigma de la globalización, en tanto que crisis de los sistemas constitucionales hasta ahora establecidos. Es esencial para el estudio del constitucionalismo como institucionalización de un equilibrio entre poderes (representativos de intereses diversos como la monarquía, la burguesía o nobleza, los ciudadanos o súbditos, el clero...) la historia y el desarrollo del “Balance of powers” inglés, y su relación con la teoría continental de la división de poderes. Para una visión comparada GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza editorial, Madrid, 2000, p. 254 y ss., ID, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, 2005, pp. 224 y ss. Esta bibliografía debe ayudarnos a entender el papel del Derecho constitucional en el estudio del ordenamiento europeo desde la premisa expuesta al comienzo de estas páginas: toda organización constitucional de una sociedad debe tender a la limitación y control del poder en garantía de los derechos de los ciudadanos.

<sup>63</sup> Esta aseveración sobre la realidad actual corresponde a SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA., “El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Derecho y Justicia en una Sociedad Global*, n.39/2005, UGR, Granada, 2005, pp. 366 y ss. Me remito a él como verdadera exposición de motivos de cualquier análisis jurídico de la realidad. Concretamente me adhiero a su indispensable concepción de las “transformaciones sociales” como tensión entre la “regulación jurídica” y la “emancipación social”, tensión que compuso los principales sistemas políticos desde la etapa liberal hasta la crisis del modelo del “Estado de Bienestar”. Sobre este aspecto, coincido con el autor plenamente en que las posibilidades de resolver conflictos sociales (aspiración a la emancipación social) a través de la regulación jurídica aun merecen un voto de confianza, puesto que no puede considerarse otro modo de resolución más allá de la violencia. (Me remito también sobre este planteamiento, sobre el uso del Derecho en un mundo internacionalizado –de políticas globalizadas–, al discurso de HABERMAS, J., *El Derecho Internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, *cit.*, pp. 9-48). Por ello me limito a confiar en que el Derecho sólo puede tener una utilidad y un fin, resolver conflictos sociales, y que por lo tanto aun es una herramienta indispensable para la comprensión de las nuevas realidades supranacionales y globalizadas, y su estructuración en una sociedad justa e inclusiva (“cosmopolita”): «La legalidad cosmopolita puede revelarse más eficaz si se mantiene el *status quo* legal: la aplicación efectiva de las leyes tal y como figuran en el texto. El dilema del cosmopolitismo estriba en tener

Desde esta contextualización, que expondremos a continuación, es desde donde debemos abordar sistemáticamente el elemento central de nuestro trabajo: el principio de primacía, y su dimensión constitucional como instrumento jurídico.

Creo que para el objeto de esta tesis es necesario profundizar un poco más en la realidad global del momento, contextualizando de manera más clara las cuestiones principales sobre la integración europea en clave constitucional. Pasemos a analizar la nueva realidad plural y global, en la que aparece la UE, realidad a la que debe hacerse frente con las herramientas propias del Derecho constitucional.

---

que luchar por una profunda transformación social y por mantener el *status quo*». No obstante, como en esta obra se expone, las nuevas realidades (las relaciones económico-sociales mundializadas y la Unión Europea como paradigma de regulación jurídica de las mismas) nos ofrecen una nueva oportunidad de construir un sistema cosmopolita a través del derecho anti-hegemónico – el concepto de hegemonía de De Santos parece una evolución del de Gramsci, citado más arriba-. Si el Derecho es, en sí mismo, una ciencia de resolución de conflictos de carácter “hegemónico” (donde los conflictos de poder se resuelven a través de normas consideradas superiores al propio conflicto y creadas por lo tanto por un poder superior al resto y que inevitablemente representa a los intereses sociales y económicos más poderosos) «una cosa [...sería...] utilizar un instrumento hegemónico en una lucha política determinada y otra cosa es utilizarlo de manera hegemónica». Es decir, el Derecho actual (para nosotros siempre desde la perspectiva constitucional) será útil para resolver los nuevos conflictos en la medida en que sea “incluyente” respecto de todas las culturas, intereses y estratos sociales, en la medida en que sea plural y se identifique en una democracia participativa adecuada, y siempre que se configure de modo distinto a la tradición demo-liberal excluyente, que en la etapa actual ha hecho un uso hegemónico de concepciones hegemónicas del Derecho y los derechos, aliada hasta ahora con un capitalismo cuyo motor se basa precisamente en la creación de inestabilidad y desigualdades mundiales atroces, en la exclusión como solución a la crisis y respuesta a la pregunta por la emancipación social. Ver SANTOS, B. S., “El uso contrahegemónico...”, op. Cit., pp. 387-392. Me remito también a la obra DE SOUSA SANTOS, B., Reinventar la democracia. Reinventar el Estado, Sequitur, Madrid, 2009. Volviendo a la cita que nos ha llevado a la nota al pie, la idea de que no existen conceptos o herramientas nuevas para resolver los problemas nuevos cito la prudente observación de SARTORI, G., *Democrazia e definizioni*, 1957, p. 317: «no es fácil ser original. Casi siempre volvemos a descubrir, sin saberlo, lo ya descubierto, y aquello que nos parece nuevo es simplemente cualquier cosa que ya se había olvidado. Muchos son originales por inducta ignorancia. Otros buscan la originalidad en el extremismo, que es lo menos original, pues vivir de las rentas de exagerar las ideas ajenas es llevar una vida mental parasitaria».



## 1.2 La nueva realidad político-económica: globalización y crisis del Derecho

Al analizar los nuevos conflictos a los que se enfrenta el Derecho debemos partir de la constatación de que nos encontramos en un momento de transición de las estructuras político-sociales tradicionales. Una transición que se ha precipitado en los últimos sesenta años y que avanza desde los postulados tradicionales enraizados en el Estado-nación, hacia muy diversas tentativas de organización universal o cosmopolita<sup>64</sup>. Estas formas de organización se superponen en el mundo actual y deben dar respuestas jurídicas adecuadas al vertiginoso avance de las técnicas de comunicación y las prolíficas relaciones socio-económicas a escala mundial. Desde el prisma del Derecho constitucional es esencial que subrayemos este cambio o transición desde dos elementos: a) la crisis del modelo tradicional del Estado nación, y consecuentemente, b) la crisis de legalidad o de la Constitución normativa observada en la actuación de los poderes públicos.

### A) Crisis del modelo tradicional del Estado Nación y su Derecho

La realidad mundial de hoy, y el terreno del nuevo conflicto social, se puede resumir en el concepto de “globalización”. El vertiginoso avance de la técnica en el mundo de las comunicaciones y los transportes ha impulsado en las últimas décadas un fenómeno conocido como globalización<sup>65</sup>. Este fenómeno advierte una interrelación total entre elementos y factores a escala global: la sociedad, la economía, la cultura, la política, la naturaleza<sup>66</sup>... etc. La globalización remarca que actualmente todo interfiere en todo y todo depende de todo<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Para un análisis de la situación de la UE de frente a las diferentes interpretaciones del desarrollo de la tesis de la paz perpetua de Kant y al Derecho cosmopolita ver ELEFTHERIADIS, P., “Cosmopolitan law”, *European Law Journal*, n.2, 2003, pp. 241-263. Este autor desarrolla un paralelismo de las tesis kantianas del cosmopolitismo en relación a las posibilidades federales de la UE y las diversas estructuras de las garantías de los derechos fundamentales a nivel internacional: «European law is a much deeper example of supranational legal order. It is also not a universal legal order but rather a narrower creation of a limited number of states who have joined forces for particular purposes». En un sentido completamente distinto JOERGES, C., y NEYER, J., “Deliberative Supranationalism”, *European University Institute, Working Papers, Law*, n. 20, 2006, construyen la idea de la democracia deliberativa a nivel supranacional y exponen su particular visión sobre el valor de los principios de Derecho europeo en el ámbito interestatal, el Derecho europeo como un tipo de «supranational law of conflicts of law» basado en la metodología americana.

<sup>65</sup> Desde mediados de la década de 1970 según CAPELLA, J. R., *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1997, p. 238.

<sup>66</sup> La obra de BECK, U., *La Sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 2006, representa la imagen más acabada de esta nueva sociedad, imagen en la que interfieren muy diversas actividades con resultados impredecibles que provocan precisamente el riesgo permanente y el miedo continuo. Respecto del elemento de la naturaleza piénsese en la influencia de la globalización sobre el medio ambiente que, como bien ha expresado Ulrich BECK suponen «el final de la contraposición entre naturaleza y sociedad. Es decir: la naturaleza ya no puede ser pensada sin la sociedad y la sociedad no puede ser pensada sin la naturaleza».

<sup>67</sup> “Con un sentido ideológico”, añade GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global*, Aranzadi, Madrid, 2010. Este aumento de la complejidad relacional, articulada y sustanciada a escala planetaria influye en todos los ámbitos, de manera que algunos autores han hablado de que no existe un fenómeno de globalización, sino “muchas globalizaciones”, en muy diversos ámbitos y con velocidades diversas, ver Vg. PÉREZ GONZALEZ, S., *El Derecho en la Sociedad Global del Riesgo*, REDUR, n.6, 2008, p. 96, y CARBONEL, M., “Globalización y Derecho”, consultado en: [www.bibliojuridica.org/libros/3/1086/3.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1086/3.pdf).



La complejidad que supone definir este fenómeno no oculta, sin embargo, que la globalización tiene esencialmente una base social. Más allá de los diversos tipos en que se presenta, es un proceso dependiente de decisiones del ser humano<sup>68</sup>, es ante todo un proceso complejo de interacciones humanas que alcanzan consideraciones mundiales. Así, por globalización comprendemos una “intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo, por las que se enlazan lugares lejanos de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia<sup>69</sup>”. La globalización se encuentra vinculada a todas las esferas del ser humano siendo paradigmáticos los ámbitos político y económico. Desde la base social de este fenómeno, el Derecho en general, y el Derecho Constitucional en particular, como modelo jurídico de ordenación de la sociedad, se encuentran también afectados, por lo que deben ser revisadas sus formas tradicionales de entender el mundo, y sus postulados científicos, desde una perspectiva relacional y compleja, abierta y flexible, que admita y asuma los nuevos conflictos sociales impuestos por la globalización<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> GIDDENS, A., Consecuencias de la modernidad, Alianza, Madrid, 1993, pp. 67-68.

<sup>70</sup> Podríamos decir que, sin embargo, sigue siendo completamente válida la metodología Häberliana, con la que explicar de manera sencilla la influencia global en la Constitución. En tanto que globalización social, del producto de la globalización se desprende una interrelación de formas culturales que han dado lugar al fenómeno conocido como “glocalización”, fenómeno con el que ROBERTSON entiende la globalización de un modo dinámico y dialéctico por el que se produce una paulatina institucionalización global en la construcción de los particularismos locales. La “glocalización” supone un modo de interrelación cultural que DE SOUSA SANTOS divide en un “localismo globalizado” y un “glocalismo localizado” proceso por el que un fenómeno local se globaliza y, por el contrario, una práctica transnacional influye de manera determinante en las condiciones locales. ROBERTSON, R., Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad, Zona Abierta, 2000, pp. 129 y ss. DE SOUSA SANTOS, B., La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2002, pp. 56 y ss. Ver una exposición más amplia de las diversas definiciones de Globalización en GARRIDO GÓMEZ, M. I., Las transformaciones del Derecho en la sociedad global, cit., pp. 17-23. En este sentido las prácticas culturales y los modos de vida locales se ven influenciados por productos transnacionales y, en algunos casos, se imponen como formas de vida globales (el *way of life* norteamericano). Es precisamente en este ámbito de influencia social y cultural del proceso globalizador en el que entra en juego el Derecho Constitucional, y en el que de manera sencilla puede entenderse la crisis que vive actualmente la ciencia constitucional desde los postulados häberlianos. De manera brillante lo ha expresado Peter HÄBERLE al definir la Constitución como el producto de la expresión cultural de un pueblo. «La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. Las Constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta; son, por su forma y razón de ser, de largo, una expresión y mediación cultural, un cuadro para la reproducción y recepción y un almacén de información, experiencias, aventuras y hasta de sapiencias «culturales» transmitidas». HÄBERLE, P., “La Constitución como cultura”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 6, 2002, pp. 177-198. Es la continua tensión e influencia que la globalización (glocalización) ejerce en el sentir de una sociedad local o estatal, y la influencia en tiempo real gracias a las telecomunicaciones, las que proponen una revisión de los postulados de las Constituciones normativas estatales, en tanto que expresión cultural de una sociedad hoy día mundial, en continuo cambio y sometida a presiones e influencias externas. Si nuestros modos de vida, nuestras tradiciones y culturas se ven influenciadas continuamente por decisiones y realidades que se despliegan desde miles de kilómetros de distancia, la expresión constitucional de las mismas se encuentran en una continua tensión para las que el derecho constitucional debe crear las herramientas necesarias para asumir como propias las expresiones culturales de la globalización, en tanto que constitución plural y abierta, en tanto que norma fundamental que no es sólo un conjunto de normas para juristas sino que — en una concatenación de “gigantes” sobre hombros de “gigantes”— como señala Häberle retomando al maestro Heller y este a su vez a Goethe, es «una forma impresa que se desarrolla viviendo».

La globalización entraña una mundialización de las relaciones subjetivas, así como de crecientes parcelas de poder, tanto público como privado, que han provocado la ampliación de los escenarios de relaciones económicas y sociales donde entran en conflicto nuevos actores con procedencias e intereses heterogéneos en un ámbito que supera el marco territorial estatal<sup>71</sup>. La globalización de las relaciones socio-económicas ha terminado por minar la estructura de poder del Estado-nación soberano como marco único en el que se regulaba, a través del Derecho, la interacción de los diferentes intereses. Como consecuencia, la mundialización de las relaciones socio-económicas ha impulsado, a su vez, una mundialización de los mecanismos jurídicos de regulación: la proliferación de instituciones jurídicas de regulación a escala internacional<sup>72</sup>.

En este marco socio-económico mundializado, la concepción clásica de la soberanía de los Estados, mantenida desde los Tratados de Westfalia<sup>73</sup>, ha cambiado por completo su configuración entre la maraña, confusión y concentración de “poderes” de diversas naturalezas que hoy actúan y se relacionan en tiempo real desde territorios que abarcan todo el mapa geográfico mundial<sup>74</sup>. Provocando, por un lado, la

---

<sup>71</sup> La definición es de SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., “Derecho europeo y Globalización: mitos y retos en la construcción en la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, n.12, 2009, pp. 115-150. Elijo esta definición por su cercanía al tema central de esta tesis, no obstante la globalización puede definirse de forma general mediante GIDDENS como «la intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo, por las que se enlazan lugares lejanos de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia», GIDDENS, A., “*Consecuencias de la modernidad*”, Alianza, Madrid, 1993, pp. 67-68. O con DE SOUSA SANTOS, B. como «un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales», en: La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2002, p. 56. También con ROBERTSON puede utilizarse el término “glocalización” que da cuenta del proceso dialéctico entre lo local y lo global en el proceso en el globalismo, ver ROBERTSON, R., “*Glocalización: tiempo-espacio y heterogeneidad-homogeneidad*”, Zona Abierta, 2000, pp. 92-93. En España, me interesa resaltar la contribución de GARRIDO GÓMEZ, M. I., “Las transformaciones del Derecho en la sociedad global”, cit., concretamente la forma en que resalta el fenómeno de la Globalización como un fenómeno social y que por tanto puede ser definido y estudiado desde todas las perspectivas de las ciencias sociales y económicas.

<sup>72</sup> Aunque el fenómeno de la globalización se expresa en el ámbito técnico y sobre todo económico, ha sido reconocido por la doctrina de forma general la existencia de un elemento de globalización jurídica. O más bien, unas consecuencias de tipo jurídico provocadas por la globalización económica. Ver a tal efecto FERRARESE, M. P., *Il Diritto al presente*, Il Mulino, Bolonia, 2002 y también GALGANO, F., *La globalizzazione nello specchio del Diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2005.

<sup>73</sup> PIZZORUSSO, A., *Justicia, Constitución y Pluralismo*, cit., espec. p. 58. Sobre el cambio en el paradigma del Estado Westfaliano ver. LAPORTA, F., “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 39, 2005, pp. 243-267

<sup>74</sup> El concepto de poder ha sido muy estudiado en la teoría sociológica. El poder debe ser en esta acepción entendido de manera amplia. Siguiendo a Max WEBER podemos identificarlo con «la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad», (WEBBER, M., *Economía y sociedad*, v.1, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, p. 43), para una definición más política, y concretamente, basada en las relaciones internacionales, podemos citar a Hans MORGENTHAU: el poder es «cualquier cosa que determine y mantenga el control del hombre sobre el hombre y abarca todas las relaciones sociales que sirven a estos fines, desde la violencia física hasta los lazos psicológicos más sutiles que permiten a una mente gobernar la otra», MORGENTHAU, H., *Política entre naciones, la lucha por la guerra y la paz*, GEL, Buenos Aires, 2000, p. 209., en su obra, el autor considera que la política no es sino la lucha por el poder, p. 41. En mi opinión la definición más acorde con lo expuesto es la de FERRAJOLI. Más allá de que esta definición sea fruto del

erosión de los límites entre la esfera pública y la esfera privada – entre poderes políticos y poderes socio-económicos; y por otro lado, la erosión entre la esfera nacional y la internacional<sup>75</sup>.

La acción de la globalización ha venido así a reducir progresivamente el poder de los Estados que, desde una perspectiva tradicional, han perdido capacidad efectiva y exclusiva de decisión y de intervención en la sociedad territorial. Las relaciones jurídicamente relevantes, desde un punto de vista nacional, trascienden hoy, por obra del avance de las telecomunicaciones, los ámbitos de sujeción que antaño supusieron las fronteras nacionales. Ciertamente, han aparecido nuevas esferas de actividad manifestadas en una serie de relaciones interpersonales (desarrolladas fundamentalmente en el campo de los transportes, el comercio y las finanzas) donde los sujetos que hoy actúan pueden prescindir del encuadramiento derivado del Derecho de los Estados a los que pertenecen<sup>76</sup>.

Como reflejo de la nueva realidad mundializada de relaciones socio-económicas, el Derecho (que hasta finales de la segunda guerra mundial había encontrado su origen en la práctica estatal, en tanto que expresión de la voluntad de los Estados soberanos) se ha encontrado con una diversificación tanto de sus actores como de sus centros de producción. De sus actores, por el auge de nuevas formas de intereses privados y difusos — en representación de un mercado financiero ferozmente liberalizado y de una sociedad civil con mayores herramientas para la concertación<sup>77</sup> — que influyen en

---

entendimiento del poder como derecho-poder, en referencia a los derechos políticos y civiles, creo que nos da la idea más acertada: entendemos el poder como «cualquier facultad cuyo ejercicio...produce efectos jurídicos», en FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 111.

<sup>75</sup> Con JOERGES, C., “Rethinking European Law’s Supremacy”, EUI Working Paper LAW, n. 2005/12, European University Institute, 2005, podemos decir que la regulación de la globalización desde el Derecho Internacional clásico es inconcebible, como lo es la auténtica noción de soberanía como una autoridad superior a cualquier otra soberanía nacional de un Estado. Todo Derecho internacional público o administrativo, todo derecho vinculante ha estado tradicionalmente ocupado con la delimitación parcial de la esfera de aplicación de disposiciones nacionales. Un Estado puede reconocer la soberanía “de” otro, pero no puede ejercer una soberanía “del” otro Estado. Con HABERMAS podemos subrayar que “la soberanía del Estado queda enterrada en la medida en que corporaciones socialmente poderosas participan en el ejercicio del poder público, sin quedar sujetas a las responsabilidades cuando se trata de órganos del Estado. Como ya hemos señalado, actores sociales dotados de un poder para-constitucional de negociación hacen añicos el marco de la constitución” HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 519. REPOSO, llega incluso a afirmar que «L’internazionalizzazione della vita sociale, sembra addirittura preludere al crepuscolo degli Stati nazionale e, comunque, determina una significativa erosione dei loro poteri sovrani, sino a porre in forse, secondo alcuni, il futuro della stessa forma Stato». Ver REPOSO, A., “La Costituzione spagnola tra costituzione europea e costituzione internazionale”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F., *The Spanish constitution in the European constitutional context*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 652

<sup>76</sup> PIZZORUSSO, A., *Leges et iura*, UNAM, 2008, p. 10 y ss.

<sup>77</sup> Los ejemplos de poderes económicos privados son hoy día tristemente reconocibles, baste abrir un periódico para encontrar nombres concretos de agencias y multinacionales a las que se puede acusar del desastre económico actual. Los ejemplos de la sociedad civil organizada (como poderes privados no económicos) son tristemente menos reconocibles. Podemos señalar con DE SOUSA SANTOS el Foro de Porto Alegre como uno de los mayores poderes fácticos actuales, con influencia en el ámbito político. Ver de nuevo DE SOUSA SANTOS, B., “El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo”, *cit.*, pp. 380 ss. Una magistral exposición sobre los poderes globalizados privados en TEUBNER, G., “Giustizia nell’era del capitalismo globale?”, *European Journal of Legal Studies*, n. 3, 2008. El autor expone que más allá del conflicto entre ciudadanos y Estado la globalización se expresa en mayor modo por la

la producción jurídica estatal. De sus centros de producción, por la tentativa intergubernamental de regulación de los nuevos intereses y ámbitos globalizados a través de organismos internacionales. Esta situación, en resumen, ha acabado con el monopolio estatal sobre la producción jurídica en la regulación de los conflictos sociales en dos formas.

En primer lugar, la diversificación de los actores encuentra como paradigma aquellos entes de naturaleza económica que, debido a la liberalización económica imperante y al desarrollo tecnológico, han alcanzado una insólita capacidad de influencia sobre los centros de decisión política de los Estados (especialmente en las políticas económicas y sociales). Esta proliferación de ‘poderes fácticos’ de carácter económico ha comportado la progresiva privatización de la esfera pública donde se realizaban las deliberaciones sobre las posibilidades de regulación. Esta privatización, como señala SÁNCHEZ BARRILAO, es causa de «la propia negación de la política como voluntad externa al mercado, o más bien, de la presentación de la voluntad política estatal (conformada a través del procedimiento democrático constitucionalmente institucionalizado) como “apolítica” que interactúa con un mercado aparentemente objetivo»<sup>78</sup>. La negación del procedimiento político-democrático como base del debate sobre la regulación de las relaciones económicas (aunque también sociales y culturales) globalizadas, ha terminado, en la mayoría de los casos, por ajustar la legislación estatal a la coyuntura marcada por los poderes privados (en el sentido de económicos y globales) en una esfera mundial que, a la vez, trasciende las posibilidades de regulación por parte del Estado-nacional<sup>79</sup>. De esta situación tenemos actualmente un triste ejemplo en las políticas realizadas a instancias de los gobiernos y poderes ejecutivos para hacer frente a la crisis económica mundial, causada por los “poderes” financieros, e impuestos en nombre de los “Mercados”, mediante la voz de organismos internacionales de carácter económico como el Fondo

---

influencia psico-física de relaciones de matrices comunicativas de origen privado en forma no sólo jurídica sino también farmacéutica, biológica, comunicativa...

<sup>78</sup> BARRILAO SÁNCHEZ, J. F., “Derecho europeo y Globalización...” *cit.*, pp. 115-150. Con Francisco Balaguer podemos describir esta situación como “determinismo económico”, BALAGUER CALLEJÓN, F., “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, en prensa. También, ID, “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional”, en *Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*, Coimbra, Portugal, en prensa.

<sup>79</sup> Nos referimos a poderes privados como poderes económicos que trascienden el ámbito estatal de regulación. Esta distinción es esencial para distinguirnos del axioma de lo “privado no es político”, las relaciones de carácter privado no tienen relevancia política. Cuando hablamos ahora de “poderes privados”, no hacemos referencia a la politización de esferas privadas (en un sentido de libertad), sino que nos referimos a la concentración de poder real en manos de instituciones de poder nuevas que lo ejercen de forma efectiva, nos referimos al crecimiento y la mutación experimentada por las instituciones de producción modernas –las empresas– que han dado origen a las llamadas empresas multinacionales: empresas extendidas por diversos países y formalmente sometidas a varias legislaciones estatales (en las que pueden influenciar a través de sus enormes contribuciones tributarias en favor de políticas fiscales o laborales favorables para las mismas) que manejan recursos económicos en muchos casos superiores a los de muchos estados. Estos poderes privados, son denominados así porque «revientan las categorías teóricas (de poder) heredadas, como un conglomerado de centros de poder político privado, pues adoptan decisiones significativamente políticas, pero lo hacen desde institutos privados de decisión», CAPELLA, J. A., “La globalización: ante una encrucijada jurídico política”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, *cit.*, pp. 19-20.

Monetario Internacional. Decretos gubernamentales estatales de ajustes de las políticas sociales en demanda de un mercado mundializado y abstracto<sup>80</sup>.

En segundo lugar, la aparición de nuevos actores económico-sociales y la mundialización de las relaciones intersubjetivas han provocado la proliferación de organismos internacionales de concertación jurídica y política. A través de tales organismos los Estados, que por sí solos se encuentran impedidos para regular las materias y los espacios globales (por el carácter mundial de las materias, los espacios y la instantaneidad de los tiempos en los que los sujetos pueden ahora relacionarse gracias al avance de las telecomunicaciones), tratan de ordenar los nuevos intereses comunes a todas las naciones. Los Estados nacionales se enfrentan de modo creciente a problemas técnicos de una magnitud tal que exigen la cooperación internacional, la coordinación regional o mundial de políticas concertadas. El ámbito en el que actúan estos organismos no tiene sólo carácter económico (OMC, Banco Mundial, FMI...), sino que también responden a inquietudes comunes (medio ambiente –Tratado de Kioto-, salud –OMS-, seguridad) provocadas por la internacionalización de las relaciones socio-económicas, y a la salvaguarda de principios universales (Carta de Derechos Universales de la ONU, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos) como la paz o los derechos humanos. La proliferación de estos organismos internacionales representa un importante indicador de la transformación de la estructura de poder tradicional del Estado nacional. Representan la limitación y el cambio de los lugares de soberanía del Estado, que ahora se articulará y limitará en instancias internacionales productoras de tipologías normativas a las que quedará jurídica o políticamente vinculado, y que influirán en la capacidad de autodeterminación política de sus gobiernos y en la eficacia del Derecho propiamente nacional<sup>81</sup>.

El incremento de tales organismos internacionales es precisamente el elemento de mayor relevancia en este estudio jurídico constitucional. La multiplicación de estas entidades suponen el incremento de centros de producción normativa, normas de naturaleza intergubernamental que son, a priori, ajenas a los procedimientos democráticos internos y a sus respectivos controles, establecidos en sede nacional por las Constituciones estatales<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Como ejemplo baste señalar el polémico *Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público*, (BOE n. 126, 24 de mayo de 2010, convalidado el 27 de Mayo, por el partido mayoritario, gracias a la abstención de dos partidos minoritarios). A este respecto Permítase la cita al artículo publicado en el diario nacional “Público” (domingo, 13 de junio de 2010) titulado “La Justicia y los ‘Mercados’”, firmado por PISARELLO, G., en el que se hace alusión a la necesidad de recuperar un principio jurisprudencial como el ‘principio de no regresividad’ en el ámbito del Estado del bienestar y la igualdad de derechos para evitar el reajuste económico-social provocado por la reciente crisis financiera mundial, p. 9.

<sup>81</sup> Ver en este sentido de nuevo FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías...*, *cit.*, especialmente el capítulo “La soberanía en el mundo moderno”, pp. 125-158.

<sup>82</sup> Así, como advierte la doctrina más crítica «la noción moderna dominante de democracia está íntimamente ligada al Estado-nación. Así, para examinar el estatus actual de la democracia, debemos considerar ante todo el cambio de poderes y de papel del Estado-nación. Muchos teóricos sostienen, y muchos otros rechazan, que los diversos fenómenos agrupados comúnmente bajo el término “globalización” han erosionado o incluso anulado los poderes de los Estados

En conclusión, de la globalización socio-económica ha resultado una “globalización jurídica” como respuesta al actual declive del poder regulador del Estado. Ello ha supuesto una transformación de los procedimientos jurídico-políticos de regulación de conflictos, que en los Estados constitucionales democráticos de Derecho occidental se habían basado, desde mediados del siglo XX, en procedimientos de deliberación democráticos, y en procedimientos de producción normativa sobre la base de los principios y límites establecidos en sus Constituciones. Es decir, la superación del marco del Estado nación en la regulación de la sociedad mundial puede comportar, y comporta, una quiebra del principio democrático en la producción de las normas que se aplicarán a los ciudadanos, y el principio democrático es fundamento esencial del Estado Constitucional<sup>83</sup>.

### B) La crisis de legalidad o de la Constitución normativa observada en la actuación de los poderes públicos en el contexto global

Es cierto que los cauces de regulación de los organismos internacionales alteran el monopolio del Estado como productor de Derecho. No obstante, es fundamental el hecho de que, en las instancias internacionales los gobiernos estatales encuentran también una salida a su falta de capacidad tanto para regular ámbitos materiales y espaciales (que de forma individual escaparían a su control), como para determinar las condiciones en las que se relacionan con actores globales de carácter no estatal (como las grandes multinacionales u organismos no gubernamentales). Se ha aceptado comúnmente la afirmación del “declive” del poder regulador del Estado nacional, sin embargo, no podemos olvidar que en realidad los Estados, frente a los poderes económicos privados, son los principales actores de la globalización<sup>84</sup>.

---

nación», ver NEGRI, A., y HARDT, M., “Globalización y democracia”, en NEGRI, A., Guías. Cinco lecciones en torno a Imperio, Paidós Estado y Sociedad 118, Barcelona/Buenos Aires/México, 2004, p. 93.

<sup>83</sup>Para ARAGÓN REYES, M., “Constitución, democracia y control”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 88, México, 2002: «sólo es Constitución auténtica, es decir, Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que únicamente ella permite limitar efectivamente, esto es, jurídicamente, la acción del poder», p.10, «la democracia enlaza la validez y la legitimidad de la Constitución», p. 11, ver también el trabajo ID. “El control como elemento inseparable del concepto de constitución”, Revista española de Derecho Constitucional, num. 19, enero-febrero de 1987. Debo citar la definición de Rubio Llorente: «por constitución entendemos... y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con algunas inconsecuencias, a las Constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional”, RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del derecho”, en ID., La constitución y las fuentes del derecho, 1979, vol.I. p. 61.

<sup>84</sup> A menudo la cuestión se expresa como un aut/aut: o los Estados-nación son diferentes o existe u nuevo orden global. La Era de la Globalización no ha significado el fin del Estado-nación, aun hoy algunos estados cumplen funciones esenciales en la institución y reglamentación de las normas económicas, políticas y culturales, pero otros Estados-nación han sido efectivamente destituidos de la posición de autoridad soberana. Cfr. NEGRI, A y HARDT, M., “Globalización y democracia”, cit., p. 93. Este autor resuelve la paradoja mediante el concepto de “imperio” que expresa la ocupación del poder en un orden mundial transitorio dominado por una red de poderes ubicados en diferentes estados, pero sólo en algunos. MAESTRO BUELGA, G., “Globalización y constitución débil”, cit. es de la opinión de que los Estados son los principales actores de la Globalización. Un ejemplo esencial sobre la atribución de poder a órganos supranacionales, por

Por un lado, los gobiernos nacionales recurren a las instancias internacionales para tratar de regular los conflictos económico-sociales propios de la globalización, frente a los que, de otro modo, perderían capacidad de actuación. Ello efectivamente implica la vinculación de su autonomía política a acuerdos internacionales (como el control sobre los recursos tributarios de las empresas nacionales, que sin embargo operan internacionalmente; el control sobre las emisiones de gas o el consumo de energía; la decisión de comerciar con determinados países, la decisión de congelar o requisar bienes bancarios de sospechosos de terrorismo<sup>85</sup>... etc.), pero por otro lado, los Estados — los gobiernos de los mismos, quiero decir — ganan sin duda espacios para un nuevo tipo de influencias<sup>86</sup>.

Efectivamente, el poder del Estado se transnacionaliza y la toma de decisiones, cada vez en mayor número y con mayor trascendencia, se realiza en organismos internacionales a través de una concertación intergubernamental, que escapan, en la mayoría de los casos, a los sistemas internos de garantías constitucionales en la producción del Derecho (por ejemplo en todas aquellas materias incluidas en el artículo 94.2 de la Constitución española), garantías esenciales e inherentes a la democracia constitucional y al Estado de Derecho. La toma de decisiones a nivel internacional, a menudo, socava los límites impuestos al poder público estatal por las Constituciones nacionales<sup>87</sup>.

El valor del procedimiento democrático, como marco de deliberación representativo previo al proceso de producción normativa, ha cedido su lugar en los

---

un lado, y la contrapartida de la recuperación de tales poderes (transformados) de nuevo por el Estado en el ámbito supraestatal se observa especialmente en la integración europea. Así lo expresa la Corte Costituzionale en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia *Frontini* de 27 de diciembre de 1973 (que será examinada más adelante), cuando expone en el fundamento 5 *in fine*: «questa attribuzione di potestà normativa agli organi della C.E.E., con la corrispondente limitazione di quella propria degli organi costituzionali dei singoli Stati membri, non è stata consentita unilateralmente né senza che l'Italia abbia acquistato poteri nell'ambito della nuova istituzione. Stipulando il Trattato di Roma l'Italia ha liberamente compiuto una scelta politica di importanza storica, ed ha acquistato, con la partecipazione alla Comunità economica europea, il diritto di nominare propri rappresentanti nelle istituzioni della Comunità, Assemblea e Consiglio, e di concorrere alla formazione della Commissione e della Corte di giustizia. Le consentite limitazioni di sovranità trovano quindi il loro corrispettivo nei poteri acquisiti in seno alla più vasta Comunità di cui l'Italia è parte, e con la quale è stato concretamente iniziato il processo di integrazione degli Stati d'Europa».

<sup>85</sup> Por ejemplo, veamos los Reglamentos CE 1390/2002 que dio origen a la famosa Sentencia del TJ del asunto *Kadi*, C-402/05.

<sup>86</sup> HABERMAS, J., *El Derecho internacional hacia la transición...*, *cit.*, p. 30. En su ensayo, “SO, Why does Europe need a constitution?”, disponible en [www.iue.it/RSC/EU/Reform02.pdf](http://www.iue.it/RSC/EU/Reform02.pdf), concretará esta idea en la propia Unión Europea entendiéndola, en determinadas ocasiones, la Unión Europea como un esfuerzo común por los gobiernos de los Estados miembros «to win for themselves in Brussels a degree of the interventionist capacity that they have lost at home».

<sup>87</sup> BARRILAO SÁNCHEZ, J. F., “Sobre la constitución normativa y la globalización”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 7, 2004, pp. 248-249. Por poner un ejemplo, como advierte el TJ en el FJ 10 de la citada sentencia *Kadi*: “Conforme al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, «en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta» que unido a los artículos 95.1 y 96 suponen también una prevalencia de las obligaciones internacionales sobre las propias normas internas e incluso constitucionales (lo que es visible en el ámbito de la integración regional de Europa). Ver SCHILLACI, A., “Tutela dei Diritti e Cooperazione tra ordinamenti in due recenti pronunce del giudice comunitario”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, pp. 1255 y ss.

organismos públicos internacionales a la concertación intergubernamental, donde los instrumentos jurídicos y los compromisos internacionales pactados no responden a una voluntad representativa de los ciudadanos, ni se sujetan al límite interno constitución-poder legislativo. Estas decisiones, en la mayoría de los casos, sólo pueden ser controladas de forma indirecta por los parlamentos nacionales, y representan a la mayoría parlamentaria sobre las que se sostienen los gobiernos (obviamente sólo en los estados con una democracia constitucional), prescindiendo de la participación y el control de las minorías políticas estatales. Por lo que la mayoría de los gobiernos quedan jurídica y políticamente vinculados a instrumentos conformados mediante procedimientos que prescinden del juego entre mayorías y minorías, garantía del pluralismo impuesta como límite por las Constituciones normativas nacionales<sup>88</sup>.

La articulación del pluralismo es, precisamente, la esencia de la democracia constitucional. Y en la toma internacional de decisiones, de forma intergubernamental, se observa abiertamente la imposición de las políticas de los gobiernos más poderosos (en términos económicos o incluso armamentísticos) sobre mayorías y minorías y, por lo tanto, el vaciamiento de la esencia constitucional misma. La concepción de la Constitución normativa como articulación de las bases entre el Estado y la sociedad, como vinculación y límite al poder público respecto de los ciudadanos, pierde su vigor ante el cambio de los centros de decisión política y producción normativa, ante el desplazamiento del poder de los parlamentos al poder de los consejos o asambleas intergubernamentales. Ante el desplazamiento de los lugares de soberanía estatal<sup>89</sup>.

El desplazamiento de los lugares de toma de decisión política y normativa, en un creciente número de materias, del ámbito nacional al internacional, termina por quebrantar la funcionalidad del Estado democrático y las relaciones tradicionales entre Estado y ciudadanos, haciendo saltar el nexo entre democracia y pueblo que tradicionalmente se encontraba en la representatividad y en la primacía de la ley<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Como ejemplo cito de nuevo a HABERMAS, J., *El Derecho Internacional en la transición...*, respecto de la crítica de la toma de decisiones llevada a cabo en el Consejo de Seguridad de la ONU sobre la pertinencia de la invasión de Irak en 2003. La escasa representación de la población de los Estados defensores de la intervención en este debate se expresó en las manifestaciones llevadas a cabo en el mes de marzo de ese mismo año en las que se calculan se posicionaron en contra hasta cien millones de personas en todo el mundo.

<sup>89</sup> De nuevo con VERGOTTINI, G., debemos señalar que no nos encontramos ante una crisis de la soberanía del Estado, sino que es un cambio de lugar o desplazamiento de la misma. Efectivamente es el propio Estado el que en la mayoría de ocasiones lleva a cabo un proceso de desregularización o liberalización de determinadas materias al conducir las al ámbito internacional. Lo que el autor nos expone con claridad es que en algunos casos el Estado se consideraría superado en el sentido de que cada Estado no está en disposición de intervenir, mientras que en otros, ningún Estado estaría capacitado para actuar de un modo resolutivo, en cuanto que objetivamente sólo un nivel de intervención más amplio resultaría eficaz. VERGOTTINI, G., “Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización”, *Teoría y Realidad constitucional*, 2006, nº 18, p 134.

<sup>90</sup> DE CABO MARTÍN, C., “Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador”, *ReDCE*, nº. 11, 2009, pp. 17 y ss.



En definitiva, la crisis del monopolio de la producción jurídica del Estado y su desplazamiento a un nivel internacional ha provocado una quiebra en la soberanía del Estado<sup>91</sup>. Esta crisis de soberanía da lugar al traslado de los lugares de deliberación política y jurídica al ámbito internacional, donde los gobiernos de los Estados encuentran un foro adecuado para regular y realizar de forma cooperativa aquellas funciones que, la mundialización de las relaciones socio-económicas, les impide realizar de forma efectiva por sí solos. Este desplazamiento induce a una crisis de las garantías constitucionales en la producción del Derecho que se impondrá a los nacionales, en tanto que no existe un marco constitucional a nivel internacional que articule democracia y garantía de derechos.

Esta modificación de la normatividad constitucional puede denominarse con FERRAJOLI como “crisis de legalidad”, es decir, como crisis del valor vinculante asociado a las reglas constitucionales por los titulares de los poderes públicos<sup>92</sup>. La deliberación político-jurídica en los organismos internacionales puede permitir a los gobiernos de los Estados vincular su sistema normativo a pactos producidos al margen de las garantías constitucionales de sus ordenamientos jurídicos mediante las cuales los ciudadanos encontraban, a través de su formalización y procedimentalización democrática, una garantía frente a posibles abusos de poder. Las posibilidades de regulación de los conflictos globales que ofrecen los organismos internacionales y el Derecho internacional tienen, como contrapartida, la progresiva degradación de las reglas del juego institucional y de los límites y vínculos que las mismas imponen, a nivel interno, a los poderes públicos del Estado constitucional de Derecho<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> De nuevo con ARAGÓN, M., podemos decir que «(e)l Estado constitucional es, por principio, y no hace falta subrayarlo, Estado de derecho, y en consecuencia, la democracia constitucional implica la juridificación de la democracia, y por ello la necesidad de concebir jurídicamente a la propia soberanía» ... «el Estado constitucional se sustenta precisamente en la proclamación de que hay un soberano y que ese soberano es el pueblo. Soberano que se autolimita a través de la constitución. Autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable siempre que, claro está, no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría; esto es, siempre que no separemos Estado democrático y Estado de derecho. La autenticidad de la Constitución radica precisamente, en la asociación y no en la separación de ambas categorías; más aun, sin tal asociación no habría, en realidad, derecho constitucional, sino mero derecho estatal», Constitución, democracia y control, *cit.*, p. 15

<sup>92</sup> FERRAJOLI, L., “Crisis de la Democracia en la Era de la Globalización”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez: Derecho y Justicia en una sociedad global. UGR, Granada, 2005, p. 39 considera la existencia de una «crisis de la legalidad tanto ordinaria como constitucional» y la define como «la crisis del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos». Ver también FERRAJOLI, L., “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Trotta, Madrid, 2009, p. 15. En el mismo sentido ver PIZZORUSSO, A., *op. Cit.*, ver la teoría del Estado experimental dentro del concepto de Estado como movimiento social de última hora, p. 411.

<sup>93</sup> Con VERGOTTINI, G., debemos decir justo después de esta argumentación que a pesar de la crisis del Estado, en el discurso sobre la globalización, la mera observación de los acontecimientos de la economía y la política es una banalidad. La mera constatación del hecho de que en la realidad internacional se mueven algo más que los Estados y las organizaciones internacionales es insuficiente. Ciertamente se ha demostrado que existen intereses privados con capacidad de prescindir del marco jurídico tradicional impuesto por los pactos entre estados, poderes privados que interactúan con las herramientas del derecho público; pero de ahí a decir que «el Estado sea un concepto obsoleto es, en cambio, una opinión del todo arbitraria, o por lo menos superficial, ...que conceptos tradicionales de las herramientas del iuspublicista, como soberanía, territorio, jerarquía entre ordenamientos y fuentes, no deban ser considerados de forma tan determinante en los análisis de los fenómenos jurídicos, es algo muy discutible». VERGOTTINI, G., “Garantía de la identidad de los ordenamientos...”, *Cit.*, p 131.

### 1.3 Crisis del sistema de fuentes del Estado y de los límites y controles constitucionales a los poderes públicos.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional, el desgaste de la soberanía del estado y la crisis de legalidad provocadas por el panorama global, se han manifestado en la alteración del sistema de fuentes del Derecho del Estado (A) y en las garantías que la ordenación constitucional de las fuentes ofrecía en salvaguarda de los derechos de los ciudadanos de los Estados frente a la actuación de los poderes públicos (B)<sup>94</sup>.

#### A) Crisis del sistema de fuentes del Derecho

El sistema de fuentes estatal se ha visto superado en dos formas. Por un lado, debido a la influencia de la actividad de actores extraños y determinadas materias que trascienden su ámbito aplicativo pero que, no obstante, influyen en la eficacia y efectividad de la legislación interna<sup>95</sup>. Los ámbitos de validez, tanto personal como territorial, de las tipologías normativas nacionales no abarcan a la totalidad de sujetos que hoy pueden entrar en relación y conflicto con relevancia para los intereses del Estado, ya sea porque no se relacionan físicamente (Internet) o porque actúan al mismo tiempo en diferentes Estados (multinacionales). Los instrumentos normativos internacionales vienen, de algún modo, a complementar a las normas nacionales en su efectividad, pero aquí encontramos una segunda carencia en el sistema de fuentes interno. En segundo lugar, el sistema de fuentes estatal se desborda, desde la perspectiva global, por la inexistencia de criterios eficaces de estructuración y relación de las fuentes internas con la “multitud” de categorías normativas surgidas desde los diferentes organismos de cooperación intergubernamental<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Para MAESTRO BUELGA, G., “Globalización y Constitución débil”, *Cit.*, «La globalización, en cuanto que desvinculación de la constitución material del Estado social, que resulta sustancialmente contradicha, actúa transformando el contexto de referencia constitucional afectando al ordenamiento estatal. En primer lugar, el paradigma de la globalización se convierte en mecanismo corrector de la constitución escrita, esto es de la constitución formal del estado social. En segundo lugar trastoca el sistema de fuentes, trasladando al ámbito ordinario de normación, aquel disponible en la competencia política, la reordenación y la reconstrucción de los elementos definidores del sistema», p. 171

<sup>95</sup> Así lo dispone por ejemplo el Consejo de Estado Español, respecto de la pertenencia de España a la UE y al Consejo de Europa, en el “*Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*”, de 14 de febrero de 2008, nº. E 1/2007: “Los cambios que ha experimentado el ordenamiento jurídico interno a lo largo de todo este proceso afectan, sin duda, a la función normativa del Estado, con la previsión de nuevos sujetos creadores de derecho y con nuevas funciones, en especial para la Administración, de participación en tal proceso;”

<sup>96</sup> SORRENTINO, F., “Le fonti del diritto amministrativo”, en SANTANNIELLO, G., (dir.), *Tratato di Diritto Amministrativo*, CEDAM, Pádua, 2004, p. 9. Sorrentino expresa que junto al Derecho europeo, la crisis del sistema de fuentes, que es reflejo de la crisis del estado (nación), se debe a la fragmentación y la distribución del poder público de acuerdo a un esquema y unas reglas, no sólo no previstas por las normas constitucionales, sino completamente extrañas a ellas, como es el caso de las administraciones internacionales... en la era actual de la globalización de los llamados “mercados”. A esta distribución corresponde no sólo una distinta articulación del sistema de fuentes, sino la creación de centros de producción normativa no previstos en el texto constitucional aunque eficaces y susceptibles de condicionar el comportamiento de sujetos públicos y privados. Especialmente, y para un análisis más concreto sobre la influencia de la globalización en el sistema de fuentes del Derecho me remito a PIZZORUSSO, A., *Justicia, constitución y pluralismo*, *cit.*, especialmente pp. 57-87. Ver también GALGANO, F., “La globalizzazione e le fonti del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, pp. 313 y ss.

Comenzando por la segunda carencia, debemos señalar que a nivel interno, la constitucionalización de criterios de relación entre fuentes, como los principios de “jerarquía” y “competencia”, tienen una enorme trascendencia en este análisis de la situación actual, ya que no sólo tienen una dimensión conflictual — estableciendo criterios de solución de antinomias normativas —, sino que, en el lenguaje de la teoría de fuentes del Derecho, tales principios adquieren una dimensión estructural: las fuentes del Derecho son expresión de los diversos poderes sociales y políticos en un Estado, y por lo tanto son la forma de ordenación y estructuración de los diferentes “poderes” normativos que actúan en el ámbito estatal<sup>97</sup>.

Respecto a la primera causa señalada, — la falta de efectividad de las fuentes nacionales para regular los nuevos ámbitos globales de las relaciones socio-económicas y, en consecuencia, la proliferación de nuevas categorías normativas internacionales — debemos volver a subrayar que el Estado ha perdido su carácter de productor único del Derecho en la esfera tanto nacional como internacional, compartiendo este espacio con organismos de cooperación estatal. En los últimos cincuenta años, desde los organismos internacionales han proliferado categorías normativas de naturaleza dispar (dictámenes, informes del FMI, resoluciones del Consejo de seguridad de la ONU, directivas comunitarias, sentencias vinculantes y no vinculantes de tribunales internacionales...) cuyo régimen jurídico difiere de un Estado a otro y cuya eficacia en los ordenamientos jurídicos de los Estados no se sujeta a la teoría constitucional de las fuentes del Derecho nacional. Dentro de estas categorías normativas plantean un problema especial aquellas derivadas directamente de las instituciones internacionales por órganos a los que se les concede un poder autónomo de decisión (como los reglamentos, decisiones y directivas comunitarias). Estas categorías normativas tienen una verdadera efectividad en las decisiones políticas de los Estados, por lo que pueden influir en la eficacia de las normas nacionales provocando una quiebra en los principios de estructuración del sistema de fuentes nacional y, consecuentemente, una alteración en el equilibrio de poder establecido constitucionalmente.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “En el XXV aniversario de la Constitución: de las fuentes del Derecho al ordenamiento jurídico y a las relaciones entre ordenamientos”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 6, 2003, p. 212. «Hay que tener en cuenta que a través de las fuentes del derecho se manifiesta el poder social y político en las diversas instituciones con capacidad de producir normas».

<sup>98</sup> Me remito de nuevo a Pizzorusso para un brevísimo resumen sobre la aparición de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes como hitos jurídicos a través de los que se estableció desde mediados del siglo XX un primer equilibrio basado en el reconocimiento del pluralismo (desde los sujetos sometidos a derecho y desde el reconocimiento de poderes públicos plurales y descentralizados) y el reparto procedimental y competencial de poder, PIZZORUSSO, A., Justicia, constitución y pluralismo, *cit.*, pp. 63 y ss. Por otro lado, respecto del establecimiento constitucional de las relaciones jurídicas entre fuentes nacionales y fuentes internacionales no podemos olvidar que ciertamente en algunos Estados como Francia su constitución deja muy claro el lugar que ocupan los Tratados internacionales frente a las disposiciones nacionales: un valor jerárquicamente superior. Sin embargo, no se especifica la relación entre las disposiciones normativas producidas de forma derivada o secundaria, es decir, aquellas normas producidas por las instituciones creadas en los tratados internacionales para gestionar las propias organizaciones internacionales. Obviamente este conflicto se entiende mucho mejor desde el punto de vista del Derecho derivado de las Instituciones europeas, y será estudiado a lo largo de esta tesis.

Como veremos a lo largo de esta tesis, el desequilibrio causado en los sistemas de fuentes nacionales por la aparición de categorías normativas externas tiene una particular relevancia en el ámbito europeo.

Desde esta perspectiva repetimos lo apuntado hasta el momento. Las decisiones políticas de carácter internacional conllevan la irrupción en los ordenamientos nacionales de disposiciones normativas producidas al margen de los sistemas de producción normativa constitucional — en concordancia con el principio democrático, las garantías procedimentales del pluralismo y la participación de las minorías —, así como de procedimientos de control que, no obstante, despliegan su eficacia entre los ciudadanos y los particulares de los Estados<sup>99</sup>. En resumen, podemos decir que la quiebra del sistema de fuentes constitucional conlleva una desestructuración de los mecanismos de limitación y ordenación del poder en el Estado constitucional, y por tanto una minoración sensible de la vinculación de los poderes públicos a los límites constitucionales impuestos como garantía de los derechos de los ciudadanos. La ordenación constitucional de las fuentes a nivel internacional, y el planteamiento de garantías y límites a las decisiones tomadas por los Estados en las instituciones internacionales, serían una solución coherente a la crisis que sufre el Derecho constitucional actualmente, pero requeriría precisamente eso, la constitucionalización del Derecho internacional.

La crisis del sistema de fuentes estatal en la regulación de la situación global provoca un profundo vacío en los procedimientos de garantías y limitación del poder de los poderes públicos. Las categorías normativas internacionales no se sujetan a los límites garantizados por las Constituciones normativas nacionales y, por lo tanto, se ven liberados de las posibilidades de control institucionalizado en las Constituciones rígidas a través de procedimientos jurisdiccionales, procedimientos que garantizan la limitación del poder normativo a nivel estatal<sup>100</sup>. La ausencia de tales garantías ha tenido como consecuencia más notoria la vulneración de los derechos de los

---

<sup>99</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías... cit.*, p. 16 y ss. Por otro lado debemos tener en cuenta que el Derecho internacional se realiza a través de pactos soberanos entre estados, a través de tratados que en los distintos estados adquieren una fuerza diversa, pero que en la mayoría de los casos superan jerárquicamente a la propia constitución. Observemos por ejemplo el artículo 95 CE? El caso de Francia, Irlanda, Suecia... Como ejemplo baste ojear los diarios europeos en los que observaremos la proliferación de decretos de los Gobiernos que a través de decisiones de carácter político o económico tienden a recortar los servicios sociales en sus Estados así como el gasto público influenciados por las decisiones de los organismos económicos internacionales como el FMI o el Banco Mundial, así como por los informes de empresas privadas de valoración de riesgos.

<sup>100</sup> En el sistema de fuentes del derecho, con la aparición de la constitución normativa, ocurre una “formalización” de técnicas definitorias del régimen jurídico de las categorías normativas y de reglas relacionales: esta formalización responde en su última razón a la teoría constitucional, de modo que la teoría de fuentes se convierte así en un mecanismo de distribución del poder público (jerarquía, distribución material de la competencia, control de la competencia por el TC...). La ordenación constitucional de las fuentes del derecho es un límite al poder en cuanto que, la constitución, es fundamento y límite de la validez del poder legislativo al situarse en una posición suprema. Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho, cit.*, p.

ciudadanos y, desde un punto de vista económico comparado, el crecimiento exponencial de la desigualdad en el mundo<sup>101</sup>.

## B) Crisis de las garantías de derechos de los ciudadanos

Ciertamente debemos destacar que son los ciudadanos los que en mayor medida sufren la “crisis” del Derecho producida por las debilidades de la ordenación constitucional de fuentes en relación con la globalización. No han sido los Estados (poderes públicos estatales) los que han perdido poder, aun cuando su soberanía se ha visto modificada o compartida con otros órganos, sino que, en mayor medida, los perjudicados son los ciudadanos<sup>102</sup>. Si por un lado, los límites impuestos por las constituciones normativas a la producción del Derecho se interrumpen en el ámbito internacional; por otro lado los ciudadanos pierden la posibilidad de participar o protegerse jurídicamente de los resultados internos de la aplicación de las políticas pactadas por la cooperación intergubernamental<sup>103</sup>. Como consecuencia, los gobiernos estatales encuentran, a menudo, en las organizaciones internacionales espacios donde radicar acciones que a nivel interno estarían limitadas por controles jurídico-políticos y procedimientos de participación.

### b.i) Régimen jurídico de los Tratados internacionales

El ejemplo más notorio (aunque no válido para todo nuestro discurso) se observa en el régimen jurídico tradicional de los tratados, la principal fuente del Derecho internacional. El tratado de Derecho internacional tiene un régimen jurídico propio

---

<sup>101</sup>DE SOUSA SANTOS, B., Reinventar la democracia, Sequitur, primera reimpresión, Madrid, 2009, p. 28. Resumido en un concepto propio de “fascismo societario”. J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales), Hegoa/OMAL, Bilbao, 2009. SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., “Derecho europeo y Globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional”, ReDCE, nº. 12, 2010. Esencial en las consecuencias económicas de la globalización la obra colectiva dirigida por COLLIER, P., y DOLLAR, D., Globalizzazione, crescita economica e povertá. Rapporto Della Banca Mondiale, Il Mulino, Bologna, 2003, especialmente en clave histórica, pp. 41 y ss.

<sup>102</sup> De nuevo VERGOTTINI, G., “Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización”, *Cit.*, p 131: «no es fácil defender que siempre en el nivel superior se puedan afrontar de una forma más positiva los problemas que interesan al ciudadano y a la colectividad», este autor considera que la afirmación de la erosión del poder del Estado en un mundo globalizado se ha construido sobre la base de la erosión del sistema de fuentes estatal. Sin embargo el mercado, que crea una nueva *lex mercatoria* sobre la fuerza del contrato, no tiene entidad soberana ni capacidad de coacción por lo que la fuga del mercado del ámbito estatal se observa en la formación de las reglas, pero el estado retoma su cuota de soberanía en el momento de la aplicación, cuando los entes privados y económicos necesitan hacer cumplir la *lex mercatoria* o el contrato. La Corte de Casación italiana, por ejemplo, reconoce la autonomía del ordenamiento mercantil, pero recuerda que “la falta de soberanía de la *societas mercantil* y la carencia de potestad coactiva de sus estructuras organizativas” hace que para el mercado permanezca la necesidad de “recurrir a la fuerza del *ius cogens* de los ordenamientos soberanos”. El error que tendencialmente se comete es considerar el nivel estatal como perdedor ante la configuración de un orden global, ya que ambos órdenes se consideran como dos alternativas excluyentes, cuando por el contrario deben ser tratadas como dos realidades complementarias.

<sup>103</sup> En este sentido es interesantísima la contribución de SCHILLACI, A., a la comprensión del valor de la citada Sentencia del TJ *Kadi*, haciendo hincapié en las garantías de los derechos de participación en el proceso decisorio y deliberativo del acto normativo por los poderes públicos en el ámbito internacional: “Derechos fundamentales y procedimiento entre libertad y seguridad”, ReDCE, n.13, 2010, pp. 209 y ss.

que responde a la máxima del *pacta sunt servanda*, lo que limita las posibilidades de los ciudadanos de invocar intereses subjetivos (legítimos a nivel interno) frente a los gobiernos y las administraciones de sus Estados de origen cuando éstos, en aplicación de políticas pactadas mediante tratados en esferas externas al Derecho nacional, menoscaban sus intereses o derechos sustantivos.

Efectivamente, en la regulación de la normatividad de los tratados internacionales existen algunas desavenencias respecto a la ordenación constitucional de la producción normativa. Concretamente en lo relacionado precisamente con los instrumentos de garantía de los derechos de los ciudadanos (de carácter constitucional) frente a la actuación internacional de los poderes públicos del Estado.

En primer lugar, el régimen jurídico de los tratados, tal y como deriva de la Convención de Viena de 1969, establece respecto del Derecho interno que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”<sup>104</sup>. Esta disposición implica que una vez celebrado un tratado internacional válidamente, sus disposiciones deberán ser respetadas y aplicadas por los Estados firmantes, y sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas de acuerdo con el propio tratado (art. 96 CE). De no ser así, frente a un incumplimiento de sus disposiciones, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional.

No en vano, en España y los Estados de su entorno, existen mecanismos constitucionales propios por los que se establecen controles de constitucionalidad de los tratados internacionales (art. 95 CE). Pero estos controles se realizan de manera previa a su ratificación, tienen como finalidad impedir que, por el carácter monista de tales ordenamientos en relación con los Tratados internacionales, el Estado tenga que elegir posteriormente entre el respeto a su norma fundamental o la responsabilidad internacional. Por su carácter previo, su naturaleza es declarativa y abstracta, y en este sentido, los tratados que incorporan derechos destinados a limitar el poder de los Estados frente a sus ciudadanos no pueden ser correctamente evaluados por este procedimiento en una comparación entre éstos y los correlativos derechos constitucionales internos. Sólo a través de procedimientos posteriores a la incorporación de los Tratados al ordenamiento nacional puede determinarse con exactitud su influencia sobre los derechos internos de los ciudadanos (a través del artículo 10.2 CE)<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Disposición 27 del Tratado firmado en la Convención de Viena, el 23 de mayo de 1969, por 103 Estados. Ello por supuesto sin perjuicio del artículo 46.1: “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”. El apartado 46.2 indica: “una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

<sup>105</sup> Un ejemplo lo encontramos en la Declaración del Tribunal Constitucional español previa a la ratificación del Tratado Constitucional europeo, DTC 1/2004, en su FJ 6, el TC declara: “Los problemas de articulación entre regímenes

En este sentido, más bien, deberíamos pensar en la situación en la que un tratado, al ser aplicado, vulnera en algún modo disposiciones de rango legal del Estado (disposiciones que por ser ley tienen un contenido de expresión de la voluntad popular en el Estado constitucional, o al menos la posibilidad de control o ratificación por el parlamento). Ante tal situación, y en el marco de la globalización y proliferación de los instrumentos normativos internacionales de tipo convencional, es fácil observar el creciente peligro al que están sometidos los límites constitucionales y las garantías que suponen para la expresión legal, más aun cuando tales leyes desarrollan derechos de los ciudadanos de los Estados.

No obstante la mayoría de tratados, cartas y convenios internacionales de garantía de los derechos humanos (Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 o la Declaración de Derechos Humanos de la ONU), contienen disposiciones que les impiden rebajar el nivel de protección nacional de los derechos, y su eficacia en el ámbito interno es, por lo general, específicamente hermenéutica (artículo 10.2 de la CE).

Por ello, lo realmente relevante en relación con las garantías de los derechos de los ciudadanos en el ámbito internacional es el siguiente elemento, el lugar que ocupan en el orden internacional y su Derecho.

### b.ii) La posición de los ciudadanos en el ámbito internacional

Como hemos afirmado, la producción normativa de los organismos internacionales pone en peligro los límites impuestos constitucionalmente a los poderes nacionales en la producción y aplicación del Derecho, puesto que a nivel internacional no existen los procedimientos jurisdiccionales adecuados a los que los ciudadanos pueden acudir cuando los Estados producen normas en este ámbito. La causa esencial es la situación jurídica que ocupan los sujetos individuales, personas físicas y jurídicas, en el ámbito internacional, es decir: el problema reside en que las personas privadas no son sujetos de Derecho internacional. Es bien conocido en la doctrina internacionalista que no basta para ser considerado sujeto del orden internacional con ser beneficiario de un derecho o estar afectado por una obligación,

---

de garantía son característicos de nuestro sistema de derechos fundamentales, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de precisar el concreto contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance. Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado [Constitucional] no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. Como sucede con los que desde el primer momento viene planteando la integración del Convenio de Roma, su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la CE”.

sino que se requiere una aptitud para hacer valer el derecho ante instancias internacionales.

Es cierto que existen algunos mecanismos en el plano internacional que permiten actuar jurídicamente a los ciudadanos en garantía de derechos. Estos mecanismos han surgido a raíz de algunos Tratados y Convenios internacionales de protección de derechos humanos<sup>106</sup>. Sin embargo, aunque estos instrumentos han proliferado y evolucionado desde los últimos 60 años, aun se encuentran en un nivel insuficiente de madurez pues, por lo general, los ciudadanos tienen vedado el acceso directo a los procedimientos contenciosos establecidos en los mismos<sup>107</sup>, las acciones disponibles se ejercitan contra la actuación de los Estados en el ámbito interno, y por definición, en todos los convenios sobre protección de derechos humanos en los que se establecen procedimientos contenciosos, los Estados pueden acogerse a cláusulas de exclusión de tales jurisdicciones<sup>108</sup>.

En el plano internacional, a pesar de que cada vez más en él se producen normas jurídicas y se cierne el debate político sobre la regulación de las relaciones globales y los derechos humanos, el individuo no es reconocido como un sujeto de Derecho internacional general<sup>109</sup>, ni encuentra mecanismos de participación y control en el ejercicio del poder adecuados a la magnitud de la regulación internacional. En la esfera de la regulación socio-económica desde los organismos internacionales los ciudadanos carecen de las garantías que sí encuentran (no en la mayoría de los Estados) concedidas por el Estado constitucional democrático de Derecho, así como de la tutela enraizada en el procedimiento ante las instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales cuando se trata de la eficacia de los Tratados.

Pero el problema es de mayor magnitud (como se verá especialmente en el caso de la UE). En el ámbito internacional no se dan las condiciones necesarias de control del poder propias del ámbito estatal porque faltan elementos esenciales que permitan

---

<sup>106</sup> Véase el Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma en 1950, en cuyo artículo 19 se constituye el Tribunal Europeo de Derechos humanos y en cuyo artículo 34 permite la presentación de demandas individuales por parte de particulares y ciudadanos de los Estados firmantes. Véase también el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en San José en 1969, donde se permite a los particulares presentar denuncias o quejas ante la Comisión Interamericana de Derechos.

<sup>107</sup> Ver por ejemplo el artículo 14 de la Convención para la prevención y sanción de delitos por genocidio de 1948, o las competencias de la Corte Internacional de Justicia en el artículo 34.1 de su Estatuto, así como y el Tribunal Penal Internacional.

<sup>108</sup> Ver BERRAONDO LÓPEZ, M., *Los Derechos Humanos en la Globalización: Mecanismos de Garantía y Protección*, Ed. Alberdania, San Sebastián, 2004. Más aun, ni siquiera los Estados pueden en todas las ocasiones respaldar sus relaciones a escala internacional con las garantías y procedimientos jurisdiccionales adecuados que permitan la solución de conflictos o la reparación de los daños causados por un Estado a otro. Siguiendo a Sabino CASSESE: «la persistente inmadurez del diritto internazionale si spiegherebbe –secondo un punto di vista- con il fallimento delle organizzazioni internazionali nel garantire il rispetto della *rule of law*», CASSESE, S., *Il Diritto Globale*, Einaudi, Turín, 2009, p. 31.

<sup>109</sup> Ver DÍAZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, decimotercera edición, Tecnos, Madrid, 2002, p., 250-251. También ARANGIO RUIZ, G., “L’individuo e il diritto internazionale”, *RIV*, Vol, LIV, n. 4, 1971, pp. 561-608.



la participación de la ciudadanía en el momento de la concertación de los instrumentos internacionales, no existen los factores materiales necesarios para la creación de un espacio público a nivel internacional que permita la consagración de instituciones e instancias de control y limitación de las políticas internacionales. Con tales carencias materiales se hace imposible una reconstrucción suficientemente madura de procedimientos de garantía de los derechos de los ciudadanos parangonable a las que se encuentran en el interior del espacio constitucional interno<sup>110</sup>.

Como se ha dicho, frente a la insuficiencia del poder regulador del Estado en el contexto global, los gobiernos han acudido a la cooperación internacional, en el seno de numerosas organizaciones internacionales, para coordinar políticas que hagan efectiva su autoridad frente a las nuevas fuerzas de influencia mundial y los nuevos conflictos. Estas políticas se pactan a través de procedimientos intergubernamentales y producen actos normativos. El problema se encuentra en que en el ámbito internacional, los gobiernos actúan al margen (o por encima) de los procedimientos internos propios de la democracia constitucional pluralista. Los gobiernos conciertan políticas internacionales respaldados en las mayorías parlamentarias que los sostienen, pero estas políticas, que tienen como resultado normas de naturaleza internacional que influyen en la eficacia de las normas internas, pueden prescindir de los procedimientos de participación y control del poder por parte de las minorías nacionales, participación fundamental en el contexto del pluralismo y en el marco de la constitución normativa que rige a nivel interno<sup>111</sup>. Las minorías políticas, sociales, étnicas... de los Estados se ven desprovistos de los límites y controles que sus Constituciones imponen a los ejecutivos (mayorías) y a los órganos de producción del Derecho, por lo que se sucede una merma potencial en las garantías de sus derechos y una quiebra de la funcionalidad de las Constituciones normativas internas en la articulación del conflicto social.

Es decir, si como dijimos al inicio, toda ordenación constitucional de una sociedad debe tender a la limitación y al control del poder en garantía de los derechos de los ciudadanos, es obvio que en la sociedad internacional no existe una organización constitucional, ni es previsible, y que, por causa de la creciente mundialización de los conflictos socioeconómicos, los límites y controles constitucionales internos sufren un desgaste proporcional al desplazamiento de los

---

<sup>110</sup> Falta, en realidad, un espacio público desarrollado que, por el momento, es muy improbable que pueda evolucionar en el ámbito internacional. Para empezar, la mayoría de los ciudadanos del mundo viven en Estados con regímenes no democráticos. Sobre este punto, y sobre la improbabilidad actual del desarrollo de un espacio constitucional internacional ver BALAGUER CALLEJÓN, F., “Derecho constitucional e integración supranacional en el contexto de la globalización”, en prensa.

<sup>111</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “La división territorial del poder en un contexto supranacional. El ejemplo de España en la Unión Europea”, en prensa, existe versión publicada en portugués, “A divisão territorial do poder num contexto supranacional. O exemplo da Espanha na União Europeia”, en André Ramos Tavares, Ingo Wolfgang Sarlet y George Salomão Leite (eds.), Estado Constitucional e Organização do Poder, Editora Saraiva, São Paulo (Brasil), 2010, Ver igualmente; ID, “Presupuestos y perfiles metodológicos del Derecho Constitucional Europeo”, cit; ID, “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, cit.

lugares de toma de decisiones jurídico políticas. Este desgaste se traduce en la quiebra del principio democrático y del principio del Estado de Derecho que en último lugar afecta a los ciudadanos y a su posición frente a los poderes públicos de sus naciones. Y es que, ciertamente, «la legitimidad del Estado constitucional no tolera sujetos *al* Derecho que no sean, a un tiempo, sujetos activos de su producción, sujetos *del* Derecho»<sup>112</sup>.

Aunque la crisis económica y financiera global a la que nos enfrentamos actualmente podría traducirse en el fracaso de los Estados soberanos frente a los poderes económicos globales (llamados mercados internacionales), lo cierto es que los Estados poseen a través de los organismos internacionales y la cooperación intergubernamental herramientas suficientes para regular, de manera conjunta, las relaciones económico-sociales a escala global. Sin embargo, como ya he afirmado, en el ámbito internacional los gobiernos pueden encontrar más a menudo una salida a los límites y controles constitucionales internos, que un instrumento de resolución del conflicto global (y me refiero a la lucha contra la exclusión, el hambre, las guerras de trasfondo mercantil o las carencias de libertad y democracia, provocadas en muchas ocasiones por el influjo de los poderes económicos privados). Por ello, creo poder afirmar que, si la nueva realidad histórica actual puede resumirse en el concepto de la “globalización”, — como terreno sobre el que debe actuar la ciencia constitucional —, el nuevo conflicto social objeto de análisis de la teoría constitucional no es, sin embargo, la lucha de poder entre estados nacionales y poderes económicos.

El conflicto actual al que debe enfrentarse el Derecho constitucional es el escalón existente entre el ámbito internacional en el que tratan de resolverse los retos globales a través de la concertación intergubernamental, y los ciudadanos. El constitucionalismo debe volver a establecer una articulación adecuada de las relaciones entre el Estado y la Sociedad plural, pero esta vez, teniendo en cuenta la interacción que sufre el espacio constitucional interno con los nuevos niveles en los que se toman decisiones de trascendencia política y jurídica, niveles en los que no existen aun los elementos esenciales que permitan una verdadera ordenación y limitación constitucional del poder en garantía de los derechos de los ciudadanos<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., Dignidad de la persona y derechos fundamentales, Marcial Pons, Madrid, 2005. p. 125. Especialmente me remito a la introducción del mismo autor en DENNINGER, E. y GRIMM, D., Derecho constitucional para la sociedad multicultural, Trotta, Madrid, 2007, pp. 20-25, en la que inserta esta idea en las soluciones propuestas por Denninger frente al multiculturalismo y la crisis del estado constitucional a través de una adecuada procedimentalización de las formas de toma de decisiones comunes o acordadas.

<sup>113</sup> Desde luego debo reconocer que en una visión más amplia de los conceptos posmodernos traídos por la globalización, los derechos fundamentales y la garantía de estos no pueden limitarse a la relación entre el Estado y el individuo. Como nos advierte Gunther TEUBNER «i diritti umani non possono essere limitati alla relazione tra lo stato e l'individuo, o all'ambito della politica istituzionalizzata, o anche soltanto ai fenomeni di potere in senso lato. La minaccia all'integrità fisica e mentale degli uomini da parte di una matrice comunicativa non deriva solo dalla politica, ma, in via di principio, da tutti i settori sociali che mostrano tendenze espansionistiche (...) La questioni dei diritti umani, in senso stretto, oggi deve essere colta nei termini della minaccia all'integrità psico-fisica degli individui messa in atto da parte di una molteplicità di processi comunicativi autonomizzati e globalizzati.» en TEUBNER, G., “*Giustizia nell'era del capitalismo globale*”, European Journal of Legal Studies, n. 3, 2008.

Como FERRAJOLI expresa muy gráficamente: mientras que en el interior de las naciones se ha implantado un Estado de Derecho (límites y controles que vinculan a los poderes públicos y a los ciudadanos al Derecho) en el exterior el Estado continúa siendo absoluto<sup>114</sup>.

Este es el conflicto de cuya resolución dependerá el éxito de las nuevas experiencias jurídicas globales y las posibilidades constitucionales de la Unión Europea.

---

<sup>114</sup> Con FERRAJOLI destacamos que a nivel internacional el Estado recupera el poder absolutista de antaño bajo la carencia de una Comunidad Internacional de Derecho: «Estado de derecho interior y absoluto exterior crecen conjuntamente como las dos caras de la misma medalla. Cuanto más se limita, y a través de esos límites se autolegitima, la soberanía interna tanto más se absolutiza y se legitima frente a los demás Estados y, en especial, frente al mundo de los “bárbaros”, la soberanía externa. Cuanto más se aleja en el interior el estado de naturaleza, más se reproduce y multiplica en el exterior. Y cuanto más se juridifica el Estado como ordenamiento, más se consolida como entidad autosuficiente, identificándose con el Derecho, pero a la vez convirtiéndose en una entidad autónoma y *legibus soluta*». FERRAJOLI, L., Derechos y garantías. La ley del más débil, *cit.*, p. 142.

## 1.4 La Unión Europea como ordenamiento supranacional en proceso de constitucionalización

### A) El origen de la Unión Europea

El origen de las Comunidades Europeas se encuentra en dos presupuestos esenciales. En primer lugar una raíz de carácter histórico-política. En segundo lugar un contenido esencialmente económico. La funcionalidad política inicial se expresa en la finalidad del establecimiento de la paz en el continente europeo tras las dos guerras más sangrientas de la historia de la Humanidad<sup>115</sup>. Además del extremo grado de violencia que desarrollaron, las contiendas fueron significativas desde el punto de vista político por su extensión y el número de Estados participantes. Por eso mismo se denominaron “Guerras mundiales” como una triste consecuencia de la explosión de las relaciones socioeconómicas globales (comenzadas con el colonialismo europeo del siglo XIX). Los conflictos bélicos concluyeron una etapa histórica en la que había prevalecido el soberano aislamiento de las políticas de los Estados nacionales, tanto a nivel interno como en su actuación internacional (expresada en el fracaso posterior de la Sociedad de Naciones). Las raíces históricas de la UE se precipitaron y oscurecieron con los aberrantes crímenes contra las minorías étnicas propiciados por ideologías fascistas y comunistas, y el precipitado desarrollo de las políticas-tecnológicas de carácter bélico, que culminaron con la inhumana utilización de la energía atómica.

El objetivo primordial de la reconstrucción de Europa y el mantenimiento de la paz entre las naciones encontró un objeto concreto en la regulación económica de la producción y el comercio del carbón y el acero, así como en la explotación pacífica y coordinada de la energía atómica<sup>116</sup>. El contenido económico de la Unión. En el

---

<sup>115</sup> La gestión del mantenimiento de la paz a través de la producción de un Derecho internacional con eficacia superior a la de los órdenes nacionales es una cuestión presentada en forma muy acabada por el propio Kelsen. Para un estudio comprensivo sobre la teoría kelseniana de la estructuración jerárquica del Derecho internacional para el mantenimiento de la paz ver ZOLO, D., “Hans Kelsen: International peace through international law”, *European Journal of International Law*, n. 9, 1998, pp. 306-324.

<sup>116</sup> La mejor cita a la que puedo remitirme es al Preámbulo del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) de 1951, cuyos valores fueron absorbidos en los posteriores Tratados. En él se lee: «CONSIDERANDO que la paz mundial sólo puede salvaguardarse mediante esfuerzos creadores proporcionados a los peligros que la amenazan, CONVENCIDOS de que la contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de relaciones pacíficas, CONSCIENTES de que Europa sólo se construirá mediante realizaciones concretas, que creen, en primer lugar, una solidaridad de hecho, y mediante el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, PREOCUPADOS por contribuir, mediante la expansión de sus producciones fundamentales, a la elevación del nivel de vida y al progreso de las acciones en favor de la paz, RESUELTOS a sustituir las rivalidades seculares por una fusión de sus intereses esenciales, a poner, mediante la creación de una comunidad económica, los primeros cimientos de una comunidad más amplia y profunda entre pueblos tanto tiempo enfrentados por divisiones sangrientas, y a sentar las bases de instituciones capaces de orientar hacia un destino en adelante compartido, HAN DECIDIDO crear una Comunidad Europea del Carbón y del Acero...». Igualmente el preámbulo del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, junto con el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE). En el primero de ellos se expresa: «Conscientes de que la energía nuclear constituye un recurso esencial para el desarrollo y la renovación de la producción y el progreso de las acciones a favor de

intento por pacificar a través del Derecho el origen del conflicto bélico, los Tratados Comunitarios centraron su objeto en la región geográfica de Alsacia y Lorena, la cuenca del río Rhur, rica en carbón y hierro (la materia prima de la guerra), cuya pugna por su dominio y explotación enfrentó durante años a los principales Estados beligerantes en ambas guerras. Con el fin de paliar tensiones se idearon unas Instituciones independientes encargadas de regular y controlar la producción y comercialización del carbón y el acero<sup>117</sup>. El inicial entusiasmo del proyecto, y el apoyo de Estados no europeos, provocaron que no tardara en ampliarse el objeto de regulación, y seis años más tarde se iniciaría la construcción de un mercado interno a través de la creación de la Comunidad Económica Europea. Los principales Estados enemigos, Francia y Alemania, pasarían a convertirse en los motores de la integración y desarrollo económico que propició el avance cualitativo desde las Comunidades Europeas a la Unión Europea<sup>118</sup>.

Bajo este umbral se firmaron en los años cincuenta el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (París, 1951), el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Tratado de la Comunidad Económica Europea (Roma, 1957), dando origen a las “Comunidades Europeas”. Tanto en su origen como en sus posteriores modificaciones (hasta llegar a los dos Tratados vigentes, el Tratado de la Unión Europea –TUE- y el Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea, -TFUE- firmados en Lisboa en 2007) las Comunidades Europeas se han erigido sobre la misma arquitectura jurídica: la creación de Instituciones a las que se les atribuyen determinadas competencias soberanas de los Estados para la consecución de unos objetivos comunes.

---

la paz...deseosos de asociar otros países a su acción y de cooperar con las organizaciones internacionales interesadas en el desarrollo pacífico de la energía atómica».

<sup>117</sup> Es interesante subrayar en este punto que precisamente la instauración del régimen común de explotación del carbón al por mayor, y las decisiones de la Alta Autoridad permitían a determinadas empresas, independientemente de su nacionalidad (no discriminación) la explotación y venta al por mayor del carbón de esta cuenca fronteriza del sur de Alemania. Estas decisiones dieron lugar a los primeros recursos de anulación de decisiones de la Alta Autoridad en la materia presentados ante el TJ, recursos cuyas sentencias iniciarían la escalada de las Comunidades hacia la regulación de los derechos fundamentales, al alegarse la violación de derechos fundamentales de la Constituciones nacionales y de los Länders. Así por ejemplo la STJ de 20 de marzo de 1959, asunto *Nold c. Alta Autoridad*, C- 18/57, centrado en el conflicto de las sociedades exportadoras de carbón de la cuenca del Rhur, Aquisgrán, el Sarre y Lorena. Igualmente la STJ *Stork c. Alta Autoridad*, C-1/58, de 4 de febrero de 1959.

<sup>118</sup> Más allá de cualquier monografía histórica sobre la Europa del siglo XX (a cuyos efectos me remito a la extraordinaria obra de JUDT, T., *Posguerra. (Una historia de Europa desde 1945)*, 4ª Ed., Taurus, Madrid, 2010) debe destacarse el valor político de la declaración de Robert Schumann de 1951, de la cual el propio Jean MONNET dijo: *"Las propuestas de Schuman son, sencillamente, revolucionarias. Su principio fundamental es la delegación de soberanía en un sector limitado, pero decisivo. Un plan que no parta de este principio no puede aportar contribución útil alguna a la solución de los graves problemas que nos aquejan. La cooperación entre las naciones, por muy importante que sea, no resuelve nada. Lo que hay que buscar es la fusión de los intereses de los pueblos europeos, y no el mero mantenimiento de los equilibrios entre tales intereses"* ver FONTAINE, P., *Una nueva idea para Europa. La Declaración Schumann 1950-2000*, Serie Documentación Europea, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Jean Monnet Para una explicación de las condiciones históricas y el valor político de la declaración ver KAPTEYN AND VERLOREN, V. T., *The Law of the European Union and the European Communities*, espec. capítulo I “Genesis and developement of the European Communities and the European Union” pp. 1-8.

La Unión Europea no es sino una más de las organizaciones internacionales con las que los Estados miembros han tratado de gobernar y regular los conflictos políticos, sociales y sobre todo económicos causados por la globalización. En este sentido, los Tratados europeos y las normativas derivadas de sus Instituciones suponen para los ordenamientos constitucionales de los Estados y para sus ciudadanos los mismos riesgos que hemos comentado en el epígrafe anterior. Pero en el caso de la UE se agravan, puesto que la atribución de competencias que realizan los Estados mediante los Tratados europeos inviste a las Instituciones europeas del ejercicio de poder público (ejecutivo, legislativo y judicial). Estas Instituciones adquieren capacidad para dictar actos normativos vinculantes para los ciudadanos y los poderes públicos estatales (Derecho derivado)<sup>119</sup>, pero este proceso de producción normativa, dada la arquitectura institucional de la UE, se ha encontrado directamente controlado por los Gobiernos de los Estados representados en el Consejo. Además, tales competencias se han incrementado conforme avanzaba el proceso de integración, y muy particularmente desde la firma y ratificación del Tratado de Maastricht (1992), con el que comenzó la andadura de la Unión política que permitió avanzar en la integración política, social, penal y judicial de los Estados miembros<sup>120</sup>.

La inserción en el espacio jurídico estatal de disposiciones normativas vinculantes, creadas por Instituciones europeas, con contenido de muy diverso calado y mediante procedimientos en los que siempre se ha dado un peso extraordinario al Consejo (donde los gobiernos de los Estados miembros deciden de común acuerdo sin sujetarse a los procedimientos propios de la democracia constitucional y la garantía de participación de las minorías), ha conducido a la doctrina europea a advertir de una crisis constitucional derivada de la inobservancia de procedimientos de producción suficientemente democráticos, (esencialmente en lo que a la garantía de participación de las minorías se refiere), además de a un deterioro en las garantías jurídicas de sus ciudadanos frente a los actos de los poderes públicos nacionales cuando aplican este

---

<sup>119</sup> Los artículos 3,5 y 7 del Tratado CECA instituyeron la creación de una Alta Autoridad (Comisión), una Asamblea Común (Parlamento), un Consejo especial de Ministros (Consejo) y un Tribunal de Justicia.

<sup>120</sup> En Maastricht, la cesión de competencias soberanas fue tal que, en muchas ocasiones los Estados tuvieron que modificar sus propias Constituciones. Efectivamente con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht los Estados iniciaron el camino de las modificaciones de los textos constitucionales propios. Por ello se introdujo el debate jurisprudencial y doctrinal de la constitucionalización de los “contralímites” o límites a la integración en salvaguarda de determinadas competencias soberanas o espacios no transferibles de constitucionalidad. Con MUÑOZ MACHADO podemos establecer tres tipos de actitudes de los Estados ante la ratificación del Tratado de Maastricht. Los Estados que no consideraron la necesidad de reformar sus constituciones, considerando que las cláusulas constitucionales que dan cobertura a la transferencia de competencias daban cobertura suficiente a las regulaciones que el aludido Tratado contenía (Bélgica, Inglaterra y los Países Bajos). España se encuentra en el segundo grupo, en los que la reforma se ciñó a un precepto concreto de la Constitución (13.2 CE), también Luxemburgo. En tercer lugar, destacan los Estados que entendieron que el gran paso en la integración política supuesto por el Tratado de Maastricht alteraba principios constitucionales básicos, como Alemania (artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn) e Italia (con una posterior reforma del artículo 117 CD), cuyas cláusulas de intangibilidad dieron lugar a la inclusión de cláusulas Europeas como el artículo 23 de la Constitución alemana o el artículo 88 de la Constitución Francesa. Ver MUÑOZ MACHADO, S., Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004.

Derecho<sup>121</sup>. La Unión Europea, en suma, ha alimentado la idea de la desnormativización de las estructuras constitucionales de los Estados Miembros (EE.MM) provocada por la globalización jurídica, al introducir en el ámbito jurídico estatal normas cuya producción se desarrolla al margen del principio democrático constitucional<sup>122</sup>, y cuya aplicación es un imperativo para los poderes públicos nacionales y los ciudadanos<sup>123</sup>.

Efectivamente, todos los inconvenientes que el gobierno “internacional” de la globalización suponen para los sistemas constitucionales de los Estados europeos son trasladables, a la Unión Europea, pues ésta se ha conformado desde su origen bajo el prisma del Derecho internacional, como organización internacional y mediante tratados. E incluso, estas problemáticas se agravan, dado que el procedimiento de creación de los Tratados conlleva una verdadera cesión de competencias soberanas y, en virtud de un planteamiento monista impuesto por el TJ, tanto las disposiciones de los Tratados como el Derecho derivado de las Instituciones comunitarias (controladas directamente por los ejecutivos estatales) se integran y aplican directamente en el ámbito estatal.

## B) La naturaleza supranacional de la UE: dimensión constitucional del Derecho europeo

La atribución del ejercicio de poder público estatal a las Instituciones puede suponer, en la fase actual del proceso de integración, un menoscabo para el orden constitucional de los Estados, pero al mismo tiempo es el punto de partida de la construcción de un ordenamiento supranacional muy particular<sup>124</sup> que, en su progresivo desarrollo, ha adquirido algunos rasgos constitucionales propios.

<sup>121</sup> Siguiendo a Christian JOERGES el Derecho europeo es conceptualizable como “un sistema multinivel sui generis que tiene que organizar su acción política en interconexión”, esta interconexión se materializa a través del “establecimiento de redes de comunicación” política jurídica entre varios actores (los Estados), es decir, con la creación de “poderes fácticos” con capacidad de crear actos normativos vinculantes para todos los actores. Como hemos expuesto la vinculación de tales actos normativos debe acompañarse de las garantías constitucionales adecuadas, o corre el riesgo de “desconstitucionalizar” los ordenamientos jurídicos nacionales. JOERGES, C., y NEYER, J., “Deliberative supranationalism”, EUI Working Papers, n. 2006/20, European University Institute.

<sup>122</sup> Como particularmente ha reafirmado la Sentencia del TCFA de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09) sobre el planteamiento de un *Organstreit* y el recurso de inconstitucionalidad promovidos por los grupos parlamentarios del Bundestag La Izquierda (die Linke) y la Unión Socialcristiana de Baviera (CSU). Básicamente la Sentencia establece que aunque la *Ley por la que se aprueba el Tratado de Lisboa* es perfectamente compatible con la Ley Fundamental, la *Ley por la que se aumenta y se reforman los derechos de participación del Bundestag y del Bundesrat en materia comunitaria* —que vendría a ser la ley complementaria— la infringe por no prever suficientes derechos de participación ya sea en los procesos legislativos como en los procesos de reforma de los Tratados. En este sentido ver HÄBERLE, P., “La regresiva ‘Sentencia Lisboa’ como ‘Maastricht II’ anquilosada”, ReDCE, n. 12, 2009.

<sup>123</sup> Según el segundo párrafo del artículo 4.3 del TUE: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión».

<sup>124</sup> Con Miguel POIARES MADURO, podemos decir que la UE ha adquirido, a través de la cesión de competencias soberanas a las Instituciones, muchas de las tradicionales funciones de gobierno y, respecto de aquellas aun retenidas por los Estados, ejerce un creciente papel de supervisión, limitando los poderes de autogobierno de los Estados. Cfr. POIARES MADURO, M., “The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of

La UE, desde esta perspectiva, no es sólo un organismo internacional más a través del que los Estados tratan de resolver problemas globales. Por un lado, se distingue por la cantidad y cualidad de sus competencias. Siendo originalmente un organismo de integración de mercados, sus objetivos han trascendido el ámbito económico para asumir competencias en materia política, social, penal, judicial...<sup>125</sup> Por otro lado, se caracteriza particularmente porque la cesión de competencias soberanas ha conllevado la creación de Instituciones europeas que ejercen poder público atribuido por los Estados. La cesión e integración de poder público estatal bajo unas Instituciones que producen actos jurídicos comunes para todos los Estados miembros ha supuesto la configuración de un nuevo poder público supranacional europeo<sup>126</sup>.

La naturaleza supranacional de la UE se distingue particularmente de los organismos internacionales, además, por dos elementos configurados a través de la jurisprudencia del TJ: la inserción de la ciudadanía como sujetos de Derecho europeo y la primacía del Derecho europeo sobre el nacional.

El TJ, a través de una interpretación teleológica de los objetivos establecidos en los Tratados y las competencias cedidas a la Unión, remarcó a través de la famosa sentencia *Van Gend en Loos* que el Derecho europeo conforma un ordenamiento “autónomo”, esto es, diverso del Derecho de los Estados y diverso del Derecho internacional<sup>127</sup>. La Unión Europea no es un organismo internacional de cooperación, sino un ente de integración supranacional que ha adquirido una naturaleza y estructura

---

constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, n.3, 2005, pp. 2-3. En este sentido, aunque con fuertes connotaciones de ciencia económica, ver ALMIRANTE, C., “European Governance e Costituzione europea: fra revisiones tacita e ‘anestesia’ dei sistemi costituzionali degli Stati membri”, en GAMBINO, S., y D’IGNAZIO, G., *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Tra teoria costituzionale, diritto interno ed esperienze straniere*, Giappichelli, Milán, 2007, pp. 107 y ss.

<sup>125</sup> JACOBS, F. G., “The evolution of the European legal order”, *cit.*, p. 304. El inicio de las Comunidades Europeas fue marcadamente original, pues a través de la técnica de la integración de los mercados nacionales se constituyeron unas Instituciones autónomas de regulación del mercado a los que los Estados atribuyeron una parte de sus competencias soberanas en materia económica, y desde aquí, se ha vivido una continua ampliación de los objetivos de la UE que ha dado lugar, sin mutar las Instituciones, a una atribución de competencias estatales en materias de carácter, político, judicial, penal y social.

<sup>126</sup> DIEZ-PICAZO, L. M., *La naturaleza de la Unión Europea*, *op. Cit.*: «Así, si se observa la Unión Europea desde el punto de vista de sus fines y su funcionamiento, en lugar de hacerlo desde el punto de vista de su origen, deja de ser obvio que pertenezca exclusivamente al ámbito del derecho internacional: aunque formalmente es una organización internacional, sustancialmente es algo más». Esta idea se compone con los valores expuestos en el artículo 2 y 3.1 del TUE de 2007: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. Artículo 3.1 “La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos”.

<sup>127</sup> Con CHALMERS, D., HADJIEMMANUIL, C., MONTI, G., y TOMKINS, A., decimos que «The European Union is not like other International organisations. This is true as a matter of political reality but, more importantly for our purposes, it is also true as a matter of law. What makes the EU different politically is the extent of its involvement in and influence over governance and regulation within nation-states» en *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 45.



híbrida, a caballo entre los organismos internacionales de Derecho internacional y los entes de naturaleza federal<sup>128</sup>. Para el TJ, del “espíritu, el sistema y el tenor literal” de los Tratados<sup>129</sup> derivaban obligaciones en un sentido más amplio del que se desprende

---

<sup>128</sup> La Unión Europea es “una asociación de estados fundada por los Estados Miembros para realizar parte de sus funciones en común y, en consecuencia, ejercer conjuntamente su soberanía” a través de unas Instituciones comunes, KIRCHHOFF, P., “The balance of Powers between national and European institutions”, *European Law Journal*, vol. 5, n.3, 1999, p.226. Junto al desarrollo de la Unión Europea bajo los parámetros propios del Derecho Internacional (nacida bajo las prescripciones de los Tratados internacionales a través de la ratificación por los procedimientos previstos en los ordenamientos nacionales) se ha desarrollado la perspectiva constitucional. La Unión ha sido progresivamente percibida por la doctrina bajo el perfil constitucional en el sentido en que las Instituciones de las que se compone se han valorado de la misma forma en que se valoran las instituciones políticas estatales. PADOA SCHIOPPA, A., “Note su ordine giuridico europeo e identità europea in prospettiva storico-costituzionale”, *Quaderni Fiorentini*, 31, 2002, pp. 61- 75. También en este sentido AVBELJ, M., y KOMÁREK, J., “Four visions of constitutional pluralismo – symposium Transcript”, *European Journal of legal Studies*, 2, n.1, 2008, pp. 325-369. La cuestión sobre las posibilidades de configuración de la UE desde un prisma estatal federal es quizás uno de los temas más controvertidos. A favor y en contra, y por supuesto sin intención de exhaustividad exponemos algunos ejemplos. Para WAHL, R., la integración puede comprenderse como un *minus* frente a la unificación, si lo que se espera es alcanzar en el futuro una unidad política, lo cual, según el autor no es de esperar. Por otro lado, puede entenderse como un *aliud*, es decir como una alternativa a la unificación política, se espera que la comunidad de integración encuentre un lugar en el ancho espectro de las relaciones interestatales. Este espectro es muy amplio y lo que realmente interesa de los acontecimientos. Para el autor la comunidad de integración sería entonces un “concepto autónomo”, no la denominación de una forma previa al Estado, p. 112. Ello se basa en el argumento según el cual la federación y los estados miembros poseen, cada uno, una estructura jurídico-política propia. No es estado, no es federación (aunque el autor cree que se enmarca dentro del amplio espectro de la federación), los ejemplos actuales de federaciones son muy distintas entre sí, son en gran medida individualidades histórico-políticas: los órdenes federales son descritos precisamente mediante la naturaleza procesal de los desarrollos de las estructuras y de las delimitaciones entre federación y estados miembros). Por ello concluye que debe renunciarse prudentemente a calificar a la UE con conceptos relacionados con el Estado. Por eso debemos abandonar el concepto de soberanía: los Estados son soberanos y los dueños de los tratados y de otro lado la UE ha cortado el cordón umbilical con los Estados p. 116. Los Tratados son impulsados por los Estados, no obstante sería erróneo comprenderlos sólo como los primeros impulsores que después de cada celebración de un tratado se retiran y dejan su obra bajo la única responsabilidad de las instituciones y los órganos y por tanto conceden a la nueva unidad autonomía e independencia. WHAL, R., “¿Cabe explicar la Unión Europea desde conceptos propios de teoría del estado?”, *cit.* Desde una perspectiva absolutamente contraria a WHAL destacamos a PADOA SCHIOPPA, A., “Note su ordine giuridico europeo e identità europea in prospettiva storico-costituzionale”, *cit.*, quien considera que desde un punto de vista jurídico histórico existe una verdadera identidad europea por parte de los Estados miembros aunque no obstante este argumento no deba ser tenido en cuenta para denominar a la federación :« non consta che in passato il processo di formazione di nuovi stati abbia di norma comportato la preventiva o concomitante ricerca di un criterio di identità» p. 61. Ver también para un análisis genérico GUEVARA PALACIOS, A., “Algunos planteamientos sobre el federalismo y la Unión Europea”, *Cuestiones Constitucionales*, n. 13, 2005, pp. 95 y ss. Conclusivo y siempre a favor citamos a WEILER, J.H.H., “Federalism without a Constitution: the principle of Constitutional Tolerance”, en NIKOLAIDIS, K., y HOWSE, R., (eds.) *The Federal Vision: Legitimacy and levels of Governance in the US and the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2001. pp. 72 y ss. Esencial sobre Europa como una estructura federal particular HÄBERLE, P., “Comparación constitucional y cultural de los modelos federales”, *ReDCE*, n.8, 2007. Igualmente LENAERTS, K., “Constitutionalism and the Many Faces of Federalism”, *AJCL*, n. 38, 1990, espec. pp. 205 y ss. Concluyente en este aspecto, sobre la base del proceso de redacción y ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el trabajo de WEATHERILL, S., “Is constitutional finality feasible or desirable? On the cases for European constitutionalism and European Constitution”, *ConWebpapers on Constitutionalism and Governance beyond the State*, n. 7, 2002, consultable en [www.bath.ac.uk/esml/conWEB](http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB), última consulta en septiembre de 2009.

<sup>129</sup> Segundo considerando de Fondo de la Sentencia de 5.2.1963, del asunto C-26/62. En el cuarto párrafo de la sentencia sobre el fondo se dictamina que “esta concepción se encuentra 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 la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos”. Ver BERRI, M., “Sull’efficacia delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di interpretazione giurisprudenziale autentica ai sensi dell’art. 177 del Trattato CEE”, *Giustizia civile* 1963, pp.1226-1231. CATALANO, N., “L’inserimento diretto delle disposizioni contenute nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea negli ordinamenti giuridici degli Stati membri”, *Il Foro padano*, 1963, n. 5, pp.33-42. DURANTE, F., “Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee”, *Rivista di diritto internazionale*, 1963, pp.415-421. GORI, P., “Una pietra miliare nell’affermazione

del ordenamiento internacional. El Derecho europeo, dadas sus atribuciones suponía algo más que una simple voluntad de obligarse entre Estados. La vinculación de los Estados miembros a los Tratados se basa en la cesión del ejercicio de competencias soberanas a las Instituciones comunitarias, por lo tanto, de esta “cesión de soberanía” se desprende que el Derecho europeo también vinculaba respecto de las relaciones entre los Estados y los ciudadanos, así como sobre las relaciones entre particulares, atendiendo a la idea de que la soberanía de los Estados democráticos emana de sus pueblos<sup>130</sup>. El TJ deduce que allí donde los Estados miembros se vinculan a las prohibiciones y obligaciones comunitarias, estos se entienden limitados en su poder normativo y ejecutivo también frente a los ciudadanos, lo que supone el derecho de los particulares a exigir su cumplimiento ante los jueces en defensa de sus prerrogativas<sup>131</sup>. Del Derecho europeo se desprenden derechos para los ciudadanos que se “incorporan directamente en su patrimonio jurídico”<sup>132</sup> y que pueden hacerse valer por estos ante la jurisdicción nacional frente a violaciones por parte de los poderes públicos<sup>133</sup>.

En consecuencia, las disposiciones europeas se dirigen, también, a los nacionales de los Estados miembros como sujetos del ordenamiento comunitario, siendo éstos destinatarios directos de los derechos y obligaciones que se desprenden del Derecho europeo y pudiendo, por tanto, hacer valer pretensiones subjetivas fundadas en Derecho europeo ante los tribunales nacionales<sup>134</sup>.

---

del diritto europeo”, *Giurisprudenza italiana* 1963, n.4º, pp.49-56. Más recientemente sobre el significado de esta sentencia ver DE WITTE, B., “The Continuous Significance of Van Gend en Loos”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L., *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2010, pp.9-15. Igualmente MAYER, F. C., “Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L., *The Past and Future of EU Law...*, op cit., pp.16-25.

<sup>130</sup> El Tercer considerando sobre el fondo de la Sentencia *Van Gend en Loos* expresa “que el objetivo del Tratado CEE, que 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”.

<sup>131</sup> Los considerandos Octavo y Noveno de la Sentencia expresan que “el Derecho comunitario... al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que 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>132</sup> Señalar, con CHALMERS, en último término, que lo determinante en los derechos concedidos por el ordenamiento europeo que los particulares disfrutaban no es el texto del Tratado, sino la interpretación que el TJ hace, basándose no tanto en las disposiciones de los Tratados como en el espíritu y el marco general bajo el que se fundó la Unión: la integración. Cfr. CHALMERS, D., *European Union Law*, cit. pp. 44- 57

<sup>133</sup> La naturaleza de la eficacia directa, como veremos más adelante, oscila entre su definición como la concesión de derechos a los particulares por el ordenamiento europeo que los jueces nacionales deben garantizar, y su definición como la posibilidad de invocar las normas de Derecho europeo bajo la obligación de los jueces nacionales de aplicarla. Es, como dice DE WITTE, B., “an obligation to apply”: “Direct effect is the obligation of a Court or another authority to apply the relevant provision of Community law”. Ver DE WITTE, B., “Direct effect, Supremacy and the nature of the legal order”, en CRAIG, P., y DE BURCA, G., *The evolution of EC Law*, OUP, Oxford, 1999, pp. 184-188

<sup>134</sup> En el Sexto considerando sobre el fondo el TJ se basa en el procedimiento de la cuestión prejudicial de interpretación (antiguo artículo 177 TCEE), planteada por los tribunales nacionales, para deducir que los Tratados han confirmado “al Derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos”. De nuevo me remito al análisis de CHALMERS, D., *et alt.* *European Union Law*, cit., donde entiende que el TJ ya estaba aquí pensando en la existencia de una doble legitimidad. «The Court in Van Gend en Loos does not say this explicitly, but it clearly suggest that the founding myth of the European Union may be legally constructed so that the European Union may

Un año después, sobre esta base, el TJ establecería el principio de primacía en la *Sentencia Costa c. Enel* (1964)<sup>135</sup>. Para el TJ la invocación por un particular de una disposición de Derecho europeo ante la jurisdicción nacional para exigir su aplicación, se realiza, en la mayoría de los casos, frente a una actuación de los poderes públicos estatales que toma forma jurídica de actos normativos, administrativos o de ejecución. Partiendo de los objetivos de la Unión, el TJ considerará que para la correcta aplicación del Derecho europeo será necesario “imponer” el Derecho comunitario sobre la actuación estatal contraria a la disposición de origen europeo, lo que conlleva la prevalencia aplicativa de éste sobre aquel.

Desde la particular atribución de competencias soberanas de los Estados a la Unión Europea, y tras el desarrollo de los principios de primacía y eficacia directa, se observa la específica naturaleza supranacional del Derecho europeo<sup>136</sup> y su significado. Al tiempo que la UE permite la regulación de las relaciones económico-sociales de carácter global, también impone límites particulares a la actividad interna

---

be seen as an agreement between the peoples of Europe that binds their governments, and not simply as an agreement between the governments of Europe that binds its peoples», p. 50. En este sentido también JACOBS, F. G. “The evolution of the legal order”, *cit.*, «In the EC legal order, they [the economic freedoms], become rights which can be invoked by individuals and enterprises in the national courts – very often in practice not their own [European] courts, but the courts of the State against which they seek to enforce those rights. And the content of those rights is defined not by those (“foreign”) courts, but, where necessary or appropriate, by the ECJ itself. Thus the rights are, typically, broadly construed», p. 308. Hay que señalar que para JACOBS la concesión de derechos es una consecuencia de la eficacia directa, pero no es idéntica al principio. La eficacia directa tiene otras consecuencias. Al inicio su contexto se limitaba al Mercado común, pero se encuentra estrechamente conectado con la fundación constitucional de la Comunidad. El efecto directo y la primacía han sido habitualmente considerados como constitutivos del carácter esencial del Derecho comunitario.

<sup>135</sup> Explicaremos detenidamente ambas sentencias a lo largo de esta tesis, por lo tanto me ahorro las citas en este marco introductorio. Sí sería conveniente apoyar esta afirmación, por el momento, en la STJ *Whalt WILHELM*, de 13.2.1969, C-14/68, sentencia que confirmó la doctrina de la eficacia directa y la primacía del Derecho europeo como un todo: “L’articolo 87, n. 2 e) conferendo ad un’istituzione comunitaria il potere di disciplinare i rapporti tra le legislazioni nazionali e il diritto comunitario della concorrenza, conferma il carattere preminente del diritto comunitario”. (FJ 5). “Il trattato CEE ha istituito un ordinamento giuridico a sé stante, integrato nell’ordinamento giuridico degli Stati membri e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Sarebbe contrario alla natura di tale sistema ammettere che gli Stati membri possano adottare o mantenere in vigore misure atte a menomare gravemente l’effetto utile del trattato. La forza vincolante del trattato e degli atti adottati per la sua applicazione non potrebbe variare a seconda degli Stati per effetto di atti interni, senza compromettere il funzionamento del sistema comunitario e mettere a repentaglio il conseguimento degli scopi del trattato. Perciò, i conflitti tra norma comunitaria e norme nazionali in materia d’intese, vanno risolti applicando il principio del primato del diritto comunitario” (FJ6).

<sup>136</sup> Sobre el concepto de supranacionalidad, la obra clásica de WEILER, J.H.H., *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bolonia, 1985, p. 41 ss. Para el autor hablar de supranacionalismo en un sentido literal de “sobre y bajo el estado nacional” nos da una noción del sistema europeo demasiado anticuada y general, por el contrario, el sistema europeo se compone de piezas y trozos de la soberanía estatal. Siguiendo una concepción del modelo federal, la Unión presenta una tensión entre “el todo y las partes”, las Instituciones de la Unión y los Estados. Con DÍEZ PICAZO decimos que la UE es un ente supranacional en un doble sentido: en sentido normativo, porque muchas de sus normas vinculan directamente a las autoridades nacionales y a los particulares; y en un sentido decisional, porque la aprobación de dichas normas no está necesariamente sometida a la regla de la unanimidad –la tendencia ha venido siendo la de reducir progresivamente las materias en que se exige la decisión unánime- y porque en el procedimiento participan actores distintos de los representantes de los Gobiernos. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. M. “La naturaleza de la Unión Europea”, *InDret*, n. 4, 2008, consulta en [www.Indret.com](http://www.Indret.com)

y externa de los Estados y concede derechos a los ciudadanos frente a la actuación de los gobiernos internos<sup>137</sup>.

La configuración de la naturaleza supranacional de la UE despliega una dimensión constitucional propia. Por un lado, los ciudadanos se convierten en sujetos de Derecho europeo. Por otro lado, en el progresivo desarrollo de la Unión Europea se han establecido Instituciones y mecanismos jurídicos supranacionales que han contribuido a cumplir con uno de los elementos básicos de la cultura constitucional europea: la división del poder, ahora a nivel supranacional. Como dijimos, una premisa esencial del Derecho constitucional es la limitación del poder en garantía de derechos de los ciudadanos frente al ejercicio del poder público Estatal. Desde esta perspectiva la naturaleza supranacional de la UE, coadyuva a la función de límite del poder de los Estados miembros<sup>138</sup>. Con FRANCISCO BALAGUER puede decirse que la UE ha servido como instrumento de control del poder de agentes que actúan en el plano global, del mismo modo que lo ha hecho también en relación con los propios procesos políticos nacionales<sup>139</sup>.

La cesión de competencias soberanas a un ente supranacional como la UE podría contribuir, desde la perspectiva del progresivo desarrollo constitucional del Derecho europeo, a la recomposición de nuevos límites para los poderes públicos cuando ejercen su poder fuera del ámbito constitucional estatal. Pero para que esta recomposición de los límites al poder público del Estado sea útil desde una perspectiva constitucional, el nuevo ordenamiento supranacional debería establecer condiciones constitucionales adecuadas, también, al ejercicio del poder público europeo. Estas condiciones encuentran hoy expresión textual en el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE): “la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la

---

<sup>137</sup>La interpretación extensiva realizada en sus sentencias por el TJ en relación con el Mercado Común, ha sido fundamental en el desarrollo del Derecho europeo. Las cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas al TJ por los jueces nacionales han girado esencialmente en torno a las “libertades económicas” y a su percepción como auténticos derechos fundamentales. El reconocimiento de las libertades fundamentales como derechos fundamentales se condensa en la interrelación de diversos elementos entre los que destaca el principio de eficacia directa. La evolución de esta visión ha llegado a su culmen a través del reconocimiento y la positivización en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea introducida en el TUE a través del artículo 6.1, en cuyo título V se introducen los derechos de Libertad de circulación y de residencia, derechos derivados de la Libertad Fundamental de Circulación de Trabajadores. En un sentido casi idéntico en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se enuncia en los artículos 20.2 y 21.1 los derechos de libertad de circulación y residencia. Fue el TJ el que afirmó que las libertades de circulación y de servicios deben ser interpretadas como libertades fundamentales en las Sentencias *Reyners*, de 21 de junio de 1974, C- 2/74; y *Walrave*, de 12 de diciembre de 1974, C-36/74.

<sup>138</sup> En italiano «L’Unione Europea svolge una funzione di limite degli Stati non diversa da quella che il diritto e la democrazia esplicano nei confronti degli Stati». Me remito a CASSESE, S., “Democrazia e Unione Europea”, Lección magistral de 27 de marzo de 2001 en la Universidad de Macerata, con motivo de la concesión del título de “doctor honoris causa”.

<sup>139</sup> BALAGUER CALLEJÓN F., “La división territorial del poder en un contexto supranacional...”, cit: La UE supone hoy una garantía frente a posibles involuciones políticas, el proceso de integración europea incorpora –pese a sus deficiencias desde el punto de vista democrático- una división del poder que opera como límite del poder político del Estado: favorece al menos la estabilidad democrática de los Estados miembros.

solidaridad, y se basa en los *principios de la democracia y el Estado de Derecho*<sup>140</sup>”; pero no han sido desarrollados de manera similar al espacio interno de los Estados.

Los principios de democracia y Estado de Derecho son la esencia de los ordenamientos constitucionales actuales. La ordenación constitucional del poder público de los Estados modernos se ha erigido sobre ambos principios. Por ello, si queremos observar la utilidad de la naturaleza supranacional de la UE desde su función de límite al poder estatal, debemos analizar hasta qué punto el ejercicio de las competencias de la Unión por las Instituciones se asienta sobre el principio democrático y el Estado de Derecho en el ordenamiento europeo<sup>141</sup>.

Quisiera destacar dos ideas de lo expuesto.

En primer lugar, como ha señalado DIEZ-PICAZO la principal consecuencia del carácter supranacional de la Unión Europea, como organización de carácter *sui generis*, ha sido la tendencia cada vez más acentuada a plantear su funcionamiento en clave de Derecho Constitucional. En segundo lugar, debe retenerse a lo largo de esta tesis la importancia que juegan los principios de primacía y eficacia directa en la configuración del Derecho europeo como ordenamiento supranacional y, en consecuencia, cómo permiten la apertura de una dimensión constitucional de la UE si se observan desde su funcionalidad para la limitación del poder estatal y la garantía de derechos europeos a los ciudadanos<sup>142</sup>.

La naturaleza supranacional de la UE, derivada de la atribución de poder público estatal a las Instituciones, debería por tanto plantearse su ejercicio conforme a los principios constitucionales de democracia y Estado de Derecho, de lo contrario la idea de limitación del poder que favorece el proceso de integración sólo supondría un desarme de las garantías constitucionales internas y su sustitución por un nuevo ejercicio de poder constitucionalmente ilimitado. Si el ejercicio de poder público cedido a las Instituciones europeas no se articula a través de los principios de democracia y Estado de Derecho, la naturaleza supranacional de la UE sólo favorecería un poder europeo absoluto frente al poder democrático constitucional de los Estados miembros.

Como observaremos a continuación, actualmente, no existe una configuración democrática del ejercicio de poder a nivel europeo. Los avances en materia

---

<sup>140</sup> La cursiva es propia, y remarca los dos elementos esenciales de toda ordenación constitucional del derecho.

<sup>141</sup> Para un análisis exhaustivo de los conceptos de Teoría constitucional en los entes de carácter supranacional me remito a BUSTOS GILBERT, R., *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, IVAP, Bilbao, 2005.

<sup>142</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, L. M., *La naturaleza de la Unión Europea*, cit. Como subraya el autor, esencialmente ha sido el TJ el que, a través de una jurisprudencia paciente e innovadora, ha provocado el proceso llamado de “constitucionalización” de los Tratados mediante la deducción de los principios de primacía (*Costa c. ENEL*) y eficacia directa (*Van Gend en Loos*).

constitucional en la integración se han sucedido de manera continuada respecto del establecimiento de derechos y de sus garantías, y desde este punto de vista se han alcanzado importantes logros en relación con la Comunidad de Derecho. Pero desde la perspectiva de la ordenación democrática del poder, la UE, aun se encuentra muy alejada del nivel de desarrollo estatal, lo que da lugar a grandes contrariedades del proceso de integración en relación con su función de límite al poder del Estado en el marco global.

### C) La Unión Europea como Comunidad de Derecho

Como hemos dicho, la determinación del TJ en la constitucionalización del ordenamiento europeo comenzó en los años sesenta, a penas siete años después de la firma de los Tratados de Roma, con los pronunciamientos en los asuntos *Van Gend en Loos* en 1964 y *Costa c. ENEL* en 1967, y las afirmaciones de los principios de eficacia directa y de primacía<sup>143</sup>. Con ambos pronunciamientos se caracterizó a los Tratados (y a todo el Derecho europeo posteriormente) como un ordenamiento jurídico de naturaleza supranacional, del que se desprendían directamente derechos y deberes para los particulares que éstos podían invocar en defensa de pretensiones subjetivas y que, por tanto, se diferencia del Derecho internacional y de los tratados convencionales: “el Tratado de la CEE creó 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”<sup>144</sup>. Con esta determinación el TJ no sólo afirmó la autonomía del Derecho comunitario respecto del Derecho internacional, sino también que el Tratado de la Comunidad Europea no podía ser interpretado y aplicado como un simple tratado internacional, sino que requería su observación como una auténtica Carta Constitucional de las Comunidades<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Quiero en este punto dejar claro, que en mi opinión la primacía y la eficacia directa se mezclan como principios desde el comienzo. Veremos esta idea desarrollada a lo largo de esta tesis. Una relectura de ambas sentencias fundacionales nos muestra que el contenido esencial de ambas, y el peso puesto en ellas por el TJ, se centra en la comprensión del carácter autónomo del ordenamiento europeo. La gran distinción entre la Sentencia *Van Gend en Loos* y *Costa c. Enel* radica en la evolución del principio de autonomía del ordenamiento europeo: pasa de ser un “nuevo ordenamiento de derecho internacional” a “un ordenamiento jurídico propio”. Me remito a LENZ, M., TYNES, D. S., YOUNG, L., “Horizontal what? Back to basics”, E.L.Rev., n. 25, 2000, pp.516-515.

<sup>144</sup> Sentencia *Costa c. ENEL*, décimo considerando sobre el fondo.

<sup>145</sup> DIEZ-PICAZO, L. M., “La naturaleza de la Unión Europea”, *cit.*, Como señala el autor “Sobre esta premisa, el Tribunal de Justicia se ha apartado a menudo de los criterios establecidos en el derecho internacional”. Así podemos citar las SSTJ: *Comisión c. Luxemburgo y Bélgica*, C- 90 y 91/63, de 13 de noviembre de 1964, donde refuta en el ámbito europeo el “Principio de reciprocidad”; *Comisión c. Francia*, C- 7/71, de 14 de diciembre de 1971, donde señala que a diferencia de lo que ocurre en el derecho internacional, la falta de ejercicio de las competencias comunitarias no supone la caducidad de las mismas, ya que la limitación de la soberanía de los Estados miembros es definitiva; *Reino Unido c. Consejo*, C-68/86, de 23 de febrero de 1988, donde sostiene que los Tratados constitutivos no pueden ser tácitamente modificados por vía consuetudinaria, ya que las instituciones comunitarias carecen de un poder de disposición sobre ellos. «Aquí no sólo hay una afirmación de la rigidez de los Tratados constitutivos –que únicamente pueden ser modificados por el procedimiento de revisión previsto por ellos mismos, hoy contenido en el art. 48 TUE- sino también, al recordar que las instituciones comunitarias están plenamente sometidas a aquéllos, un eco de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos» dirá Díez-picazo.

Será a partir de los años ochenta, cuando el TJ haga explícita su idea de la constitucionalización del orden europeo a través de la interpretación de los Tratados, declarando en la sentencia *Parti écologiste- Les Verts*, C-294/83, de 23 de abril de 1986: “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 es el Tratado”. Y de forma definitiva en el Dictamen del TJ 1/91 sobre el acuerdo del Espacio Económico Europeo: “El Tratado CEE aunque haya sido celebrado en forma de convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho”<sup>146</sup>. La consideración de la Unión Europea como Comunidad de Derecho implicó equiparar la fuerza de los Tratados constitutivos a la más elevada manifestación del *rule of law* a nivel nacional, es decir, no sólo como principio de legalidad sino también como principio de constitucionalidad<sup>147</sup>.

Los principios de primacía y eficacia directa permitieron, entonces, la consideración de la Unión Europea como una “Unión de Derecho”<sup>148</sup>, es decir, la transferencia del carácter del Estado de Derecho al ordenamiento jurídico de la Unión. Esta consideración sugiere que todos los poderes públicos y los particulares se encuentran sometidos al Derecho nacido de los Tratados: el sometimiento al Derecho europeo de las Instituciones europeas, los poderes públicos nacionales y los ciudadanos de todos los Estados miembros. Con esta transferencia se cumple una de las premisas básicas de cualquier ordenación constitucional de Derecho: la característica esencial de un ordenamiento jurídico fundado sobre el principio del Estado de Derecho es la constatación de que el poder se encuentra limitado por el Derecho<sup>149</sup>.

Como afirma POIARES MADURO el análisis del “constitucionalismo europeo” debe ser entendido, en consecuencia, como una «teoría normativa que comprende el conjunto de procedimientos y reglas que identifican, disciplinan y gobiernan al

---

<sup>146</sup> Puede destacarse también, como uno de los primeros reconocimientos por parte de un Tribunal Constitucional del carácter constitucional “en cierto sentido” de los Tratados, la Ordenanza del Tribunal Constitucional Federal Alemán *BverfGE*, 22, 293, *EcuG-Verordnung*, de 18 de octubre de 1967, ordenanza donde se reconocen los efectos de primacía y eficacia directa, pero considerando que la atribución competencial no es absoluta y pueden existir límites a la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno. El TCFA califica al Tratado CECA como la Carta Constitucional de la Comunidad.

<sup>147</sup> DIEZ PICAZO, L. M., *cit.*.

<sup>148</sup> STJ de 23 de abril de 1986, *asunto Los verdes v. Parlamento europeo*, C-294/83, “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 doctrina, el término “Comunidad de derecho” fue acuñado por Walter HALLSTEIN, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf, 1969. Ver STOLLEIS, M., “Europa como Comunidad de Derecho”, *Historia Constitucional*, n. 10, 2009. Consultado en <http://www.historiaconstitucional.com> pp. 475-484

<sup>149</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional”, *ReDCE*, n.1, 2004, pp. 25-46, e igualmente en “Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale”, ROLLA, G., *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2001, pp. 113-130

poder<sup>150</sup>». En el marco de la Unión de Derecho, esta regulación e identificación del poder conlleva necesariamente la imposición de límites infranqueables de éste frente a los ciudadanos. Estos límites se establecen en forma de procedimientos de tutela y garantía de los derechos de los ciudadanos derivados de los Tratados, que al tener eficacia directa y primacía, se refuerzan frente a los actos de poder público nacional.

La exigencia de trasladar los mecanismos propios del Estado de Derecho al ordenamiento comunitario se advierte en la realización de la integración también desde el punto de vista de sus fuentes. Los Tratados y el Derecho derivado de las Instituciones se integran de manera automática en los ordenamientos nacionales correspondiendo a los poderes públicos de los Estados la implementación y ejecución de las normas europeas. En este momento la limitación de poder impuesta a los Estados por los Tratados resulta un imperativo, al ser el instante en que los derechos concedidos a los ciudadanos por las normas europeas se hacen efectivos<sup>151</sup>. Es así como los principios de primacía y eficacia directa vinculan al poder público estatal y promueven la Comunidad de Derecho puesto que, en esencia, pueden resumirse como la obligación de los Estados miembros de aplicar y conceder eficacia a las normas europeas en los ordenamientos nacionales, desplazando si fuera necesario las normas nacionales inconsistentes. Dicho de otro modo, como un imperativo de la eficacia del Derecho europeo<sup>152</sup>.

La primacía y la eficacia directa vienen así a contribuir a solventar en parte la quiebra estructural que ha supuesto en los ordenamientos constitucionales la globalización y su regulación a través de mecanismos jurídicos internacionales. Es imprescindible que el ordenamiento comunitario determine límites a la actuación del poder del Estado al aplicar e implementar las normas de Derecho europeo, — en garantía de las obligaciones impuestas a los poderes públicos estatales, y en garantía de los beneficios que supongan para los nacionales — en el sentido de establecer una adecuada tutela jurídica de los derechos de los ciudadanos frente a la actuación del Estado.

Los límites a la soberanía estatal establecidos en los Tratados europeos deben acompañarse, por lo tanto, de la determinación de las garantías jurisdiccionales adecuadas, a través de las cuales los ciudadanos puedan invocar derechos fundados en

---

<sup>150</sup> POIARES MADURO, M., “From Constitutions to Constitutionalism: A Constitutional Approach for Global Governance”, en LEWIS, D., (coord.), *Global Governance and the Quest for Justice*, Vol I, Hart Publishing, Oxford, 2006.

<sup>151</sup> ALONSO GARCÍA, R., *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas*, Civitas, 3ª Ed., Navarra, 2006, pp. 27-28. En el mismo sentido de reparto del poder y limitación del mismo, considera el trasfondo constitucional material de los Tratados “insuficiente”.

<sup>152</sup> Esta aplicación es una verdadera obligación de carácter vinculante. Me remito al artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea: “Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.”



el ordenamiento comunitario y forzar el cumplimiento de las obligaciones y límites impuestos a los Estados. De la firmeza de tales mecanismos de limitación del poder estatal y de garantía de derechos de los ciudadanos, dependerá la efectividad del ordenamiento europeo como verdadera Unión de Derecho, e igualmente se constatará la estructura jurídica de la UE como modelo de integración que da un paso adelante a la hora de enfrentarse a los problemas derivados de la regulación de la globalización conforme a Derecho<sup>153</sup>.

Atendiendo a lo expuesto puede ahora señalarse una premisa esencial para este trabajo. Como presagió tempranamente el TJ, la forma más efectiva de garantía de la vinculación de los poderes públicos nacionales al Derecho europeo es permitir a cada uno de los ciudadanos fundar sus pretensiones en el ordenamiento europeo e invocar sus normas ante las jurisdicciones nacionales<sup>154</sup>. Los procedimientos de invocación del Derecho europeo se encuentran en el corazón del Derecho constitucional europeo, puesto que tienen dos resultados directos sobre la naturaleza de su ordenamiento y su estructura:

- Por un lado, con la posibilidad de que los ciudadanos invoquen pretensiones fundadas en disposiciones europeas se garantizan, a la vez, el cumplimiento de las obligaciones de los Estados derivadas del ordenamiento comunitario y la tutela de los derechos concedidos a los particulares por las disposiciones de origen europeo, por lo que consolida el carácter de la Unión como Comunidad de Derecho.

- Por otro lado, los procedimientos de invocación del Derecho europeo ante la jurisdicción nacional por los ciudadanos, abren una vía jurídica que puede contribuir a la legitimación de la Unión Europea. Con legitimación me refiero al papel de los ciudadanos en el desarrollo de la “infraestructura social”<sup>155</sup> y el éxito del ordenamiento europeo como Derecho, destinado a resolver conflictos provocados por

---

<sup>153</sup> Para WHAL “el Estado de Derecho en el contexto europeo implica la existencia de normas vinculantes que se aplican de manera uniforme y que protegen los derechos individuales” ver WHAL, R., “¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de teoría del Estado?”, *cit.*, pp. 105-129. Expondré más adelante la importancia de la aplicación uniforme y la virtualidad de la primacía en sus resultados.

<sup>154</sup> En el sentido de la jurisprudencia *Van Gend en Loss* y *Costa c. Enel*. Doctrinalmente me remito esencialmente a la obra de WARD, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*, OUP, 2000, concretamente p. 158.

<sup>155</sup> *Ibidem*, Para BOGDANDY Las dificultades para realizar una síntesis sobre el estado actual del debate científico-jurídico del Derecho europeo no se debe a su carácter autónomo, sino a «la función primaria de la ciencia jurídica como ciencia práctica, que consiste en el “cuidado” de una importante “infraestructura” social, principalmente en la producción y garantía de la transparencia y coherencia del Derecho». La garantía de coherencia y transparencia, según el autor, se encuentra en el propio dinamismo de la integración, es decir, en la creación de la infraestructura jurídica conforme las condiciones y situaciones de la integración lo requieran: parafraseando a Robert Schumann expresa que «en la solución de problemas prácticos es más fácil encontrar el consenso que en la proposición de proyectos teóricos» con estas últimas palabras se inició la historia de la integración europea. BOGDANDY, A., “Notas sobre la ciencia del Derecho europeo: contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán”, *cit.*, pp. 304-305. Citando de nuevo a JACOBS lo increíble de la declaración de la primacía es su aplicabilidad por el juez nacional, puesto que la jerarquía de los tratados sobre el derecho nacional ya era una cualidad conocida. Lo novedoso, desde el punto de vista de la autonomía del Derecho europeo, es que la primacía puede ser aplicada en la resolución de un caso concreto a favor del Derecho europeo. Cfr. JACOBS, F. G., “The Evolution of the European legal order”, *cit.* pp. 313-314.

las relaciones globales (a nivel europeo). Con LAENAERTS podemos afirmar que cualquier ordenamiento conformado con normas legales que prometen una realidad que los ciudadanos no pueden disfrutar en la práctica pierde eventualmente toda credibilidad, por ello “una más efectiva y orientada aplicación del Derecho europeo puede [además] ayudar a restaurar la fe en la razón de ser de la Unión. Una aproximación más uniforme a la invocación del Derecho europeo puede contribuir a fortalecer la legitimidad de la Unión”<sup>156</sup>.

Como veremos inmediatamente, la cuestión de la legitimidad del ordenamiento europeo es la cuestión más trascendente de todo el discurso constitucional sobre la Unión europea. Y es precisamente en esta cuestión en la que reside el problema esencial del ordenamiento europeo. Desde la perspectiva del Estado constitucional, la legitimidad sólo puede basarse en el principio democrático. El Estado de Derecho, no puede ser “de cualquier Derecho, sino de un Derecho que sea a la vez democrático y social”<sup>157</sup>. La conjugación del principio constitucional sobre la estructura jurídica europea, no se termina de consolidar meramente sobre la base del Estado de Derecho. La construcción de una comunidad política a través de la constitucionalización de su ordenamiento jurídico debe basarse en el principio de Estado de Derecho, pero en unión intrínseca con el principio democrático<sup>158</sup>.

#### D) El ordenamiento europeo y el principio democrático

En el discurso de la constitucionalización de la estructura jurídica de la UE el principio democrático tiene un valor esencial, puesto que nos interroga sobre la

---

<sup>156</sup> LAENARTS, K., y CORTHAUT, T., “Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU Law”, *European Law Review*, n.31, 2006, p. 287 y ss.

<sup>157</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Derecho y Justicia en el ordenamiento constitucional europeo”, *ReDCE*, n. 16, 2011.

<sup>158</sup> Como recuerda FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006: «no tengo dificultad para admitir que en mi opinión, [...] democracia y constitución tienden a confundirse: a condición, sin embargo, de que constitucionalismo y democracia [...] sean entendidos uno en el sentido de “democracia constitucional” y el otro en el sentido de “constitucionalismo democrático”. P. 106. Como añade ARAGÓN REYES, «El Estado constitucional es, por principio, y no hace falta subrayarlo, Estado de derecho, y en consecuencia, la democracia constitucional implica la juridificación de la democracia, y por ello la necesidad de concebir jurídicamente a la propia soberanía... el Estado constitucional se sustenta precisamente en la proclamación de que hay un soberano y que ese soberano es el pueblo. Soberano que se autolimita a través de la constitución. Autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable siempre que, claro está, no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría; esto es, siempre que no separemos Estado democrático y Estado de derecho. La autenticidad de la Constitución radica precisamente, en la asociación y no en la separación de ambas categorías; más aun, sin tal asociación no habría, en realidad, derecho constitucional, sino mero derecho estatal», ARAGÓN REYES, M., *Constitución, democracia y control*, *cit.*, p.15. Y exactamente igual ocurre al revés, en la relación entre la conceptualización de la democracia y su inherencia al término constitución: «mantener en la actualidad un concepto de democracia desligado del fundamento garantista y normativista de la Constitución, además de ser un anacronismo histórico, supone un grave obstáculo para la comprensión de la Constitución misma» ver BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1991, p. 32. La Constitución Española, en el Preámbulo, lo entiende también así cuando expresa su voluntad de «Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular». De manera especialmente sensible ha expresado HABERMAS la vinculación entre Estado de Derecho y Democracia del siguiente modo: “bajo el signo de una política completamente secularizada no es posible tener Estado de derecho, ni tampoco mantenerlo, sin democracia radical”, ver HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. Cit., p. 13.

cuestión de la legitimidad del poder. Es importante que el Derecho europeo, en tanto que ordenamiento supranacional, se imponga como un límite a los Estados, que la actividad de éstos en el mundo globalizado se encuentre fiscalizada, y que los ciudadanos puedan resguardarse en él, a través de procedimientos jurisdiccionales adecuados, frente a la actuación discrecional de los Estados. Pero si el Derecho europeo adolece en su producción de los mismos procedimientos y garantías democráticas que el Derecho convencional de naturaleza internacionalista, nos encontraremos de nuevo en el punto de partida. Si se llega a la conclusión de que son los Estados los productores de las normas que ulteriormente limitarán su propia actuación a escala europea, la Comunidad de Derecho, la imposición de normas supranacionales a la actuación de los Estados en la resolución de problemas globales no tendría ningún sentido.

La producción de normas jurídicas vinculantes para los Estados y los ciudadanos de los 27 Estados miembros, a escala supranacional, nos exige plantearnos “quién” ejerce este ‘poder’ resultante de la cesión de competencias soberanas de los Estados a las Instituciones. Es decir, “dónde” reside la *legitimidad*, por tanto, de un ordenamiento autónomo, de unas normas y actos jurídicos, que se imponen no sólo a los Estados, sino también a los nacionales de los Estados, concediendo derechos, pero de igual modo, imponiendo obligaciones<sup>159</sup>.

Con AZPITARTE SÁNCHEZ puede determinarse, desde el principio, que el modelo de la UE defrauda la función del Derecho constitucional, puesto que ordena el poder (y lo limita) pero no consigue justificarlo por carecer de legitimidad<sup>160</sup>.

Más allá de las particularidades de la UE como organismo de naturaleza sui generis, lo cierto es que la manera en la que se ha configurado políticamente el proceso de integración ha dejado a un lado a los ciudadanos. El protagonismo ha sido acaparado por los Estados. Esta planificación del proceso europeo responde a la lógica que hemos desarrollado a lo largo de estas páginas. La globalización ha supuesto la superación del Estado nacional que, en el momento de regulación de conflictos globales, ha sido sustituido por fenómenos de coordinación internacional e integración supranacional. Sin embargo, no se han trasladado al ámbito global los mecanismos

---

<sup>159</sup> En un genial resumen, Sabino CASSESE expone que el poder público tradicional de los Estados se legitima en la historia a través de dos instrumentos: por un lado el Derecho, o Estado de Derecho, que comienza desarrollando libertades personales y la independencia de los jueces, para continuar alcanzando el nivel legislativo (jurisdicción constitucional) y el ejecutivo (procedimiento administrativo), idea adquirida por Locke y Montesquieu; por otro lado la Democracia, idea que significa que el derecho es dictado por el legislador que representa al ‘demos’, de esta forma los ciudadanos protegen sus derechos contra la invasión pública. Como hemos observado la creación de la comunidad de derecho no ha terminado de comportar una verdadera “comunidad constitucional democrática de derecho”. En CASSESE, S., *Democrazia e Unione Europea*, *cit.*

<sup>160</sup> Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “Del derecho constitucional común europeo a la constitución europea. ¿Nuevo paradigma en la legitimidad de la Unión?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, 2005, pp. 343-373. También a la inversa, expone, que a la vez la Constitución pierde su plena funcionalidad, puesto que naciendo del poder constituyente y recogiendo los contenidos propios del constitucionalismo (limitación del poder y legitimidad) no es capaz de alcanzar y ordenar la nueva realidad del poder, el poder comunitario.

constitucionales que permitían la participación democrática de las ciudadanías en la toma de decisiones internacionales, ni los procedimientos político-constitucionales de control de los poderes públicos que actúan a ese nivel<sup>161</sup>. En consecuencia, esta situación, ha conducido a una profunda crisis de la fundamentación constitucional del principio democrático en el nivel europeo<sup>162</sup>.

Permítase una breve explicación de estas cuestiones desde la teoría constitucional estatal, para abarcar mejor el problema a nivel europeo.

En la teoría política estatal, las bases del poder constituyente, siguiendo a DE VEGA, se encuentran, por un lado, en la aceptación del principio democrático como supuesto legitimador del Estado y, por otro lado, en la adopción de la democracia representativa<sup>163</sup>. Entendido el primero (principio democrático) como el derecho del pueblo a establecer las reglas básicas de organización del Estado<sup>164</sup>, y entendiendo al segundo (democracia representativa) como el mecanismo de gobernación del Estado<sup>165</sup>.

Respecto del primero, debemos destacar que el fundamento de una organización constitucional, o dicho en un sentido positivo-normativo<sup>166</sup>, el fundamento de validez

---

<sup>161</sup> Por todos me remito a WALKER, N., en “Four Visions of Constitutional pluralism –Symposium transcript”, *European Journal of Legal Studies*, 2, n. 1, 2008, p. 347, Cfr. “El pluralismo (constitucional) no se refiere al conflicto, el pluralismo se refiere a la realidad ontológica de que existen diferentes ordenamientos jurídicos que tienen que encontrar los términos adecuados de acercamiento entre ellos”. Con BALAGUER CALLEJÓN podemos decir que el motivo fundamental por el cual la integración europea y el Derecho constitucional han seguido caminos divergentes ha sido la funcionalidad que para los Estados europeos ha tenido un proceso de integración que les permitía decidir conjuntamente en Europa sin someterse a los controles constitucionales establecidos por la Constitución interna. BALAGUER CALLEJÓN, F., “Constitución y ciudadanía en perspectiva europea, en AAVV Estudios sobre la constitución española, homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Cortes generales, Madrid, 2008, pp. 1923 y ss.

<sup>162</sup> DE VEGA GARCÍA, P., “Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 100, 1998, p. 13.

<sup>163</sup> «La democracia representativa implica la distinción entre representantes y representados, entre gobernantes y gobernados. En estas circunstancias la necesidad de hacer valer, conforme al principio democrático, la superior autoridad del pueblo frente a la autoridad del gobernante, no ofrece otra posibilidad ni otra alternativa que la de establecer, por el propio pueblo, una ley suprema...en contraposición a los poderes constituidos, ordenados y limitados en la Constitución aparece de ese modo, como poder previo, ilimitado y total el poder constituyente», DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 25.

<sup>164</sup> Resumiendo con BUSTOS GISBERT, para un planteamiento de la noción de la Constitución “constitucionalmente adecuado” no cabe olvidar la necesaria presencia de elementos democráticos en la expresión de la voluntad constituyente. El poder constituyente ha de ser necesariamente democrático, de modo que presente una directa e inmediata legitimidad popular. Legitimidad volcada directamente en la organización que la Constitución de tal sociedad propugna, y en los poderes territoriales creados a partir de la Constitución. BUSTOS GISBERT, R. *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, IVAP, Bilbao, 2005, pp. 32-33.

<sup>165</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, *cit.*, p. 33., describiendo las diferencias o paralelismos entre los conceptos de democracia y democracia constitucional que a continuación veremos.

<sup>166</sup> La ciencia constitucional ha construido la teoría del poder en el estado constitucional democrático a través de la ficción del poder constituyente. No es nuestra intención detenernos en un estudio pormenorizado de la cuestión puesto que ello necesitaría de herramientas externas a la teoría constitucional y el análisis de una bibliografía inabarcable. Con BÖCKENFÖRDE, E. W., podemos recordar que el estudio del poder constituyente puede hacerse desde cuatro visiones: desde una visión histórico política de la constitución, desde la teoría del derecho acertando sobre el fundamento normativo de validez de la constitución, desde la teoría de la constitución acertando sobre la fuerza que confiere legitimidad a la constitución, y desde el punto de vista de la dogmática de la constitución que acierte sobre sus formas de revisión y supresión. BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos Sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid, 2000, p. 1 y ss. Valga

de la Constitución, reside en un hecho ontológico-existencial<sup>167</sup>, en la “voluntad” democrática de un “pueblo”. La segunda vertiente de la democracia, (la democracia representativa) se articula principalmente en un órgano “constituido”, el Parlamento, donde se representan los intereses de los ciudadanos a través del juego político entre mayorías y minorías. La decisión política de la mayoría se formula a través de los procedimientos deliberativos establecidos constitucionalmente, cuya finalidad, desde el prisma del pluralismo, es imponer límites y controles a la voluntad mayoritaria, en favor de la audiencia de las posiciones minoritarias. De este modo se articula el pluralismo democrático dentro del marco de la Constitución abierta<sup>168</sup>.

Esta escisión en el concepto de democracia va unida a la que opera entre el pueblo como poder constituyente y pueblo como poder constituido<sup>169</sup>. A partir de lo anterior distinguimos, con ACKERMAN, dos nociones de democracia en la “doctrina dual”, diferenciando dos tipos de decisiones: las realizadas por el “pueblo”

---

a efectos de este discurso un resumidísimo planteamiento a través de su plasmación en la teoría del sistema de fuentes constitucional. La unidad de los ordenamientos jurídicos nacionales actuales se fundamenta en la idea de que todas sus normas tienen su fundamento último en la constitución. Desde la misma lógica los poderes del Estado son entendidos como poderes constituidos, puesto que son las NSP las que atribuyen poder público a determinados órganos para la creación de sus normas. NSP que en última instancia se encuentran o en la Constitución o derivan de ella su existencia. Desde el punto de vista de las fuentes del derecho, es precisamente esta derivación de la norma fundamental del estado en la que se basa la distinción entre poderes constituidos (limitados por la constitución y cuyo ejercicio no puede, por lo tanto sobrepasar la atribución derivada de la misma constitución) y poder constituyente, es decir, el poder ideológicamente ilimitado que se extingue con la aprobación de la primera norma de un ordenamiento jurídico nacional, la constitución. Este poder constituyente se enraíza desde las modernas revoluciones del siglo XVIII y XIX en la idea de un “demos” o pueblo, o nación, que legitima a través de la creación de la constitución al poder público del Estado. La soberanía reside en el pueblo y se expresa a través del acto constituyente: la autolimitación de la soberanía del pueblo a través de una Constitución donde se establecen poderes constituidos y límites a tales poderes. A partir de este momento el pueblo actúa a través de su representación en uno de esos órganos, el parlamento, y de forma indirecta en el gobierno en aquellos sistemas parlamentarios. Al producto normativo del poder del parlamento se le reconoce fuerza de ley, fuerza directamente subordinada a la constitución y superior al resto de los actos de los demás poderes (exceptuando aquellas con rango de ley producidas por el ejecutivo), con capacidad para desarrollar directamente las disposiciones de la constitución y con un ámbito reservado, reserva de ley, ámbitos de regulación que por su naturaleza de expresión de la voluntad popular, normalmente infieren en ámbitos de libertad del propio pueblo. De esta forma el pueblo sigue limitando y conformando el derecho derivado del poder en forma de poder constituido, mediante el procedimiento político y a través de las garantías procedimentales adecuadas que garanticen la representación de las mayorías y la minorías: el pluralismo político. Desde un punto de vista kelseniano podemos decir que, la teoría del poder constituyente vendría a representar, en mi opinión, el contenido social e histórico del fundamento de validez de la norma suprema (Grundnorm) de un ordenamiento. Mientras Kelsen, en coherencia con el desarrollo de una “Teoría pura del derecho”, sitúa el fundamento de validez de la norma suprema en un presupuesto lógico-trascendental, una validez presupuesta (KELSEN, H., Teoría Pura del Derecho, Porrúa, México, 2005, pp. 208-214); una actitud material de referencia al derecho nos hace optar por una comprensión del ordenamiento jurídico desde el mínimo (ético?) del principio democrático, y consecuentemente desde la “ficción” del poder constituyente. Para todo el discurso, y por todos, BALAGUER CALLEJÓN, F., Fuentes del Derecho, *cit.*

<sup>167</sup> DE VEGA GARCÍA, P, La reforma constitucional..., *cit.*, pp. 28-29

<sup>168</sup> Constitución abierta en el sentido de marco en el que puedan desarrollarse todas las opciones políticas siempre y cuando se respeten los procedimientos. Me remito, para un extraordinario y breve resumen de las diversas perspectivas que ofrece la Constitución democrática actual desde el prisma de la dogmática de los derechos fundamentales a PÉREZ LUÑO, A. E., “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, Teoría y Realidad Constitucional, n. 20, 2007, pp. 495-511. La esencia de la idea de la “constitución abierta” y el pluralismo se expresa de forma magistral a través de los “seis universales procedimentales” de Norberto BOBBIO que establecen las reglas esenciales del juego de la democracia en un marco constitucional, la última de las cuales establece que «ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones», ver BOBBIO, N., Teoría general de la política, Trotta, Madrid, 2003, p. 460.

<sup>169</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., Fuentes del Derecho, Vol. II, *cit.*, p. 32

(*constitucional politics*), y las realizadas por el “Estado” (*normal politics*). En las primeras decisiones se actúa en nombre del pueblo, y es necesario una participación acusada del mismo, algo que puede ser identificable con los momentos constituyentes de institucionalización de una comunidad política, o de transformación trascendente de sus bases mediante el procedimiento de reforma agravada o total de las Constituciones rígidas<sup>170</sup> (sin olvidar su configuración mediante referéndum pero prescindiendo ahora del tema). En las segundas decisiones la participación ciudadana se concentra en el momento electoral, y se desarrolla posteriormente de manera representativa<sup>171</sup>. Ésta última es la situación habitual de funcionamiento de un régimen constitucional democrático donde la voluntad del pueblo se expresa a través del mandato representativo.

Como observaremos a continuación, en el proceso de integración europea, la voluntad democrática de la ciudadanía ha sido marginada, impidiendo la conjugación del principio de democracia constitucional en la UE. Esta imposibilidad se observa desde su versión teórica del “constitucional politics” (principio democrático como presupuesto legitimador de la UE): tanto en la imposibilidad de determinar el hecho ontológico existencial de la identificación de un “pueblo, como desde la perspectiva jurídica de la participación de la ciudadanía en el proceso de negociación y ratificación de los Tratados. Pero también se observa desde la perspectiva del “normal politics” (en la configuración de una democracia representativa como mecanismo de gobernación y normación de la UE) por la construcción Institucional que se ha llevado a cabo en expresión de la llamada “doble legitimidad de la UE”.

#### *D.i) El hecho ontológico existencial: Perspectivas del Demos europeo*

Permítanme comenzar con la siguiente frase de HEGEL: «preguntarse a quién, a qué autoridad pertenece el poder de hacer una Constitución, es preguntarse a quién corresponde hacer el espíritu de un pueblo<sup>172</sup>».

La noción de “pueblo” ha enmarcado el debate doctrinal sobre la legitimidad constitucional de los Tratados. Como hemos visto, el concepto “pueblo” es trascendental en la legitimidad de los ordenamientos constitucionales modernos, sin embargo no puede ser conjugado en el ámbito europeo desde los parámetros tradicionales utilizados en el ámbito estatal. En la UE la “diversidad de identidades y de valores propios de una sociedad plural, y progresivamente multicultural convierte

---

<sup>170</sup> Momento en el que el procedimiento agravado de reforma responde a la revisión de aquellas disposiciones constitucionales que se consideran “identitarias” del sistema constitucional, tales como la forma del Estado, la forma de gobierno o los derechos fundamentales. Además de la obra anterior ver en este sentido PÉREZ LUÑO Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 2004. También, BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord), Manual de derecho constitucional, cit., p. 39-40.

<sup>171</sup> ACKERMAN, B., “Constitutional law/ constitutional politics”, Harvard Law Review, n. 99, 1989, pp. 453 y ss.

<sup>172</sup> HEGEL, G., “Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política”, Edhasa, Barcelona, 1988, p. 1 y ss.

en difícilmente operativos (...) no sólo a conceptos procedentes de otros ámbitos identitarios: religiosos, éticos, culturales, sino también a determinados conceptos que siguen ocupando un lugar central, por la inercia propia de su despliegue histórico, en el Derecho constitucional actual”<sup>173</sup>.

La doctrina jurídica tradicional se ha esforzado en determinar si el elemento “pueblo” representa un componente que necesariamente deba preexistir en la Constitución de cualquier unidad política, y en consecuencia, en los últimos años se ha debatido mucho sobre si en Europa puede determinarse una masa suficientemente homogénea que pueda caracterizarse como pueblo o “demos” europeo<sup>174</sup> del que pueda surgir una voluntad capaz de institucionalizar una Comunidad política.

El extensísimo debate centraría su punto de partida en la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Tratado de Maastricht, el 12 de octubre de 1993, punto de inflexión en la cuestión sobre la forma de organización política de la integración europea. La idea esencial de la Sentencia, a efectos de este trabajo, se recoge en la afirmación “*there is no European people, only european peoples*”<sup>175</sup>. Con esta afirmación el Alto Tribunal Alemán resume la lógica de la decisión entendiendo que la democracia constitucional, el principio democrático, pertenece sólo a la esfera de los Estados miembros. Para el TCFA, la atribución competencial por parte de los Estados a las Instituciones europeas vendría a extrapolar

---

<sup>173</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Constitución y ciudadanía en perspectiva europea”, cit. pp. 1923 y ss.”

<sup>174</sup> De nuevo con WHAL podemos resaltar que «de entre todos los principios estructurales político-constitucionales o elementos estructurales, la democracia y el principio democrático deben ser el rasgo decisivo de la configuración política de cualquier unidad política, puesto que expresa lo fundamental sobre los sujetos que son portadores de una comunidad política y la medida de las relaciones internas entre los particulares y la unidad». En WHAL, R., “Cabe explicar la UE mediante conceptos...”, cit., p. 122.

<sup>175</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán puede encontrarse traducida al español en la *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, 3, 1993. En esencia el TCFA se basa en el artículo 38 de la Ley Fundamental que establece el principio democrático y la garantía del derecho de participación en el proceso de creación de la voluntad democrática. Este derecho fundamental incluye el derecho de participación de los ciudadanos en las elecciones según los principios democráticos y su participación en la legitimación del poder público. Como fundamenta el Tribunal este derecho podría verse vulnerado si la transmisión de funciones y competencias de la Dieta federal (Bundestag) a una institución de la UE fuera tan amplia que ya no fuera posible una participación del ciudadano en la legitimación del poder estatal y en la influencia de su ejercicio. De este modo inaugura la cuestión del *kompetenz-kompetenz* sobre quién es el detentor último de las competencias de poder público, negando que la UE tenga la facultad de dotarse de los medios necesarios para cumplir sus objetivos. En esta sentencia, siguiendo la senda de la sentencia *Solange* el TCFA adhiere un límite a la integración estableciendo que los parlamentos nacionales, en tanto que representantes de la verdadera voluntad democrática del Estado deben mantener las competencias de “entidad sustancial”. El TCFA se reserva expresamente la facultad de determinar si los actos jurídicos de las Instituciones y órganos europeos respetan los límites de los derechos de soberanía a ellos otorgados, o si por el contrario, desbordan ese marco. En definitiva, la legitimidad del derecho inherente al principio democrático continúa siendo primordialmente concedida o por “los pueblos de los Estados Miembros” o por sus “parlamentos nacionales”. Como se observa la máxima de la sentencia reside en la expresión “*there is no European people, but European peoples*”. No obstante comparto la opinión del BAQUERO CRUZ, J., que considera que a pesar de las amplísimas críticas sobre la concepción del Tribunal alemán, la sentencia Maastricht-Urteil permitió desarrollar un debate que de otro modo no habría tenido lugar, debido al amplio consenso entre las jerarquías políticas alemanas (y en general de todos los partidos políticos mayoritarios de los Estados miembros) sobre la bondad del proceso de integración europea. BAQUERO CRUZ, J., “The Legacy of the Maastricht-Urteil and the pluralist movement”, EUI Working Papers, del Robert Schuman Centre for advanced Studies, 2007/13, p. 13. Para un análisis sobre el contenido de la sentencia, ante la amplísima bibliografía, me remito a STEIN, T., “La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht”, *Revista de instituciones europeas*, n.3, 1994, pp. 745-770.

el principio democrático desarrollado en los ordenamientos internos hacia la Unión Europea “en cascada”, de forma que la democracia constitucional se configuraría a través de la participación de los poderes públicos nacionales (democráticamente legitimados a nivel nacional) en la producción y aplicación del Derecho europeo. Los controles internos y la participación de los gobiernos y parlamentos nacionales, darían lugar a una especie de “democracia mediata”<sup>176</sup> en la UE. Esta sentencia se ha consagrado como el paradigma de los límites constitucionales nacionales a la integración, resaltando precisamente la debilidad democrática de la estructura jurídica europea, por lo que ha sido muy discutida en doctrina.

La sentencia Maastricht expresa nítidamente los pareceres de KIRCHHOFF, relator de la misma, en cuyas teorías parece acercarse a la Unión Europea desde el signo de la “reduplicación”<sup>177</sup>, esto es, desde la repetición a escala europea de los elementos conceptuales de la Teoría constitucional del Estado. En los escritos jurídicos de Kirchhoff, se identifica el concepto “pueblo” con aquel de “poder constituyente”, aplicándole un carácter necesario de homogeneidad cultural. En consecuencia, para este autor, si no existe homogeneidad cultural entre los diferentes pueblos de Europa, no puede existir un verdadero “demos” europeo que actúe como elemento constituyente europeo, legitimando por sí mismo la estructura constitucional jurídica europea<sup>178</sup>. En consecuencia la legitimidad y el poder último del que surge el poder público europeo debe encontrarse por fuerza en las Constituciones nacionales, como verdadera expresión de cada uno de los “pueblos”.

Frente a esta postura, en un intento de legitimar el proceso de integración, puede destacarse la visión de WEILER en la reconstrucción conceptual del “demos” europeo. Contrariamente a Kirchhoff, el autor parte de que no hay razón para que el *demos* europeo se construya de la misma forma que el de los Estados. Haciendo hincapié en la verdadera realidad de la Unión, compuesta por ciudadanos de distinta nacionalidad, señala que la UE está compuesta por diversos *demoi*. Desde aquí considerará que, el ciudadano puede sentirse perteneciente a diversas estructuras territoriales<sup>179</sup> a la vez, por lo que el concepto esencial de su teoría traslada la idea de

---

<sup>176</sup> En este sentido me remito a RIDOLA, P., “La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa”, ReDCE, n.3, 2005.

<sup>177</sup> De nuevo ver WHAL, R., “Cabe explicar la UE mediante conceptos...”, *cit.*, pp. 123 y ss.

<sup>178</sup> Este carácter esencial del pueblo como elemento preexistente y homogéneo a la comunidad política puede apreciarse en KIRCHHOFF, P., “The Balance of Powers between national and European institutions”, *cit.*, pp. 225-242. Carácter que como veremos ha sido contestado por WEILER argumentando que el Tribunal alemán ha abrazado una noción de pueblo monolítica y orgánica, que necesita de la homogeneidad en orden a legitimar a la comunidad política. Esta noción no es en absoluto compatible con la integración europea, basada sobre el solapamiento y la identidad no exclusiva que recorre el concepto de pueblo homogéneo. WEILER, J. H. H., “Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht decision”, *European Law Journal*, 1995, p. 219. Por último, y con vistas a un acercamiento a la concepción de “pueblo” como una “entidad étnica y culturalmente homogénea” de SCHMIT, C., ver *Teoría de la Constitución*, Alianza editorial, Madrid, 1983.

<sup>179</sup> De nuevo PERNICE, I., “Elements and structures of the European Constitutions”, *cit.*, ID. “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?”, *cit.*, pp. 703 y ss. ID. “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *cit.*, pp. 509 y ss.



“pueblo” desde la cuestión de la homogeneidad cultural hacia el concepto de “pertenencia” (que identifica con el concepto “pueblo”). Esta pertenencia se expresa a través de un compromiso con los valores compartidos de la Unión, de forma que, el hombre pueda sentirse vinculado a varias organizaciones territoriales basándose en diferentes factores subjetivos: la identidad en sentido cultural como pertenencia a la nación (en los casos en los que sea homogénea, o territorial en otros), y la afinidad con los valores compartidos en la UE que trascienden la diversidad etno-nacional<sup>180</sup>.

La perspectiva de Weiler reconstruye teóricamente la legitimidad del Derecho europeo desde la jurisprudencia del TJ. Particularmente, parece haberse aferrado a la idea del TJ sobre las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”<sup>181</sup>, concepto con el que se ha construido la garantía de los derechos fundamentales en el Derecho de la UE. Como se estudiará más adelante, basta ahora con señalar que Weiler remite a las tradiciones constitucionales como valores comunes a los ciudadanos de los Estados que identifican la pertenencia de un sujeto a diversas estructuras políticas, valores que, además, resultan inseparables de la cuestión de la garantía de los derechos fundamentales como factor de integración y pertenencia a una comunidad<sup>182</sup>.

La reconstrucción de Weiler, sin embargo prescinde de una cuestión esencial sobre el desarrollo del principio democrático en la UE. Ignora la carencia de factores materiales e institucionales que hacen posible la idea de democracia constitucional en el desarrollo del Derecho europeo. Estas carencias materiales constatan que no existe un espacio público desarrollado en la UE, similar al que existe en el interior de los Estados, sobre el que pueda articularse el principio democrático en el marco jurídico e institucional de la Unión.

Podemos acudir, en este sentido, a la construcción de GRIMM. Este autor asume la idea del pueblo como poder constituyente. Sin embargo, se aparta de la concepción de ese poder primario como unidad étnica y homogénea, para situar el énfasis en el concepto “identidad”. El autor, considera que esta identidad no es posible en el discurso constitucional europeo, puesto que el supuesto “pueblo europeo” aun no es capaz de comunicarse discursivamente entre sí (para lo que el problema de la lengua es esencial, señala). El debate político-público, en opinión de este autor, sigue permaneciendo en el ámbito estatal, denotando una muy baja capacidad para el discurso transnacional y la comunicación acerca de los objetivos y problemas de una comunidad supranacional. La inexistencia de este pueblo “identitario” es justificada, en resumen, a partir de la imposibilidad de que se pueda crear una opinión pública

---

<sup>180</sup> WEILER, J. H. H., “Does Europe need a Constitution?...”, *cit.*, pp. 287-288.

<sup>181</sup> Para un resumen brillante sobre la construcción jurisprudencial del concepto y la protección de los derechos fundamentales en la UE ver CÁMARA VILLAR, G., “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *ReDCE*, n. 4, 2005.

<sup>182</sup> Véase el artículo 49 del TUE, que disponen la necesidad de respeto y participación de los valores del artículo 2 TUE.

européa y un discurso público europeo, es decir, ante la falta de elementos materiales e institucionales que permitan la aparición de un verdadero espacio público europeo<sup>183</sup>: elemento esencial de la identificación del ciudadano con la “comunidad” política europea.

La teoría del discurso y la capacidad comunicativa (o deliberativa), ha sido desarrollada también por HABERMAS<sup>184</sup>. El filósofo alemán observa la cuestión de la legitimidad del Derecho desde la búsqueda de un perfil sociológico adecuado que permita la evaluación normativa de los procedimientos deliberativos democráticos del Estado de Derecho. Desde este punto de partida recoge la cuestión de la “identidad”, subrayada por Grimm, que requiere de una esfera pública política que permita a los ciudadanos tomar posiciones simultáneamente en temas de relevancia común. Sin embargo, inserta la idea dinamismo y progresividad que envuelve al proceso de integración: “La noción de pueblo no se puede tomar como algo apriorísticamente establecido de manera histórico-cultural, [recordemos que en la visión anterior se señalaba la cuestión de las diferencias lingüísticas como un *handicap*], sino como un proceso progresivo de construcción a través de la institucionalización jurídica de la comunicación entre ciudadanos”<sup>185</sup>. Es decir, la identidad europea será “construida progresivamente” a través de los procedimientos jurídicos adecuados, y la clave parece encontrarse en las palabras “proceso progresivo” e “institucionalización”.

En los postulados de Grimm y Habermas se encuentra un punto en común y un elemento de disenso. El acuerdo se alcanza en la importancia del desarrollo de un verdadero espacio público europeo para construir una identidad política europea. El disenso aparece sobre el rol que desempeña la Constitución en sí misma en la construcción de la identidad política.

---

<sup>183</sup> Ver GRIMM, D., “Does Europe need a Constitution”, en GOWAN, P., y ANDERSON, P., (eds), *The question of Europe*, Maxwell, Londres-Nueva York, 1997, pp. 254 y 255. En el mismo sentido, centrado en las posibilidades de integración de Europa a través de una constitución ver también, GRIMM, D., “Integración por medio de la constitución. Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.15, 2004, pp. 53-69. Desde una construcción sobre la base de los derechos fundamentales ver, DENNINGER, E. y GRIMM, D., *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, *cit.*, pp. 51-63. La construcción teórica sobre la doctrina en este aspecto es deudora de BUSTOS GISBERT, R., *La Constitución red. ...*, *cit.*, pp. 80-87.

<sup>184</sup> Esencialmente ver HABERMAS, J., *Facticidad y Validez (sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, quinta edición, Trotta, Madrid, 2008, especialmente el capítulo dedicado a “Política deliberativa: un concepto procedimental de democracia”, pp. 363-406. Donde parte de la premisa de que “la manera de operar de un sistema político articulado en términos de Estado de Derecho no puede describirse de modo adecuado, tampoco empíricamente, sin referencia a la dimensión de validez del Derecho, y a la fuerza legitimadora que tiene la génesis democrática del Derecho”.

<sup>185</sup> HABERMAS, J., “Reply to Grimm”, en GOWAN, P., y ANDERSON, P., (eds) *The question of Europe*, *cit.*, p. 264. La idea de la institucionalización de procedimientos jurídicos como base de integración de un pueblo es, desde la ciencia constitucional, deudora quizás de la teoría de la integración de R. SMEND, que consideró a la Constitución como orden jurídico de la integración social, enraizando en la dogmática de los derechos fundamentales cultura, política y derecho. Así destaca este autor «la estructura de la vida de cada grupo humano constituye en sí misma, como momento, elementos que provienen de universos diferentes (...) No es legítimo romper su coordinación, que tan sólo puede comprenderse dialécticamente» ver SMEND, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich y Leipzig, Duncken & Humblot, 1928, p. 1., versión en español *Constitución y Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1985.

En primer lugar, ambos parten de la idea de que el principio democrático requiere del desarrollo de factores estructurales y materiales que lo permitan, es decir, la democracia necesita de un espacio público en el que desplegarse. Este espacio público necesita del avance de elementos tanto institucionales como materiales, tales como una opinión pública formada, medios de comunicación europeos, verdaderos partidos políticos europeos... que en el momento actual del proceso de integración no han madurado. Es decir, sin estos elementos no puede articularse un verdadero espacio público europeo donde se pueda desenvolver la democracia constitucional en la UE<sup>186</sup>”. Lo cierto es que la disociación existente entre el grado de desarrollo de la realidad democrática constitucional del Estado y la incipiente realidad constitucional de la UE impiden que la ciudadanía pueda sentirse vinculada a una identidad europea, a cuyo espacio accede básicamente a través de la mediación del Estado<sup>187</sup> (recordemos la STCFA *Maastricht*).

Partiendo pues de la importancia entre la “identidad” y el “espacio público europeo”, puede señalarse que se hace imprescindible una reconstrucción previa del concepto de ciudadanía europea (no de la idea del *demos*) basado en la creación de un estatuto jurídico de derechos común, pero particularmente, mediante una reforma en la estructura institucional y procedimental de la UE que permita el desarrollo de los factores materiales esenciales sobre los que construir un espacio público europeo. Es decir, el principio democrático exige, de partida, de un sentimiento de identificación de los ciudadanos de cada Estado con el proceso de integración europea, pero para ello es necesario articular los factores materiales e institucionales adecuados que permitan tener en cuenta en el proceso de integración la dimensión ciudadana del espacio público europeo y que hagan posible el desarrollo de una Comunidad política europea con una identidad propia.

En segundo lugar, en la idea subyacente de la réplica a Grimm de Habermas se observa un elemento de disenso, basado en que el concepto pueblo no es un concepto preexistente a la comunidad política. Sino que es la Constitución la herramienta esencial de integración progresiva en una sociedad<sup>188</sup>. La tesis de HABERMAS

---

<sup>186</sup>En este sentido, con Francisco BALAGUER, puede señalarse que, actualmente no es posible la formación de una identidad europea desvinculada de los factores materiales que pueden contribuir a conformarla, “no es posible promover un sentimiento identitario para un proyecto que no esté previamente definido o que sea contradictorio con los patrones culturales en los que se basa la identidad política en los Estados miembros: “la cultura que puede unificar Europa desde el punto de vista de la construcción de su identidad es la cultura constitucional y democrática articulada en torno al concepto de ciudadanía europea. La identidad nacional de los ciudadanos y las ciudadanas europeas está articulada en torno a un sistema de valores constitucionales y democráticos BALAGUER CALLEJÓN, F., “Identidad europea, ciudadanía y modelo de integración”, BALAGUER CALLEJÓN, F., “Constitución y ciudadanía en perspectiva europea, en AAVV, Estudios sobre la constitución española, homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Cortes generales, Madrid, 2008, pp. 1923 y ss: “ese lugar de encuentro sólo lo podremos residenciar en los espacios constitucionales (europeo, estatal y autonómico) en los que se ordena la convivencia democrática mediante una organización institucional y un sistema de derechos y deberes

<sup>187</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., “Identidad europea, ciudadanía y modelo de integración”, cit.

<sup>188</sup>Esta idea puede encontrar cierto paralelismo en el discurso de Walter Hallstein y la evolución de sus tesis impulsadas por la crítica de HÄBERLE. De forma extremadamente breve puede resumirse el discurso del primero como una de las primeras críticas a la naturaleza constitucional de los Tratados, que partían de la constatación de que el Estado

imprime esta concepción sobre la UE: la función de la Constitución en la determinación de la integración democrática de la sociedad, y la construcción dinámica y evolutiva de un “demos” mediante el marco y los procedimientos en ella establecidos, es decir, la Constitución como función integradora de los ciudadanos y los pueblos”<sup>189</sup>. Debemos decir que, la inexistencia de una verdadera Constitución

---

es una unidad política previa a la Constitución. Se interpretaba entonces que, mientras que el Estado, en tanto que organización política, y la Nación, en tanto que comunidad de destino, “se daban” la Constitución, por el contrario, las Comunidades europeas no eran “más que una creación del Derecho” (HALLSTEIN, W., *Europe in the Making*, Allen and Unwin, Londres, 1972) del Derecho de los Estados. Este entendimiento entre las relaciones del Estado con la Constitución fue criticado a partir de los años sesenta por la dogmática alemana. El núcleo de esta crítica implicaba que el Derecho constitucional no resulta de una realidad inmaterial como el Estado, en tanto que organización, sino que debe entenderse que la Constitución es la que “constituye” al Estado. HÄBERLE, P., “El Estado Constitucional Europeo”, *Cuestiones Constitucionales*, n. 2, 2000. «Hay en la tradición clásica como R. Smend o A. Arndt (...) tanto Estado como la Constitución configure. El Estado no es ... algo primario y natural con lo que la Constitución (más o menos conformada) se relaciona». Y también «Nosotros tenemos que construir la Constitución, así como al derecho y al Estado en cuanto aspectos particulares de ella, “como si” descansaran sobre un contrato de todos con todos». Sobre la evolución de la idea de las bases del Estado en la dogmática alemana y su ligazón con el análisis metodológico de la UE, ver BOGDANDY, A. V., “Notas sobre la ciencia del Derecho europeo...”, *cit.*, pp. 215 y ss. En el mismo sentido ver RIDOLA, P., “La parlamentarización de las estructuras institucionales de la UE entre democracia representativa y democracia participativa”, *ReDCE*, n.3, 2005, que afirma respecto de los valores del Preámbulo del TUE, un sentido de « *Integrationslehre* de Smend: si en la UE falta la unicidad de un *demos* europeo, no falta, en el patrimonio constitucional europeo progresivamente codificado por las reformas de los Tratados, un *humus* de factores de integración de una *Öffentlichkeit* europea intrínsecamente plural». En palabras de FERRAJOLI «un pueblo (el mítico *demos*), en mi opinión, no existe como sujeto unitario anterior a la constitución, sino que es generado por la constitución misma en cuanto pacto de convivencia mediante el cual se estipula la igualdad en derechos fundamentales, y por lo tanto, la igual identidad y dignidad de cada uno de sus miembros como persona y como ciudadano». FERRAJOLI, L., “Garantismo...”, *cit.*, p. 110. El propio HABERMAS expone que «una comprensión teórico comunicativa de la democracia no puede descansar en un tipo de idea *concéntrica* del pueblo, pues ésta pretende presentar como algo homogéneo lo que es, en sí mismo, muy heterogéneo. HABERMAS, J., “Reply to Grimm”, *cit.*, pp. 262-264. De nuevo cito a BUSTOS GILBERT, R., “La Constitución red...”, *cit.*, por la extraordinaria y sencilla evaluación de la teoría de Habermas en contraposición a Grimm, sin la cual no hubiese podido comprender tales diferencias, p. 84. También GRIMM comprende la constitución en su efecto integrador de la sociedad, pero como expone «la integración es un proceso efectivo, en el cual los miembros de una comunidad desarrollan un sentimiento de pertenencia común y conforman una identidad colectiva que les distingue de otras comunidades», p. 54, más adelante, sin embargo deja clara su perspectiva divergente, «¿produce ya la propia existencia de la constitución su eficacia integradora? Cabe dudar», afirmación que distingue la consecuencia “política” de la integración, o “eficacia integradora” de aquella positivista en la que la validez de las normas no se hace depender de su efectividad o cumplimiento, “eficacia normativa”. La esencia en clave de integración y constitución está basada para el autor en la idea de la identidad, que se mueve desde el sujeto hacia las normas constitucionales y no a la inversa. GRIMM, D., “Integración por medio de la Constitución...”, *cit.*, p. 54. El propio HABERMAS descartará algunas comprensiones excesivamente sociológicas o empiristas para comprender la problemática democrática, ver HABERMAS, J., *Facticidad y Validez ...*, *cit.*, pp. 363-406: «someteré a un examen de consistencia la propuesta de Werner Becker de una fundamentación empirista de las reglas del juego democrático. El resultado más bien insatisfactorio, nos obliga a retornar a los modelos directamente normativos de democracia, con los que ya nos hemos topado», p. 366.

<sup>189</sup> Esencialmente SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, Trad. José Maria Beneyto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 225-234. También HÄBERLE, P., “Europa como Comunidad constitucional en desarrollo”, *ReDCE*, n.1, 2004, pp. 11-24: «La función de integración de los ciudadanos y los pueblos es, partiendo del pluralismo, otra función constitucional clásica». Idea que se materializa en el TUE firmado en Lisboa a través de la institucionalización de los valores democráticos del artículo 2, y el establecimiento de los principios democráticos del Título II que dan forma al legado de una relación entre el desarrollo de la democracia y la ampliación de los “derechos” de ciudadanía que se estrecha paulatinamente en las constituciones europeas del siglo XX. Es decir, la construcción de ese espacio público que se critica como foro de desarrollo del constitucionalismo se realiza a través del reforzamiento de la democracia participativa en la reforma de los Tratados de Lisboa y la construcción progresiva del espacio público a través de la revalorización de la “ciudadanía” desde el Tratado de Maastricht. En este sentido de nuevo me remito a RIDOLA, P., “La parlamentarización de las estructuras institucionales...”, *cit.* Como señala BOGDANDY las teorías habermasianas han adquirido una amplia recepción. En ellas, además de situar el énfasis en los diferentes modelos y procedimientos de “supranacionalismo deliberativo” (entre los que cobra relevancia el procedimiento de la Comitología: ver JOERGES, C., y NEYER, J., “Deliberative supranationalism. Revisited”, *EUI Working Papers*, 2006/20) se separa la naturaleza jurídica del

europea es una dificultad esencial en la construcción y articulación de una Comunidad política europea de ciudadanos en la que hacer descansar la legitimidad del proceso de integración.

En mi opinión debe asumirse un hecho esencial destacado por Grimm: los Tratados no son una Constitución con la que se pueda cumplir actualmente (o al menos con menor dificultad) una función de integración identitaria europea, pues no ha existido un acto realizado o atribuible al pueblo en el proceso de producción de los Tratados (como constitución material de la UE).

### D.ii) Los Tratados y los ciudadanos

La cuestión de la producción de los Tratados en aplicación del discurso del principio democrático al Derecho europeo se resume en la repetida crítica de que los Estados son los verdaderos “señores de los Tratados”<sup>190</sup>. Los Estados miembros son considerados como los ‘autores de los Tratados’, sus ‘hacedores’, términos que caracterizan a los Estados miembros como un colectivo, conforme al artículo 48 TUE<sup>191</sup>. Los Tratados europeos se han producido y revisado a través de un procedimiento básicamente internacionalista, mediante la convocatoria de Conferencias intergubernamentales<sup>192</sup>. Por ello su posible carácter democrático-constitucional se reduce, en la práctica, a una perspectiva material o de contenido de los mismos, y no formal. Unos Tratados europeos elaborados por el método de la

---

Derecho de la Unión del armazón coactivo y la vinculan al proceso normativo, a su capacidad para producir legitimidad. Por otro lado, como señala BOGDANDY sin embargo critica esta idea por ser mayoritariamente extraña a la ciencia jurídica, y concretamente, a la tradición positivista, la vinculación entre legalidad y legitimidad, las exigencias de naturaleza políticas y las jurídicas, o la cuestión de la “Facticidad y Validez” (HABERMAS, J., *cit.*) Ver la cita de BOGDANDY de la nota 112. Quizás desde un punto de vista más jurídico sea adecuada la visión de ARNOLD, R., según la cual el concepto de Estado de derecho, basado y limitado por el Derecho «ha ido sustituyendo cada vez más a la idea de que la política pueda constituir el centro ilimitado de la acción del Estado», los valores determinados por la Constitución suponen, por tanto, el marco para el proceso político. La legitimidad de las decisiones políticas expresadas a través del procedimiento normativo se fundamentan en su adecuación al marco limitado por la Constitución. ARNOLD, R., “El Derecho Constitucional Europeo a comienzos del siglo XXI y la Constitución Española”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F., (Dir), *The Spanish Constitution in the European Constitutional context*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 499-500.

<sup>190</sup> Sobre el tema en términos generales: DE WITTE, B., “Il processo semi-permanente di revisione dei Trattati”, *Quaderni Costituzionali*, 2002, p. 499 y ss. Clásico ya SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, Paris, 1997, p. 55. También ZILLER, J., comentando los conceptos constitucionales del TCEU considera que, incluso tras el método seguido por la Convención de 2003-2004, los Estados Miembros aun tienen atribuida la función de *pouvoir constituant* debido a su papel como dueños de los Tratados. ZILLER, J., “La función de los conceptos constitucionales de los Estados miembros...”, *cit.*, p. 40

<sup>191</sup> Ver muy recientemente en este sentido a VON BOGDANDY, A., “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, *Revista General de Derecho europeo*, 22, 2010, p. 20. El Tribunal de Primera Instancia ha llegado a calificar a los Estados como la “autoridad fundamental de la Comunidad” considerados en conjunto como autores del derecho originario, ver los asuntos *Holcim/Comisión*, T- 28/03, de 21 de abril de 2005; y el asunto *Salamander et al/ Parlamento y Consejo*, T-172/98, de 27 de junio de 2000.

<sup>192</sup> Las Conferencias Intergubernamentales más importantes hasta ahora han sido: la CIG en la que se firmó el Acta Única Europea (1986) en la que se establecieron los pasos necesarios y el programa para la consolidación del Mercado Interior el 1 de enero de 1993; las dos CIG con motivo de la firma del Tratado de Maastricht, una sobre política económica y monetaria (UEM) y otra sobre Unión Política (en la que se estructuraron los pilares PESC y JAI); la CIG en la que se firmó en Tratado de Ámsterdam en 1997, precedido por el Consejo Europeo de Turín de 1996, y la CIG de Niza, de 2001.

conferencia intergubernamental no muestran ningún tipo de voluntad de la ciudadanía (al menos sólo indirecta a través de los representantes estatales). Éstos sólo podrían entenderse formalizados constitucionalmente, en un sentido estricto, formal, si fuesen aprobados directamente por los pueblos de los Estados miembros de la UE como titulares de la soberanía popular, o mejor dicho, si en su producción existiesen procedimientos discursivos adecuados en el contexto de un espacio público europeo en los que participaran los ciudadanos de todos los Estados miembros por igual.

Por ello la doctrina ha resaltado en este aspecto que la limitación del poder estatal al que da lugar la naturaleza supranacional de la UE, sólo podría entenderse en el sentido de una ordenación constitucional del poder, en la medida en que surgiese de un verdadero proceso constituyente protagonizado por los ciudadanos de forma directa<sup>193</sup>.

Hubo, sin duda, avances en este sentido en las fases de redacción y ratificación del proyecto del “*Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*” (29 de octubre de 2004). Basta recordar la utilización del método de la Convención que, de forma paradigmática, había sido el procedimiento utilizado para la redacción de la “Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea” en el 2000<sup>194</sup>; o las

---

<sup>193</sup> Ver KOTZUR, M., “Los objetivos de la Unión. Una contribución a la identidad y finalidad constitucional de la Unión”, ReDCE, n. 2, 2004, p. 493. Me debo remitir de nuevo a la citada Sentencia *Los Verdes*, FJ. 23. Sobre la forma constitucional de los Tratados ver RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y BAQUERO CRUZ, J., “Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Revista Fundamentos, n. 4, 2006. Para BALAGUER CALLEJÓN, F., el experimento del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa «tenía forma de Tratado y alma de constitución», en BALAGUER CALLEJÓN, F., “La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa”, ReDCE, n. 8, 2007. Ver también las conclusiones de TIZIANO, A., “Hacia el Tratado de Lisboa: las perspectivas de la Constitución Europea...” *cit.*, HÄBERLE, P., “La Constitución de la Unión Europea de junio de 2004 en el foro de la doctrina del Derecho Constitucional europeo”, ReDCE, n.2, 2004.

<sup>194</sup> En la Convención los trabajos preparatorios se confiaron a diferentes grupos de trabajo con un importante componente de debate y diálogo con la sociedad civil. No obstante, debemos resaltar desde el inicio que, la singularidad de este proceso no fue suficiente para «caracterizar al texto resultante como Constitución [...] si bien el proceso mismo nos acerc[ó] al ámbito constituyente, también es cierto que no [hubo] en la formulación del texto por la Convención más que una actividad “preconstituyente” si queremos definirla así, por cuanto que los sujetos políticos [seguían...] siendo los Estados», Ver BALAGUER CALLEJÓN, F., “El sistema de fuentes en la Constitución europea”, ReDCE, n.2, 2004 quien añade : «que los Estados sean los actores del proceso constituyente no supone que el resultado final de ese proceso no sea una auténtica Constitución. Un pacto federal también da lugar a una Constitución, máxime cuando ese pacto es adoptado por órganos democráticos y sometido a ratificación posterior en cada Estado. Cuestión distinta es la del grado de desarrollo de ese pacto, que no es propiamente federal y del Derecho constitucional de que pueden dotarse los Estados actualmente en el proceso de integración europea, si tenemos en cuenta los factores que dificultan un desarrollo similar al de los órdenes constitucionales internos ». El proceso de reforma, ratificación y abandono del Tratado constitucional sirvió para acentuar, al menos, los planteamientos doctrinales sobre la legitimidad democrática de la Unión Europea. El proyecto de Constitución puso sobre la mesa los debates que habían rondado en torno a la forma de la Unión Europea y la necesidad de concretar su naturaleza híbrida y autónoma a medio camino entre las organizaciones internacionales y la ordenación (federal) constitucional del poder. Ya en el Consejo Europeo de Laeken (reunido los días 14 y 15 de diciembre de 2001, SN 300/1/01 REV 1) , previo a los trabajos de la Convención y a la CIG que aprobara el proyecto, se llegó a la conclusión de que la legitimidad de la Unión debía ser asegurada principalmente mediante el reforzamiento de la democracia. Siguiendo a BALAGUER podemos decir que en aquel momento la exigencia de una revisión de los Tratados se basaba en la necesidad de hacer «congruente el nivel de desarrollo del poder político de la Unión con las exigencias del sistema democrático de los Estados miembros que ha[bía]n transferido competencias propias a la Unión». La revisión de los anteriores TUE y TCE se basaba en un imperativo de eficacia y democracia, y de aquí la exigencia de utilizar un método de producción más transparente y cercano a la ciudadanía.

ratificaciones estatales mediante referéndum (en España el 20 de febrero de 2005)<sup>195</sup>. Pero deberá recordarse siempre que, precisamente estos referéndum, como expresión del *constitucional politics*, supusieron un «golpe democrático»<sup>196</sup> a las carencias estructurales constitucionales de los Tratados, mediante las negativas del pueblo de los dos Estados fundadores, Francia (29 de mayo de 2005) y Holanda (1 de junio de 2005), impidiendo la culminación del proceso de ratificación<sup>197</sup>.

El periodo de reflexión abierto tras el fracaso de la Constitución europea,<sup>198</sup> culminó con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, en el que se da marcha atrás en relación con los avances establecidos sobre el procedimiento de redacción y aprobación de los Tratados<sup>199</sup>. Así, con las Conclusiones de la Presidencia alemana del Consejo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007, se retorna el modelo de la Conferencia Intergubernamental al más puro estilo internacionalista, como se señala en el punto 12: “la CIG actuará bajo la responsabilidad global de los jefes de Estado y de gobierno”<sup>200</sup>. El trabajo de la CIG, que aprobaría el proyecto de reforma, se desarrolló, además, de acuerdo con el mandato específico contenido en las propias Conclusiones de la Presidencia, por lo que las decisiones fundamentales se adoptaron de antemano en el seno del Consejo Europeo, conformado por los jefes de Estado y de Gobierno, sin previsión de ningún diálogo con la ciudadanía que pudiera modificarlas en la CIG<sup>201</sup>.

Las carencias democráticas de la UE y la falta de un verdadero espacio público europeo han vuelto a hacer acto de presencia en el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa. Precisamente respecto de los procesos referendarios es reseñable la cuestión

---

<sup>195</sup> Las implicaciones políticas del referéndum a nivel europeo y el debate plural suscitado durante las diversas ratificaciones son una muestra de lo que me ha llevado a considerar al proyecto, adopción y ratificación incompleta del “Tratado por el que se establece una constitución para Europa”, como un cuasi-“momento constituyente”. Sobre el debate político del momento ver PEDROL, X., y PISARELLO, G., “El referéndum sobre la “Constitución” Europea: ¿quién teme al no?”, *El Viejo Topo*, n. 198, 2004, consultado en [www.revistas culturales.com](http://www.revistas culturales.com) (29 de septiembre de 2010) ARCE, asociación de revistas culturales de España.

<sup>196</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “La Constitución europea tras el Consejo...”, *Cit.*

<sup>197</sup> HÄBERLE, P., “Consecuencias del doble no francés y holandés a la Constitución Europea”, *ReDCE*, n.4, 2005.

<sup>198</sup> Punto 7 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007. Bruselas, 23 de junio de 2007, doc. 11177/07, Conclusión 2 de la Presidencia a las delegaciones: “El Consejo Europeo conviene en que, tras dos años de incertidumbre en relación con el proceso de reforma del Tratado de la Unión, ha llegado el momento de resolver la cuestión y de que la Unión siga avanzando. El período de reflexión ha brindado, entretanto, la oportunidad de un amplio debate público, y ha contribuido a allanar el terreno para una solución”.

<sup>199</sup> Como se dicta en el Anexo 1, apartado 3 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007: “«el TUE y el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión no tendrán carácter constitucional. La terminología utilizada en ambos Tratados reflejará este cambio: no se utilizará el término “Constitución”, el “Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión” pasará a llamarse Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y se abandonarán las denominaciones “ley” y “ley marco”, al conservarse las de “reglamento” “directiva” y “decisión” actuales. Del mismo modo, no figurará en los Tratados modificados ningún artículo que mencione los símbolos de la UE (bandera, himno o divisa). En cuanto a la primacía del Derecho de la UE, la CIG adoptará una declaración en la que se recuerde la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de la UE».

<sup>200</sup> No obstante en la propia CIG se incluirá una representación de 3 europarlamentarios. El método choca sin duda con el mandato del Anexo a las Conclusiones de la presidencia: «1. Se pide a la CIG que elabore un Tratado (en lo sucesivo “Tratado de reforma”) por el que se modifiquen los Tratados existentes *con el fin de aumentar la eficacia y legitimidad democrática de la Unión ampliada* y la coherencia de su acción exterior».

<sup>201</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas...”, *cit.*

de Irlanda, con obligación de someter a referéndum la reforma de los Tratados europeos por imperativo constitucional<sup>202</sup>. Este referéndum provocó de nuevo una abrupta situación, en la que la ciudadanía (irlandesa) volvió a decir en un principio: ‘no’ a la reforma. El resultado contrario del cuerpo electoral fue resuelto mediante la imposición de un segundo referéndum cuatro meses después, como única salida, que permitió finalmente la ratificación del Tratado<sup>203</sup>. Esta circunstancia podría críticamente traducirse en el planteamiento, por el Consejo europeo, de una drástica elección entre: *los ciudadanos o Europa*.

El proceso de ratificación del Tratado de Lisboa, finalmente aprobado, ha servido para señalar, que la tensión entre ciudadanía y Estados, inherente a la cuestión democrática en la UE, «se ha saldado de manera rotunda a favor de los Estados que han manifestado, de nuevo, que controlan, entre todos, los procesos de integración y que van a seguir haciéndolo así en el futuro. La ciudadanía ha desaparecido, de momento, y con ella el vínculo entre las instituciones europeas y una comunidad política incipiente necesaria para conformar un orden constitucional pleno»<sup>204</sup>.

Atendiendo al método utilizado en la negociación de los Tratados, en la configuración de la progresiva integración europea, se hacen patentes las dificultades para la identificación de la ciudadanía con el proceso europeo. Pero, como hemos señalado, también se observan tales dificultades en la estructura institucional y sus carencias democráticas.

#### D.iii) Democracia representativa como mecanismo de gobernación y normación de la UE

No debe ignorarse que el proceso de Lisboa ha supuesto un salto cualitativo respecto del concepto democrático del “normal politics”, es decir, respecto del desarrollo de la democracia representativa en los procedimientos de producción normativa y gobernación de la UE. Es destacable el impulso dado en la positivización del concepto de democracia participativa en los Tratados, la idea de que cualquier

---

<sup>202</sup> Según el artículo 29. 3º de la Constitución Irlandesa: “El Estado podrá convertirse en miembro de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (establecida por el Tratado de París de 18 de abril de 1951), de la Comunidad Económica Europea (establecida por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (establecida asimismo por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957). Ningún precepto de esta Constitución invalidará leyes aprobadas, actos ejecutados o medidas adoptadas por el Estado por exigencia de las obligaciones de pertenencia a las Comunidades en cuestión ni impedir que las leyes promulgadas, actos ejecutados o medidas adoptadas por las Comunidades o instituciones de estas tengan fuerza de ley en el Estado”.

<sup>203</sup> La ratificación del Tratado de Lisboa a través de un proyecto constitucional se presentó a referéndum previo el 12 de junio de 2008, obteniendo el no del 53.4 % del total de los votos (51% de participación). Francia propuso la celebración de un segundo referéndum (respaldada por los veintisiete) antes de noviembre de 2009 para desbloquear el Tratado de Lisboa. Los jefes de Estado y Gobierno alcanzaron este acuerdo, que también incluye que la Comisión Europea seguirá teniendo un miembro por cada país, para dar apariencia de cambio en el proyecto del Tratado. De esta forma el 2 de octubre de 2008 se celebró el segundo referéndum en Irlanda que concluyó con el sí y la ratificación del Tratado de Lisboa.

<sup>204</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas...”, *cit.*



intento de democracia debe basarse en la igualdad de los ciudadanos que la conforman y en el trato de igualdad recibido por estos de las Instituciones. La igualdad de los ciudadanos ante el Derecho y frente a los poderes públicos es, pues, un concepto esencial que ha sido subrayado, con anterioridad, en su vertiente del principio del Estado de Derecho. El artículo 9 del TUE comienza de este modo el elenco de principios democráticos de la Unión<sup>205</sup> del Título II con el que se acentúa la importancia del papel de las instancias de representación en un escenario total que debe englobar a los propios fundamentos de la Unión<sup>206</sup>.

Durante la evolución de la UE se ha procedido a la parlamentarización<sup>207</sup> de los procesos decisorios que componen los procedimientos de producción de Derecho — como elemento central del tipo estado/comunidad constitucional al que pertenecen las ideas democracia y división de poderes (HÄBERLE<sup>208</sup>). El modelo parlamentario

---

<sup>205</sup> Artículo 9 en el que se conjugan el principio de igualdad, el principio democrático y el principio de ciudadanía como fundamento de la Unión: «La Unión respetará en todas sus actividades el principio de igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla».

<sup>206</sup> Cfr. RIDOLA, P., “La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea...” op. Cit. destacando el papel de los partidos políticos europeos como formas de integración en el mismo nivel que los derechos de ciudadanía. La estructura del TUE trata por tanto de considerar, como dice SADURSKI, que un Estado (o ente supranacional) democrático para ser plenamente legitimado necesita no sólo que se asuman las decisiones públicas mediante un procedimiento al efecto adecuado (condición que como hemos dicho no se cumple en puridad), sino que debe también asegurar el cumplimiento de ciertos valores sustantivos. La democracia no solo requiere el diseño de procedimientos adecuados sino también el cumplimiento de valores como la dignidad humana, la libertad, y la igualdad, que permitan una completa legitimación del Derecho. Cfr. SADURSKI, W., “Law’s legitimacy and democracy plus”, Oxford journal of legal studies, vol. 26, n.2, 2006, pp.337-409. Transcribo la cita en lengua original: «It is often said that a democratic state, in order to be fully legitimate, must not only issue its laws in a procedurally correct way but must also ensure that they comply with certain substantive values. Democracy, it is said, not only requires designing and following the correct procedures but its laws must in addition comply with certain values, such as human dignity, liberty, equal concern for all etc., in order to be fully legitimate». Desde esta perspectiva el impulso dado a la democracia participativa, al menos, sobre el papel, se observa en la configuración del principio democrático como valor y objetivo de la Unión que se describe en el Título II del TUE (Disposiciones sobre los principios democráticos) y en este se centra el elemento esencial de legitimación de su ordenamiento: el concepto de ciudadanía. Se deja a un lado, por lo tanto, la idea de pueblo y soberanía para destacar la concepción de la ciudadanía y la igualdad de los ciudadanos como instrumento básico de legitimación democrática, de la democracia participativa. La “participación” del ciudadano en los asuntos europeos y en la toma de decisiones es el instrumento de legitimación inmediata (artículo 9 TUE). De hecho, la introducción de la definición de ciudadanía en este título (en la segunda parte del artículo 9 TUE) es una novedad que tiene su origen en el mandato que recibió la CIG del Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007, en el que se acordó la fórmula política para desbloquear el proceso de integración tras el fracaso del Tratado Constitucional: “Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”. No es sino una trasposición del artículo 20 del TFUE, lo que refuerza la idea de que en las disposiciones democráticas del Título II del TUE se ha tratado de contribuir a zanjar la discusión doctrinal sobre la existencia de un demos europeo para centrar la legitimación democrática en la idea de ciudadanía y participación. Ver artículo 21, 22 y 23 TFUE. El artículo 11 determina la vertiente participativa de los ciudadanos, por un lado, como mandato o directriz a los poderes públicos europeos en su actuación: como obligación de crear los procedimientos adecuados para establecer una opinión pública en la Unión (11.1) y la obligación de diálogo con la sociedad civil (11.2). Por otro lado, concediendo derechos de participación directa en los procedimientos abiertos por la Comisión, como la obligación de audiencia de las partes interesadas (11.3), o el derecho a la iniciativa legislativa popular Europea (11.4). Igualmente el artículo 227 TFUE.

<sup>207</sup> RIDOLA, P., “La parlamentarización de las estructuras institucionales...”, cit. En una evolución constante que encuentra su máxima expresión en el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Ver CRAIG, P., “The Constitutional Treaty: legislative and executive power in the emerging constitutional order”, EUI Working Paper. Law, n. 7, 2004.

<sup>208</sup> HÄBERLE, P., “El Estado Constitucional Europeo”, Cuestiones Constitucionales, n.2, 2000, pp. 87-104.

derivado de la integración europea encuentra anclaje en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros en las que, la presencia de una asamblea de representación del pueblo y su protagonismo legislativo, ha sido un elemento dominante en los sistemas constitucionales europeos<sup>209</sup>. Ambos caracteres (legislativo y órgano de representación de la ciudadanía) son fruto, como hemos dicho, de la identificación realizada en la tradición constitucional europea entre la democracia y el parlamentarismo<sup>210</sup>. Esta evolución del parlamentarismo y de la democracia representativa ha seguido una evolución lenta pero continua en la historia de la integración<sup>211</sup>, que ha alcanzado un importante grado de desarrollo con el

<sup>209</sup> No obstante el influjo de las tradiciones constitucionales comunes no ha sido, por mucho, comparable a su influencia y dialéctica entre niveles en la consagración de los derechos fundamentales y la CDFUE. Ciertamente la influencia del nivel estatal en la organización del poder público a nivel supranacional se ha visto marcada por su comienzo internacional. NINATTI, S., “La fórmula Parlamentaria Europea. Desde sus orígenes hasta el Tratado Constitucional”, en GÓMEZ FERNÁNDEZ (coord.) Constitución Europea y Constituciones Nacionales, op. Cit. espec. p. 89. Esta autora destaca, no obstante la influencia «bidireccional» en el desarrollo de las democracias parlamentarias tanto de los Estados como de la Unión, p. 91.

<sup>210</sup> GUILLÉN LÓPEZ, E., “El Parlamento Europeo”, ReDCE, n.3, 2005, p. 57 y ss.

<sup>211</sup> Sobre esta base la progresiva “parlamentarización” de la Unión arrancó con la evolución de la primitiva Asamblea de las CC.EE en la que, según el artículo 21 del TCECA, los “setenta y ocho miembros de la Asamblea, opcionalmente”, podían ser elegidos, “bien por designación de los parlamentos nacionales o bien mediante elección por sufragio universal directo dentro de cada Estado”, Artículo en el que se deja ver la tensión inicial entre federalistas y estatistas, la misma que llevó a su modificación en diversas ocasiones hasta la redacción de los artículos 138.3 TCEE, 21.3 TCECA y 107.3 TCEEA que establecían: “La Asamblea elaborará proyectos con vistas a permitir la elección por sufragio universal directo, según un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros. El Consejo, resolviendo por unanimidad, aprobará las disposiciones cuya adopción recomendará a los Estados miembros, conforme a las normas constitucionales respectivas”. En el ámbito interno podemos señalar como ejemplo a Italia, que afirmó la ejecución de lo Tratados CEE sobre la base de la Legge n. 1203 de 14 de octubre de 1957, “Ratifica ed esecuzione dei seguenti Accordi internazionali firmati a Roma il 25 marzo 1957: a) Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica ed atti allegati ; b) Trattato che istituisce la Comunità economica europea ed atti allegati; c) Convenzione relativa ad alcune istituzioni comuni alle Comunità europee” en cuyo artículo 3 se dispone: «I membri Italiani dell'Assemblea prevista dagli articoli 137 e 138 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, e dagli articoli 107 e 108 del Trattato istitutivo della Comunità europea dell'energia atomica, nonché dalla sezione 1ª della Convenzione relativa ad alcune istituzioni comuni alle Comunità europee, sono eletti dalla Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica fra i propri componenti nel numero di diciotto per ciascuna Camera». La evolución del papel del PE en la historia de la integración, desde este origen, ha seguido un proceso lento y continuo. Desde el primitivo proyecto Dehouse (17 de mayo de 1960) sobre la “elección de la Asamblea parlamentaria por sufragio universal directo” (Proyecto asociado a la construcción del espacio europeo de defensa que fracasó por el nacionalismo del general De Gaulle, relacionado con la crisis de la silla vacía y los pactos de Luxemburgo), con el que se pretendía la generalización de la elección por sufragio general en todos los Estados miembros, pasando por la modificación de su nombre (DOCE, 26 de Abril de 1962). (de Asamblea a Parlamento Europeo), el Tratado de Fusión de las Instituciones de 1965, el proyecto *Patjin* que derivaría en el Acta de Bruselas de 1976 (en el que se fijaran los criterios generales para las elecciones directas por sufragio universal y a la que hace referencia el artículo 1 del Reglamento interno del Parlamento europeo), hasta las primeras elecciones por sufragio universal directo del 7 al 10 de junio de 1979. Pasarán casi dos decenios en los que la evolución de la Asamblea hacia la parlamentarización se desenvuelve de manera correosa y discontinua entre el debate político y los intereses opuestos de “federalistas” — que situaban la finalidad de la integración en la construcción de un macro estado federal europeo al estilo norteamericano — y “nacionalistas o estatistas” — que compartían los objetivos de la Unión, pero desde un prisma internacionalista o de mera cooperación. /Para la evolución del PE me remito a MUNICH GASA, J., “Hacia un procedimiento electoral uniforme para las elecciones al Parlamento Europeo”, *Affairs Internationales*, n. 17, pp. 97-121). En el desarrollo progresivo hacia la generalización de la elección por sufragio universal directo de los parlamentarios europeos y el desarrollo del PE como órgano de democracia representativa, se ha procedido a la ampliación paulatina del número de diputados conforme ha habido nuevas adhesiones (desde los primitivos setenta y tres de la CECA hasta los actuales setecientos treinta y dos), pero su aumento o la mayor legitimidad de su elección no siempre ha coincidido con un aumento de las competencias del Parlamento, por causa, precisamente, de la tensión entre federalistas/nacionalistas. No obstante, desde los años setenta, y esencialmente a finales de la década, quedó patente la tendencia democrático-parlamentaria de la Unión, coincidente con una jurisprudencia activa del TJ sobre el respeto de los derechos humanos y el principio democrático<sup>211</sup> como condición *sine qua non* de la pertenencia a la Unión. Lo que daría lugar al posterior artículo

Tratado de Lisboa. Tales requerimientos han reforzado también la propia simplificación de los procesos decisorios desde la perspectiva de una mayor intervención del PE.

La entrada en vigor del nuevo Tratado de Lisboa supone cambios significativos para todas las Instituciones europeas pero muy especialmente para el PE, que ha visto notablemente aumentadas sus competencias legislativas y presupuestarias, y reforzados sus mecanismos de control parlamentario. Por un lado, el Parlamento Europeo (PE) se encuentra en un lugar preferente dentro del marco institucional de los Tratados del artículo 13 TUE en el que se establece la finalidad de las Instituciones de la Unión: la promoción de sus valores y la persecución de sus objetivos e intereses<sup>212</sup>. Por otro lado, el Tratado de Lisboa (siguiendo la línea del Tratado constitucional) ha erigido el anterior procedimiento de codecisión como “procedimiento legislativo ordinario (289 y 251 del TFUE), lo que refleja la paulatina y progresiva intervención del PE en los procedimientos de producción del Derecho<sup>213</sup>.

---

F de Maastricht, el artículo 6 del anterior TUE, y el origen del actual artículo 2 del TUE (valores de la Unión como síntesis del Título II y la CDFUE). Ver la completísima compilación de jurisprudencia de NINATI, S., “Giudicare la democrazia? processo politico ed ideale democratico nella giurisprudenza Della Corte di Giustizia dell Comunità europeee”, Giuffré, Milán, 2004.

<sup>212</sup> Artículo 13.1 del TUE: “La Unión dispone de un marco institucional que tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones”. Desde esta finalidad genérica, el PE se encuentra ubicado en lugar primordial como legislador europeo junto al Consejo (artículos 13 y 14). Resulta además cualificado como órgano de representación de “los ciudadanos de la Unión” (Artículo 14.1 del TUE), y no como representante de los ciudadanos de los Estados miembros como en el antiguo Tratado de la Comunidad Artículo 189 del TCE: “[e]l Parlamento Europeo, compuesto por representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad, ejercerá las competencias que le atribuye el presente Tratado”.

<sup>213</sup> Efectivamente en los Tratados originarios de los años cincuenta, la producción de Derecho derivado (derivado de las Instituciones) surgía de un concepto de producción ejecutiva del Derecho efectuada a través del Consejo y la Comisión. La participación del Parlamento se limitaba a un dictamen consultivo no vinculante. No fue hasta el Acta Única Europea de 1986 cuando se introdujeron el proceso de cooperación y de aprobación, procesos en los que se otorgaba un mayor protagonismo al Parlamento (con la introducción de una segunda lectura y la exigencia de aprobación por mayoría respectivamente). El hito del Tratado de Maastricht y el compromiso formal hacia una integración política se expresó en un nuevo procedimiento: la “codecisión”, donde el Parlamento encontró poder de veto sobre los actos jurídicos europeos y la exigencia de acuerdo y concertación entre Consejo y Parlamento para la aprobación de los actos jurídicos a través de un procedimiento con varias lecturas (MICHAEL, L., “Procedimientos de producción de Derecho: el procedimiento legislativo ordinario”, ReDCE, n. 3, 2005, pp. 44 y ss.) La aplicación del procedimiento de codecisión se ha expandido en los sucesivos tratados convirtiéndose en regla general en el tratado de Ámsterdam. Con el proyecto de Tratado constitucional la codecisión se convirtió en “procedimiento legislativo ordinario” añadiendo los conceptos “legislativo” (en el proyecto complementado con el cambio de denominación de los instrumentos normativos en “ley europea” y “ley marco” y ahora olvidados) y “ordinario”, conceptos que perdurarán en el Tratado actual (Arts. 289 y 251 TFUE). Esta evolución en el papel legislativo del PE, se ha acompañado, en el proceso de Lisboa, de la ampliación de este procedimiento a otros cuarenta sectores más de competencia de la Unión, entre los que se incluyen la Política Agrícola y pesquera (43.2 TFUE) o, de forma muy relevante, la mayor parte de las decisiones en el ámbito de la justicia, del asilo, de las políticas civiles de inmigración y visados, (68 y ss. del TFUE) así como de la cooperación judicial y policial en materia penal<sup>213</sup>. En el ámbito presupuestario, el Tratado de Lisboa introduce también modificaciones importantes. La aprobación del presupuesto anual corresponde a partir de ahora al Parlamento y al Consejo conjuntamente, siguiendo un procedimiento inspirado en el de la codecisión legislativa: ambas instituciones deben ponerse de acuerdo, dentro de los límites trazados por el marco financiero plurianual. Tan importante como ello es la desaparición de la distinción entre gastos obligatorios y no obligatorios (artículo 314 del TFUE), ligada directamente a la extensión de la competencia del Parlamento a la integridad del presupuesto. Por último, es importante señalar que el poder reglamentario de la Comisión Europea (la llamada comitología) es reemplazada por dos nuevas categorías de acto comunitario: los actos delegados del artículo 290 TFUE y los actos de ejecución del artículo 291 TFUE. En ambos casos el Parlamento Europeo, sea fijando

No obstante, sin minusvalorar los esfuerzos de los actuales Tratados, — recogido el fruto caído de la Convención y el proyecto de Tratado constitucional — debemos estimar con HÄBERLE que, a pesar de todo, «la postulación de la democracia representativa [en la UE] es aun demasiado platónica<sup>214</sup>».

Efectivamente, en primer lugar, los avances democráticos realizados sobre la figura del PE no han dejado de suscitar problemas doctrinales en comparación con los sistemas de gobierno parlamentarios de los Estados miembros. Ciertamente considerar aun al PE como un verdadero espacio público de debate político comparable con los parlamentos nacionales es “desmedido<sup>215</sup>”. Hay que tener en cuenta que la “representatividad” del Parlamento Europeo y la igualdad democrática de los ciudadanos proclamada en el artículo 9 TUE<sup>216</sup> no puede desarrollarse auténticamente sino bajo un verdadero sistema electoral común a los Estados y un procedimiento electoral uniforme, carencia que se ha suscitado desde los inicios de la parlamentarización y que aun no se ha resuelto<sup>217</sup>. Para que haya auténticas elecciones europeas tendrá que haber un sistema electoral común, circunscripciones transfronterizas, y verdaderos partidos a escala europea. Sobre este último asunto es destacable la agrupación en el Parlamento de los grupos políticos por afinidades, y no

---

junto al Consejo el alcance de la delegación a la Comisión, ya sea participando en la fijación de las modalidades de ejecución, adquiere una capacidad de influencia muy superior a la que tenía en el marco de la comitología. Por otro lado, y como signo de la progresiva parlamentarización, el Tratado de Lisboa acoge la distinción entre fuentes legislativas (reglamento, directiva, decisión) y aquellas no legislativas, cuya importancia subyace en la incipiente diferenciación entre poder ejecutivo (Comisión y actos delegados) y poder legislativo (Consejo y Parlamento Europeo). Ver artículos 290 TFUE y artículo 14 TUE.

<sup>214</sup> HÄBERLE, P., “La Constitución de la Unión Europea de junio de 2004 en el foro de la Doctrina del Derecho Constitucional europeo”, *ReDCE*, n.2, 2004.

<sup>215</sup> GUILLÉN LÓPEZ, E., “El Parlamento Europeo”, *op. Cit.*, pp. 61 y 62, vale la pena la cita literal «estamos hablando aquí de la responsabilidad parlamentaria en la creación y mantenimiento de una opinión pública; en el Parlamento Europeo como lugar de la política, como espacio público de discusión, deliberación...Es posible aceptar lo desmedido de esta pretensión en un momento en el que ni los partidos políticos de los Estados miembros están en su mejor momento».

<sup>216</sup> “La Unión respetará en todas sus actividades el principio de igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos.”

<sup>217</sup> Ciertamente en artículo 223 TFUE recuerda por su similitud casi exacta a los artículos modificados en los primitivos tratados (véase a este efecto MUNICH GASA, J., “Hacia un procedimiento electoral uniforme para las elecciones al PE” n. 17, pp. 97-121. También en el mismo sentido SANTAMARÍA OSORIO, RENU VILAMALA, COBOS SAMPEDRO, “Los debates sobre el procedimiento electoral uniforme y las características diferenciales de las elecciones europeas”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 90, 1995). El artículo del Tratado de Lisboa (“1. El Parlamento Europeo elaborará un proyecto encaminado a establecer las disposiciones necesarias para hacer posible la elección de sus miembros por sufragio universal directo, de acuerdo con un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros. 2. El Consejo establecerá las disposiciones necesarias por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, previa aprobación del Parlamento Europeo, que se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen. Dichas disposiciones entrarán en vigor una vez que hayan sido aprobadas por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”). Recuerda exactamente a aquel del primitivo Proyecto Dehouse de 1960, del que quedó claro que “uniformidad” del proceso no significaba “identidad” (de nuevo MUNICH GASA, *op. Cit.*) y del que precisamente el atisbo de la necesidad de aprobación por los Estados miembros se interpretaba en el momento como un auténtica reforma que podía dar lugar a la conformación de un sistema de gobierno parlamentario europeo (federal).

por nacionalidades, sin embargo esta formación no se encuentra siquiera reconocida en los Tratados<sup>218</sup>.

Como señala RIDOLA: «en la valoración de las soluciones adoptadas por el Tratado resulta adecuado, en mi opinión, liberarse de la ilusión metodológica de configurar el “parlamentarismo” en la UE conforme a los modelos experimentados en la historia del parlamentarismo en los ordenamientos estatales y ser conscientes de que se plantea un modelo completamente peculiar de *checks and balances* (peculiar, dado que inextricablemente condicionado por las características genéticas del proceso de integración europea)». Es decir, la parlamentarización de la UE ha tratado de conjugar la democracia representativa (como mecanismo de normación y gobernación de la Unión) conforme a la naturaleza *sui generis* del proceso de integración, expresada en una tensión-equilibrio entre los ciudadanos y los Estados: en teoría sujeto dual de la legitimidad del Derecho europeo.

Es esencial tener en cuenta que la organización institucional de la Unión europea refleja el carácter autónomo de su ordenamiento y su forma de gobierno *sui generis*, a medio camino entre un sistema federal (bicameral para algunos, con representación de los ciudadanos en una cámara parlamentaria y de los estados en otra – senado/Consejo-) o un sistema intergubernamental, representado por la competencia del Consejo Europeo de impulso político, y la preponderancia del papel del Consejo conformado por representantes de los gobiernos<sup>219</sup>.

La ordenación interinstitucional de la Unión (por su propio carácter *sui generis*) parece haber sacrificado al PE como verdadera institución de debate sobre la dirección y orientación política de la Unión, dejando este papel al Consejo Europeo (artículo 15.1 TUE), como órgano de concertación entre los jefes de Estado y de gobierno<sup>220</sup>. En el propio artículo 10 TUE se expresa esta desfiguración democrática propia de la Unión: “los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos”.

El impulso en la parlamentarización no agota el principio de la democracia representativa de la UE. La “forma de gobierno” Europea manifiesta el carácter

---

<sup>218</sup> Sino en un Reglamento interno, ver artículo 29.1 del Reglamento interno del Parlamento Europeo (PE), DOUE L 44 de 15.2.2005.

<sup>219</sup> Sobre la idea del bicameralismo federal europeo ver DEHONSSE, R., “European Institutional architecture alter Amsterdam: parliamentary system or regulatory structure?”, CMLR, 1998, 595 y ss.

<sup>220</sup> RIDOLA, P., “La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea...” op. cit. Además, ha sido también recurrente la crítica de la doctrina al déficit de poder de producción jurídica del PE en términos globales, si tenemos en cuenta, no ya sólo el procedimiento legislativo compartido con el Consejo, sino fundamentalmente el papel del TJ con su jurisprudencia y la intromisión de la jurisprudencia europea en el ámbito legislativo. Ver BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, ReDCE, n. 7, 2007

supranacional de la Unión, una naturaleza *sui generis*, representada en el híbrido entre internacionalismo-constitucionalismo que impide conjugar de forma completa los valores democráticos de los Tratados, pues el principio de la democracia constitucional no se limita a la representatividad de la ciudadanía o la participación ciudadana. En el ámbito de la UE se conjuga directamente la democracia interestatal o intergubernamental en el Consejo, con la participación interparlamentaria en los procedimientos decisorios, tratando de articular la legitimidad doble de la Unión, basada entorno a una *tensión-equilibrio* entre los órganos de representación de los ciudadanos y de los Estados.

Pero esta articulación institucional de la democracia representativa (basada en un intento de equilibrio entre ciudadanos y Estados) termina por desarmar la propia idea de la democracia constitucional. Desactiva una función histórica del Derecho constitucional: la articulación del conflicto social. La democracia constitucional ha tratado de articular procedimentalmente (a través del parlamentarismo actual, la configuración de la jurisdicción constitucional y los mecanismos electorales de la democracia representativa) el conflicto basado entre los intereses de la mayoría y el respeto de los derechos de las minorías, garantizando el pluralismo<sup>221</sup>. Sin embargo, la representación democrática europea no se basa en la contraposición entre mayorías y minorías políticas, sino que el “conflicto social se convierte en conflicto nacional, basado en la contraposición de intereses nacionales y no en la articulación pluralista y democrática de alternativas políticas a nivel europeo”. La tensión fundamental se da ahora entre ciudadanía y Estados, siendo estos los únicos con capacidad de decisión real<sup>222</sup>.

Esta articulación institucional, fruto de un modelo de integración dirigido y pactado por los Estados, impide, junto a las carencias materiales antes comentadas, la conformación de un verdadero espacio público europeo que permita la decantación democrática de la UE y la legitimidad de su Derecho.

---

<sup>221</sup> DE CABO MARTÍN, C., “Constitucionalismo del Estado social y Unión europea en el contexto globalizador”, ReDCE, n. 11, 2009. Igualmente la teoría de la dialéctica del sujeto y de la Constitución, en *Dialéctica del Sujeto y dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010.

<sup>222</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., “Diritto e giustizia nell’ordinamento costituzionale europeo”, en CANTARO, A., *Giustizia e Diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Giappichelli Editore, Turín, 2011, pp.31-49.



## **1.5 La primacía como clave de estudio de la constitucionalización del Derecho europeo: planteamiento teórico de una tesis.**

Hasta el momento hemos expuesto de forma genérica los fundamentos de la UE. Así, partiendo de un análisis de los retos actuales a los que debe enfrentarse el Derecho como modo de ordenación social, hemos señalado a la globalización como paradigma de las transformaciones socio-políticas contemporáneas, y de ello se ha deducido que es necesaria la transformación de las actuales estructuras jurídicas. Para que el Derecho siga cumpliendo su función resolutoria de conflictos sociales es necesaria la aparición de nuevos mecanismos de regulación a escala global. La UE, en este sentido, es fruto de la necesidad de regular relaciones que escapan al ámbito estatal. Pero, por otro lado, hemos determinado también los peligros que supone para el ordenamiento de los Estados Constitucionales Democráticos de Derecho, pues la UE supone el traslado de los lugares de decisión política y jurídica hacia foros ajenos a la ordenación constitucional interna. En este otro sentido, la UE debe albergar una nueva fórmula de ordenación y limitación constitucional del poder a escala supranacional que permita garantizar las estructuras del Estado democrático de Derecho ante el reto global.

La UE ha adquirido una estructura jurídica “sui generis”. No es un ente de naturaleza estatal federal, ni tampoco un organismo internacional clásico, por ello abarca caracteres propios de Derecho público internacional junto a un perfil constitucional. La dimensión constitucional de la UE se observa básicamente en su contenido material, desarrollado a través de la positivización en los Tratados de valores y principios constitucionales que se han decantado jurisprudencialmente mediante la asunción de las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”. Dentro de estas tradiciones se acogen dos importantes elementos que han enmarcado en la literatura jurídica la posibilidad de comprender a los ordenamientos jurídicos como verdaderas formas de “ordenación constitucional del poder”: el principio democrático y el Estado de Derecho.

Se ha tratado de advertir si, en un primer análisis, el Derecho europeo puede considerarse una ordenación constitucional del poder a escala supranacional examinando cómo han sido recibidos ambos principios en la estructura normativa e institucional de los Tratados de la UE.

Respecto del Estado de Derecho se ha mostrado una configuración optimista. La configuración de la UE como ordenamiento supranacional ha supuesto la constatación de los ciudadanos como sujetos de Derecho europeo. La consideración del carácter del Estado de Derecho al ordenamiento jurídico de la Unión supone que todos los poderes públicos, los particulares y los ciudadanos se encuentran sometidos al Derecho nacido de los Tratados. Ello conlleva necesariamente la imposición de procedimientos de tutela y garantía de los derechos de los ciudadanos derivados de los Tratados frente a



otros sujetos, la imposición de garantías jurisdiccionales frente a la implementación de las políticas y disposiciones europeas por los poderes públicos nacionales. Estos procedimientos encuentran su base jurídica en los principios europeos de primacía y eficacia directa que permiten a los ciudadanos invocar el incumplimiento por los Estados de obligaciones derivadas del Derecho europeo, así como fundar pretensiones subjetivas en el propio ordenamiento comunitario, ante las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, esta concepción formal del Estado de Derecho, se encuentra limitada debido a las deficiencias en la estructuración democrática de la UE que pueden afectar también a Europa como Comunidad jurídica.

Las posibilidades de conjugar el principio democrático en la estructura jurídica comunitaria señala, sin embargo, el principal problema de la UE. La UE es un proceso de integración dinámico, flexible e inacabado, que actualmente carece de los elementos materiales e institucionales adecuados que permitan la conformación de un verdadero espacio público sobre el que articular el principio de democracia constitucional. En su lugar se ha diseñado un sistema institucional y procedimental, que atiende a su naturaleza *sui generis* y sus fundamentos internacionalistas.

La estructura institucional de la UE descansa sobre una doble legitimidad, los ciudadanos y los Estados, fruto de su configuración híbrida entre Derecho internacional y constitucional. Pero entre los sujetos del Derecho europeo se observa una tensión estructural entre los intereses de la ciudadanía y los intereses de los Estados, expresada de manera especial en el momento de la producción del Derecho europeo (en la producción de los Tratados y del Derecho derivado). Los ciudadanos y los Estados miembros son pues, actualmente, la fuente de legitimación de la Unión, de la “doble legitimidad” del ordenamiento europeo<sup>223</sup>, pero tanto en las disposiciones de los Tratados como en su aplicación se deja constancia de la tensión existente entre ambos elementos<sup>224</sup>, ya sea en la determinación de su sistema Institucional (Consejo, Comisión, Parlamento), como en la naturaleza híbrida de los procedimientos decisorios y de producción normativa (Codecisión, procedimiento ordinario, especial, dictamen consultivo o conforme), así como en el acceso a los diferentes recursos

---

<sup>223</sup> Ver NEUNREITHER, K., “The dual legitimacy of the European Union and the democratic deficit” en ID: The democratic Deficit of the European Union: Towards closer cooperation between the European Parliament and the National Parliaments, Gouberment and Opposition, n. 29, 3, 1994, pp.311-314

<sup>224</sup> Carlo ALMIRANTE expone la “*governance comunitaria*” como un complejo institucional caracterizado por la tensión entre la *dimensión representativa* (aun residual y sustancialmente limitada al Parlamento Europeo), la *dimensión supranacional* (representada por la Comisión) y la *dimensión intergubernativa* (es decir, el Consejo de Ministros), en ALMIRANTE, C., Dalla forma stato alla forma mercato, Giappichelli, Turín, 2008. p. 71 y ss. Podría ser expresión de la teoría del “check and balance” surgida en el pensamiento del siglo XVIII en Inglaterra de la mano de BOLINGBROKE. Para un resumen de las teorías inglesas de conformación del parlamentarismo inglés me remito a ARAGÓN REYES, M., Constitución, democracia y control, *cit.*, p. 88 y ss., desde una perspectiva del análisis constitucional del control del poder. Podemos citar, como colofón a la validez de la perspectiva de la tensión-equilibrio existente entre ciudadanos y estados en el seno de las instituciones de la Unión Europea una frase de SCHMITT en la que afirma « la idea del equilibrio, de un contrapeso de fuerzas opuestas, domina el pensamiento europeo desde el siglo XVI, se manifiesta en la teoría del equilibrio entre importación y exportación en la balanza del comercio; en la teoría del equilibrio de afectos egoístas y altruistas en la filosofía moral; en el equilibrio de atracción y reacción en la teoría de la gravitación de Newton...», Teoría de la Constitución, Alianza editorial, Madrid, 1983, p. 213.

jurisdiccionales de su sistema de garantías (recurso por incumplimiento, recurso directo, cuestión prejudicial)<sup>225</sup>. En el análisis de todos estos elementos jurídicos no se observa sólo un modelo de integración alejado de las funciones tradicionales del Derecho constitucional (articulación del conflicto social basado en los intereses de las mayorías y la garantía de derechos de las minorías como instrumento de limitación del poder), sino que se observa además una preponderancia del papel de los gobiernos de los Estados en el proceso de integración sobre la participación directa de la ciudadanía. Ello impide considerar la UE como una ordenación constitucional del poder supranacional.

Las deficiencias en la articulación institucional de la UE, desde una perspectiva constitucional, responden a un modelo de integración regido por los Gobiernos de los Estados miembros en el que la participación de la ciudadanía ha sido tradicionalmente ignorada. La imposibilidad de concebir con las herramientas jurídicas que ofrecen los Tratados un verdadero espacio público europeo impide la configuración de la democracia constitucional en la UE, y por tanto, su consideración como ordenación constitucional del poder supranacional. Los mecanismos de control y participación de los ciudadanos se encuentran cerrados sobre el plano político, y pese a su positivización en los Tratados, no se reflejan adecuadamente en el sistema institucional y en los procedimientos de decisión o producción normativa.

La intención de esta tesis es señalar que, pese a que la participación política de la ciudadanía se encuentra lastrada por carencias materiales e institucionales que impiden su intervención, sin embargo, se han desarrollado algunos elementos en el Derecho europeo que permiten abrir un nuevo espacio jurídico a los ciudadanos de los Estados, que permiten suplir algunas carencias de la participación de los ciudadanos en el proceso de integración. Estas herramientas contribuyen a cumplir con una función constitucional subsidiaria de control del poder de los Estados (en el proceso de integración) y de garantía de derechos de los ciudadanos. Estos elementos han fermentado gracias a una activa jurisprudencia del TJ y los tribunales constitucionales nacionales, sobre la base de la interacción entre el espacio constitucional de los Estados y el espacio europeo.

Se trata aquí de profundizar en los mecanismos jurídicos que ofrece el Derecho europeo para limitar y controlar la actuación de los gobiernos nacionales en la producción de Derecho supranacional y su aplicación a nivel nacional, mecanismos

---

<sup>225</sup> Adelantamos ahora algunas citas sobre la relación entre los ciudadanos y los Estados miembros a través de los procedimientos jurisdiccionales dirigidos a la aplicación y al cumplimiento del Derecho comunitario (“remedies”), Ver por ejemplo EILMANSBERGER, T., “The relationship between Rights and remedies in EC Law: in search of the missing link”, *Common Market Law Review*, n. 41, 2004, pp. 1199-1246; CURTIN, D., y MORTELMANS, K., “Application and Enforcement of Community Law by the Member States: actors in search of a third generation script”, en CURTIN, D., y HEUKELS, T., (eds.), *Institutional dynamics of European integration. Essays in honour of Henry G. Schermes*. Vol. II, *Martins Nijhoff Publishes, Dordrecht, Boston/London*, 1994, pp. 423-466; más general y completo KILPATRICK, C., NOVITZ, T., y SKIDMORE, P., *The future of remedies in Europe*, Oxford, Hart, 2000.

que, frente a las carencias políticas del proceso de integración en relación con los ciudadanos, la obstrucción de los mecanismos de participación y control sobre el plano político, al menos, permitan abrir sobre el plano jurídico algunas posibilidades de su participación en el control del poder.

Estos mecanismos, parten de los principios de primacía y eficacia directa, elementos claves en la configuración supranacional de la UE, y núcleo esencial de la conformación formal de la Comunidad de Derecho. Ambos principios presentan una interesante dimensión constitucional.

Como se verá, desde un punto de vista general, el estudio de la primacía ha encontrado su caldo de cultivo en el conflicto entre disposiciones nacionales y disposiciones europeas, suponiendo la prevalencia aplicativa de éstas sobre aquellas. La primacía se ha convertido en un termómetro para la medición de las carencias constitucionales del proceso de integración, pues al desarrollarse esencialmente desde la perspectiva de las relaciones entre ordenamientos, se ha convertido en un engranaje esencial de la interacción entre el espacio constitucional de los Estados y el espacio constitucional europeo aun en construcción. Desde esta visión se han resaltado conflictos insalvables de naturaleza político-constitucional, conflictos derivados del diferente grado de desarrollo constitucional del Derecho europeo y el ámbito nacional, que han impedido que la primacía pueda adquirir un perfil uniforme en todas las tradiciones jurídicas de los Estados. Ello ha contribuido a que el principio de primacía surta efectos diversos en cada ordenamiento nacional y encuentre límites constitucionales que impidan a la UE cumplir sus objetivos.

Las carencias constitucionales de la integración sólo son solucionables mediante mecanismos políticos y una profunda reforma del modelo actual de la UE, por ello la comprensión del principio de primacía se ha entremezclado con cuestiones de naturaleza constitucional a las que no se puede hacer frente por medios jurídicos.

Pero este principio alberga otras posibilidades que despliegan una dimensión constitucional esencial en el actual estadio de integración supranacional, y que pueden contribuir a limitar el poder del Estado en garantía de derechos de los ciudadanos, función clave en el proceso de constitucionalización europeo. El principio de primacía, cuando es observado desde la perspectiva del caso concreto, en sede jurisdiccional, desprende algunas connotaciones que coadyuvan a la visualización constitucional del ámbito supranacional.

Como se tratará de exponer, el TJ y los tribunales constitucionales, han pulido, desde la solución dada a casos concretos, los perfiles del principio de primacía. Mediante esta jurisprudencia, se ha observado la primacía como una herramienta que dilata las posibilidades del ciudadano de invocación ante el juez de disposiciones comunitarias frente a las actuaciones del Estado en el marco de la integración. El

principio de primacía observado desde el caso concreto, permite un análisis más amplio de sus funciones y despierta su dimensión constitucional.

La primacía, como herramienta de invocación del Derecho europeo por el ciudadano, conjuga la aplicación uniforme del Derecho europeo, junto a la garantía de derechos subjetivos de los ciudadanos (tutela judicial efectiva) desplegando nuevas posibilidades jurídicas en el proceso de constitucionalización de la UE. El ciudadano, al invocar Derecho europeo, sobre la base del principio de primacía, puede contribuir:

- en primer lugar a forzar la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo (inicial función del principio de primacía) por los poderes públicos estatales;

- en segundo lugar, al invocar disposiciones europeas sobre las que funda pretensiones subjetivas contra actos de los poderes públicos del Estado, el ciudadano convierte al principio de primacía en un instrumento de garantía y tutela de sus derechos (segunda función del principio de primacía);

Ambas funciones ofrecen elementos necesarios para la cumplir con la función del Derecho supranacional como un medio de limitación del poder del Estado nacional en el ámbito global. Mediante la invocación por el ciudadano del Derecho europeo, y concretamente del principio de primacía, se puede contribuir, además, a reforzar en la UE los principios del Estado de Derecho, a limitar y controlar el poder Estatal cuando aplica en el ámbito interno lo acordado en un nivel extra-constitucional.

Pero las posibilidades que despliega el principio de primacía desde la perspectiva de su invocación por los ciudadanos en el proceso jurisdiccional pueden ir más allá. La primacía, por un lado, se convierte en un elemento clave en la interacción entre el espacio constitucional interno de los Estados y el espacio constitucional de la UE, por lo que contribuye a su desarrollo. Pero por otro lado, y desde una visión amplia, el principio de primacía puede contribuir a la participación de los ciudadanos en la construcción del sistema, en la interpretación del Derecho europeo en casos concretos y el desarrollo hermenéutico de los Tratados en clave constitucional.

Desde esta perspectiva se puede observar el principio de primacía como un elemento que contribuye a reforzar la participación de la ciudadanía en el proceso de integración desde los postulados de las teorías de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” y el desarrollo del “derecho procesal constitucional” expuestos por Peter HÄBERLE<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> HABERLE, P., “La Sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, Trad. Xavier Arzoz Santisteban, en Retos actuales del Estado Constitucional, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15-46.

Conforme a la doctrina de la Sociedad abierta se pretende «fortalecer al ciudadano, moverlo hacia el centro del Estado constitucional y su sociedad pluralista, y también frente a las competencias del Estado hiperfortalecidas, así como frente al señorío del mercado y de los partidos políticos que se establecen en no raras ocasiones con autosuficiencia. El pensamiento *desde el ciudadano y su sociedad* debe limitar y corregir el tradicional “pensamiento desde el Estado”<sup>227</sup>». Desde estos objetivos la teoría de la Sociedad abierta se traslada al ámbito de la jurisdicción constitucional, en el sentido en que «cada quien que vive una norma constitucional la co-interpreta en un sentido amplio, profundo», o en términos europeos, cada quién que invoca una norma europea (a través del principio de primacía y eficacia directa) ante la jurisdicción nacional, la co-interpreta, la concreta en un caso particular, y la desarrolla cuando fundamenta sobre ésta pretensiones subjetivas y derechos frente a la actuación del poder público.

La invocación del principio de primacía en un caso concreto por los ciudadanos contribuye, además, al desarrollo del “derecho procesal constitucional [europeo]” como «garantía del pluralismo y la participación», pues, como veremos, mediante mecanismos de reenvío y colaboración entre jurisdicciones (esencialmente la cuestión prejudicial como garantía de la primacía), el ciudadano puede forzar el diálogo entre tribunales, contribuyendo, por un lado, al desarrollo del Derecho constitucional europeo en sentido amplio, y por otro lado, forzando que el propio TJ intervenga en su caso. En sede europea, el ciudadano podrá aportar una interpretación particular del Derecho originario europeo en igualdad de condiciones a los representantes de los Estados miembros y las Instituciones europeas.

Desde el estudio de la primacía en el caso concreto, como una herramienta de invocación de pretensiones subjetivas de los ciudadanos fundadas en Derecho europeo contra actos de los poderes públicos nacionales, pueden observarse elementos que podrían ayudar a solventar por el momento, y mientras se produce una verdadera constitucionalización de la UE, determinadas carencias de los Tratados y, al menos, permiten vislumbrar mecanismos que traten de reequilibrar el papel de los ciudadanos frente al poder de los Estados en la producción y aplicación del Derecho europeo.

Ciertamente, con JOERGES<sup>228</sup>, se debe afirmar que los debates sobre la constitucionalización del ordenamiento de la Unión Europea, construidos a través del

---

<sup>227</sup> HÄBERLE, P., “La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta” en FERRER MACGREGOR, E., ZALDIVAR LELO DE LA REA, A. (Coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Teoría general del Derecho procesal constitucional*. México, UNAM, 2008, pp. 763-784.

<sup>228</sup> Cfr. JOERGES, C., “Rethinking European Law’s Supremacy”, EUI Working Paper Law, N° 2005/12, Consultado en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=838110](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=838110), última consulta, 24 de abril de 2010. JOERGES enmarca la supremacía europea desde el “supranacionalismo deliberativo”, a través de la identificación de procedimientos de reflexión de todos los poderes fácticos. Para este autor el marco legal de la UE no está diseñado meramente para crear un nuevo estado europeo ni para asegurar las libertades fundamentales; sino que el propósito del Derecho europeo es disciplinar a los actores dentro de la Comunidad en su interacción política y guiar la acción estratégica

principio de primacía y eficacia directa, no se han referido tanto al estatuto organizativo de las Comunidades como a la constitución de una sociedad europea que vincule adecuadamente en el devenir global, a través de unas Instituciones y un Derecho común, a los Estados miembros y a los ciudadanos.

En todo caso, se trata de observar la dimensión constitucional del principio de primacía desde las posibilidades que ofrece al ciudadano de fundar pretensiones subjetivas en Derecho europeo frente al poder público nacional.

---

hacia un estilo de políticas deliberativas. Ver también NEYER, J., "Discourse and order in the EU. A deliberative approach to multi-level Governance", *Journal of Common Market Studies*, 41, 2003, pp. 681 y ss.



**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**EL CONCEPTO DE PRIMACÍA EN LA JURISPRUDENCIA DEL**  
**TJ Y DEL TC**





## 2. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La primacía es un ‘principio fundamental’ de Derecho europeo, que tiene una función normativa fundante para el orden jurídico de la Unión en su totalidad (BOGDANDY)<sup>229</sup>, pues articula la idea de la autonomía del ordenamiento europeo y su naturaleza supranacional. Pero también ha sido considerada como un elemento clave en la conformación del ordenamiento europeo desde una progresiva vertiente constitucional<sup>230</sup>. Desde esta perspectiva, si como hemos dicho, una ordenación constitucional del Derecho requiere de la existencia de normas que al tiempo que dan forma y ordenan al poder, también lo limitan en garantía de los derechos de los ciudadanos, debemos preguntarnos cómo la primacía puede ser útil a la ordenación constitucional del poder y a su limitación en garantía de los derechos de los ciudadanos de la Unión<sup>231</sup>.

Pretendo realizar ahora un análisis estrictamente técnico jurídico del principio de primacía. Concretamente, desde una perspectiva de Derecho Constitucional europeo, creo que podemos enmarcar la cuestión en la relación entre el poder público nacional y el poder público europeo. Para analizar jurídicamente estas relaciones acudiremos al estudio e interacción entre las fuentes del Derecho europeo y nacional, pues si entendemos con Francisco BALAGUER que a través de las fuentes del Derecho se manifiesta el poder social y político en las diversas instituciones con capacidad para producir normas<sup>232</sup>, podemos considerar que el estudio de las relaciones entre fuentes pertenecientes a instituciones y ordenamientos diversos puede ser útil como una primera expresión de la ordenación y organización del poder a nivel supranacional.

---

<sup>229</sup> Cfr. VON BOGDANDY, A., “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, *Revista General de Derecho europeo*, n. 22, 2010, p. 22.

<sup>230</sup> NETTESHEIM, M., “El significado constitucional de la primacía del derecho”, *op. Cit.* p. 280. MANCINI, G. F., *The Making of a Constitution for Europe*, *op. cit.* p. 596 y ss. CHALMERS, D., HADJIEMMANUIL, C., MONTI, G., TOMKINS, A., *European Union Law*, *op. cit.*, pp. 45-50. DE WITTE, B., “Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order”, *op. cit.*, pp. 177-210.

<sup>231</sup> Con BALAGUER CALLEJÓN, F., podemos afirmar que: «el modelo ideal que podemos utilizar como parámetro de la construcción constitucional europea y del sistema jurídico que a partir de ahí se formule es el de la Constitución normativa. Este tipo de Constitución hunde sus raíces en el constitucionalismo y en la idea constante de los movimientos constitucionales de control del poder y garantía de los derechos... (el) principio general insito al movimiento constitucionalista consiste en la idea de que no toda organización del poder puede considerarse una organización constitucional del poder que sirva a la finalidad de garantizar los derechos de los ciudadanos», por ello nosotros nos referiremos a «un derecho constitucional que reconozca el conflicto y sea capaz de canalizarlo a través del Derecho por medios constitucionales». BALAGUER CALLEJÓN, F., “La construcción del lenguaje jurídico europeo”, *ReDCE*, nº 1, Enero-Junio de 2004, p. 312

<sup>232</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “En el XXV aniversario de la Constitución: las fuentes del Derecho al ordenamiento jurídico y las relaciones entre ordenamientos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 6, 2003, pp. 211 y ss.

Atenderemos, pues, a la relación entre fuentes de dos ordenamientos diferenciados (europeo y nacional), recurriendo a la teoría de las fuentes del Derecho y al estudio de la primacía en la identificación de las relaciones entre ordenamientos.

Identificando desde un punto de vista estrictamente técnico jurídico el lugar que ocupan las fuentes europeas en el sistema constitucional interno, puede apuntarse cuál es el modelo de estructuración del sistema jurídico por el que se apuesta en la Unión: un federalismo expresado en términos jerárquicos y competenciales que reconozca la superioridad de los Tratados europeos sobre las constituciones nacionales, o un modelo más cercano al Derecho internacional público en el que cada ordenamiento constitucional mantenga sus propias normas de relación con el orden europeo, o un sistema mixto y plural con herramientas originales de interconexión entre Tratados y Constituciones nacionales<sup>233</sup>.

Aunque el ordenamiento europeo tiene unas características sui generis que no se identifican plenamente con las construcciones teóricas aplicadas al Derecho constitucional de los Estados, debemos mantener con HÄBERLE que el estudio jurídico de la UE bajo parámetros constitucionales nacionales<sup>234</sup> no es sólo una exigencia jurídica sino que puede tener, además, un carácter definitorio sobre la naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico propio. Por ello aplicaremos como parámetro de estudio la teoría de las fuentes del Derecho que ha surgido de la construcción jurídica de los estados constitucionales modernos sobre el objeto de la jurisprudencia del TJ<sup>235</sup> en la que ha propuesto y conformado la cuestión de las relaciones entre ordenamientos a través del principio de primacía.

---

<sup>233</sup> Como expone DÍEZ MORENO, F., (Manual de Derecho de la Unión Europea, Civitas, Pamplona, 2009) Han existido tradicionalmente dos posturas sobre la primacía: la postura internacionalista, según la cual cada estado reconoce una fuerza al derecho comunitario según su sistema jurídico, y la postura comunitarista, por la que es el propio ordenamiento europeo el que concede una fuerza concreta a su derecho. En el mismo sentido se expresó en su momento BEBR, G., ("How supreme is Community law in the national Courts?", CMLR, 1972, p. 3-37), considerando la existencia de una primacía explícita (reproducida en las SSTJ *Costa Enel, Acciaierie San Michele v. Hohe Behörde* de STJ 22 de febrero de 1968, C-9,58/65 o *Internationale* – estudiada más adelante), primacía que determina una especial naturaleza legal de las Comunidades europeas creadas mediante la cesión de soberanía, y un status legal superior comparado con el Derecho nacional que resulta de las competencias exclusivas de la Comunidad. Por otro lado, según este autor, existe una primacía menos evidente por la que la eficacia del Derecho europeo se sujeta al Derecho nacional de cada Estado (Ver STJ *Politi v. Finanzministerium der italienischer Republik* 43/71, STJ *Marinek v. Ministerio Italiano de Hacienda*, 84/71, de 1972, o la STJ de 13 de julio de 1972, *Comisión v. Italia*, 48/71. Pero nosotros seguiremos la idea del TJ recogida por KAPTEYN, P. J. G., (The law of the European Union and the European Communities, Kluwer, Holanda, 2008, pp. 537 y ss.) según el cual el reconocimiento de que las disposiciones del DC tienen eficacia directa no hubiera sido muy significativo si la pregunta acerca de si el juez nacional debía aplicar tales disposiciones en caso de conflicto con disposiciones nacionales se hubiese respondido siguiendo cada una de las formas en las que los EE.MM regulan su relación con el Derecho internacional, en lugar de haberse respondido por el propio Derecho europeo. En tal caso no se hubiesen alcanzado los objetivos de uniformidad aplicativa y seguridad jurídica del ordenamiento europeo. Cuestión que el TJ, ya en la sentencia *Costa*, deja claro que la resolución de los posibles conflictos entre Derecho nacional y europeo es una cuestión de Derecho comunitario.

<sup>234</sup> HÄBERLE, P., El Estado Constitucional Europeo, Cuestiones Constitucionales, num. 2, enero-junio 2000, pp. 89 y ss.

<sup>235</sup> No debemos olvidar que la jurisprudencia del TJ ha reconocido su carácter esencialmente normativo (STJ de 14 de diciembre de 1962, asunto *Méroni*), como manifestación principal de la potestad legislativa comunitaria, que es cuantitativa y, sobre todo, cualitativamente la fuente más importante de este ordenamiento supranacional. Como alega BARAV, «la función normativa de la jurisprudencia adquiere todo su relieve en las sentencias de la jurisdicción

## 2.1 El Derecho europeo como ordenamiento jurídico: autonomía del ordenamiento y primacía del Derecho europeo.

### A) Las sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL*

#### A.i) *STJ Van Gend en Loos* y la eficacia directa

Rondaban los sesenta cuando la propia mecánica jurídica de los Tratados europeos dio a luz la sentencia *Van Gend en Loos*, que resolvía la cuestión prejudicial de interpretación C- 26/62, el día 5 de febrero de 1963<sup>236</sup>. Esta cuestión versaba sobre la aplicación, por la Administración Tributaria neerlandesa (*Nederlandse administratie der belastingen*), sobre las importaciones de la empresa *N. V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos* de un nuevo arancel aduanero que entró en vigor después del Tratado CEE<sup>237</sup>, contrariando el artículo 12 del TCEE<sup>238</sup>. El *Tariefcommissie*, Tribunal Contencioso Administrativo holandés, encargado en última instancia de los recursos contenciosos en materia fiscal, consideró que en el fondo de la cuestión yacía la necesidad de interpretar los Tratados Europeos por lo cual, de manera diligente, activó el mecanismo incidental de la “cuestión prejudicial” de interpretación establecida en el artículo 177 TCEE (hoy día artículos 19.3.b del TUE y 267 TFUE<sup>239</sup>) planteando si el nuevo arancel es contrario al art. 12 TCEE. Pero para que la respuesta del TJ sea relevante a la solución del caso por el órgano nacional se imponía una primera cuestión:

---

comunitaria sobre la aplicación judicial del Derecho comunitario y la protección jurisdiccional de los particulares. Otorgando a los objetivos del Tratado ‘la plenitud de sus consecuencias jurídicas’». Ver BARAV, A., “El papel del juez nacional y el estatuto del justiciable comunitario”, en *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 299-300

<sup>236</sup> El idioma original de la sentencia es el neerlandés. La exposición de esta sentencia se hará conforme a la versión española publicada en ALONSO GARCÍA, R., “Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Civitas, Navarra, 2006. Para un comentario en profundidad de la sentencia me remito a CRAIG, P., y DE BURCA, G., *EU Law – Text, cases and materials-*, Oxford University Press, 1998, p. 146 y ss.

<sup>237</sup> La actividad de esta empresa consistía en la importación de urea formaldehído proveniente de Alemania. El conflicto surgió cuando *Van Gend en Loos* alegó ante la Administración competente que dicho derecho de aduana, entrado en vigor el 1 de marzo de 1960, contrariaba al artículo 12 del TCEE, en la medida en que el nuevo arancel aduanero neerlandés clasificaba el producto importado en una categoría diferente a la que se había clasificado con anterioridad conllevando una carga superior a la que se pagaba antes de la entrada en vigor del TCEE y que, por lo tanto, vulneraba la prohibición de “establecer... nuevos derechos de aduana” impuesta por el TCEE.

<sup>238</sup> El artículo 12 del TCEE disponía que “*Los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas*”

<sup>239</sup> Según el artículo 267 TFUE: “*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad*”.

«si el artículo 12 del Tratado CEE tiene efecto interno, o, dicho en otros términos, si los justiciables pueden invocar, basándose en dicho artículo, derechos individuales que el Juez deba proteger»;

La respuesta del TJ a la cuestión será trascendental: los Tratados europeos tienen eficacia directa y pueden ser invocados por particulares ante el juez<sup>240</sup>. La trascendencia de esta decisión reside en que, en los Tratados, nada se decía acerca de sus efectos directos. Pero en los Fundamentos jurídicos de la Sentencia el TJ objetiva al máximo la voluntad de las partes contratantes<sup>241</sup> en los Tratados, de los Estados, y considera que «es preciso atender al espíritu, al sistema y al tenor literal» de las disposiciones del Tratado<sup>242</sup> para determinar la eficacia directa de la disposición en cuestión, lo que conlleva el análisis de los objetivos de las Comunidades.

Centrando la atención sobre éstos, el TJ realiza una interpretación finalista, de donde deriva la respuesta a la cuestión: el objetivo de la Comunidad es «establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad», y a partir de aquí el “espíritu” de los mismos «implica que dicho Tratado constituye algo más que un Acuerdo que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes<sup>243</sup>». Por último el TJ, para fundamentar esta interpretación, realizará un análisis literal de los Tratados que confirme la presunta voluntad de los Estados sobre la afectación directa a los ciudadanos. Concretamente se sujeta al «Preámbulo del Tratado, que además de a los Gobiernos, se refiere a los pueblos»; igualmente a las disposiciones del Tratado que crean «órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros

---

<sup>240</sup> Quiero distinguir en el cuerpo de la sentencia del asunto C- 26/62 varios aspectos. En primer lugar la respuesta a la primera cuestión (I) y a la segunda cuestión (II). A nosotros nos interesa la respuesta “En cuanto al fondo” de la primera cuestión, que se compone de trece Considerandos divididos cada uno en diversos párrafos. Lo que nos interesa ahora señalar es la cuestión general sobre la naturaleza del ordenamiento europeo que abarca la respuesta sobre el fondo desde el sexto considerando hasta el décimo. Los demás serán estudiados en otro apartado de esta tesis respecto de los caracteres específicos del principio de eficacia directa. Estos considerandos se encuentran en las páginas 89-90 de la obra ALONSO GARCÍA, R., *Las sentencias básicas...*, op. Cit.

<sup>241</sup> Como señala ALONSO GARCÍA, el TJ proclama el principio de eficacia directa objetivando al máximo la voluntad de las partes contratantes, puesto que ninguno de los Estados miembros firmantes, de los seis iniciales, habían pretendido algo parecido con la ratificación de los Tratados: como dice el autor, de los seis Estados fundadores, «tres de los cuales, intervinieron en el asunto (en concreto los gobiernos alemán, holandés y belga) defendiendo la no mención de los particulares por el precepto del Tratado, cuya posible eficacia directa planteó el tribunal holandés remitente al TJCE, revelaba la voluntad inequívoca de los Estados miembros de no conferirle dicha eficacia». Tampoco el Abogado General Roemer entendía que pudiese derivar en ello. Ver el estudio preliminar de ALONSO GARCÍA, R., *Las Sentencias básicas del Tribunal de Justicia...*, op. Cit., p. 56.

<sup>242</sup> Séptimo Considerando de los Fundamentos de Derecho sobre la primera cuestión C-26/62. La interpretación amplia de las disposiciones del Tratado responde a un cambio doctrinal en la visión del Tratado europeo que lo aleja de su configuración hermenéutica propia del derecho internacional. En este sentido ver ITZCOVICH, G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Turin, Giappichelli, 2006, pp. 95 y ss. Igualmente Marta CARTABIA considera que “la giustificazione del sempre piu massiccio ricorso all’interpretazione «teleologica» delle disposizioni del Trattato, appunto basata sul «fine» da esso perseguito e “sul’intenzione” –presunta- di chi lo ha redatto, che allora in avanti ha contraddistinto la maggior parte delle sue decisioni, consentendole inoltre di liberarsi dalle strettoie del testo”, CARTABIA, M., *Le fonti europee e il Diritto italiano*, Turin, Giappichelli, 200, p. 35.

<sup>243</sup> Octavo Considerando de los Fundamentos de Derecho sobre la primera cuestión C-26/62

como a sus ciudadanos...a través del Parlamento Europeo y el Comité Económico Social»; y especialmente al artículo 177 TCEE (cuestión prejudicial), que «confirma que los Estados han reconocido al Derecho Comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos»<sup>244</sup>, de otra forma la posibilidad del juez de plantear en el curso de un litigio nacional la interpretación de los Tratados o la validez del Derecho derivado conforme a los mismos, no tendría sentido. De esta interpretación finalista, sistemática y literal el TJ confirma que los Tratados tienen efecto directo:

*«ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional...cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales... El Derecho comunitario, autónomo respecto de 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»<sup>245</sup>.*

La respuesta permite abrir inmensas posibilidades jurídicas a las CC.EE.

Pero además de la identificación de los ciudadanos de los Estados como sujetos de Derecho europeo, a efectos de esta tesis, nos interesa destacar un dato que a menudo pasa por alto cuando se comenta esta sentencia, una pregunta suscitada por las partes en la cuestión prejudicial y que es incluso anterior a la de la propia eficacia directa. En el primer Considerando del TJ, se responde a las dudas planteadas por los gobiernos nacionales “sobre la competencia del Tribunal de Justicia” para decidir sobre la eficacia de los Tratados. Las alegaciones del Gobierno belga y neerlandés se expresan en contra de que al TJ se le hubiese otorgado competencia en los Tratados «para pronunciarse sobre la primacía que deba reconocerse, en su caso, a las disposiciones del Tratado CEE» sobre la legislación Holandesa. Ambos Gobiernos consideran que el valor y eficacia de los Tratados en Derecho interno es una cuestión propia del sistema de fuentes nacional.

La pregunta del juez holandés trae causa de su propia Constitución, en la que se dispone que si la disposición de un Tratado internacional se considera *self executing* prevalecerá sobre las disposiciones nacionales contrarias. Por ello los Gobiernos consideran que, como es en la Constitución de los Países Bajos donde se asienta la primacía de los Tratados, sólo se planteaba al TJ la exclusiva cuestión del carácter *self*

---

<sup>244</sup> Octavo Considerando, párrafos segundo, tercero y cuarto de los Fundamentos de Derecho sobre la primera cuestión C-26/62

<sup>245</sup> Octavo Considerando, párrafos quinto y sexto de los Fundamentos de Derecho sobre la primera cuestión C-26/62. Como veremos a lo largo de esta tesis, la eficacia directa del Derecho europeo será confirmada en numerosas ocasiones y se extenderá al Derecho europeo de naturaleza derivada. En este sentido ver SSTJ, C- 9/70, *Grad*, del 6 de octubre de 1970; C- 33/70, *Sace*, del 17 de octubre 1970; C- 41/74, *Van Duyn*, del 4 de diciembre de 1974; C- 148/78, *Ratti*, del 5 de abril de 1979

*executing* de la disposición invocada, puesto que su fuerza activa se sujetaba a lo dispuesto por el sistema constitucional de fuentes<sup>246</sup>.

El TJ responde que el pronunciamiento sobre los efectos de la primacía del Derecho europeo sobre el nacional es, efectivamente, competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en función de su sistema interno, pero que la cuestión planteada en el asunto C-26/62 no versaba sobre ello<sup>247</sup>, sino sobre la interpretación de una disposición de los Tratados de la que se desprenden derechos directamente invocables por los ciudadanos. Sobre la interpretación del Tratado sí es competente el TJ.

Si esta respuesta llama la atención es precisamente porque un año después el TJ se posicionará sobre una cuestión encuadrada sobre la primacía del TCEE sobre el Derecho nacional, y en esta ocasión el TJ no tendrá reparos en declarar de forma general la primacía del Derecho europeo. La respuesta dada parte de las premisas expuestas en *Van Gend en Loos* pero va más allá<sup>248</sup>.

#### A.ii) STJ Costa contra ENEL: el principio de primacía

La Sentencia *Costa contra ENEL* resuelve una cuestión prejudicial planteada por un juez ordinario de Milán mediante el asunto C- 6/64 con fecha 15 de julio de 1964. Este asunto versaba sobre la reclamación del *Ente Nazionale per l'Energia Elettrica* (ENEL) al Sr. Costa, de una factura por importe de 1.925 Liras Italianas por suministro eléctrico. El Sr. Costa se niega al pago de esta factura alegando que la nacionalización de la industria eléctrica en Italia, por ley n. 1643 de 6 de diciembre de 1962, había contrariado determinadas disposiciones del Tratado CEE (en concreto los antiguos artículos 102 sobre aproximación de legislaciones, 93 sobre concesión o modificación de ayudas de Estado, 53 prohibición de restricciones al establecimiento y 37 sobre la adecuación progresiva de los monopolios de Estado a la CEE).

Respecto de la interpretación del sistema doméstico de fuentes del Derecho, la interpretación de Derecho interno requiere considerar que los Tratados europeos habían sido integrados en el ordenamiento italiano según el mandato del artículo 11 de

---

<sup>246</sup> La Constitución holandesa afirma en el artículo 93 que “las estipulaciones de tratados y de acuerdos de organizaciones internacionales de Derecho público que por su contenido puedan obligar a toda persona, tendrán fuerza obligatoria una vez publicadas”, y añade en el artículo 94 que “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”.

<sup>247</sup> Simultáneamente a esta decisión, el TJ se había pronunciado acerca de las exigencias del mecanismo de la cuestión prejudicial y sobre el reparto competencial entre jueces nacionales y TJ. Así en la STJ *Da Costa*, C- 30/62, de 27 de marzo de 1963 «cuando, en el ámbito específico de una controversia pendiente ante un juez nacional, el Tribunal da una interpretación del Tratado, este se limita a interpretar el tenor literal y el espíritu del mismo,...mientras que la aplicación del hecho jurídico que se deduce de tal interpretación queda reservada a los jueces nacionales».

<sup>248</sup> Precisamente, entre las razones aducidas en la Opinión del Abogado General, en el asunto *Van Gend en Loos* por el abogado ROEMER, para no declarar la eficacia directa de los Tratados se encontraba la cuestión de que provocaría una distorsión sobre la eficacia del Tratado entre estados dependiendo de su sistema de fuentes interno.

la Constitución italiana, que no impone un procedimiento o una fuente específica para su integración en Derecho interno<sup>249</sup>. Los Tratados Europeos fueron integrados a través de una ley ordinaria de ejecución (n. 1203 de 14 de octubre de 1957). Esta ley se convierte, conforme a la tradición dualista italiana, en fundamento jurídico de la implementación de los Tratados y la aplicación del Derecho derivado de ellos en el ordenamiento italiano. El juez de Milán, en el caso concreto, se encuentra pues ante un conflicto entre la ley nacional sobre la energía eléctrica y la ley nacional que implementa los Tratados. El juez debe aplicar la ley n. 1643 de 6 de diciembre de nacionalización del ENEL, ley de cuyas disposiciones sospechaba que podrían entrar en conflicto con las disposiciones citadas de los Tratados.

Al encontrar un conflicto normativo entre un Tratado (o la ley que lo introduce en Derecho interno) y una norma con rango de ley, el juez italiano considerará que la cuestión requiere el planteamiento de un doble incidente procesal, una doble interpretación: por un lado sobre el sistema constitucional de fuentes italiano, por lo que insta una cuestión ante la Corte Costituzionale italiana; en segundo lugar requiere de una interpretación de los Tratados, de los artículos invocados por el Sr. Costa, lo que le lleva a plantear, también, la cuestión prejudicial de interpretación al TJ.

Respecto de la cuestión de constitucionalidad, la conclusión de la Corte Constitucional italiana consiste en resolver el conflicto como una cuestión de carácter interno, propia de una relación dual entre el ordenamiento interno y el Derecho internacional<sup>250</sup>. Según este planteamiento las disposiciones del Tratado adquieren rango de ley interna por haber sido introducidas mediante esta fuente en el ordenamiento interno. Así, según la teoría general de las fuentes del Derecho, el posible conflicto se reducía a un conflicto entre dos normas con rango legal, y debería ser resuelto siguiendo la simple regla del principio cronológico: la ley posterior, la que nacionaliza el ente nacional de energía eléctrica, deroga a la anterior, a la que ejecuta las disposiciones del Tratado, en la medida en que entren en conflicto<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> El artículo 11 de la Constitución Italiana afirma: «Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales 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 entre las naciones, y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin».

<sup>250</sup> La clave del problema surge precisamente de la concepción italiana de las relaciones entre ordenamiento nacional y ordenamiento internacional en términos dualistas. El dualismo Italiano fue expuesto por ANZILOTTI, D., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Ditta N. Zannichelli, 1905, para un resumen de sus exposiciones me remito al útil trabajo de GAJA, G., “Positivism and dualism in Dionisio Anzilotti”, *European Journal of International Law*, n.3, 1992, pp. 123 y ss. Para una somera definición de los sistemas dualistas y monistas cito literalmente a DE WITTE: «Monism and dualism become genuinely alternative doctrines when taken in a narrower sense, i.e. when comparing the actual attitude taken towards International law within each constitutional system: dualist countries are those where the attitude is taken that International treaties cannot, as such, display legal effects in the municipal sphere, so that their norms must be ‘transplanted’ into national law before they can become operational there. Monist countries, then, are those where the view prevails that international norms are, upon their ratification and publication, ‘received’ within the nations legal order while preserving their nature of international law», en DE WITTE, B., “Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order”, *op. cit.*, pp. 178-179.

<sup>251</sup> Ver Sentencia de la Corte costituzionale italiana n. 14 de 7 de marzo de 1964.



Respecto de la cuestión prejudicial planteada ante el TJ en interpretación del Tratado, la respuesta puede ser, en mi opinión, dividida en dos partes.

1. Algunas de las disposiciones de los Tratados invocadas por el particular tienen eficacia directa. De las cuatro disposiciones examinadas el TJ concluye que de los artículos 102 y 93 se desprende «un compromiso con la Comunidad, que les vincula como Estados, pero que no genera a favor de los justiciables derechos que los órganos jurisdiccionales deban proteger<sup>252</sup>», mientras que de los artículos 53 y 37 se desprende una «prohibición... puesta en vigor con el Tratado, y por esta razón integrada en el sistema jurídico de los Estados miembros... que afecta directamente a sus nacionales, a favor de los cuales ha generado derechos individuales<sup>253</sup>» y que, en consecuencia, corresponde al juez que conoce del fondo del litigio determinar si existe contradicción y proteger los derechos subjetivos que derivan de tales disposiciones.

La diferencia del planteamiento del TJ con la Sentencia dictada por la Corte constitucional requerirá de la aclaración de un nuevo interrogante acerca de la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno, y ello conlleva un interrogante fundamental: ¿Cuál es el concepto de Comunidad? O de otra forma ¿cuál es la naturaleza de la Comunidad y del Derecho que la constituye? El TJ ya había considerado en *Van Gend en Loos* que «a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado CEE creó un ordenamiento jurídico propio». Es propio y distinto del Derecho internacional porque, por un lado, la Comunidad «está dotada de Instituciones propias, personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional», y por otro lado, estas instituciones tienen capacidades derivadas de los Estados: «poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad». Esto, según el TJ, tiene consecuencias inmediatas para los Estados: primero, «estos han limitado su soberanía... en materias específicas»; segundo, «han creado un cuerpo normativo», un ordenamiento jurídico «integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros»; tercero, este cuerpo normativo vincula a los poderes estatales, incluyendo «a sus órganos jurisdiccionales», por lo que es «un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos»<sup>254</sup>. El TJ va más allá, puesto que estas primeras conclusiones ya habían sido expuestas en *Van Gend en Loos* el TJ deberá ir más allá ante la actitud de la Corte nacional.

2. Si la naturaleza novedosa (supranacional) del Derecho europeo tiene consecuencias particulares sobre los nacionales de los Estados miembros, debe examinarse en este asunto concreto cuáles son las consecuencias inmediatas sobre el Derecho de los Estados miembros, sobre su ordenamiento jurídico. El TJ se deberá

---

<sup>252</sup> Nótese que la formulación de la escritura es prácticamente idéntica en ambos casos. Ver Considerandos trece, párrafo tercero, y catorce respecto de la primera disposición examinada (102 TCEE), y Considerandos 16, párrafo tercero, y 17 del segundo (93 TCEE)

<sup>253</sup> Ver Considerandos diecinueve y veintitrés de la sentencia.

<sup>254</sup> Considerando Séptimo de los fundamentos de derecho de la sentencia.

ahora posicionar sobre dos aspectos determinantes: la primacía de los Tratados sobre el Derecho interno, y su propia competencia para determinar la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno.

Como había ocurrido en el asunto holandés, el Gobierno italiano había suscitado sus dudas en este litigio sobre la formulación de una cuestión prejudicial por el juez italiano, pues consideraba que la cuestión de la eficacia de los Tratados en el ámbito interno debía resolverse conforme al propio sistema de fuentes italiano (su sistema dualista)<sup>255</sup>. El Gobierno italiano consideraba que el conflicto normativo debía solventarse atendiendo exclusivamente al Derecho interno (a la eficacia que el Derecho interno diese a los Tratados internacionales)<sup>256</sup>. Pero el TJ perfeccionará el razonamiento de la sentencia *Van Gend en Loos* sobre la naturaleza del Derecho europeo, y sobre el fundamento de lo “novedoso” del ordenamiento europeo como ordenamiento internacional, concluirá el principio de primacía del Derecho europeo sobre el nacional: los Estados miembros no pueden sustraerse a las obligaciones del Tratado por medio de la legislación interna:

*[contra] «los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado... no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad»<sup>257</sup>.*

Dicho de otro modo, el TJ parte de la obligación de reenvío prejudicial del ex art. 177 TCEE para construir el principio de primacía. El TJ vuelve a utilizar un método hermenéutico en el que atiende al espíritu, al sistema y al tenor literal del Tratado<sup>258</sup>. Respecto al espíritu el TJ se refiere a la “integración” y “objetivos de la misma”: la obligación pactada por los Estados de formar una Comunidad económica y de vincularse por unas normas comunes, «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». Las obligaciones de los Tratados son pues «incondicionales».

Sistemáticamente deduce que, entonces, «la fuerza vinculante del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas posteriores sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado». Con lo que expresa por primera vez la necesidad de uniformidad en la aplicación y

---

<sup>255</sup> Literalmente “Argumento basado en el modo en que se ha formulado la cuestión” que ocupa los Considerandos segundo y tercero del cuerpo de la Sentencia del asunto C- 6/64 y “argumento basado en la no necesidad de una interpretación”, que ocupa los Considerandos cuarto, quinto y sexto del cuerpo de la Sentencia *Costa c. ENEL*.

<sup>256</sup> Igualmente literal “argumento basado en la no necesidad de una interpretación”, que ocupa los Considerandos cuarto, quinto y sexto del cuerpo de la Sentencia *Costa c. ENEL*.

<sup>257</sup> Considerando décimo, párrafo tercero, de los fundamentos de derecho de la sentencia.

<sup>258</sup> Método utilizado en la Sentencia *Van Gend en Loos*, y que aun cuando ahora no lo hace expreso se dilucida de la propia sentencia. Ver Séptimo Considerando de los Fundamentos de Derecho sobre la primera cuestión del asunto *Van Gend en Loos* C-26/62.

cumplimiento del Derecho europeo. La cuestión de la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo como un elemento genético del Derecho europeo.

Para cerrar la cuestión se apoya en el tenor literal de los Tratados examinando el artículo 5.2 (cooperación leal), el artículo 7 (prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad), también aquellas disposiciones que exceptúan la incondicionalidad de los tratados a través de una autorización expresa de la Comisión, (ex arts. 8.4, 17.4, 25, 26, 73, 93.2, 226... TCEE), y por último, el ex art. 189 (hoy día 288 TFUE), y cito literalmente: «Considerando que la primacía del Derecho comunitario está confirmada en el artículo 189, a cuyo tenor los reglamentos tienen fuerza ‘obligatoria’ y son ‘directamente aplicables en cada Estado miembro’...». De la lectura de tales disposiciones del Tratado, el TJ concluye que «carecerían de objeto si aquéllos [los Estados miembros] tuvieran la posibilidad de sustraerse a sus obligaciones por medio de una simple ley», o que «carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias»<sup>259</sup>. En conclusión, el TJ afirma solemnemente que:

*«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 esta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquel pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad... no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad»<sup>260</sup>.*

Esto significa que para que el Tratado sea aplicado en la resolución del asunto *Costa c. ENEL*, la aplicación del Derecho europeo en el ordenamiento interno debe imponerse sobre el Derecho nacional y, en consecuencia, debe adquirir un status fundamentado en la propia naturaleza autónoma del ordenamiento europeo, independientemente de su consideración en el ámbito interno. El TJ interpreta la cuestión de manera completamente contraria a la Corte Costituzionale italiana, y considera que el status del Derecho europeo en el ordenamiento italiano no deriva del sistema constitucional de fuentes doméstico, sino directamente de la particular naturaleza de los Tratados. El Derecho europeo tiene, pues, una eficacia particular en

---

<sup>259</sup> Considerandos octavo, párrafos tercero, cuarto y quinto, y Considerando noveno de la Sentencia *Costa c. ENEL*.

<sup>260</sup> Considerando décimo de la Sentencia *Costa c. ENEL*, C- 6/64. Debemos señalar que pese al carácter, del ordenamiento Comunitario, el TJ no ha traído de la nada la lógica del principio de primacía, sino que ciertamente bebe de fuentes internacionalistas. Nos referimos al paralelismo trazado entre los principios clásicos utilizados en el ámbito internacionalista conocidos como “Pacta Sunt servanda” como referente general del tratamiento entre Estados comprometidos por medio de un Tratado desarrollado por medio del Convenio de Viena regulador del *Derecho de los Tratados* de 1969 y utilizado para fundamentar decisiones del TJ, como es el caso de las Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi sobre el asunto SEGI de 26 de octubre de 2006, en el ámbito de la Cooperación judicial y policial (FJ.66). Del mismo modo, aunque de aplicación más concreta se distinguen tintes de la Doctrina del *Estoppel*, según la cual los Estados quedan obligados respecto a terceros por sus declaraciones de intenciones cuando estas puedan repercutir en las actuaciones posteriores de aquellos, en referencia a las declaraciones de intenciones de los Preámbulos. Sin embargo, no podemos perder de vista que al aplicarse tales principios al ámbito de los particulares, de los ciudadanos, dejan de ser Internacionalistas para convertirse en “algo nuevo”

el ordenamiento nacional que no depende del sistema de fuentes nacional sino de los objetivos y la finalidad con que se firmaron los Tratados.

En *Van Gend en Loos* y *Costa Enel* pueden observarse elementos paralelos: 1. la posibilidad de que los ciudadanos puedan invocar derechos concedidos directamente por los Tratados ante la jurisdicción nacional; 2. La competencia del TJ para determinar la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno; 3. La primacía del Derecho europeo sobre el nacional. Todos estos elementos derivan de la consideración del Derecho europeo como un ordenamiento autónomo, que despliega por lo tanto una eficacia autónoma en el ámbito nacional.

### B) El Derecho europeo como ordenamiento jurídico autónomo: la primacía como garantía de su aplicación uniforme

Como hemos observado, el TJ caracteriza desde sus primeras sentencias al conglomerado de actos normativos y Tratados que conforman el Derecho europeo, como un “ordenamiento jurídico autónomo”. Así lo ha expuesto en las sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL* disponiendo respectivamente que «la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional» y que los Tratados crearon un «ordenamiento jurídico propio»<sup>261</sup>.

Esta afirmación se ha construido como una necesidad de la funcionalidad del Derecho europeo para integrarse en el ordenamiento de los Estados miembros. Fruto de esta integración, las normas nacionales y europeas se relacionan sobre un mismo ámbito de validez territorial, personal y temporal. Las normas de las Instituciones europeas se insertan en los ordenamientos estatales y son aplicadas por los poderes públicos internos, momento en que entran en contacto con las normas nacionales, colisionando en ocasiones en el momento de su aplicación. Ante esta situación era necesario establecer determinadas pautas de relación que permitiesen resolver el conflicto normativo y que, además, permitieran la correcta implementación del Derecho europeo por los poderes públicos nacionales. Estas pautas han terminado por conformar la naturaleza (ordinamental) del Derecho europeo.

Para garantizar la aplicación del Derecho europeo en el ámbito estatal se hacía necesario resolver los conflictos normativos que pudiesen surgir entre Derecho europeo y Derecho nacional. Para ello se identificó al conjunto de disposiciones europeas, al Derecho europeo, como un “ordenamiento”, concediéndole sustantividad

---

<sup>261</sup> Esencialmente la *STJ Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963, en el párrafo 7 de los considerandos sobre el fondo «ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional» y en *STJ Costa c. Enel* 15 de julio de 1964, párrafo 10 de los Fundamentos de Derecho «a diferencia de los Tratados Internacionales ordinarios, el Tratado CEE creó un Ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado...»

propia respecto del conjunto de las normas que lo integran<sup>262</sup>. De este modo los choques entre normas nacionales y europeas podrían operarse desde los planteamientos propios de las relaciones entre ordenamientos: el ordenamiento europeo en relación con el ordenamiento nacional, como dos ordenamientos distintos, vinculados por lazos de reconocimiento recíproco de su existencia<sup>263</sup>. La cuestión central es de qué modo se reconociesen.

El percibir al Derecho europeo como ordenamiento jurídico permitió identificar en el mismo los rasgos básicos a través de los cuales solemos caracterizar a los ordenamientos: los principios de unidad, coherencia y plenitud<sup>264</sup>. Principios que tienden a hacer del ordenamiento un sistema operativo que permita dar respuesta a las necesidades sociales para las que ha sido creado. Los tres principios son difícilmente delimitables entre sí, ya que la plenitud y la coherencia son conceptualmente de fácil reconducción hacia el principio de unidad<sup>265</sup>.

El principio de unidad, desde la clásica doctrina positivista, significa la posibilidad de reconducción de todos los elementos que componen un conjunto a un punto de referencia común. En el ordenamiento europeo, siguiendo los parámetros propios del sistema de fuentes, podemos también plantear la cuestión de dónde se encuentra el punto de referencia hacia donde reconducir todas las normas que conforman su ordenamiento jurídico. Ésta no es una cuestión fútil puesto que conduce a la argumentación dogmática sobre la fuente de validez del Derecho europeo. Como define el propio KELSEN, un ordenamiento jurídico es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todos tienen el mismo fundamento de validez<sup>266</sup>. Debemos pues plantearnos de dónde derivan su validez las normas europeas, siguiendo la idea de que las normas singulares derivan su validez de su conformidad

---

<sup>262</sup> «...mientras que la validez es una cualidad de las normas que indican su pertenencia al ordenamiento, la validez del ordenamiento indica su existencia como complejo distinto de sus partes integrantes, como prius respecto de los elementos que del mismo reciben su cualificación y su existencia» En este sentido MODUGNO, F., *Legge-ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti*, Giuffrè, Milán, 1985, p. 80-84. En el mismo sentido BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del derecho*, Vol. I, Tecnos, 1991, Madrid. Pág. 83 ».

<sup>263</sup> tal afirmación muestra un enfoque doctrinal propio de Santi Romano, como alega BALAGUER CALLEJÓN, F., «...para la teoría normativista de Santi Romano, el ordenamiento jurídico no es una mera agrupación de normas, sino una unidad en sí misma(...) en cuanto unidad se trata de algo distinto de los elementos que la integran», p. 83 y ss. Con MODUGNO podemos afirmar que seguir esta pauta nos permitiría tratar al “todo” que representa el ordenamiento jurídico como una unidad respecto de otras unidades y afirmar que «las relaciones entre ordenamientos [en el ámbito internacional y respecto de otros ordenamientos que se afirman como soberanos, generales o políticos] no pueden nunca ser de por sí relaciones de subordinación, sino siempre relaciones de coordinación». «...Todo está en reconocer a otros ordenamientos para estrechar con ellos relaciones jurídicas, así que deberá decirse que, en rigor, todos los otros ordenamientos están respecto a este en posición de subordinación en cuanto necesitados de reconocimiento... lo cual es un absurdo que se puede evitar reconociendo que todos los ordenamientos, en cuanto tales, o sea, en cuanto que efectivos, se ponen en principio en un plano de igualdad, frente a todos los otros, soberanos o no», así Cfr. MODUGNO, F., op. Cit., pp. 253 y 255, la traducción es propia.

<sup>264</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, op. cit., p. 86

<sup>265</sup> *Ibidem*, «No se trata de aspectos radicalmente diferenciables, ya que, en cuanto el ordenamiento expresa un conjunto armónico, cada uno de esos rasgos distintivos está estrechamente relacionado con los demás y encuentra en ellos su sentido. Esta dificultad de precisión es mayor respecto del principio de unidad, ya que de un modo u otro todos los demás pueden reconducirse a este principio último».

<sup>266</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1997, p. 45

con un parámetro superior y determinado. En este punto debemos distinguir entre las normas europeas producidas por las Instituciones europeas y a través de los procedimientos determinados en los Tratados (Derecho “derivado”), y las normas dispuestas en los propios Tratados cuyo procedimiento de producción, como observamos anteriormente, absorbe pautas propias del Derecho internacional, a través de los procedimientos internos de prestación del consentimiento soberano de los Estados<sup>267</sup>.

Las primeras, las normas europeas producidas y derivadas de las Instituciones europeas, es decir, las normas de carácter “derivado”, son válidas por su conformidad con el parámetro establecido por los propios Tratados, por ser producidas conforme a las normas sobre producción jurídica dispuestas en estos, por los órganos e Instituciones europeas dotadas de competencia a través de los Tratados y mediante el procedimiento en ellos determinado<sup>268</sup>. Un ejemplo de ello puede encontrarse en los artículos 19.1 y 19.3.b) TUE, así como en el artículo 263 TFUE<sup>269</sup>. Esto significa que, el Derecho derivado sería parte del ordenamiento europeo, y aun cuando se integrase en el ordenamiento nacional y fuese aplicado por los poderes públicos del Estado, su validez continuaría descansando en un fundamento externo al propio Derecho nacional, en los Tratados.

La cuestión esencial sobre el carácter de ordenamiento “nuevo” y “propio” que se imputa al Derecho europeo reside pues, como el siguiente escalón de una deducción lógica, en la determinación de la validez de los Tratados. Si las normas creadas por las Instituciones europeas (artículo 288 TFUE) son reconducibles a los parámetros

---

<sup>267</sup> Es esencial esta primera versión de la composición de la unidad en el ordenamiento europeo. También considero importante la pregunta diferenciada sobre la validez de las normas europeas derivadas y la validez de los Tratados, puesto que como afirma WHAL: «la primacía, en relación con la UE, sólo se alcanzará a comprender exactamente cuando se diferencien de forma estricta dos formas de primacía, a saber, la interior, que significa la vinculación del Derecho legal a la primacía del Derecho constitucional interno, y la primacía federal o externa, mediante la cual cualquier esfera de algún modo superior y su Derecho tienen la primacía externa frente al Derecho de las unidades incorporadas. Lo que significa resumidamente: de un lado, la supraordenación interna dentro de la jerarquía normativa de la misma unidad, frente a la primacía de todo el derecho de la comunidad superior frente a otra unidad, la integrada» ver WHAL, R., “¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos de teoría del estado?”, op. cit., pp. 105-129.

<sup>268</sup> El TJ encuentra en el Derecho originario la fuente de validez del Derecho derivado. Ver por ejemplo la STJ de 5 de octubre de 2000, asunto *República Federal de Alemania c. Parlamento europeo*, C- 376/98; o también STJ de 13 de julio de 2004, asunto *Comisión c. Consejo*, C- 27/04.

<sup>269</sup> El artículo 19.1 TUE dispone la competencia del TJ para declarar la “validez-legitimidad” del derecho derivado conforme a los Tratados: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ... Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados»; y en el 19.3.b) dispone: «...se pronunciará... con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las Instituciones». En un sentido más concreto el artículo 263 TFUE: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.»

impuestos en los Tratados y derivan su validez de los mismos, la cuestión es ¿de dónde derivan su validez los propios Tratados<sup>270</sup>?

Los Tratados son el fruto de la atribución de competencias soberanas de los Estados miembros, por medio de procedimientos determinados en concretas disposiciones de sus Constituciones (en España el artículo 93, en Italia el artículo 11, en Alemania el artículo 24...). Desde este planteamiento el ordenamiento presidido por los Tratados sería un ordenamiento “derivado” del Derecho constitucional estatal.

Pero el problema al asumir esta respuesta es, en términos jurídicos, que el Derecho europeo entonces haría depender, no sólo su validez, sino también su rango y fuerza en el ámbito interno, del sistema de fuentes nacional determinado por cada Constitución. Este hecho podría contradecir lo que el TJ afirmó en la Sentencia *Costa*: que «la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro (...) sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos de la Comunidad».

Tradicionalmente se había concedido a las disposiciones de los Tratados europeos el mismo rango reconocido a los Tratados internacionales por cada ordenamiento jurídico, por lo que la eficacia de estas frente a las normas nacionales adolecía de un tratamiento unitario en el conjunto de Estados miembros. Hacer depender la validez del Derecho europeo del sistema constitucional de fuentes interno tampoco permitía garantizar la misma fuerza vinculante del Derecho europeo en los ordenamientos estatales. Para impedir esta contrariedad, precisamente, el TJ interpretó que los Tratados europeos constituían un “ordenamiento jurídico autónomo”, autónomo y distinto del Derecho nacional y del Derecho internacional.

Tras esta afirmación se impuso como una necesidad existencial el principio de primacía. La autonomía del ordenamiento europeo<sup>271</sup> significa que el Derecho europeo

---

<sup>270</sup> La idea que tratamos de exponer es que el TJ considera los Tratados válidos. El TJ parece considerar la cuestión de la efectividad del ordenamiento como validez del mismo, en términos más político-sociales que jurídicos, responde a la visión de la constitución normativa como fundamento de validez del resto de las normas. En este sentido en la filosofía Kelseniana la propia constitución debía derivar su validez de una norma presupuesta, ni válida ni inválida. Es BOBBIO de los primeros autores en identificar la fuente última de las normas de un ordenamiento no en una norma presupuesta, sino simplemente “puesta”, como es la Constitución sin necesidad de abstraer más el discurso (BOBBIO, N., “Sul principio di legittimità” en BOBBIO, N., *Studi per una Teoria generale del diritto*, Giappicheli, Turín, 1970, pp. 80 y ss. También ID “Per un léxico di teoria generale del diritto”, en BOBBIO, N., *Contributi ad un Dizzionario giuridico*, Turín, 1994, pp. 233 y ss.) La identificación de estas ideas en la teoría del Derecho comunitario consiste precisamente en partir de la validez de las normas de Derecho derivado cuando son conformes al parámetro de validez de los Tratados. Si continuamos con el paralelismo es inevitable pensar que el TJ ha considerado los Tratados como válidos por su existencia jurídica, pero no por su legitimidad con un parámetro, sino más bien con la legitimidad de 27 parámetros distintos identificados en los 27 procedimientos constitucionales de ratificación de Tratados donde se comprende una atribución del ejercicio de soberanía. La complejidad de esta idea hace incluso preferible la simplificación hecha por el TJ y su parangón con la idea de la validez de la Constitución, en el sentido en el que «la constitución “existe” jurídicamente – en el sentido de que pertenece al sistema jurídico – sin ser válida. La constitución es el criterio de identificación o reconocimiento de las demás normas, pero el criterio de reconocimiento de la propia constitución es simplemente la efectividad del ordenamiento que estructura y fundamenta, (en este sentido GUASTINI, R., “Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento”, *Analisi e Diritto*, 2005) , es decir la validez de los Tratados es su efectividad, en cuanto que los EE.MM y sus ciudadanos consideren que la UE y su Ordenamiento jurídico es útil y necesario para conseguir su fin previsto: la integración.

no puede ostentar un status diferenciado derivado de cada Constitución y ordenamiento nacional<sup>272</sup>, sino que, una vez ratificados los Tratados por los Estados conforme a los procedimientos establecidos por cada uno de ellos, debe imponerse y aplicarse con una eficacia uniforme. Por ello sus efectos en el ámbito interno no podían depender del sistema de fuentes interno (ya fuese en el reconocimiento constitucional del Derecho internacional o haciendo depender su validez del Derecho constitucional interno).

Por ejemplo, en el caso *Costa c. ENEL*, la Corte Costituzionale, había aplicado el enfoque dualista propio de su ordenamiento interno sobre las relaciones de éste con el Derecho internacional. Basó la relación entre las normas nacionales y las disposiciones del Tratado en los parámetros propios del Derecho italiano respecto del Derecho internacional, considerando entonces que la fuerza de la disposición europea derivaba de la fuente con la que había sido introducida en Derecho interno: rango de ley ordinaria. En *Van Gend en Loos*, el juez holandés concedía a la disposición del Tratado la fuerza que la propia Constitución otorga a los Tratados internacionales dependiendo de su carácter *self executing*. Sin embargo, el TJ afirmó que el ordenamiento europeo fundado en los Tratados es un ordenamiento jurídico propio que, una vez que ha sido ratificado por los procedimientos constitucionales pertinentes, se integra directamente en los ordenamientos nacionales con efectos propios y uniformes<sup>273</sup> en todos los Estados.

Por ello, ninguna disposición de Derecho interno puede supeditar la validez o la eficacia del Derecho europeo, y por ello el Derecho europeo debe primar cuando colisiona con disposiciones internas, para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros.

---

<sup>271</sup> No debemos confundir la autonomía del ordenamiento europeo con la autonomía de los entes regionales o de las Comunidades Autónomas. Para DE OTTO I., la autonomía es distinta a la soberanía, describe la “autonomía” como «el poder de individuos o entes colectivos para darse un ordenamiento propio en el marco de otro superior y más amplio. Es ese su sentido más comprensivo autonomía se contrapone a soberanía por tratarse de un poder limitado por el ordenamiento que lo confiere y en cuyo marco ha de ejercitarse, y no de un poder supremo como el que la soberanía conlleva», en “Derecho constitucional...”, op. Cit., pp. 245 y 246. En el caso del ordenamiento europeo, esta autonomía adquiere un sentido más amplio, puesto que el ordenamiento europeo, en principio, no se encuentra sometido al nacional.

<sup>272</sup> Precisamente en el caso *Costa c. ENEL* el problema esencial residía en que el Tratado CEE había sido ratificado por ley ordinaria. El artículo 11 de la Constitución Italiana permite la limitación de la soberanía estatal respecto de organizaciones internacionales, pero no dispone ningún procedimiento específico. En Italia, por cuestiones políticas que no vienen al caso, se decidió utilizar una simple ley ordinaria para la ratificación del Tratado. Con posterioridad el legislador italiano aprobó en 1962 una ley sobre nacionalización de la energía eléctrica. El abogado Costa consideró que esta ley vulneraba el artículo 11 de la constitución por la que se habían ratificado los Tratados. El juez que examinó la pretensión del demandante reenvió a la Corte costituzionale la cuestión y al TJ. La primera resolvió considerando que la ley de nacionalización suponía una derogación en la ley anterior del mismo rango. El TJ sin embargo consideró que los Tratados no podían ser derogados por una ley posterior, y que el derecho europeo debía prevalecer sobre el nacional.

<sup>273</sup> Como resume Javier TAJADURA la primacía es uno de los principios y caracteres básicos del Ordenamiento jurídico comunitario que son los que permiten precisamente calificar al Derecho comunitario como un auténtico ordenamiento jurídico, ver TAJADURA, J., “Constitución y democracia en la UE”, en TAJADURA, J., y DE MIGUEL, J., (Coord), Justicia Constitucional y Unión Europea, CEPC, Madrid, 2008, p. 35. Igualmente ISAAC, G., Droit Communautaire Général, Paris, 4ª ed., 1995. DIEZ DE VELASCO, L. M., Las organizaciones internacionales, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 641 y ss.



C) El Derecho europeo como ordenamiento supranacional: la primacía como garantía de su eficacia frente a Estados y ciudadanos.

El Derecho europeo, conforma un ordenamiento jurídico autónomo en relación con el Derecho de los Estados y el Derecho internacional. De esta forma lo expresa el TJ cuando afirma en 1963 que los Tratados de las CC.EE trataban de constituir un «nuevo orden jurídico de Derecho Internacional» y en 1964 que el Tratado CEE crea «un ordenamiento jurídico *propio* integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros», ordenamiento propio y distinto (“autónomo”) del Derecho Internacional y del Derecho estatal, que se integra una vez creado.

Es autónomo respecto de los Estados porque, una vez ratificados los Tratados a través de los procedimientos determinados en cada una de las Constituciones nacionales, estos dan lugar a un ordenamiento con “vida propia”. En el sentido de que la validez de sus normas, su interpretación y su alcance no dependen de normas nacionales (ni siquiera de las Constituciones), sino de sus propios procedimientos de control conforme a parámetros autónomos (los Tratados y su interpretación por el TJ). Como hemos dicho, la causa esencial de la autonomía del ordenamiento europeo es la necesidad de que su fuerza vinculante no varíe de un Estado a otro, es decir, que sea aplicado de manera uniforme. La particularidad de la autonomía del ordenamiento europeo respecto del Derecho estatal reside en los “efectos” que el Derecho europeo despliega en los ordenamientos jurídicos nacionales: su primacía y eficacia directa.

La autonomía del ordenamiento europeo respecto del Derecho internacional puede suscitar perplejidad a priori, puesto que la ratificación de los Tratados europeos tiene como objetivo primario que los Estados contrayentes se comprometan a respetar determinadas obligaciones recíprocas<sup>274</sup>. Su fundamento, de hecho, es un pacto soberano entre Estados. Sin embargo, en la sentencia *Van Gend & Loos* de 1963<sup>275</sup> se determinó que con la ratificación de los Tratados los Estados establecieron “*algo más que un acuerdo que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes*”<sup>276</sup>, y que el funcionamiento de la Comunidad o de la Unión «conciene directamente a los sometidos a la jurisdicción de la Comunidad», y a ellos debe aplicarse también de manera uniforme. El papel protagonista de los ciudadanos como destinatarios directos del Derecho europeo se convierte en una nota distintiva del ordenamiento europeo respecto del internacional.

La eficacia directa del Derecho europeo es una característica ajena, por lo general, al Derecho internacional, dando por sentado que, las disposiciones de corte internacional se ven condicionadas por un acto de recepción en el ordenamiento

---

<sup>274</sup> CELLOTO, A., “La prevalenza del diritto comunitario sul diritto degli Stati: ambito e portata Della disapplicazione”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, n. 8.,

<sup>275</sup> Comentada de forma inabarcable, pero podemos citar recientemente TESAURO, G., “Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria”, en ID, *Diritto della Unione Europea*, 2006, pp. 237 y ss.

<sup>276</sup> Párrafo tercero y siguientes de las consideraciones sobre el fondo de la misma sentencia.

interno del estado, mientras que las disposiciones europeas, por el contrario, desprenden derechos subjetivos para los ciudadanos que deben surtir efectos en los ordenamientos nacionales de modo directo desde su entrada en vigor, son aplicadas directamente a los ciudadanos de los Estados<sup>277</sup>. Es precisamente de este papel protagonista de los ciudadanos del que deriva la eficacia directa de las disposiciones de los Tratados y la posibilidad de su invocación ante los jueces nacionales.

Los efectos particulares del Derecho europeo en el ámbito interno de los Estados (la primacía y la eficacia directa), y el papel de los ciudadanos como sujetos de Derecho europeo caracterizan al ordenamiento europeo como un ordenamiento supranacional. La naturaleza del ordenamiento europeo como orden supranacional tiene, a su vez, como fundamento la atribución del ejercicio de competencias a las Instituciones de la Unión por parte de los Estados<sup>278</sup>.

Como advierte el TJ, la cuestión esencial reside en que los Estados miembros han cedido, mediante la ratificación de los Tratados, el ejercicio de competencias soberanas con la finalidad de permitir y perseguir el objetivo general de la integración, la “Unión de los pueblos”. Los Estados miembros, al ratificar los Tratados, han restringido su soberanía, y han atribuido poder público a la UE dotándola de instituciones normativas, ejecutivas y judiciales propias, con la idoneidad de producir actos jurídicos directamente eficaces en el ámbito interno de los Estados. En consecuencia, el TJ considera que «al instituir una Comunidad *de duración indefinida*, dotada de poderes reales atribuidos de forma *definitiva* e irrevocable por los Estados

---

<sup>277</sup> Como señala FERNÁNDEZ SEGADO «Al reemplazar con la calificación "ordenamiento jurídico propio" la expresión "nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional", quería marcar especialmente la autonomía del ordenamiento comunitario en relación al ordenamiento jurídico internacional y subrayar el avanzado grado de centralización en la creación de normas, y también, muy probablemente,...posibilitar la diferente posición jurídica de los individuos ante el Derecho comunitario, pues en el ámbito del Derecho internacional público, hace años al menos, los individuos no adquirirían derechos ni tan siquiera cuando eran claramente los beneficiarios de las normas establecidas en un tratado internacional, situación bien dispar a la dimanante del Derecho comunitario» en FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario de derecho común. Las transformaciones dimanantes de ello”, Cuestiones Constitucionales, n. 13, 2005. En este sentido la importante diferenciación en cuanto a la centralización en la producción de normas y la descentralización en su aplicación que conlleva el ordenamiento europeo y que lo distingue del derecho internacional y del nacional ver ISAAC, G., Manual de Derecho Comunitario, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 174 y ss. Sobre la distinción del ordenamiento europeo del ordenamiento internacional basada en el rol de los ciudadanos como verdaderos sujetos de Derecho Paul CRAIG, como ejemplo representativo, ha dispuesto «el hecho de que se concediese a los individuos derechos... transformó la propia naturaleza del TCE. Ya no podía ser considerado meramente como asunto de los Estados nacionales al modo de otros muchos tratados internacionales. Iba a ser una forma de ordenación social en la que los individuos estaban involucrados en cuanto tales», en CRAIG, P., “Gran Bretaña en la Unión Europea”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F., The Spanish constitution in the context..., op. Cit. p. 391. También la STJ Leonés de 17 de mayo de 1972, C- 93/71 dispone «la excepción alegada por la República Italiana, si debiese acogerse, se resolvería poniendo a los agricultores de este Estado en una situación más desfavorable de aquella de los agricultores de los demás Estados miembros, y ello contrariando el principio fundamental que prescribe la aplicación uniforme de los reglamentos en toda la Comunidad», FJ 21.

<sup>278</sup> Sobre la atribución no de competencias, sino de su ejercicio, se expresa el Tribunal Constitucional Español en la sentencia sobre el asunto *Apesco* de 21 de marzo de 1991. Será posteriormente comentada.

miembros a la Comunidad, estos han limitado su soberanía (...) y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos<sup>279</sup>».

La aplicación de este cuerpo normativo autónomo a los ciudadanos y a los propios Estados conlleva, por lo tanto, una consecuencia particularmente importante. La autonomía del ordenamiento europeo debe exigir unos mecanismos particulares que aseguren el cumplimiento de sus reglas por parte de sus destinatarios y que impongan su aplicación frente a la voluntad particular de los Estados<sup>280</sup>. La eficacia de las normas del Derecho europeo impone su aplicación frente a la voluntad particular de los Estados, por lo que debe prevalecer sobre la voluntad ulterior de estos, frente a su Derecho particular.

Esta es la lógica que trae consigo la proclamación de la primacía y la eficacia directa, y que convierte a ambos principios en herramientas fundamentales de la autonomía del ordenamiento europeo como ordenamiento supranacional. El poder público atribuido en los Tratados no puede ser refutado a cada momento según la voluntad individual de los Estados, puesto que estos «se han adherido al Tratado en las mismas condiciones, definitivamente y sin otras reservas que las expresadas en los protocolos<sup>281</sup>». El principio de primacía proclamado en la *STJ Costa c. ENEL* se convierte en la piedra angular de la autonomía del ordenamiento europeo y de su eficacia particular frente a los Estados y los ciudadanos.

#### D) Las dimensiones del principio de primacía: limitación del poder, resolución de conflictos normativos y tutela de derechos de los ciudadanos.

Como deduce el TJ la primacía se convierte en clave de bóveda del ordenamiento europeo: tiene una función normativa “fundante” para el orden jurídico europeo, como dijimos al principio.

---

<sup>279</sup> Párrafo 19, *STJ Costa c. Enel*, 15 de julio de 1964: «la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno a favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía». Como expresa breve pero brillantemente LIÑÁN NOGUERAS «si la integración conlleva la atribución de soberanía y la soberanía pertenece al pueblo, ‘tal cesión concierne directamente a los particulares’» en LIÑÁN NOGUERAS D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 3ª edición, 2004, p. 383

<sup>280</sup> CELLOTO, A., *op. Cit.*, “La aplicación interna del Derecho europeo ha necesitado de las herramientas adecuadas para garantizar su eficacia y para que los Estados hayan podido ‘digerir’ los efectos que ello provoca a nivel interno”. La idea de la autonomía del ordenamiento europeo como ordenamiento originario debe ser matizada en este sentido, puesto que como alguna doctrina ha remarcado, una cosa es que el parámetro de validez del derecho comunitario derivado deba ser el propio ordenamiento jurídico comunitario —y no los ordenamientos jurídicos nacionales—, con los tratados constitutivos en la cúspide, y otra muy distinta que éstos se impongan frente a su razón de ser, que no es otra que la cesión de soberanía operada por los Estados miembros al amparo de sus respectivas Constituciones. En este sentido ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2007, p. 195 y ss. También FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario de derecho común...”, *op. Cit.*

<sup>281</sup> *STJ* 22 de junio de 1965, *San Michele*, 9/65, en la que se excluyen por parte del TJ la posibilidad de que el Derecho europeo tenga efectos jurídicos diferentes en cada Estado miembro.

Es una consecuencia de la autonomía del Derecho europeo, pero al mismo tiempo es una garantía de la misma, pues asegura la aplicación uniforme de sus disposiciones en casos concretos. En la afirmación del principio de primacía se entrelazan dos fundamentos esenciales: la autonomía del Derecho europeo, y la garantía de aplicación uniforme en cada caso, la eficacia de cada una de sus disposiciones de manera uniforme<sup>282</sup>.

Podemos por lo tanto asumir que el TJ construye el principio de primacía sobre dos términos intrínsecos.

1. En primer lugar sobre una justificación ontológica, basada en la propia naturaleza del ordenamiento europeo, como corolario de su propia existencia y autonomía. Los Estados miembros han constituido un organismo de naturaleza supranacional para resolver conflictos globales de manera integrada. En los Tratados han creado unas Instituciones y les han cedido parcelas de poder público con el objetivo de regular y controlar determinadas materias de interés común. De este modo las Instituciones europeas ejercen poder público supranacional que, conforme a los objetivos de los Tratados, debe sujetar y vincular a todos los Estados miembros de igual modo, y por ello, los actos normativos de estas Instituciones deben desplegar por sí mismos efectos uniformes en todos los Estados<sup>283</sup>. La propia finalidad y los objetivos de los Tratados, su efecto útil, exigen que las disposiciones europeas sean aplicadas de forma general, uniforme e incondicionada en todos los Estados miembros<sup>284</sup>. Por ello la eficacia y validez de las normas europeas no puede depender

---

<sup>282</sup> El TJ ha querido justificar la primacía del Derecho europeo sobre el nacional precisamente en la necesidad ‘existencial’ del ordenamiento de la Unión de «no contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario», la expresión es literal de la STJ *Tanja Kreil*, FJ 16, de 11 de enero de 2000; igualmente en la STJ *Johnston* de 15 de mayo de 1986, FJ 26. Este parece ser el objetivo esencial de la integración y del principio de primacía como garantía. En doctrina, por todos, me remito a DE WITTE, B., “Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order”, en CRAIG, P., y DE BURCA, G., *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999, pp. 177-210

<sup>283</sup> Esta afirmación deriva del antiguo artículo 249 del TCE y hoy en día se encuentra vigente en los artículos 288 TFUE donde se establece la vinculatoriedad de las normas derivadas de las Instituciones. Obviamente exceptuando con carácter general a las Directivas por su propia naturaleza. Sin ignorar los esfuerzos jurisprudenciales del TJ por garantizar incluso en el ámbito aplicativo de la directiva ciertas garantías para los particulares por cuestiones patológicas en la transposición estatal como bien dispone la STJ 19 de enero de 1982, Becker 8/81 (párrafo 26). La cuestión de la eficacia directa, y concretamente la de las directivas, será estudiada con detalle en un capítulo posterior. Simplemente debemos añadir que la implementación de la directiva (de obligación estatal) ha dado lugar a una extensa literatura que alcanza a la conceptualización de la primacía. Directamente relacionadas con esta cuestión en el ámbito europeo ver la decisión del Consejo Constitucional 2010 – 205 DC de 12 de mayo de 2010 donde establece una extraña procedimentalización de la cuestión prejudicial dando preferencia a la consulta a los órganos constitucionales internos sobre el TJ. Ver en este sentido VECCHIO, F., “La decisione 2010 – 205 DC del Conseil Constitutionnel francese e la decisione C – 188/10 della Corte di Giustizia: il superamento della dottrina Simmenthal e le possibili ricadute sul sistema italiano”, en [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Última consulta el 18 de noviembre de 2010.

<sup>284</sup> El núcleo de la argumentación de *Costa c. ENEL* es la uniformidad. Así en MAYER, F.C., “Supremacy-Lost”, WHI PAPER 2/06, también en DANN, P., y RYNKOWSKI, M., (eds.), *The Unity of The European Constitution*, Springer, Berlin, 2006, pp. 87-96: «The ECJ’s core justifications for the primacy of European law are independence, uniformity and efficacy of Community law». Con claridad lo explica LA PERGOLA: «frente al ordenamiento de la Comunidad, que es uno, existe, en efecto, la pluralidad de los ordenamientos de los Estados miembros. Cada uno de estos últimos coexiste con el ordenamiento comunitario y debe adecuarse a las exigencias del mismo. Tal resultado ha sido en efecto conseguido en todos los Estados miembros, de modo que ha resultado satisfecho un requisito fundamental del

del Derecho de cada Estado, pues de lo contrario la idea de Unión Europea o de Comunidades carecería de sentido<sup>285</sup>. La UE dejaría de existir. Para que las disposiciones de los Tratados, y las que emanan del ejercicio de poder público cedido a las Instituciones, puedan desplegar efectos uniformes se dotan de dos herramientas autónomas, dos principios generales inherentes a la naturaleza supranacional de la UE: la eficacia directa en el ámbito interno y su primacía sobre las normas nacionales.

La primacía juega entonces un papel esencial desde la perspectiva de la naturaleza supranacional del Derecho europeo. Cumple una condición fundamental de naturaleza *político-constitucional*. La primacía es expresión de la elección por un determinado modelo de división del poder: una atribución de poder público a un ente distinto a los sujetos a los que pretende regular, ciudadanos y Estados. La primacía expresa el lugar que ocupan las Instituciones europeas, dotadas de poder público, frente a las instituciones nacionales y sus ciudadanos, y en consecuencia, el lugar que ocupa el Derecho derivado de ellas frente al Derecho nacional. La primacía coadyuva a cumplir una función propiamente constitucional: es expresión, o mecanismo, de la limitación de poder de los Estados en favor de la UE. Manifiesta un determinado modelo de ordenación del poder.

2. Por otro lado, el principio de primacía cumple una función propiamente técnico- jurídica. Es un instrumento de resolución de conflictos normativos en casos concretos. Dado que el Derecho europeo se integra en el ordenamiento estatal es normal que surjan antinomias normativas. Atendiendo al imprescindible carácter vinculante y eficacia uniforme del Derecho europeo en todos los Estados miembros, no puede «prevalecer un acto unilateral ulterior» del Estado sobre el de la UE<sup>286</sup>, por

---

proceso de integración. Si el resultado conseguido ha sido común, queda, como un hecho que las previsiones normativas...y las soluciones jurisprudenciales puedan, naturalmente, variar entre los distintos ordenamientos nacionales. [...] El fenómeno que estudiamos se gobierna por el criterio según el cual la pluralidad y la coexistencia de ordenamientos nacionales, no puede, ni debe obstar al funcionamiento del sistema comunitario considerado en su unidad». En LA PERGOLA, A., *La articulación del Derecho Comunitario y del Derecho interno: la experiencia italiana*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1996, p. 8. También ISAAC expuso «el logro de los objetivos de la Comunidad, la realización de un mercado común, imponen la aplicación uniforme del Derecho comunitario, sin la cual no existe integración. La primacía del Derecho comunitario no proviene, pues, de no se sabe qué jerarquía entre autoridades nacionales y comunitarias, contraria a la base de la construcción europea, sino que se basa en que esta regla debe prevalecer aun so pena de dejar de ser común; y si no es común, deja de existir y no hay más Comunidad» GUY ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, 1991.pp. 175 y ss.

<sup>285</sup>«En una Comunidad, las reglas comunes deben permanecer comunes, lo que, por las propias circunstancias, impide a uno de los miembros de esa Comunidad invocar cualquier especificidad orientada a justificar un tratamiento diferenciado» ver la intervención de PUISSOCHET, J. P., “La primacía del derecho comunitario”, en “La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción”, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de derecho Judicial, Madrid, n. 95, 2007, p. 30. En literatura italiana, para una explicación del problema de la sentencia *Costa c. ENEL* en derecho interno, ver ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Giappichelli, Turín, 1987, p. 127. También TESAURO, *Diritto comunitario*, Pádua, 2005, IV ed., pp. 160 ss.

<sup>286</sup> El objetivo esencial de la Integración europea es la consecución de una “unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”, por lo tanto el paradigma jurídico consiste en la armonización, cuando no, en la unificación, lo que conlleva la necesidad de remover todos los obstáculos que contribuyan a una divergencia y diferencia entre los ordenamientos jurídicos de los EE.MM. La clave se encuentra en la uniformidad aplicativa de las políticas y normativas comunitarias para conseguir la unión. En este sentido la integración debe dotarse de un discurso constitucional similar al de los Estados, si presumimos que la constitución confiere unidad y organiza de forma unitaria el ordenamiento estatal en

lo que la primacía, expresa en un *sentido jurídico*, un principio lógico que determina la norma que ha de aplicarse en preferencia a otra en caso de conflicto entre Derecho europeo y nacional<sup>287</sup>.

---

el mismo sentido deberá afectar este discurso en la consecución del objetivo primordial de la Unión.. AVBELJ, M., y KOMÁREK, J., “Four visions of constitutional pluralism – symposium Transcript”, *European Journal of legal Studies*, 2, n.1, 2008, p. 326 y ss.

<sup>287</sup> La distinción entre ambas perspectivas es de Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ, M. El tribunal Constitucional como máximo intérprete de la constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia. En prensa. Aunque en un contexto jurisdiccional y no teórico dogmático en el que se utiliza aquí. También PUISSOCHET considerando que la primacía es absoluta, sobre la constitución nacional, considera la existencia de una doble vertiente en la primacía compuesta por la unidad de su ordenamiento y su uniformidad aplicativa y por tanto cree que es, desde la perspectiva utilizada por el TJ «no solamente un principio, sino también y sobre todo un postulado necesario par permitirle asegurar aquello que está en el corazón mismo de la misión que le ha sido confiada por los tratados, a saber, asegurar la unidad en la interpretación del Derecho comunitario y la homogeneidad en su aplicación» PUISSOCHET, J. P., “La primacía del derecho comunitario”, en *La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de derecho Judicial, Madrid, n. 95, 2007, pp. 30 y ss. La uniformidad en la interpretación del Derecho es una derivación de la propia unidad del ordenamiento si entendemos que «la unidad obliga a una interpretación del material normativo que permita la adopción de una decisión jurídicamente correcta» en un caso concreto, añado yo. Ver BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual de Derecho constitucional*, op. Cit., p. 97. El principio de unidad al que “aspira” el TJ, como lógica de la Unión y como esencia de la primacía, está compuesto por principios, inspirados en la naturaleza y caracteres propios del ordenamiento europeo, de los que a su vez deriva, estos son: la autonomía del ordenamiento, la eficacia directa, la cooperación leal, y la no discriminación por razón de la nacionalidad (Ver BOGDANDY, A., “The legal case for Unity: the European Union as a Single Organization with a Single Legal System”, *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, pp. 887-910; desde la perspectiva de las CC.EE formadas sobre los Tres pilares derivará una discusión doctrinal que tendrá como finalidad la aplicación en el ámbito de la cooperación intergubernamental de la jurisdicción del TJ y consecuentemente la aplicación de los principios propios de la unidad ordinamental europea del principio de primacía, la cooperación leal, la no discriminación y la eficacia directa, como por ejemplo la sentencia del TJ del asunto *Maria Puppino*, C- 105/03. Ver en este sentido HERRMANN, C. W., “*Much Ado about Pluto? The Unity of the Legal order of the European Union revisited*”, *EUI Working Papers RSCAS 2007/05*). La autonomía del ordenamiento y el carácter obligatorio de sus normas originarias y derivadas (la eficacia directa de las mismas), como hemos visto, han sido deducidos por el TJ de los objetivos pactados por los Estados miembros a través de una interpretación teleológica de los Tratados. Los dos últimos, positivizados en el Derecho originario, han sido utilizados como argumento para la identificación del objetivo de los Tratados y la determinación de la primacía del Derecho europeo sobre el nacional en la propia sentencia *Costa*. La cooperación leal y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, han servido al TJ para reforzar positivamente el carácter de la primacía. El principio de cooperación leal en el cumplimiento de los Tratados y del derecho derivado de ellos ha sido aceptado expresamente por todo Estado miembro mediante el artículo 4.1 del TUE, obligándoles a abstenerse de toda medida susceptible de poner en peligro la realización de los objetivos de los Tratados (Artículo 4.3 TUE dispone que «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión»; ver STJ de 6 de julio de 1982, asunto *Comisión contra Francia, Italia y Reino Unido*, C- 188, 189, 190/80. También STJ de 14 de diciembre de 1971, *Comisión contra Francia*, C- 7/71. Es singularmente importante la STJ de 13 de julio de 1972, en el asunto *Comisión contra Italia*, C- 48/71 en la que, el TJ determina que la cooperación leal comporta la obligación negativa de no introducir obstáculos en la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los estados miembros. Más recientemente el asunto *Fromme*, C- 54/81, de 6 de mayo de 1982, dispone que el artículo 10 TCE (cooperación leal) contiene una norma de aplicación directa, es decir, que no necesita de una norma de derecho derivado que la desarrolle y que si existe no es más que una duplicación). Respecto de las relaciones entre ordenamientos, el TJ ha interpretado que el principio de cooperación leal entraña que la adopción de una norma interna posterior (o la aplicación de normas internas anteriores) contraria a una norma comunitaria supondría la violación de ese compromiso de lealtad. Un Estado que cumpla con su deber de colaboración observará el Derecho europeo, lo aplicará según dispongan las Instituciones y el TJ, y se abstendrá de poner en peligro su eficacia. El principio de no discriminación por razón de nacionalidad (Artículo 2.1 del TUE) finalmente, supone la concreción del objetivo de los Tratados. Podemos entenderlo en un sentido estricto bien desde su vertiente económica, como la equiparación de derechos y deberes de todos los nacionales de Estados miembros en la esfera práctica del mercado común, o desde su vertiente constitucional como el principio y derecho de igualdad de todos los ciudadanos ante las Instituciones de la Unión(Como alega PUISSOCHET, J. P., «El principio de Primacía del Derecho comunitario aparece, desde esta

Desde una perspectiva jurídica vinculada a la aplicación concreta del Derecho europeo, el principio de primacía ha sido concretado como una herramienta de resolución de antinomias normativas conformada por disposiciones nacionales y disposiciones de origen europeo. Desde esta perspectiva, el TJ ya determinó en sus primeras sentencias que, en caso de contradicción entre disposiciones nacionales y disposiciones europeas debería prevalecer la disposición europea conforme al principio de primacía, de manera que se garantizase la aplicación uniforme del Derecho europeo. Las consecuencias de la aplicación preferente respecto de la norma nacional fueron determinadas en algunos casos posteriores a *Costa c. ENEL* en los que el TJ dispuso más concretamente que, el juez nacional tiene la obligación de aplicar la norma europea en salvaguarda de los derechos concedidos a los ciudadanos, por lo que tiene que «inaplicar la norma nacional contraria a una disposición comunitaria con eficacia directa»<sup>288</sup>.

Partiendo de ambas funciones, no puede ignorarse que el principio de primacía ha venido acompañado y vinculado desde su origen al principio de eficacia directa. La cuestión de la primacía se enmarca en las dos Sentencias fundacionales (*Van Gend en Loos* y *Costa*) en litigios en los que un particular invoca una disposición del Tratado en garantía de una pretensión subjetiva. Dado que los sujetos del Derecho europeo, en tanto que ordenamiento supranacional y autónomo, no son sólo los Estados sino también los ciudadanos, el principio de primacía puede cumplir una última función que envuelve las dos anteriores: puede contribuir a garantizar los derechos de los ciudadanos derivados del Derecho europeo. En este sentido expresa, no sólo una determinada función de limitación del poder del Estado, sino también, se envuelve en su dimensión de principio de resolución de conflictos normativos.

El Derecho europeo, como manifestación jurídica, crea derechos y obligaciones para todos aquellos que puedan verse afectados en su ámbito de aplicación,

---

perspectiva, como una regla simple y sana que es sin duda a los Estados miembros, en sus relaciones con las instituciones comunitarias, lo que el principio de igualdad y de no discriminación es a los particulares en sus relaciones con la administración», ver “*La primacía del derecho comunitario*”, en “*La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*”, op. Cit., p. 30.). Puede también entenderse en un sentido más amplio, como razón existencial de la Unión y presupuesto de la primacía: concibiendo que el Derecho europeo no podría existir si se admitiese que cada Estado miembro pudiera, en razón de sus intereses, personificados en sus nacionales, derogarlo o modificarlo unilateralmente. Si así fuera se generaría discriminación entre los nacionales de los Estados miembros, las obligaciones y derechos de los particulares variarían de un Estado a otro a causa de medidas unilaterales de los Estados. La invocación de normas constitucionales (STJ 22 de junio de 1965, San Michele, 9/65) o legales propias de cada Estado frente a la aplicación uniforme del Derecho europeo permitiría a algunos nacionales de los Estados miembros escapar a las reglas comunes y recibir un trato diferente del de los otros nacionales de la Comunidad. De ahí la afirmación del TJ cuando expresa «que el principio de no discriminación no pueda quebrarse sin afectar a la existencia misma de la comunidad» (LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, op. cit., p. 427).

<sup>288</sup> Ver como ejemplos algunas sentencias anteriores a la decisión *Simmenthal* como STJ *Lüick c Hauptzollamt Köln*, C- 34/67, de 4 de abril de 1968; STJ *Molkerei-Zentrale Westfalen*, de 3 de abril de 1968, C-28/67; STJ *Fank c Commission*, C- 48/71, de 13 de julio de 1972; STJ *Lorenz GMBH c. Bundesrepublik Deutschland e.a.*, C- 120/73, de 11 de diciembre de 1973. Con posterioridad a la sentencia *simmenthal* ver la STJ, *The Queen c Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, de 19 de junio de 1990, C- 213/89. Más reciente ver la STJ *Solred*, de 5 de febrero de 1998, C- 347/96; también STJ *Larsy*, de 28 de junio de 2001, C- 258/98.

incluyendo a los nacionales de los Estados, creando, modificando y suprimiendo situaciones jurídicas subjetivas en el ámbito de validez del Derecho interno. Conforme al principio de eficacia directa, los nacionales de los Estados miembros pueden invocar ante los jueces nacionales pretensiones subjetivas directamente fundamentadas en disposiciones europeas, y conforme al principio de primacía los jueces nacionales (y todos los poderes públicos) tienen la obligación de concederles eficacia uniforme y aplicarlas directamente para resolver el caso concreto, especialmente cuando existan normas nacionales contrarias.

Esta dimensión del principio de primacía es la que pretende destacarse en esta tesis. Pero antes es necesario profundizar en el contenido de este principio, pues las múltiples facetas de la primacía del Derecho europeo entrañan innumerables problemas de carácter tanto técnico-jurídico como político-constitucional.

La causa de estos problemas: las carencias democrático-constitucionales del proceso de integración (comentadas en el primer capítulo) impiden que puedan asumirse sin más las consecuencias derivadas del modelo de ordenación del poder que se expresan a través de la primacía. No existe una Constitución normativa supranacional desde la que estructurar, como se hace en los Estados miembros, las relaciones entre ordenamientos (y en consecuencia entre poderes normativos). Ello conlleva que, desde la perspectiva del principio de primacía como instrumento de resolución de conflictos normativos, sus consecuencias (la prevalencia de la disposición europea) no puedan tampoco ser asumidas de manera absoluta.





## 2.2 La doctrina *Simmenthal*: consecuencias jurídicas de la primacía (obligaciones del juez nacional derivadas de la primacía y relaciones entre ordenamientos)

A través de las fuentes del Derecho se manifiesta el poder social y político en las diversas instituciones con capacidad para producir normas<sup>289</sup>. Por ello las relaciones entre fuentes del Derecho se articulan conforme a un modelo de articulación del poder que, en perspectiva constitucional, debe ser manifestación del Estado constitucional democrático de Derecho. Las relaciones normativas entre el ordenamiento europeo y el nacional, se articulan principalmente sobre la base de la primacía del Derecho europeo, pero frente a los déficits constitucionales de la UE, la estructura de tales relaciones se encuentra con lagunas insalvables desde el plano jurídico. Veamos cuál es el contenido de la primacía y cómo se expresa en las relaciones entre ordenamientos.

### A) La doctrina *Simmenthal*: efectos de la primacía

La sentencia del TJ *Simmenthal*, que resuelve el asunto C- 106/77, con fecha de 9 de marzo de 1978, es la consecuencia directa de la aplicación del mandato *Costa c. ENEL*. Aunque es de sobra conocida, creo necesario, a efectos de esta tesis, exponer brevemente los hechos que dieron lugar a la misma.

Como prefacio a este asunto debe señalarse que con anterioridad al mismo un juez italiano había planteado una cuestión prejudicial<sup>290</sup> al TJ en la que preguntaba si los derechos cobrados por la *Amministrazione delle Finanze dello Stato* a la empresa importadora *SpA Simmenthal* en concepto de inspección sanitaria a la carne de bovino — establecidos por ley — eran conformes con el Tratado y el Derecho derivado (concretamente el Reglamento del Consejo 68/805)<sup>291</sup>. El TJ determinó la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho comunitario y recordó el compromiso de los Estados de aplicar “directamente” el Reglamento en todos los ordenamientos de manera uniforme. En consecuencia, el juez nacional estimó que, en

---

<sup>289</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “En el XXV aniversario de la Constitución: las fuentes del Derecho al ordenamiento jurídico y las relaciones entre ordenamientos”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 6, 2003, pp. 211 y ss.

<sup>290</sup> Resuelta por sentencia del TJ de 15 de diciembre de 1976 en el asunto C-36/76.

<sup>291</sup> Reglamento del Consejo 68/805/CEE por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la carne de bovino. Este Reglamento ya había sido protagonista en anteriores decisiones del TJ como en el asunto *Leonesio*, C- 93/71, resuelto por STJ de 17 de mayo de 1972, e igualmente en el asunto C- 35/76, resuelto por STJ de 15 de diciembre de 1976. También el asunto *Marimex*, C- 29/72, resuelto por STJ de 14 de diciembre de 1972. En todas ellas la conclusión del TJ es la misma. El Reglamento entra a formar parte del ordenamiento jurídico nacional, por lo que debe hacerse posible el efecto directo afirmado en el artículo 189 TCEE en el sentido de que los particulares puedan hacerlo valer ante el juez. Por el mismo motivo no puede entenderse que se desfavorezca a unos nacionales frente a otros en su aplicación, por lo que debe aplicarse de manera uniforme en todos los Estados miembros. Por ello, no se admite por el TJ que los poderes públicos italianos consideren que los derechos de los ciudadanos derivados del reglamento deban esperar a su satisfacción a través de una disposición legislativa interna adecuada. (Ver por ejemplo los FF.JJ. 3, 21 y 22 del asunto *Leonesio*, cit.)

coherencia con la doctrina *Costa c. ENEL*, debería resolver haciendo prevalecer la normativa europea sobre la ley nacional.

Es en este punto donde surge la cuestión concreta del caso *Simmenthal*: el Derecho europeo (el Reglamento del Consejo) tiene primacía sobre la ley italiana y, por lo tanto, el juez ordinario italiano debe “no aplicar” una norma con rango legal. El juez nacional debe prescindir de la norma italiana con rango de ley, puesto que así lo impone la jurisprudencia del TJ. Pero el juez ordinario, según el Derecho constitucional italiano y el sistema de fuentes interno, no tiene competencia para ello. Sólo la Corte Costituzionale puede juzgar sobre la inaplicabilidad de las normas internas con rango legal.

La Corte constitucional, a finales de los 70, había asumido la jurisprudencia *Costa*, para ello había establecido en sus decisiones que ante un conflicto de tales características (ley nacional versus Derecho europeo) el juez debería plantear ante la propia Corte una cuestión de inconstitucionalidad de la ley conforme a su sistema de fuentes interno<sup>292</sup>. Por ello el juez italiano que conoce de la demanda de *Simmenthal* frente a la negativa de la Administración italiana de rembolsar los derechos indebidamente percibidos, plantea ante el TJ dos nuevas cuestiones:

---

<sup>292</sup> La Corte Costituzionale italiana había seguido un proceso de continua evolución de su doctrina por el diálogo establecido entre los jueces nacionales y el TJ inaugurado en la sentencia *Costa c. ENEL*. En la Sentencia de la Corte Costituzionale n. 14 de 24 de febrero de 1964, se consideró que el artículo 11 permitía la ejecución del Tratado de una manera “permisiva”, es decir, sin influir en el sistema de fuentes interno, por lo que los Tratados se aplicaban con rango de ley ordinaria. En consecuencia los conflictos entre ordenamientos se resolvían por medio del instituto de derogación cronológica. Tras la STJ *Costa* la Corte Costituzionale cambia su doctrina cronológica y mediante Sentencia n. 183, de 27 de diciembre de 1973, la famosa sentencia *Frontini v. Amministrazione delle Finanze*, asume la primacía de estas, si bien se reserva un ámbito de actuación determinado por los principios fundamentales y las disposiciones constitucionales (en este sentido ver CANNIZZARO, E., “EU Law and national constitution. A pluralist constitution for a pluralist Legal order?”, en Astrid on line, <http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Studi-e-ri/Archivio-2/CANNIZZARO.PDF>, última consulta 16 de diciembre de 2010). En la Sentencia de la Corte Costituzionale n. 232 de 30 de octubre de 1975, (*Sentencia Industrie Chimiche Italia Centrale*), así como en las sentencias n. 205 de 28 de julio de 1976 y n. 163 de 29 de diciembre de 1977 sienta las bases de la doctrina de la identificación de las vulneraciones del Derecho Comunitario por el legislador italiano con infracciones del texto constitucional, en concreto el artículo 11 CI. Esta identificación, ligada al sistema interno del control judicial del sistema de fuentes, conducía a imponer al juez ordinario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cada vez que llegaba al convencimiento de una contradicción de la ley con el Derecho Comunitario; en la medida en que tal contradicción implicaba, según el razonamiento de la Corte, una vulneración de la cesión de soberanía operada en virtud del artículo 11, tal inconstitucionalidad suponía inmediatamente la entrada en juego del monopolio de la Corte respecto de los juicios negativos de constitucionalidad de la ley, activado por el juez ordinario a través del planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Para un acercamiento a ambas sentencias y sobre su superación por la Sentencia de la Corte Costituzionale “*Granital*” ver LA PERGOLA, A., “La articulación del Derecho comunitario y del derecho interno: la experiencia italiana” *op. Cit.*, pp. 30 y ss. Es contra esta doctrina jurisprudencial frente a la que reacciona inmediatamente el TJ con la sentencia *Simmenthal* de 1978. Ver en este sentido ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 20-21. Como expresa Alfonso CELOTTO: «Los recorridos emprendidos por la jurisprudencia italiana han sido tortuosos, incómodos y, en ocasiones, confusos, afrontando una resistencia de base de nuestro ordenamiento nacional hacia una apertura incondicional al sistema comunitario, resistencia que ha complicado no poco el hallazgo de soluciones plausibles para tales contradicciones. Por otra parte, los márgenes de maniobra de los operadores nacionales en la búsqueda de tales soluciones afrontaban una notable limitación de fondo: la exigencia de garantizar la eficacia directa e inmediata de las normas comunitarias, de la que procede inevitablemente su prevalencia sobre las normas internas que sean incompatibles» en “Normas comunitarias y derecho italiano”, *Law Electronic Journal*, n. 15, 2009, p. 73

1. Apuntando previamente la segunda cuestión, el juez italiano pregunta si el Derecho comunitario permite «que la protección de los derechos subjetivos, generados por disposiciones comunitarias ‘directamente aplicables’, pueda ser aplazada hasta el momento de la derogación efectiva por los órganos nacionales competentes<sup>293</sup>» de la ley nacional. Es decir, si debe esperar todo un procedimiento sobre la constitucionalidad de la ley, y la sentencia de la Corte Costituzionale que determine el fin de la ley (previsiblemente su anulación) contrastante con el Derecho europeo, para poder satisfacer el derecho subjetivo y, de ser así, si al aplicar el Reglamento europeo y reconocer finalmente el derecho del particular a la devolución de las tasas debe hacerlo con efectos retroactivos<sup>294</sup>. La cuestión es pues la calidad de la satisfacción del derecho del particular y el problema que una dilación de los diversos procedimientos supondría en tal satisfacción.

2. La primera cuestión, sin embargo, plantea el asunto en términos procedimentales, aunque derivados de la primera. En virtud del artículo 189 (288 TFUE) y la doctrina *Costa c. ENEL* el Reglamento comunitario directamente aplicable debe surtir plenos efectos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y recibir en ellos una aplicación uniforme, con independencia de cualesquiera normas o prácticas internas. Entonces, en esta situación, en contra de la opinión de la Corte Costituzionale, debería cuestionarse que: «¿eventuales disposiciones nacionales (...) en contradicción (...) deben ser (...) inaplicables sin que sea necesario esperar su eliminación por el propio legislador nacional (derogación) o por otros órganos constitucionales (declaración de inconstitucionalidad ...) ?». Puesto que de ser así «hasta que se produzca la declaración de que se trata, [inconstitucionalidad] dado que la ley nacional sigue siendo plenamente aplicable, las normas comunitarias no pueden surtir efecto y, por tanto, su aplicación plena, íntegra y uniforme no está garantizada y los derechos subjetivos generados a favor de particulares no están protegidos<sup>295</sup>».

Como observamos en el asunto *Simmenthal* se encuentran dos argumentos confrontados sobre el significado del principio de primacía.

---

<sup>293</sup> Así lo plantea en la exposición de motivos de los Fundamentos de Derecho, punto 7, cuestión b).

<sup>294</sup> Recordemos que el juez italiano ya había dictado una orden conminatoria ordenando a la Amministrazione delle Finanze que reembolsara los derechos con sus correspondientes intereses, a lo que la Administración se negó. (FJ. 3 del cuerpo de la Sentencia). Sobre los efectos retroactivos de las sentencias del TJ en resolución de las cuestiones prejudiciales me remito a la STJ de 17 de junio de 2003, asunto *Kühne and Heitz*, C-453/00.

<sup>295</sup> Literalmente en la cuestión a) del punto 7 de los FF.JJ. de la Sentencia. Efectivamente la propia doctrina no estaba conforme con esta doctrina, puesto que tenía el defecto de condicionar la aplicabilidad de la norma comunitaria a la intervención de un acto interno del Estado (la sentencia de la Corte constitucional o el acto derogatorio), lo que entraba en contradicción con la doctrina *Costa c. ENEL* y con el artículo 299 TFUE (189 TCEE), en el que se dispone la directa e inmediata aplicabilidad del derecho comunitario. Por otra parte, el deber de esperar a la intervención del juicio de constitucionalidad, retrasaría la aplicación de la normativa comunitaria, llevando a una diferenciación en el tiempo de la eficacia del derecho comunitario en los distintos Estados miembros de la Comunidad y creando a la vez un “límite nacional” a su eficacia. Así lo expone Cfr. CELOTTO, A., “Normas comunitarias y derecho italiano”, op. cit., p. 77. Pero la doctrina italiana es unánime en este sentido, AA.VV., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milán, 1978, en particular las contribuciones de CAPELLI, CAPURSO, LUZZATTO, UDINA y MIGLIAZZA.

Por un lado, la primacía de las disposiciones europeas debería suponer la automática desaplicación por el juez ordinario que conoce del litigio de la disposición nacional a favor de la europea, aplicando esta (que en este caso es un Reglamento del Consejo) para dar cumplimiento a su eficacia directa y al imperativo de uniformidad del ordenamiento europeo. Esta es la idea que se deduce de la jurisprudencia del TJ y que también sostiene el juez nacional que plantea la cuestión<sup>296</sup>.

Por otro lado, según la Corte constitucional, la contradicción con el Derecho europeo de una norma nacional debe entenderse como una vulneración de las competencias normativas cedidas a la Comunidad a través del art. 11 de la Constitución italiana. Por lo tanto, un conflicto de tales características adquiere naturaleza constitucional, es decir, la ley nacional contraria al reglamento europeo vulneraría, indirectamente, el artículo 11 de la Constitución italiana. Esta hipótesis conllevaría, antes de que el juez ordinario resuelva el conflicto, la exigencia del planteamiento de una “previa” cuestión de legitimidad constitucional por vulneración de la Constitución nacional para, de este modo, depurar el ordenamiento interno a través de la declaración de nulidad de la disposición nacional.

La apuesta interna por este argumento reside en que, de este modo, se daría cumplimiento a la primacía y eficacia de la norma europea sin soslayar los imperativos constitucionales internos y el sistema de fuentes italiano, según el cual sólo la Corte Costituzionale puede conocer de la ilegitimidad de las leyes en el sistema de fuentes nacional y determinar su inaplicación<sup>297</sup>. Y es que el juez nacional no puede inaplicar las normas con rango de ley. A éste no se le permite jamás dejar sin aplicar la ley, puesto que el control centralizado de las leyes es un verdadero y propio pilar fundamental de algunos sistemas constitucionales, como el ordenamiento constitucional italiano<sup>298</sup>.

---

<sup>296</sup> Además de ser la doctrina constitucional que en este momento ya se encuentra asentada en otros Estados miembros como Francia. La sentencia *Costa c. ENEL*, a pesar de ser asumida por todos los Estados miembros, *había* sorprendido a todos y dio origen a un continuo posicionamiento de los diferentes jueces constitucionales. El Conseil Constitutionnel francés en su Decisión n. 74/54 de 15 de enero de 1975, se había declarado incompetente para enjuiciar la compatibilidad de la leyes con los tratados internacionales, en tanto que una contradicción entre los Tratados comunitarios y normas internas con rango legal no supondría una contradicción directa del artículo 55 de la Constitución Francesa, por lo que el problema quedaba en manos de la jurisdicción ordinaria y administrativa. Por supuesto, es necesario comprender las peculiaridades del sistema de fuentes francés para atender a esta conclusión.

<sup>297</sup> Artículo 134 y 136 de la Constitución italiana de 1946

<sup>298</sup> Como el artículo 101 de la Constitución italiana señala, “los jueces sólo están sometidos a la ley”. Este principio básico del sistema de derecho se encuentra expresamente en la mayoría de las Constituciones de los Estados miembros, y es un fundamento esencial de los sistemas de fuentes del Derecho occidentales. Ver LA PERGOLA, A., “La articulación del Derecho comunitario y del derecho interno: la experiencia italiana” en Estudios jurídicos internacionales y europeos, Universidad de Granada, 1996, p. 34. que expresa que este fundamento del Derecho positivo italiano muestran otra razón más a favor del dualismo en el que enmarcaba la Corte Costituzionale la relación entre el ordenamiento interno y el internacional, y de esta forma había sido hasta la fecha defendido por los jueces italianos. «Jugaba la preocupación de no caer en las espirales de la opuesta teoría monista». Sobre los diferentes modelos de justicia constitucional Europa y los fundamentos del ordenamiento en el mismo me remito a OLIVETTI, M y GROPPI, T., (ed.), “La giustizia costituzionale in Europa”, Giuffrè, Milán, 2003, espec. pp. 78 y ss. la introducción de GROPPI que expone «il modello europeo di giustizia costituzionale, nonostante la presenza in esso di elementi propri del modello statunitense a seguito Della introduzione del

En la sentencia *Simmenthal* se dirime pues la siguiente cuestión: conforme al principio de primacía ¿deben ser las normas nacionales que contrarían al Derecho europeo inaplicadas por el juez sin esperar una derogación por parte del legislador o una declaración de ilegitimidad por parte del tribunal nacional competente? La cuestión planteada al TJ no es en absoluto trivial. Si el TJ respondiese que la norma debe ser inaplicada según los procedimientos internos de cada ordenamiento ello comportaría que, mientras se diese curso a tal procedimiento, la ley nacional continuaría siendo eficaz en tanto no se declarasen nulas por los tribunales y cortes nacionales, por lo que seguiría surtiendo efectos contrarios a la normativa europea y quebrando el imperativo de aplicación uniforme<sup>299</sup>. Por el contrario, contestar de manera inversa supondría una verdadera intromisión del TJ en un terreno extremadamente sensible para la mayoría de los sistemas de fuentes constitucionales, donde las normas con rango de ley son expresión de toda una verdadera dogmática del constitucionalismo, expresión del principio democrático y la separación de poderes, y por ello adquieren por lo general un régimen jurídico particular dentro del conjunto de las fuentes.

Ante esta disyuntiva el TJ será categórico. Los efectos de las normas europeas deben determinarse exclusivamente desde parámetros comunitarios, justificando su visión del contenido del principio de la primacía desde el ‘deber’ de permitir a las disposiciones europeas ‘desplegar la plenitud de sus efectos, de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda su vigencia’. La autonomía del ordenamiento europeo y el “deber” de aplicación uniforme conducen al TJ a indicar que:

*«las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros no sólo el hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también –en cuanto que estas disposiciones y actos forman parte integrante, **con rango de prioridad**, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros-, el impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias<sup>300</sup> (...) serían incompatibles con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera*

---

controllo concreto, continua a negare ai giudici comuni la possibilità di disapplicare le leggi contrarie alla Costituzione: resta un sistema a privilegio del legislatore», p. 16 y ss.

<sup>299</sup> Fundamento de derecho número 7 de la STJ *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978

<sup>300</sup> Fundamento jurídico 14 de la STJ, *Simmenthal*, cit.

*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 (...) y que, por tanto, 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>301</sup> »*

## B) Primacía y juez nacional

La decisión del TJ responde a su posicionamiento sobre la naturaleza de ordenamiento autónomo del Derecho europeo. En sus fundamentos jurídicos se expresan las tres justificaciones del principio de primacía que hemos analizado en el punto anterior: la justificación ontológico existencial de la UE (político constitucional), la función de resolución de conflictos normativos (técnico jurídica), y la función de garantía de derechos de los ciudadanos.

El primer fundamento utilizado por el TJ dispone la exigencia de que el Derecho europeo (el reglamento) surta efectos de manera uniforme<sup>302</sup> en todos los ordenamientos nacionales. Por tanto, la aplicación de disposiciones nacionales que impidan su eficacia uniforme “equivale a negar, por ello, el carácter efectivo de los compromisos incondicional e irrevocablemente asumidos... y pondría en peligro los propios fundamentos de la Comunidad<sup>303</sup>”: su efecto útil<sup>304</sup>.

En segundo lugar se expone con claridad las bases de la primacía: la autonomía del ordenamiento europeo obliga al juez a conceder eficacia uniforme al Derecho europeo. El deber del juez de aplicar de manera uniforme el Derecho europeo incluye la obligación de inaplicar aquellas normas nacionales contrastantes<sup>305</sup>. Es el juez

---

<sup>301</sup> Párrafos 22 y 24 de la STJ *Simmenthal*. Ver así mismo la STJ de 4 de junio de 1992, asunto *Debus*, C-13/191; STJ de 2 de agosto de 1993, asunto *Levy*, C- 158/91 y STJ de 5 de marzo de 1998, asunto *Solred*, C- 347/96; STJ 8 de junio de 2000, C- 258/98, asunto *Carra*. En España, como se verá el TJ se apresurará a repetir la doctrina por la similitud del sistema jurisdiccional italiano y español, ver STJ *Ford España*, C- 170/88, d e11 de julio de 1989.

<sup>302</sup> Párrafo 14

<sup>303</sup> Párrafo 18

<sup>304</sup> Párrafo 20

<sup>305</sup> Como expone LA PERGOLA «el sistema construido en las sucesivas decisiones de Luxemburgo,...había precisado cómo el criterio de la prevalencia cooperaba junto con el criterio de la eficacia directa en la definición de las relaciones entre el reglamento comunitario y la fuente legislativa nacional interna»... lo que no comporta sólo «la

nacional el que debe dar cumplimiento, en última instancia, al deber de eficacia de las normas de origen comunitario al que se han comprometido los Estados a través de la inaplicación en el caso concreto de la norma nacional contraria a Derecho europeo.

Por último se refiere a que los Tratados (y ahora los reglamentos) son fuente de derechos para todos aquellos a quienes afectan<sup>306</sup>. Por ello, los jueces nacionales “están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional<sup>307</sup>” que sea contraria a aquellos.

El TJ trata de evitar precisamente que la eficacia del reglamento en cuestión en el asunto *Simmenthal* sea determinada en base al ordenamiento interno. Si la finalidad es la eficacia uniforme de la norma europea en todo el territorio de la Comunidad, no puede, por lo tanto, permitirse que el conflicto sea resuelto por la Corte Costituzionale en base a parámetros constitucionales internos. Para ello el TJ, conscientemente, inviste al juez comunitario de poderes comunitarios. Siguiendo a LA PERGOLA, debe destacarse que la decisión del TJ se perfila concretamente entendiendo que si la Constitución italiana autoriza la transferencia de los poderes a la Comunidad, si el Tratado define tales poderes, y si los actos en los que se concreta su ejercicio adquieren en el ordenamiento interno la eficacia atribuida a ellos por el propio ordenamiento europeo, entonces, los jueces nacionales están llamados a aplicarlos colocándose en el punto de vista no ya del Derecho interno, sino de aquél que se constituye mediante la transferencia de los poderes legitimados por la norma constitucional.<sup>308</sup>

La conclusión del TJ es, en definitiva, que el juez nacional, cuando aplica Derecho europeo, es un juez comunitario<sup>309</sup>. Un juez sometido a los parámetros autónomos de eficacia de las normas europeas, obligado a hacer en el ámbito de su

---

uniforme aplicación e interpretación del derecho en toda el área de la Comunidad; sino postula además, como reverso de la directa aplicabilidad de las normas comunitarias, la directa inaplicabilidad de las disposiciones contrarias de la ley interna», en LA PERGOLA, A., “La articulación del derecho comunitario y el derecho interno...”, op. Cit., pp. 33 y 34.

<sup>306</sup> Párrafo 15

<sup>307</sup> Párrafo 21

<sup>308</sup> Ver nota 292.

<sup>309</sup> Ver FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario europeo de Derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, Cuestiones Constitucionales, n.13, 2005, pp. 57 y ss. Igualmente ALONSO GARCÍA, R., El juez español y el derecho comunitario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; ID. “Juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado constitucional”, Conferencia presentada en la Universidad Carlos III de Madrid, del 5 al 7 de septiembre de 2004, en el ámbito del congreso «The national constitutional reflection of European Union Constitutional Reform». También RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y BARQUERO, J., “Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Revista Fundamentos. Cuadernos Monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional, n.4, 2006. MARTÍNEZ SIERRA, J. M., La recepción constitucional del derecho comunitario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, espec. pp. 88 y ss. De todos ellos es destacable la idea de que la doctrina *Simmenthal* y la actitud del juez nacional en la activación del principio de primacía fue recepcionado en España a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 28/1991.



competencia, todo lo que esté en su mano para garantizar la eficacia de la disposición europea y su uniformidad<sup>310</sup>.

El juez nacional actúa, como queda dicho, «como un juez comunitario que excluye de su campo de visión las normas internas, en cuanto pertenecientes a aquel otro y distinto ordenamiento que es el Derecho nacional»<sup>311</sup>. Esta expresión solivianta la estructura y fundamentos de los ordenamientos constitucionales nacionales en dos grandes sentidos:

Por un lado transforma de manera convulsa las competencias de los jueces nacionales. Las normas europeas reciben *ipso iure* el estatuto de derecho positivo en el orden jurídico interno de los países miembros, se integran en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, por lo que son aplicables por el juez nacional en un ámbito de validez común a las normas nacionales pero desde parámetros ubicados fuera del ordenamiento interno, con una validez y eficacia propia. De esta forma, en *Simmenthal*, se erige al juez ordinario en garante del Derecho europeo, se inviste al juez nacional como juez comunitario y se le exige, conforme al principio de primacía, inaplicar normas nacionales con rango legal. Esta potestad, en algunos Estados miembros altera sustancialmente los poderes de los jueces nacionales constitucionalmente establecidos<sup>312</sup>.

Por otro lado, la obligación del juez de conceder eficacia a las normas europeas inaplicando las normas nacionales que resulten contrarias, supone el establecimiento de una especie de “control difuso de comunitariedad” de las normas nacionales a favor de la autonomía y la uniformidad del Derecho europeo. Las normas nacionales pierden ahora eficacia, en determinadas ocasiones, conforme a parámetros

---

<sup>310</sup> De nuevo con LA PERGOLA: «He aquí por qué el juez nacional, vistiendo las ropas de órgano encargado de la aplicación difusa del derecho comunitario, debe, como se resolvió en el caso *Simmenthal* de 1978, no aplicar, cuando es necesario, de propia iniciativa, cualquier disposición nacional, aún posterior, sin tener que esperar su previa remoción por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional», *op. Cit.*, p. 34

<sup>311</sup> Cfr. LA PERGOLA, A., *op. Cit.* p. 38.

<sup>312</sup> Sobre el cambio que supone la primacía sobre las relaciones de sujeción del juez nacional a la ley ver MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p.59. Matizando las ideas de este autor puede verse BALAGUER CALLEJÓN, F., “La constitucionalización de la Unión europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, en GARCÍA HERRERA, M., (Dir), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp.597-600. Sobre la tradición continental europea que exige el sometimiento del juez a la ley ver ZAGREBELSKY, G., *Il Diritto mite: legge, diritti, giustizia*; Turín, Einaudi, 1992. Existe versión en español, *El Derecho dúctil: ley derechos, justicia*; Consejería de Cultura, Madrid, 1995. En España, por ejemplo, la facultad del juez ordinario de inaplicar la ley supone una prerrogativa exclusiva cuando aplica Derecho europeo, ya que esta posibilidad está atribuida sólo a los tribunales preestablecidos, como medida cautelar en el marco de un proceso, en el que se discuta su validez, manteniendo su vigencia, no obstante. La LOTC prevé que los recursos de inconstitucionalidad no suspenderán ni la vigencia ni la aplicación de la disposición normativa o del acto con fuerza de ley salvando la prerrogativa del Gobierno central respecto de leyes autonómicas, y en estas sólo con carácter provisional. Sin embargo, como hemos recalado más arriba, el ordenamiento europeo considera la capacidad del juez ordinario de *dejar inaplicada por su propia autoridad* toda disposición de la ley nacional contraria al Derecho europeo (*STJ Costa c Enel*, 1963; *Factortame*, 1990; *Zuckerfabrik*, 1991) sin que tenga que pedir o esperar a la eliminación de ésta por vía legislativa o judicial. Por ello, es importante determinar hasta qué punto se considera la inaplicación de una norma nacional como bloqueo de efectividad, hasta que punto continúa vigente o si debe ser declarada ilegítima.

establecidos en un ordenamiento autónomo y separado del sistema constitucional nacional, el europeo.<sup>313</sup> Y ello puede conllevar importantes consecuencias sobre la estructuración de las relaciones entre ordenamientos establecidas por el sistema de fuentes constitucional interno, en relación con el Derecho europeo.

En definitiva, con esta decisión, puede interpretarse que el TJ declara implícitamente que la cuestión del conflicto entre normas tiene exclusivo carácter comunitario y que, por lo tanto, no se somete a los parámetros propios del sistema constitucional sino a la naturaleza propia y autónoma del ordenamiento europeo expresada en los Tratados, donde el TJ tiene el monopolio interpretativo<sup>314</sup>. Con esta manifestación, el TJ, no sólo afecta a las competencias propias de la justicia ordinaria interna, sino que provoca una verdadera alteración en la posición de las fuentes constitucionales nacionales, si tenemos en cuenta la relevancia de los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada en la normatividad de las constituciones rígidas, y el papel de éstas como vértice jerárquicamente supraordenado en sus respectivos ordenamientos<sup>315</sup>.

### C) Primacía y relaciones entre ordenamientos

#### C.i) Pluralismo ordinamental y unidad

Como hemos dicho, desde la idea de que «toda norma presupone un poder normativo»<sup>316</sup>, la primacía, en la resolución de conflictos normativos, expresa una preferencia por una determinada concepción de la ordenación del reparto de poder que supone el proceso de integración. En el contexto de las relaciones entre ordenamientos la preferencia que realiza el TJ, a través de la primacía, por el Derecho europeo en caso de conflicto se fundamenta en la propia finalidad del proceso de integración: si

---

<sup>313</sup> Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., Tratado de derecho Administrativo, Iustel, Madrid, 2006, pp. 158 y ss.

<sup>314</sup> Se observa un desafío por parte del TJ frente al juez constitucional. Los propios representantes del Estado italiano alegan en el litigio que la Corte Costituzionale, mediante sentencia de diciembre de 1977, ya habían declarado la ilegitimidad de determinadas disposiciones de la ley 1239 entre las que se encuentra la ahora enjuiciada y que por tanto tales disposiciones habían sido ya suprimidas por efecto de la declaración de inconstitucionalidad. El TJ desestima tal objeción y alega su competencia para conocer del asunto planteado en tanto “no haya sido retirada por el órgano jurisdiccional del que emana”.

<sup>315</sup> No son pocos los Estados miembros que poseen un control de constitucionalidad concentrado como Alemania, Austria, Eslovaquia, Eslovenia, España, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal y República Checa. Para una primera reconstrucción en doctrina española sobre el nexo entre justicia constitucional y supremacía normativa de la constitución me remito al clásico GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Cuarta edición, Civitas, Navarra, 2006 especialmente pp. 209-219. Para una visión más actual ver PÉREZ TREMPES, P., Sistema de Justicia Constitucional, Civitas, Pamplona, 2010, espec., pp. 19-24. No en vano el TJ ya había apuntado con anterioridad la idea del juez nacional como juez comunitario y su deber con la uniformidad del Derecho, quizás nunca de manera tan tajante respecto de normas con rango legal, pero en cuestiones anteriores ya se había afirmado la competencia del juez nacional para determinar «si las normas de Derecho nacional [contrarias a disposiciones europeas con eficacia directa] son anuladas o si son radicalmente nulas (...) o si [el juez] debe aun adoptar otra solución». Ver las sentencias de 4 de abril de 1968, asunto *Ditta Gebrueder Lueck*, C- 34/67 (máxima tercera), y STJ de 3 de abril de 1968, asunto *Molkerei-Zentrale Westfalen*, C 28/67.

<sup>316</sup> BOBBIO, N., Teoría general del Derecho, Ed. Debate, 1991, Pág. 179. Bobbio coparte la idea de Kelsen de la unidad del sistema por el escalonamiento del fundamento de sus normas

los Estados crean un ordenamiento común es para resolver conflictos conforme a reglas comunes que vinculen a todos. Por ello en caso de conflicto entre el Derecho nacional y el Derecho europeo, en una materia atribuida a la Unión, debe prevalecer la disposición común, pues esta es la opción fundamental por la Unión europeo y su Derecho, la resolución de conflictos globales a través de un Derecho común.

Como advierten PRECHAL y ROERMUND, en referencia a las relaciones entre ordenamientos, la finalidad de los sistemas jurídicos es reducir, si no resolver, el conflicto a través de una autoridad. Por esa razón, los diversos elementos del Derecho europeo, como ordenamiento jurídico, deben ser susceptibles de ser considerados como punto último de autoridad que en gran medida sea aceptada por aquellos que están interesados en tener un ordenamiento jurídico común. Por ello, el Derecho en general, y el europeo en particular, requieren de la unidad, o más bien de la percepción de movimiento hacia una (virtual) unidad de todos los agentes que participan del mismo<sup>317</sup>.

---

<sup>317</sup> Cfr. PRECHAL Y ROERMUND, la cita literal es: «law requires unity, or rather the perception of movement towards (virtual) unity by the principal norm-setting agents involved, otherwise a legal order cannot deliver what it promises, namely to reduce, if not to end, conflict by authoritative decision-making. For that reason, its various elements (actions, procedures, roles, players, scenes...etc) should be susceptible to being considered as pointing to final authority... being largely accepted by those who are interested in having a legal order in the first place». Ver PRECHAL, S., y ROERMUND, B.V., “Binding unity in EU legal order: an introduction”, en PRECHAL y ROERMUND (eds.), *The Coherence of EU Law. The search for Unity in divergent concepts*, OUP, New York, 2008, pp. 1-19. De Nuevo nos encontramos con el principio de unidad como clave de bóveda de estructura del ordenamiento europeo. Unidad que se encuentra relacionada con el principio de coherencia en un ámbito de relación entre normas provenientes de diversos ordenamientos donde la primacía impone la regla de aplicación a los actores encargados del correcto cumplimiento de las normas. Para el TJ la primacía es condición indispensable para dotar de unidad al Derecho europeo, y en consecuencia, garantizar la existencia del mismo como ordenamiento autónomo, efectivo, capaz de repercutir sobre los ordenamientos nacionales y de forjar su propia aplicación en el ámbito estatal. La unidad del ordenamiento europeo significa, por tanto, su reconocimiento como ordenamiento autónomo, y se expresa en la aplicación directa y uniforme de sus disposiciones en los distintos Estados sin que pueda ser contravenido por normas nacionales. Por otro lado, la primacía como exigencia de uniformidad aplicativa y de unidad como ordenamiento se demuestra en el propio planteamiento del TJ en la Sentencia *Costa contra ENEL*. Si observamos detenidamente la estructura de la misma, el principio de primacía se afirma en un lugar concreto de los “Fundamentos de derecho”, en la respuesta a las cuestiones suscitadas sobre la aplicación del artículo 177 por el juez nacional, esto es, sobre la cuestión prejudicial. 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 [obligado por la estructura de sus sistema de fuentes], no puede hacer uso del artículo 177». El TJ ha considerado en este punto cuestiones importantes respecto de su propia función como “garante del Derecho”: primero, el TJ no puede aplicar el Tratado a un caso determinado; segundo, el TJ no puede pronunciarse sobre la incompatibilidad de una ley con el Tratado por vía prejudicial, sino solamente sobre la interpretación del mismo; tercero, la separación de funciones entre el TJ y los jueces nacionales no le permite a aquel valorar los hechos, ni los fines de la petición de interpretación. Entonces, ¿Por qué debe ser el TJ el que examine la cuestión y por qué la admite?, la respuesta es fulminante: «Considerando que a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios el Tratado CEE creó un ordenamiento jurídico propio...». El argumento es demoledor. El ordenamiento europeo es un ordenamiento, y además autónomo, que por tanto debe tender a la unidad, coherencia y plenitud, por lo tanto la interpretación del mismo no puede contestarse por cada juez, sino que debe ser uniforme, por ello el procedimiento prejudicial y la competencia del TJ, que en la tendencia de todo ordenamiento a la compleción interprete la literalidad de los Tratados y conforme una interpretación sobre su contenido uniforme, evitando incoherencias internas y externas, entre los Estados Las cuestiones referentes a la división de funciones jurisdiccionales entre TJ y jueces ordinarios, así como la obligatoriedad o preceptividad del planteamiento del artículo 177 TCEE, cuestión prejudicial será tratada en profundidad en la STJ de 27 de marzo de 1963, asunto *Da Costa*, C-28,29,30/62. La importancia del procedimiento incidental de interpretación de los Tratados ante el TJ se sustenta en que todo ordenamiento jurídico debe componer su propia idea de Unidad, pues ella es garantía de dos de sus valores esenciales: la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica. Un ordenamiento como el comunitario, que en la mayor parte de su desarrollo y ejecución responde a fórmulas de descentralización estatal, incluida su tutela jurisdiccional,

El problema reside en que el Derecho europeo se configura como un ordenamiento jurídico autónomo, que se relaciona directamente e integra en otros ordenamientos, también autónomos, como son los nacionales. Cada ordenamiento, los nacionales y el europeo, ostentan un fundamento de validez propio y distinto al de los otros, de aquí su autonomía. Este marco de pluralismo ordinamental requiere de su ordenación sistemática si pretende cumplir con la función propia del Derecho europeo: la resolución de conflictos sociales a nivel europeo. Las normas derivadas de los Tratados y las normas de los ordenamientos estatales pertenecen, *a priori*, a ordenamientos “separados”<sup>318</sup> que deben coexistir sobre el mismo ámbito de validez, por lo que nos encontramos frente a una pluralidad de ordenamientos autónomos que se relacionan inevitablemente y, sin embargo, no pueden reconducirse a una unidad sistemática.

Sabemos que los casos de conflicto entre Derecho comunitario y Derecho nacional se resuelven mediante la aplicación del principio de primacía, que según la doctrina *Simmenthal* supone la preferencia aplicativa de las disposiciones del primero sobre el segundo. Así el TJ ha resaltado el carácter “prioritario” del Derecho europeo.

---

correría un altísimo riesgo de fractura si no existiera una institución comunitaria que marcara pautas comunes para la aplicación y garantía de la normativa europea, así como un procedimiento destinado a poner en marcha esta labor. La cuestión prejudicial de interpretación y de validez son una garantía de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento europeo. Ver en tal sentido CHARRO BAENA, P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Derechos sociales y tutela judicial efectiva en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, nº 57, 2004, p. 545. Ver también BACIGALUPO SAGGESE, M., “El sistema jurisdiccional de la Unión europea en el sistema de garantías”, en LINDE PANIAGUA, E., y otros, “Organización del Estado y la Unión Europea”, *Colex*, 2000, p. 242; También RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “*El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., (Dir.), “El Derecho comunitario Europeo y su aplicación judicial” *Civitas*, Madrid, 1993, p. 385.

<sup>318</sup> Sobre la “separación entre ambos ordenamientos me remito al último epígrafe de este capítulo sobre relaciones de primacía con normas de rango constitucional. Sobre las relaciones de jerarquía entre Derecho derivado de la Unión y normas infraconstitucionales debo decir que la Sentencia *Granital* nos recordará, por ejemplo, que el reglamento europeo ha sido equiparado en doctrina italiana con el rango de las leyes internas, y que por lo tanto ostentan jerarquía sobre los reglamentos o actos de ejecución nacionales. En este sentido ver de nuevo PACE, A., “La sentenza *Granital*, ventitré anni dopo”, *op. Cit.* Igualmente en derecho español sobre las relaciones entre el Derecho europeo y las normas nacionales con rango reglamentario ver ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el derecho comunitario*, Tirant, Valencia, 2003, pp. 99 y ss. En términos generales debe decirse que la idea de separación entre ordenamientos y la negación del principio jerárquico en sus relaciones deriva de la propia sentencia *Costa c. Enel*. El Derecho europeo es un cuerpo normativo directamente aplicable a sus nacionales, ante lo que surge la «imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer una medida unilateral posterior». Por tanto no es aplicable a estas relaciones el principio de la *lex posterior*. En esta sentencia queda advertido que la primacía del Derecho europeo sobre las normas internas tampoco depende del rango de éstas, ya que la primacía opera sobre cualquier texto interno, anterior o posterior, de cualquier clase que sea. Además la eficacia directa de la norma europea rechaza la posibilidad de una visión dualista que implique la producción de ambas normas (la europea y la nacional) por el mismo órgano, y en consecuencia como un sistema escalonado de normas supra y subordinadas en la que la validez de una norma limite la validez de la otra; en definitiva, el conflicto no se puede resolver por el criterio de jerarquía ni por el cronológico como la teoría normativista de la unidad propone. No obstante con WEILER debemos recordar que «a los primeros europeístas les gustaba argumentar que la *Grundnorm*, cristalizada típicamente en el principio de supremacía europea sobre el nacional, había pasado al poder central o general, esto es, a Europa. Esta versión ya no está tan de moda hoy día y recibe cumplida respuesta por quienes señalan que tanto jurídica como fácticamente, la última autoridad reside en los órdenes constitucionales nacionales, que estipulan la Supremacía, definen sus parámetros y normalmente le fijan sus límites» WEILER, J. H. H., “El principio de tolerancia constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea”, en BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.) *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*. Tecnos, Madrid, 2004, p. 108.

Pero este carácter “prioritario” deriva de la autonomía del ordenamiento europeo respecto del ordenamiento nacional. El principio de primacía es clave en las relaciones entre normas nacionales y europeas, pero en sí mismo no permite estructurar de manera general las relaciones entre ordenamientos hacia una (virtual) unidad.

Las normas de cada ordenamiento se relacionan en términos de primacía, pero este principio parece simplemente determinar la “desaplicación” de la norma nacional en la medida en que sea incompatible con la norma europea. El principio de primacía resuelve antinomias normativas, pero aunque supone la clave de bóveda de las relaciones entre disposiciones nacionales y europeas, no permite, en sí mismo, estructurar de manera acabada el pluralismo ordinamental y reconducirlo hacia la unidad, tal y como ocurre en los sistemas nacionales plurales<sup>319</sup>.

La primacía, pese a ser fundamento del ordenamiento europeo y establecer sus relaciones con los ordenamientos nacionales, no puede, por sí mismo, componer la unidad del sistema formado por el Derecho europeo y el nacional. Y es que, este principio, no es parangonable a aquellos otros utilizados en el ámbito interno para estructurar las relaciones entre ordenamientos: básicamente la jerarquía y la competencia.

La estructuración del pluralismo ordinamental en los sistemas constitucionales nacionales responde, básicamente, a los principios de jerarquía y competencia, y se articulan sobre un elemento esencial: una Constitución normativa suprema que encabeza el sistema jurídico. La carencia de una verdadera Constitución en sentido formal que encabece un sistema jurídico europeo impide estructurar hacia la unidad las relaciones entre ordenamientos autónomos.

### *C.ii) Pluralismo ordinamental y Constitución normativa*

La reconducción a la unidad del pluralismo ordinamental, en términos generales, ha sido la cuestión trascendental del constitucionalismo contemporáneo desde el constitucionalismo liberal de finales del siglo XVIII hasta el constitucionalismo normativo del siglo XXI<sup>320</sup>. En los ordenamientos contemporáneos los sistemas

---

<sup>319</sup> Sobre las diversas posturas acerca de la ordenación plural de las relaciones entre ordenamientos constitucionales, me remito de nuevo al debate transcrito y moderado por AVBELJ, M., y KOMÁREK, J., “Four visions of Constitutional pluralism”, op. Cit. Ver también Cfr. ÖHLINGER, T., “Unity of legal system or legal pluralism: the Stufenbau Doctrine in present-day Europe”, en JYRÄNKI, A., (Ed.), National constitutions in the era of integration, Kluwer law, Londres, 1999, p. 163

<sup>320</sup> Ver sobre este desarrollo BALAGUER CALLEJÓN, F., Fuentes del derecho, Vol. I, op cit., pp. 31-54. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Principios de Derecho Administrativo General, Vol I., Iustel, Madrid, 2006, pp. 193-213. DE OTTO, I., Derecho constitucional. Sistema de fuentes, 10ª ed., Ariel, Barcelona, 2007, pp. 11-33. Aunque desde la teoría kelseniana la Unidad ha sido expresada como el ordenamiento jurídico compuesto por normas que no se contradicen [KELSEN, H., Teoría pura del derecho, Porrúa, México DF, 2005, Pág. 218] el propio Kelsen, en los años 60 alteró radicalmente uno de sus postulados esenciales de la “Teoría pura del Derecho”: aunque la lógica debía hacer pensar que dos normas en conflicto no pueden ser simultáneamente válidas, es posible que dos normas contrarias simultáneamente válidas coexistan. Ver KELSEN, H., General Theory of norms, Oxford, 1991, p. 214. Para una evolución

jurídicos plurales se dotan de unidad a través de la Constitución y su normatividad<sup>321</sup>. La normatividad de las Constituciones de la mayoría de los Estados democráticos de Derecho se identifica por su carácter jerárquicamente supraordenado al resto de fuentes del sistema, sus concretas garantías jurisdiccionales y, en ocasiones, por su aplicabilidad directa<sup>322</sup>. El carácter jerárquico de la Constitución es consecuencia de su concepción como norma fundante última hacia la que se reconduce la validez de las disposiciones de todo el sistema aun perteneciendo a una pluralidad de ordenamientos distintos<sup>323</sup>. El carácter normativo de la Constitución y su naturaleza de fuente de validez de todas las disposiciones y normas del sistema, configuran la “supremacía” de la Constitución. Una de las consecuencias de esta supremacía es la determinación de la inconstitucionalidad de toda disposición contraria a la misma —en ocasiones de su nulidad y expulsión del ordenamiento jurídico—, por lo que es el primer elemento de depuración normativa del ordenamiento y de reconducción hacia la unidad, la coherencia y la plenitud de todo el sistema.

La supremacía de la Constitución permitirá reconstruir la unidad de los sistemas jurídicos plurales surgidos en los Estados europeos tras la segunda guerra mundial, que darán lugar a la existencia de una diversidad de ordenamientos jurídicos dentro de un mismo territorio<sup>324</sup>: los Estados descentralizados y las federaciones de Estados. La Constitución, por su posición suprema, se erigirá en centro de imputación de las relaciones ordinamentales que se produzcan dentro su ámbito de eficacia<sup>325</sup>, a través de ella se realizará la reordenación de la pluralidad de ordenamientos.

El reconocimiento del pluralismo y su catalización a través de la Constitución normativa se realizará a través de la valoración de principios que se refieran constantemente a la norma suprema, donde se establecerán las normas sobre

---

comparada e histórica ver BIGLINO CAMPOS, P., *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, CEPC, Madrid, 2007, espec., pp. 27-49. También PIZZORUSSO, A., *Justicia, Constitución y Pluralismo*, cit, pp. 57 y ss. En perspectiva dialéctica se expresa desde el propio final del modelo social del Feudalismo como centralización del poder y unidad según DE CABO, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010, p. 23

<sup>321</sup> A tal efecto, me remito a la obra clásica GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cuarta ed., Civitas, Madrid, 2006

<sup>322</sup> DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 2007, p. 77

<sup>323</sup> Ver por todos DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, op. Cit., pp. 24-25. Igualmente en BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, Tecnos, 2007, Pág. 97. Por último en BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, Vol. II, op. cit., p. 30. ID, “La Constitución y las fuentes del derecho”, en ALVAREZ CONDE, E., (Coord) *Administraciones públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998, pp. 167 y ss

<sup>324</sup> Por todos BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Ed. Debate, 1991, pp. 179 y ss.

<sup>325</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Vol. I, op. Cit., p. 84; ID “Presentación. En el XXV aniversario de la Constitución: de las fuentes del Derecho al ordenamiento jurídico y a las relaciones entre ordenamientos”, *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 6, 2003, pp. 211-215: “El pluralismo va a tener una gran incidencia, desde el principio, en nuestro sistema de fuentes, dando lugar a una diversificación de tipos normativos y, sobre todo, de criterios de estructuración b del ordenamiento”. ID, “Las fuentes del derecho”, en TRUJILLO, G., LÓPEZ GUERRA, L., y GONZÁLEZ TREVIJANO, P., (Dir.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, CEPC, Madrid, 2000, pp. 161 y ss. También, directamente relacionado con la problemática europea, ver, ARNOLD, R., “El Derecho Constitucional Europeo a comienzos del siglo XXI y la Constitución Española”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F., *The Spanish Constitution in the European Constitutional context*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 499-500.

producción jurídica que determinen el reparto de competencias entre los diversos ordenamientos<sup>326</sup>. Este reparto, efectuado por normas sobre producción jurídica determinadas en la Constitución, conlleva (al menos en España) que todo acto normativo producido desde un ordenamiento sin competencia para ello será nulo, contrario a la Constitución. De este modo el *principio competencial* asume relevancia como clave de estructuración de la unidad de un sistema jurídico conformado por una pluralidad de poderes territoriales que se expresan en una pluralidad de ordenamientos jurídicos.

Jerarquía y competencia, son los principios cardinales de estructuración de los sistemas de fuentes constitucionales, que establecen las relaciones entre los ordenamientos reconduciéndolos, por su remisión a la Constitución, a la unidad del sistema jurídico conformado por ordenamientos plurales<sup>327</sup>. Ambos principios estructuran desde el marco constitucional la relación entre ordenamientos, pero a la vez resuelven los conflictos normativos entre disposiciones pertenecientes a ordenamientos diversos reconduciendo los conflictos al parámetro competencial establecido en la Constitución, y determinando normalmente la ilegitimidad de la disposición producida sin competencia<sup>328</sup>.

Si esta es la estructura general de los ordenamientos constitucionales de los Estados actuales, debemos asumir que respecto del ordenamiento europeo no encuentra acomodo. La pluralidad ordinamental de los Estados se reconduce a la Constitución, que se relaciona con cada ordenamiento interno de forma jerárquica, y al mismo tiempo es el centro de imputación de las respectivas relaciones entre los propios ordenamientos al establecer un reparto competencial. Pero el ordenamiento europeo es autónomo, “nacido de fuente autónoma”, y distinto del Derecho internacional y del nacional. En las relaciones entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos constitucionales o estatales no existe una fuente común de validez y

---

<sup>326</sup> BALAGUER CALLEJÓN afirma que “la relación de competencia es una relación internormativa indirecta, basada en un deber de respeto recíproco entre dos normas que se manifiesta a través de la Constitución”, en “Fuentes del derecho, *op. Cit.*, Vol. I., p. 149.

<sup>327</sup> Sobre las posibilidades del principio de primacía en las relaciones entre ordenamientos, como elemento esencial del principio de competencia, véase RUGGERI, A., “Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuriduca (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma”, *Politica e Diritto*, n.2, 1987, pp. 208 y ss. También REQUENA, T., *El principio de jerarquía normativa*, Civitas, Madrid, 2004.

<sup>328</sup> Citando literalmente a BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del derecho*, *op. Cit.*, p. 139 distinguimos: “la jerarquía supone (al menos, en el Estado legal de Derecho) la imposición de una norma en base a su propia fuerza, a una característica inmanente que no requiere de una especial regulación por el sistema jurídico. La competencia por el contrario implica la referencia a una norma sobre la producción jurídica habilitante y exige por ello una remisión al ordenamiento. Competencia y ordenamiento son así conceptos que se implican mutuamente”. Tomás REQUENA, entiende en cambio que el criterio de jerarquía se ha caracterizado por desencadenar un deber de obediencia vertical internormativo. Hay que precisar que aunque la Constitución normativa también encuentra en este principio estructurador la base de su relación con las demás normas, tal relación se identifica en mayor medida con el concepto de Supremacía. Kelsen, no obstante, encontraba grandes semejanzas entre la jerarquía y la competencia ya que la validez de las normas es basada en una NSP que puede considerarse la encargada de determinar la competencia productiva y estas son, al mismo tiempo, normas superiores jerárquicamente. En este mismo sentido ver la obra de T. REQUENA, *El principio de jerarquía normativa*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 83 y ss.

superior a ambos<sup>329</sup>. En tales relaciones la estructura unitaria que la Constitución permitía en el interior de los estados plurales mediante los principios estructurales de jerarquía y competencia, entra en crisis, puesto que no existe un punto supremo al que reconducir la solución de los conflictos entre ambos ordenamientos: no existe una Constitución a nivel supranacional<sup>330</sup>. En las relaciones entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales, debido a que ostentan fuentes de validez diversas y, al no existir una Constitución normativa, se hace muy difícil establecer una adecuada estructuración del pluralismo, y desde esta perspectiva, el principio de primacía se encuentra con grandes dificultades para operar<sup>331</sup>.

#### D) Primacía y Constituciones nacionales: derechos fundamentales, conflicto jurisdiccional y control de validez del Derecho europeo

Como hemos observado, en *Simmenthal*, el TJ define los contornos del principio de primacía. Este principio supone que, ante la contradicción entre una disposición nacional y una europea, el juez nacional debe aplicar esta última.

---

<sup>329</sup> ÖHLINGER, T., “Unity of legal system or legal pluralism: the Stufenbau Doctrine in present-day Europe”, op. cit., p. 169, considera que la primacía plantea problemas de relaciones entre ordenamientos que se desarrollan fuera de la esfera de la teoría jurídica tradicional. Efectivamente se encuentra fuera de la teoría jurídica tradicional de los Estados, donde se conforman “sistemas constitucionales” integrados conformados por una pluralidad de ordenamientos que apuntan como lugar común de unión entre ellos a una constitución que los sistematiza. Observemos la crítica del prof. REQUENA a la cuestión de la Unión Europea como un sistema conformado por ordenamientos plurales (comunitario y estatal): “Es verdad que la Unión es una entidad política, y en cierta medida, se dice que es una entidad política superior, pero -y esto es lo trascendental- todavía no hay nada que merezca tal nombre en correspondencia con la suma de la Unión y los Estados [un sistema]. Es posible que a esto quepa reprochar que responde a la poderosa influencia del perjuicio estatal la que expresa los rasgos de unidad, coherencia y plenitud que se piensan al aludir a la idea de sistema (...) Expresado en otros términos, que conciernen a la idea misma de Constitución (...) no puede decirse que el Derecho Comunitario sea un ordenamiento originario y los ordenamientos estatales ordenamientos derivados (...) La causa de ello es precisamente que respecto de los Derechos nacionales y el de la Unión Europea no puede hablarse de una Constitución común, que sea verdaderamente tal y que ocupe la cúspide de un sistema normativo” en REQUENA, T., “El principio de jerarquía normativa”, Civitas, Madrid, 2004, pp. 83 y ss.

<sup>330</sup> Javier TAJADURA considera que “el principio jurídico de supremacía constitucional se impuso sobre todas las normas jurídicas, incluyendo las normas internacionales” y que “la subordinación de las normas internacionales a la constitución es un dato que no se puede poner en cuestión” TAJADURA, J., “Constitución y democracia en la unión Europea”, en TAJADURA, J., y DE MIGUEL, J., (Coord), Justicia Constitucional y Unión Europea, CEPC, Madrid, 2008. Sin embargo, la doctrina entiende que desde un punto de vista monista pueden reconstruirse las relaciones entre Derecho interno y Derecho internacional de muy diversas formas, situando en lo más alto de la pirámide el derecho doméstico o el Derecho internacional ÖHLINGER, T., “Unity of legal system or legal pluralism: the Stufenbau Doctrine in present-day Europe”, op. cit.

<sup>331</sup> Para una distinción de las diversas reconstrucciones de las relaciones interordinamentales me remito a ITZCOVICH, G., “L’interpretazione del diritto comunitario”, *Materiali per una Storia Della Cultura Giuridica*, 38, n.2, 2008, pp. 42-49. De nuevo sobre la metodología plural de reconstrucción de las relaciones entre ordenamientos constitucionales ver AVBELJ, M., y KOMÁREK, J., (Eds.), “Spaces of Normativity. Four Visions of Constitutional Pluralism – Symposium Transcript”, op. cit. Como clave de la reconstrucción en el ámbito de la protección multinivel de los derechos fundamentales me remito a PERNICE, I., “La costituzione integrata dell’Europa”, *WHI PAPER*, 7, 2003; igualmente a PERNICE, I., y KANITZ, R., “Fundamental Rights and Multilevel constitutionalism in Europe”, *WHI PAPER*, 7, 2004. No obstante aun podemos decir con el profesor Francisco BALAGUER CALLEJÓN que en el actual estadio de transición en que nos encontramos [y decimos “aun” y “actual” conscientemente, puesto que a pesar de la aprobación del Tratado de Lisboa la provisionalidad del ordenamiento jurídico europeo no es sino expresión de su carácter dinámico y flexible] existe una carencia de reglas precisas que regulen las relaciones entre los ordenamientos estatales y el comunitario, ver BALAGUER CALLEJÓN, F., “La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, en GARCÍA HERRERA, M. A., (dir.) *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1999, pp. 592 y ss.



Pero también hemos observado una idea novedosa desde la perspectiva del Derecho nacional, que se impone desde fundamentos europeos. El Juez nacional debe actuar como juez comunitario.

El principio de primacía exige que el juez nacional efectúe un control de comunitariedad de las normas internas y garantice la aplicación uniforme de las disposiciones nacionales. Para ello, desde un punto de vista nacional, el juez debe dejar de aplicar normas internas (incluso con rango legal) contrarias al Derecho europeo de manera instantánea, sin someterse a los procedimientos nacionales para el control de la legitimidad de las normas y la depuración del ordenamiento.

Dada la imposibilidad actual de que las relaciones entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento de los Estados se reconduzcan hacia una unidad sistemática, la primacía supone la utilización por el juez de un parámetro de control de la eficacia de las normas nacionales situado en un ordenamiento externo y separado del sistema constitucional interno. Es decir, los ordenamientos nacionales, tras la doctrina *Simmenthal*, asumieron que los jueces ordinarios pudiesen determinar la eficacia de las normas internas, incluso la inaplicación, conforme a parámetros radicados en el ordenamiento europeo.

Las consecuencias de *Simmenthal*, del principio de primacía, fueron aceptadas de forma generalizada por los Estados, pero no sin reservas. La lógica de la primacía deriva, como hemos visto, de la interpretación de los Tratados, de la fuente de validez del Derecho europeo. Pero, debido a que se trata de relacionar ordenamientos separados con fuentes de validez diversas, para que la potestad del juez nacional como juez comunitario tuviese cabida en el ordenamiento constitucional interno, los Tribunales constitucionales tuvieron que construir la base jurídica de esta potestad del juez desde criterios internos. Era necesario fundamentar los efectos de la primacía desde disposiciones constitucionales. Esta base jurídica interna de la primacía, en ocasiones, chocó con las pautas del TJ, pues al construirse ahora la idea de eficacia del Derecho europeo desde la Constitución nacional se puso de nuevo en peligro la principal función del principio de primacía: la aplicación uniforme del Derecho europeo.

Las afirmaciones sucesivas de las Cortes nacionales y del TJ, denominado por la doctrina “diálogo entre tribunales”, se centraron en dos elementos fundamentales: dónde situar el fundamento último de la primacía (en las Constituciones nacionales o en los Tratados), y en consecuencia, cuál era el tribunal competente para determinar,

en última instancia, el alcance de la eficacia del Derecho europeo en el ámbito nacional<sup>332</sup>.

#### D.i) Primacía frente a disposiciones constitucionales

Desde la lógica de la inaplicación de la disposición nacional a favor de la europea, tal y como sostuvo el TJ en la Sentencia *Costa c. ENEL*, la primacía expresaba «que 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 esta...»<sup>333</sup>. La irrelevancia, para la actuación del principio de primacía, del ‘tipo’ o ‘rango’ de la norma nacional que entra en conflicto con la disposición europea planteó, desde el inicio, el problema de la oposición de normas de rango constitucional con disposiciones europeas, especialmente las de carácter derivado. ¿Debería el juez nacional inaplicar también las disposiciones constitucionales en favor del Derecho europeo?

Efectivamente, desde los propios orígenes de las Comunidades Europeas, la cuestión de las relaciones entre Derecho constitucional nacional y Derecho derivado de las Instituciones comienza a plantearse en términos conflictivos.

Ya en el marco de la aplicación del Tratado CECA surgen los primeros litigios. Determinadas decisiones de la Alta Autoridad (Comisión) sobre la concesión de la explotación y distribución del carbón fueron recurridas ante el TJ por los particulares interesados (recurso de anulación<sup>334</sup>) alegando en ocasiones la nulidad de las mismas por su contradicción con disposiciones constitucionales internas. Así, en los asuntos *Nold* y *Stork* de 1959<sup>335</sup>, por ejemplo, precisamente se observa el requerimiento, por determinadas empresas distribuidoras de carbón, de la anulación de las decisiones de la Alta Autoridad que les excluían de la comercialización mayorista de tal producción. Las sociedades recurrentes exigían la anulación de tales decisiones alegando su incompatibilidad con determinadas disposiciones del Tratado CECA, pero

---

<sup>332</sup>A modo introductorio sobre los diversos conflictos surgidos en torno a la relación entre ordenamientos y los problemas planteados sobre las competencias de los tribunales respectivos puede citarse la *Editorial* de *European Constitutional Review*, n.3, 2007, pp. 177-181, titulada “Constitutional Identity and the European Courts”.

<sup>333</sup> Ver el Décimo considerando de la STJ *Costa c. ENEL*, *cit.* Con más dureza se expresa el TJ en la STJ de 6 de mayo de 1980, en el asunto *Comisión c. Bélgica*, C- 102/79, FJ. 15: “un Estado miembro no puede alegar dificultades internas o disposiciones de su ordenamiento jurídico nacional incluso constitucional para justificar la falta de respeto a las obligaciones y plazos resultantes de una norma comunitaria”.

<sup>334</sup> El recurso de Anulación permitía su planteamiento por particulares en aquellas situaciones en que estos se viesen afectados de manera directa e individual por un acto derivado de las Instituciones de las Comunidades Europeas (que por aquel entonces se resumía en la Alta Autoridad o Comisión) dictado en violación de los Tratados, (que por entonces se refería en exclusiva al Tratado CECA). Esta posibilidad se encontraba recogida en el artículo 33, párrafo segundo del TCECA: « Las empresas o las asociaciones contempladas en el artículo 48 podrán interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones y recomendaciones individuales que les afecten o contra las decisiones y recomendaciones generales que estimen que adolecen de desviación de poder por lo que a ellas respecta».

<sup>335</sup> SSTJ 4 de febrero de 1959, asunto *Stork*, n. 1/58 y de 20 de marzo de 1959, asunto *Nold I*, n. 18/57.

especialmente por su oposición con concretas disposiciones constitucionales de la Ley fundamental de Bonn y de sus respectivos Länder.

En aquellos primeros pronunciamientos sobre la cuestión ya puede distinguirse un inicial posicionamiento del TJ sobre las relaciones entre disposiciones europeas y disposiciones constitucionales internas, ofreciendo las primeras pinceladas sobre la idea de la autonomía del Derecho europeo. El TJ se limitó en ambos asuntos a advertir que, si bien le correspondía garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados no era, sin embargo, competente para pronunciarse sobre la compatibilidad del Derecho derivado con normas nacionales:

*«este Tribunal... por regla general no debe pronunciarse sobre las normas nacionales, que por consiguiente, no puede entrar en el examen del motivo basado en que, al adoptar la Decisión, la Alta autoridad ha vulnerado ciertos principios de Derecho constitucional alemán»<sup>336</sup>.*

La posición del TJ es, pues, que el control de validez de las decisiones de la Alta Autoridad debe observarse exclusivamente en relación a los Tratados, con independencia de su contraste a la luz del Derecho interno. Se afirmaba que el Derecho interno no supone un parámetro de validez para juzgar la legitimidad del Derecho comunitario y viceversa, ni siquiera cuando este tiene rango constitucional. El carácter inicial de la autonomía del Derecho derivado respecto del Derecho nacional tenía una naturaleza absoluta.

La autonomía inicial pretendida por el TJ entre ambos ordenamientos no pudo mantenerse más allá de mediados de los años 60<sup>337</sup>, puesto que, como es obvio, las decisiones *Costa* y *Van Gend en Loos* añadieron a tal afirmación connotaciones mucho más drásticas para la ordenación constitucional de los sistemas estatales. La afirmación de la primacía y la aplicación directa del Derecho europeo no podía ser ajena a la posición mantenida por el TJ respecto de las disposiciones constitucionales, más aun cuando entraban en juego disposiciones de rango constitucional que contenían derechos fundamentales; pues de aceptar la orientación inicial, quedarían preteridos por la aplicación directa y preferente de disposiciones europeas.

---

<sup>336</sup> Tal y como se expone en el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia *Stork*. Así lo consideraba la Alta Autoridad en el asunto *Nold* «que las disposiciones del Derecho interno de los distintos Estados miembros, incluso las de una Ley constitucional, no forman parte de las disposiciones sobre cuya aplicación ejerce su control el Tribunal», opinión que mantuvo el TJ al no entrar ni siquiera a considerar tal argumento de los demandantes (punto D y E de la Sentencia). Igualmente el Abogado General LAGRANGE en las Conclusiones presentadas en el asunto *Stork* al considerar que la Alta Autoridad actuó correctamente: «Es evidente, por otra parte, que la referida Institución carecía de competencias para pronunciarse sobre la validez del acuerdo desde el punto de vista del Derecho interno (legislación nacional o normativa de ocupación) con arreglo al cual se concluyó».

<sup>337</sup> Aun en la STJ *Marcello Sgarlata* de 1965 se hizo caso omiso al carácter constitucional de la cuestión y se centró en elementos exclusivamente comunitarios para fundamentar su decisión, tales como la existencia de un derecho al recurso por incumplimiento y la afectación directa e individual al particular por el acto de la Institución europea. STJ 1 de abril de 1965, asunto *Marcello Sgarlata y otros*, n. 40/64.

Efectivamente, los tribunales constitucionales reaccionaron frente a la monopolización por el TJ de la competencia sobre la validez del Derecho europeo, asumiendo un espacio competencial propio en tales asuntos y marcando límites internos a la eficacia del Derecho europeo, límites que relativizaban la autonomía del ordenamiento europeo y su primacía.

La Corte Costituzionale italiana, por ejemplo, en el asunto *Acciairie San Michele* de 1965<sup>338</sup> hizo una primera distinción sobre la eficacia de las normas europeas frente a normas internas ordinarias y aquellas de rango constitucional<sup>339</sup>. En este asunto, un tribunal ordinario italiano planteó una cuestión de inconstitucionalidad contra determinadas disposiciones del Tratado CECA<sup>340</sup>. El juez italiano consideraba que la aplicación de los Tratados que establecían la exclusiva competencia del TJ para juzgar la validez de los actos de la Alta Autoridad y para suspender su eficacia ejecutiva, colisionaban con los principios fundamentales de la Constitución italiana que atribuyen la tutela judicial efectiva a jueces y tribunales ordinarios nacionales<sup>341</sup>. El juez constitucional, realizando un auténtico control sobre la compatibilidad entre el Tratado y la Constitución italiana, consideró que no existía contradicción. Pero aun así destacó dos elementos importantes de las relaciones entre ordenamientos: primero, aceptó la idea de la autonomía del ordenamiento europeo respecto del ordenamiento infraconstitucional interno, y por tanto la competencia exclusiva del TJ; sin embargo, consideró que la eficacia de las disposiciones europeas en el ámbito interno no podían tener un carácter incondicionado, pues la Constitución imponía límites, entre los que destacaban los derechos fundamentales e inalienables de la persona, que no podrían ser ignorados (remitiendo al artículo 2 de la Constitución italiana)<sup>342</sup>.

---

<sup>338</sup> Sentencia de la Corte Costituzionale n. 98, de 16 de diciembre de 1965.

<sup>339</sup> Para un extraordinario análisis del proceso Italiano de aceptación de la primacía me remito a CELOTTO, A., "Italia", en TAJADURA, J., y DE MIGUEL, J., (Coord), Justicia Constitucional y Unión Europea, CEPC, Madrid, 2008, pp. 217 y ss.

<sup>340</sup> Las disposiciones del Tratado contrarias son concretamente el art. 33.2 (sobre las condiciones de afección directa impuestas a los particulares para interponer recurso de nulidad), 41 (que reserva el pronunciamiento de la validez del derecho derivado al monopolio del TJ mediante cuestión prejudicial) y 92.2 (sobre la ejecución forzosa de las Decisiones) del Tratado CECA.

<sup>341</sup> Las disposiciones constitucionales que presuntamente contraria el Tratado CECA son concretamente los artículos 102 y 113 de la Constitución italiana ("La función jurisdiccional será desempeñada por magistrados ordinarios instituidos y regulados por las normas relativas al ordenamiento judicial. No podrán instituirse jueces de excepción ni jueces especiales". Y respectivamente "contra los actos de la Administración Pública se dará siempre la protección jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante cualesquiera órganos judiciales ordinarios o administrativos. Dicha protección jurisdiccional no podrá quedar excluida o limitada a medios determinados de impugnación o para determinadas categorías de actos. La ley especificará los órganos jurisdiccionales con facultad para anular los actos de la Administración Pública en los casos y con los efectos previstos por la ley misma").

<sup>342</sup> La Corte Costituzionale, observa concretamente: «La C.E.C.A., avendo lo scopo di coordinare alcune iniziative economiche svolgentisi nel territorio di più Stati, compone un ordinamento del tutto distinto da quello interno; il quale ha riconosciuto l'ordinamento comunitario, non per inserirlo nel suo sistema, ma per rendere in questo operante la cooperazione internazionale che é nei suoi fini, e per delimitare i casi in cui ha effetti interni l'attività che gli organi della comunità sono legittimati a svolgere nella cerchia della rispettiva competenza. Non si nega che codesti effetti vanno determinati senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale; questo diritto é tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne é fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848». La Corte Costituzionale parece dejar abierta la puerta a controlar la eficacia de las normas comunitarias cuando estas vulneren, de forma genérica, el artículo 2, según el cual "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora

También, en 1963, un juez ordinario alemán, planteó una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA), al considerar que el régimen comunitario sobre impuestos de compensación agrícola contrariaba principios esenciales de la Ley fundamental de Bonn<sup>343</sup>. El juez alemán había ignorado la competencia exclusiva del TJ en el control de validez del Derecho europeo y prescindió del planteamiento de la debida cuestión prejudicial de validez. La tensión creada por el juez se saldó con una ordenanza de inadmisión de la demanda por parte del TCFA cuatro años más tarde negando su competencia en la resolución del conflicto, y reduciendo el problema a una cuestión ordinaria de aplicación del Derecho. No obstante, como había hecho la Corte italiana, el Alto tribunal se reservó en el futuro su competencia para intervenir en el caso de una posible y verdadera lesión de los *derechos* constitucionalmente garantizados por el Derecho europeo<sup>344</sup>.

Las afirmaciones de ambos tribunales suponía, por un lado, el reconocimiento de la competencia del TJ para controlar la legitimidad del Derecho europeo derivado conforme a los Tratados. Pero al mismo tiempo, no renunciaban a su competencia como guardianes y garantes del sistema constitucional interno reservándose su posible intervención en caso de vulneración de derechos y principios constitucionales. Esto suponía un reto a la formulación del TJ sobre al autonomía del Derecho europeo. Esta dialéctica jurisprudencial, inauguró lo que en doctrina ha venido en llamarse la concepción de los límites a la integración europea, o doctrina de los “contralímites”<sup>345</sup>,

---

como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social”.

<sup>343</sup> En concreto la incompatibilidad del régimen comunitario de impuestos de compensación en materia agrícola y las disposiciones constitucionales sobre la separación de poderes, vulneraría los artículos 20.2, 3 y 4 de la LFB (“Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho. Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso”). La vulneración de la división de poderes se basaría en el relevante papel del Gobierno alemán en la producción del Derecho derivado europeo, tal y como expusimos en el capítulo anterior.

<sup>344</sup> Ver la Ordenanza de reenvío al TCFA por parte del *Finanzgericht* de Renania Palatinato de 14 de noviembre de 1964, y la contestación del *Bundesverfassungsgericht* 22, 134, *Re tax on Malt Barley* de 5 de julio de 1967. Esta posición fue confirmada por la ordenanza del mismo tribunal *BVerfGE*, 22, 293, *Verordnungen* de 18 de octubre de 1967, en la que se reconoció la primacía y eficacia directa del Derecho comunitario pero sin carácter absoluto, puesto que se exceptúan los derechos fundamentales. En doctrina ver ALTER, K., HERMIDA DEL LLANO, C., *Los derechos fundamentales en la Unión europea*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 167. Sobre la evolución en ambos Estados me remito a RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. G., “*El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”, *Revista de Derecho Comunitario*, 1997, pp. 330-331. Del mismo autor “*Tribunales constitucionales y Derecho Comunitario*” en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo* (Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco), Tecnos, Madrid, 1993.

<sup>345</sup> Término expresado por primera vez por BARILE, P., “Il camino comunitario della Corte di Giustizia”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, pp. 2406-2429. Para su definición y problemática constitucional y un análisis de los contralímites en los diversos estados de la Unión me remito a CELOTTO, A., y GROPPPI, T., “Derecho UE y derecho nacional: Primauté vs. contralímites”, en CARTABIA, M., DE WITTE, B., PÉREZ TREMPES, P., (Dir.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 287-365. Igualmente GROPPPI, T., “La Primauté del Derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado”, *ReDCE*, n.5, 2006, pp. 225 y ss.

que ha ido perfilándose sobre la base del conocido “diálogo entre tribunales” inaugurado desde los años 70<sup>346</sup>.

Con esta doctrina los Tribunales constitucionales advertían la existencia de límites a la eficacia interna del Derecho europeo, límites derivados de las Constituciones nacionales. Ello significaba que la base jurídica de los efectos del Derecho europeo en los ordenamientos domésticos se encontraba en sus propias constituciones, la atribución competencial que caracteriza al orden comunitario se realizaba desde las constituciones nacionales, por lo tanto la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno encontraba fundamento en las disposiciones constitucionales de atribución competencial a las Instituciones europeas, y en consecuencia, las Constituciones podían actuar en ocasiones como parámetro, al menos, de la eficacia del Derecho europeo en el ámbito nacional<sup>347</sup>. En base a este razonamiento, los tribunales constitucionales podrían admitir a trámite, en el futuro, cuestiones relativas a la validez de las normas europeas cuando se presumiese una vulneración de sus Constituciones.

La simple posibilidad de que los Tribunales constitucionales pudiesen conocer de los conflictos entre Derecho europeo y Derecho constitucional suponía un acicate para el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad por los jueces ordinarios. Y ello podía derivar en que los jueces ordinarios dejasen de plantear la cuestión prejudicial de interpretación y validez ante el TJ en preferencia de los mecanismos internos de control de constitucionalidad, como en el caso alemán. El TJ observa el peligro de tal práctica, no sólo sobre la concepción autónoma del Derecho europeo, sino especialmente sobre la exigencia de uniformidad existencial en la aplicación del Derecho europeo. Esta situación podría conducir a contrariar la esencia de la eficacia uniforme.

---

<sup>346</sup> Como sabemos, la gráfica expresión del “diálogo entre Tribunales” que ha configurado los caracteres de la integración, y concretamente de la centralidad de los derechos fundamentales y el principio de primacía como lugar de encuentro y desencuentro en la jurisprudencia del TJ y de la jurisdicción constitucional de los estados miembros, pertenece a PANUNZIO, S. P., un ejemplo en “I diritti fondamentali e le Corti in Europa”, en PANUNZIO, I diritti fondamentali e le Corti in Europa, Nápoles, Jovene, 2007, pp. 1 y ss. Utilizado comúnmente por la doctrina, ver también CARTABIA, M., “El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia”, Revista española de Derecho europeo, n. 22, 2007

<sup>347</sup> Los ordenamientos comunitarios y nacionales son distintos, entendiéndose el primero como “parcial” y el segundo como “general”, si bien los segundos se encuentran “condicionados” por el segundo. Debe subrayarse, por tanto, que la previsión del poder de desaplicación de las normas internas por obra de la primacía del Derecho europeo, incluso aquellas de naturaleza legislativa, se recondujo en ambos casos al artículo 11 de la Constitución italiana y al artículo 24 de la Ley fundamental de Bonn. Por tanto, como se verá en la descripción del derecho interno del próximo capítulo, el poder de desaplicación, en opinión de los tribunales constitucionales, se ha fundamentado siempre en la propia constitución y en las cláusulas constitucionales que permiten atribuir soberanía a las Comunidades y no en los propios Tratados, por lo que no debe estipularse la desaplicación como una premisa de “superioridad” o “generalidad” del ordenamiento comunitario, como dispone PACE, A., “La Sentenza Granital, ventitrè anni dopo”, en Studi sulle integrazione europea, n.3, 2007. Igualmente lo afirma SORRENTINO, F., Profili costituzionali dell’integrazione comunitaria, Giappichelli, Turín, 1196, pp. 13 y ss., ID, “Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive”, en Quaderni Regionali, 2006, p. 628.

En este diálogo está en juego la construcción de las relaciones entre ordenamientos, y se sitúa sobre la aclaración de tres elementos. Por un lado la cuestión de la necesaria garantía de los derechos fundamentales en el ámbito supranacional, su papel en la progresiva integración europea. Por otro lado, el alcance de la eficacia de las disposiciones europeas y del principio de primacía. Y por último, el corolario, sino el fondo del asunto, se resume en la delimitación de las competencias del TJ y los tribunales constitucionales de los EE.MM, en tanto que órganos competentes para interpretar las normas “supremas” en cada ordenamiento. Concretamente la construcción doctrinal de un ordenamiento autónomo y uniforme a través del monopolio interpretativo y el control de validez concentrado en el TJ, y el celoso ejercicio de las funciones de los tribunales constitucionales nacionales, a los que necesariamente se les planteaba el control de constitucionalidad de las normas europeas aplicadas por las administraciones nacionales en vulneración de sus cartas fundamentales nacionales<sup>348</sup>.

#### D. ii) La garantía de los derechos fundamentales en la UE

Ciertamente, hasta este momento, los Tratados habían sido considerados desde su naturaleza meramente económica, y ello se expresaba en el silencio absoluto en los mismos sobre la cuestión de los derechos fundamentales. En el marco de tal silencio, y frente a la presión ejercida desde los Estados en torno a las garantías de los derechos fundamentales, tuvo que ser el TJ el que desarrollara de forma pretoriana la cuestión de su protección. Como expone BALAGUER CALLEJÓN, el TJ decide asumir la tarea de defender los derechos fundamentales por sí mismo y tendrá que “determinar los límites de la aplicación del Derecho comunitario cuando éste colisiona con derechos fundamentales de los ciudadanos comunitarios. De ese modo, el TJ se acerca necesariamente a los derechos fundamentales sin que pueda dejar la función de definir los límites del derecho comunitario a las instancias jurisdiccionales nacionales (para garantizar el desarrollo unitario del ordenamiento comunitario que exige una interpretación unitaria realizada por el TJ)<sup>349</sup>”.

Esta decisión trascendental para la naturaleza de la integración nos conduce a la paradigmática Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970, asunto C- 11/70. En ese asunto dos tribunales nacionales alemanes (*Verwaltungsgericht de Frankfurt* y el *Hessische Verwaltungsgerichtshof*) plantean al TJ diversas cuestiones prejudiciales con las que cuestionan la legalidad de dos

---

<sup>348</sup> CÁMARA VILLAR, G., “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, op. cit., p. 14

<sup>349</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional”, ReDCE, n.1, 2004. Del mismo autor debe destacarse “La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, en GARCÍA HERRERA, M. A., (Dir), El constitucionalismo en la crisis del Estado social, Universidad del País Vasco, 1997. ID, “Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 69, 2003.

Reglamentos del Consejo y la Comisión<sup>350</sup> que regulan la OCM de los cereales. En ambas fuentes comunitarias se imponía la expedición de un certificado de exportación e importación de determinados productos elaborados a base de cereal. La expedición de dicho certificado se encontraba, sin embargo, supeditada al depósito de una fianza que, en caso de no realizarse tal operación de importación o exportación, perdía el titular. Respecto de lo que nos interesa en este momento, las cuestiones planteadas por los jueces alemanes ofrecían dudas sobre la legitimidad de los Reglamentos comunitarios en consonancia con el principio de proporcionalidad dispuesto en la Constitución alemana<sup>351</sup>, principio según el cual no se pueden imponer a los ciudadanos, para una finalidad de interés general (controlar las importaciones y exportaciones en la OCM del cereal), más que las obligaciones estrictamente necesarias para alcanzar la misma. Los tribunales nacionales consideraban que la imposición del depósito de fianza terminaba por constituir una sanción contra los que no pudiesen efectuar finalmente la im/exportación, siendo por tanto una herramienta desproporcionada al fin perseguido. Como el Abogado General DE LAMOTHE concluyó, basar la ilegalidad del reglamento comunitario en el derecho fundamental alemán a la proporcionalidad de los actos del poder público planteaba inmediatamente una cuestión previa: la de “averiguar la *fuerza jurídica* de la que saca su fuerza [el derecho a la proporcionalidad] para poderla alegar contra un acto de las autoridades comunitarias”<sup>352</sup>.

Los tribunales alemanes disentían entre ellos sobre la respuesta final. Por un lado podía considerarse que los actos comunitarios no podían infringir de ningún modo las disposiciones constitucionales de los Estados miembros, por lo que debían ser invalidadas, basando la fuerza de la invocación del principio de proporcionalidad en la propia Constitución nacional, lo que terminaba por situar a la Constitución nacional en una posición particularmente superior al Derecho europeo, deshaciendo la doctrina de autonomía del TJ y el principio de primacía<sup>353</sup>. Por otro lado, podía considerarse que la fuente jurídica del principio de proporcionalidad no se situaba en la Constitución nacional, sino en “el Derecho no escrito de la Comunidad, en los principios generales del Derecho Comunitario<sup>354</sup>”, evitando de este modo un conflicto entre la Constitución Federal y el Reglamento comunitario.

El Abogado General consideró oportuno recordar la jurisprudencia del TJ por la que se establecía que la legalidad de un acto comunitario no puede estimarse en relación con una ley nacional, aunque tenga rango constitucional, por causa de la

---

<sup>350</sup> Concretamente se impugnan el art. 12 del reglamento n° 120/67/CEE del Consejo de 13 de junio de 1967, sobre organización común de los mercados de cereales; y el art. 9 del Reglamento n° 473/67/CEE de la Comisión de 21 de agosto de 1967, relativo a los certificados de importación y de exportación para los cereales.

<sup>351</sup> Deducible de la relación de los artículos 2 y 12 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.

<sup>352</sup> De esta forma resume el concepto del principio constitucional de proporcionalidad el Abogado General DE LAMOTHE, D., en las conclusiones presentadas en el asunto C-11/70 el 2 de diciembre de 1970. Ver la parte II de las Conclusiones, referida a las cuestiones de legalidad interna.

<sup>353</sup> Esta es la postura del *Verwaltungsgericht Frankfurt*.

<sup>354</sup> Posición propuesta por el *Hessische Verwaltungsgerichtshof*.



específica naturaleza autónoma del ordenamiento europeo<sup>355</sup>, y propuso al TJ acoger el segundo fundamento del juez alemán sobre la *fuerza* del principio constitucional de proporcionalidad sobre el Derecho comunitario, considerándolo como un principio general de Derecho europeo, extrapolando al conflicto planteado entre Derecho derivado y Derecho constitucional nacional la solución apuntada por el propio TJ en la decisión *Stauder* de un año antes<sup>356</sup>.

El TJ asumió los postulados del Abogado general recordando la jurisprudencia *Costa y Van Gend en Loos*, según la cual “al Derecho nacido del Tratado (al derecho derivado del mismo), surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario”. En este sentido reafirmó la doctrina *Stork y Nold I* “considerando que el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad, tendría por efecto menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho comunitario”. Como consecuencia directa de la naturaleza autónoma del ordenamiento europeo llegó a la conclusión determinante de la nueva doctrina *Internationale Handelsgesellschaft*:

*«que la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado»*<sup>357</sup>.

Puesto que debía evitarse la oposición directa entre disposiciones constitucionales y el Derecho europeo, para evitar la desnaturalización de la autonomía del orden europeo, y la toma de decisiones desiguales por parte de los tribunales nacionales según sus respectivas constituciones, la opción necesaria era examinar si no se había infringido ninguna “garantía análoga”, pero desde el propio TJ y desde una base jurídica “inherente al Derecho comunitario”. Por ello el TJ dictaminó:

*“en efecto, la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal*

---

<sup>355</sup> Doctrina asentada en la STJ *Costa c. ENEL*, cit., y especificada en el ámbito de la legalidad e los actos comunitarios en la SSTJ *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft* y otros *c. Alta Autoridad*, C- 36,37,38,40/59; y *Stork c. Alta Autoridad*, cit.,

<sup>356</sup> Ver la STJ *Erich Stauder c. Ville d’Ulm Sozialamt*, de 12 de noviembre de 1969, C- 29/69. En esta decisión el TJ apuntó la protección de los derechos fundamentales como competencia propia, sobre la base de que el principio de proporcionalidad alegado como derecho fundamental de la Constitución alemana vulnerado por las Instituciones europeas, constituía también un principio general de Derecho comunitario, tal y como había sido utilizado en diversas ocasiones por el TJ en sus sentencias. En resumen, el TJ dispone en esta ocasión que “la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza este Tribunal”, Fundamento de derecho n. 7.

<sup>357</sup> Ver el Fundamento de Derecho 3 de la STJ *Internacional Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, de 17 de diciembre de 1970, C-11/70.

*de Justicia; 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*<sup>358</sup>”

La solución era pues examinar la legalidad de los actos comunitarios garantizando los derechos fundamentales, para evitar un conflicto con las constituciones nacionales, pero *desde dentro* del ordenamiento europeo en tanto que autónomo. Así surge de la mano del Tribunal de Justicia la piedra angular de la constitucionalización material del ordenamiento europeo: la inclusión de los derechos fundamentales como parte integrante del Derecho europeo en forma de «principios generales del derecho».

Esta doctrina, perfeccionada en diversas decisiones del TJ<sup>359</sup>, estipula los derechos fundamentales por medio de las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» y las disposiciones de los diversos instrumentos de protección internacional de los derechos, con especial relevancia del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa firmado en Roma en 1950 (CEDH), instrumento de carácter internacional cuya ratificación es condición previa para la entrada en la Unión.

#### D.iii) Primacía como fundamento de la protección de los Derechos Fundamentales por el TJ

Debe subrayarse que el discurso que conduce a la consagración de los DD.FF. como principios generales del Derecho comunitario mantiene los postulados de la

---

<sup>358</sup> *Ibidem*, ver el Fundamento de Derecho 4. La explicación del Abogado General en sus Conclusiones puede ser muy esclarecedora. A la cuestión de si la imposibilidad de examinar la legalidad de los actos comunitarios mediante disposiciones constitucionales de garantía de derechos significa que estos no tengan valor en el ordenamiento comunitario responde: “no, ciertamente contribuyen a formar el sustrato filosófico, político y jurídico común a los Estados miembros, a partir del cual se deriva de manera pretoriana un Derecho comunitario no escrito, una de cuyas finalidades esenciales es precisamente garantizar el respeto de los derechos fundamentales del individuo. En este sentido los principios fundamentales de los Derechos nacionales contribuyen a permitir al Derecho comunitario encontrar en sí mismo los recursos necesarios para garantizar, en caso de necesidad, el respeto a los derechos fundamentales que forman el patrimonio común de los Estados miembros”

<sup>359</sup> Iniciada en la STJ *Erich Stauder c. Ville d’Ulm, Sozialamt*, cit. Continúa en esta sentencia expuesta arriba y en la Sentencia *J.Nold, Coleen-und Baustoffgrosshandlung c. Comisión de la CEE*, Asunto 4/73 de 14 de mayo de 1974, en la que el TJ dispone “al asegurar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados. Los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros pueden aportar también indicaciones que se deben tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario”. En *Liselotte Hauer C. Land Rheinland-Pfalz*, de 13 de diciembre de 1979, Asunto 44/79, se dispone que “la cuestión de una posible violación de los derechos fundamentales por un acto de una Institución comunitaria sólo puede ser apreciada en el marco del propio Derecho Comunitario. Establecer criterios particulares de apreciación a partir de la legislación o del ordenamiento constitucional de un determinado Estado miembro iría en contra de la unidad material y la eficacia del Derecho comunitario”. Igualmente la STJ *National Panasonic (UK) c. Comisión*, de 26 de junio de 1980, C- 136/79: “los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”.

doctrina *Simmenthal*. Parte precisamente de la exigencia de no oposición de ninguna norma nacional que pueda menoscabar la autonomía del ordenamiento europeo y su aplicación uniforme, ni siquiera de rango y fuerza constitucional.

Como se ha subrayado, el problema de la relación entre disposiciones constitucionales (a menudo derechos fundamentales) y actos europeos, yace en los efectos que estos pueden tener frente a aquellas. La reacción de los tribunales tras las sentencias *Nold* y *Stork* coincide con la construcción del principio de primacía y de efecto directo, por lo que la protección de los derechos y la garantía de los mismos por el TJ se convierte en “piedra angular” de la efectiva aceptación de la primacía del Derecho europeo por los Estados y, en consecuencia, de la uniformidad en la aplicación del mismo. Lo que nos interesa en este punto de nuestra exposición es que, pese a la importancia de la construcción de los DD.FF. como parámetro interno de validez de los actos de las Instituciones, en esta construcción jurisprudencial, lo que trataba esencialmente de reafirmarse sobre bases sólidas era el principio de primacía, primacía que podía ser puesta en cuestión por el entendimiento y el tratamiento jurídico que correspondía a los derechos desde la perspectiva constitucional interna. El análisis de la jurisprudencia citada conduce a constatar que en ella el «lenguaje superficial» es el de los derechos fundamentales, pero «su estructura profunda» responde netamente a la idea de la primacía<sup>360</sup>. Es por tanto la necesaria conciliación entre este principio y el intento de evitar un conflicto insuperable con los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros lo que lleva al TJ a asumir el control de los DD.FF. como principios generales del Derecho europeo, al formar parte de la tradición del constitucionalismo común a los Estados<sup>361</sup>.

---

<sup>360</sup> WEILER, J., “Methods of protection: towards a second and Third generation of protection”, en CASSESE, A., CLAPHAM, A., y WEILER, J., (Eds.). *Human Rights and the European Community: Methods of protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, Pp. 555 y ss. También SICILIA OÑA, B., *Derechos fundamentales y Constitución europea*, Ararteko, Vitoria, 2006, p. 28. El riesgo de deformidad en la aplicación del Derecho europeo y la relativización de la primacía es denominada como “reestatalización” del ordenamiento comunitario por CHUECA SANCHO, A., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 74-76. Monserrat Pi Llorens, expone que: «[es] poco razonable pensar que el TJ no fuese consciente de la importancia del tema de los derechos fundamentales. Probablemente la preocupación del TJ por defender la autonomía del Derecho comunitario en un momento en que el principio de primacía no estaba consolidado, explique mejor por qué se mostró cauteloso en este tema y no recogió las consideraciones apuntadas por los abogados generales en aquel momento», consideraciones que decían encontrar en el Derecho “escrito” de la Unión suficientes argumentos para proteger derechos fundamentales expresos y concretos. PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 23. Especialmente ver CÁMARA VILLAR, G., “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, op. cit., p. 16

<sup>361</sup> Es precisamente desde el descubrimiento de esta tradición del constitucionalismo en Europa de donde comienza a surgir la doctrina del “Derecho constitucional común europeo” y desde donde nace toda la teoría de la constitucionalización del ordenamiento comunitario. AZPITARTE SÁNCHEZ nos da la definición de Derecho Constitucional Común Europeo y nos propone algunas críticas al proceso de legitimación del Derecho europeo a través de su expresión jurisprudencial que no sólo reconoce la protección de los DD.FF., sino también valores democráticos y la cuestión de la legitimidad. No en vano, debemos señalar que el TUE de Lisboa, recoge y amplía lo dispuesto en los anteriores TUE y TCE sobre los valores democráticos con los que reconstruir la legitimidad del poder público europeo, me remito al trabajo de SCHMITTER, P., “Making sense of the EU: Democracy in Europe and Europe’s democratization”, *Journal of Democracy*, n. 71, 2003, pp. 75-79. Centrado en el Tratado de Lisboa ver CHALMERS, D y MONTI, G., “European Union Law. Updating Supplement”, Cambridge University Press, 2008, pp. 11-15. Sin duda alguna la posibilidad de hablar de la constitucionalización de la Unión Europea se debe a que en ella se encuentra un sustrato constitucional proporcionado por lo que hemos llamado en doctrina Derecho constitucional europeo (Häberle) gracias a

Será precisamente el trasfondo de la primacía lo que impedirá que, a pesar de la construcción *Internationale Handelsgesellschaft*, el debate entre jueces y tribunales pueda contemplar una solución definitiva desde la óptica de la relación entre ordenamientos. La cuestión sigue siendo si el parámetro de validez del Derecho derivado comunitario se limita al Derecho europeo en tanto que autónomo, o si la aplicación directa y prevalente del Derecho derivado puede en determinadas circunstancias contrastarse con las constituciones nacionales. Es decir, si los tribunales constitucionales pueden entrar a valorar la legitimidad del Derecho derivado europeo cuando contrasta con la Constitución nacional para proteger la normatividad y supremacía de las disposiciones constitucionales.

La cuestión de fondo es que pese a lo positivo del control de los derechos fundamentales por parte del TJ, los tribunales constitucionales podían considerarlo como una intromisión en su ámbito competencial. Al mismo tiempo que se refuerza la primacía de los actos y normas europeas, minimizando el riesgo de impedimentos domésticos a la aplicación uniforme del Derecho europeo, se definen los ámbitos competenciales entre el control del TJ y de los jueces constitucionales de los Estados sorteando la posibilidad de que estos últimos pudiesen entrar a conocer sobre la validez del Derecho europeo aplicando como parámetro los derechos fundamentales, el Derecho constitucional propio. Se impone entonces el control de validez del mismo exclusivamente desde el Derecho comunitario y por el TJ<sup>362</sup> reforzando su autonomía respecto de los ordenamientos nacionales.

Esta decisión, desde el punto de vista interno, suponía un incremento no querido de las competencias y poderes de la Comunidad. Incremento de competencias que hacía patente que los Tratados no sólo contemplaban materias económicas sino que los actos europeos desplegaban su eficacia sobre materias no expresamente atribuidas y con un alto “contenido valorativo”<sup>363</sup>. La difícil delimitación de las competencias

---

que los estados firmantes de los Tratados se encuentran estructurados a través de constituciones normativas. Este Derecho constitucional europeo se forma así por los textos constitucionales de los EE.MM (y aquellos entes autónomos dentro de los Estados), los textos internacionales de carácter regional (CEDH), las disposiciones propias que estructuran el ordenamiento de la Unión y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

<sup>362</sup> Así se dispone especialmente en la STJ *Liselotte Hauer*, cit. “En tales circunstancias, las dudas manifestadas por un órgano jurisdiccional acerca de la compatibilidad de las disposiciones del acto de las Instituciones de las Comunidades con las normas sobre la protección de los derechos fundamentales, formuladas en relación con el Derecho constitucional nacional, deben entenderse en el sentido de que cuestionan la validez de dicho acto en relación con el Derecho comunitario”. E igualmente en las Conclusiones del Abogado General CAPOTORTI presentadas en el mismo asunto el 8 de noviembre de 1979, se observa que : “sobre la base de estas premisas procede rechazar la idea de que se puede recurrir a los órganos jurisdiccionales nacionales de rango superior en lugar de al Tribunal de Justicia para obtener la protección de los derechos fundamentales frente a las Comunidades, en especial cuando aprecien violaciones resultantes de la actividad normativa comunitaria, corresponde exclusivamente al juez comunitario garantizar esta protección dentro del marco de sus competencias: la uniformidad de la aplicación del Derecho comunitario y su primacía frente a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros no deben verse amenazadas por la intervención de jueces nacionales cuando se trata de determinar la conformidad o no conformidad de las disposiciones comunitarias a los principios que rigen los derechos humanos”, Fundamento 7.

<sup>363</sup> El consenso alcanzado respecto del principio de primacía se desvanecía, sin duda, cuando los conflictos se suscitan con disposiciones de rango constitucional por su alto contenido “valorativo”, como lo califica CANNIZZARO,

comunitarias presagiaba una potestad para producir normas que desplazase a disposiciones sobre prácticamente cualquier materia, por lo que era urgente limitar determinadas materias desde el Derecho nacional, y dejar claro qué materias no se habían atribuido a las Instituciones.

Los Tribunales constitucionales europeos (empezando por el alemán y el italiano) analizaron la configuración jurídica comunitaria desde la teoría constitucional estatal, terminando por concluir que en el ámbito europeo no existía un sustrato o un fundamento constitucional suficientemente democrático que permitiese el desplazamiento de la regulación nacional sobre materias que, por su contenido imprescindible para los sistemas constitucionales, seguían un procedimiento especial, un procedimiento de producción que garantizase un suficiente consenso democrático. Esencialmente esto hacía problemática la comprensión de la primacía como desplazamiento de normas de rango constitucional, no sólo en el ámbito de los derechos fundamentales, sino en relación con principios y valores básicos de los sistemas constitucionales democráticos y el Estado de Derecho.

#### *D.iii) Conflicto y diálogo entre jurisdicciones*

La construcción de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo como principios generales del Derecho, pese a ser trascendental en la constitucionalización de su ordenamiento, no disipaba todas las carencias democrático-constitucionales que suscitaba la construcción europea. Los tribunales constitucionales dudaban, en suma, que la atribución competencial realizada a favor de la Comunidad a través de sus propias constituciones fuese ilimitada. De entenderse así la producción normativa de las Instituciones podría exceder hasta ámbitos de

---

E., *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità*, Quaderni Fiorentini, num. 31, Vol. I, 2002, pp. 245 y ss. Este autor considera que tienen alto contenido valorativo aquellos conflictos entre una disposición europea y una disposición de rango constitucional, por el valor supremo y normativo de las mismas. La aplicación del principio de primacía en tales situaciones, como es voluntad del TJ, parece adquirir un cariz que supera su naturaleza de principio de resolución o conflictual (en la que hay consenso) y “juega” con valores e intereses fundamentales, de carácter *político-constitucional*, naturaleza que no es aceptada por los Tribunales y Cortes Constitucionales europeas cuando la resolución del caso pueda significar una disfunción del normativismo de sus constituciones respectivas por la no aplicación de las mismas, una quiebra del carácter supremo de la Constitución. Como advierte Javier TAJADURA el principio jurídico de supremacía constitucional es uno de los tres principios básicos del constitucionalismo contemporáneo (junto al principio democrático y al liberal –garantía de los derechos y libertades frente al Estado-) es, precisamente la traducción jurídica del principio político democrático, y su imposición sólo ha sido alcanzada tras un largo proceso de evolución histórica del constitucionalismo. La supremacía constitucional, una vez asumida, se impuso sobre todas las normas jurídicas, incluyendo las normas internacionales independientemente de la adscripción monista o dualista de la tradición de su ordenamiento: “la subordinación de las normas jurídicas internacionales a la Constitución es un dato que no puede ser puesto en cuestión”, ver TAJADURA, J., “Constitución y democracia en la Unión Europea”, en TAJADURA, J., y DE MIGUEL, J., (Coord), *Justicia Constitucional y Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2008. Debe decirse que la negativa a la aplicación del principio de primacía por los tribunales constitucionales, en escasas ocasiones se apoya en «un nacionalismo retrógrado, en el miedo a la pérdida de soberanía, ni en un estatismo superficial de los Tribunales constitucionales, sino que en verdad es expresión de la salvaguarda de la dignidad de la persona y del Estado constitucional», ejemplificados en la lógica de la garantía de los derechos fundamentales. Respecto de las negativas a una integración federalista ciega me apoyo, salvando la transposición temática, en KOTZUR, M., *Federalismo, Regionalismo y descentralización local como principios del espacio constitucional europeo*, ReDCE, num. 1, Enero-junio de 2004, p. 56.

naturaleza político-constitucional, y por la eficacia particular de las normas europeas (primacía y eficacia directa) podría llegar incluso a afectar a ámbitos y caracteres identitarios del Estado constitucional<sup>364</sup>. Esta problemática, que ha sido expuesta con detenimiento en el primer capítulo de esta tesis, permitía a nivel político insistir en la limitación del poder de las Instituciones en relación a los poderes constitucionales estatales, y desde un punto de vista jurídico permitía insistir en la relativización de la primacía del Derecho europeo frente a determinadas materias de carácter constitucional. Lo que se planteaba era la concreción de determinados límites a la integración y a la eficacia de las disposiciones europeas derivada de las carencias del proceso de integración.

Sobre esta base debe entenderse la sentencia *Frontini* de la Corte Costituzionale n. 183 de 1973. El asunto presentado ante el juez constitucional dos jueces italianos (de Turín y Génova) plantean sus dudas sobre la constitucionalidad interna de determinados reglamentos de regulación de la OCM del cereal, al confrontarse con el artículo 23 de la Constitución nacional que establece la reserva de ley de las “imposiciones de prestaciones de carácter personal o patrimonial” por los poderes públicos<sup>365</sup>. Según los tribunales que plantean el incidente procesal, si se entendiese que los reglamentos comunitarios se encuentran exentos de las obligaciones impuestas en la Carta magna nacional (la reserva de ley) se estaría reconociendo a la Comunidad un poder de legislar sobre cualquier materia que se considere al efecto del cumplimiento de sus objetivos, sin que se ofrezcan las garantías adecuadas que la Constitución italiana considera respecto de determinadas materias<sup>366</sup>. Entender de este modo el reglamento se correspondería con una visión de la limitación de soberanía permitida en el art. 11 a las Comunidades equiparable a un cheque en blanco frente a las garantías y principios constitucionales básicos del Estado, y esencialmente frente a una concepción constitucional de la democracia<sup>367</sup>.

---

<sup>364</sup> De gran ayuda la exposición de DE MIGUEL BÁRCENA, J., “Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa federal”, consultado en: [www.acoes.es/congresoVIII/documentos/JosuDeMiguelBarcena.pdf](http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/JosuDeMiguelBarcena.pdf), última consulta el 27 de diciembre de 2010. Igualmente CARTABIA, M., “El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia”, *Revista española de Derecho europeo*, n. 22, 2007.

<sup>365</sup> Ambos tribunales ordinarios coinciden en que la imposición de tales prestaciones patrimoniales vulneran a su vez las garantías constitucionales establecidas para la elaboración de las leyes en los artículos 70 a 77.

<sup>366</sup> Ver el *Ritenuto in fatto* de la Sentencia n. 1, en el que se recoge: “Osserva inoltre il tribunale che la stessa previsione di un'attività normativa comunitaria, di contenuto così ampio, quale quella contemplata dall'art. 189 del Trattato di Roma, introdurrebbe una amplissima deroga alla disciplina dettata dagli artt. 70 e segg. della Costituzione in tema di formazione delle leggi, riconoscendo alla Comunità il potere di legiferare praticamente su qualsiasi materia essa ritenga utile per l'assolvimento dei suoi compiti, senza che nei confronti dei regolamenti sussistano le garanzie che la Costituzione italiana dà nei confronti delle leggi ordinarie dello Stato: il rispetto delle forme di promulgazione e di pubblicazione, la possibilità di promuovere il referendum abrogativo la possibilità di sollecitare il controllo della Corte costituzionale. Appare pertanto non infondato il dubbio se siffatta limitazione della sovranità nazionale, che introduce uno strumento di produzione normativa sopranazionale, idoneo ad incidere direttamente in ogni campo e senza precisi limiti sui diritti dei cittadini, intaccando eventualmente anche i diritti fondamentali dei cittadini e i principi fondamentali di struttura dello Stato, possa ritenersi consentita dall'art. 11 della Costituzione”

<sup>367</sup> En el Fundamento de Derecho 3º de la Sentencia, la Corte resume que las consideraciones de los tribunales interpretan que “L' art. 189 del Trattato di Roma comporterebbe non tanto limitazioni di sovranità quanto «una inammissibile rinuncia alla sovranità, ovvero una modifica della stessa struttura costituzionale fondamentale del nostro Stato»”.

La Corte Costituzionale en la sentencia emitida el 27 de diciembre de 1973, dejó clara su aceptación de la naturaleza autónoma del ordenamiento europeo, decisión que se traducía en la visión de las relaciones entre este y el ordenamiento doméstico como «sistemas jurídicos autónomos y distintos, aunque coordinados<sup>368</sup>». El punto clave se encuentra en el reconocimiento de que la integración tiene carácter constitucional y se expresa en el artículo 11<sup>369</sup>. El artículo 11 es pues el fundamento del ordenamiento “autónomo” europeo. Por lo tanto aludía a las garantías propias que ofrecían tanto la Constitución como los propios Tratados respecto del procedimiento normativo, equiparando estas con aquellas (participación por la Asamblea y participación del Gobierno nacional en el Consejo, publicación en el Diario Oficial de la UE, etc...). Entre estas garantías enfatizó la competencia del TJ para realizar el control de validez del Derecho derivado conforme a los derechos de los particulares (recordando la sentencia *San Michele* y aceptando la doctrina *Internationale*). Por ser ordenamientos distintos cada uno procedía de acuerdo a sus propias garantías y, reconociéndose la protección de los derechos fundamentales como principios de Derecho comunitario, la Corte italiana, concluyó que las garantías ofrecidas en ambos ordenamientos, aunque distintas, eran parangonables, por lo que no había lugar a declarar la ilegitimidad del reglamento comunitario conforme a la Constitución: «parece difícil configurar incluso en abstracto la hipótesis de que un reglamento comunitario pueda incidir en materia de relaciones civiles, ético-sociales, o políticas mediante disposiciones contrastantes con la Constitución italiana<sup>370</sup>», decía la Corte.

Pese a este voto de confianza, no puede ignorarse que la Corte Costituzionale volvía a realizar un control sobre la compatibilidad del Derecho europeo y la Constitución nacional, partiendo de que el fundamento de la eficacia del ordenamiento europeo en el ámbito interno se encontraba en el artículo 11, y determinando que la limitación de competencias soberanas del Estado a favor de las Comunidades no podía ser absoluta, sino que debía contemplar unas garantías adecuadas y comparables a las de un Estado constitucional: «debe por tanto excluirse que tales limitaciones, concretamente puntualizadas en el Tratado de Roma — firmado por países cuyos ordenamientos se inspiran en los principios de Estado de derecho y que garantizan las libertades esenciales de los ciudadanos —, puedan sin embargo comportar para los órganos de la CEE un inadmisibles poder de violar los principios fundamentales de

---

<sup>368</sup> Fundamento de Derecho 7º

<sup>369</sup> En el Fundamento 4º concretamente se expone que: “la legge 14 ottobre 1957, n. 1203, con cui il Parlamento italiano ha dato piena ed intera esecuzione al Trattato istitutivo della C.E.E., trova sicuro fondamento di legittimità nella disposizione dell'art. 11 della Costituzione, in base alla quale "l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni", e quindi "promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo". Questa disposizione, che non a caso venne collocata tra i "principi fondamentali" della Costituzione, segna un chiaro e preciso indirizzo politico: il costituente si riferiva, nel porla, all'adesione dell'Italia alla Organizzazione delle Nazioni Unite, ma si ispirava a principi programmatici di valore generale, di cui la Comunità economica e le altre Organizzazioni regionali europee costituiscono concreta attuazione”.

<sup>370</sup> Fundamento de Derecho 9º.

nuestro ordenamiento constitucional, o los derechos inalienables de la persona<sup>371</sup>». Frente a tal hipotética violación, la Corte Costituzionale se reservaba siempre el derecho a intervenir en garantía de dichos principios fundamentales<sup>372</sup>. Por lo que, en última instancia, la Corte acababa por autonominarse “garante de la soberanía del Estado”, y se encomendaba determinar cuándo las garantías del Derecho comunitario eran suficientes. Es decir, en última instancia se otorgaba la última palabra sobre la validez del Derecho derivado europeo en el territorio italiano.

También el Tribunal Constitucional Federal Alemán reiteró la idea de que la limitación de soberanía a favor de las Instituciones de la Comunidad no podía tener un carácter absoluto, sino que debía encontrarse limitada por garantías constitucionales. Es el caso de la Sentencia *Solange I* de 29 de mayo de 1974<sup>373</sup>, en la que el TCFA admitirá una cuestión de constitucionalidad sobre la compatibilidad del Derecho europeo y el Derecho constitucional, eso sí, afirmando que con su admisión sólo trataba de aclarar la relación entre las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y el Derecho comunitario derivado<sup>374</sup>. Desde esta idea el TCFA termina por asentar la doctrina imperante iniciada en Italia:

- primero, los ordenamientos europeo y nacional constituyen dos ámbitos jurídicos independientes con garantías de aplicación diferenciadas. Por ello el TCFA no puede examinar la legitimidad de las normas de Derecho comunitario derivado, y el TJ no puede decidir si el Derecho comunitario o el Derecho nacional son compatibles con la Ley Fundamental. La declaración de compatibilidad de una norma europea con la Constitución por el TJ representaría, según el Alto tribunal alemán, un *obiter dicta* y no tendría carácter vinculante puesto que cada tribunal es garante de su propio ordenamiento<sup>375</sup>;

---

<sup>371</sup> *Ibidem*. También en este sentido se expresaba la Abogacía del Estado: “conseguirebbe anche la mancanza di contrasto con la Costituzione e con i suoi principi fondamentali, per il fatto che il sistema di garanzie giuridiche possa risultare formalmente diverso da quello previsto nel nostro ordinamento per la funzione legislativa degli organi nazionali. A questo riguardo, sarebbe rilevante la conformità del sistema comunitario ad alcune esigenze fondamentali, corrispondenti ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano, quali la democraticità dello Stato e il rispetto dei principi dello Stato di diritto”.

<sup>372</sup> Sobre la perplejidad que suscita en doctrina me remito a CARTABIA, M., “Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte Costituzionale”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, pp. 1001 y ss. SORRENTINO considerará esta solución al problema de los contralímites como “tortuosa”, ver “La Costituzione Europea” en CHITI, M. P., y GRECO, G., (dirs.), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Tomo I, Giuffré, Milán, 2007, p. 32. Una “incompleta” aplicación de esta doctrina fue efectuada por la Corte en la Sentencia *Fragd*, n. 232 de 1989, comentada en CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffré, Milán, 1995, p. 97 y ss. Sobre su desarrollo en el tiempo me remito por todos a PACE, A., “La Sentenza Granital, ventitrè anni dopo”, en *Studi sulle integrazione europea*, n.3, 2007

<sup>373</sup> La decisión del *Bundesverfassungsgericht* es la respuesta, o la segunda parte, de la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*. De hecho se enmarca en el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad dirigida por el mismo tribunal de Frankfurt que planteó la cuestión prejudicial antes comentada y que, ante la respuesta del TJ decidiendo que no existía vulneración del principio general del Derecho comunitario de proporcionalidad, acudió desconfiado al TCFA para que se pronunciase sobre la compatibilidad de la interpretación dada al reglamento comunitario por el Tribunal de Luxemburgo: BVerfGE 37, 271

<sup>374</sup> BVerfGE 37, 271, Fundamento B.I.1.

<sup>375</sup> BVerfGE, 37, 271, B.I.2.



-segundo, esto no significa que no puedan existir conflictos entre Derecho derivado y disposiciones de carácter constitucional, ni tampoco que la aplicación directa y la primacía que ostentan las normas europeas en el ordenamiento europeo a través del artículo 24 GG tengan carácter absoluto<sup>376</sup>. De hecho, el fundamento jurídico de la integración se encuentra precisamente en dicho artículo constitucional, es decir, en la Constitución nacional, lo que debe interpretarse como la imposibilidad de que la limitación de soberanía realizada por parte de la República Federal Alemana a favor de las CC.EE implique una renuncia a la estructura constitucional básica del Estado, es decir, prohíbe que el Derecho comunitario pueda contrariar el núcleo duro de la estructura constitucional, porque de otro modo se vaciaría de contenido la configuración del Estado mismo<sup>377</sup>. El TCFA va más allá que la Corte Costituzionale cuando especifica cuál es la estructura constitucional que no puede contrariar el Derecho derivado europeo: además de la protección de los derechos fundamentales como parte esencial de la soberanía irrenunciable, destacan las estructuras fundamentales del ordenamiento constitucional interno que conforman la identidad constitucional del Estado como son las materias dispuestas en la Constitución como límites a la reforma (representados por el artículo 79.3 de la LF – estructura federal, participación de los Länder en el poder legislativo-), la dignidad humana (el art. 1<sup>378</sup>), el principio democrático y la división de poderes (el art. 20 LF<sup>379</sup>);

- tercero, el TCFA hace uso del famoso adverbio que da nombre a la sentencia, y determina que, “mientras que” (“*solange*”) no exista en la Unión un catálogo de derechos fundamentales emanado de un parlamento democrático, elegido de modo directo y por sufragio universal, debe mantenerse la reserva del art. 24 consistente en la intervención subsidiaria del propio Tribunal alemán como garantía interna frente a un Derecho comunitario que afectase a los principios constitucionales básicos<sup>380</sup>.

---

<sup>376</sup> Se dice en la propia Sentencia que el artículo 24 LF posibilita “abrir el ordenamiento jurídico de la República Federal Alemana de tal manera que se retiene la pretensión de dominio exclusivo en su ámbito de soberanía, dejando lugar a la validez y aplicabilidad inmediata en dicho ámbito a un derecho proveniente de otra fuente” BVerfGE, 37, pp. 271 y ss, espec. 280. Cito desde VIDAL PRADO, C., “Alemania”, en TAJADURA, J., y DE MIGUEL, J., Justicia Constitucional ..., op. Cit., pp. 48 y ss.

<sup>377</sup> Igualmente VIDAL PRADO, C., *Ibidem*. p. 49.

<sup>378</sup> El artículo 1 dispone precisamente la “*Protección de la dignidad humana y la vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales*”: (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

<sup>379</sup> Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]: (1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. (3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho. (4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

<sup>380</sup> BVerfGE, 37, 271, B.I.4 y B.I.5.

Debe observarse que las doctrinas asentadas por el TCFA y la Corte Costituzionale son casi idénticas. En lo que nos interesa, a los efectos de esta tesis, queremos destacar que ambos tribunales asientan límites a la autonomía del Derecho europeo, límites pues a la primacía. Concretamente invocando principios constitucionales abstractos y muy amplios. Incluso la determinación concreta del TCFA apela a límites difícilmente concretables, porque ¿hasta dónde abarca el respeto a la democracia o a la estructura federal? Con VIDAL PRADO podemos destacar que una concepción demasiado amplia de los principios fundamentales básicos terminaba por asumir la competencia de los jueces constitucionales internos en todos los casos en los que se plantease una posible antinomia entre el Derecho derivado europeo y una disposición constitucional. Si entendemos que una de las principales tareas asumidas por el TJ es garantizar la primacía del Derecho europeo como expresión de la aplicación uniforme de las disposiciones europeas, el TCFA y la Corte Costituzionale<sup>381</sup>, estaban en última instancia “vaciando de contenido este principio de primacía”<sup>382</sup>.

Por ello, y de nuevo para salvaguardar las funciones fundamentales de la primacía para el ordenamiento europeo, el TJ hubo de matizar sus postulados sobre la autonomía del Derecho europeo, tratando de amortiguar las reticencias de los jueces alemanes e italianos a seguir el itinerario indicado<sup>383</sup>.

La matización puede ejemplificarse en un dato de la doctrina *Internationale Handelsgesellschaft*. En ella el TJ declaró que cuando se trata de proteger los derechos fundamentales, en tanto que principios generales del Derecho comunitario, no debe elegirse el principio que resulte mayoritariamente aplicado en los EE.MM, sino aquel que se ajuste en mayor medida a la estructura y necesidades de la Comunidad, asegurando un control de legitimidad dentro del marco y la estructura propia de la Comunidad, puesto que el único criterio de validez de los actos de la Comunidad es el

---

<sup>381</sup> Sentencia de la Corte Costituzionale *Fragd*, n. 232 de 1989, en la que se amplía el control pudiendo declarar inconstitucionales partes concretas de disposiciones europeas, y no su sentido general.

<sup>382</sup> VIDAL PRADO, C., “Alemania”, en TAJADURA, J., y DE MIGUEL, J., Justicia Constitucional ..., op. Cit., p. 50. Ver también ID, “Tribunales Constitucionales nacionales y Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas”, en CARRASCO DURÁN, M., PÉREZ ROYO, J., URÍAS MARTÍNEZ, J., TEROL BECERRA, M. J., (Coords.) [Derecho constitucional para el siglo XXI : actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional](#), Vol. 1, 2006, pp. 2337-2360. Ver también ALONSO GARCÍA, R., “Los Tribunales constitucionales y el control del derecho interno conectado con el comunitario”, Foro, Nueva Época, n. 2, 2005, pp. 153-176. también DE MIGUEL BÁRCENA, J., “Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa federal”, op. Cit.

<sup>383</sup> Así se pronuncia respecto a Italia Alfonso CELOTTO que considera que en última instancia la actitud de la Corte Constitucional expresa una voluntad de no deshacerse completamente del poder para controlar relativamente la introducción del Derecho comunitario en el ordenamiento italiano. Consideración próxima al intento por mantener un enfoque dualista en lo que respecta a la relación entre ordenamientos. CELOTTO, A., “Italia”, op. Cit., pp. 239-240. Respecto de Alemania vuelvo a remitirme a VIDAL PRADO “Alemania”, op. Cit., p. 52, donde expone que la propia Sentencia *Solange* había sido contrastada por los votos particulares de tres de los magistrados del propio TCFA, lo que incitó el debate crítico. ZAGREBELSKY, G., en la voz “Processo costituzionale” en la Enciclopedia del diritto, Vol. XXXVI, Giuffré, Milán, 1987, p. 536, considera que el fundamento de la Sentencia italiana lleva “al todo o a la nada”, al todo si se llega a la denuncia del Tratado por parte de Italia cuando se constate una violación de sus principios constitucionales fundamentales, a la nada “perché nel frattempo, di singoli regolamenti eventualmente incostituzionali non si potrebbe evitare l’applicazione nel nostro Paese”.

propio Derecho comunitario. Tras los primeros debates y el posicionamiento de las sentencias *Frontini*, así como los debates públicos en torno a *Solange*, el TJ cambiará su actitud absoluta en 1974.

Efectivamente en la sentencia *Nold II*<sup>384</sup> especificará que la protección de los derechos fundamentales, en forma de principios generales del derecho deducidos desde las tradiciones constitucionales comunes, no puede realizarse de forma completamente autárquica, autónoma, sino que como se deduce de las tradiciones constitucionales comunes, éstas no pueden aceptar medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las constituciones de los Estados miembros. La protección de los derechos debe ser, en el ámbito comunitario, por lo menos, tan garante de estos como la protección ofrecida por los Estados, el nivel protector de los Estados es un mínimo infranqueable, y este mínimo puede ser acertado a través de las indicaciones ofrecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>385</sup>.

La matización del TJ alteró sin duda los planteamientos del TCFA, que sólo unos días después de esta decisión había publicado la sentencia *Solange*. En 1979 profundizará en aquella decisión matizando que dentro de la reserva de jurisdicción impuesta frente al temor de la vulneración de los derechos, en el marco de sus competencias, se incluía el derecho a decidir qué controversias entre Derecho derivado y la estructura constitucional admitiría a trámite<sup>386</sup>, y así dejaba constancia de que este control sería excepcional.

Siete años después, entrados ya los años 80, el TCFA matizará también las condiciones estructurales que impedían considerar las garantías comunitarias equiparables a las constitucionales. Considerará entonces que realmente no es necesario que exista un catálogo de derechos producido a través de un Parlamento Europeo elegido por sufragio universal y elección directa, como había señalado, sino que bastaría, para evitar un conflicto constitucional que le obligase a intervenir, con que existiese una protección suficiente de los derechos que garantizase la identidad constitucional interna<sup>387</sup>. Mediante tales matizaciones llega a la Sentencia *Solange II*, BverfGE 73, 339, de 22 de octubre de 1986, donde los magistrados constitucionales declaran que la equivalencia de las garantías exigidas entre ambos ordenamientos no debía entenderse como “identidad” de las garantías, sino como una “equivalencia”, como de hecho existía desde la *STJ Internationale*. Por tanto, el juez ordinario no

---

<sup>384</sup> STJ de 14 de mayo de 1974, C-4/73.

<sup>385</sup> Por ejemplo ver la *STJ Nold II* de 14 de mayo de 1974, asunto C-4/73, en la que el TJ declara que el Derecho comunitario no puede ser examinado conforme al Derecho interno y que de existir alguna contradicción entre Derecho derivado y un Derecho fundamental, sólo puede ignorarse la eficacia de la primera si atentase contra el “contenido esencial” del derecho, puesto que la limitación de los derechos fundamentales por cuestiones de interés general es una doctrina recogida en las tradiciones constitucionales comunes a todos los Estados miembros.

<sup>386</sup> Sentencia en la que destaca el cambio de adverbio utilizado “*mittlerweile*” o “entre tanto”. BverfGE 52, 187, *Vielleicht*, de 25 de julio de 1979.

<sup>387</sup> Ver BverfGE 58, 1, de 23 de julio de 1981.

debería seguir planteando cuestiones de constitucionalidad del Derecho comunitario<sup>388</sup>.

Igualmente la Corte Costituzionale, por su parte, con la sentencia *Granital*, n.170, de 8 de junio de 1984 corrigió de manera decisiva su postura, por un lado, atribuyendo definitivamente al juez ordinario el poder de inaplicar las disposiciones nacionales contrarias al Derecho comunitario, y por otro lado, declinando la posibilidad del propio control de legitimidad sobre las fuentes comunitarias en contraste<sup>389</sup>.

Estas decisiones denotaban una actitud de apertura por parte de los sistemas constitucionales nacionales hacia un ordenamiento europeo en continua conformación. Los límites establecidos por parte de los tribunales constitucionales respecto de los efectos del Derecho comunitario destacaban, además, que los elementos de relación entre ambos iban a tener que configurarse con el mismo dinamismo y flexibilidad que el proceso de integración. El principio de primacía, como elemento de relación privilegiado, debería configurarse atendiendo a las peculiaridades de las ordenaciones constitucionales nacionales, por lo que su establecimiento necesitaría de un proceso continuado de diálogo entre las jurisdicciones encargadas de interpretar cada uno de los ordenamientos y una referencia continua a las tradiciones del constitucionalismo

---

<sup>388</sup> BverfGE 73, 339, B.II.1.f). Debe recordarse que en la STCFA *Maastricht* de 1993, se precisará de nuevo la idea del “mientras tanto” a través de la doctrina de la “sustitución”. Retomando la decisión *Solange II* se precisará en las condiciones de cooperación establecidas entre el TCFA y el TJ. Concretamente se considerará que con esta decisión no se pretendía cerrar por completo la posibilidad por parte del TCFA de controlar los posibles excesos de la Unión europea, sino restringir tal posibilidad a los casos concretos en los que el TJ hiciera un mal uso de las herramientas de garantía “suficientes” del Derecho europeo. En *Maastricht* aportará esta precisión enmarcándola en una relación de cooperación entre el TCFA y el TJ. Así las cosas recordará que “mientras que” el TJ es competente para controlar la compatibilidad de los actos normativos o ejecutivos de la Comunidad con los derechos fundamentales de la propia Comunidad, que existen en forma de principios generales del Derecho comunitario, principios no escritos, sino formulados por el TJ, el TCFA asume una tarea de garantizar, de manera formal, la existencia de una suficiente protección de los derechos fundamentales por parte del Derecho supranacional. El profesor ARNOLD considera que esta tendencia a la cooperación y a la reserva de jurisdicción constitucional se confirma en la posterior sentencia sobre el mercado de las Bananas de julio de 2000. Ver ARNOLD, R. *op. cit.*, p. 107

<sup>389</sup> De esta forma se expresa Alessandro PACE añadiendo: “Conseguentemente ha negato a sé stessa la possibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale”, significado que como hemos observado recientemente no ha sido finalmente el resultado, pero sí, como dice el autor, se ha “autoexcluido del diálogo entre jueces nacionales y TJ”, en PACE, A., “La Sentenza Granital, ventitrè anni dopo”, en *Studi sulle integrazioni europea*, n.3, 2007. Las palabras exactamente utilizadas en los Fundamentos 7 y 8 de la Sentencia son “Le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella [sentenza n. 183/73](#), già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana, nell'ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, al numero 9 nella parte motiva di detta pronuncia. Nel presente giudizio cade opportuno un altro ordine di precisazioni. Vanno denunciate in questa sede quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi: situazione, questa, evidentemente diversa da quella che si verifica quando ricorre l'incompatibilità fra norme interne e singoli regolamenti comunitari. Nel caso che qui é previsto, la Corte sarebbe, quindi, chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost. In conclusione, la questione sollevata dal Tribunale di Genova é inammissibile. Compete al giudice rimettente accertare se gli invocati regolamenti e principi dell'ordinamento comunitario consentano, e a qual titolo, che il regime del prelievo agricolo, sotto il profilo dedotto nella presente controversia, sia fatto retroagire soltanto fino alla data di pubblicazione della pronuncia interpretativa della Corte del Lussemburgo, sopra richiamata al n. 1B)”.

contemporáneo. Aun hoy este proceso de configuración de las relaciones entre ordenamientos continúa teniendo como protagonista esencial al principio de primacía y la determinación de los límites constitucionales a la prevalencia absoluta de las normas europeas<sup>390</sup>. Esta dialéctica de límites ha servido de termómetro de la integración política y del desarrollo de la constitucionalización del ordenamiento europeo<sup>391</sup>.

---

<sup>390</sup> Como se observa de la repetición de los esquemas de los contralímites por los órganos constitucionales de los Estados miembros que progresivamente se han ido adhiriendo a la Unión Europea. Sobre la repetición del debate en todos y cada uno de los Estados del Este adheridos a la UE desde la caída del Muro de Berlín me remito a SADURSKI, W., “Solange, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union”, EWI Working Papers, Law, n. 40, 2006.

<sup>391</sup> Especialmente, el replanteamiento de la relación entre ordenamientos, y por alusión, el contenido y fuerza de la primacía de las disposiciones europeas sobre las nacionales, se ha visto revisado con cada ocasión de ampliación de la atribución de competencias a la Comunidad en las progresivas modificaciones de los Tratados. Así, para una mera enumeración, debemos destacar el Tratado de Maastricht, (ver al respecto NEUWAHL, N. A., “The Treaty on European Union: a step forward the protection of human rights?”, en NEUWAHL, N. A., y ROSAS, A., *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 3 y ss.) con el que se comenzó la andadura en la integración política. La ampliación competencial y las nuevas políticas comunitarias provocaron que la discusión previa a la ratificación del Tratado se viese afectada por las limitaciones consideradas por la Sentencia del TCFA *Maastricht*, de 12 de octubre de 1993, ya comentada, imponiendo de nuevo la reflexión sobre la democracia en Europa, la cuestión de la cesión de soberanía y la exigencia de establecer límites a la integración, especialmente negando la posibilidad de atribuir el *Kompetenz-Kompetenz* a la Comunidad. El TCFA se atribuyó de nuevo en esta ocasión la competencia de juzgar la legitimidad de las disposiciones de Derecho comunitario derivado para controlar que los actos emanados de las Instituciones europeas se mantuviesen dentro de los límites que se habían previsto al hacer la correspondiente atribución de derechos de soberanía, (BverfGE 75, 223), en un aparente “paso atrás” (ver VIDAL, C., “Alemania”, op. Cit., p. 65). Estos límites serían relativizados a lo largo de la llamada “guerra de las bananas”, desde la primera decisión del mismo tribunal, *Bananas* de 25 de enero de 1995 hasta la última, de 7 de junio de 2000, a la manera del planteamiento y matización realizado en la dialéctica entre las Solange I y II. En la última decisión de esta saga el TCFA afirma que en principio se considera incompetente para decidir sobre la protección de los derechos fundamentales en los actos comunitarios, dada la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo siempre activable a través del artículo 234 TCE. Continuaba exponiendo que el control nacional sólo podría ser operado en casos de violaciones continuadas y sistemáticas de derechos, demostrando una insuperable inadecuación de las instancias comunitarias de tutela. (Para una explicación de las múltiples sentencias sobre el caso *Bananenmarkt* ver ALTER, K., *Stablishing the Supremacy of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 110 y ss. También PALERMO, F., “La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 1999-2000” en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, pp. 3301 y ss.) Será con el Tratado de Ámsterdam de 1997 cuando se positivicen las aportaciones del diálogo jurisprudencial sobre el respeto de los derechos humanos y las identidades de los Estados miembros tal y como derivaban de la jurisprudencia del TJ. [Según el artículo 8 del Tratado de Ámsterdam “El artículo F se modifica de la siguiente forma: a) El apartado 1 se sustituye por el texto siguiente: .1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. b) El apartado 3 actual pasa a ser el apartado 4 y se inserta el nuevo apartado 3 siguiente: .3. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros”.] De esta forma se “comunitarizan los contralímites”, con su posterior inclusión en el artículo 6 del TUE y la alusión al respeto, por las Instituciones comunitarias, de las identidades nacionales. Igualmente del Tratado de Niza (ver al respecto CARTABIA, M., “Italia en Europa: problemas nuevos y viejos. A la luz del tratado de Niza y de la reforma constitucional de las regiones”, *Cuadernos de Derecho Público*, n. 13, 2001, pp. 215- 247) puede destacarse la solemne proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el año 2000. (Ver sobre la influencia de la nueva Carta en las relaciones interordinamentales y el sistema de fuentes estatal RUGGERI, A., “Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema”, en *forum di Quaderni Costituzionali*, consultado en [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0008\\_ruggeri.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0008_ruggeri.pdf).) La Carta de derechos sería posteriormente incluida en el *Proyecto de Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa*, proyecto que en sus artículos 2, 4, 5, el Título II y en la parte II, incluían prácticamente todas las limitaciones exigidas por los órdenes constitucionales europeos en el camino de la integración, (a tal efecto ver RUGGERI, A., “Trattato costituzionale, europeizzazione dei ‘controlimiti’ e tecniche di risoluzione delle antinomie, tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)”, en <http://www.forumcostituzionale.it/site/index.php?option=content&task=view&id=223>. Sobre Italia y los cambios jurisprudenciales con motivo del del Tratado Constitucional, ver CANNIZZARO, E., “National report. Italy”, en *EU Law and National Constitution. A pluralist Constitution for a Pluralist Legal Order?* en

En definitiva, como se observa, la cuestión de la eficacia del Derecho europeo en relación a las Constituciones de los Estados miembros adquiere un alto contenido valorativo, y dentro de esta cuestión el principio de primacía se presenta como verdadera expresión del grado de integración. Los Tribunales constitucionales han observado que lo que a menudo existe tras los mecanismos de resolución de conflictos normativos es un verdadero posicionamiento sobre la organización y la estructuración del sistema jurídico que se está conformando a nivel supranacional, y por lo tanto sobre la determinación de la posición de los diversos poderes existentes a nivel nacional y supranacional.

Con los casos presentados, se observa que los tribunales constitucionales, como intérpretes de las constituciones nacionales, han aceptado el planteamiento del TJ sobre la autonomía del orden europeo, pero siempre que ello no entrañe un posicionamiento de infraordenación de sus normas supremas, de sus constituciones. Por ello el TJ deberá plantear la caracterización del principio de primacía de forma que, salvando las consecuencias imprescindibles de su doctrina, (autonomía del ordenamiento y aplicación uniforme de sus disposiciones) flexibilice al máximo sus consecuencias y deje suficientes espacios abiertos para la determinación plural de las relaciones interordenamentales en un continuo diálogo destinado hacia la integración de dos ordenamientos autónomos, “separados”, y al tiempo integrados.

---

<http://www.fide2002.org/pdfs/euitaly.pdf>). Por ello, el Tratado Constitucional supuso un punto de inflexión para todos los tribunales constitucionales de los Estados miembros sobre las exigencias de la integración europea, sobre su soberanía constitucional. Sin embargo, la positivización de los nuevos frutos del diálogo no impidió que el debate continuase. (Ver por ejemplo la Sentencia del TCFA, de 1 de octubre de 2004, BverfGE, 117, 307, *Görgülü*, en la que se retoma el discurso de los “contralímites” en el ámbito del derecho de familia -reunificación familiar- de los extranjeros y el derecho de la personalidad. Ver en doctrina POLLICINO, O., “Tolleranza costituzionale, controlimiti e codificazione del primato del diritto comunitario”, Quaderni Costituzionali, [www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option](http://www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option)) También debe destacarse la Sentencia del TCFA, de 18 de julio de 2005, con la que se declara la inconstitucionalidad de la normativa alemana que traspone la Decisión Marco del Consejo sobre el “European Arrest Warrant Act”. La desaparición del proyecto constitucional y su “convalidación” en el Tratado de Lisboa (TUE y TFUE), trajo consigo nuevas advertencias. Concretamente la reciente sentencia *Lissabon* del TCFA, que vuelve a poner el dedo sobre la llaga europea del desarrollo del verdadero principio democrático, reservándose e imponiendo de nuevo las herramientas internas de garantía sobre posibles vulneraciones de las estructuras constitucionales básicas de Alemania. Más recientemente, como en otras ocasiones, estas exigencias se han matizado en la decisión del TCFA que pone fin a la saga jurisprudencial *Mangold II*. En ella, el Alto tribunal constitucional, ha vuelto a demostrar que en la teoría, los términos, adquieren un cariz más crítico que en la práctica, donde se impone una verdadera dialéctica pacífica y la cooperación jurisdiccional.



E) Conclusiones preliminares: el contenido del principio de primacía se encuentra aun en construcción y debe observarse desde cada ordenamiento concreto.

Hemos observado que en el origen el TJ fuerza la comprensión del Derecho europeo como un ordenamiento autónomo a través de una interpretación teleológica de los Tratados. Para fortalecer la concepción autónoma del ordenamiento europeo deduce de los Tratados herramientas propias de garantía de su eficacia. Así erige la exigencia de aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros como una condición “existencial” de las Comunidades. Las herramientas que garanticen su eficacia deben ser por lo tanto tan contundentes que permitan la aplicación del Derecho europeo desde parámetros exclusivamente comunitarios, evitando la disformidad de sus resultados. De los compromisos de los Estados miembros expuestos en los Tratados interpreta la eficacia directa de sus disposiciones y la primacía de las mismas sobre el Derecho europeo. Con estos dos principios el Derecho europeo debe desplegar en todos los EE.MM consecuencias uniformes que refuercen los caracteres propios del ordenamiento europeo como orden autónomo<sup>392</sup>. El principio de primacía juega un papel esencial en la configuración autónoma del Derecho europeo.

En primer lugar, el TJ, movido por una concreta idea de Europa más política que jurídica<sup>393</sup>, destacará la naturaleza político-constitucional de la primacía, (en *Costa y Van Gend en Loos*) como un principio que expresará una elección concreta por un modelo determinado de división del poder, estableciendo una limitación del poder del Estado a favor de unas Instituciones comunes con carácter supranacional y potestad para producir normas jurídicas directamente eficaces en el ámbito interno del Estado. La primacía expresa la intención de los Estados miembros de integrarse político-jurídicamente a través de su vinculación a unas reglas comunes supranacionales. En segundo lugar, desarrollará su contenido técnico-jurídico (en *Simmenthal*), como un principio de resolución de conflictos normativos entre ordenamientos autónomos. Así, la primacía exigirá que el juez nacional realice un control de comunitariedad de las disposiciones nacionales en el momento de su aplicación, declarando la inaplicación de las normas nacionales contrarias a Derecho europeo, sean del rango que sean.

Este inicial contenido del principio de primacía, delimitado por la jurisprudencia del TJ, ha sido aceptado en términos generales por los Estados miembros, pero el

---

<sup>392</sup> Concretamente puede decirse con BECKER que el principio de primacía “has been gradually broadened without actual amendments of the EC Treaty itself”. La “Supremacy” es deducida por el TJ como el primer paso para alcanzar la eficacia de Derecho comunitario, en un sentido amplio, salvaguardando la integridad del Derecho Comunitario contra actuaciones de Estados. Así mediante la primacía se establece un ‘level playing field’ entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Ver BECKER, F., “Application of Community Law by Member States Public Authorities; between autonomy and effectiveness”, CMLR, 44, 2007, pp. 1035-1056.

<sup>393</sup> Así lo expresa PESCATORE: “The reasoning of the Court shows that the judges had ‘une certaine idée de l’Europe’ of their own, and that is this idea which has been decisive and nor arguments based on the legal technicalities of the matter”, ver PESCATORE, P., “The Doctrine of Direct effect: an infant disease of Community Law”, European Law Review, n. 8, 1983, p. 157.

modelo de división y limitación del poder que subyace al principio de primacía requiere de una profundización en un elemento esencial de toda ordenación constitucional del poder: la limitación del poder debe ser consustancial a la garantía de derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos (ahora supranacionales).

Destacamos anteriormente el problema al que se enfrenta la legitimidad democrática del Derecho de la UE. Ahora se ha pretendido subrayar otro elemento importante, si toda ordenación constitucional del poder requiere de mecanismos que ordenen y limiten el poder en garantía de derechos, las relaciones entre ordenamientos que se plasman a través de la primacía requieren una ordenación que permita la garantía de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, las carencias constitucionales del proceso de integración impedirán asumir los efectos del principio de primacía de manera absoluta, si ello supone poner en peligro principios constitucionales internos que tienen esta finalidad en ausencia de las correlativas garantías a nivel supranacional. La exigencia de inaplicación de aquellas disposiciones nacionales contrarias a Derecho europeo por el juez nacional conforme a parámetros comunitarios ha puesto de manifiesto las deficiencias constitucionales del proceso de integración en relación con la división de poderes (auto del TCFA de 1967, o la reserva de ley *Frontini*), los poderes del juez nacional (STCCI *San Michele*), o la garantía de derechos fundamentales (*Nold* y *Stork*). En definitiva han planteado la cuestión de las relaciones entre Derecho europeo derivado y Derecho constitucional en términos conflictivos.

Estas cuestiones conllevan un ulterior conflicto entre jurisdicciones. Conforme a la autonomía del Derecho europeo, la eficacia interna de sus disposiciones debe hacerse depender exclusivamente de los Tratados y de su control por el TJ, pero ello supone dejar de lado las garantías materiales que las Constituciones nacionales establecen en el ámbito interno, pues la eficacia del Derecho europeo no puede hacerse depender de disposiciones nacionales o de lo contrario pondría en peligro la necesaria uniformidad aplicativa de sus normas. Pero ante el miedo de una quiebra de las garantías constitucionales en relación con los derechos fundamentales, así como de los principios en los que se fundamentan sus respectivas ordenaciones constitucionales del poder, ante los déficits del Derecho europeo respecto de la garantía de principios y derechos fundamentales, los Tribunales constitucionales, contrariamente a la jurisprudencia *Simmenthal*, comenzarán a admitir cuestiones sobre conflictos entre disposiciones europeas y nacionales, vinculando la eficacia interna del Derecho europeo a parámetros constitucionales estatales.

El problema se agravará en el momento en el que los jueces nacionales encuentren una alternativa al planteamiento de la cuestión prejudicial al TJ. En caso de que observen una posible incompatibilidad entre la norma europea que deban aplicar y determinados preceptos constitucionales, ¿podrán los jueces acudir al mismo tiempo al TJ (esperando una interpretación de las disposiciones europeas conforme a



los Tratados) y al respectivo tribunal constitucional (esperando un control de la conformidad de la norma final aplicable al caso conforme a la Constitución interna)? ¿Qué ocurrirá de obtener respuestas contradictorias? Una cosa es segura, se pondrá en peligro la necesaria aplicación uniforme del Derecho europeo en todos los Estados, pues intervendrán parámetros distintos de control de la eficacia de las disposiciones supranacionales. De hecho, el principal problema que se ha encontrado el TJ desde la STJ *Simmenthal* es que los jueces nacionales, alegando una posible contradicción entre normas europeas y la Constitución nacional, dejaron de plantear la cuestión prejudicial de interpretación y validez ante el TJ, para iniciar un proceso de control puramente interno en salvaguarda de derechos fundamentales positivizados en sus respectivas constituciones.

Así se ha observado en la Sentencia *San Michele* de 1965, en el que el juez alegaba que el monopolio del TJ sobre el control del Derecho europeo vulneraba el principio constitucional italiano que atribuye la tutela judicial efectiva a jueces y tribunales nacionales. También el auto del TCFA de 1967, fue generado por la negativa del juez nacional a plantear la cuestión prejudicial al TJ, alegando que la producción del Derecho europeo vulneraba la división constitucional de poderes. Recuérdese además que, el artículo 177 TCEE, en el que se establece la cuestión prejudicial, había sido utilizado por el propio TJ como fundamento literal y positivo para el establecimiento de la eficacia directa y la primacía, pues probaba que los Estados habían querido admitir, implícitamente, el poder del juez nacional para conocer de pretensiones subjetivas de los ciudadanos fundadas directamente en Derecho europeo, y la potestad del juez ordinario para garantizar tales derechos, inaplicando si era preciso, la propia norma nacional.

En el momento en que el conflicto desemboca en que los jueces ordinarios dejan de plantear la cuestión prejudicial ante el TJ en preferencia de los mecanismos internos de control de constitucionalidad, el TJ observará el peligro de tal práctica sobre la uniformidad existencial de la aplicación de las disposiciones comunitarias y se verá obligado a responder. No plantear la cuestión prejudicial en preferencia de los procedimientos de legitimidad constitucional internos significaba precisamente someter a parámetros de control interno las normas europeas, y en consecuencia quebrar la uniformidad del Derecho europeo. Es en el marco de tales procedimientos prejudiciales de validez en el que el TJ toma una revolucionaria decisión asumiendo por él mismo la defensa de los derechos fundamentales de naturaleza constitucional.

La situación de tensión existente entre las competencias del TJ y las competencias del TC en la determinación de la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno ha tenido importantes consecuencias en el proceso de integración europeo, tanto positivas como negativas. Por un lado, la tensión entre tribunales, es expresión de la dialéctica entre espacios constitucionales, de su interacción, y ha contribuido a impulsar importantes avances en el reconocimiento de principios

constitucionales en el ámbito supranacional. La doctrina *Internationale* ha sido poco a poco positivizada en los Tratados. Baste señalar la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en el Tratado de Lisboa (art. 6 TUE), así como las cláusulas horizontales de la misma como expresión del necesario diálogo y un sistema multinivel de garantía de derechos<sup>394</sup> (arts. 51-53 CDFUE). Igualmente los artículos 6.2 y 3 del TUE, y los valores de la UE del artículo 2. Estas disposiciones aproximan los parámetros de control de validez del Derecho derivado europeo al nivel de desarrollo constitucional de los Estados miembros evitando conflictos materiales.

Pero por otro lado supone un problema desde una perspectiva técnica, para la verdadera función del principio de primacía: la aplicación uniforme del Derecho europeo en todos los Estados miembros. Los jueces nacionales, se ven sujetos a dos procedimientos de control interno de la eficacia del Derecho. Por un lado, se encuentran obligados a plantear la cuestión prejudicial al TJ para concertar la eficacia de las disposiciones europeas en casos en los que encuentren dudas, pero por otro lado, sigue abierta, pese a la doctrina *Simmenthal*, la posibilidad de que los tribunales constitucionales controlen los actos del poder público nacional cuando aplican Derecho comunitario, si de ello puede desprenderse una vulneración para los principios constitucionales internos. En esta situación, la decisión de los Tribunales constitucionales puede impedir la aplicación uniforme del Derecho europeo dependiendo de los parámetros constitucionales utilizados o el estado de la jurisprudencia de cada tribunal sobre cada asunto. Este es el problema principal que plantea la separación de ambos ordenamientos, la autonomía que ostentan el uno frente al otro, y los distintos órganos jurisdiccionales de control de validez del Derecho de cada ordenamiento.

En realidad el problema de las relaciones plurales entre ordenamientos autónomos se resolvería con la verdadera constitucionalización de los Tratados en un sentido formal. Sólo de esta forma, mediante la positivización del principio de primacía en un texto con naturaleza formalmente constitucional podría establecerse una correcta estructuración de ambos ordenamientos sin dejar de perder cada uno su autonomía. La constitucionalización formal de los Tratados, acompañada de una carta de derechos fundamentales, ofrecerían los dos elementos básicos de toda ordenación constitucional de poder, derechos fundamentales positivizados en tratados de rango jerárquicamente superior a los actos de los poderes públicos de las instituciones y los Estados (junto a la configuración democrática de un espacio público y de las Instituciones). Estos elementos permitirían al principio de primacía del Derecho europeo ser expresión de la ordenación constitucional del Derecho supranacional basada en la limitación del poder y la garantía de derechos de los ciudadanos.

---

<sup>394</sup> Ver PERNICE, I., “*Elements and structures of the European Constitutions*”, WHI Papers, n. 4, 2002; ID. “*Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*”, CMLR, n. 36, 1996, pp. 703 y ss. ID. “*Multilevel Constitutionalism in the European Union*”, ELRev, n. 27, 2002, pp. 509 y ss.

La correcta estructuración de las relaciones ordinamentales, así como la concreción del contenido y los contornos del principio de primacía, pasan por una deliberación pausada sobre el futuro de Europa y los medios que permitan establecer una verdadera ordenación constitucional del poder, algo que sólo podrá concluirse con el establecimiento de una verdadera Constitución formal.

Como no parece que esto pueda ocurrir en un futuro próximo debemos concluir que, por el momento, las batallas jurisprudenciales sobre estos aspectos conducen a una vía muerta. Siendo benevolentes podríamos decir que lo que existe es un principio de acuerdo entre tribunales, en el que renuncian de entrada a estructurar las relaciones entre ordenamientos de forma definitiva y en términos de superioridad, mientras se respete un mínimo de funcionalidad en las relaciones entre normas pertenecientes a dos ordenamientos autónomos y mientras no se perjudiquen las garantías internas de los derechos fundamentales. Cada Tribunal constitucional establecerá el fundamento último de la eficacia del Derecho europeo desde su Constitución, impidiendo que la eficacia de las fuentes internas dependa en exclusividad de parámetros ajenos al sistema constitucional, y ello será admisible desde la perspectiva comunitaria siempre y cuando no impida el objetivo inicial del principio de primacía: la aplicación uniforme del Derecho europeo en la solución de casos concretos por el juez nacional.

La cuestión sobre el principio de primacía se sumerge entonces en un debate plagado de cuestiones político-constitucionales que, en el momento actual de desarrollo del Derecho europeo, no encuentra una posible solución jurídica. Los límites y carencias constitucionales que lastran la estructuración del pluralismo ordinamental en Europa requieren de respuestas políticas, de un cambio de rumbo en el modelo de integración dispuesto a afrontar, de una vez por todas, los problemas de articulación entre ordenamientos con diferentes grados de desarrollo constitucional. Pero mediante las respuestas que nos ofrece el análisis del “diálogo entre tribunales” en torno al principio de primacía, parece que la solución para una adecuada y quizás definitiva ordenación del pluralismo ordinamental (del pluralismo de poderes), deambulan por un terreno político, y no jurídico.

En conclusión: la carencia democrático constitucional del proceso de integración ha impulsado que los tribunales constitucionales se reserven espacios de competencia para intervenir las decisiones de los jueces ordinarios en cuanto a la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno, y ello impide, tanto que el concepto de primacía pueda mostrar unos perfiles claros, como que la estructuración de las relaciones entre ordenamientos pueda desarrollarse mediante mecanismos jurídicos, sin que se profundice, desde el debate político, en la cuestión central del modelo de división del poder que se pretende en Europa.

Por ello, no nos queda por el momento más remedio que remitirnos a cada sistema constitucional nacional para determinar la vertiente en que se conjuga de forma particular el principio de primacía con las necesarias garantías constitucionales internas, así como la opción particular por un determinado sistema de integración con Europa. Nos centraremos por ello, a continuación en el ámbito constitucional español.

Como dice el Consejo de Estado español, por el momento no se puede dar una respuesta única ni a la cuestión de la primacía ni a la cuestión de la estructura entre ordenamientos en tanto que “no se consigue dar respuesta al problema que los Estados han de resolver y que se plantea, por así decir, en tres planos distintos. El plano fundamental de la concepción misma del Estado y los planos, ontológicamente inferiores, aunque de mayor relevancia práctica, de la estructura del ordenamiento jurídico y de la organización del poder”<sup>395</sup>.

Continuaremos la exposición de nuestra tesis analizando el planteamiento de estas cuestiones en el ámbito constitucional español. Trataremos de buscar puntos de encuentro entre los criterios del TJ y los criterios del TC, y nos conducirán a un estudio de los nuevos ámbitos sobre los que se ha ido desarrollando y sobre los que ha actuado el principio de primacía. Ámbitos que, tanto por parte del TC como del TJ, tratan de alejar el debate de las cuestiones político constitucionales más controvertidas, para centrarse en la cuestión de la eficacia de las normas y la aplicación del Derecho europeo por el juez nacional. Veremos que, por este motivo, el principio de primacía se ha sustraído al ámbito de la estructuración de las relaciones entre ordenamientos, para desarrollarse sobre las relaciones entre normas, sobre la eficacia o inaplicación de las normas.

Pese a que se descubrirán puntos comunes sobre la configuración del principio de primacía, ello no significa que los problemas de la unidad del sistema jurídico europeo y, particularmente, la competencias atribuidas al juez nacional por la doctrina *Simmenthal* no continúen siendo el principal punto de conflicto en el diálogo entre tribunales, pero este mismo conflicto engendrará algunos perfiles del principio de primacía aceptados tanto por el TC como por el TJ que contribuirán a que continúe cumpliendo con las funciones que más arriba señalamos respecto de la doctrina europea: fundamento de la existencia de la UE, garantía de aplicación uniforme del Derecho europeo, y tutela de derechos subjetivos concedidos por el ordenamiento europeo a los ciudadanos.

El principio de primacía impulsará y albergará en su concepto nuevas perspectivas y nuevos principios tendentes a la constitucionalización del espacio europeo, tendentes a la limitación del poder público en garantía de derechos de los particulares. Veremos cómo analizando el principio de primacía nos acercaremos al

---

<sup>395</sup> Informe del Consejo de Estado Español sobre la Inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español”, p. 51.

ámbito de invocación del Derecho europeo por los ciudadanos frente a los Estados, invocación frente a todos los poderes públicos del Estado. Vertiente de la primacía que propondrá nuevos instrumentos jurídicos con los que proseguir en su desarrollo a la espera de un cambio político.

### 3. EL CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN DERECHO INTERNO: EL FUNDAMENTO DEL ORDEN EUROPEO DESDE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA\*

#### 3.1 La apertura del ordenamiento constitucional español al ordenamiento de la Unión Europea: herramientas constitucionales.

La vigente Constitución española de 1978, forma parte de las llamadas “Constituciones de tránsito”, término con el que se hace referencia a la incorporación de España al grupo de Constituciones normativas europeas que surgieron en Europa en la segunda gran oleada tras la II posguerra mundial. La primera fue protagonizada por Italia y Alemania, y la última la que protagonizarán los Estados satélites soviéticos tras la caída del Muro de Berlín<sup>396</sup>. Con esta Constitución normativa, el Estado Español se configuraba como “Estado Constitucional Democrático y Social de Derecho<sup>397</sup>”. La Constitución española (CE), siguiendo el modelo de la Constitución normativa imperante tras la II Guerra Mundial, fue identificada como el “alfa y el omega<sup>398</sup>” de la estructura jurídica del Estado, por su posición suprema respecto del resto de fuentes del ordenamiento.

Pese a la indiscutible supremacía de la CE, la tardía incorporación del Estado español al constitucionalismo de la posguerra, hizo prever al constituyente la necesaria ordenación del pluralismo político-jurídico extraestatal con el que se iba a tener que enfrentar su estructura constitucional, pues el nuevo orden constitucional español se encontraba inmerso en un mundo globalizado donde ya existían una pluralidad de organismos internacionales con los que los Estados nación hacían frente a los nuevos retos globales<sup>399</sup>. El propio constituyente español, en desarrollo de la voluntad común proclamada en su Preámbulo de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra», adoptó las

---

\* *Este epígrafe tercero del Capítulo II es deudor de la naturaleza de este trabajo: una tesis doctoral. Lo que se expone en él no es más que el estado de la cuestión de las relaciones entre ordenamientos y el principio de primacía en la jurisprudencia constitucional española (se incluyen los Dictámenes del Consejo de Estado). Considero necesaria su inclusión para la comparación entre los postulados del TJ y los órganos constitucionales del Estado, así como ejemplo de lo que ha ocurrido en los países del entorno en relación con la aceptación del principio de primacía y el establecimiento de límites a la eficacia interna del Derecho europeo. Para un experto en la materia este punto se hace prescindible, si bien trata de aportarse una visión personal fundamentada jurídicamente sobre la actitud del TC español en relación con el proceso de integración europea.*

<sup>396</sup> JUDT, T., Posguerra..., cit., pp. 350 y ss.

<sup>397</sup> Artículo 1.1 de la CE. “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

<sup>398</sup> P. CRUZ VILLALÓN, “El espacio constitucional europeo”, en ID (Coord.) La Constitución inédita, Trotta, Madrid, 2004, p. 5

<sup>399</sup> Ver en este sentido la introducción de ASTOLA MADARIAGA, J., “Reflexiones en torno al control de constitucionalidad del derecho comunitario”, Revista de Derecho Político, n. 53, 2002, pp. 271-302: “La segunda mitad del siglo XX puede caracterizarse, en Europa, como la época de la apertura constitucional a los sistemas internacionales. Este proceso comenzó al acabar la segunda guerra mundial y perseguía el objetivo de conseguir una paz duradera en el continente. Las Comunidades Europeas y el Consejo de Europa (la firma de la CEDH) “ son dos claros ejemplos de esta apertura constitucional”.

herramientas necesarias de apertura al orden internacional, e igualmente previó su incorporación a las CC.EE como ordenamiento de integración supranacional, que en su desarrollo desde los años cincuenta albergaba ya un amplísimo acervo normativo y jurisprudencial con el que tenía intención de enlazarse<sup>400</sup>.

Por estos motivos en el Título III, “*De las Cortes Generales*”, incluyó el Capítulo III denominado “*de los Tratados Internacionales*”. En este Capítulo se establecen las formas en las que el ordenamiento español se abre al contexto internacional. Así el art. 94 CE dispone los procedimientos para la ratificación de los Tratados<sup>401</sup> (distinguiendo a aquellos que requieren de la previa aprobación por las Cortes Generales), y el art. 96 la eficacia de los mismos en el ámbito interno<sup>402</sup>, concretándose la visión monista que caracteriza al ordenamiento español.

La estructuración constitucional de la apertura del ordenamiento interno a las fuentes internacionales y su eficacia, se realiza dentro del marco de la supremacía constitucional, de su normatividad supraordenada al resto de fuentes en el ordenamiento interno. La eficacia de la CE frente a los Tratados internacionales se expresa en el art. 95 CE, al disponerse que “la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”. Esta disposición otorga «estabilidad jurídica plena» a los tratados internacionales en Derecho interno<sup>403</sup> al insertarlos en el ordenamiento en sintonía con la CE como norma suprema del ordenamiento. El art. 95 establece en su segundo apartado precisamente el procedimiento de control preventivo de constitucionalidad

---

<sup>400</sup> Respecto de la relación con los organismos internacionales y la producción normativa plural me remito a la primera parte. Respecto de la previsión del Constituyente de su entrada en las CC.EE. cito al Consejo de Estado Español considerando que: “I. El designio de los constituyentes de abrir el Ordenamiento español a las influencias del Derecho internacional se manifiesta en varios lugares de la Constitución de 1978, en cuyo Preámbulo la posición de España en el seno de la Comunidad internacional queda definida por la proclamada voluntad de la Nación española de “colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra”. Más adelante, el artículo 10.2 dispone la internacionalización de la interpretación de los derechos fundamentales que el título I de la propia Constitución reconoce. Y, conforme al artículo 96.1, el Derecho interno español se adapta automáticamente a los tratados celebrados por España. Esta orientación internacionalista de nuestra Constitución alcanza su máxima intensidad en su artículo 93, cuyo párrafo primero declara que “mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.””, punto I de las consideraciones sobre el fondo de la cuestión planteada por el Gobierno, del Dictamen de 9 de abril, n. 421/1992, sobre la ratificación del Tratado de Maastricht.

<sup>401</sup> El artículo 94 CE dispone: “1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: a) Tratados de carácter político. b) Tratados o convenios de carácter militar. c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I. d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. 2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios”.

<sup>402</sup> El artículo 96 dispone: “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”.

<sup>403</sup> Así se expresa el TC en la DTC 1/1992, que será comparada más abajo. Hace especial hincapié en esta función DIEZ- PICAZO, L. M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 202 y ss.

de los Tratados, que tiene como finalidad determinar, antes de su ratificación, las posibles contradicciones entre el contenido de los mismos en concordancia con la CE, impedir la vulneración de la normatividad constitucional en el ordenamiento español y garantizar su supremacía entre las fuentes del ordenamiento<sup>404</sup>.

Debemos prestar una atención especial a la disposición del art. 93: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. La centralidad de este artículo reside en que es precisamente la expresión de la voluntad concreta del constituyente español de adherirse al proceso de integración europea<sup>405</sup>. El art. 93 fue ideado desde su origen como un procedimiento diferenciado que permitiese concretamente la adhesión a las CC.EE. Este procedimiento se activó a través de un amplio consenso político mediante Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, fuente mediante la cual las Cortes Generales autorizaron la adhesión de España a las CC.EE.

La pluralidad de procedimientos previstos por la CE (art. 96 CE) y la diferenciación de una cláusula constitucional especial para la ratificación de los Tratados europeos, (art. 93) denotan un reconocimiento prematuro de la naturaleza singular de las Comunidades<sup>406</sup>. La exigencia del art. 93 CE de una mayoría cualificada (Ley orgánica) hace referencia al carácter peculiar de la ratificación de estos Tratados, que no sólo contempla una voluntad de obligarse como en el caso de los demás tratados, sino una verdadera transferencia del “ejercicio” de poder público dispuesto por la CE, es decir, de poder ejecutivo, legislativo y judicial, permitiendo una limitación de la soberanía del Estado en estos ámbitos.

Esta limitación de competencias soberanas operada a través del art. 93 se acentúa si tenemos en cuenta que con la adhesión y la posterior ratificación del Acta Única Europea (LO 4/1986), el ordenamiento español se vinculaba con el acervo comunitario, y en consecuencia, con las declaraciones del TJ sobre la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional –incluso de rango constitucional- y la eficacia directa del mismo<sup>407</sup>. La reserva de ley orgánica para el procedimiento de

---

<sup>404</sup>Javier TAJADURA, por ejemplo, considera que “el principio jurídico de supremacía constitucional se impuso sobre todas las normas jurídicas, incluyendo las normas internacionales” y que “la subordinación de las normas internacionales a la Constitución es un dato que no se puede poner en cuestión” TAJADURA, J., “Constitución y democracia en la unión Europea”, en TAJADURA, J., y DE MIGUEL, J., (Coord.), Justicia Constitucional y Unión Europea, CEPC, Madrid, 2008. En contra de esta afirmación ÖHLINGER, T., “Unity of legal system or legal pluralism: the Stufenbau Doctrine in present-day Europe”, op. cit.

<sup>405</sup> Para AZPITARTE SÁNCHEZ el artículo 93 expresa el sentido de “reconducir el pluralismo a la unidad, o, lo que es correlativo, convertir al Estado español en un Estado cooperativo”, siguiendo los postulados de HÄBERLE. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado”, Civitas, Madrid, 2002, p. 63.

<sup>406</sup> Expresado jurisprudencialmente por el TC en la STC 165/1994, entre muchas otras que se verán a continuación.

<sup>407</sup> Javier PÉREZ ROYO, considerará que el art. 93 es una habilitación que “en el momento en que se hiciera uso de ella para incorporarse España a las Comunidades Europeas acabaría, entre otras cosas, con el monopolio estatal en la producción de normas jurídicas”. Curso de Derecho constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 1096.



adhesión trata de recoger una mayor legitimidad de la cesión competencial y de la integración interna de un “tratado internacional” que desplegaría una eficacia muy particular en el ordenamiento constitucional interno.

En este marco debe por lo tanto traerse a colación todo lo expuesto en los epígrafes anteriores de esta tesis. La conceptualización del principio de primacía que desarrolla el TJ (la autonomía del Derecho comunitario y su eficacia directa – *Van Gend en Loos*-, la prevalencia aplicativa de normas europeas sobre el Derecho nacional – *Costa c. ENEL*-, la atribución al juez nacional de los poderes que ostenta el juez comunitario – *Simmenthal*-, etc.) será de aplicación entonces en el marco constitucional español. La eficacia concreta del ordenamiento comunitario en el marco doméstico llevará a los órganos constitucionales y a la doctrina a plantearse, al igual que sus colegas europeos, si la limitación de soberanía ejercida a través del artículo 93 CE permitiría que la eficacia del Derecho europeo se desplegara de manera absoluta sobre el sistema jurídico nacional, incluyendo su afectación a las propias disposiciones constitucionales (*International Handelsgesellschaft*), y cuáles serían sus consecuencias concretas.

La respuesta es a priori sencilla, el art. 95.1 impediría, en principio, que cualquier tipo de tratado ratificado por España afectase al propio contenido de la Constitución<sup>408</sup>, puesto que la ratificación de tratados que contraríen las disposiciones constitucionales exigiría una previa reforma de la Constitución. Además, poniendo esta disposición en relación con el artículo 9.1 CE, como expresión de la supremacía constitucional sobre todos los poderes públicos y ciudadanos, llegaríamos a la conclusión de que los Tratados no pueden establecer disposiciones contrarias a la CE a no ser que la propia CE se reforme a través de sus propios procedimientos. Puede observarse que el art. 95.1 extiende su eficacia sobre el art. 93, el ámbito de las CC.EE, por lo que se deduce un planteamiento muy concreto del constituyente sobre la ordenación de las relaciones interordinamentales<sup>409</sup>.

El resultado que podría deducirse es que la CE es el límite al contenido de los Tratados internacionales que los poderes públicos españoles ratifiquen. Por ello el apartado 95.2 dispone un procedimiento de control de constitucionalidad de los Tratados efectuado en un momento previo a su ratificación. Con este procedimiento por un lado se preserva la normatividad de la CE, y por otro lado se impiden las

---

<sup>408</sup> Sin embargo, al inicio, la respuesta no se consideraba tan sencilla. La diferencia entre el procedimiento y el contenido de los artículos 93 y 94, junto a la naturaleza propia de las CC.EE hicieron que una parte de la doctrina se posicionara a favor del reconocimiento del artículo 93 CE como poder de reforma constitucional. Véase al efecto ALONSO GARCÍA, E., “La incidencia en el ordenamiento constitucional español de la ley orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas como puesta en práctica del artículo 93 de la CE”, en GARCÍA DE ENTERRÍA/GONZÁLEZ CAMPOS/MUÑOZ MACHADO (Dirs.), Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Civitas, Madrid, 1986, pp. 381 y ss. Recogiendo esta doctrina el Consejo de Estado español

<sup>409</sup> Como expone DE OTTO respecto de la integración europea: “La exigencia de que la Constitución se reforme sólo tiene sentido, como es obvio, si se parte de la base de que no es admisible un tratado con estipulaciones contrarias a la Constitución y que, por tanto, sólo con respeto a ésta cabe que España se sujete al Derecho internacional”, op. Cit., p. 26

consecuencias que tendría la posterior declaración de inconstitucionalidad de una disposición internacional aplicada en el Estado, consecuencias que podrían conllevar la propia responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento del Tratado. Con este procedimiento se permite entonces que los efectos internos de los Tratados recogidos en el artículo 96.1 adquieran todo su vigor una vez que han sido ratificados en conformidad con el contenido y los procedimientos de la CE<sup>410</sup>.

Debe repetirse que el posicionamiento constitucional sobre las relaciones con el ordenamiento internacional es de carácter monista. El Derecho de los tratados internacionales pasa a formar parte del ordenamiento interno a través de su ratificación y tras la publicación de los mismos en el Boletín Oficial del Estado. La eficacia de los tratados dispuesta en el art. 96.1 se pregonaba de todos los tratados internacionales, con independencia de que se hayan concluido a través del procedimiento del art. 94 ó 93 CE<sup>411</sup>.

Esta aparente indiferencia ha comportado el continuo replanteamiento de la base jurídica constitucional de la integración Europea, pues el TJ pregonaba la naturaleza especial del ordenamiento comunitario y su eficacia autónoma. Las dudas suscitadas en este sentido se han acentuado conforme los Tratados originarios han ido modificándose en favor de una mayor integración<sup>412</sup>. Más aun cuando tales modificaciones han profundizado en la integración política, y muy particularmente cuando el proyecto de reforma hubo de contemplar en su título la denominación de “Tratado Constitucional”. A tal efecto el artículo 95, a través del procedimiento preventivo de su apartado 2, se ha constituido en la principal garantía de que las enmiendas de los Tratados comunitarios no iban a suponer una vulneración de la

---

<sup>410</sup> Debe destacarse que desde una edad muy temprana el TC había considerado que tales procedimientos de garantía de adecuación entre tratados internacionales y CE debían ser suficientes, puesto que las cuestiones de contradicción entre normativa nacional y disposiciones internacionales de los tratados se limitaban a una cuestión de legalidad ordinaria. Ver STC 49/1988, 22 de marzo FJ 14.

<sup>411</sup> Como expone el Consejo de Estado en el “Informe sobre las modificaciones de la CE” n. E 1/2005 de 16 de febrero: “La Constitución prevé en el artículo 96 el régimen general de incorporación a nuestro sistema jurídico de los tratados internacionales celebrados por España, con independencia de que su autorización parlamentaria se realice en virtud de los artículos 93 ó 94.1, e incluso con independencia de que, en virtud del artículo 94.2 ,no precisen de esa autorización para su celebración”, p. 67.

<sup>412</sup> Así lo observa el Consejo de Estado en el Dictamen sobre la ratificación del Tratado de Maastricht, 421/92, de 9 de abril en relación entre el Derecho comunitario y el Derecho interno: “Se ha observado por la doctrina que la relación entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos de los Estados miembros no equivale exactamente a la relación de Derecho internacional y Derecho interno. Los Derechos estatales establecen con el Derecho internacional relaciones de sometimiento y coordinación que obligan a los Estados a adaptar sus ordenamientos a las exigencias de la Comunidad internacional. Pero dicha adaptación, aunque a veces sea automática, como dispone el artículo 96 de nuestra Constitución, es siempre imprescindible, porque los sujetos de Derecho internacional y de Derecho interno son distintos y las esferas de aplicación de ambos Derechos se mantienen separadas. En cambio, las relaciones del Derecho comunitario con el Derecho nacional son relaciones de integración. Las normas y las instituciones comunitarias están destinadas a integrarse y a coexistir con las de Derecho interno. Y tal integración se manifiesta en la comunidad de sujetos y de garantías que se da entre ambos Derechos: en efecto, los sujetos del Derecho interno lo son a la vez del Derecho comunitario y tienen acceso a los mecanismos que aseguran el cumplimiento de las normas de uno y otro ordenamiento. Esta relación de integración, por un lado, y la gran extensión que han ido ocupando las normas comunitarias, por otro, hacen que las conexiones entre la Comunidad Europea y los Estados miembros sean múltiples, proteicas y difíciles de reducir a una caracterización única”. Punto II del Dictamen.

normatividad constitucional. Sin embargo, en un segundo nivel, el verdadero problema se situó respecto del Derecho derivado surgido de las Instituciones comunitarias como expresión de las atribuciones de poder público, pues parecen no existir adecuadas garantías de adecuación constitucional<sup>413</sup>.

Efectivamente, con ocasión de la ratificación del “Tratado de Maastricht” en 1992 y del “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” de 2004, el Gobierno español se planteó, por un lado, la suficiencia del instrumento del art. 93 para ratificar Tratados de tan profundos planteamientos político constitucionales<sup>414</sup>; por otro lado, en conexión con el artículo 95, se cuestionó las consecuencias constitucionales derivadas de algunos planteamientos novedosos como la ciudadanía europea, la CDFUE y la positivización del principio de primacía, y en directa relación, los posibles límites constitucionales a la integración que implícitamente se deducían del propio art. 93.

Estas cuestiones fueron directamente planteadas en ambas ocasiones ante el supremo órgano consultivo del Gobierno, el Consejo de Estado (art. 107 CE), y en ambas ocasiones el dictamen final derivaba la cuestión hacia el TC por vía del art. 95.2 CE. Los dictámenes e informes de ambos órganos constitucionales han compuesto la situación concreta de las relaciones entre el ordenamiento constitucional español y el europeo, especialmente en relación entre Tratados europeos y CE, y configuran un extraordinario indicador de la composición general (a nivel comparado) del principio de primacía desde el punto de vista de los ordenamientos constitucionales. Por ello nos centraremos a continuación en la exposición y fundamentación de los motivos constitucionales internos sobre la eficacia del Derecho europeo en el orden constitucional español, poniendo especial énfasis en aquellos momentos en los que el debate se ha centrado en la cuestión del principio de primacía.

---

<sup>413</sup> De nuevo AZPITARTE SÁNCHEZ, M., El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado, op. Cit., aunque se expresa concretamente en la pp. 63-66 respecto del sentido político-constitucional del artículo 93, hago referencia al trabajo en su conjunto, basado precisamente en la dificultad para realizar una construcción concreta de las posibilidades de garantizar la constitucionalidad del Derecho derivado europeo.

<sup>414</sup> Para el Consejo de Estado, por ejemplo, el término político utilizado en el art. 94.1 tiene un ámbito que comprende sin duda el que es propio del término “constitucional”. Quiere ello decir que aquellos tratados que afecten a materia de directa relevancia constitucional habrán de ser autorizados por las Cortes (ver Dictamen n. 1368/1994, 21 de septiembre; y 1185/1992, de 25 de febrero). También ha afirmado que tendrán carácter político todos aquellos acuerdos que supongan un compromiso grave o estable para la política exterior española; y también aquellos que tienen una relevancia para la Comunidad internacional, ya sea por la importancia fundamental para ésta de los temas regulados en el Tratado, ya sea porque el tratado tiene una significación política básica para definir la posición de un Estado o grupo de Estados desde el punto de vista jurídico-internacional, (ver Dictamen n. 770/1993, de 10 de junio).

### 3.2. Los Dictámenes de los órganos constitucionales españoles sobre las relaciones con el Derecho europeo: de la supremacía a la primacía.

#### A) Planteamiento inicial del Consejo de Estado y matización del TC: El Tratado de Maastricht.

Mediante dos Dictámenes casi consecutivos, el Dictamen de 20 de junio n. 850/1991 y de 9 de abril n. 421/1992, el Consejo de Estado se pronunció tras el requerimiento del Gobierno español<sup>415</sup> para determinar conjuntamente las posibles consecuencias constitucionales de la integración política en el marco de la ratificación del Tratado de Maastricht, y sobre el adecuado procedimiento constitucional para prestar su consentimiento ante tan notable evento<sup>416</sup>. La cuestión de fondo es la inminente inserción en el Tratado de reforma de un nuevo título que contemplaría la “ciudadanía europea”, una iniciativa española que pretende conceder determinados derechos comunes a todos los nacionales de los EE.MM. Una ampliación de la atribución competencial que tiene, por tanto, una incidencia directa en los derechos de los ciudadanos<sup>417</sup>. El gobierno requería concretamente un dictamen sobre las posibles

---

<sup>415</sup> En materia de Tratados internacionales, es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, en Pleno o en Comisión Permanente, en los expedientes relativos a dudas y discrepancias que surgen en la interpretación o cumplimiento de los tratados en los que España sea parte; problemas jurídicos que suscite la interpretación o el cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de organizaciones internacionales o supranacionales; reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional; la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado en todos los Tratados o convenios internacionales; y disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales. Ver para un resumen de la doctrina del Consejo en este sentido PÉREZ-TENESSA, A., “Compendio de la Doctrina del Consejo de Estado (en el XXV Aniversario de la Constitución)”, Consejo de Estado/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003. pp. 57 y ss. La petición al Consejo en este caso: Orden de 10 de junio de 1991 y de 18 de marzo de 1992, que activan el procedimiento de consulta en base al anterior artículo 22 de la LOCE, que prescribe la consulta por parte del Gobierno a su comisión permanente «en todos los tratados y convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado». Sobre la reforma de la LOCE y sus diferencias, SALVADOR MARTÍNEZ, M., El Consejo de Estado ante la Reforma Constitucional, UNED, Teoría y Realidad Constitucional, num. 16, 2005, pp. 467 y ss.

<sup>416</sup> En el punto 7º del Dictamen 850/91 se expone que «“Solicita V.E. el parecer de este Consejo sobre si el reconocimiento a ciudadanos de Estados miembros de la Comunidad Europea residentes en España de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales sería posible a la luz de lo previsto en el artículo 13.2 de la Constitución. En segundo lugar, se requiere también la opinión sobre “si una eventual autorización de las Cortes Generales para ratificar el futuro Tratado constitutivo de la Unión Política sobre la base del artículo 93 de la Constitución permitiría el reconocimiento de los referidos derechos en favor de los ciudadanos de la Unión, cualquiera que sea la interpretación que merezca el citado artículo 13.2.”»

<sup>417</sup> Como dispone el punto 2 del planteamiento inicial del Dictamen 850/1991, la iniciativa española fue presentada en la Conferencia Intergubernamental sobre Unión Política, convocada por el Consejo Europeo de Dublín de 25 y 26 de junio de 1990 a través del anterior artículo 236 del TCEE para la revisión de los Tratados. La representación española pretende la inclusión de un nuevo Título en los Tratados constitutivos consagrado a la “Ciudadanía europea.” Con el objetivo de «superar la dimensión esencialmente económica de las Comunidades Europeas, potenciando el papel del ciudadano en el proceso de integración europea. La iniciativa en cuestión se tradujo en una propuesta de incorporar en el Texto de los Tratados constitutivos el concepto de “ciudadano europeo”, entendiendo por tal toda persona que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro, así como el reconocimiento en su favor de un determinado “status civitatis” Dicho “status civitatis” comprendería un elenco de derechos especiales, que vendrían a sumarse a los derechos de dimensión esencialmente económica que los Tratados constitutivos reconocen actualmente en favor de los nacionales de Estados miembros. Tales derechos consistirían concretamente en el derecho a la plena libertad de circulación y de residencia en

inconsistencias entre la previsión del derecho al sufragio activo “y pasivo”, de los ciudadanos europeos en las elecciones locales y al Parlamento europeo<sup>418</sup>, y el artículo 13.2 de la CE<sup>419</sup>, que establecía la posibilidad constitucional de ampliar el sufragio exclusivamente “activo” a los extranjeros en las elecciones municipales a través de un tratado.

La respuesta a la cuestión de fondo dictamina (respectivamente) que la ratificación de los tratados internacionales de carácter político deben realizarse a través del artículo 94.1.a) CE puesto que “requiere autorización de las Cortes Generales”. Sin embargo, las posibles discrepancias entre la CE y el Tratado de Maastricht, junto a las peculiaridades del TUE, hicieron prudente y posible aprobar las disposiciones sobre el sufragio, de nuevo, mediante la ley orgánica del art. 93, instrumento expresamente previsto para las ocasiones en las que se atribuyen competencias soberanas, y el derecho al sufragio de los ciudadanos se sitúa en un lugar privilegiado de la soberanía<sup>420</sup>.

Los fundamentos de ambos dictámenes del Consejo de Estado se basan en una distinción entre los procedimientos de prestación del consentimiento internacional un tanto peculiar. Concretamente el Consejo de Estado distinguía en el origen entre cuatro procedimientos para la celebración por España de tratados internacionales: el art. 95.1 es el procedimiento adecuado para ratificar Tratados contrarios a la Constitución y que exigen la modificación constitucional prevista en el Título X, el art. 93 se considera especialmente creado para la adhesión de España a las CC.EE y exige Ley orgánica<sup>421</sup>, el art. 94.1 exige la aprobación de las Cortes generales por

---

todo el territorio de la Comunidad, el derecho a la participación política en el Estado miembro de residencia, el derecho a la protección en el territorio de terceros Estados y el derecho a ser asistido por un "Mediador" u "Ombudsman" europeo.»

<sup>418</sup> Disposición que aparecía en el artículo C del documento de 7 de mayo que se estaba negociando en la conferencia intergubernamental donde se contempla "el reconocimiento del derecho de sufragio activo y de sufragio pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo en favor de los ciudadanos de la Unión en el Estado miembro en el que residan". Así como el artículo 8 B.2 del Tratado de Maastricht firmado el 7 de febrero de 1992: “Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida”.

<sup>419</sup> El artículo 13.2 de la Constitución declara que "solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales."

<sup>420</sup> El artículo 93 CE, como bien expresa el Consejo de Estado, es el «designio de los constituyentes de abrir el ordenamiento español a las influencias del derecho internacional». En contra de esta idea véase el voto particular del Magistrado del TC don Javier Delgado Barrio en la DTC 1/2004, de 1 de julio.

<sup>421</sup> Punto II de los Fundamentos del Dictamen 850/1991: “El artículo 95 de la Constitución se refiere a la celebración de tratados que contengan estipulaciones contrarias a la propia Constitución. El artículo 93 prevé la autorización mediante ley orgánica de "tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución." El artículo 94.1 establece un procedimiento para la celebración de aquellos tratados que, sin resultar comprendidos en el artículo 95 ni tampoco en el artículo 93, respondan a alguno de los supuestos que el mismo artículo 94 describe en cinco apartados designados con las letras a) a e). Por último, el artículo 94.2 fija un procedimiento para los tratados que no queden subsumidos en ninguna de las tres categorías anteriores”. Esta distinción se hace en base a la concreción de la doctrina asentada en el Dictamen 44.026, de 15 de abril de 1984 donde se disponía que “el poder celebrar tratados que afecten a la Constitución requiere la intervención del poder de revisión constitucional (art. 95.1) [poder constituyente constituido]; el Poder Legislativo es competente para celebrar tratados que afecten a la reserva de ley (art. 94.1), y el Gobierno es responsable en los demás supuestos (art. 94.2)”.

mayoría cuando el tratado tiene carácter político, militar, cuando afectan a la integridad territorial, a los derechos fundamentales, imponen obligaciones financieras o una modificación legislativa; y el del art. 94.2 compete en exclusiva al ejecutivo para los demás casos.

La distinción entre el art. 93 y el “procedimiento” del art. 95.1 conduce al Consejo de Estado a deducir el carácter de exclusión de ambos, puesto que el primero es un procedimiento que «rompe la rigidez propia de los mecanismos de reforma constitucional, pues basta una ley orgánica para celebrar un tratado que ha de afectar a competencias que derivan de la Constitución<sup>422</sup>». El Consejo de Estado considera que aunque el procedimiento del art. 93 fue ya utilizado para la adhesión a las CC.EE<sup>423</sup> no se agotó con tal adhesión, por lo que debe servir para cumplimentar las diferentes etapas por las que pase la integración europea, especialmente en su ampliación competencial, integración que se reconoce con una naturaleza «orgánica y evolutiva»<sup>424</sup>. La distinción realizada entre ambos procedimientos conduce a considerar que a través del art. 93, en definitiva, se salvaría la posible contradicción entre el Tratado y la CE en materia de sufragio pasivo a los nacionales de la Unión, puesto que la CE se entendería implícitamente modificada por la Ley orgánica de ratificación del Tratado. Por ello la elección del art. 93 excluiría al art. 95.1 y sería una alternativa a la necesidad de reforma constitucional expresamente prevista para las particularidades de la integración europea.

En coherencia con esta interpretación el art. 93 adquiriría un contenido propio de la reforma implícita de la CE. Pero esta naturaleza impone la prudencia de determinar límites a la reforma constitucional: «una ley orgánica de las previstas en el artículo 93, aprobada por unas Cortes ordinarias, puede autorizar un tratado que atribuya a una organización internacional competencias derivadas de la Constitución siempre que dicha atribución no afecte a materias constitucionales cuya reforma sólo puede efectuarse mediante el poder de revisión del artículo 168 de la Constitución, que está excluido de la competencia de unas Cortes ordinarias<sup>425</sup>». En este sentido el límite a la utilización del art. 93 para la atribución de competencias constitucionales a las Comunidades, son aquellas materias cuya revisión se reserva al procedimiento agravado del art. 168. Y el Consejo de Estado se atreve a definir tales límites en términos genéricos: «los valores superiores del ordenamiento, la forma y la estructura del Estado, sus bases institucionales, y los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo, Sección primera del Título I de la Constitución», son el límite a la

---

<sup>422</sup> Punto III de los Fundamentos del Dictamen 850/1991

<sup>423</sup> En los Dictámenes 44.186, de 15 de julio de 1982; 1261/1994, de 15 de setiembre, el Consejo confirma la Convención de Viena de 1969 respecto de la exclusión de los conceptos ratificación y adhesión.

<sup>424</sup> *Ibidem*: “Limitando el análisis al campo comunitario, cabe decir que una de las notas esenciales de la construcción europea es su naturaleza orgánica y evolutiva. La idea europea, que viene de muy lejos, ha atravesado diversas etapas y no es fácil hoy predecir su cristalización en una forma definitiva. De ahí que resulte perfectamente concebible una ulterior utilización de las posibilidades que encierra el artículo 93 de la Constitución, para ensanchar el ámbito de las competencias de ella derivadas cuyo ejercicio se atribuya a la Comunidad Europea”.

<sup>425</sup> *Ibidem*.

integración por vía del art. 93, haciendo una clara alusión al derecho comparado<sup>426</sup>. Al no encontrarse el art. 13.2 entre las disposiciones garantizadas mediante el procedimiento agravado de reforma, el art. 93 parecía ser suficiente para colmar la ratificación del tratado de Maastricht<sup>427</sup>.

A pesar de esta fundamentación sobre la distinción entre procedimientos, el Consejo de Estado remite la cuestión, prudentemente, al TC por medio de la cuestión previa de constitucionalidad del art. 95.2, considerando que la puesta en marcha de la integración política europea tiene tal «relevancia histórica» que tal procedimiento podría dar a España la certeza de iniciar «su andadura bajo el Tratado con la plena certidumbre, que sólo el Tribunal Constitucional puede dar, de hacerlo en armonía con su propia Constitución»<sup>428</sup>.

El Gobierno escuchó la propuesta del Consejo de Estado y activando el procedimiento de control previo de constitucionalidad<sup>429</sup> planteó el Requerimiento 1236/1992 al TC, preguntando, en primer lugar, sobre la suficiencia del art. 93 para ratificar el Tratado de Maastricht, y en segundo lugar, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre el Tratado<sup>430</sup> y el art. 13.2 de la CE. El orden del planteamiento es importante, puesto que deja entrever que, tanto para el Gobierno como para el Consejo de Estado, el procedimiento por el que se ratifique el Tratado depende esencialmente de la propia naturaleza del Tratado, de la atribución de competencias que a través de él se realice.

El Gobierno mantuvo en el procedimiento el planteamiento del Consejo de Estado, basando su posición en una argumentación bastante familiar a la doctrina europeísta, que los Tratados europeos tienen una naturaleza sui generis: «el TUE presenta la doble naturaleza de los Tratados fundacionales comunitarios, [que] son al mismo tiempo, norma mediante la que los Estados atribuyen competencias y normas que representan un primer ejercicio de esas competencias por parte de la Comunidad». La relación entre la CE y el TUE es pues la propia entre «ordenamientos autónomos, distintos y separados», por lo tanto no puede existir conflicto entre ambas

---

<sup>426</sup> Punto VI de los Fundamentos del Dictamen 850/1991

<sup>427</sup> El Gobierno defenderá ante el TC que «aunque quepa hablar de la existencia de límites implícitos, la definición de su alcance resultaría extraordinariamente complicada, máxime cuando, si acaso, habría de situarse en los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho, en los valores superiores del ordenamiento y en los derechos fundamentales; en todo caso, la reserva que a contrario realiza el art. 13.2 de la Constitución no puede considerarse parte integrante de ese núcleo material no susceptible de atribución, ya que ninguno de los valores y principios definidos en los arts. 1.1 y 10.1 de la Constitución incluye la reserva del derecho de sufragio pasivo municipal a los nacionales». Exposición de motivos de la DTC 1/1992, punto 3.a).

<sup>428</sup> Ver el Punto V de los Fundamentos del Dictamen 421/1992.

<sup>429</sup> A través de su desarrollo por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, artículo 78.1, que dispone: “El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un Tratado Internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado”.

<sup>430</sup> Concretamente el art. 8, b apartado 1, del TCEEE en la relación que resultaría del art. GB, 10 del TUE.

disposiciones puesto que son «preceptos dictados en ámbitos competenciales distintos y en el seno de ordenamientos diferentes, aunque coordinados»<sup>431</sup>. Por tanto no debían de existir contradicciones insalvables a través del art. 93.

Mediante la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio, se asentaba la doctrina definitiva sobre el asunto. Por un lado el TC se ceñirá estrictamente al *petitum* del Gobierno (art. 8B del TCEE vs. art. 13.2 CE). Con la excusa del carácter de justicia rogada del art. 95 CE la respuesta del TC adolecerá de una verdadera visión global del Derecho comunitario<sup>432</sup>. La gran novedad es que, pese a ceñirse al planteamiento realizado por el Gobierno, el TC alterará por completo el orden de los términos del planteamiento inicial del Gobierno, con una importante consecuencia. El TC, ciñéndose al ámbito de su competencia y alejándose de valoraciones de conjunto, situará la centralidad de la cuestión en la entera CE, y no en la naturaleza del Tratado. Para el Alto tribunal lo esencial es no sólo determinar si el art. 13.2 es contrario al TUE, sino si cualquier otro precepto de la CE impediría conceder el derecho al “sufragio pasivo” a los ciudadanos europeos. El resultado de tal cuestión determinará la forma de proceder a la ratificación y no al revés<sup>433</sup>, es decir, el procedimiento de ratificación se determina sobre la base de la CE y no del TUE.

Sobre la cuestión de fondo el TC concluye que, mientras que otros preceptos constitucionales no impondrían restricciones a la ratificación del TUE, de la literalidad del art. 13.2 se desprende que la CE no permite conceder el derecho de sufragio “pasivo” en las elecciones locales a no nacionales, y que por lo tanto, la concesión de este derecho «no cabe, pues, ni por Tratado ni por Ley», porque simplemente la CE no lo permite<sup>434</sup>. En tal situación, o se cambia el Tratado (introduciendo alguna reserva) o se modifica la CE como indica el art. 95.1<sup>435</sup>.

---

<sup>431</sup> Ver los Motivos presentados por el Gobierno en la DTC 1/2004, de 1 de julio, punto 3. a). El Gobierno abundará en esta cuestión diciendo que la relación entre ambos preceptos deriva de dos ordenamientos separados sin que ninguno suponga la derogación del otro, es la propia entre una norma de carácter general y norma de carácter especial.

<sup>432</sup> MARTÍNEZ SIERRA, J. M., *La recepción constitucional del derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 186 y ss. Insiste en que la estrechez del *petitum* del Gobierno provocará los desenfoques del TC sobre el ordenamiento europeo. El Gobierno socialista, en aquel momento, plantea el procedimiento de control con la plena consciencia de estrechar al máximo las consideraciones sobre la naturaleza del TUE.

<sup>433</sup> En el Fundamento Jurídico nº 2 expone: “La anterior exposición de peticiones, sucesivas y subsidiarias, no puede ser acogida (...) De los términos en que se pronuncia dicho mandato constitucional [art.95] queda suficientemente claro que la primera cuestión, decisiva y nuclear, a tratar en esta declaración es la de determinar si entre el precepto objeto de nuestro examen y el art. 13.2 u otros preceptos de la Constitución existe o no aquella contradicción, pues, sólo en el supuesto de que así fuera, tendría sentido indagar si por la vía del art. 93 o de la interpretación del art. 11 puede el Estado prestar su consentimiento al Tratado de Maastricht sin acudir a los procedimientos de revisión constitucional”.

<sup>434</sup> Fundamento Jurídico nº 3.

<sup>435</sup> Ver BARRERO ORTEGA, A., “La transformación de la Constitución española a la luz del derecho constitucional europeo”, *ReDCE*, n.10, 2008. En cierto sentido el TC pone sobre la mesa la importancia de las cuestiones sustantivas, teniendo en cuenta que en la interpretación del Consejo de Estado y la formulación de las cuestiones por el Gobierno se hacía patente que lo procedimental condiciona lo sustantivo, en palabras de CRUZ VILLALÓN, P., “Europeización de la Constitución española: una introducción al problema”, en *ID (Dir.)*, *Hacia la europeización de la Constitución española (la adaptación de la Constitución española al marco constitucional de Europa*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, pp. 25 y ss.



De esta respuesta se observa además una matización del TC a los planteamientos del Consejo de Estado. El art. 95.1 no es un procedimiento para ratificar tratados contrarios a la CE, sino la expresión de la normatividad de la CE, que se extiende sobre todo tipo de Tratados.

Respecto de la segunda cuestión el TC deja clara la complejidad del art. 93, un precepto de tipo “orgánico procedimental”<sup>436</sup>. Pero puede deducirse de él que, si tal y como ha argumentado, no supone la posibilidad de ratificar tratados contrarios a la CE, tengan la naturaleza que tengan, el procedimiento por el que se ratifiquen es indiferente en tanto no se resuelva la contradicción<sup>437</sup>. Así el artículo 93, es un procedimiento apropiado para ceder competencias constitucionales a organismos internacionales, pero «ni tal precepto es cauce legítimo para la “reforma implícita o tácita” constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del Tratado, de los imperativos constitucionales»<sup>438</sup>. Como expone contundentemente el TC, la atribución competencial del art. 93 permite modular «el ámbito de aplicación de las disposiciones constitucionales pero no su enunciado», puesto que el art. 95.1 impide que pueda existir una «colisión textual y directa entre la propia Norma fundamental y una o varias de las estipulaciones de un Tratado»<sup>439</sup>.

Con tales argumentos el fallo del TC determinaba «una contradicción irreductible por vía interpretativa» entre el Tratado de Maastricht y la CE, por lo cual, para ratificar el Tratado era necesaria la resolución de la contradicción por la única vía existente en Derecho: «la previa revisión de la Norma fundamental en la parte de la misma que impone hoy la conclusión de esta Declaración». El procedimiento de revisión constitucional del art. 13.2, punto en el que existía la contradicción, debería ser aquel general u ordinario contemplado en el artículo 167.

---

<sup>436</sup> Ver la Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 21/1991, que será comentada posteriormente.

<sup>437</sup> Ver el Fundamento Jurídico nº 4 de la DTC 1/1992, que dispone: “el tenor literal y el sentido mismo del art. 95.1, aplicable a todo tipo de Tratados, excluyen con claridad el que mediante cualquiera de ellos puedan llegar a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas la competencias que la Constitución confiere, algunas de las cuales pueden ser cedidas quoad exercitium, en virtud de lo dispuesto en su art. 93.”

<sup>438</sup> *Ibidem*: “Los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer ad intra sus atribuciones, y no otra cosa ha querido preservar el art. 95, precepto cuya función de garantía no debe resultar contrariada o disminuida por lo prevenido en el art. 93 de la misma Norma fundamental”.

<sup>439</sup> *Ibidem*: Puesto que “ni el poder de revisión constitucional es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no se el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto. Esta es la conclusión que impone el dictado del art. 95.1”.

Más allá de las abundantes críticas doctrinales al Dictamen<sup>440</sup>, quisiera destacar una conclusión central. El TC prescinde por completo de los argumentos sobre la naturaleza de las CC.EE, puesto que a pesar de haber sido empleados tanto por el Consejo de Estado como por el Gobierno, no se especificaban en el *petitum* de la Declaración. Y no repara en la estructura particular de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario, con una naturaleza “sui generis” y distinta al ordenamiento internacional. Se limita a concederle la particularidad que el propio art. 93 CE le reservaba.

En dos ocasiones cita la Sentencia *Costa c. ENEL* del TJ, la primera parafraseando los argumentos del Gobierno<sup>441</sup> y la segunda para afirmar que ratificar un Tratado que concede el derecho al sufragio pasivo a los ciudadanos europeos, no significa atribuir ninguna competencia constitucional, sino la extensión de un derecho no reconocido en la CE. De esta forma el TC sitúa la entera CE como centro absoluto de su reconstrucción de las relaciones interordinamentales. No atiende a la voluntad de “coordinación” entre ordenamientos planteada por el Gobierno y el Consejo de Estado, y no porque afirme la necesaria reforma constitucional, sino porque se queda en el exclusivo nivel de la contradicción “textual” entre ambas disposiciones, sin profundizar en las posibilidades constitucionales del artículo 93 ni en la cuestión de los “límites implícitos a la integración” suscitada en otros Estados miembros y planteada por el Gobierno y el Consejo de Estado<sup>442</sup>.

Para el TC el límite a la integración es toda la CE en su sentido literal, observándose una extrema rigidez en las posibilidades plurales de relación entre ordenamientos sin influencia ninguna de la realidad que expresaba tanto la integración

---

<sup>440</sup> Se posicionan, con sus matices, a favor de dar este sentido a la reforma: RUBIO LLORENTE, F., que expresa que «la autorización que la Constitución concede para que, mediante ley o tratado, se otorgue a los extranjeros el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales es una excepción del principio, consagrado en el mismo artículo, que limita a los españoles el ejercicio de los derechos políticos y no puede, en consecuencia, interpretarse más allá de sus términos estrictos», en “La Constitución española y el Tratado de Maastricht”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 36, 1992, p. 258; ARNALDO ALCUBILLA, E., “El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 34, 1992, pp. 67-97; FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 182-189; DE ESTEBAN, J., y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pp. 304 y ss. En contra RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: “Derecho internacional y fuentes del Derecho”, en el libro colectivo, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, IEF, Madrid, 1979, pp. 1733-1770; DE OTTO, I., *Derecho constitucional...*, op. Cit., pp. 26-27; ALONSO GARCÍA, E., “La incidencia en el orden constitucional español de la LO 10/85, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como puesta en práctica del artículo 93 de la Constitución”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (Dir.), *Tratado de Derecho comunitario*, I, Civitas, Madrid, 1986, pp. 379-382. Ver también LÓPEZ AGUILAR, J. F., “Maastricht y la problemática de la reforma constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, 77, 1992, pp. 57 y ss.; ARAGÓN REYES, M., “La Constitución Española y el TUE: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 42, pp. 9 y ss. Para un análisis sobre las diversas posiciones doctrinales sobre la sentencia ver ALONSO DE ANTONIO, J. A., “El derecho de sufragio en las elecciones municipales de los ciudadanos europeos no nacionales residentes en España”, *Anuario de derechos humanos*, n. 2, 2001, pp. 71-114.

<sup>441</sup> Punto 2 de los Motivos del Gobierno.

<sup>442</sup> De nuevo, sobre la obcecación del TC en la DTC 1/1992 con la contradicción textual ver CRUZ VILLALÓN, P., “Europeización de la Constitución española...”, op. Cit., pp. 25 y ss.

política como las doctrinas del TJ sobre la eficacia autónoma del Derecho comunitario en el ámbito interno<sup>443</sup>.

No obstante, y en mi opinión, debe decirse a favor del Tribunal que el Dictamen es expresión de una cautela. Esta cautela se relaciona directamente con la primera parte de esta Tesis doctoral: que la acción de los gobiernos a nivel internacional o comunitario no les puede permitir realizar aquellas políticas o iniciativas normativas que las garantías constitucionales de sus Estados no les permiten. Es decir, que la atribución competencial en el marco de la integración no puede suponer una oportunidad para el poder ejecutivo de burlar las garantías constitucionales que a nivel interno sujetan a todos los poderes públicos<sup>444</sup>, ni para realizar reformas implícitas de la CE por medio de una simple ley orgánica.

B) Otra oportunidad para la europeización del ordenamiento constitucional: la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Con ocasión de la ratificación del Tratado Constitucional europeo, el *iter procedimental* anterior volvió a repetirse: la Consulta por el Gobierno al Consejo de Estado, el reenvío implícito del Consejo de Estado al TC, y el Dictamen final del TC. No obstante, en esta ocasión, la “relevancia histórica del Tratado” y la profundidad “constitucional” de sus contenidos, en el que se positivizaba una Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE) y se procedía a una vigorización de los procedimientos democráticos del sistema decisorio de las Instituciones, sí provocó una reflexión profunda sobre la verdadera naturaleza del proceso de integración. La “constitucionalización” de los Tratados supuso que, en todos los discursos y todas las cuestiones planteadas, el principio de primacía, positivizado en el art. I-6 del TCUE, junto a la inclusión de la CDFUE en la parte II, fuesen los argumentos protagonistas para determinar la eficacia que los viejos Tratados tendrían ahora a nivel interno y los límites de los procedimientos constitucionales para la participación en la integración.

---

<sup>443</sup> En el fondo se está estableciendo un límite a la primacía del Derecho europeo originario o su eficacia frente a normas de rango constitucional. De esta forma se están asumiendo los primeros planteamientos sobre el carácter no absoluto e incondicional de la primacía. Estos postulados son los generales a nivel comparado. Con RODRIGUEZ IGLESIAS debe decirse que en aquel momento “ningún Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía del Derecho comunitario sobre el propio Derecho constitucional, lo que no es sorprendente, puesto que la función de los Tribunales constitucionales es precisamente la garantía jurisdiccional de la supremacía de la Constitución, supremacía que constituye el presupuesto de la existencia de un control de constitucionalidad”, Ver RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., “Tribunales constitucionales y Derecho comunitario”, en AA.VV. Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1191 y ss.

<sup>444</sup> Con más precisión se expresa en el Fundamento Jurídico 5 de la Decisión, alegando que el art. 9.1 impone la CE sobre todos los poderes públicos y que de seguir el planteamiento del Gobierno se estaría aceptando que los poderes públicos puedan de manera “ad hoc” prescindir de los límites impuestos por la Constitución: «Pues bien, este límite constitucional desaparecería -y con él la propia fuerza de obligar de la Constitución- si tomara forma jurídica y fuera aceptada la interpretación que el Gobierno ha expuesto».

En esta ocasión, sin embargo, con motivo de la nueva profundización en la integración europea, será el Consejo de Estado el que sitúe el énfasis en la necesidad de una reforma constitucional, pero no tanto desde el argumento de la salvaguarda de la “literalidad” de los preceptos constitucionales (TC) como desde la necesidad de acometer la “europeización de la Constitución”<sup>445</sup>, una definitiva articulación constitucional del proceso de integración. Por el contrario, el TC abogará por dejar las cosas como están, por negar un cambio sustantivo en los Tratados<sup>446</sup>. Permítanme que exponga la situación de forma diferenciada.

B.i) El Consejo de Estado, la positivización del principio de primacía y la CDFUE.

El Consejo de Estado en la Memoria de 2003 ya había expresado cual era su opinión sobre la naturaleza del TCEU. Lo calificó como «un texto escrito único, simplificador de los diferentes tratados anteriores, racionalizador de las doctrinas acuñadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con *pretensiones de primacía jurisdiccionalmente garantizada* y de estabilidad asegurada con una cierta rigidez en cuanto a su reforma se refiere». En tal sentido, pese a lo que pudiese derivar de tales caracteres constitucionales, el propio procedimiento de Dictamen dejaba constancia de que el texto era en lo formal un Tratado internacional<sup>447</sup>. Pero, no obstante, el Consejo de Estado no negaba la trascendencia del documento como «Tratado de integración supranacional», dejando constancia de aquel «*algo más*» en la esencia de los Tratados, alegado desde los orígenes por el TJ<sup>448</sup>. Para el órgano consultivo del Gobierno la pretensión “constitucional” del Tratado se reflejaba en su contenido de forma patente.

A pesar de su forma de Tratado, también el procedimiento utilizado por el Gobierno para el planteamiento del Dictamen ya dejaba entrever la trascendencia real del documento y las expectativas suscitadas en torno a él. Por ejemplo, esta vez el Gobierno solicita el dictamen antes de la propia firma (y no antes de su ratificación como era habitual), y antes de que el Consejo de Ministros autorizase su firma por el

---

<sup>445</sup> De nuevo, a nivel general, para un análisis de la situación constitucional tras las diversas decisiones y dictámenes para la ratificación del TCUE, ver CRUZ VILLALÓN, P., “Europeización de la Constitución española: una introducción al problema”, op. Cit., pp. 25 y ss. Ver Fundamento IV del Dictamen del Consejo de Estado 2544/2004.

<sup>446</sup> La novedad del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ha sido resaltada por la doctrina española, Vg. LÓPEZ PINA, A., Europa un proyecto irrenunciable. La Constitución para Europa desde la Teoría Constitucional, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 213-280. También se ha señalado la “introspección” del TC a la hora de asumir tales cambios. La naturaleza de los Tribunales constitucionales en el Estado constitucional se caracteriza por su “estatalidad” al tener como parámetro de sus atribuciones de control a la Constitución nacional; ver CRUZ VILLALÓN, P., “El papel de los Tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión”, en ID., La Constitución inédita. Estudios ante la Constitucionalización de Europa, Madrid, Trotta, 2004, pp. 67-68.

<sup>447</sup> Más aun si nos remitimos a los artículos del TCEU IV-447 y IV-443, en los que se establece que la entrada en vigor del mismo necesita de su ratificación por los Estados miembros y la entrega de los instrumentos internacionales típicos.

<sup>448</sup> STJ 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos* (Párrafo tercero de las consideraciones sobre el fondo) considera los Tratados originarios como «*algo más* que un acuerdo que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes»

Presidente. Pero lo más simbólico, sin duda, es el compromiso del Gobierno de someter a referéndum el Tratado antes de su ratificación<sup>449</sup>.

En cualquier caso, el Gobierno, había considerado que, de acuerdo con la práctica, el procedimiento parlamentario para la ratificación debía ser el dispuesto en el art. 93. Y afirmó que *a priori* no debía existir contradicción entre la CE y el TCEU, puesto que en el art. I-5 se positivizaba la obligación por parte de la Unión de respetar las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de sus Estados miembros, haciendo alusión a los límites identificados por el Consejo de Estado en los anteriores dictámenes.

Mediante Dictamen de 21 de octubre de 2004, n. 2544, el Consejo de Estado examina el contenido del Tratado. Reitera su posición respecto del art. 93 CE como «cláusula mediante la que, a través de un mecanismo *ad hoc* (...) se permite verificar una transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a la Unión o a las Comunidades Europeas»<sup>450</sup>. Acogiendo la doctrina de la DTC 1/92, procede a examinar el contenido concreto del TCEU desde el parámetro de la suficiencia de la Ley orgánica o la necesidad de una reforma Constitucional previa (95.1 CE).

En primer lugar, el Consejo de Estado considerará la existencia de una importante «incidencia en el régimen de atribución de competencias a la Unión Europea». Por ello considerará necesario profundizar en los posibles “límites” al procedimiento del art. 93, como ya hizo en el Dictamen de 1992<sup>451</sup>.

La incidencia en las competencias y el art. 93 CE se relacionan conforme a la doctrina del TC. Según la cual esta disposición opera una cesión del “ejercicio de poder público”, no de su “titularidad”<sup>452</sup>, puesto que la titularidad del poder público es inherente a la soberanía del Estado. Por ello el constituyente dispuso a través del art. 93 la atribución «“de competencias” y no de “las” competencias»<sup>453</sup>. Esta especificidad significa que no cabe «una atribución en bloque o global de la totalidad de las competencias que supusiera (...) la quiebra de la pervivencia de la organización

---

<sup>449</sup> En este sentido ver ROLDÁN MARTÍN, A., “El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, 2005, pp. 335 y ss.

<sup>450</sup> Fundamento II del Dictamen 2544/2004 del Consejo de Estado.

<sup>451</sup> En el Fundamento II del Dictamen se lee: “Como se ha dicho anteriormente, el artículo 93 permite que, mediante ley orgánica, se autorice la celebración de tratados por los que “se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. De la literalidad del precepto resultan algunos límites a la posibilidad de que la autorización se produzca”.

<sup>452</sup> Decisión de 1 de julio de 1992, del Tribunal Constitucional, 1/92, respecto de la ratificación del Tratado de Maastricht, FJ 4.

<sup>453</sup> Recuerda que esta especificidad es fruto de “haber prosperado una enmienda relativa a la supresión del artículo plural femenino en el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, aceptada por todos (Diario de Sesiones de 6 de junio de 1978)”.

política del Estado». Un “vaciamiento” de sus competencias soberanas<sup>454</sup>. Tras un análisis exhaustivo del TCEU, el Consejo considerará que en el Tratado no existe una cesión en bloque de competencias soberanas<sup>455</sup>. A grandes rasgos, para el Consejo de Estado, el Tratado no ha hecho sino clarificar el reparto competencial, por lo que la soberanía estatal queda salvaguardada. En última instancia, como nota el Consejo de Estado, la soberanía estatal se encuentra además garantizada en el TCEU por dos medios: por la revocabilidad de la atribución competencial expresada en la *cláusula de retirada voluntaria* (art. I-60 TCEU<sup>456</sup>) y por el afianzamiento de la cláusula de respeto de las identidades nacionales (I-5 TCEU). Estos dos argumentos justifican el carácter de cesión de “ejercicio” y no de titularidad de las competencias.

La atribución competencial del art. 93 respecto del TCEU no amenaza por tanto a la Soberanía. Pero aun así, la cesión de competencias debe salvar otro límite, el límite de la contradicción literal con la CE, determinado por el TC en la DTC 1/1992, que supone la salvaguarda del normativismo de la CE y de su supremacía en el ordenamiento interno, que como determinó el TC, es la condición establecida por el art. 95.1, límite a la activación del procedimiento del art. 93. Es decir, mediante ley orgánica de ratificación puede cederse el ejercicio de competencias soberanas modulando así «el ámbito de aplicación, [pero] no el enunciado, de las reglas que las han instituido y ordenado». La aplicación de la doctrina del TC conduce al Consejo de Estado a un análisis sobre posibles contradicciones textuales entre el Tratado y la CE<sup>457</sup>, haciendo surgir el tema central del Dictamen: la posibilidad de contradicción

---

<sup>454</sup> En tal sentido, parece hacer referencia a determinadas categorías acuñadas por la doctrina como la de *Soberanía dividida*, según la cual la soberanía es una y está compartida en una pluralidad de esferas de competencia absoluta constitucionalmente garantizadas, en tal concepto la clave es la demostración de que las dos esferas de competencia gozan de autonomía, pero que la Titularidad de la soberanía es indivisible y pertenece a un único cuerpo. En este sentido como órgano supranacional podríamos encontrar dos ejemplos: la Confederación, donde el órgano supranacional o central carece de autonomía y su poder deriva del acuerdo de los estados confederados; y la Federación, donde el órgano central es autónomo y originario, ya que se distingue del acto instituido a través de un proceso de autoafirmación, un proceso histórico. Esta segunda versión parecería encajar mejor con la idea de integración europea realizada por el TJ en *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL*, por ello el TC y el Consejo de Estado ven oportuna la distinción realizada por el Constituyente. Vemos cómo en última instancia se nos reconduce a una cuestión entre la soberanía y la autonomía del Estado. Para una somera explicación de tales conceptos y diferencias me remito a CANNIZZARO E., “Il pluralismo dell’ordinamento giurídico europeo e la questione della sovranità”, *Quaderni Fiorentini*, n. 31, 2002.

<sup>455</sup> Por un lado, la atribución competencial no debe verse aumentada involuntariamente por el método finalista de distribución (el método funcional de los Tratados) ni por la *cláusula de flexibilidad* competencial puesto que la expansión de las funciones de la UE no debe suponer una modificación de sus competencias sino por el método de reforma expresamente previsto en los Tratados. Por otro lado, advierte una restricción de la cláusula de flexibilidad en el perfeccionamiento del principio de proporcionalidad y subsidiariedad mediante el procedimiento de *alerta rápida*. Además aparece una nueva división competencial en categorías: exclusivas, compartidas, de apoyo y normas competenciales negativas. Como expresa literalmente en el Fundamento II: «el nuevo sistema recogido en el Tratado clarifica y precisa el marco competencial de la Unión reduciendo, en consecuencia, el amplio margen de interpretación que los Tratados han permitido hasta ahora»; por lo que «si anteriormente el sistema de atribución de competencias... no ha sido óbice en la ratificación para considerar suficiente el procedimiento del artículo 93, con menor motivo habría de serlo ahora»

<sup>456</sup> Artículo que ha sido recuperado por el Tratado de Lisboa. Artículo 50 TUE.

<sup>457</sup> Nos referimos al carácter concedido por el TC al art. 95 de la Constitución como límite del art. 93, puesto que éste, como quedó dicho “no es el cauce legítimo para la reforma implícita o tácita de la Constitución”. Esta afirmación debe entenderse en el sentido expuesto por RUBIO LLORENTE: «la Constitución de Europa sólo puede construirse sobre las Constituciones nacionales, no sobre sus ruinas», artículo publicado en EL PAIS, 11 de julio de 2003.

entre la positivización del principio de primacía<sup>458</sup> del Derecho europeo y la supremacía de la Constitución.

A los efectos de esta tesis es necesario constatar que en el TCEU se positivizó por primera vez la jurisprudencia del TJ sobre el principio de primacía. La primacía apareció positivizada por primera vez en el art. I-6 en los siguientes términos: “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”. El órgano constitucional considera, en coherencia con el TJ, que la primacía significa la *prevalencia* de cualquier norma del Derecho, tanto originario como derivado, sobre el Derecho interno «cualquiera que sea su rango» incluyendo el constitucional. Este principio «opera, pues, contra cualquier fuente ya sea anterior o posterior al Derecho comunitario y respecto de los órganos jurisdiccionales como del resto de los órganos del Estado». La supremacía constitucional, por un lado, se concreta en el art. 9.1<sup>459</sup> CE en relación con todo el ordenamiento jurídico interno, en el art. 95.1, como ya dijimos, respecto del Derecho internacional y en el Título X, como consecuencia de la posible contradicción entre uno y otro.

Ante la posible fricción entre el art. I-6 TCEU y los arts. 9.1 y 95 CE, el Consejo alude a la Declaración anexa al TCEU<sup>460</sup>. En ella se expresa que la primera disposición «refleja la jurisprudencia existente del TJ y del Tribunal de Primera Instancia» y «sólo» esta, por lo que a simple vista no engendraría ninguna alteración de la situación anterior en relación con el principio. Efectivamente primacía y supremacía no habían presentado problemas constitucionales desde que España asumió el acervo comunitario en 1986. Sin embargo, el Consejo de Estado considerará que la particularidad del principio respecto del Tratado es la situación en la que se presenta, su positivización. La inclusión material en el Tratado podría suponer mayores consecuencias puesto que «si no se quiere desvirtuar la eficacia del Tratado» deberíamos entender que, su positivización en el TCEU debe tener efectos de mayor calado que su simple decantación por vía jurisprudencial<sup>461</sup>, y es que deben deducirse

---

<sup>458</sup> El fundamental extremo en que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa puede entrar en conflicto con la vigente Constitución española es, en palabras de la Memoria del Consejo de Estado de 2003, el relativo a la supremacía de la Constitución española.

<sup>459</sup> El artículo 9.1 CE declara «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»

<sup>460</sup> No sólo en la Declaración anexa al TCEU. También en el debate sobre la reformulación del TCEU en el proyecto del futuro Tratado de Lisboa aparece un dictamen similar del Servicio Jurídico del Consejo en el que asimila la primacía con el único concepto del TJ. Esté o no «incluido en el futuro Tratado (de Lisboa) no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo DOC. 1.1197/07)

<sup>461</sup> No sólo su positivización, también el lugar específico donde se ha intentado positivizar dentro del TCEU, el artículo «10 que venía justo después de los principios aplicables a las competencias de la Unión (...) fue transferido al art. I-5, ya que contenía una cláusula que en apariencia sólo detallaba el principio de lealtad federal; hasta ahí bien (...) pero ninguna explicación federal se ha dado para que el contenido del artículo 10 que contenía el principio de primacía haya sido trasladado a un nuevo lugar: el artículo I-6 (...) si este cambio afecta al ámbito del principio de primacía y cuáles sean las consecuencias de incluirlo en la Constitución de la UE es una cuestión abierta a debate», Memoria del Consejo de Estado pp. 76 y ss.

algún tipo de consecuencias temporales del hecho de que «el Tratado eleva a norma de la Constitución para Europa la primacía del Derecho comunitario»<sup>462</sup>.

Con ello parece afirmar la posibilidad de un cambio sustancial en la configuración del principio por su positivización, pudiendo esto suponer una contradicción entre la supremacía del art. 9.1 CE y el art. I-6 TCEU, contradicción que por el carácter de ambas disposiciones y de las normas que las contienen podría traer consecuencias de importante relevancia constitucional.

Así la cuestión, la primacía positivizada debe relacionarse con la inclusión de la CDFUE en la Parte II del Tratado. Al adquirir la CDFUE carácter vinculante, y en virtud del principio de primacía, podría ésta significar una reestructuración implícita del poder no asumible por el artículo 93. Y es que, como indica el Consejo de Estado, los derechos y libertades de la Carta constituyen parámetro de licitud de cualquier acto o disposición en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión apreciable por cualquier órgano judicial de los Estados miembros. La confluencia ahora en el mismo ámbito de aplicación de las garantías constitucionales nacionales, las europeas (CDFUE), y las internacionales (CEDH de Roma de 1950<sup>463</sup>), puede tener «importantes consecuencias para los órganos jurisdiccionales internos que en la aplicación del Derecho comunitario se encontrarán vinculados tanto por dicha Carta como por la Constitución». El deber del juez nacional de inaplicar cualquier norma que resulte incompatible con el Derecho europeo, ante la apreciación de una vulneración de un derecho reconocido en la Carta, y en consecuencia, en la CE (en tanto que fruto de las Tradiciones constitucionales de los Estados) conllevaría «un cierto control “difuso” de adecuación al Derecho comunitario que puede incidir en el

---

<sup>462</sup> Fundamento III del Dictamen.

<sup>463</sup> Respecto de los derechos fundamentales, concretamente, el Consejo de Estado es consciente de la existencia de tres regímenes simultáneos o «parámetros en la tutela de los derechos fundamentales». Esta no es sino la constatación de lo que la doctrina ha llamado “constitucionalismo multinivel”. Como lo define PERNICE “multilevel constitutionalism” es la Constitución Integrada de Europa formada por la pluralidad de instrumentos constitucionales de los Estados y la Comunidad y la anexión de los instrumentos de protección de los derechos humanos de carácter internacional. Ver I. PERNICE, R. KANITZ, “Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe”, Walster Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, WHI Paper 7/2004. Para una aproximación al tema de la Constitución integrada ver I. PERNICE, F. C. MAYER, “La Costituzione integrata dell’Europa”, WHI-Paper 7/2003, donde se afirma: «el ordenamiento europeo daría vida a un multilevel Constitutionalism; a un orden constitucional sustentado por “constituciones parciales” desde diversos niveles constitucionales recíprocamente integrados y complementarios, ninguno de los cuales puede pretender más la exclusividad». «Es un proceso “multilevel” especialmente estimulante sobre la vertiente de los Derechos (...) como carácter dinámico de proceso de integración europea como proceso de *Constitution Making* aspecto que los hechos de formación de la CDFUE confirman plenamente». La protección de los Derechos humanos en el TCEU y su positivización en la Parte II es una prueba de esta doctrina emergente, en la que confluyen en el mismo ámbito de aplicación las garantías constitucionales nacionales, las europeas (CDFUE), y las internacionales (CEDH de Roma de 1950). El Consejo de Estado no se ve en condiciones de hacer un análisis hacia el futuro, puesto que como alegaba el profesor Rubio Llorente, «el nuevo sistema de garantías de los derechos en el estado constitucional contemporáneo del *multilevel* europeo no está aún configurado» [RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la UE)”. Revista española de Derecho Constitucional. nº 64, 2002], pero no obstante apunta los problemas que pueden surgir en relación al juez nacional sometido a un doble parámetro interpretativo y de validez.



monopolio de invalidación de normas con rango de ley que corresponde al TC<sup>464</sup>». De esta forma el binomio primacía-CDFUE, en opinión del Consejo de Estado, podría suponer un cambio de importante calado en la posición suprema de la CE, así como una posible contradicción textual<sup>465</sup>.

La consideración de esta problemática constitucional originada en torno al concepto de la primacía del Derecho europeo y los efectos de su “constitucionalización” en los Tratado empuja al Consejo a recomendar la remisión al TC para una decisión final por vía del artículo 95.2 CE, como «mecanismo preventivo de conflictos», para que se pronuncie con carácter previo a la ratificación del TCEU sobre la compatibilidad del art. I-6 (primacía) con la supremacía constitucional (art. 9.1 CE), así como sobre las implicaciones de la inclusión de la CDFUE<sup>466</sup>.

El reenvío al procedimiento del art. 95.2 tiene entonces para el Consejo de Estado una trascendencia especial. De observarse una contradicción deberá realizarse una reforma constitucional previa a la ratificación, reforma en la que se implican disposiciones constitucionales claves, como el art. 9.1 o los derechos fundamentales. Esta reforma, de ser necesaria y según prevé el Consejo, debería acometer una revisión profunda sobre la constitucionalización del proceso de integración europea, y ante tal previsión plantea una solución propia: la inclusión de una “cláusula europea” a la manera de algunos Estados miembros.

### B.ii) La reforma constitucional y la cláusula europea del Consejo de Estado

La propuesta del Consejo de Estado tiene un carácter más político que jurídico, y se refiere más que a una actual colisión textual a la voluntad de salvar contradicciones

---

<sup>464</sup> El consejo de Estado recuerda la doctrina de la STC 58/2004 mediante la cual, reenviando al dilema del Derecho italiano en los asuntos *Costa c. ENEL* y *Simmenthal*, *cit.*, debe recordarse que «sólo mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 puede dejar de ser aplicada una ley» postconstitucional por ser contraria a la Constitución. El Consejo, ante las expectativas de colisiones provocadas por la positivización del principio de primacía y de la CDFUE se remite al TC, al que «corresponderá aclarar el sentido de la vinculación de las autoridades españolas por la Carta, las relaciones de ésta con nuestro sistema constitucional de derechos y libertades y el modo de depuración de las normas que la contradigan». Todas las afirmaciones del Consejo de Estado de este párrafo pertenecen al Fundamento III y IV del Dictamen

<sup>465</sup> Esta apreciación, recuerda a los problemas planteados por el Derecho italiano en el marco de los asuntos *Costa c. ENEL* y *Simmenthal*. Efectivamente remite a la cuestión de la inaplicación de normas internas con rango de ley, relacionadas a través del principio de primacía del Derecho europeo, por el juez nacional como juez comunitario, y a la posición del TC como garante de la constitucionalidad de las normas internas en un marco jurídico conformado por dos ordenamientos con distintos parámetros de validez pero que cada vez se aproximan más en sus contenidos. Debemos recordar que nada más entrar España en las CC.EE, el TJ aplicó la doctrina *Simmenthal* a dos asuntos en las que nuestro Estado se encontraba implicado. El TJ dejó constancia de que los mismos problemas que había planteado el sistema constitucional italiano en su integración con el Derecho comunitario podían reproducirse en España por la simetría de sus garantías constitucionales. Ver la STJ de 11 de julio de 1989, asunto *Ford España*, C- 170/88; igualmente STJ de 26 de abril de 1988, asunto *Apesco*, C- 207/86.

<sup>466</sup> Para BALAGUER CALLEJÓN, F., el planteamiento del problema y el reenvío al TC para su solución es una dejación de sus funciones “que resulta impropio en un órgano de esta naturaleza”. BALAGUER CALLEJÓN, F., “Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una constitución para Europa”, La ley, n. 5, 2004, pp. 1501 y ss.

posteriores o futuras<sup>467</sup>. La pretendida reforma no señala un conflicto puntual como en 1992, sino que atiende a una verdadera revisión de la CE que integre definitivamente y de una vez por todas los posibles conflictos futuros. Como expresa el Órgano consultivo «quizás mejor que proceder a reformas materiales puntuales cada vez que se detecte una colisión, sería, siguiendo las pautas de otros modelos constitucionales europeos, introducir en la propia Constitución una *cláusula* de integración que incorpore un mecanismo que por sí solo y en sí mismo permita (...) una apertura general del ordenamiento español al ordenamiento comunitario y, en su virtud, se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad (...) de dicho ordenamiento».

La solicitud de Dictamen previo al TC, tendría, pues, una finalidad más trascendente que en Maastricht, se justificaría el empeño consultivo por su visión de futuro, la creación de una *cláusula europea española*, una disposición para “europeizar” la Constitución, para salvar que en su texto vigente no exista ninguna mención expresa a la Unión europea, ni en el plano teleológico (como objetivo) ni en el normativo, ni respecto a las implicaciones competenciales que la integración conlleva. La idea del Consejo de Estado se mueve entonces en el plano político-constituyente, puesto que con la reforma se pretende salvaguardar en última instancia la concepción de la supremacía constitucional, (desde su carácter de voluntad de un poder constituyente), pretensión que cree reforzar con la inclusión en la *cláusula europea* de los límites materiales a la integración que ha ido deduciendo desde 1992 en torno al art. 93 CE<sup>468</sup>.

Para profundizar en la idea de “europeizar la Constitución” debemos saltar hasta 2006, al “Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución española” de 16 de febrero. En este informe el Gobierno planteó una hipotética reforma constitucional sobre varios aspectos de la CE, entre los que se planteaba la necesidad de hacer referencia en la CE a la integración de España en la UE. Así se cuestionaba la necesidad de resolver si la voluntad de participación en la UE es absoluta e incondicional, o si por el contrario la integración está sometida a ciertos límites constitucionales; si la expresión de tal voluntad debe tener fuerza normativa y

---

<sup>467</sup> El Consejo de Estado enuncia en el Informe sobre modificaciones de la Constitución de 2006 que «aunque el problema fundamental de la integración sea político y no estrictamente jurídico, se proyecta necesariamente en el plano del Derecho. Por eso, muchos de los Estados miembros han hecho el esfuerzo de incorporar al propio texto constitucional su condición de miembros de una entidad supranacional, subrayando al mismo tiempo, para preservar su propia entidad, la existencia de límites infranqueables a las cesiones de soberanía», p. 50.

<sup>468</sup> Los límites o contralímites se incluirían en la cláusula europea a la manera de los ordenamientos de los demás EE.MM: “Los Tribunales Constitucionales nacionales (al menos el italiano, el alemán y el español) parecen sostener que el conflicto debe resolverse como un supuesto de opción entre sistemas normativos, sin que quepa hablar de jerarquía, y, de hacerlo, ésta debería salvarse a favor del texto constitucional, al menos su “núcleo duro” (Declaración 1/2004 del TC español, FJ 3 y 4), llegando el TC alemán a establecer que los principios fundamentales de la Constitución nacional emergen como límites a las competencias de la Comunidad (Sentencia sobre el Tratado de Maastricht, BVerfGE 89, 155). El Consejo Constitucional francés, más que límites “a posteriori”, ha establecido la necesidad de reforma previa de la Constitución no solo en caso de conflicto expreso con sus normas del futuro Tratado sino cuando éste afecte a las “condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía” de las que ha dado variados ejemplos. Ver el Informe *del Consejo de Estado sobre la Inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008, n. E 1/2007p. 28

en tal caso debe constitucionalizarse; y si la voluntad de participación, es una característica fundamental del Estado constitucional español.

Sobre lo que ahora nos interesa debe aclararse que lo que el Consejo de Estado pretende conseguir con la mención constitucional del proceso de integración es una adecuación entre ordenamientos que implica aceptar las derivaciones que resultan de la participación de España en la UE desde la propia CE. Se trata de confirmar la eficacia particular de las disposiciones comunitarias en el ámbito interno, la primacía, pero desde una base jurídica en la Constitución interna con la que, al mismo tiempo, se expresen los propios límites a esta primacía. La inclusión de unos límites expresos a la primacía en la CE le daría contenido al principio al tiempo que garantizarían el marco constitucional desde su supremacía<sup>469</sup>. Más en general, la mención del proceso de integración en la CE supone reforzar que «es la Constitución la que determina cómo, con qué procedimientos y con qué límites se pueden celebrar los tratados, la que determina cuál es la apertura del ámbito interno al ordenamiento comunitario y la que en última instancia determina su incidencia en el ordenamiento interno». En resumen, la cláusula europea ofrecería un fundamento al principio de primacía desde la propia CE que reforzaría su carácter supremo incluyendo límites a la atribución competencial y a la eficacia de las normas europeas<sup>470</sup>.

El Consejo de Estado parte de las premisas del TJ, la conexión de dos ordenamientos autónomos que deben garantizar su propia coherencia estructural<sup>471</sup>.

---

<sup>469</sup> Informe sobre modificaciones de la Constitución española de febrero de 2006, apartado 4.1. En la página 94 del Informe el Consejo se expresa en los siguientes términos: “Las fórmulas concretas que se utilicen en el texto de la Constitución Española podrían reconocer el valor de las normas europeas a partir de su propio ordenamiento jurídico, pero, en principio, si la voluntad de participar se sujeta a límites, por mucho que se plantee por algunos como mera hipótesis, no se puede dar valor ilimitado a normas, especialmente de Derecho derivado, cuyo proceso de elaboración y de aplicación está sujeto a muchos menos controles que el de aprobación de los Tratados constitutivos. Por tanto, afirmar el valor ilimitado del Derecho comunitario chocaría incluso con la manifestación de participar en la Unión siempre que se respete la esencia de la estatalidad y los valores y principios sobre los que aquella se asienta”. Y en la página 95: “Los límites lo son, en principio, para las autoridades españolas, pues las autoridades comunitarias, en tanto tales, solo están sujetas a los criterios enunciados en los Tratados, sin perjuicio, no obstante, de la relevancia que estos principios pudieran tener en cuanto manifestación de tradiciones constitucionales comunes a los Estados. Pero, por otro lado, estos límites no solo jugarán en el momento de la celebración de los Tratados –en cuanto no permitirían celebrar tratados contrarios a aquellos principios-, sino también en la comprensión de las relaciones entre ambos ordenamientos, e incluso en el tratamiento de las eventuales colisiones normativas que surgieran entre uno y otro, puesto que la primacía tendría como techo esos principios”.

<sup>470</sup> Se seguiría la solución alemana. La posición del Tribunal Constitucional Federal Alemán es que la ley de aprobación del Tratado está considerada como base de la realización de la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho nacional. Esta concepción califica el Derecho constitucional de un Estado como norma suprema que puede permitir a una entidad supranacional crear un ordenamiento propio si no se atribuye a sí mismo la decisión sobre la cuestión de qué ordenamiento debe prevalecer sobre el otro. Sin embargo, esta es una posición distinta a la del TJ. Con ARNOLD debe defenderse que en atención a la uniformidad de la validez del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros es preferible la concepción de Costa/Enel porque se corresponde más con las exigencias inherentes al Derecho supranacional, ver ARNOLD. R., “Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo Alemán”. ReDCE, num. 1, 2004, p. 105

<sup>471</sup> Literalmente, dice que se trata de “cohesionar dos órdenes jurídico-políticos, estrechamente imbricados, pero no reducidos a unidad: el orden constitucional interno, basado en la soberanía nacional cuyo titular es el pueblo respectivo, y el orden de la Unión Europea a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes y cuya existencia implica, en consecuencia, una limitación de la soberanía del Estado”, *Informe sobre modificaciones de la*

Pero aporta una cuestión central: la autonomía entre ambos ordenamientos no puede nunca soslayar al Estado, en tanto que «pieza básica del sistema» jurídico europeo. Desde esta premisa se profundiza sobre hasta dónde cabe avanzar en la integración, hasta dónde cohonstar los ordenamientos, sin que el Estado deje de existir, y en tal sentido establecer los límites de la propia identidad constitucional del Estado<sup>472</sup>.

Efectivamente, sobre los límites a la integración el Consejo de Estado señala que «están íntimamente relacionados con la necesidad de garantizar la permanencia de la esencia de la estatalidad española en la propia Constitución». Considera a la vez que la propia UE se fundamenta en esta garantía de estatalidad y que así ha sido dispuesto en el propio art. I-5 del TCEU<sup>473</sup>. Precisamente porque en el Tratado constitucional se refleja la garantía de respeto a las identidades nacionales «conviene que dicho principio figure también en el texto constitucional» y que tal reflejo sea a la vez una expresión de la conexión de ambos ordenamientos. Esta expresión afianza la garantía de estatalidad y constitucionalidad en los Tratados, al tiempo que «la inclusión expresa de los límites a la participación en un artículo de la Constitución podría coadyuvar a la interpretación de la primacía del Derecho Comunitario», como esencia de la unidad del ordenamiento europeo, de su existencia y como contrapartida a la existencia de límites de estatalidad a la integración, elementos estrechamente relacionados en el concepto y en el fundamento existencial de la UE. Y es precisamente aquí, en la esencia europea de los valores nacionales constitucionales y el respeto a la estatalidad, donde se fundamenta la supranacionalidad de la Unión europea como algo distinto a la internacionalidad y el federalismo<sup>474</sup>.

Por este motivo es necesario realizar una reforma constitucional e insertar una cláusula constitucional que establezca los términos de la relación en forma de garantías de estatalidad y constitucionalidad, límites que junto a su disposición expresa en los Tratados configuren la base de la propia naturaleza de la integración

---

*Constitución de febrero de 2006*, p. 49. También unos años después se referirá de nuevo a este problema aun por resolver: “España, pues, como todos los Estados que forman parte de la Unión Europea, se encuentra abocada a la tarea de cohonstar dos órdenes jurídico-políticos que comparten en la práctica el mismo ámbito de aplicación territorial y personal” *Informe del Consejo de Estado sobre la Inserción del Derecho europeo en el Ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008, n. E 1/2007, pp. 26- 28.

<sup>472</sup> El respeto a la estatalidad es condición indispensable de la supranacionalidad de la Unión, rasgo que lo diferencia de los efectos típicos de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho iusinternacional, caracterizadas por una adaptación del ordenamiento nacional al internacional. La connotación de la supranacionalidad conlleva, por el contrario, no la inserción de uno en el otro, sino la coexistencia (autonomía) y mutua influencia («y de asegurar en todo momento la funcionalidad -<multilevel constitutionalism>-»). Por ello la propuesta del Consejo consiste en la concreción de la expresión estatal de la voluntad de pertenencia a la Unión, «de manera que se otorgue a esa pertenencia a la Unión un carácter esencial que matice la propia esencia del Estado y sea expresivo de la manera en que el pueblo español quiere concebir su propia soberanía». Informe sobre modificaciones de la Constitución del Consejo de Estado de febrero de 2007, número; E 1/2005, p. 90, apartado 4.2 *in fine*. Con esta pauta se revaloriza la soberanía del Estado como voluntad propia de integración, cambiando de alguna forma aquello que el propio Consejo había considerado respecto del Tratado de Maastricht. Ver por ejemplo el Dictamen 421/ 1992, de 9 de abril, apartado II: «los derechos estatales establecen con el Derecho internacional relaciones de sometimiento y de coordinación que obligan a los Estados a adaptar sus ordenamientos a las exigencias de la Comunidad internacional».

<sup>473</sup> Artículo transpuesto en el Tratado de Lisboa en el artículo 4 del mismo.

<sup>474</sup> Página 89 del Informe sobre modificaciones de la Constitucionalidad española de febrero de 2006

sobre el doble elemento comunitario y estatal (como elementos inseparables), al tiempo que determinen la extensión de las relaciones de primacía<sup>475</sup>. El Consejo propone los términos de la reforma y de la cláusula<sup>476</sup>:

- es necesario una primera revisión del Preámbulo que exprese la voluntad soberana de pertenencia a la UE en los siguientes términos: *«La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran en el uso de su soberanía, proclama su voluntad de:.. Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra y... participar activamente del proceso de integración europea».*

- en segundo lugar la inclusión de un nuevo artículo X bis en un nuevo Título VII bis o VIII bis “De la Unión Europea”: *«1. España participa en el proceso de integración europea y, con este fin, el Estado español, sin mengua de los principios consagrados en el Título preliminar, coopera con los demás Estados miembros a través de instituciones comunes en la formación de una Unión comprometida con el Estado de Derecho, la Democracia y los derechos fundamentales. 2. La prestación del consentimiento para la ratificación de Tratados a través de los que se lleva a cabo la participación de España en la integración europea requerirá la previa autorización*

---

<sup>475</sup> Es esencial en este discurso determinar el modo de positivización (en la Constitución) de la expresión de la voluntad, como fundamento de la supranacionalidad de la Unión y, en consecuencia, de respeto a unos límites que aseguren el carácter de estatalidad y de constitucionalidad. El Consejo de Estado recurre al Derecho comparado de los demás Estados miembros. El Consejo sostendrá un segundo modelo consistente en la introducción de límites a las pretensiones normativas del Derecho europeo sea cual sea la fórmula «que se emplee para articular ambos ordenamientos desde la primacía del uno y la supremacía del otro». La concreción de los límites en una cláusula europea es la fórmula que a juicio del Consejo de Estado produce una mayor adecuación entre ambos ordenamientos. Estos límites, conviene recordar, afectarían sólo a las autoridades españolas que apliquen el Derecho europeo (sin perjuicio de la relevancia que no obstante tales límites pudiesen tener como concreción de las Tradiciones constitucionales de los Estados miembros), aunque no sólo jugarán en el momento de ratificación de los tratados, sino también en la comprensión de la articulación de las relaciones entre ambos ordenamientos e incluso en el tratamiento de las eventuales colisiones normativas que surgieran entre uno y otro «puesto que la primacía tendría como techo esos principios». Me remito al Informe de 2006.

<sup>476</sup> Por un lado, la expresión constitucional de pertenencia a la Unión es una manifestación de voluntad, pero por otro lado, debe tener carácter normativo para articular de forma efectiva ambos ordenamientos. Por ello el lugar en el que se inserte dentro de la Constitución garantizará en mayor o menor medida la estatalidad y constitucionalidad. Para ello el Consejo de Estado aconseja la inclusión no sólo en el Preámbulo de la Constitución, donde se expresan el resto de manifestaciones de voluntad colectiva, sino también la creación de un nuevo artículo 93 bis en el propio capítulo III del Título III, o mejor aun, la creación de un nuevo capítulo específico bajo el rótulo “*De la unión Europea*” inserto en el Título VII o VIII (Economía y hacienda, Organización territorial), ya que como bien argumenta, no se está «ante una reforma que afecte al sistema de fuentes (únicamente) del Derecho o al proceso de ratificación de Tratados constitutivos, (...) sino ante una nueva forma de entender la estructura del Estado: la participación misma como manifestación normativa de la voluntad» [Informe 2006, p.104, apartado 4.4]. Por ello la *cláusula europea* debe tener un carácter normativo imprescindible que dote de la fuerza vinculante necesaria a los tres preceptos que se pretenden incluir en la constitución, estos son: primero, una referencia a que España participe en la Unión Europea, recogiendo los límites inherentes a tal participación mediante una descripción de los mínimos de estatalidad española como fundamento de las propias características de la Unión (como ordenamiento supranacional según el Consejo de Estado) y del respeto de esta a los derechos fundamentales. Segundo, la regulación del procedimiento de autorización para la prestación del consentimiento para celebrar futuros tratados, teniendo ya en cuenta el carácter constitucional de los efectos de la integración (mayoría absoluta de ambas Cámaras). Y por último una referencia a las relaciones entre ambos ordenamientos, estableciendo que tanto la validez como la eficacia de las normas europeas en el ámbito interno se rigen por los propios criterios comunitarios.

*de las Cortes Generales por mayoría absoluta de ambas Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, el Congreso por mayoría de tres quintos podrá autorizar la celebración de dichos tratados. 3. Dentro del marco establecido en el apartado 1, los tratados de la Unión europea y las normas emanadas de sus instituciones en el ejercicio de sus competencias serán aplicables en España en los términos definidos por el propio Derecho de la Unión»<sup>477</sup>.*

Al reafirmar la voluntad constitucional de participación en la UE, desarrollar el procedimiento de prestación del consentimiento en un sentido agravado y garantizar la eficacia autónoma del Derecho europeo por “imperativo constitucional”, el Consejo de Estado considera que se permitiría la “europeización de la Constitución” al mismo tiempo que el desarrollo del proceso de integración “constitucionaliza Europa” (TCEU)<sup>478</sup>. La “Cláusula europea” sería expresión del acercamiento paulatino entre ambos ordenamientos a través de límites implícitos (subrayados en el texto) que salvaguardan en última instancia la eficacia particular del Derecho europeo sin vulnerar la estatalidad<sup>479</sup>.

Como observamos, y tal y como se planteó en el punto anterior, el principio de primacía, en la propuesta del Consejo de Estado adquiere un protagonismo indudable en la cuestión de las relaciones entre ordenamientos, profundizando en su vertiente político-constitucional como expresión de la división del poder. El Consejo de Estado expone claramente su consideración sobre el principio de primacía desde el marco de las relaciones entre ordenamientos, como un principio de carácter no absoluto e incondicional que encuentra límites claros (el carácter de estatalidad y la soberanía

---

<sup>477</sup> Conclusiones del Informe de 2006.

<sup>478</sup> Asistimos a un doble proceso de “europeización” de la constitución, y de “constitucionalización” de la integración en expresión de PÉREZ TREMP, P., “Constitución española y Unión Europea”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 71, 2004.

<sup>479</sup> Esta propuesta ha sido criticada por la doctrina por diversos motivos. En primer lugar BALAGUER CALLEJÓN, F., “Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, La Ley, Unión Europea, n.6138, 2004, señala que la “europeización de la constitución” no puede quedar limitada a una cláusula europea, sino que debería responder a un debate más amplio para dar cuenta de la diversidad de ámbitos de la reflexión constitucional interna. Si realmente tal propuesta tiene un espíritu “profético”, con vistas hacia el futuro, la tensión entre espacios constitucionales debería conducir a que las modificaciones en el ámbito europeo sean asumidas por los otros ámbitos, por lo que para corregir las fuertes asimetrías constitucionales habría que hacer un esfuerzo de convergencia de los Estados miembros en una política constitucional europeísta y no individualizada. Además de que «una política constitucional de sentido europeo no puede basarse en la pasividad generada por la aceptación incondicional de las decisiones con incidencia constitucional interna que nos vengan de la UE», pasividad que podría ser provocada por una cláusula europea ajena a un procedimiento abierto de debate político y social sobre los fines de la Unión y los límites constitucionales. Un verdadero debate propio de una voluntad pluralista que pretende estructurarse, de una pluralidad de ordenamientos jurídicos que “quieren” integrarse. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “La España Europea: voces concurrentes en el discurso constitucional europeo”, *Op. cit.*, considera que con esta propuesta el Consejo de Estado parece pretender, pese a la solicitud de dictamen al TC, despojar a este de su protagonismo al final del procedimiento de consulta, incluyendo los contralímites de forma expresa, y despojando al TC de su capacidad para interpretarlos, deducirlos, flexibilizarlos desde lo político hasta lo jurisdiccional, como más adelante veremos en el siguiente epígrafe. Por el contrario, en defensa de la cláusula europea ver CRUZ VILLALÓN, P., El Tratado según la Constitución: tres planteamientos, ponencia presentada al VI Congreso iberoamericano de constitucionalistas en Sevilla 2004. En el mismo se puede leer «más vale asumir formalmente las reformas materiales para evitar el desgaste semántico de la Constitución». Más desarrollada esta idea en CRUZ VILLALÓN, P., Europeización de la Constitución Española: una introducción al problema, *op. Cit.*

estatal, la atribución del ejercicio competencial y no de “la competencia”, la contradicción textual con la CE...) Aboga por un modelo de relaciones que clarifique un marco de competencias no atribuibles del Estado frente al proceso de integración, es decir, el establecimiento de unos principios claros de división de ámbitos de poder entre el nivel europeo y el nivel constitucional. En esta división sitúa al principio de primacía, con una nueva naturaleza positiva, como elemento central frente al que clarificar límites constitucionales, espacios de soberanía que suponen el límite de la atribución de competencias al poder supranacional y límite de la propia integración. En este sentido el principio de primacía se comprende desde una vertiente político-constitucional, como reflejo de la emergente división del poder en la sociedad europea. Esta concepción político-constitucional es la que mantiene el Consejo de Estado cuando propone la constitucionalización de la primacía mediante la cláusula europea<sup>480</sup>, como expresión de una verdadera reestructuración de la organización político-social.

### C) La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional Español sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto de la primacía del Derecho europeo<sup>481</sup>. Pero debe destacarse especialmente la Declaración de 13 de diciembre de 2004 sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Siguiendo las recomendaciones del Consejo de Estado en el Dictamen 2544/2004, el Gobierno activó el procedimiento del art. 95.2, requiriendo al TC que se pronunciase sobre tres aspectos concretos:

- a) la suficiencia del artículo 93 para ratificar el TCEU,
- b) la existencia o no de una contradicción constitucional entre el artículo 9.1 CE y el artículo I-6 TCEU,
- c) la existencia de contradicción entre el artículo 10.2 CE y los artículos I-111 y I-112 del TCEU, de la Carta de Derechos de la UE. Y cuál sería, en caso de contradicción, el cauce revisorio necesario para ratificar de forma efectiva el Tratado.

#### C.i) Profundización en la naturaleza del artículo 93 CE: límites implícitos

La DTC 1/2004 de 17 de diciembre, comienza su “argumentación jurídico-constitucional” reafirmando en la doctrina de la anterior Declaración 1/1992 respecto de los diferentes procedimientos establecidos en el Capítulo III del Título III. Concretamente sobre la corrección hecha al Consejo de Estado acerca de las diferencias entre las disposiciones del artículo 95 y 93. En este sentido recuerda que el

---

<sup>480</sup> «los Tratados de la Unión europea y las normas emanadas de sus instituciones en el ejercicio de sus competencias serán aplicables en España en los términos definidos por el propio Derecho de la Unión»

<sup>481</sup> Algunas de ellas, las más clarificadoras sobre el proceso de “comprensión” del principio son SSTC 28/1991, de 14 de febrero; 64/1991, de 22 de marzo; 120/1998, de 15 de julio; 130/1995, de 11 de septiembre; 58/2004, de 19 de Abril.

artículo 95.2 CE, tiene pues una *dimensión cautelar internacional*<sup>482</sup>. No es pues un procedimiento más de ratificación de Tratados<sup>483</sup>. Por el contrario el artículo 93 CE sí es un procedimiento de *índole orgánico-procedimental*<sup>484</sup>, un cauce no equiparable a los procedimientos de revisión, que sirve de «soporte constitucional básico» de la integración del ordenamiento interno con «ordenamientos autónomos por su origen».

Lo novedoso es que ahora, el TC, destacará la dimensión sustantiva del art. 93 como expresión de su virtualidad para la heterointegración<sup>485</sup> «cuya puesta en juego constituye de por sí una aplicación de la Constitución misma (...) un inequívoco acto de ejercicio de la Soberanía de España»<sup>486</sup>.

El nuevo calado de la interpretación del art. 93 es expresión clara del reconocimiento oficial por el TC de la particularidad de la Unión Europea frente a otros organismos internacionales, destacando que este procedimiento contribuye a la creación de un ente supranacional distinto con un ordenamiento propio «dotado de particulares principios rectores de eficacia y de las exigencias y límites de la aplicabilidad de sus normas». Es decir, se confirma la virtualidad integracionista del art. 93, su finalidad hacia un orden supranacional de naturaleza autónoma como el Derecho europeo. Lo que realmente distingue al art. 93 de los demás procedimientos es que éste comprende además la «necesidad de proporcionar a las organizaciones internacionales (...) los instrumentos indispensables para garantizar el cumplimiento del Derecho por ellos creado». Es decir, mediante el art. 93 CE se procede no sólo a la ratificación de Tratados, sino a la atribución de competencias soberanas a entes internacionales, atribución que permite crear un ordenamiento jurídico con capacidad para garantizar su propia eficacia: eficacia directa de sus disposiciones y primacía. El artículo 93 es el fundamento del principio de primacía y de la eficacia directa; el art. 93 es, para el TC, fundamento de los instrumentos autónomos de garantía del ordenamiento jurídico europeo. Por tanto, al tiempo que permite la primacía impone la aparición de límites. Esta función del ordenamiento integrado de garantizar su propia

---

<sup>482</sup> Fundamento jurídico 2 DTC 1/2004.

<sup>483</sup> Literalmente, *Ibidem*: “Se trata, en definitiva, de asegurar la supremacía de la Constitución sin perjuicio alguno para esos compromisos, procurando evitar que la posible contradicción entre una y otros haya de resolverse una vez integradas en el Ordenamiento las normas pactadas; esto es, cuando de la lógica de la supremacía de la Constitución puedan derivar consecuencias incompatibles con la lógica del respeto a lo internacionalmente acordado”. Siguiendo pues la DTC 1/1992, el TC volverá en esta ocasión a afirmar “sin paliativos” que la declaración que al propio Tribunal corresponde sobre la base del artículo 95.2 no es un mero dictamen, sino un genuino acto jurisdiccional con plenos efectos vinculantes y fuerza de cosa juzgada (arts. 164 CE y 86, 87, 93 LOTC. Ver sobre la profundidad de la interpretación por el TC del procedimiento de control previo DIEZ-PICAZO, L. M., “El Derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, Revista Española de Derecho Constitucional, n. 54, 1998, p. 261-269. “La afirmación de que el uso del proceso previsto en el artículo 95.2 CE dota de «estabilidad jurídica plena» a los tratados internacionales resulta enigmática”.

<sup>484</sup> En la DTC 1/1992, FJ 4. Ya caracterizado así en la STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4.

<sup>485</sup> Aunque como dice el profesor LÓPEZ CASTILLO la autorización para la ratificación del Estatuto de Roma por el que se establecía el TPI se realizó por el mismo procedimiento mediante LO 6/2000, hecho que «hace difícil asumir la dimensión sustantiva del artículo 93 salvo que se pueda explicitar a todo tipo de supuestos iusinternacionalistas» LÓPEZ CASTILLO, A., “La Unión europea «en constitución» y la Constitución estatal en (espera de) reformas”, Constitución española y Constitución europea, CEPC, Madrid, 2005, Págs. 13 y ss.

<sup>486</sup> FJ 2 DTC 1/2004



eficacia, dispone el Alto tribunal, «sólo puede verse obstaculizada por un entendimiento inadecuado» del art. 93 CE.

La aceptación de los instrumentos de garantía del nuevo ordenamiento mediante el art. 93 impone límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, puesto que a la eficacia concedida a las normas europeas por virtud del art. 96 se sumará su eficacia directa y su primacía, consecuencias de la naturaleza autónoma de las mismas: «producida la integración la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias...<sup>487</sup>». La limitación “inevitable” de la soberanía del Estado, expresada en la aceptación de un marco de validez distinto a la CE para normas eficaces en el mismo ámbito territorial del Estado, impone que el TC profundice aun más en el art. 93 y deduzca del mismo determinadas garantías *implícitas* de la constitucionalidad del derecho integrado<sup>488</sup>, siguiendo la línea del Consejo de Estado.

El TC no acepta una integración incontrolada del nuevo ordenamiento y deduce del propio art. 93 determinados *límites materiales* a la integración, una dimensión sustantiva o material del artículo que no cabe ignorar. Con esta afirmación se adhiere a los planteamientos de los tribunales constitucionales europeos y recoge la doctrina conocida como doctrina de los “*contralímites*”<sup>489</sup>. Esta doctrina puede resumirse en la siguiente afirmación de la propia Declaración:

*«la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional»<sup>490</sup>.*

<sup>487</sup> Fundamento Jurídico 1 DTC1/2004.

<sup>488</sup> Se trata, como expone el FJ 2 *in fine*, de: “límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto”. Como bien afirma DIEZ-PICAZO, L. M., “el auténtico problema es... ¿hasta qué punto el artículo 93 CE, que sólo exige previa autorización mediante ley orgánica, es base suficiente para seguir transfiriendo relevantes cuotas de poder a unas instituciones europeas que no satisfacen los requisitos mínimos de cualquier democracia constitucional?”, “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, cit., p. 270.

<sup>489</sup> Aunque ya hemos expuesto las consideraciones pertinentes de esta doctrina a través de la jurisprudencia debe recordarse que surge a raíz de las Sentencias de la Corte Constitucional Italiana y del TCF alemán, *Frontini* y *Solange I y II* (decisión de 22 de octubre de 1986) respectivamente. La decisión *Solange II*, que puso armonía entre las ideas nacionales y comunitarias sobre la aplicación de la primacía quedó en entredicho por la Sentencia *Maastricht Urteil* de 12 de octubre de 1993, pero más tarde neutralizada por la decisión de 7 de junio de 2000 en el conocido caso *Bananas*. Recogida en un análisis comparativo en CELOTTO, A., y GROPPPI, T., Derecho UE y Derecho nacional: *Primauté vs. Contralímites*, op. Cit., pp. 287 y ss.

<sup>490</sup> FJ 2 *in fine*. De nuevo con DIEZ-PICAZO, L. M., “si alguna lección hay que extraer de la ya larga pugna entre justicia comunitaria y justicia constitucional, es que los más destacados exponentes de ésta última han reservado sus esfuerzos para aquellas cuestiones que, como la protección de los derechos fundamentales o las exigencias del gobierno representativo, afectan a la esencia misma del constitucionalismo”, “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, cit., p. 270.

Debe concretarse que los “contralímites” se conciben de manera particular frente a la eficacia de las normas europeas en el ordenamiento nacional, y más específicamente, sobre la aplicación del principio de primacía como consecuencia de un contraste entre normas de ambos ordenamientos. Si la primacía, siguiendo la doctrina *Simmenthal*, “limita” la eficacia de una norma nacional y exige su desaplicación por el juez, los “contralímites” suponen la cancelación del principio de primacía y de sus consecuencias cuando la norma europea es incompatible con los principios del Estado social y democrático de Derecho.

En el caso español, el TC concreta tales límites dando un paso más en la identificación del mínimo de estatalidad y constitucionalidad que el Consejo de Estado había distinguido como “principio básico” de la relación con el ordenamiento supranacional. El TC declarará que tales límites a la integración son: «el respeto a la soberanía del Estado», el «respeto a las estructuras constitucionales básicas», y el respeto al «sistema de valores y principios fundamentales entre los cuales los derechos fundamentales encuentran sustantividad propia». En consecuencia, el ordenamiento europeo integrado en virtud del art. 93 CE desplegará su eficacia en el orden interno siempre que se encuadre dentro de estas garantías constitucionales inquebrantables<sup>491</sup>.

Como se observa en la Declaración, el artículo 93 no es, por tanto, un mero procedimiento de integración de Derecho en nuestro ordenamiento, tiene ahora un contenido sustancial concreto. Supone para el TC un instrumento de estructuración entre el ordenamiento constitucional nacional y el Derecho europeo estableciendo límites implícitos a la propia integración, límites que son expresión del principio de supremacía constitucional<sup>492</sup>.

### *C.ii) El principio de primacía y la supremacía constitucional*

Debemos volver a situarnos en las cuestiones concretas planteadas al TC por el Gobierno. No olvidemos que la DTC 1/2004 es el fruto de la activación del art. 95.2 CE. Entre estas cuestiones el conflicto esencial planteado por el Consejo de Estado se

---

<sup>491</sup> Parte de la doctrina jurídica ha aplaudido la asunción de la doctrina de los contralímites exacerbando el principio de constitucionalidad. Por ejemplo SAIZ ARNAIZ, A., “De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, CEPC, Madrid, 2005, pp. 51 y ss.: «aceptar que ni siquiera los fundamentos del propio sistema de organización del poder público están a salvo del empuje de la primacía es pura y simplemente inaceptable, salvo que la constitución deje de ser lo que está llamada a ser».

<sup>492</sup> Deber recordarse que el Consejo de Estado había enfocado previamente estos límites mediante la distinción de las materias constitucionales sometidas a un procedimiento de revisión agravada. En el fondo la base jurídica es la misma: la supremacía constitucional. Por ello debe añadirse a estos límites, aquellos idénticos pero más genéricos identificados por el Consejo de Estado: a) los valores, estructuras y principios fundamentales del Estado. Y sobre estos mismos debe abundarse en la DTC 1/92: b) la prohibición de no contradicción con una regla categórica y precisa de la constitución española cuando tal regla se halle vinculada a algún aspecto básico del sistema constitucional interno, cuya contradicción provocaría la “contradicción textual” a la que nos referimos más arriba, situación que provocó la revisión constitucional previa a la ratificación del Tratado de Maastricht.

situaba en la hipotética contradicción entre la positivización del principio de primacía frente a la supremacía constitucional. El TC declara de forma tajante que la positivización en el Tratado del principio de primacía en su art. I-6 no plantea una contradicción con el art. 9.1 CE. Los fundamentos esenciales son los siguientes<sup>493</sup>.

En primer lugar, la primacía no tiene alcance general. Se apoya en la Declaración anexa al Tratado que «acota la primacía del Derecho al ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas a las Instituciones europeas». Ello significa que «tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica», sino como una «exigencia existencial» de ese Derecho «a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados». Por un lado enlaza esta justificación con las afirmaciones antes expuestas: el procedimiento del art. 93 CE permite la atribución de competencias a la Unión para dotarse de «los instrumentos indispensables para garantizar el cumplimiento del Derecho por ellos creado». Por tanto la primacía debe entenderse como uno de esos instrumentos de su eficacia autónoma.

En segundo lugar, el Estado mantiene la decisión soberana de retirada voluntaria de la Unión. Atendiendo al artículo I-60, la posibilidad de retirada voluntaria de la Unión se entiende como «verdadero contrapunto del artículo I-6, que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros»<sup>494</sup>. La retirada voluntaria de la UE es, en el discurso del TC, última garantía de la soberanía del Estado, y en este sentido prueba de la distinción entre la primacía como herramienta autónoma de eficacia del Derecho europeo y la supremacía constitucional como expresión de la soberanía del estado. La participación en la integración y la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno son expresiones de la voluntad soberana del estado.

Por último, partiendo de los argumentos anteriores, el TC realizará una controvertida<sup>495</sup> distinción dogmática entre los conceptos jurídicos de primacía y supremacía. Son «categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados». Por un lado, «la primacía se desenvuelve en el orden de la aplicación de normas válidas», normas pertenecientes a ordenamientos diversos y con fundamentos de validez diferentes<sup>496</sup>. Ante un conflicto normativo la primacía «se sustenta en la distinción de

---

<sup>493</sup> FJ 4 DTC 1/2004.

<sup>494</sup> Esta posibilidad de retirada voluntaria ha sido transferida al vigente TUE en el artículo 50, que en su apartado 1 expresa: “Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión”.

<sup>495</sup> Por ejemplo MARTÍNEZ SIERRA, J. M., considerará que el TC trata de “distinguir en lo indistinguible”, Ver ID., La recepción constitucional del Derecho comunitario, Tirant, Valencia, 2007, pp. 229 y ss.

<sup>496</sup> La CE es la fuente de validez de las normas nacionales y, como dispone el TC en el FJ 2 «producida la integración la Constitución deja de ser el marco de validez» de las normas europeas. Estas se rigen por el fundamento de validez de los Tratados. Puede decirse que el conflicto entre soberanía, supremacía y constitución se resume en el cambio de espacios de relación interordinamental. Como ya afirmamos en los Estados pluralistas la constitución mantiene la unidad del ordenamiento con su supremacía formal, al estructurarse tales relaciones plurales de manera unitaria por la articulación que la propia constitución dispone, siendo esta el centro de imputación último de todas las relaciones interordinamentales en el Estado. Sin embargo en el ordenamiento europeo no existe este referente supremo a ambos

ámbitos de aplicación de diferentes normas» de las cuales una de ellas tiene capacidad de desplazar a la otra «en virtud de su aplicación preferente o prevalente por diferentes razones», pero no determina la validez de la norma desplazada<sup>497</sup>. La supremacía, en cambio, se desenvuelve en el orden de los procedimientos de producción, y se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma sobre la otra, en este caso de la CE, «y por ello es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella». Debe decirse que la supremacía implica irremediabilmente primacía, salvo que haya sido la propia norma suprema la que haya previsto su propio desplazamiento. Pero en el caso de la integración de la Unión Europea esto último es «lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su artículo 93». A través de este precepto constitucional se asume el acervo comunitario y se acepta el desplazamiento normativo de las disposiciones nacionales en el ámbito competencial que le es propio a las Instituciones de la Unión, pero no de manera absoluta<sup>498</sup>.

---

ordenamientos —nacional y europeo— y la constitución nacional deja de ser referente necesario de la estructuración de las relaciones. El peligro que encuentra el TC es que en tal situación de autonomía recíproca la CE puede perder su carácter supremo, poniendo en peligro la certeza de la soberanía del Estado. Ver BALAGUER CALLEJÓN, F., “*Fuentes del derecho*”, en “La experiencia constitucional”, CEPC, Madrid, 2002, pp. 161 y ss.

<sup>497</sup> DTC 1/2004, Fundamento jurídico 4

<sup>498</sup> Quizás la crítica más repetida y recurrente a esta distinción dogmática es el peligro que conlleva para la seguridad jurídica, tal y como fue señalado por RODRIGUEZ ARRIBAS en el Voto Particular a la DTC 1/2004, 1; La acumulación de disposiciones nacionales desplazadas de forma regular por disciplinar un ámbito de competencias en el que las disposiciones europeas priman, pueden crear un “limbo” de disposiciones válidas y vigentes pero no eficaces, que repercutirían (en cuanto que concierne directamente a los ciudadanos) en el principio de seguridad jurídica, presupuesto necesario de todo orden jurídico, situada en el centro de todo sistema jurídico, como certeza del Derecho aplicable. Por ello sería recomendable la derogación de tales disposiciones no aplicables por métodos internos. En este sentido ver LÓPEZ CASTILLO, A., SAIZ ARNAIZ, A., FERRERES COMELLA, V., Constitución española y Constitución europea: Análisis de la declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre), CEPC, Madrid, 2005, espec. el comentario de Saiz Arnaiz. También CELLOTO, A., “La prevalencia del Diritto comunitario sul Diritto degli stati: ambito e portata della disapplicazione”, Revista Iberoamericana de Derecho procesal, n.8, 2007, pp. 113 y ss. Como doctrina que con anterioridad a la DTC 1/2004 preveía esta necesidad DESANTES REAL, M., “El Tribunal Constitucional y la garantía de aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales” Noticias UE, n. 118, 1994, pp. 43 y ss.; IZQUIERDO PERIS, J. J., “El Tribunal Constitucional como órgano de garantía del Derecho comunitario en España”, Gaceta Jurídica de la CEE, n. 87, 1993, pp. 15 y ss. La primacía, debería efectivamente concluir con la depuración del ordenamiento interno, tal y como ha tratado de afirmar el TJ, por ejemplo, con la segunda afirmación en la STJ *Simmenthal*. Más recientemente, en la STJ *Provincia de Bolzano* 389/1989, de 11 de julio ó STJ *Comisión c. Italia* de 15 de octubre de 1986, el TJ ha sido consciente de las complejidades y distorsiones que resultan de mantener en un ordenamiento jurídico normas vigentes y no eficaces. Por ello ha recordado en su jurisprudencia que es obligación de los Estados depurar y aclarar su propio ordenamiento, para excluir todas las normas que puedan inducir a confusión y dificultar la aplicación plena de la disposición comunitaria prevalente. Para ello ha llegado a proponer en sus sentencias que tal obligación de aplicación del Derecho europeo comprenda la derogación de las normas incompatibles. Sin embargo el TC no ha entrado a conformar esta doctrina. Como veremos más adelante, en aplicación de la doctrina *Simmenthal*, el TC ha negado de forma general el carácter constitucional del conflicto entre normas o actos nacionales y disposiciones nacionales, relegándolo al ámbito de la determinación de la norma aplicable por el juez ordinario. [SSTC 28/1991, de 14 de febrero; 64/1995, de 22 de marzo (132/1989, de 18 de julio, FJ 12; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 180/1993, de 31 de mayo, FJ.2; 372/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 386/1993, de 23 de diciembre, FJ 2; 265/1994, FJ2; 147/1996, de 19 de septiembre, FJ 3; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; 3/1998, de 22 de enero, FJ 3, Sigue los pasos de *Simmenthal* y STJ asunto *Ford España*, C- 170/88, 11 de julio de 1989, asumiendo la prohibición de que el juez nacional recurra mediante cuestión de constitucionalidad al TC antes de la inaplicación de la norma nacional con rango de ley por la primacía del Derecho comunitario] Además no debe olvidarse el hecho de que el propio Tribunal Supremo ha aceptado anular preceptos de rango reglamentario que contradigan el Derecho comunitario (aunque ciertamente en el caso del reglamento, al ser fruto del poder ejecutivo, el choque de legitimidades observado en el caso de las leyes no presenta graves problemas) Ver un resumen a nivel reglamentario de las implicaciones internas de la primacía en ALONSO GARCÍA, R., El juez español y el Derecho comunitario, Tirant, Valencia, 2003, pp. 74-79 y 99 y ss. En

Lo que el TC parece asentar con esta distinción teórica son tres ideas esenciales:

En primer lugar, la primacía sólo tiene sentido en la resolución de conflictos entre normas válidas.

En segundo lugar, el Derecho europeo fundamenta su eficacia en el ámbito interno en la CE (art. 93 CE)<sup>499</sup>. El TC acepta, en principio, el carácter autónomo del Derecho europeo, pues entiende que una vez que este se integra en el ordenamiento

---

términos de ordenación del sistema normativo esta situación de conceptualización de la primacía como mera desaplicación sin más consecuencias es poco deseable al representar dificultades graves para los operadores jurídicos para determinar cuáles sean las disposiciones de Derecho aplicables a un caso concreto, cuál sea la norma aplicable, por ello no ha faltado en doctrina quien argumente la necesidad de un control constitucional de la aplicación y cumplimiento del Derecho comunitario en España en ciertas situaciones. Ver ALONSO GARCÍA, R., “El juez español...”, Cit., p. 29. Considera que el TC debe tener competencia para juzgar al menos las leyes reivindicatorias de la cesión de competencias. También SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho Comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)”, Derecho privado y Constitución, n. 18, 2004, pp. 387 y ss.

<sup>499</sup> Efectivamente el TC expresa que la aceptación de los instrumentos de garantía del nuevo ordenamiento, inherentes a la aceptación de su autonomía, impone «límites» inevitables a las facultades soberanas del Estado (principio de primacía). Esto, para el TC, se justifica desde la CE puesto que el propio ejercicio de la potestad de integración es una «operación soberana» de cesión de competencias de carácter legislativo, ejecutivo y judicial, y sólo un ordenamiento soberano puede tener el poder de atribuir competencias de poder público. Concretamente el art. 93 CE exige que la atribución se realice en favor de una institución con sistema normativo propio estructurada por el Derecho. En coherencia con el objeto de la cesión, “el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” supone habilitar a tal institución del ejercicio de poder público, bien tome la forma de potestad normativa, de actuación administrativa o función jurisdiccional. En este sentido AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “Primacía del Derecho Comunitario y administración andaluza”, en BALAGUER CALLEJÓN, F., (coord.) El Sistema de gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Ed. Comares, Granada, 2003. p. 102. En el mismo sentido PÉREZ TREMPES, P., Constitución española y Comunidad europea, CEC, Madrid, 1996, p. 79. La competencia para atribuir poder público es el objeto que en su momento el TCFA llamó *kompetenz-kompetenz*, la competencia de atribuir la competencia. [denominación que, como se ha dicho, se popularizó en Europa respecto de la UE a raíz de la Sentencia Maastricht (BVerfGE 89, 115) de 12 de octubre de 1993, ver STEIN, T., “La Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht”, pp.745 y ss.766]. Afirmar en tal modo que la competencia última y exclusiva para atribuir poder público al orden europeo reside en la CE nos acerca a la identidad con las teorías sobre la autonomía derivada del ordenamiento europeo, idea cuyo rechazo es precisamente la base de la construcción jurisprudencial del TJ sobre la autonomía del Derecho europeo y su efectividad. En este sentido es muy clarificadora la aproximación al concepto de Autoridad Kelseniana de VAN ROERMUND, B., “Authority and Authorisation”, Law and Philosophy, nº 19, (2000), p.205: «Only a sovereign order can exercise competence-competence (...) But the reverse is not true, that is to say, a legal order can be sovereign (...) without having competence-competence”. El artículo 93, por tanto, representa la propia voluntad del Estado para asumir la integración comunitaria y las condiciones en que se puede realizar, y del mismo se entiende que si tal integración ha sido realizada por voluntad del Estado y en virtud de su Soberanía, entonces la cesión de competencias no puede tener carácter absoluto sino que se verá limitada en la medida en que las disposiciones del nuevo ordenamiento integrado respeten los caracteres intrínsecos del Estado español: de Estatalidad, Soberanía y Constitucionalidad, así como las disposiciones Constitucionales. Como dice DÍAZ-PICAZO el TC deja claro su razonamiento y sus pretensiones, pero en el momento de concretar los verdaderos fundamentos de su argumentación no expone con claridad, sino de manera muy genérica, cuáles son los límites últimos que nuestra Constitución impone a la adhesión de España a la UE, a la cesión de poder público y sus competencias, ni tampoco nos explica cuán grave ha de ser la violación de nuestra Constitución para justificar una intervención del TC, ver DÍAZ-PICAZO, L. M., “Constitución Española y Constitución Europea”, Institut Universitari D’estudis Europeus, Working Paper On Line, num. 10, 2005, p. 7. Este último autor consideró años antes de la propia DTC 2004 la sugestión de la afirmación que asienta la base constitucional del ordenamiento europeo como un tipo de “monismo invertido”, es decir, “frente a las dos posiciones básicas de dualismo (separación entre Derecho internacional y Derecho interno) y monismo (integración del Derecho internacional en Derecho interno), a veces parece repuntar en ciertas interpretaciones constitucionales la rancia idea del llamado «Derecho público externo», según la cual toda norma de origen no estatal sólo existe como tal norma en virtud de autorización del Estado. Esta idea es peligrosamente nacionalista y, en consecuencia, potencialmente regresiva”, *op. Cit.*, p. 270

interno la CE deja de ser el parámetro de validez de este Derecho. Sin embargo el propio procedimiento de integración del art. 93 CE comporta que aquel Derecho integrado en el ordenamiento interno no despliega su eficacia de manera absolutamente independiente e incondicionada, sino que se encuentra sometido a un marco constitucional mínimo del que deriva su eficacia (los contralímites).

En tercer lugar, el TC establece las condiciones constitucionales necesarias para que el Derecho europeo despliegue efectos en el ordenamiento estatal imponiendo unas condiciones mínimas y necesarias implícitamente establecidas en la CE. Si el Derecho europeo entrase en colisión con los “límites implícitos” apuntados a través del art. 93 CE, el TC se reserva en última instancia la facultad de revisar a la luz de la CE el Derecho de la UE: “en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran”<sup>500</sup>.

En este sentido, los límites implícitos deducidos del art. 93 CE identifican un mínimo constitucional irreductible, un “núcleo duro” constitucional frente al que la eficacia del Derecho europeo y su primacía sucumben a través de la reserva del control de constitucionalidad por el TC. En definitiva, la vinculación del Tribunal con la Constitución propia hace que el proceso de integración europea sea objeto de enjuiciamiento según las características generales del sistema constitucional nacional<sup>501</sup>, por lo que sitúan la base última de eficacia de las normas europeas en la propia CE.

La situación de las relaciones entre la CE y el Derecho europeo encuentra entonces un “mínimo de constitucionalidad” donde el principio de primacía no actúa desplazando a la norma nacional “tenga el rango que tenga”, sino que impone un determinado límite a su eficacia. Desde esta perspectiva la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno se encontraría “subordinada” a la CE (o al menos a un “núcleo constitucional básico”)<sup>502</sup>. Esto significa que será el TC el que tenga la última

---

<sup>500</sup> Fundamento Jurídico 4 DTC 1/2004.

<sup>501</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, op. cit.

<sup>502</sup> Ello en cierto sentido, siguiendo las indicaciones de MODUGNO «las relaciones entre ordenamientos (internacionales) no pueden, por tanto, nunca ser, de por sí, relaciones de subordinación, sino de cooperación». «El ordenamiento Estatal puede considerarse con una característica de superioridad respecto de otros... como generales, soberanos, políticos» por regla general en el primer caso puede hablarse de relaciones de coordinación, mientras de los segundos, respecto de los que actúan “indiscriminadamente” hablamos de relaciones de Supremacía-subordinación. *Cfr.* MODUGNO, F., *Legge-ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1985. También puede deducirse del sentido de las indicaciones de ALONSO GARCÍA, R., “Constitución española y Constitución europea: guía para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 73, 2005, pp. 339 y ss., aunque el autor, como se verá a continuación, se refiere a una marginal e hipotética posibilidad de que el TC realice un control de constitucionalidad del Derecho comunitario, parte de una base esencial: “¿Y a qué se debe que la Constitución Española no pueda considerarse marco de validez de las normas comunitarias derivadas? A que, en virtud del artículo 93, dicha validez sólo puede cotejarse a la luz del propio ordenamiento jurídico comunitario, siempre y cuando éste comparta los principios y valores básicos que presiden el propio ordenamiento jurídico español”, p. 353.

palabra sobre la eficacia del Derecho europeo a nivel nacional, y por lo tanto, sobre su eficacia directa y su primacía.

Ciertamente la distinción del TC entre primacía y supremacía ya nos da argumentos suficientes para preveer en los fundamentos de la Declaración una pretensión de reforzamiento de la CE, o de superioridad, como fundamento último del proceso de integración. Como se ha observado tanto el Consejo de Estado como el TC tienden a situar al art. 93 CE como clave de bóveda de la integración, observando que es la propia CE el sujeto de atribución de poder público a las CC.EE, y que aun cuando se admite la tesis dual del TJ y se acepta la existencia de dos normas de referencia o de cabecera en cada ordenamiento con fundamentos autónomos para las distintas fuentes que actúan en el ámbito de validez estatal, el fundamento último de la integración, al situarse en la CE, puede relativizar la eficacia autónoma del Derecho europeo en determinadas situaciones inadmisibles desde el punto de vista del marco constitucional en el que se insertan las relaciones normativas.

#### D) Límites constitucionales a la integración como paradigma del desacuerdo en la reconstrucción de las relaciones entre ordenamientos

##### D.i) *Contralímites: diálogo entre tribunales o el derecho a la última palabra del TC*

El planteamiento expuesto en la DTC 1/2004 presenta tal construcción de las relaciones entre ordenamientos que exige hacer algunas precisiones sobre la argumentación del TC y sobre la concreción de los “contralímites constitucionales”, crítica más destacada a la Declaración del TC.

Debe decirse, en primer lugar, que la construcción sobre los contralímites constitucionales que acoge el TC, idéntica a las consideraciones de los Tribunales constitucionales alemán e italiano, pierde su vigor cuando el TC presenta la posibilidad de una colisión entre el Derecho comunitario y la CE como una situación virtual e hipotética<sup>503</sup>.

---

<sup>503</sup> El carácter hipotético de la contradicción ha sido especialmente subrayado por ALONSO GARCÍA, R., “Los tribunales constitucionales y el control del derecho interno conectado con el comunitario”, Foro, Nueva época, n. 2, 2005, pp. 153-176. Señalando que los problemas de constitucionalidad (nacional) del Derecho comunitario no suelen surgir aisladamente, sino en el contexto de su ejecución interna a través de la correspondiente actividad nacional. Por lo que resulta crucial tener claro dicho contexto, así como la naturaleza reglada o discrecional del mismo, bajo el riesgo, de desvirtuar el discurso en virtud del cual agotadas las vías intraordenamentales (depuración de las normas comunitarias en el marco del propio ordenamiento jurídico comunitario) para solucionar el supuesto conflicto extraordinamental (de contradicción de las normas comunitarias con la Constitución interna), entonces y sólo entonces cabría plantearse la constitucionalidad del Derecho comunitario bajo parámetros nacionales (control éste que, además, no debería operar aisladamente sobre el Derecho comunitario derivado, sino a la luz, en su caso y habiendo dado previamente la oportunidad al Tribunal de Justicia de pronunciarse al respecto, del Derecho originario que le sirve de fundamento). De otro modo, pero en un sentido parecido, RUGGERI, A., considera que los “controlimiti” no existen en el plano teórico, ya que, un conflicto entre Derecho Comunitario y Derecho nacional (particularmente el artículo 11 de la Constitución italiana, que

En opinión del TC, el propio TCEU ha reconocido que la primacía del Derecho europeo sobre el nacional no tiene un contenido absoluto e incondicionado sino que encuentra límites en el propio Tratado<sup>504</sup>. Efectivamente el propio TCEU (así como el vigente TUE) reconocía una contrapartida al propio principio de primacía, como expresión de la integración europea y de la eficacia del Derecho integrado en el ordenamiento nacional, contrapartida que se resume en la obligación de que el Derecho europeo respete las identidades constitucionales de los Estados en conexión con los propios valores de la UE. Estos límites a la integración son reconocidos por los propios Tratados en el artículo I-5 TCEU — art. 4 TUE vigente —<sup>505</sup> donde la Unión se compromete a respetar la identidad nacional de los Estados inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales.

En virtud de este artículo hay en la doctrina quien reconoce una cierta “presunción genérica de constitucionalidad”<sup>506</sup> del Derecho europeo. Como expresa el TC, la posibilidad de una vulneración de los límites implícitos materiales de la CE por el Derecho europeo se reduciría a un «caso hipotético», «difícilmente concebible» precisamente por la introducción de éstos en el TCEU en los artículos I-2 (valores de la Unión «comunes a los estados miembros» entre los que se encuentran el Estado de Derecho y los derechos fundamentales) —2 TUE—, el artículo I-5 (respeto a las identidades nacionales y las funciones esenciales del Estado) —4 TUE—, y el artículo II-112.4 (respeto en la interrelación de los derechos resultantes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros) que resumen de forma general la doctrina de los contralímites europeos — art. 53 CDFUE—. El respeto a las identidades nacionales, especificadas en los límites materiales a la integración, en el mínimo constitucional que garantiza el carácter de estatalidad y constitucionalidad del Derecho interno, se convirtió entonces (y ahora) en un valor esencial de la propia Unión: se convierte en fundamento del carácter supranacional de la relación entre

---

como dijimos abre el ordenamiento italiano a la eficacia del Derecho comunitario) o con principios constitucionales sólo puede resolverse mediante el “bilanciamento” de valores regla que puede llevar a la prevalencia de uno u otro en diferentes situaciones. Si existen o no, es en la realidad teórica. Cfr. RUGGERI, A., “Le fonti del Diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali” en COSTANZO, P., MEZZETI, L., y RUGGERI, A., *Lineamenti di Diritto costituzionale dell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 289 y ss.

<sup>504</sup> Una primera aproximación a las diferencias entre primacía absoluta y relativa en BEBR, G., “How supreme is Community law in the national Courts?”, *CMLR*, 1972, p. 3-37.

<sup>505</sup> El segundo párrafo de este artículo alude al principio de cooperación leal de los Estados miembros con la Unión y el deber de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Constitución europea, por lo que vemos la estrecha relación entre el respeto necesario a las identidades nacionales y en concreto sus estructuras constitucionales básicas con la cooperación leal, que como dijimos es un principio derivado de la vertiente jurídica del principio de unidad, esencia de la primacía. En el Tratado de Lisboa este artículo se transforma en el artículo 4, en el que se expresa el principio de atribución competencial como prefacio a las obligaciones recíprocas de respeto de las identidades nacionales y las estructuras fundamentales políticas y constitucionales, junto a las funciones esenciales del Estado, y la cooperación leal debida por los Estados a la Unión Europea y sus fines. En el Tratado de Lisboa se recoge de nuevo la necesidad de estatalidad y el respeto a las identidades de los Estados miembros (art. 4 TUE).

<sup>506</sup> Así se reconoce con esta expresión por ALONSO GARCÍA, R., “Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 73, 2005, pp. 339-364



ambos ordenamientos<sup>507</sup>. El resultado de los “contralímites” — deducidos por los tribunales constitucionales y ahora por el TC como facultad propia de revisión del Derecho europeo conforme a la constitución nacional — ha sido “europeizado”<sup>508</sup>, incluido en los Tratados y esto puede tener varias lecturas, de las que destacaremos dos:

A) Por un lado, podemos acogernos a la doctrina del “diálogo entre tribunales”. Esta doctrina expresaría que la intención del TC de reservarse un espacio para el control del Derecho europeo se encuentra en sintonía con los propios Tratados. Es decir, la puesta en escena del límite europeo y del contra-límite nacional, exige un esfuerzo al TC, porque así se lo impone una visión teleológica del artículo 93, por superar en un marco de integración aproximaciones excesivamente unilaterales a los principios y valores de nuestro texto constitucional, pero además se encuentra en manos de un TJ que debe esforzarse, por que así se impone ahora en los términos expuestos en los Tratados, por cohesionar los valores de la Unión con los valores supremos de los Estados miembros<sup>509</sup>. Se establece, por lo tanto, una dialéctica entre el TJ y los Tribunales constitucionales en la determinación de las identidades constitucionales y los valores fundamentales de la Unión, que permitirá identificar los fundamentos constitucionales comunes del orden supranacional<sup>510</sup>. De ahora en adelante para establecer los fundamentos del orden supranacional habrá que atender a las interpretaciones de los diferentes tribunales constitucionales que colaborarán en el establecimiento del fundamento comunitario<sup>511</sup>.

Conforme a esta idea los ordenamientos jurídicos nacionales no pueden ser meras “realidades pasivas”, sujetos de integración que reciban sin más un Derecho externo. El entendimiento del artículo 93 no puede consistir en una pura recepción de normativa europea, sino que los Estados, por la propia naturaleza dinámica de la Unión deben, también, participar activamente en la configuración sustantiva del Derecho europeo como Derecho constitucional. Fundamentalmente deben ayudar a configurar los caracteres esenciales de las tradiciones constitucionales comunes sobre

---

<sup>507</sup> A través de la inclusión de las identidades constitucionales de los estados miembros se contempla una “primera línea de defensa” de los contralímites europeos. “La primera línea contra injerencias a esta limitación vendrá necesariamente a través de procedimientos normales previstos por el Derecho europeo, pero esto convierte paradójicamente al TJ al mismo tiempo en garante de los límites materiales impuestos por las constituciones nacionales”, Cfr. CASTILLO DE LA TORRE, F., “Case Law – Tribunal Constitucional (spanish Court), Opinion 1/2004 of 13th December 2004, on the Treaty establishing a Constitution for Europe”, 2005, 42, CMLR, pp. 1186 y ss.

<sup>508</sup> RUGGERI, A., “Tratato Costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno”, Quaderni Costituzionali, Intervención en el Congreso del Grupo de Pisa sobre Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del núcleo delle Costituzioni, Capri 3-4 de junio de 2005

<sup>509</sup> ALONSO GARCÍA, R., *cit.*, p. 357

<sup>510</sup> FERRERES COMELLA, V., dispondrá la cuestión de la DTC 1/2004 en términos de “flexibilización” de la supremacía de ambos ordenamientos. “La Constitució espanyola davant la clàusula de primacia del dret de la Unió Europea. Comentari a la Declaració 1/2004 del Tribunal Constitucional”, El Clip, n. 30, 2005.

<sup>511</sup> De nuevo RUGGERI, A., *Tratato Costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e ...*, *cit.* También, RANDAZZO, A., “I controlimiti al primato del diritto comunitario. Un futuro non diverso dal presente”, *Quaderni Costituzionali*, 2006.

las que, como vimos con anterioridad, el TJ fundamentaba la autonomía absoluta del Derecho europeo y la defensa de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho. El TCEU resalta la operación de consolidación de la “naturaleza constitucional múltiple y dialéctica del entramado constitucional europeo”<sup>512</sup>, mediante la inclusión de las identidades constitucionales, que se caracteriza por las conexiones entre diversos niveles de naturaleza constitucional<sup>513</sup>, la constitución nacional y sus procedimientos de integración, junto a los propios de los Tratados europeos a los que se añade la vinculación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950<sup>514</sup> y la CDFUE. La dialéctica surgida de esta comprensión *pro integratione* de los arts. I-5 y I-2 TCEU, junto a una interpretación *pro comunitate* del art. 93, podrían ser argumentos suficientes para descartar una posible colisión con el núcleo duro constitucional y para garantizar el respeto de las estructuras constitucionales básicas de la Unión<sup>515</sup>. Y en tal sentido para comprender la atracción competencial del TC como una garantía del ámbito nacional cuando el TJ no otorgue una protección suficiente a los valores constitucionales sobre los que se funda la Unión, como última posibilidad de salvaguarda del núcleo básico de constitucionalidad.

B) Por el contrario, puede considerarse que esta interpretación positiva de los postulados de la DTC de 2004 y de los contralímites de la primacía tiene un lado oscuro. Debe observarse que el examen que puede ofrecer el TC sobre el respeto a la constitucionalidad de las identidades nacionales se basará en una interpretación desde la propia CE. Cada juez constitucional deberá observar la cuestión europea desde el marco particular de su Constitución y su jurisprudencia constitucional. Esta actividad puede dar lugar a una diversidad de opiniones que terminen por contrariar el verdadero sentido del principio de primacía y la autonomía del orden europeo: la uniformidad. Por ello la visión global de los fundamentos de la Unión recién asumida puede encontrarse a menudo fragmentada. Lo cierto es que la DTC de 2004 crea una “regla adicional de control” del Derecho comunitario y que esta regla no existe en todos los Estados miembros.

Además el parámetro de control, para el TC, no es ya la literalidad de las disposiciones constitucionales, la entera CE, como en 1992. Ahora el parámetro de control se resume en la protección de un mínimo básico de constitucionalidad: la

---

<sup>512</sup> ALONSO GARCÍA, R., Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices, Revista Española de Derecho Constitucional, num. 73, enero-abril (2005), Págs. 339-364

<sup>513</sup> Ver por todos PERNICE, I., MAYER, F.C., “La Constitución integrada de Europa”, Walter Hallstein-Institut Paper 7/03, junio 2003. También en un nivel infraconstitucional CURTIN, D., MORTELMANS, K., “Application and enforcement of Community law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script” en CURTIN y HEUKELS, T., (eds.), Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermes, vol. II, Martin Nijhoff Publishes, Dordrecht-Boston-London, 1994, pp. 423-466.

<sup>514</sup> Nuevo artículo 6 del Tratado de Lisboa. Debemos además constatar que la Unión Europea ha adquirido personalidad jurídica, por lo que podrá, en un futuro, por sí misma ratificar el CEDH.

<sup>515</sup> ALONSO GARCÍA, R., “Constitución española y...”. También CRUZ VILLALÓN, P., “El Tratado según la Constitución: tres planteamientos”, Ponencia presentada al VI Congreso Iberoamericano de constitucionalistas en Sevilla, 2004.

soberanía del Estado, las estructuras constitucionales básicas, y el sistema de valores y principios fundamentales. Estos conceptos son tan amplios y abstractos que en última instancia deben ser concretados por el TC.

El contenido de tales límites es demasiado abstracto, por lo que necesita de un discernimiento interpretativo, y esta interpretación se enmarca en un amplio ámbito discrecional de apreciación del TC. Los límites materiales que deduce el TC no tienen un referente textual, son «conceptos acordeón»<sup>516</sup> que pueden estirarse según la voluntad del Tribunal. En este sentido el TC se convierte en el único y verdadero valedor de la CE en el proceso de integración europea, y en un sentido más estricto, en el encargado de determinar los límites de la eficacia del Derecho europeo. El problema, obviamente es que existen 27 Estados miembros que, de seguir el mismo camino, podrían llevar a que 27 tribunales nacionales encargados en última instancia de interpretar los límites constitucionales a la eficacia del Derecho europeo contemplasen 27 grados de eficacia distinta. Esta diversidad de comprensiones sobre los límites a la eficacia del Derecho europeo supone la quiebra total de los fundamentos sobre los que el TJ dedujo la autonomía del orden europeo, su primacía y su eficacia<sup>517</sup>.

En definitiva, de los argumentos del TC se observa que, aun cuando puede desprenderse una benévola intención de colaborar en el proceso de integración a través del diálogo entre tribunales — diálogo que determinará las líneas comunes, los valores principios básicos para el desarrollo del proceso de integración— todavía, en un caso hipotético, la eficacia del Derecho europeo se puede ver condicionada según parámetros constitucionales propios impuestos unilateralmente por el TC. Este discurso deja constancia de la pretensión de reforzar la supremacía constitucional

---

<sup>516</sup> AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *La España Europea: voces concurrentes en el discurso constitucional europeo*, cit.

<sup>517</sup> Por todo ello se ha apuntado en doctrina que, la teoría de los contralímites tiene razón de ser sólo cuando la propia Constitución contiene cláusulas de intangibilidad a la reforma constitucional. Para BALAGUER CALLEJÓN la teoría de los límites solo es sostenible teóricamente en la Constituciones que regulan límites a la reforma. “Recensión al libro “Constitución española y Constitución europea: análisis a la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, num. 22, 2005. En este sentido parecemos acercarnos a una visión de los límites acertada, en tanto que positivizados y concretados. Igualmente CELOTTO, A., y GROPPi, T., “Diritto UE e Diritto nazionale: Primauté vs. contralimiti”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.6, 2004, p. 1314. Estos límites que contemplan algunas Constituciones al estar concretados y positivizados sí permiten hablar de un límite material a la primacía. Los límites materiales a la integración deberían entenderse como los principios intangibles a la reforma de algunos textos constitucionales (principios que podemos ejemplificar en la Constitución Italiana. Este listado, no es sino la concreción de las disposiciones básicas que conforman el límite del Estado democrático de derecho impuesto frente al Derecho europeo. La forma Republicana, la independencia y unidad del Estado, la separación iglesia-Estado, los derechos libertades y garantías de los ciudadanos, derechos de los Trabajadores y sindicatos, la coexistencia de los medios del sector público, privado y del sector cooperativo y social de la propiedad de los medios de producción, la economía mixta, el sufragio universal, secreto, libre y directo, la elección de los órganos locales y regionales, división de poderes...) puesto que de esta manera no representarían un límite expreso a la integración europea en el marco de una “pugna” jurisdiccional o de un diálogo entre tribunales, sino que serían entendidos como el marco de la soberanía, como salvaguarda de la identidad nacional, en tanto que expresión de la base estructural estatal, entendiendo que más allá de estos límites nos encontraríamos frente a una nueva Constitución e identidad nacional. Es decir, no un mero límite al Derecho europeo, sino de forma general un límite del propio Estado.

sobre las fuentes que operan en el ámbito interno, reservando un control último al TC para determinar la adecuación del Derecho europeo a tales parámetros, por lo demás, bastante abstractos. Por ello podría deducirse una pretensión de estructurar, desde un punto de vista nacional, las relaciones interordinamentales desde el parámetro de la supremacía constitucional<sup>518</sup>. Pretensión que se vigoriza por el esfuerzo dogmático que realiza el TC de distinción entre la supremacía constitucional y la primacía, y la relativización de ésta última bajo parámetros constitucionales internos<sup>519</sup>.

#### *D. ii) La carencia democrática de la UE como causa de los contralímites*

El análisis realizado en el dictamen del Consejo de Estado de 2004, señalaba la necesidad de articular el proceso de integración a través de elementos y exigencias de carácter político-constitucional: la necesidad de acompañar la reforma de los Tratados de una reforma constitucional que introdujese una cláusula europea como marco necesario para evitar futuras colisiones entre dos ordenamientos que se situaban en un mismo plano constitucional. Sin embargo, la respuesta del TC, negando la posible similitud entre la primacía del Derecho europeo y la supremacía constitucional, consideró suficiente el procedimiento del artículo 93 CE para dar el siguiente paso en la integración europea, y absteniéndose de realizar consideraciones sobre “el plano de la oportunidad” política<sup>520</sup>, negó la necesidad de una reforma constitucional en el sentido del artículo 95.1 CE.

En esta decisión subyacen algunos elementos importantes:

En primer lugar, la naturaleza del proceso de integración europea.

La DTC 1/2004 consideraba, en resumen, que ni la positivización del principio de primacía en el proyecto de Constitución Europea, ni la inclusión de la CDFUE, suponía un cambio en la naturaleza de la Unión o de los Tratados. Debemos señalar, que en este sentido el TC no dejaba de llevar cierta razón, pues como observa Francisco BALAGUER el verdadero cambio habría necesitado de la alteración del

---

<sup>518</sup> Ver en este sentido RODRÍGUEZ, A., “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004 de 13 de diciembre”, ReDCE, n. 3, 2005; SÁNCHEZ BARRILAO, F., Relaciones entre el Derecho de la Unión europea y el Derecho de los Estados miembros: apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución Europea (Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004), ReDCE, n. 2, 2004, pp. 127 y ss.

<sup>519</sup> No falta doctrina que desde un punto de vista iusinternacionalista considere inútil la distinción y el intento de reconstrucción constitucional del pluralismo. Doctrina que considera establecido de antemano e irrefutable el carácter estatal de los poderes de la Unión. Así por ejemplo MANGAS MARTÍN, A., considera que “la primacía del Tratado constitucional no afecta al origen de la competencia de la Unión Europea, que seguirá siendo nacional, a diferencia de las Constituciones federales que proclaman que el origen de la competencia federal está en la misma Constitución federal. El origen de la competencia europea está en las Constituciones nacionales. Nuestras Constituciones podrán seguir condicionando el alcance de la atribución actual y futura de las competencias a favor de la UE...”, en MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2002. También JUSTE RUIZ, J., “Constitución española y Constitución europea”, en BOU FRANCH, V., y CERVERA VALLTERRA, M., Estudios sobre la Constitución Europea, Tirant, Valencia, 2006, pp., 15 y ss.

<sup>520</sup> Fundamento jurídico 8 DTC 1/2004

contexto aplicativo o normativo en el que se insertase la primacía<sup>521</sup>, es decir, de un cambio profundo en el proceso de integración que se reflejase en los propios Tratados, en su naturaleza formal y en el procedimiento para su producción. En este sentido el TCEU podría haber sido una buena oportunidad para alterar los fundamentos normativos del Derecho europeo, para alcanzar la verdadera trascendencia político-constitucional que podía intuirse de la misma. Pero para ello habría sido necesario ampliar los vínculos democráticos de la estructura de la UE mediante la verdadera ampliación de los espacios constitucionales de decisión y producción normativa propios de los Estados constitucionales a nivel europeo.

Es decir, mediante estas hipotéticas transformaciones en el propio proceso de integración europeo, aparejadas a los procedimientos de producción y ratificación del TCEU, podrían haberse superado algunas de las carencias de naturaleza democrática que las jurisdicciones constitucionales europeas han observado en la estructura institucional y jurídica de la UE. Pese al enorme impulso que supuso el TCEU para la constitucionalización del ordenamiento europeo, sus carencias y ambigüedades se hacían presentes si se comparaba el nivel de desarrollo constitucional del espacio estatal con el europeo, particularmente en relación con el nivel de garantía de los principios constitucionales, el nivel de legitimidad democrática de su Derecho, y la vinculación del poder público europeo a las garantías y límites del Estado constitucional de Derecho<sup>522</sup>. La desestructuración constitucional de la integración y del Derecho europeo, como hemos visto ha impulsado la creación jurisprudencial de los “contralímites nacionales”, impuestos a la eficacia del Derecho europeo, en general, y a la primacía de este, en particular<sup>523</sup>.

Lo cierto es que, los postulados del TC en la DTC de 2004, no harían sino observar que el propio TCEU (declaración anexa) consideraba que la primacía debía continuar contextualizándose en el marco de la jurisprudencia del TJ, por lo que, la voluntad política de los negociadores del Tratado (fundamentalmente los ejecutivos estatales) determinaba que no existía un cambio sustantivo en la configuración del principio de primacía por su positivización en unos Tratados que, aun evolucionando

---

<sup>521</sup> Ver a tal efecto BALAGUER CALLEJÓN, F., “Recensión...”, op. cit.: “Son muchos los aspectos que deberían ser objeto de modificación en el futuro para incrementar el desarrollo de la comunidad constitucional europea, el espacio constitucional de decisión que puede desplegarse a través de la técnica de la primacía”, p. 1108.

<sup>522</sup> En el mismo sentido se expresan ALONSO GARCÍA, R., y SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., “Los efectos colaterales en la arquitectura judicial de la Unión: ¿Hacia una jurisdicción auténticamente europea?”, cit. Estos autores consideran desde un prisma jurisdiccional que “una reforma en profundidad del sistema de fuentes de la Unión, como finalmente propuso el Grupo IX, debiera tener su reflejo, como sucede en los ordenamientos jurídicos nacionales en los que se inspira, en un sistema de control jurisdiccional”.

<sup>523</sup> Como afirma BALAGUER CALLEJÓN, “en un proceso de integración que hacía posible eludir los controles constitucionales internos desplazando la responsabilidad al ámbito europeo, la voz discordante de los tribunales constitucionales no era, como pudiera parecer y como de hecho se ha querido hacer ver, la de defensa de las prerrogativas estatales. Defender la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos no es defender la soberanía del Estado sino defender el sometimiento del Estado a límites jurídicos que habían desaparecido en gran medida mediante el desplazamiento del poder de decisión al ámbito europeo”, BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, ReDCE, n.7, 2007.

en lo material hacia la constitucionalización, no debían derivar en una Constitución, en su acepción formal.

En segundo lugar, debe observarse la importancia que tiene el principio de atribución competencial en la articulación que realiza el TC entre el ordenamiento europeo y el nacional, pues en este principio se fundamentará la naturaleza de la primacía (frente a la supremacía) y la estructura de las relaciones entre ordenamientos.

El TC realmente imponía un planteamiento que terminaba por asentar una realidad: la naturaleza de la eficacia autónoma del Derecho europeo no puede equipararse a los planteamientos sobre los que descansa la consideración del principio de supremacía de la Constitución normativa a nivel interno, puesto que mientras aquella trae causa de una atribución del ejercicio de competencias soberanas del Estado, ésta es la auténtica expresión de la soberanía del Estado, que a su vez trae origen de la legitimidad democrática sobre la que descansa la ordenación del entero sistema jurídico constitucional.

En este sentido se entiende que el TC haya continuado la línea de sus colegas italiano y alemán y, aceptando en la Declaración de 2004 el principio de primacía como el desplazamiento de normas de rango constitucional frente a disposiciones europeas, tal y como deriva de la jurisprudencia del TJ<sup>524</sup> (*Internationale Handelsgesellschaft*), haya cercado un espacio constitucional en favor de su contenido exclusivamente reservado a la soberanía estatal.

La UE no tiene aun una legitimidad democrática directa comparable al Estado<sup>525</sup>. Como se ha dicho, su legitimidad es doble, y existe una preponderancia del papel de los ejecutivos estatales sobre el de los ciudadanos. De aquí se comprende que se haya subrayado que la autonomía de la UE, debe ligarse siempre al principio de atribución competencial derivada de las Constituciones nacionales. La Unión Europea ejerce tanto poder público como le atribuyen los Estados en el marco de sus respectivas constituciones. Nada más.

Esta idea no sólo ha servido al TC para decantar los límites a la primacía del Derecho europeo, sino para establecer los propios límites al proceso de construcción de la UE. Dado que, según el razonamiento de los tribunales constitucionales, la UE

---

<sup>524</sup> No debemos prescindir del planteamiento expresado en los tres Votos Particulares a la DTC 1/2004 por los Magistrados Delgado Barrio, García-Calvo y Montiel, y Rodríguez Arribas que consideran, básicamente que de los postulados constitucionales no puede derivar la posibilidad de inaplicar disposiciones constitucionales a favor del Derecho europeo, y que existe por lo tanto una clara contradicción entre el art. 9 CE y el art. I-6 TCEU.

<sup>525</sup> Es clarificadora la definición de PÉREZ ROYO del concepto de la “legitimidad democrática” como la traducción política del principio de igualdad que conlleva la titularidad de los derechos fundamentales a través de cuyo ejercicio los ciudadanos legitiman al Estado constitucional y la actividad de los poderes públicos. PÉREZ ROYO, J., Curso de Derecho constitucional, cit., pp. 868 y ss.

actúa bajo el principio de atribución competencial, la causa última de la eficacia del Derecho europeo, y de sus límites, en el ámbito interno se encuentra en las Constituciones nacionales y los procedimientos de cesión competencial.

Pero esta idea ha llevado a que en los últimos tiempos se haya considerado que la UE no tiene necesidad de reflejar los principios democráticos de la misma forma que los Estados, y en el mismo sentido, se ha llegado a mantener por las jurisdicciones constitucionales que no tiene porque dotarse de una Constitución como expresión del Estado constitucional basado en el principio de legitimidad democrática<sup>526</sup>. En este sentido se expresaba recientemente el Tribunal Constitucional Federal alemán el 30 de junio de 2009 respecto del Tratado de Lisboa:

*“En tanto persista el orden competencial europeo, organizado según el principio de atribución singular y restringida 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 Unión y las competencias estatales, la democracia Europea no puede ni requiere conformarse de forma análoga a la de un Estado. Antes bien, la Unión Europea tiene la posibilidad de buscar cauces propios de complemento democrático mediante nuevas y adicionales fórmulas de procedimientos de decisión políticos transparentes o participativos<sup>527</sup>”*

Aceptar que con las atribuciones competenciales cedidas actualmente a la UE se puede renunciar al desarrollo democrático de la Unión, en mi opinión, supondría, no sólo mantener el riesgo que supone el proceso de integración para la ordenación constitucional de los Estados, sino también renunciar a estructurar jurídicamente las relaciones entre ordenamientos.

En tercer lugar, debe subrayarse que el TC se erige en guardián del principio democrático a nivel interno, pero también del proceso de integración europea.

La reserva de jurisdicción que realiza para sí el TC de un ámbito competencial “auténticamente” soberano e indesplazable por el Derecho europeo encuentra una relación directa con las carencias democrático-constitucionales de la UE<sup>528</sup>. Mientras

---

<sup>526</sup> *Ibidem*, pp. 869.

<sup>527</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009.

<sup>528</sup> No obstante debe decirse con KUMM, M., “The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty”, *European Law Journal*, Vol. 11, n. 3, may 2005, pp. 262-307: “The courts of member states, then, have accepted the Chaim by the Court of Justice that EU law is not just Treaty law, but establishes a legal order whose laws have greater authority”, por ello incluso los Tribunales constitucionales que consideran que en determinadas circunstancias prevalecen las normas constitucionales sobre las de Derecho europeo, llegan a esta conclusión desde una profunda consciencia de que realmente deberían, en tales casos, aplicar la primacía del Derecho europeo. p. 263: También en este sentido BESSON, S., “From European Integration to European Integrity: should European law speak with just one voice?”, *European Law Journal*, n. 10, 2004, pp. 257 y ss.; MADURO, M., “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action”, en WALKER, N., (ed.) *Sovereignty in Transition*, Hart, Londres, 2003, pp. 449 y ss. También KUMM, M., “Who Is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?: Three

la UE no pueda ser explicada a partir del principio de legitimidad democrática del poder deberemos asumir la continua determinación de límites de soberanía al proceso de integración y, como expresión de conjunto, la relativización de la primacía, especialmente frente a disposiciones constitucionales<sup>529</sup>.

Cuestión más controvertida es si debe ser el TC español el que se erija en guardián de la soberanía del Estado o como garante del principio democrático en el ámbito europeo. Ello conllevaría que, en ocasiones, sobrepasase su naturaleza de “intérprete supremo de la Constitución”<sup>530</sup>. La reserva de control de constitucionalidad del Derecho europeo por parte del TC conlleva apoderarse de un excesivo espacio de decisión. Conlleva algo así como afirmar su derecho a la última palabra en el proceso de determinación de los fundamentos y valores, no sólo del orden constitucional interno, sino también del ritmo del propio proceso de integración.

Esta labor que se arroga el TC, desde la DTC 1/2004, puede suscitar discrepancias con las competencias del TJ en la interpretación y control de eficacia y validez del Derecho europeo<sup>531</sup>. Podría decirse que, en teoría, cada órgano se remite exclusivamente a su ámbito competencial. Pero en la práctica, la multiplicidad de ámbitos en los que las normas de un ordenamiento y otro entran en contacto, así como la identidad del ámbito de validez temporal, territorial y personal en el que se aplican, impiden descartar conflictos.

---

Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice”, *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, pp. 356 y ss. También KUMM, H., y FERRERES COMMELLA, V., *The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union*, *Icon*, 2005, p. 437 y ss.

<sup>529</sup> Ver la explicación de PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 867 y ss. Sobre la relativización del principio de primacía como una dinámica asentada antes del DTC 1/2004, me remito a LAZARI, A., “Aplicación judicial del derecho comunitario en España y en otros países de la UE”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2006, consultable en [www.reei.org](http://www.reei.org).

<sup>530</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 2/1979 de 3 de octubre. AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia. En prensa”. ID: “La España Europea: voces concurrentes en el discurso constitucional europeo”, *Op. Cit.* PÉREZ TREMPES, P., por ejemplo, considerará de nuevo muy recientemente en el ámbito europeo un exceso de la caracterización del TC como comisionado del poder constituyente, ver ID., *Sistema de Justicia constitucional*, Civitas, 2010, pp. 162 y ss., espec. 170 y ss. Igualmente sobre el papel cuasi-constituyente o legislativo de los Tribunales constitucionales y el TJ en el proceso de integración europea, ver BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, *cit.*

<sup>531</sup> Ver a tal efecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2009, de 28 de septiembre de 2009, en la que el TC, sacando a relucir su jurisprudencia en materia de tutela judicial efectiva en procesos penales desarrollados sin la personación del imputado, impone un parámetro interno de protección de los derechos para considerar que una decisión de la Audiencia Nacional fundada en la Orden de detención europea, de extraditar a un ciudadano europeo a Rumania para que cumpliera una condena vulneraba el derecho a un proceso con todas las garantías. Especialmente como se observa en el Voto Particular a la Sentencia del Magistrado Pérez Trempe, este parámetro prescindió de los parámetros comunes de carácter europeo (TJ y TEDH) desactivando el principio de primacía y eficacia directa de una decisión europea y una euroorden (Ver STJ de 16 de junio de 2005, *Maria Pupino*, C-105/03), habiendo sido necesario que se plantease una cuestión prejudicial por entenderse una competencia del TJ.



Estos conflictos, aparecen en la práctica<sup>532</sup>, y seguirán apareciendo, dado que aun no existe una articulación constitucional concreta entre ambos ordenamientos y, si prescindimos de las teorías que apelan al diálogo entre tribunales como un proceso previo y necesario para su configuración, ahora mismo podemos decir que las relaciones entre los altos tribunales (TC y TJ), en tanto que máximos intérpretes de las respectivas normas de cabecera de cada ordenamiento (TUE/TFUE y CE) se plantean en términos bastante conflictivos, suponiendo una permanente y continua expresión de la respectiva pretensión última de autoridad, de estructuración del poder soberano, desde postulados propios y autónomos respectivamente<sup>533</sup>.

En definitiva, vistos estos argumentos, puede decirse que el TC deshace, en cierto modo, los fundamentos del TJ sobre la autonomía del Derecho europeo, para establecer vínculos entre éste y la Constitución nacional, arrogándose cierto control sobre el Derecho derivado europeo y su eficacia a nivel interno.

Si en pleno proceso de ratificación del TCEU las cautelas sobre las posibilidades de articulación constitucional de ambos ordenamientos se estrechaban, hoy día, tras el fracaso del mismo y la reducción del carácter constitucional del vigente Tratado de Lisboa, no debe extrañarnos que el propio Consejo de Estado haya llegado recientemente a dudar incluso de aquella naturaleza autónoma del ordenamiento europeo aceptada desde los '60 y sobre la que parecía haberse llegado a un consenso<sup>534</sup> (*Granital y Solange II*).

---

<sup>532</sup> Baste señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 31 de enero de 2012. PI ÚS 5/12, en la que se realiza una concreta nueva aplicación de la doctrina Solange del TCFA

<sup>533</sup> “La relación entre ordenamientos legales es más heterárquica que jerárquica. No se pueden resolver los conflictos de forma que se pregunte cuál es la autoridad última”. Cfr. WALKER, N., “The idea of constitutional pluralism”, EUI Working Paper 2002/01, p. 27. Como alega BALAGUER CALLEJÓN respecto de la dinámica de las relaciones entre tribunales “en el desarrollo de estas cuestiones no se puede pretender dar una respuesta que sea útil para comprender mejor las relaciones entre el ordenamiento europeo y todos y cada uno de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Esta tarea resulta imposible actualmente debido a la heterogeneidad de los ordenamientos nacionales. Heterogeneidad que afecta, entre otros muchos ámbitos, a la propia existencia de jurisdicción constitucional”, y también sirva esta cita para acertar sobre los términos «conflictivos» en los que se plantean las visiones del TJ y TC teniendo en cuenta “la función primordial que le corresponde a cada uno de estos órganos jurisdiccionales... garantizar la eficacia de un sistema normativo que les vincula, en las condiciones y con los límites establecidos por ese sistema” Además, el autor considera la provisionalidad del diálogo entre los tribunales, puesto que tiene unos límites de partida: “Por la vía del diálogo entre jurisdicciones no se pueden solucionar los problemas de conformación de cada ordenamiento jurídico y de las relaciones entre ellos”, puesto que dependen de la conformación de partida de cada ordenamiento propio. Ver “Los tribunales constitucionales en el proceso...”, cit. Más contundente se muestra LA PERGOLA, cuando considera que “por la lógica de la primacía del Derecho comunitario [los Tribunales de ambos ordenamientos] se han configurado como «potenciales antagonistas»”, ver LA PERGOLA, A., “El juez constitucional italiano ante la primacía y el efecto directo del derecho comunitario. Notas sobre unas jornadas de estudio”, en COLNERIC, N., EDGARD, D., PUISSOCHET, J. P., RUIZ JARABO, D., (Eds.), *Une communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts, Berlín, 2003, pp. 255 y ss.

<sup>534</sup> Ver el *Informe del Consejo de Estado sobre la Inserción del Derecho europeo en el Ordenamiento español*, N. E1/2007, de 14 de febrero de 2008, donde afirma: “En realidad sigue abierto el debate sobre si el Derecho comunitario constituye una rama más, con instrumentos jurídicos singulares, del Derecho internacional público o si, por el contrario, aun admitiendo que tal fuera el caso cuando se aprobaron los Tratados fundacionales, en la actualidad, fruto de su desarrollo legislativo y jurisprudencial, se configura más bien como un ordenamiento jurídico autónomo estructurado en torno a normas fundacionales propias. También se ha discutido la oportunidad –y hasta la corrección– de atribuir un posible carácter constitucional a los Tratados” p. 23.

Lejos del catastrofismo debe subrayarse que los desencuentros que impiden una estructuración unitaria del poder público a nivel supranacional, o una organización del mismo, en tanto que elemento tradicionalmente adscrito a los objetivos del constitucionalismo, siguen siendo los relacionados con el déficit democrático de la UE y las garantías constitucionales en la producción del Derecho europeo. Este impedimento se traslada entonces a las relaciones entre ordenamientos y deriva en la imposibilidad de establecer un consenso común entre jurisdicciones constitucionales y europea sobre la estructura del sistema jurídico, sobre la articulación del pluralismo ordinamental.

Ahora mismo no existe un verdadero acuerdo general sobre la determinación de un punto último sobre el que fundamentar un poder público europeo que, además, lo legitime democráticamente. Por ello no puede existir, por el momento, una correcta estructuración entre ordenamientos tal y como se entiende en el sistema constitucional de los Estados. Existen dos órdenes jurídicos autónomos que periódicamente muestran sus pretensiones de constituirse como fundamento último, o de superioridad (*Simmenthal* y *DTC 1/2004*). No hay acuerdo sobre la estructura del poder público europeo más allá de una visión dual de dos órdenes autónomos que tratan de coexistir. Si algo podemos afirmar es que la cuestión de la ordenación constitucional del poder, de su identificación y organización, es una cuestión que queda aun abierta, en una dinámica, continua y contradictoria afirmación de pretensiones de última autoridad por parte de los Tribunales, en ocasiones compatibles cuando no ponen en duda los fundamentos políticos de los otros ordenamientos<sup>535</sup>.

---

<sup>535</sup> Cfr. RICHMOND, *Perspectives on law: systems, authority and legitimacy in the European Union*, Tesis doctoral de Derecho del Instituto Europeo de Florencia, 2000. Sustancialmente debe terminar por admitirse, por el momento, aquellos postulados propios de una teoría "sui generista". Esta perspectiva se recoge con maestría por MATTIAS KUMM, en "The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty", *European Law Journal*, Vol. 11, n. 3, 2005, pp. 262-307. En esta investigación el autor considera tres perspectivas desde las que asumir la problemática de las relaciones entre ordenamientos: la consideración de los Tratados como "the supreme law of the land", la consideración de la supremacía de la Constitución nacional y la determinación interna del estatus del Derecho europeo en el ordenamiento nacional, y una perspectiva "sui generista". Esta última asume el pluralismo y el multinivel ordinamental considerando que existen conflictos entre ordenamientos irreconciliables. En esta perspectiva lo importante no es la visión pluralista sino el tipo concreto de pluralismo: un pluralismo que debe ser capaz de evitar conflictos reales en la práctica, pudiendo arrojar luz sobre las características esenciales del constitucionalismo europeo e ilustrar su carácter sui generis. El "sui generist label" en sustancia renuncia a la argumentación a través de principios generales de la jurisprudencia o la teoría general constitucional por tener un carácter estático, por tomar al Estado y su derecho como centro de imputación de todas las relaciones y considerar en consecuencia que el Derecho es el Derecho del Estado soberano. Sin embargo la cuestión esencial sobre el conflicto constitucional, como observa el autor, no es reconducible adecuadamente usando herramientas conceptuales de la tradición teórica debido a su carácter estático. La cuestión de la Unión europea es una cuestión dinámica de construcción paulatina y flexible que requiere de unas herramientas jurídicas novedosas. El problema, como señala Kumm, es que las herramientas para desarrollar la teoría del dinamismo jurídico aun no han sido asentadas. No obstante las posibilidades de una correcta teoría "sui generista" sobre los conflictos constitucionales tiene una virtualidad innegable si se considera que su construcción teórica: 1. debe ayudar a orientar la elaboración de las doctrinas de los tribunales constitucionales nacionales respecto de las cuestiones de los conflictos constitucionales desde una vertiente práctica, y 2. debe responder no al por qué el Derecho europeo es distinto del derecho internacional y nacional, sino al por qué esta diferenciación es relevante para resolver conflictos constitucionales. En mi opinión lo que diferencia al ordenamiento estatal y al comunitario, lo que los separa y confronta es precisamente lo que convierte al Derecho europeo en una posibilidad de límite al ejercicio internacional del poder estatal. Es precisamente a través del desarrollo de las herramientas de invocación del Derecho europeo por los ciudadanos el modo

Pero lo cierto es que, este papel, no puede corresponder a los Tribunales constitucionales y al “diálogo” más o menos pacífico con el TJ. No se puede resolver mediante mecanismos jurídicos lo que tiene un vicio original de carácter político: la carencia democrática del proceso de integración. El desarrollo democrático de la UE requiere de un esfuerzo que, como intuía el TC, recae sobre el ámbito de la “oportunidad política”.

Desde esta perspectiva, la primacía sigue el mismo curso que las posibilidades de estructuración jurídica de los ordenamientos y las carencias democráticas de la Unión. El proceso de constitucionalización europeo ha supuesto un importante motor para el desarrollo del contenido del principio de primacía. Desde la *Rebelión de los Tribunales* constitucionales europeos (los casos «*Frontini*» y «*Solange I y II*» de 1973 y 1974) hasta hoy, con la incorporación de nuevos miembros a la Unión, la primacía ha ido desplegándose en su concepto y aceptación y matizándose desde significaciones «absolutas» hasta matizaciones del principio a nivel nacional<sup>536</sup>. El proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (TCEU) puso (a pesar de lo decepcionante de los referendos francés y holandés y del posterior periodo de crisis) el acento sobre el dinamismo del principio a través de su positivización en el artículo I-6, modulando este hito a través de otros principios intrínsecos al mismo — como el artículo I-5 (ó 4 TUE, respeto a las identidades nacionales o contralímites constitucionales) y el artículo II-113 (53 CDFUE). Ello no fue sino el resultado (a medias) de la asunción de los trabajos preparatorios del TCEU del Grupo IX encargado de la estructuración y simplificación de “las fuentes del sistema”. Este grupo pretendía reformar en profundidad el sistema de fuentes, donde debía incluir los nuevos contenidos dialécticos de la integración asumidos por el principio de primacía. El vigente Tratado de Lisboa de la Unión Europea no tiene un equivalente del artículo I-6, con su supresión se elimina (de la redacción) cualquier resquicio de voluntad federalista del maltrecho Tratado Constitucional junto a la bandera o el himno. En su lugar se adhiere la Declaración 17 y, a la misma, se añade el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo (Documento 11197/07 de 22 de junio de 2007)<sup>537</sup>. La devaluación formal del principio en la nueva reforma, parece exigirnos

---

en el que se advierte la cuestión práctica de las relaciones entre ordenamiento y el mejor modo de observación de la estructura multinivel.

<sup>536</sup> CELLOTTO, A., “Le nuove fonti nel Trattato costituzionale europeo”, Revista Cuestiones Constitucionales, num. 15, Julio-Diciembre, 2006. Este autor lo denomina como «visión dinámica de la primacía».

<sup>537</sup> Declaración 17 relativa a la primacía: «*La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia*». Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260); “Dictamen del Servicio jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007 Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho Comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Unión Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, as. 6/64), el Tratado no contenía mención alguna a la primacía y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia. De la Sentencia Costa Enel se destaca el siguiente párrafo: “se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se

continuar analizando el espectro jurisprudencial del principio de primacía y alejarnos, por el momento, de su vertiente político-democrática<sup>538</sup>, o en términos técnico-jurídicos, de su concepto estructural de las relaciones entre ordenamientos.

Dicho de otro modo, si desde el ámbito político no se nos ofrecen nuevas herramientas o matizaciones al principio, nuestro análisis jurídico acerca de la estructuración entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento interno quedará en punto muerto. Pues no pueden resolverse mediante mecanismos jurídicos aquello que sólo podría tener una respuesta política.

No obstante, es nuestra obligación científica seguir estudiando los mínimos elementos presentados desde la jurisprudencia del TJ y del TC, para arrojar algo de nitidez al contenido del principio en perspectiva jurídica. En mi opinión, podemos encontrar para ello algunas herramientas, analizando la evolución de la primacía a través de la redefinición de algunas de sus garantías jurisdiccionales. Esta evolución, como trataré de demostrar, se ha centrado en el ámbito aplicativo del Derecho europeo, y desde ahí se ha desarrollado, concentrándose en las potestades del juez nacional como una serie de exigencias derivadas de los Tratados destinadas a garantizar la eficacia de las disposiciones europeas y su aplicación uniforme, a la vez que se ofrece como una garantía de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.

---

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 aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”.

<sup>538</sup> CHALMERS, D., MONTI, G., *European Union Law. (Updating supplement)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 50 y ss. Si bien tales autores parecen haber olvidado pronto que los mismos actores políticos estatales habían ratificado consensuadamente el mismo artículo I-6 TCEU tres años antes y tras la hecatombe del Tratado Constitucional parecieron correr a reforzar de nuevo sus antiguas posiciones. No obstante aquel antiguo artículo también se adhería una muy parecida declaración del servicio jurídico del Consejo con idéntica intención, reforzar la doctrina Costa del TJ. Por su parte CELLOTTO se referirá a que el fracaso del planteamiento de la Constitución europea sobre el principio de primacía, el cambio fallido que se pretendía a través de su positivización, exige un cambio en su visión, pudiendo entonces adquirir también contenidos nuevos y diferentes. Este nuevo planteamiento es presentado por el autor como “visión dinámica de la primacía”, en CELLOTTO, A., “Le nuove fonti nel Trattato Costituzionale europeo”, *Revista de Cuestiones Constitucionales*, n. 15, 2006.



**CAPÍTULO TERCERO**  
**LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO PUNTO DE ENCUENTRO**  
**ENTRE ORDENAMIENTOS**



## **4. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y LA DESAPLICACIÓN DE LA LEY NACIONAL. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO GARANTÍA (INTERNA) DE LA PRIMACÍA**

### **4.1 La primacía desde la exclusiva vertiente de la selección de la norma aplicable al caso. La naturaleza infraconstitucional de la primacía.**

#### A) Confrontación sobre el concepto de la primacía a nivel constitucional: divergencias y consenso entre el TJ y TC

Como hemos expuesto a lo largo de estas páginas, el TJ ha dado forma progresivamente, mediante sus sentencias, a un ordenamiento jurídico autónomo y eficaz, un ordenamiento supranacional dotado de eficacia directa y primacía que expresa un proyecto concreto de integración. La construcción dinámica de la integración europea ha exigido, sin embargo, que las ideas iniciales del TJ sean matizadas, pues han debido confrontarse con los postulados sobre el proyecto de integración que deriva de las decisiones de las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros.

Conforme a la metodología utilizada para esta tesis, el Derecho constitucional europeo, en sentido amplio, contempla una continua interacción entre espacios constitucionales a todos los niveles. En este sentido, el diálogo entre tribunales, es expresión de la interacción a la que se encuentran sometidos especialmente el nivel europeo y el constitucional nacional. Debido a tal interacción, el principio de primacía ha ido llenándose de contenido, pero al mismo tiempo se ha conjugado con las peculiaridades de cada cultura jurídica constitucional de los Estados Miembros (expresada a través de los contralímites). Como consecuencia el contenido jurídico del principio de primacía y sus consecuencias últimas pueden variar en cada Estado.

Esta dispersión del concepto del principio de primacía trae causa de las carencias democráticas del sistema institucional de la UE además de la dinámica de protección de los derechos fundamentales y de las estructuras constitucionales básicas inherentes al Estado constitucional, tan debilitados en la estructura institucional europea<sup>539</sup>. El juego de los «límites» a las competencias soberanas de los Estados – producto de la atribución competencial observada en los Tratados originarios – y «contralímites» a la eficacia absoluta del Derecho europeo a nivel interno – como garantía de la salvaguarda de los fundamentos esenciales de los Estados constitucionales democráticos de Derecho –, a nivel práctico subyace en el contenido del principio de primacía.

---

<sup>539</sup> Como dice BALAGUER CALLEJÓN esta visión trae causa del propio papel que desempeñan los Tribunales constitucionales en sus ordenamientos constitucionales: la salvaguarda de la supremacía constitucional. Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, ReDCE, n.7, 2007.



El fruto de la interacción ente el ordenamiento de la UE y el ordenamiento constitucional de los Estados debe, sin embargo, respetar una exigencia esencial que impone el propio TJ: que las disposiciones comunitarias sean aplicadas de manera uniforme en todo el territorio de la Unión y no puedan aparecer disfunciones en la interpretación uniforme del Derecho europeo de unos Estados a otros. Esta pretensión, como hemos visto, de no ser cumplida comprometería los propios fines de la UE, su efecto útil, poniendo seriamente en entredicho el concepto de Comunidad o Unión<sup>540</sup>.

Las posibilidades de enmarcar categóricamente el principio de primacía desde diversos planteamientos según cada ordenamiento nos exige centrarnos en nuestro ordenamiento propio. Aquí, la interacción entre el espacio constitucional español y el de la UE sigue unos patrones comunes: Primacía no es supremacía. La primacía se plantea como un mero problema de selección de la norma aplicable al caso concreto que ha de resolver el juez común. El conflicto entre Derecho europeo y nacional no tiene alcance constitucional. De esta forma se articulan armoniosamente los postulados de la doctrina *Simmenthal* y la *DTC 1/2004*.

En relación al nivel interno se ha dicho que el TC ha dejado claro que el concepto jurídico de la primacía difiere de aquel de la supremacía constitucional y que aquella no es sino consecuencia jurídica de la apertura constitucional del artículo 93 de la CE hacia el ordenamiento europeo, la integración de sus disposiciones junto a sus instrumentos de garantía en el ordenamiento interno. Desde la perspectiva del TC la CE se sitúa en una posición de supremacía sobre el resto de fuentes que actúan en el ámbito de validez del Estado, y por ende, también sobre las disposiciones europeas. La posición de la CE respecto de los Tratados comunitarios puede advertirse a través del artículo 95.2 CE, a través del cual las disposiciones de estos no pueden contradecir las disposiciones de aquella.

Además en la relación entre la CE y el Derecho derivado comunitario, si bien se acepta el desplazamiento inicial de aquella frente a este, acorde con el principio de primacía y los postulados del artículo 96 CE, el TC deja constancia de que este desplazamiento no tiene connotaciones jerárquicas, todo lo contrario, mientras que la CE disfruta de supremacía como expresión de la superioridad jerárquica de esta sobre el resto de normas del sistema, la primacía del Derecho comunitario es una consecuencia del propio reconocimiento constitucional de la eficacia de este Derecho en el ámbito doméstico, y por ello la primacía puede ser expresión de la eficacia prevalente de unas disposiciones sobre otras desplazando a las nacionales siempre que ello no suponga un menoscabo de los fundamentos constitucionales básicos del sistema español.

---

<sup>540</sup> GUY ISAAC, Manual de Derecho Comunitario General, cit., pp. 175 y ss.

El discurso de la Declaración 1/2004, mediante el planteamiento de un hipotético conflicto interordinamental, parece querer dejar a las disposiciones constitucionales “relativamente al margen” de la hipótesis del conflicto normativo<sup>541</sup>. Un conflicto que de adquirir connotaciones constitucionales sólo podría presentarse en relación con los Tratados originarios y debería plantearse a través del procedimiento del artículo 95.1 CE. Por ello, al tiempo que el TC niega que la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional se enmarque desde categorías jerárquicas —remarcando su naturaleza como puro problema de la selección de norma aplicable—, ante el proyecto de Tratado constitucional blindó las posibles diferencias entre las disposiciones constitucionales y las disposiciones comunitarias. Partiendo del hecho de que el principio de primacía se activará por el juez aplicador frente a un conflicto entre disposiciones nacionales desplazando a la disposición nacional con preferencia de la comunitaria, el TC, en primer lugar, procede a la identificación de un mínimo constitucional que no puede sucumbir a la primacía del Derecho comunitario, y en segundo lugar, el TC se atribuye el ejercicio en última instancia de un control de constitucionalidad sobre el Derecho comunitario en el momento en que el conflicto se plantee sobre tales límites. Ambas soluciones son expresión de la idea subyacente de que la CE es en última instancia el fundamento de la eficacia de las normas europeas en el ámbito doméstico, puesto que de la CE deriva la posibilidad de la expresión soberana de cesión de competencias a favor de las Instituciones de la UE.

La posición suprema de la CE sobre el Derecho comunitario puede observarse además, como se verá ahora, en la negación continua por el TC del carácter constitucional del conflicto entre normas nacionales y normas europeas, o del incumplimiento del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales<sup>542</sup>. Ello es así porque el artículo 93 CE no ha concedido rango constitucional al Derecho derivado de las Instituciones europeas.

Desde esta perspectiva el TC ha sido coherente en la DTC 1/2004, y ha mantenido que la cuestión del conflicto entre disposiciones pertenecientes a los dos ordenamientos, y en consecuencia la activación del principio de primacía, se remite al ámbito de la aplicación del Derecho, y por tanto es una cuestión de legalidad ordinaria

---

<sup>541</sup> En este sentido, respecto de la jurisprudencia del TC que confluye en la DTC 1/1992 y 1/2004 y que más adelante será estudiada ver ALONSO GARCÍA, R., “El juez español y el Derecho comunitario”, cit., pp. 26 y ss.

<sup>542</sup> SSTC 28/1991, de 14 de febrero; 64/1995, de 22 de marzo (132/1989, de 18 de julio, FJ 12; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 180/1993, de 31 de mayo, FJ.2; 372/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 386/1993, de 23 de diciembre, FJ 2; 265/1994, FJ2; 147/1996, de 19 de septiembre, FJ 3; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; 3/1998, de 22 de enero, FJ 3... Sigue los pasos de *Simmenthal* y *Ford España*, C- 170/88, 11 de julio de 1989 (no planteamiento de cuestión de constitucionalidad por el juez ordinario: primacía es inaplicación inmediata) Además la intervención del TC se justifica en última instancia por el carácter constitucional del conflicto planteado, y es que, negar carácter constitucional a la aplicación interna del Derecho europeo no parece congruente con el orden constitucional interno; bajo una Constitución Normativa cualquier vulneración de Derecho europeo es claramente una vulneración del orden constitucional interno. Puesto que es la Constitución la que confiere validez al Derecho europeo originario (art.93 CE). F. BALAGUER CALLEJÓN, “Le Corti costituzionali ed il processo di integrazione europea”, op.cit, p. 19.

competencia del juez ordinario<sup>543</sup>. El conflicto entre disposiciones europeas y disposiciones nacionales, siempre que no supusiese el menoscabo de los límites constitucionales expresados, significaría exclusivamente que el juez ordinario, aplicador del Derecho europeo, al encontrarse de frente a una disposición nacional y una disposición comunitaria aplicables al mismo caso y sustancialmente contrarias entre sí, se vería obligado a aplicar la disposición comunitaria otorgándole plena eficacia, y “desplazando” en tal caso concreto la disposición española automáticamente y sin más consecuencias tal y como se desprende de la doctrina *Simmenthal*<sup>544</sup>. El conflicto internormativo trata de reducirse al ámbito infraconstitucional, al momento de selección de la norma aplicable al caso por el juez nacional.

Precisamente, si recordamos los antecedentes de esta paradigmática sentencia del TJ, observamos que el conflicto internormativo se centraba precisamente en el rango legal de la norma nacional, lo que a nivel interno se traducía en un conflicto entre la eficacia de la norma europea y las exigencias de carácter constitucional de garantías de eficacia de las leyes nacionales. La sentencia del TJ impidió la consideración constitucional del conflicto normativo si ello suponía relegar la desapplicación de la norma nacional a un planteamiento de inconstitucionalidad o a la espera de una derogación por el legislador, puesto que ello condicionaría la uniformidad aplicativa del Derecho europeo. En este sentido podría decirse que el TC ha actuado de forma adecuada si tradicionalmente ha negado el carácter constitucional del conflicto entre ley nacional y Derecho comunitario, aunque esto se ha traducido en la distinción categórica entre supremacía constitucional y primacía del Derecho europeo<sup>545</sup>.

---

<sup>543</sup> Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 18. 2004, pp. 387 y ss.

<sup>544</sup> Nos sería mucho más útil referirnos al caso mediante el cual el TJ refunde la doctrina *Costa* con la doctrina *Simmenthal*. Este es el asunto de la STJ de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz v. City of Hamburg*, C-184/89, según la cual « a national court which is called upon, within the limits of its jurisdiction, to apply provisions of Community law is under a duty to give full effect to those provisions, if necessary by refusing of its own motion to apply any conflicting provision of national legislation, and it is not necessary for the court to request or away the prior setting aside of such provision by legislative or other constitutional means».

<sup>545</sup> El TC se pronunciaba en el sentido mayoritariamente sostenido por la doctrina. ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, Madrid, 2003, p. 29, considera que el TC debe tener competencia para juzgar al menos las leyes reivindicativas de la cesión de competencias, SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El Tribunal Constitucional y la Garantía Interna de la aplicación del Derecho Comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)”, *Derecho privado y Constitución*, n. 18, 2004, pp. 387 y ss.... pero era necesario superar la situación causada al reconocer al art. 93 como un simple precepto “orgánico procedimental” (antes de DTC 1/2004) y parte de la doctrina pretendía también que el TC se inmiscuyera en la aplicación del Derecho comunitario y su cumplimiento (LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, Madrid 1996, pp. 456 y ss; SÁIZ ARNAIZ, A., “El derecho comunitario ¿parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas? (a propósito de la sentencia n. 384 de 1994, de la Corte Costituzionale italiana)” *RIE*, Vol. 21, 1995, pp 571) ... y también quienes por razones de seguridad jurídica consideran que el TC debe jugar como legislador negativo depurando las normas con rango de ley contrarias al DC (MANGAS MARTÍN, A., *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2 ed. Madrid, 1993, p. 140) pero hay que recordar que el TC debe ajustarse a la doctrina *Simmenthal* que le impide conocer de un conflicto previamente a la inaplicación del Derecho nacional. Afirmar la supremacía de la CE sobre cualquier norma es, sin duda, la mejor forma de evitar las confrontaciones con un sistema, negarle, como principio, relevancia y carácter constitucional, GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: “La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre tribunales comunitarios y tribunales nacionales”, en GARCÍA de ENTERRÍA, E. (Dr.) y ALONSO GARCÍA, R. (Subdr.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 500. También, DE

No obstante si a nivel jurisprudencial interno el problema teórico del contenido de la primacía parece haber alcanzado un punto de encuentro con la doctrina *Simmenthal* a través de la distinción dogmática del TC sobre primacía y supremacía —si bien justificada de algún modo por el requerimiento de un Dictamen vinculante y basado en dudas teóricas<sup>546</sup>—, no parecen resolverse definitivamente las complejidades que suscita a nivel práctico la activación del principio de primacía. Resolver los conflictos entre ambos ordenamientos relegando la primacía al exclusivo ámbito aplicativo infraconstitucional no termina de disipar todas las vacilaciones y perplejidades causadas por la cuestión sobre la fuerza activa o pasiva de las disposiciones europeas en el ordenamiento interno. En el ámbito interno, más que nunca, la primacía puede suponer un peligro para la eficaz garantía del Derecho y para las garantías constitucionales del principio democrático (en la producción de la ley). En nuestro sistema jurídico, caracterizando la primacía como simple principio de resolución de conflictos y mera cuestión de eficacia, se pretende salvaguardar la estructura básica del ordenamiento nacional, sin embargo, veremos que la propia naturaleza del principio sobrepasa tales límites y continúa poniendo en juego en el ámbito aplicativo principios generales de carácter constitucional que necesitarán de la intervención del TC, especialmente cuando la primacía se activa frente a normas nacionales con rango legal o aquellas que regulan derechos fundamentales.

Podemos, por ejemplo, recordar que en el Dictamen del Consejo de Estado de 2004 se observa precisamente que la duda esencial sobre la contradicción entre TCEU y CE se arma concretamente sobre la base de la relación entre el principio de primacía del art. I-6 del Tratado y la CDFUE. La consecuencia hipotética de esta relación, para el Consejo de Estado, era la posibilidad de una extralimitación de las competencias del juez ordinario en el análisis de la legitimidad constitucional de las normas internas conforme al parámetro de derechos fundamentales duplicados en el ámbito europeo y el interno. Precisamente se encuentra aquí la raíz de los mismos problemas que aparecían en el seno del asunto *Simmenthal* cuando se preveía que la aplicación de la doctrina *Costa* conllevaría la pérdida del monopolio de la *Corte Costituzionale* en el análisis de la validez de las normas internas con rango legal (asunto *Ford España*, C-170/88) y una competencia extraordinaria del juez ordinario en este campo.

Como se puede intuir, confinar el significado de la primacía y su contenido, restringirlo, al momento de la decisión de la norma aplicable a un caso concreto no

---

MIGUEL, J., “Juez nacional y aplicación del Derecho Comunitario en la jurisprudencia constitucional”, en [http://www.acoes.es/comunicacion\\_mesa3\\_VI.html](http://www.acoes.es/comunicacion_mesa3_VI.html), consultado 18. 08. 2008

<sup>546</sup> Como se puede apreciar de las últimas conclusiones sobre posibles contradicciones entre interpretaciones de derechos fundamentales en el propio dictamen, y en las cuestiones de oportunidad política como dice el propio tribunal. Por otro lado, las condiciones en las que se ha tenido que pronunciar el TC no han sido tampoco las mejores. Siguiendo a DÍAZ PICAZO y en coherencia con el proceso seguido por el Gobierno español antes de presentar sus dudas al Tribunal Constitucional, no es «cómodo tener que enjuiciar un Tratado que establece una Constitución cuando el Gobierno que pregunta y pide un dictamen vinculante ya ha anunciado la convocatoria de un Referéndum para su aprobación previa a la ratificación.» “Constitución española y Constitución Europea”, *Op. cit.*

terminará de resolver los desequilibrios que supone para el sistema competencial y los principios constitucionales de los Estados miembros. La situación de conflicto, en términos constitucionales, se prolonga más allá de la simple elección de la norma aplicable. Por ello a continuación veremos algunas consecuencias desde el prisma nacional

En definitiva, si relegar el principio de primacía al ámbito exclusivamente aplicativo parecía, en opinión del TC, suponer un lugar común que satisficiera la aplicación uniforme del Derecho europeo al tiempo de garantizar la supremacía constitucional, sin embargo, respecto de las normas con rango legal se plantean nuevos conflictos. A continuación se expondrán los problemas resultantes de la exclusiva consideración de la primacía en el ámbito aplicativo.

### B) La naturaleza infraconstitucional del conflicto

No podemos ignorar que las Declaraciones del TC sobre la relación entre CE y Derecho comunitario, tienen un carácter vinculante, y por ello, indudablemente conformador del contenido del principio de la primacía en el ámbito español. Atendiendo a esto, la primacía en Derecho interno es entonces un principio que ayuda al juez nacional a seleccionar la norma aplicable al caso concreto en caso de conflicto, queda claro en la DTC 1/2004.

Debemos centrarnos ahora en el efecto más consensuado de la primacía, el desplazamiento de la disposición nacional, desde una perspectiva técnico jurídica. Para ello analizaremos la inaplicación de disposiciones nacionales infraconstitucionales, concretamente aquellas de rango legal<sup>547</sup>. Ya en este caso encontramos impedimentos estructurales que hacen de la definición del principio por el TC, como mínimo, insuficiente<sup>548</sup>. Si la primacía es una cuestión de exclusivo

---

<sup>547</sup> Sin duda alguna los problemas que se tratan de resolver con tal distinción no son sólo de carácter jurídico, sino sobre todo de carácter político-constitucional, la cuestión de la fuente última de validez de las normas, de la soberanía estatal, de la legitimidad de las normas... sin embargo quisiera centrarme en cuestiones técnico-jurídicas, concretamente en aquellas que surgen de la necesidad de inaplicación de disposiciones con rango legal de promulgación posterior a la disposición europea. Respecto de las leyes anteriores a la asunción del acervo comunitario, es pacífica en España la aceptación de la no necesidad de intervención del TC para declarar las mismas derogadas por oposición a las disposiciones del ordenamiento, tal y como dispuso la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1990, el TS entendió en esta misma decisión que tales disposiciones debían ser reputadas como «inconstitucionales por incompetencia», pero sin exigir que el juez ordinario planteara la cuestión de inconstitucionalidad para dejar inaplicada tales leyes estatales al estar estos vinculados por la jurisprudencia del TJ que tiene establecido el principio pro-comunitate. ALONSO GARCÍA, M.C., “La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 138, septiembre-diciembre, 1995, p.204.

<sup>548</sup> Esta aseveración no es gratuita. La naturaleza de la función de los Tribunales Constitucionales se ha venido caracterizando por su «estatalidad» o «introspección», al tener como parámetro de sus atribuciones de control a la Constitución nacional. Los Tribunales Constitucionales, por ello, han jugado, en su mayoría, un papel antagónico en el contexto de la integración. Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., “El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión” en ID., (Coord.) *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 67-68.

carácter aplicativo, entonces forma parte de la competencia de la jurisdicción ordinaria la inaplicación de disposiciones nacionales contrarias al Derecho europeo y, siguiendo la doctrina *Simmenthal* del TJ, también de aquellas con rango legal.

Desde que el TJ repitiese de modo particular la doctrina *Simmenthal* en el asunto *Ford España* en el año 1989<sup>549</sup>, en el ordenamiento español se refrendó la doctrina comunitaria. Sin embargo la jurisdicción ordinaria no terminó de encuadrar aquella jurisprudencia. A comienzo de los años 90 el Tribunal Supremo Español se había declarado incompetente para inaplicar disposiciones con rango de ley contrarias al Derecho europeo, delegando conforme al sistema de fuentes interno en el TC como único órgano dotado de capacidad para determinar la inaplicación de las leyes nacionales posteriores a la adhesión a las CC.EE y contrarias al Derecho comunitario<sup>550</sup>. El TC, en aplicación de la doctrina del TJ tendría que disponer expresamente que la integración del ordenamiento comunitario, por vía del artículo 93, no dotaba sin embargo a las normas del Derecho europeo de rango constitucional, y que, por tanto, la vulneración de su ordenamiento no suponía una vulneración de la Constitución, por lo que el Alto Tribunal no era competente para realizar un juicio sobre la constitucionalidad de las leyes contrarias al Derecho comunitario.

Esto es, ni el artículo 93 ni el 96.1 CE convertían al Derecho europeo en canon de constitucionalidad de las normas y actos del poder público interno<sup>551</sup>, por lo que compete a la jurisdicción ordinaria su valoración e inaplicación. De esta forma el TC, con anterioridad a las Declaraciones del 92 y de 2004, ya había restringido la naturaleza de la primacía a un mero problema de selección de la norma aplicable al caso concreto, especificando que la resolución del conflicto del Derecho nacional con el europeo correspondía exclusivamente a los órganos judiciales ordinarios<sup>552</sup>.

Ello justificaba su autoexclusión del control interno de la adecuación de los poderes públicos al Derecho europeo y, por ende, la imposibilidad de acudir a

---

<sup>549</sup> Sentencia del TJ de 11 de junio de 1989, asunto *Ford España*, C- 170/88. Más recientemente STJ de 8 de junio de 2000, asunto *Carra e.a.*, C- 258/98.

<sup>550</sup> Concretamente respecto del control por la jurisdicción ordinaria de las normas de transposición de directivas comunitarias, el TS consideró que el control por los jueces ordinarios de la comunitariedad de las normas nacionales “tiene en el ordenamiento jurídico español el límite... de que las normas internas dictadas para desarrollo de la directiva tengan rango inferior a la ley”. Ver las sucesivas Sentencias del TS de 23,26,28,29 y 30 de noviembre de 1990, de 5 de junio y de 8 de octubre de 1992. Sobre el tema ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, cit., pp. 22 y ss.

<sup>551</sup> Para BIGLINO CAMPOS la negativa a considerar las disposiciones comunitarias como canon de constitucionalidad proceden de entender la relación entre el ordenamiento comunitario y el nacional en términos dualísticos y no de integración, como correspondería al actual estadio del proceso europeo. BIGLINO CAMPOS, P.: “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española”, *Revista General de Derecho Comunitario*, nº 3, 2007, p. 12, [www.iustel.com](http://www.iustel.com)

<sup>552</sup> «es una labor de los órganos judiciales, en su caso mediatizados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ninguna intervención puede tener este tribunal a través de la cuestión de inconstitucional que en su caso tratarán de promover aquellos, pues tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho comunitario europeo, la primacía de este exige que sean sólo aquellos órganos los encargados de asegurar directamente la primacía de este... » STC nº 28 de 14 de febrero de 1991, FJ 5 y 6.

procedimientos de control de carácter constitucional como la cuestión de inconstitucionalidad planteada por los jueces y tribunales encargados de inaplicar el Derecho interno frente al comunitario.

El carácter infraconstitucional del conflicto entre Derecho europeo y Derecho nacional, inicia la lógica por la que el TC ha negado de forma tradicional y tajante su carácter de tribunal comunitario<sup>553</sup>, y ha quedado plasmada en la jurisprudencia constitucional. Esta jurisprudencia, cuyo breve comentario es imprescindible, nos permitirá estudiar la doctrina del TC sobre la posición exacta en la que el Derecho europeo se emplaza en el ordenamiento constitucional interno, y concretamente sobre el contenido mínimo que el principio de la primacía observa en nuestra estructura constitucional, la forma y caracteres con los que pueda cumplir su función, la eficacia uniforme de las disposiciones europeas.

B.i) *La Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1991 de 14 de febrero: irrelevancia constitucional del conflicto entre Derecho europeo y Derecho nacional*

La sentencia del TC 28/1991, de 14 de febrero, inaugura la doctrina jurisprudencial introducida más arriba. Tiene como objeto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento vasco contra determinadas disposiciones de la Ley Orgánica 1/1987, de 2 de abril que con el objeto de regular las elecciones al Parlamento Europeo introducía concretas disposiciones en la ley orgánica de Régimen Electoral General (LOREG)<sup>554</sup>. La Ley orgánica que modifica la LOREG concretamente establecía la incompatibilidad del desempeño simultáneo de los cargos de diputado europeo y miembro del Parlamento vasco. Según los recurrentes esta incompatibilidad vulnera el artículo 5 de la Decisión 76/87/CEE, EURATOM, del Consejo de la Comunidad europea que expresamente permitía el doble mandato. En consecuencia el Parlamento Vasco considera que el Derecho nacional no puede derogar la Decisión europea que permite el doble mandato, puesto que esta fuente comunitaria no es una norma dispositiva. Siendo el precepto de la Decisión de naturaleza imperativa no resulta lícito para las Cortes Generales proveer una regulación del régimen de incompatibilidades que contradiga el Derecho comunitario. El legislador nacional no puede derogar las disposiciones europeas ni establecer preceptos que las contradigan. Puesto que la LOREG (art. 211.2.d) altera de forma manifiesta la regulación europea citada, los recurrentes consideran que la ley nacional también “aparece viciada de inconstitucionalidad por infracción de los artículos 93, 96.1 y 9.1 de la CE”. Es decir, los recurrentes consideraban que la contradicción entre la ley orgánica de 1987 y la Decisión europea tenía como

---

<sup>553</sup> En este sentido ver, HERRERA GARCÍA, A., “Tribunal Constitucional y Unión Europea. El caso español a propósito de la sentencia 58/2004 y de la fase actual de la integración constitucional europea”, Cuestiones Constitucionales, enero-junio, nº 016, UNAM, México, p. 415.

<sup>554</sup> Ley Orgánica de Régimen Electoral General 5/1985 de 19 de junio.

«consecuencia necesaria» la infracción de los artículos 93, 96.1, y 9.1 de la CE, puesto que estas disposiciones constitucionales constituían la base de la vinculatoriedad del Derecho derivado de las Instituciones comunitarias en el ordenamiento nacional<sup>555</sup>.

A este respecto el TC dispondrá que la vulneración del Derecho comunitario no conlleva la inconstitucionalidad del Derecho nacional, de la ley orgánica contraria. Concretamente afirma que «el contraste que el órgano actor trae a este proceso entre aquellos preceptos constitucionales y la norma legal impugnada tendría lugar sólo de forma mediata o indirecta, ya que la oposición a la Constitución por el precepto electoral se hace descansar exclusivamente en la pretendida conculcación de la mencionada norma comunitaria, que de este modo se convierte (...) en medida de enjuiciamiento constitucional de la validez de la norma impugnada»<sup>556</sup>. Por el contrario, la pretendida contradicción en que incurre la disposición legal introducida por la ley orgánica 1/1987 lo es con respecto al artículo 5 del Acta Electoral Europea, y no en relación con los mencionados preceptos constitucionales, que sólo se ven contrariados «de manera accidental, mediata o indirecta»<sup>557</sup>.

El contraste que se solicita al TC, parte entonces erróneamente de admitir que el art. 5 de la Decisión europea es una norma que «integra el corpus constitucional aplicable al caso, y que, por tal razón, tiene fuerza para condicionar de modo reflejo o indirecto la “validez” de la norma electoral impugnada»<sup>558</sup>, puesto que esta sería la consecuencia de considerar que la contradicción entre la ley orgánica interna y la Decisión europea conlleva la inconstitucionalidad de la primera basada en la infracción de los artículos 93 y 96.1 de la CE.

El TC, en los fundamentos jurídicos de esta sentencia, parte de la inexcusable vinculación de España al Derecho europeo. Efectivamente, recuerda que desde la fecha de su adhesión se encuentra vinculada al Derecho europeo tanto originario como derivado, el cual, constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema

---

<sup>555</sup> Ver los Antecedentes de la STC 28/1991, apartado I, a). Ver también el escrito presentado por el Abogado del Estado el 23 de julio e inserto en los Antecedentes de la STC, apartado 4, en cuya parte b) el Abogado del Estado considera que la vulneración por la Ley orgánica de la CE se produce de manera “mediata e indirecta”.

<sup>556</sup> Fundamento Jurídico num. 4 de la misma STC, sigue de cerca el argumento del Consejo de Estado Francés en el *Asunto NICOLO, Sentencia de 20 de octubre de 1989*, según la cual el Tratado se superpone a la ley siempre, con independencia de que esta sea posterior o anterior. Para el Consejo de Estado «la violación de la Constitución que resultaría del desconocimiento de un tratado internacional es realmente demasiado indirecta para poder ser censurada como tal. Sin duda, adoptando una ley incompatible con un tratado anterior, el legislador atenta contra el principio de supremacía de la norma internacional (...) pero (...) esta disposición no puede ser entendida de forma que el desconocimiento de un tratado por el legislador se convierta en una causa de inconstitucionalidad de la ley». Como podemos observar, la naturaleza suprema que los tratados internacionales tienen en el ordenamiento francés conducen a resultados diferentes de ambas sentencias, si bien, ambas consideran la infracción constitucional demasiado indirecta como para entender la vulneración de sus preceptos como causa-efecto de la ley interna contraria al Derecho comunitario.

<sup>557</sup> Fundamento jurídico 4 de la propia STC 28/1991. Debe recordarse que la Fundamentación del TC se apoya en la doctrina anterior expresada en la STC 49/1988 referente a la cuestión sobre la incompatibilidad entre un Tratado Internacional (el Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre España y la Santa Sede) y una ley posterior (Ley 31/1985, de regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro)

<sup>558</sup> FJ 4, STC 28/1991.



jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales. Pero determina que esta vinculación no significa que se haya dotado a las normas de Derecho comunitario de rango y fuerza constitucional, ni que implique que sea posible reconducir al artículo 93 o a otros preceptos constitucionales cualquier violación del ordenamiento comunitario producido por las normas internas, y hacer descansar, en consecuencia, el juicio de validez de las mismas respecto a aquel Derecho ante el TC, convirtiendo el mismo en un control de constitucionalidad. El artículo 93 «se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales, lo que determina que únicamente tales tratados pueden ser confrontados con el artículo 93... en un juicio de constitucionalidad por el hecho de ser dicha norma suprema la fuente de validez formal de los mismos»<sup>559</sup>, pero no el derecho derivado.

Tampoco puede fundamentarse tal pretensión de inconstitucionalidad en el artículo 96.1 CE, puesto que esta disposición constitucional no convierte al Derecho europeo en canon de constitucionalidad de las normas españolas: «ningún tratado internacional recibe del artículo 96.1 más de la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno»<sup>560</sup>.

En atención a los anteriores razonamientos, el Tribunal concluye que la pretendida contradicción entre la Ley orgánica y la Decisión europea, si la hubiera, carecería de relevancia constitucional, puesto que la antinomia denunciada corresponde a la relación entre la ley y el Derecho derivado europeo, y no establece una relación entre la ley y la CE que atente a lo dispuesto en los artículos 93 y 96.1 CE. El debate no se centra por tanto en la constitucionalidad de la ley contraria a la normativa comunitaria, sino que se ordena, simplemente, entre la ley nacional y una disposición derivada de Derecho comunitario: es un problema de determinación de la norma aplicable al caso concreto, es decir, la eficacia y la relación de primacía entre norma europea y ley interna es una cuestión infraconstitucional<sup>561</sup>.

Con tales fundamentos, y en conexión con la doctrina del TJ, el TC dispone «que como puro problema de selección de la norma aplicable (...) su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozca» en coherencia con el art. 117.3, recordando la imposibilidad propia de conocer del asunto por medio del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad promovida por los jueces y

---

<sup>559</sup> Como ya sabemos, esta idea del Fundamento Jurídico 4 supone una primera expresión del elemento orgánico procedimental del artículo 93 al que se refiere con el carácter implícito del respeto a la Constitucionalidad, Estatalidad y Soberanía por los Tratados integrados mediante esta vía constitucional. Ver DTC 1/1992 y DTC 1/2004.

<sup>560</sup> FJ 5, STC 28/1991.

<sup>561</sup> Como disponía el Abogado del Estado en el punto 4, b) de la STC «si una ley estatal o autonómica fuera incompatible con lo dispuesto en un Tratado no por eso sería inconstitucional y nula por infractora del artículo 96.1 CE, precepto que no determinaría la invalidez de la ley, sino la primacía del Tratado contradictorio mientras no fuera modificado con arreglo a sus propias determinaciones o a las generales del derecho internacional. El art. 96.1 CE decide simplemente sobre una cuestión de prelación aplicativa» y un poco antes afirma que «a este Tribunal (...) no le corresponde controlar o revisar si una Ley dictada para garantizar el cumplimiento de una norma europea infringe o (...) bajo qué condiciones una y otra pueden ser compatibles, Y ello será así porque no compete a este Tribunal garantizar la primacía del Derecho europeo sino la de la Constitución española».

magistrados ordinarios por ser una prohibición derivada de la doctrina *Simmenthal*, donde en virtud de la primacía el TJ exige que sean «sólo aquellos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho»<sup>562</sup>.

Por último el TC rechaza tajantemente la opción argumentada por los recurrentes de plantear cuestión prejudicial ante el TJ, puesto que, de partida, renuncia a asumir competencia para establecer la compatibilidad entre la ley nacional y el Derecho europeo: «nada hemos dicho ni nada es menester declarar en este proceso constitucional acerca de la acomodación o no del art. 211.2.d) de la LOREG a lo dispuesto en el art. 5 del Acta electoral Europea [Decisión] pues el problema de esa acomodación no es un problema constitucional». Y añade que, el Derecho comunitario tiene sus propios órganos de garantía entre los que no se encuentra el TC<sup>563</sup>.

De los fundamentos jurídicos de la STC 28/1991 pueden extraerse algunas consecuencias.

En primer lugar, puede entenderse que la exigencia de eficacia del Derecho europeo, se interpreta por el TC, en un primer momento, como un deber de abstención propia<sup>564</sup>, y de respeto al monopolio interpretativo del TJ<sup>565</sup>, cuya labor se realiza, eso sí, en un nivel infraconstitucional, apoyando al juez ordinario en el nivel aplicativo<sup>566</sup>. De esta forma se confirma el carácter autónomo del Derecho Comunitario. En segundo lugar, el TC al abstenerse de conocer las cuestiones de inconstitucionalidad y de pronunciarse, en consecuencia, sobre la validez de las normas nacionales contrarias

---

<sup>562</sup> FJ 6, STC 28/1991, igualmente pueden verse las SSTC 64/1991, que se examina a continuación, 132/1989, de 18 de julio de, FJ 2; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 372/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 386/1993, de 23 de diciembre, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; 13/1998, de 22 de enero, FJ 3.

<sup>563</sup> FJ 7, STC 28/1991. Debe observarse que como aducía el Abogado del Estado el TC ha repetido en su doctrina que su jurisprudencia no se encuentra entre las funciones jurisdiccionales ordinarias, y que él mismo no es un órgano jurisdiccional. El concepto «órgano jurisdiccional» al que alude el art 19.3.b TUE y 267 TFUE no incluye a los Tribunales Constitucionales que no se integran en el Poder Judicial. Esta opción será revisada con el planteamiento de la primera cuestión prejudicial mediante Auto TC 86/2011, de 9 de junio.

<sup>564</sup> El TC, en el FJ 7 de la STC 28/1991, considera que «*la ratio decidendi* (del propio Tribunal) no guarda relación alguna con la norma comunitaria» en este sentido no interviene como órgano de garantía, ni se siente legitimado para ejercer la cuestión prejudicial, considerando que el Derecho comunitario tiene sus propios órganos de garantía, y la cuestión prejudicial únicamente resulta operativa en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho europeo y precisamente para garantizar una interpretación uniforme. En contra de esta aseveración del TC me remito a RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., Y VALLE GÁLVEZ, A., «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», Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 2, Vol. 1, julio-diciembre, 1997, pp. 359 y ss.

<sup>565</sup> Como alega el Abogado del Estado en la exposición de motivos de la STC 64/1991 de 22 de marzo: «...abrir en casos como el presente la posibilidad de concurrencia de parámetros de control no beneficia la adecuada articulación entre ordenamiento estatal y comunitario...» (párrafo 15 de la exposición de motivos).

<sup>566</sup> En un sentido parecido SÁNCHEZ LEGIDO, considera que «desde sus primeros pronunciamientos sobre el Derecho Comunitario, el Tribunal Constitucional ha mantenido una actitud de deliberado –aunque quizás no demasiado bien calculado– distanciamiento respecto del Derecho comunitario», ver SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho comunitario en España (A propósito de la STC 58/2004)», Derecho privado y Constitución, n. 18, 2004, p. 392.

al Derecho europeo, al tiempo que obedece a la jurisprudencia del TJ impone su visión sobre el contenido del principio de primacía y su naturaleza des-aplicativa. Considera, por tanto, que la labor de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es una cuestión excluida de los procesos constitucionales que ante el mismo se sustancian puesto que el derecho comunitario no ha sido dotado en el ordenamiento interno de rango o fuerza constitucional. Por lo tanto, la cuestión de la correcta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales no tiene relevancia constitucional, sino que se desenvuelve en sede ordinaria, es una cuestión de mera selección de la norma aplicable al caso concreto, y por lo tanto, el principio de primacía adquiere un semblante conflictual, como mera herramienta de solución de antinomias.

Esta exclusión de la relevancia constitucional en la aplicación del Derecho europeo, opera igualmente respecto del recurso de amparo en el ámbito de los derechos fundamentales. En el ámbito del recurso de amparo el TC también niega, *a priori*, su competencia cuando los mismos se susciten por vulneración de los preceptos incluidos en el Derecho comunitario<sup>567</sup>. No obstante, conforme a lo apuntado en el capítulo anterior, la cuestión de la primacía adquiere un carácter constitucionalmente relevante cuando están en juego disposiciones nacionales que albergan derechos fundamentales.

B.ii) El recurso de amparo ante el TC: derechos fundamentales, cuestión prejudicial y derecho a la tutela judicial efectiva.

Respecto de las cuestiones suscitadas en torno a la posibilidad de acudir en amparo ante el TC por vulneraciones de derechos fundamentales provocadas por la incorrecta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales, el TC ha seguido la misma línea argumentativa basada en que el Derecho comunitario no tiene rango constitucional, y por lo tanto, no es canon de constitucionalidad de las normas o actos producidos por los poderes públicos. La doctrina constitucional ha mantenido que el Derecho comunitario no altera los términos de los artículos 53.2 y 161.1.b) de la CE<sup>568</sup>. Veamos algunos ejemplos.

---

<sup>567</sup> Para un análisis de la jurisprudencia del TC respecto de la doctrina de la inaplicación de la ley por los órganos judiciales ordinarios, y respecto a la no constitucionalidad de la materia europea en comparación de sus argumentos con aquellos del Consejo de Estado Francés y la Corte Constitucional Francesa me remito a ALONSO GARCÍA, M. C., “La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho Comunitario”, Op. cit., pp. 203 y ss. Igualmente me remito de nuevo a SÁNCHEZ LEGIDO, A., *op. Cit.*, pp. 387-443. También, DE MIGUEL BÁRCENA, J., “Juez nacional y aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, en REVENGA SÁNCHEZ, M., (Coord.), El poder Judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, 2009, pp. 631-648.

<sup>568</sup> Como muestra inicial ver SSTC 201/1996, de 9 de noviembre, donde se recoge ya una doctrina consolidada, y 180/1993, de 31 de mayo.

En la STC 64/1991, de 22 de marzo, el TC deniega el recurso de amparo interpuesto por una asociación de pesca española (APESCO) contra determinados actos administrativos dictados sobre la base de una Orden gubernamental por la que se rige el acceso de pesqueros españoles en aguas CEE. APESCO considera que el acuerdo de la Secretaría General de Pesca basada en la citada Orden vulnera el Derecho comunitario en virtud del Tratado de adhesión a la Unión. La Orden establecía un sistema de reparto de cuotas pesqueras entre los buques españoles para acceder a los caladeros comunitarios. Este reparto no se sostenía en base al número de embarcaciones censadas, como se presume del Derecho comunitario, sino que se basaba en el número de “derechos de pesca” acumulados por cada armador. Y es que la Orden española permitía acumular tales derechos de pesca a aquellos armadores que se deshiciesen de los buques de pesca, puesto que la reducción del número total de buques permitió en su momento a España negociar unas mejores condiciones con las CC.EE en el ámbito de la política pesquera en el Acta de Adhesión. La administración española, en base al listado realizado en virtud de la Orden, al realizar el proyecto de listado con el que la Comisión decide quién puede mensualmente faenar en aguas comunitarias, parece discriminar sistemáticamente a la asociación APESCO por la acumulación de derechos de pesca del resto de compañías. Por ello la demandante en amparo considera que la Orden española establece un trato discriminatorio, por lo que vulnera, en primer lugar, el artículo 40.3 TCEE que establece el principio de igualdad en la aplicación de la Política pesquera común. Igualmente considera que contraría al Tratado de Adhesión de España a las CC.EE al basar los criterios de concesión en el número de derechos de pesca y no en el número de buques pesqueros.

En este sentido APESCO plantea un recurso de amparo contra las autoridades públicas nacionales: primero, por aplicar una Orden gubernamental que presuntamente contraría el Derecho comunitario; en segundo lugar, por vulnerar el derecho a la igualdad dispuesto en los Tratados; en tercer lugar contra las sentencias nacionales con las que la jurisdicción nacional ha desestimado sus pretensiones en la medida en que no han tenido en cuenta el principio de primacía. Concretamente la asociación aduce que las autoridades judiciales «no han sabido resolver la cuestión por cuanto no han considerado que la Orden en que se basa el sistema de reparto de cuotas [pesqueras] haya sido desplazada por el Derecho comunitario»<sup>569</sup>.

La demandante en amparo reprocha, al acudir al TC, por un lado que las actuaciones de los poderes públicos españoles han actuado en discriminación (art. 14 CE) en base a la Orden de 12 de junio de 1981, y en consecuencia que los órganos jurisdiccionales no han resuelto los litigios planteados ante los mismos con arreglo al

---

<sup>569</sup> Como se expone en la demanda de amparo punto 11, b) párrafo 6: «esta colisión debe resolverse a favor de la regulación comunitaria, dados los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario y el hecho mismo de la derogación tácita de la Orden por el Tratado de Adhesión, por lo que, en definitiva dicha Orden no puede invocarse como justificación objetiva y razonable de la discriminación producida».

sistema de fuentes normativas consagrado en la CE (art. 24.1), pues ignoraron el principio de primacía del Derecho comunitario europeo.

Como se observa la cuestión de fondo es la compatibilidad de un acto administrativo y otro judicial de los poderes públicos nacionales con el Derecho comunitario, pero a esta cuestión subyace la vulneración de dos derechos fundamentales: el derecho a la igualdad (proclamado por el art. 14 CE y por los Tratados “internacionales”) vulnerado por la administración española, y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) vulnerado por los tribunales nacionales al no aplicar el Derecho vigente, puesto que no han aplicado el principio de primacía para resolver la cuestión, de ahí el recurso en amparo. La respuesta del TC, a los efectos de esta tesis, debe diferenciarse en dos extremos esenciales.

A. En primer lugar, respecto de la vulneración del artículo 14 CE, atendiendo a lo anteriormente expuesto, el TC recuerda que la única medida de enjuiciamiento aplicable al proceso de amparo es la integrada exclusivamente por los preceptos de la Constitución del 14 al 30. En tal sentido debe observarse que la resolución recurrida es una decisión que se sujeta al Derecho comunitario, es decir, surge de la actuación por los poderes públicos nacionales de una competencia comunitaria, por lo que se sujeta al Derecho comunitario. En este sentido según la STC 28/1991 la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales<sup>570</sup>. Esta garantía compete a los jueces y tribunales ordinarios. Pero el recurso de amparo actual presenta una particularidad que no pasa por alto el TC: los derechos fundamentales que sirven de base del enjuiciamiento del recurso de amparo en virtud del art. 10.2 CE deben ser interpretados de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales. De esta apreciación podría derivar la competencia en este caso del TC para evaluar la actuación de los poderes públicos conforme a determinadas disposiciones de los Tratados comunitarios que señalen derechos fundamentales acogidos en la CE, como el principio de igualdad del art. 40.3 del TCEE, disposición invocada por la asociación APESCO. Sin embargo, el TC determinará que el art. 10.2 CE “tampoco convierte a los tratados internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos”. La validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección, siendo lo dispuesto por el art. 10.2 una simple fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide al TC<sup>571</sup>.

---

<sup>570</sup> FJ 4, de la STC 64/1991.

<sup>571</sup> Concretamente alude a lo dispuesto en la STC 28/1991: «problema ligeramente distinto sería que la contradicción aludida sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, puesto que las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse ‘de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las

En consecuencia, el TC declara su falta de competencia para controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos al Derecho europeo: «los motivos de amparo han de consistir siempre en lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los artículos 14 a 30 CE, con exclusión, por tanto, de las eventuales vulneraciones del Derecho comunitario<sup>572</sup>», y sólo, según el artículo 41.2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, contra actos jurídicos de los poderes públicos, con independencia de que tal acto sea o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo, sin perjuicio del valor que este tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la CE<sup>573</sup>.

Es precisamente la puesta en valor del artículo 10.2 como apertura constitucional a los derechos reconocidos por vía convencional el elemento que permite en el ámbito del recurso de amparo la constatación de ciertos componentes de Derecho europeo de relevancia en el juicio del TC. La actitud del TC es coherente con la doctrina anteriormente asentada, pero debe entenderse que el hecho de que el Derecho comunitario no sea canon de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos nacionales no impide que el TC conozca, a través del recurso de amparo, de la posible vulneración de los derechos fundamentales establecidos en la CE por la actuación de los poderes públicos cuando éstos actúan en aplicación o ejecución del Derecho comunitario. Efectivamente el TC aclarará en este caso que «la cesión del ejercicio de competencias a favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos,

---

mismas materias ratificadas por España' (art. 10.2 CE), sin embargo tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría *per se* el tratado en medida de constitucionalidad». La extensión del contenido del art. 10.2 CE ha tenido una especial relevancia en el ámbito de los recursos de amparo por cuestiones de discriminación por sexo debido a que en el ordenamiento comunitario ha tenido un especial desarrollo, ver por ejemplo STC 241/1988, de 19 de diciembre, STC 58/1994, de 28 de febrero, STC 136/1996, de 23 de julio, ó STC 41/2002, de 25 de febrero. Sin duda alguna tras la aprobación de la reforma de los Tratados de Lisboa y la inclusión de la CDFUE el recurso del art. 10.2 debe entenderse en conjunción con el carácter de eficacia directa y primacía del Derecho originario. De un modo más implícito el TC ha reconocido también que las disposiciones de Derecho comunitario pueden también tener otro tipo de virtualidad en su sede. Las normas comunitarias relativas a las materias sobre las que incide la disposición o el acto recurrido en amparo constituyen «un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción, lo mismo que sucede con la legislación interna en las materias ajenas a la competencia de la Comunidad» (STC 64/1991), ver en este sentido SÁNCHEZ LEGIDO, A., *cit.*, pp. 400-403.

<sup>572</sup> *Ibidem.*

<sup>573</sup> El artículo 10.2 entiende los tratados internacionales como una fuente interpretativa para mejorar la identificación del contenido de los derechos, pero nunca como un parámetro de validez de las normas. FJ 4 de la STC 64/1991 «la interpretación a la que alude el citado artículo 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos (...) realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección de esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos...»

pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español»<sup>574</sup>.

Debe dejarse claro que el juicio sobre el acto de los poderes públicos se realizará conforme al parámetro de los derechos constitucionales, con independencia absoluta de si tal acto es regular o no desde la estricta perspectiva del ordenamiento europeo, cuestión que, como insiste esta sentencia, compete a los órganos jurisdiccionales ordinarios, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y en su caso, al Tribunal de Justicia a través de los procedimientos comunitarios oportunos<sup>575</sup>. Desde esta perspectiva, y volviendo al asunto concreto, el TC terminará considerando que la Orden nacional que denuncia APESCO no es causa de discriminación según cabe entenderse en el marco del artículo 14 CE, incluso cuando el principio de igualdad se interprete en conformidad con lo dispuesto en los Tratados comunitarios.

B. En segundo lugar, quisiera centrarme en la alegación de los demandantes de amparo respecto de la vulneración del artículo 24.1 CE, la vulneración de la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales al presumirse que no han aplicado el Derecho vigente, que no han aplicado el principio de primacía del Derecho comunitario sobre la orden gubernamental. El TC se limita a responder que las decisiones judiciales se encontraban suficientemente motivadas respecto de la selección de la norma nacional como Derecho aplicable al caso concreto. Lo relevante es que en este caso el TC entra a conocer de la demanda (del principio de primacía).

Centrándonos en el este último punto, la relación establecida entre tutela judicial efectiva, la motivación adecuada de las decisiones judiciales nacionales, en conexión con la aplicación del Derecho comunitario frente al Derecho nacional contrario, será desarrollada en la Sentencia 180/1993, de 31 de mayo, asunto FOGASA, que expone de forma más clara la definitiva doctrina del TC sobre la

---

<sup>574</sup> Esta afirmación es la respuesta dada a la duda del Abogado del Estado acerca de si la denuncia de violación del derecho de igualdad del artículo 14 CE es imputable a los poderes públicos aun cuando actúan «como un órgano comunitario». El sistema impuesto por la CE para el control del acceso a los caladeros exige que la autoridad española eleve una propuesta de hasta 300 pesqueros a la Comisión, y esta la acepta o rechaza. En esta función el Abogado del Estado opina que la autoridad española al intervenir como mero «órgano de propuesta o preparación» de una resolución de un órgano comunitario «no actúa como poder público español sino con una suerte de *dédoublement fonctionnel*», como órgano del ordenamiento comunitario sujeto no al derecho de igualdad consagrado en la CE, sino a los principios y derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario». Tal aseveración es fundamentada diciendo que el principio de igualdad consagrado en el artículo 40.3 del TCE no tiene porqué coincidir con el artículo 14 CE dada la aplicación e interpretación uniforme que el primer precepto debe tener en todos los Estados miembros en virtud del principio de primacía. (Exposición de motivos, párrafo 8)

<sup>575</sup> También en las SSTC 372/1993, FJ 8; 265/1994, FJ 2; 147/1996, FJ. 3; 45/1996, FJ 5; 202/1996, FJ 12, “no corresponde al Tribunal constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso de incumplimiento”, ó “la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales”.

relación entre su competencia en la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva y la correcta aplicación del Derecho europeo.

Esta decisión resuelve un recurso de amparo contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva. En este caso los actores, que eran trabajadores de una empresa de muebles en quiebra, habían demandado al FOGASA (Fondo de Garantía Salarial creado en virtud de la Directiva 80/987/CEE relativa a la protección de trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario) por negarse a abonar en concepto de garantía del salario de trabajadores de empresas en concurso de acreedores las cantidades correspondientes, al considerar a los actores sujetos a una condición especial de altos cargos que no cubría el Fondo de Garantía en caso de quiebra de la empresa. El juez de primera instancia les había dado la razón, entendiendo que de la Directiva comunitaria se desprendía el derecho de los actores a cobrar las cantidades requeridas al FOGASA, y había condenado al pago a la entidad de garantía pero, en apelación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó esta sentencia asumiendo los planteamientos del FOGASA y denegando el pago.

Los actores acuden en demanda de amparo al TC por considerar que esta última decisión ha sido dictada dejando de “aplicar la citada Directiva sin justificar mínimamente su decisión”, sin una motivación adecuada. Afirman ante el juez constitucional que “[c]on ello [el TSJ de Madrid] no sólo vulnera los principios básicos del Derecho comunitario como la primacía y efecto directo, sino que también vulnera el art. 24 CE ya que... si tenía alguna duda en cuanto a la aplicabilidad de la directiva el TSJ de Madrid tendría que haber planteado la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJ”<sup>576</sup>, y al no hacerlo se entendía vulnerado particularmente el derecho a una resolución judicial fundada en Derecho y al juez predeterminado por la ley.

A primera vista el TC se enfrenta de nuevo a la misma cuestión identificada en la sentencia anterior, pero en este caso se introduce un nuevo elemento de juicio en la determinación de la vulneración del derecho: la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial por el juez nacional que aplica derecho comunitario.

La respuesta dada por el TC se estructurará sobre una doble consideración. El razonamiento de esta sentencia repite la tesis del caso anterior, esto es, que el único canon para resolver las demandas de amparo son los preceptos constitucionales. En este caso la cuestión central es si el artículo 177 TCEE (19.3 TUE y 267 TFUE) en el que se establece la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJ — cuando el órgano jurisdiccional tenga alguna duda sobre la validez o interpretación de una norma comunitaria y cuando sus decisiones no sean susceptibles de ulterior

---

<sup>576</sup> Ver el punto 3 de la STJ 180/1993.



recurso — podría ser un elemento clave para determinar la vulneración del derecho a la tutela judicial del artículo 24 CE.

El TC admite que las normas comunitarias relativas a las materias sobre las que incide la disposición o actos recurridos en amparo pueden ser un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción<sup>577</sup>. El TC introduciría pues un nuevo elemento dejando clara la diferencia entre la afirmación de que el Derecho europeo no constituye parámetro de constitucionalidad, con la negativa sistemática a entrar en problemas de legalidad ordinaria:

*«si bien [...] la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que con carácter exclusivo les atribuye el art. 117.3 CE, ello no significa que la determinación de la norma aplicable al caso carezca siempre y en todos los casos de relevancia constitucional alguna<sup>578</sup> [...] Como ya se dijo en la STC 90/1990, este Tribunal está llamado a ejercitar un cierto control sobre la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, si bien este control sólo podría producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 23/1987) o ha sido fruto de un error patente [...]»<sup>579</sup>.*

La diferencia con la decisión anteriormente expuesta se hace patente en el momento en que el TC incluye y analiza determinados elementos del Derecho comunitario, como la exigencia del planteamiento de cuestión prejudicial<sup>580</sup>, como un

---

<sup>577</sup> Con SÁNCHEZ LEGIDO, A., *cit.*, p. 403-404, de nuevo debe añadirse que el TC en ocasiones ha sugerido la posibilidad de acudir al ordenamiento comunitario en el marco de los procesos de amparo en un concepto aparentemente distinto al que ofrece el art. 10.2 CE. «Sea por que se trata de derechos fundamentales de configuración legal, sea porque la apreciación de la aplicación realizada por la jurisdicción ordinaria es consustancial a la de la violación del derecho invocado o sea incluso porque es necesario recurrir al Derecho comunitario para clarificar el sentido a otorgar a un concepto o noción relevante en el proceso de amparo». Llama la atención que una de las pocas ocasiones en las que el TC ha concedido el amparo frente a la invocación de normas comunitarias haya sido en la STC 130/1995, de 11 de septiembre, situación en la que la relevancia constitucional del asunto – la determinación de derechos fundamentales a un nacional marroquí– se hacía descansar en la existencia de una ley o un tratado bilateral de reciprocidad que concediese determinados derechos a los extranjeros. El TC encontró en un Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos aprobado por el Reglamento 2211/1978 del Consejo de la CEE la base jurídica para conceder el amparo y determinar la relevancia constitucional del asunto. Igualmente en la STC 136/1996, Fundamento Jurídico 5.

<sup>578</sup> SSTC 90/1990, 180/1993 (FJ 4) y 30/2006.

<sup>579</sup> Fundamento jurídico número 3. Como ejemplo de lo anterior recordamos la excepción de la STC 173/2002, F J 8 que va más lejos, al considerar que «forma parte, sin duda, de las garantías constitucionales a todo proceso judicial en nuestro Ordenamiento el que la disposición de Ley, que según el juzgador, resulte aplicable en aquél no puede dejar de serlo por causa de invalidez sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (artículo 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el artículo 35 LOTC». Estas situaciones concretas justifican un error patente o una selección manifiestamente irrazonable o arbitraria. Hay más precedentes directos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la STC 35/2002, PROCONO, donde el amparo se justifica en la ausencia de motivación alguna del juez para justificar su rechazo al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo como se puede observar tales argumentos no contradicen por sí mismos la doctrina planteada hasta el momento por el tribunal, si no que se justifican en errores patentes por la falta de motivación de la sentencia.

<sup>580</sup> Más adelante estudiaremos la doctrina del TJ de los asuntos *CILFIT*, 6 de octubre de 1982, C- 283/81, y *FOTOFROST*, de 22 de octubre de 1987, C- 314/85.

elemento para determinar la carencia de razonabilidad o arbitrariedad de la selección de la norma aplicable.

Desde esta perspectiva el TC resolverá la demanda disponiendo que el no planteamiento de la cuestión prejudicial, y en el caso concreto la no aplicación de la Directiva, no genera una lesión del art. 24.1 CE siempre que el juez haya explicitado las razones que llevan a ello. Es decir, el TC centrará su juicio en la suficiencia de la fundamentación por el órgano jurisdiccional de la carencia de reenvío al TJ<sup>581</sup>.

El TC parece asumir así, *a priori*, la consideración de disposiciones de naturaleza comunitaria para fundamentar el fallo en un recurso de amparo, concretamente la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJ (art. 288 TFUE). La introducción de la cuestión prejudicial como elemento de discernimiento podría conducirnos a pensar que, en el ámbito del recurso de amparo, la doctrina de la irrelevancia constitucional de la aplicación del Derecho europeo en el nivel interno sufre una alteración. Sin embargo, tal y como se plantea, no debe interpretarse como un cambio en la doctrina central del TC. Por el contrario, es el resultado de llevar hasta las últimas consecuencias la consideración de la cuestión de la eficacia del Derecho europeo como un problema de selección de la norma aplicable. La cuestión de la irrelevancia constitucional del cumplimiento del Derecho comunitario se enmarca en este caso en el problema más general de la vinculación judicial a la ley y al Derecho<sup>582</sup>. Es decir, desde la consideración de que al igual que el resto de los poderes públicos, los jueces y tribunales ordinarios se encuentran vinculados por los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución (9.1 CE), y por las leyes, por ello, en el marco del Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva el TC ha reconocido su competencia para enjuiciar en determinadas circunstancias la aplicación del Derecho realizada por los órganos jurisdiccionales ordinarios aun cuando se trata de planteamientos propios de legalidad ordinaria<sup>583</sup>. En este caso el TC no hace sino transponer al ámbito de la aplicación de la norma comunitaria los mismos planteamientos que venía aplicando para admitir recursos de amparo contra decisiones del juez por la carencia de motivación de las sentencias<sup>584</sup>.

---

<sup>581</sup> El TSJ no deja de aplicar la directiva de modo carente de motivación, como dispone el TC en el FJ 4 y 5. Ver en este sentido también las SSTC 28/1991, 111/1993, FJ 2; 45/1996, FJ 6; 201/1996, FJ 2; 203/1996, FJ 2;

<sup>582</sup> Así lo reconoce en este caso el Abogado del Estado personado en el recurso de amparo en el punto 9 de la STC 180/1993. En doctrina, asume este planteamiento SÁNCHEZ LEGIDO, A. "El Tribunal constitucional y la garantía de la aplicación del derecho...", cit., p. 417.

<sup>583</sup> Algo que por otro lado recoge la doctrina de la STC 50/1984, de 5 de abril FJ 5 en la que afirmó que «la distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al plano de la constitucionalidad, pues la unidad de ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de a Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguarda le está encomendada».

<sup>584</sup> Así por ejemplo las SSTC 218/1992, FJ 2; 16/1993; 48/1993; 96/1993; 5/1995; 170/1995; 117/1996; 68/1997; 139/1997; 140/2006 sobre razonabilidad de las sentencias, ó 214/1999; 104/2006; 276/2006; 147/2009. Al ser coherente con la jurisprudencia tradicional sobre la tutela judicial efectiva en su vertiente de prohibición de la indefensión y derecho a obtener una resolución sobre la pretensión deducida SÁNCHEZ LEGIDO, A., por ejemplo, ha afirmado que "en

La línea doctrinal del TC no muda con esta decisión. Sigue siendo la misma. Pero debe destacarse que la cuestión de la irrelevancia constitucional de la aplicación del Derecho comunitario (y en lo que nos interesa del correcto entendimiento de la primacía de las disposiciones europeas) ha debido lidiar con los argumentos planteados con ocasión del recurso de amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva. Desde esta perspectiva puede observarse que las cuestiones de legalidad ordinaria a las que remite el TC la aplicación del ordenamiento europeo han hallado en la discrecionalidad del juez ordinario a la hora de plantear la cuestión prejudicial al TJ un punto de inflexión donde la competencia de la jurisdicción ordinaria puede trascender los lindes de la doctrina del TC en la que estructura las relaciones entre ordenamientos desde la supremacía de la CE y la separación de ámbitos de validez.

La doctrina adoptada por el TC en distinción de lo constitucionalmente relevante<sup>585</sup>, es decir, sobre el carácter de legalidad ordinaria del Derecho europeo, no es pacífica y conlleva claros inconvenientes.

Igual que en las demandas de amparo expuestas se plantea la falta de motivación de las resoluciones judiciales (al considerar compatibles las normativas nacionales con las europeas sin haber planteado la cuestión prejudicial al TJ), el juez podría también haber considerado, por su cuenta y riesgo y sin plantear cuestión prejudicial, que la normativa nacional era contraria al Derecho europeo, inaplicándola. La consideración del Derecho comunitario como cuestión de legalidad ordinaria podría perfectamente desembocar en inaplicaciones arbitrarias o insuficientemente fundadas del Derecho nacional, incluso de disposiciones con fuerza de ley, en nombre de la primacía del Derecho europeo<sup>586</sup>, como de hecho ha ocurrido en algunas ocasiones. El control difuso del Derecho europeo y el carácter incidental de la cuestión prejudicial, ponen en manos del juez ordinario una potestad discrecional enorme que puede dar lugar, no sólo a la aparición de importantes disfunciones en la interpretación uniforme del Derecho europeo, sino también respecto de las garantías constitucionales del

---

definitiva, la habitualmente vilipendiada doctrina «comunitaria» del TC es, para quien escribe estas líneas, irreprochable. Cuestión muy distinta es la aplicación que de la misma se ha hecho por parte del máximo intérprete de nuestra Constitución». En «El Tribunal constitucional y la garantía de la aplicación del derecho...», cit., p. 417.

<sup>585</sup> O infraconstitucional como en un principio lo denomina el TC, si bien a partir de la Sentencia 180/1993 prefiere cambiar el término y centrarse en lo relevantemente constitucional.

<sup>586</sup> En expresión del Tribunal Constitucional español en la Sentencia nº 58 de 19 de abril de 2004, FJ 3, *in fine*. Como alega el propio Tribunal «se está ante la inaplicación de las normas legales vigentes que daban cobertura a este acto... lo que subyace a este proceso es la protección de los principios básicos de un sistema democrático, encarnadas en la dignidad de unas leyes aprobadas por unos parlamentos estatal y autonómico, que representan la voluntad del pueblo español». FJ 5. El juez nacional ha conocido un desdoblamiento de sus funciones que plantea la paradoja de que al ser al mismo tiempo juez nacional y juez comunitario cualquier ciudadano puede dirigirse a él, en cuanto que integrante del complejo orgánico del poder judicial del Estado, con la pretensión de que inaplique normas de ese mismo derecho del que recibe su propia potestad jurisdiccional, con el resultado de que órganos de aplicación del Derecho creado por el Parlamento, se conviertan en órganos de revisión y fiscalización del mismo. Este resultado ha sido llamado por OHLINGER, T., «americanización estructural del Derecho europeo continental» en el trabajo: «La influencia del derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de «americanización» del Derecho europeo», Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, num. 8, 2004, pp. 361 y ss.

procedimiento y del sometimiento del poder judicial español al imperio de la ley (art. 117.1 CE)<sup>587</sup>.

Debe decirse que en los ejemplos expuestos la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva aducida por los recurrentes encontraba sustento en la negativa del juez a plantear la cuestión prejudicial para fundar la compatibilidad o incompatibilidad entre norma nacional y norma europea. En ambos casos el TC se limita a observar si el tribunal ha motivado el no planteamiento del incidente procesal. La cuestión es si el TC no observaría con mayor recelo la motivación del juez si el fallo de las sentencias recurridas hubiese determinado lo contrario, la inaplicación del Derecho nacional con rango de ley por la contradicción con una disposición de origen europeo que goza de primacía. Esto es exactamente lo que sucederá a partir de 2004 y lo que expondremos a continuación.

---

<sup>587</sup> El mandato de la primacía, formulado por el TJ como una obligación de los tribunales nacionales ha provocado una «dramática alteración del estatus constitucional de las autoridades judiciales nacionales» (BARAV, A., “Omnipotent Courts”, en CURTIN, D. y HEUKELS, T., *Institutional dynamics of European integration. Essays in Honour of Henry g. Schermers*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Holanda, 1994, pp.265-301). Sobre la base del principio de primacía, todos los tribunales nacionales ejercitan ahora un control difuso sobre la legislación nacional («judicial review») incluso allí donde tal potestad, fuera del ámbito comunitario, era expresamente negada a los jueces ordinarios (Holanda, Gran Bretaña) o donde tal control se reservaba a un órgano concreto (Alemania, España, Bélgica, Italia, Austria). Cfr. DE WITTE, B., “Direct effect, Supremacy, and the Nature of the legal order”, *op. cit.*



## 4.2 La saga jurisprudencial del Tribunal Constitucional 58/2004. La Cuestión prejudicial como garantía de la tutela judicial efectiva.

Conforme a los planteamientos del TC hemos de observar la cuestión de la eficacia del Derecho comunitario en el ámbito interno, y en consecuencia del principio de primacía<sup>588</sup>, como cuestión de legalidad ordinaria y competencia del juez ordinario. Pero para ello debe advertirse que si el ejercicio jurisdiccional del juez ordinario no se articula a través de las correctas garantías, tanto a nivel interno como a nivel europeo, pueden derivar claros riesgos no sólo para la aplicación uniforme del Derecho europeo, sino también para la ordenación constitucional del sistema de fuentes interno, e incluso para los derechos fundamentales.

Tales riesgos han admitido que el TC conceda progresivamente a la cuestión de la aplicación del Derecho comunitario en el ámbito interno una mayor atención y relevancia, especialmente en lo que concierne a las potestades del juez ordinario para desplazar disposiciones nacionales con rango legal en virtud de la primacía de la norma europea<sup>589</sup>. Concretamente a partir del año 2004 el TC ha incidido en el valor de determinados procedimientos estrictamente comunitarios, como elemento de garantía del sistema de fuentes interno: concretamente nos referimos a la cuestión prejudicial<sup>590</sup>. El interés común del TC y el TJ en el correcto funcionamiento de la cuestión prejudicial supone un lugar común de encuentro en torno a la aplicación uniforme del Derecho comunitario en el ordenamiento estatal. La cuestión prejudicial representará el gran momento de acuerdo entre los dos Altos Tribunales. Pero además este procedimiento incidental abrirá la puerta a un ulterior desarrollo del carácter constitucional de la primacía del Derecho europeo, al imponerse como principal valedor del derecho a la tutela judicial efectiva. Pasemos a analizar esta sentencia.

---

<sup>588</sup> Mediante las sentencias *Costa v. Enel* y *Van Gend en Loos*, como se ha repetido, el TJ encuentra en la propia naturaleza de las CC. EE el fundamento de la necesidad de cumplimiento por parte de los Estados y los ciudadanos de las disposiciones comunitarias dictadas en virtud de la cesión competencial. La existencia de la propia Comunidad se basa en la eficacia de sus normas. DE WITTE, B., considera esta cuestión como un “argumento circular”, «the argument linking supremacy/direct effect and the nature of EC Law has gradually acquired an element of circularity. At first, supremacy and direct effect were to be recognized because the EC Treaty was unlike other international treaties, (...) but now (...) EC law is now often presented as being unique because it is endowed with direct effect and supremacy». “Direct effect, supremacy and the nature of the legal order”, en CRAIG, p., y DE BURCA, G., (eds.) *The evolution of EC law*, OUP, Oxford/New York, 1999, p. 208.

<sup>589</sup> Concretamente, el TC ha intervenido en el margen de apreciación del juez ordinario cuando, en la selección de la norma aplicable al caso, se ha advertido una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente. Ahora el TC incluirá, en el caso de disposiciones de Derecho comunitario, entre los elementos escrutables de discernimiento del juez el planteamiento de la cuestión prejudicial. SÁNCHEZ LEGIDO, A., cit., pp. 413 y ss.

<sup>590</sup> Como ha afirmado recientemente Ricardo ALONSO GARCÍA se tiene por seguro que el planteamiento de la cuestión prejudicial por el juez ordinario no es obligatoria en todos los casos, no es una imposición general, y mucho menos se impone en el momento en el que el juez deba desplazar una norma interna con rango legal en aplicación del principio de primacía. En estos casos el juez inaplica la ley interna sin que sea obligatorio, en todas las situaciones, el planteamiento de la cuestión. Pero no es tan cierto cuáles son los mecanismos de reacción existentes frente a la inaplicación de una ley interna por un juez nacional habiendo desconocido la activación de la cuestión prejudicial cuando ésta se imponía en términos obligatorios a la luz del propio Derecho de la Unión. Cfr. ALONSO GARCÍA, R., “Cuestión prejudicial y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)”, *Working Papers on European Law and Regional Integration (WP IDEIR)*, n.4, 2011.

### A) La sentencia del TC 58/2004: ¿cambio doctrinal o profundización en el concepto de primacía?

El TC con la Sentencia 58/2004, de 19 de abril, parecía consumir una matización doctrinal<sup>591</sup>. Siguiendo la doctrina de lo constitucionalmente relevante, el TC se pronuncia en este caso sobre el planteamiento de un recurso de amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva, la prohibición constitucional de indefensión y la quiebra del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías<sup>592</sup>. Esta demanda de amparo se sostenía sobre la consecuencia de la inaplicación por el juez ordinario de dos normas legales vigentes en el ordenamiento español (FJ 7) en virtud de la aplicación del principio de primacía del Derecho europeo.

La STC 58/2004 concederá a la Generalitat de Cataluña el amparo constitucional contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de Octubre de 1999. El TSJ de Cataluña había estimado un recurso interpuesto por un contribuyente contra la “Tasa de Juego” establecida mediante ley autonómica. En consecuencia el TSJ acordó el derecho del contribuyente a la devolución de los importes indebidamente ingresados por la administración autonómica. La Sentencia del TSJ de Cataluña estimó que no se ajustaban al ordenamiento comunitario ni las cuotas de la “Tasa de Juego” exigidas por la Generalidad (tributo cedido) ni el recargo establecido sobre las mismas por Ley del Parlamento de Cataluña. La fundamentación del TSJ se basó principalmente en la incompatibilidad de la ley autonómica con el artículo 33 de la Sexta Directiva del IVA. Esta supuesta contradicción con la Directiva comunitaria condujo al TSJ de Cataluña a inaplicar la citada ley autonómica en virtud del principio de primacía y sentenciar la devolución de los ingresos por la Administración autonómica.

La Comunidad Autónoma de Cataluña acudirá al TC en amparo, considerando que el TSJ, como juez ordinario, no tenía argumentos suficientes para determinar la incompatibilidad entre la Directiva y la ley autonómica, y por tanto la inaplicación de una norma con rango legal vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva, por no haber resuelto el caso conforme al derecho vigente.

---

<sup>591</sup> Como disponen algunos autores no sabemos si el Tribunal Constitucional ha querido cambiar su doctrina contraria a su esencia de juez comunitario o si simplemente se trata de una «excepción a esa expresión dominante». HERRERA GARCÍA, A., “*Tribunal constitucional y Unión Europea...*”, *Op. Cit.*, p.423. Igualmente BAÑO LEÓN, J. M., “El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, n. 18, 2004, p. 473-474.

<sup>592</sup> Si bien, como enfatiza BAÑO LEÓN sobre la separación entre lo constitucionalmente relevante y lo infraconstitucional, en tanto que separación de funciones del TC y el TJ en apoyo del juez ordinario, «esta rígida separación, obviaba algo que todos los días se pone de relieve en la jurisprudencia Constitucional: la interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales es inescindible de la interpretación de la legalidad infraconstitucional, en la medida en que la Constitución ha consagrado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)» Y es que como hace notar el autor, el derecho a la tutela judicial efectiva es en gran parte de configuración legal. BAÑO LEÓN, J. M., “El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, n. 18, 2004, p. 467.

La particularidad del asunto se encuentra en que el TSJ inaplica una normativa nacional con rango legal. Como sabemos, la depuración de disposiciones legales en el ordenamiento español corresponde de forma exclusiva al TC, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la posibilidad de inaplicar las leyes en cada caso, conforme a un esquema de jurisdicción constitucional concentrada. Así lo expone el propio TC en la Sentencia: «tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular (...) y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España», y por ello «lo que subyace a este proceso es la protección de los principios básicos de un sistema democrático, encarnados en la dignidad de unas leyes aprobadas por unos parlamentos, estatal y autonómico, que representan la voluntad del pueblo español»<sup>593</sup>.

Entre las garantías consustanciales a todo proceso judicial, dirá el TC, por las características de nuestro ordenamiento, la disposición de ley que, según el juzgador, resulta aplicable en aquel no puede dejar de serlo, por causa de su posible invalidez (en este caso por ser contraria a la VI Directiva) sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad<sup>594</sup>, «ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone en definitiva, no sólo menoscabar la posición ordinamental de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales, sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún caso, inaplicada o preterida»<sup>595</sup>.

En consecuencia, el TC debería considerar la posible vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (tutela judicial efectiva artículo 24 CE) por la desaplicación de una norma legal vigente sin haber cumplido con las garantías consustanciales del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

El TC, durante el examen del recurso de amparo se encuentra, sin embargo, con un viejo problema de naturaleza comunitaria. Como ya sabemos tras la doctrina *Simmenthal*, el juez nacional tiene la obligación de inaplicar en el caso concreto toda disposición nacional que confronte con el Derecho europeo, pero por otro lado el TJ no permite al juez nacional la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad puesto que ello podría suponer un quebranto de la aplicación uniforme del Derecho europeo<sup>596</sup>. Por tanto, la garantía procedimental de la cuestión de inconstitucionalidad no es considerable en el caso<sup>597</sup>.

---

<sup>593</sup> FJ 5 de la STC 58/2004

<sup>594</sup> FJ 8 de la STC 58/2004. La Resolución motivada por un órgano especial y la audiencia previa constituyen dos garantías procedimentales frente a la posibilidad de la declaración de ilegitimidad de una disposición con rango legal que goza de presunción de validez al ser aprobada por un parlamento democráticamente elegido. Las garantías del procedimiento se entrelazan con la necesidad de seguridad jurídica de todo ordenamiento.

<sup>595</sup> *Ibidem*.

<sup>596</sup> FJ 7 de la STJCE de 9 de marzo de 1978

<sup>597</sup> Se plantea aquí una cuestión trascendental de la doctrina jurídica sobre la integración europea. El problema de los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada y la sustancial ampliación de los poderes del juez nacional en tanto



La interdicción del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en un asunto del género, conduce al TC a buscar procedimientos de garantía del sistema de fuentes y del derecho a la tutela judicial efectiva equivalentes a la cuestión de inconstitucionalidad, y encontrará el sustituto “perfecto” a esta garantía en el ordenamiento europeo, en la cuestión prejudicial, incidente procesal comunitario que también forma parte (como dirá más adelante) del ordenamiento interno.

En la exposición de motivos de la sentencia 58/2004 el propio abogado del Estado ya había considerado que «cuando se trata de inaplicar una ley interna el planteamiento de la cuestión prejudicial se debe convertir en una garantía comprendida en el derecho a la tutela judicial efectiva frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española en nombre de la primacía del Derecho europeo». Sobre esta línea el TC apuntará que «el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías», por ello, considerará que cuando se trata de inaplicar una norma con fuerza de ley no se puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador del Derecho, esto es, de la propia autoridad del juez, precisamente por ser la ley expresión del legislador democrático. Así, girando sobre su propio criterio doctrinal, el TC declara que conforme al artículo 96 CE el anterior artículo 234 TCE forma parte de las garantías del sistema de fuentes del ordenamiento interno. La cuestión prejudicial configura «un instrumento más» al servicio de los jueces y tribunales para la depuración del ordenamiento jurídico<sup>598</sup> una

---

que juez comunitario encargado de ajustar el principio de primacía. Durante el Siglo XX la instauración del normativismo constitucional concedió un enorme poder político interpretativo del ordenamiento jurídico a los jueces, que de esta forma se alejaban de su función exclusivamente aplicativa de la “sacrosanta” ley propia del Estado liberal. Si bien en tanto que poder del Estado, el poder judicial ha sido limitado de forma sustancialmente material por la Constitución normativa, imponiéndole límites externos tales como su actuación exclusiva en caso de litigio, necesidad de sometimiento de la causa a su competencia y resolución del caso concreto y particular. La posibilidad de suspender la eficacia de la ley para su examen constitucional o su sometimiento a un tribunal específico en materia constitucional, es propia de los sistemas eminentemente anglosajones de jurisdicción constitucional difusa, y desde la perspectiva continental desforma la clásica separación de poderes, concediendo al juez un enorme poder político que nos lleva a advertir, parafraseando a A. BICKEL, «las dificultades de la compatibilidad del control judicial con el gobierno democrático» (The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, Yale University Press, New Haven, 1976, p. 75. obra en la que comenta los conocidos enfrentamientos entre el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos y el gobierno Roosevelt). Para un comentario sobre la nueva extensión de los poderes del juez en la nueva época de la globalización jurídica, y sobre la complementación entre el juez aplicador de la constitución, los Tribunales de corte constitucional y la normatividad de la constitución ver ORDÓÑEZ-SOLÍS, D., “Los jueces europeos en una sociedad global: Poder, Lenguaje y Argumentación”, Noticias de la Unión Europea, num. 279, 2008, pp. 93-105.

<sup>598</sup> FJ 10 STC 58/2004, opción que recuerda la sentencia Granital de la Corte Costituzionale de 1987, num. 170-1984, de 8 de junio (Giurisprudenza Costituzionale, 1984, pp. 1098 y ss) en la que la Corte resolvía su periplo jurisprudencial de enfrentamiento y reencuentro con el principio de primacía y la tradición dualista alegando que «il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che siga, sia che preceda nel tempo le leggi con esso incompatibili; e il giudice nazionale investito della relativa applicazioni potrà giovare dell’ausilio che gli offre (...) la questione pregiudiziale di interpretazione» La doctrina de los límites a la integración comunitaria del Tribunal Constitucional alemán, sentenció la competencia del TJ para garantizar los derechos fundamentales vertebrados en las tradiciones constitucionales comunes y el CEDH, y “entre tanto” la Comunidad contase con un nivel de protección de los derechos equiparable al positivado en el *Grundgesetz*, el Tribunal alemán no intervendría en el examen de conformidad entre el Derecho europeo y el nacional. Sin embargo, lo más destacable de la Sentencia Solange II de 22 de octubre de 1986, sería la inclusión del TJ en la categoría constitucional interna de «juez legal» a los efectos del art. 101.1

garantía para la correcta aplicación del derecho vigente, garantía que en esta situación no fue cumplida por el juez.

Efectivamente el TSJ de Cataluña había considerado que la incompatibilidad entre la Directiva y la ley autonómica era tan “clara” que no le exigía el planteamiento de una cuestión prejudicial que interpretase el Derecho comunitario, e inaplicó la norma legal *motu proprio*. La fundamentación del TC observará esta actitud como lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva por vulneración del sistema de fuentes vigente.

De esta manera el procedimiento de la cuestión prejudicial no es ya, como lo había sido en las decisiones anteriormente expuestas, únicamente un elemento más de discernimiento para el TC cuando el juez no fundamentaba adecuadamente la decisión de no plantear el incidente procesal comunitario, sino que parece adquirir un significado expreso en el sistema de fuentes interno: como garantía y salvaguarda del mismo ahora se impone como garantía de la ley.

Para revalorizar este elemento, el TC deberá profundizar en su jurisprudencia anterior en la que sólo valoraba el no planteamiento de la cuestión prejudicial en caso de que el juez no hubiese fundamentado adecuadamente su decisión, y para ello dará un paso más posicionándose directamente sobre una razón de estricto carácter comunitario: la *doctrina jurisprudencial del TJ del acto claro*<sup>599</sup>, doctrina asentada por

---

circunstancia de enorme trascendencia por cuanto suponía establecer un ensamblaje funcional entre la jurisdicción nacional y la comunitaria encargada, esta última, de pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del Derecho comunitario, y a partir de tal pronunciamiento se abría la vía del recurso de amparo (Verfassungsbeschwerde) o de queja constitucional en aquellos supuestos en los que no se respetara la obligación de plantear la cuestión prejudicial. Ver LÓPEZ CASTILLO, A., “La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias del derecho derivado en la República Federal Alemana”, Revista Española de Derecho Constitucional, n. 23, mayo-agosto de 1988. A partir de esta doctrina el Tribunal Constitucional alemán puso en práctica esta nueva visión con ocasión de la sentencia de 8 de abril de 1987 en la que se admitía el recurso de amparo de un particular por el no planteamiento de la cuestión prejudicial, hecho que vulneraba la vía abierta de garantía de acceso de los ciudadanos a través del juez nacional al juez de Luxemburgo, con la consecuente violación del derecho a la tutela judicial efectiva. En esta nueva sentencia se determinaban los casos en los que la demanda de amparo podría ser admitida: a) cuando el órgano jurisdiccional se separase de la interpretación del TJ, b) cuando al estimar la doctrina del TJ improcedente no plantease la cuestión. Esta decisión se vertebra sobre el criterio de arbitrariedad, desde el que el TC español ha alcanzado la resolución comentada. El paralelismo en el razonamiento de la doctrina de ambos tribunales es más que notable. Ver FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho comunitario. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, Cuestiones Constitucionales, n. 13, 2005, pp. 58 y ss.

<sup>599</sup> La doctrina CILFIT formulada por primera vez en el asunto del mismo nombre STJ 6 de octubre de 1982, C-283/81, *Srl. CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA. V. Ministry of Health (1982) ECR 3415*, recoge la obligatoriedad de plantear cuestión prejudicial por órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso (artículo 234 TCE). Desde el inicio, esta obligación había sido obviada en múltiples ocasiones por los tribunales nacionales bajo la razón de que la cuestión de Derecho europeo no albergaba ninguna duda razonable al juzgador. En el asunto *Cilfit* el TJ se encontrará frente a una elección. Otorgar a los tribunales nacionales ese margen de discrecionalidad de la duda razonable (acto claro) o restringirlo erigiéndose en órgano absoluto de monopolio de la interpretación del Derecho europeo. El TJ aceptó tal doctrina pero la restringió concienciando a los tribunales de la necesidad de ser responsables cuando hiciesen uso de su propio criterio. En el FJ 16 de esta sentencia afirma «la correcta aplicación del Derecho comunitario debe ser tan obvia como para no dejar espacio a ninguna duda razonable ni respecto a la forma en que la cuestión presente debe ser resuelta». Añade, además, el requisito de que la disposición y la forma en que se interprete para resolver el caso concreto debe ser entendida con la misma obviedad por el resto de tribunales de los estados

el TJ para determinar cuándo y en qué condiciones puede el juez ordinario dirimir una duda sobre la interpretación sobre Derecho europeo por sí mismo, sin plantear la cuestión prejudicial al TJ<sup>600</sup>.

La doctrina del acto claro será expuesta en profundidad en el apartado siguiente. Baste por ahora señalar que conforme a la doctrina del TJ, la cuestión prejudicial debe plantearse cuando el juez nacional tenga una duda sobre la validez o la interpretación del Derecho europeo que deba aplicar a un caso concreto. En tal caso, el juez está facultado para plantear la cuestión, pero cuando se trate de un órgano jurisdiccional de última instancia el reenvío es obligatorio. La existencia de una duda en la interpretación o validez de la norma europea es competencia exclusiva del juez ordinario (ex art 234 TCE, y 267 TFUE).

El TC parte de los postulados propios de la doctrina comunitaria: la decisión de plantear o no cuestión prejudicial, al igual que la decisión de plantear cuestión de inconstitucionalidad, corresponde de manera «exclusiva e irreversible al órgano judicial que resuelve el litigio<sup>601</sup>». Pero pese a constituir una competencia del juez ordinario, el TC tratará de determinar si ha habido un exceso de jurisdicción a la hora

---

miembros. A este respecto advierte de la necesidad de tener cuidado con las características propias del ordenamiento europeo, esto es, respecto a la existencia de diversas lenguas y traducciones de las disposiciones y tratados europeos, que son igualmente válidos, además de la presencia continua en tal discernimiento de los objetivos de la Comunidad interpretados a la luz del Derecho comunitario como un todo. Nuestro TS ha recogido en múltiples ocasiones esta jurisprudencia indicando que el juez sigue gozando de un margen de discreción incluso cuando «se trata de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de posterior recurso judicial de derecho interno» (STS 1.7.1999, STS 8.7.1999, 10.7.1999, 15.7.1999) según esta doctrina CILFIT no será necesario el planteamiento de la cuestión : a) cuando la cuestión sea irrelevante para resolver el litigio, b) cuando la norma comunitaria tenga un sentido claro, c) la duda haya sido idéntica a otra aclarada en una cuestión anterior (FJ 20). De esta forma según el TS sólo al juez le corresponde valorar su necesidad, de manera que la cuestión prejudicial no se convierta en una vía de recurso abierta a las partes de un litigio, debiendo así decidir el planteamiento de la misma *sólo si es necesario aplicar disposiciones de Derecho europeo*, existe una duda sobre el significado o la validez de una norma europea, o se presenta una imposibilidad para el juez ordinario de resolver por sí mismo dicha duda sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y aplicativa del Derecho europeo. Respecto a esta pretensión de sólo presentar el planteamiento de cuestión prejudicial cuando se derivase un asunto exclusivamente bajo el prisma del Derecho comunitario (STS 22.9.1992, RAJ 1999/6604, asunto NIKE) HINOJOSA Y SEGURA SERRANO consideran que la intención «de aislar al Derecho comunitario resulta contraria a los principios de primacía y efecto directo», HINOJOSA MARTÍNEZ. L. M., SEGURA SERRANO, A., “*La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1999*”, RDCE; n. 8, 2000, pp.565-592. De hecho el propio TJ ha mantenido también que se puede referir una cuestión prejudicial en la situación en la que una disposición nacional se base en o haga referencia al Derecho comunitario, incluso si la consecuencia es que el ámbito del Derecho comunitario se extienda a las disposiciones nacionales. Ver C-217/05 *Confederación española de empresarios de Estaciones de Servicio v. Compañía española de Petróleos. S.A. de 14 de diciembre de 2006*. Sobre este punto me remito a LEFEVRE, S., “The interpretation of Community Law by the Court of Justice in Arenas of National Competence”, ELRev, n. 29. 2004, pp. 501 y ss.

<sup>600</sup> Cuando hacemos referencia a la cuestión prejudicial hablamos en sentido general tanto de la cuestión de interpretación como de la cuestión de validez, si bien, como sabemos, la cuestión prejudicial de validez deja un menor margen de discrecionalidad al juez ordinario. Si por un lado el juez ordinario puede dirimir cuándo una disposición europea sea completamente legítima, bajo su único criterio, el juez ordinario no puede declarar por sí solo la invalidez de una disposición europea aun siendo órgano jurisdiccional cuyas decisiones sean susceptibles de posterior recurso. Ver Asunto FOTO-FROST, C-314/85, Firma FOTO-FROST v. Hauptzollamt Lübeck-Ost, 1987, ECR-4199. Ampliaremos este tema más abajo.

<sup>601</sup> STC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; STC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; STC 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2. Concretamente en el FJ 10 de la STC 58/2004, afirma: «la decisión de no plantear cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del artículo 136 CE no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE»

de declarar la incompatibilidad entre disposiciones y si en tal declaración se han cumplido las garantías del proceso debido. Para observar tal determinación utilizará como parámetro los Tratados y la jurisprudencia del propio TJ.

Así el TC considerará que cuando el TSJ de Cataluña «*de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, aprecia la contradicción entre el Derecho interno y el comunitario está, de entrada, introduciendo una duda en la aplicación del Derecho comunitario*», y además «*debe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda (...) no puede entenderse en términos de sujeción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como la inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna*<sup>602</sup>».

A través de este argumento el TC concederá el amparo a la Generalidad catalana sobre la base de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el TSJ. Concretamente considerará que el TSJ vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante por no haber planteado cuestión prejudicial ante el TJ cuando podían existir dudas sobre la interpretación del Derecho comunitario, lo que ha provocado una resolución judicial que inaplicaba incorrectamente una ley autonómica, vigente y eficaz, y en consecuencia vulneraba el art. 24.2 de la Constitución española, que garantiza a las partes en el proceso que el juez se atenga a la prelación de las fuentes del Derecho<sup>603</sup>.

Como dicta el propio TC, el no planteamiento de la cuestión prejudicial previa a la inaplicación de la ley conlleva «no sólo menoscabar la posición ordinamental de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar al justiciable también de las garantías procedimentales, sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede ser en ningún caso inaplicada o preterida<sup>604</sup>». Por tanto cuando el juez nacional inaplica la disposición nacional en virtud de la primacía estaría soslayando el sistema de fuentes y las garantías procedimentales de todo proceso, a no ser que la propia aplicación del principio de primacía se haya recubierto de ciertas garantías, esto es, la cuestión prejudicial como salvaguarda de la tutela judicial efectiva<sup>605</sup>. De este modo se podría observar un giro doctrinal respecto de su

---

<sup>602</sup> FJ 13, párrafo segundo STC 58 /2004. Con esta argumentación sigue el camino abierto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el Auto de 9 de noviembre de 1987, fundamento I.2.b.aa, en el que circunscribe el deber de plantear la cuestión prejudicial a la existencia de meras dudas.

<sup>603</sup> En el sentido de la STC 173/2002 de 24 de octubre.

<sup>604</sup> FJ 8 STC 58/2004

<sup>605</sup> En este sentido se había considerado en la doctrina que la incorrecta aplicación del derecho aplicable podía constituir, concretamente, una vulneración del artículo 24 CE, GARCÍA, R. y BAÑO LEÓN, J.M.: "El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", Revista española de Derecho Constitucional, nº 29, 1990, pp. 210 y ss. Sobre la naturaleza del artículo 234 TCE ya se había pronunciado en diversas ocasiones el TC, argumentando siempre que no constituía canon de constitucionalidad la infracción del planteamiento de cuestión prejudicial, y que por tanto, tal carencia, no podía ser observada por el mismo. STC 111/1992, STC 210/1996, STC 180/1993. Ver un resumen sobre la posibilidad de controlar la correcta aplicación del

jurisprudencia anterior, en la que el TC, como hemos comentado, consideraba que la referencia al TJ consistía en una potestad exclusiva del juez ordinario – una cuestión de legalidad ordinaria- no enmendable a través de la jurisdicción constitucional si la negativa a elevar cuestión prejudicial se había fundamentado de manera razonable.

En esta sentencia se podría observar una voluntad del TC de reservarse cierto control sobre los actos del poder público interno en aplicación del Derecho Comunitario, haciendo valer su papel como único capacitado para valorar la inaplicación de la ley y como guardián de los derechos fundamentales. Sin embargo, debe señalarse que, una vez asumida la primacía del Derecho europeo, el TC conjuga su rol fiscalizador de la eficacia de la ley con el procedimiento prejudicial europeo. Por ello puede decirse que el TC también se convierte en garante indirecto del cumplimiento del Derecho Comunitario cuando el juez español arbitrariamente prescinde del planteamiento de la cuestión prejudicial, puesto que esto, en opinión del Alto tribunal, supone no sólo una eventual alteración del sistema de fuentes, sino sobre todo, porque priva a la parte afectada de una garantía procesal ordenada a garantizar un mínimo de unidad en la aplicación del Derecho Comunitario y hacer efectivo el principio de primacía de aquel ordenamiento<sup>606</sup>.

#### B) Críticas doctrinales más relevantes a la doctrina 58/2004.

Lo que quiere destacarse de esta jurisprudencia es la paradoja de que, por un lado, la STC 58/2004 demuestra que el Derecho europeo puede contribuir a garantizar la vigencia de la ley interna, cuando el juez ordinario, en última instancia, inaplica ésta sin plantear cuestión prejudicial, y por otro lado, que el derecho a la tutela judicial efectiva “puede coadyuvar a la primacía del Derecho Comunitario, cuando se incumple la obligación de plantear cuestión prejudicial, sin que disminuya un ápice su función de guardián de la Constitución”<sup>607</sup>. Este desarrollo de la labor del TC, propio por otro lado de una visión integracionista, ha suscitado no pocas cuestiones en doctrina.

Concretamente, algunos han entendido que con esta Sentencia el TC ha cambiado su jurisprudencia en la materia. Otros consideran que el TC ha sustituido el papel de la cuestión de constitucionalidad, prohibida en estos casos desde *Simmmenthal*, por la cuestión prejudicial. Finalmente hay doctrina que señala que el TC culmina su doctrina sobre la radical separación entre ordenamientos, mientras otros resaltan una voluntad de cooperación entre TC y TJ.

---

Derecho europeo por el Tribunal Constitucional español en DE MIGUEL, J., “Juez nacional y aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional”, Op. Cit., p. 7.

<sup>606</sup> BAÑO LEÓN, J. M.: “El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)” Op. Cit., p. 473.

<sup>607</sup> BAÑO LEÓN, J. M.: “El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)” Op. cit.,p. 475

Como hemos dicho, en primer lugar, se ha señalado en doctrina, que con esta sentencia el TC ha dado un giro a su jurisprudencia tradicional de la naturaleza infraconstitucional del conflicto entre Derecho comunitario y nacional, se señala que el TC adquiere un rasgo propio del “juez comunitario”. Sin embargo, en mi opinión, a pesar del giro argumentativo, el TC no ha cambiado en absoluto su postura sobre el carácter infraconstitucional del conflicto entre ley nacional y Derecho comunitario. No se puede confundir la afirmación de que las disposiciones de Derecho europeo no constituyen canon de constitucionalidad, con la negativa sistemática a entrar en cuestiones de legalidad ordinaria<sup>608</sup>. Y el control sobre el respeto por el juez de las garantías del proceso debido es una cuestión de legalidad. El artículo 267 TFUE (234 TCE), comprendido como garantía del procedimiento, no supone ahora canon de constitucionalidad, sino que en todo caso lo sería el art. 24.2 de la Constitución, que garantiza a las partes en el proceso que el juez se atenga a la prelación de las fuentes del Derecho y a la primacía del Derecho Comunitario. El artículo 267 TFUE es una garantía procedimental más del sistema de fuentes<sup>609</sup>.

En el mismo sentido, podría también considerarse que el TC, con esta nueva sentencia, al tratar de “objetivar la duda” del juez ordinario, esto es, desarrollar el concepto de duda mínima necesaria para el planteamiento de la cuestión prejudicial, utiliza criterios propios de Derecho comunitario para fiscalizar la constitucionalidad de la actuación del juez. Pero ello, no significa alterar la irrelevancia constitucional de la contradicción entre Derecho interno y comunitario, sino ejercer su competencia para controlar que los actos de los poderes públicos dictados en ejercicio de disposiciones europeas respeten los derechos y libertades fundamentales constitucionales. Por ello sólo se controlará que la decisión inaplicativa de la ley se ha realizado con todas las garantías del proceso debido<sup>610</sup>. El papel que corresponde al TC es, como él mismo afirma, «fiscalizar si el juez ordinario se ajusta o no al sistema legalmente previsto para el control de las leyes (...) y no [le] corresponde resolver si existía o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justificase la inaplicación de aquella en beneficio de esta, sino única y exclusivamente, si el juez español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido con todas las garantías»<sup>611</sup>.

En segundo lugar, puede observarse que el TC modifica conforme a su sistema interno, la doctrina jurisprudencial del TJ sobre el “acto claro”. Efectivamente restringe el espacio de discrecionalidad del juez ordinario a la hora de aplicar el

---

<sup>608</sup> SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)”, *Derecho privado y Constitución*, n. 18, 2004, pp. 387 y ss.

<sup>609</sup> DE MIGUEL, J., “Juez nacional y aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional”, *Op. Cit.*

<sup>610</sup> *Ibidem.*

<sup>611</sup> Como abunda sobre el tema el propio Tribunal constitucional en la STC de 19 de junio de 2006, 194/2006, Fundamento jurídico 14.

Derecho comunitario disminuyendo la potestad del juez para decidir cuándo plantear o no la cuestión prejudicial. La doctrina ha señalado, que el error del TC en esta Sentencia es que vincula la obligación de plantear la cuestión prejudicial a la inaplicación de una ley interna, con lo cual, en vez de constituir una garantía para la uniformidad del Derecho comunitario, la obligación de plantear cuestión prejudicial se convierte en una suerte de trámite previo y necesario a la desaplicación de la ley interna, a la primacía, que estaría en frontal oposición con la jurisprudencia del TJ<sup>612</sup>.

La doctrina destaca con ello un error de identificación de los caracteres de la cuestión prejudicial, al ser equiparados en esta sentencia con aquellos de la cuestión de constitucionalidad<sup>613</sup>. El TC, al perfilar las condiciones de la duda «objetiva, clara y terminante» que debe tener el juez para plantear la cuestión prejudicial, transfigura la naturaleza del procedimiento, que de ser un instrumento de interpretación y aplicación uniforme del Derecho comunitario muda en instrumento indirecto de garantía de la ley. Concretamente se critica que «en tales circunstancias el planteamiento de la cuestión prejudicial (igual que la de constitucionalidad) forma parte de las garantías del proceso debido frente a inaplicaciones arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario<sup>614</sup>». Sin embargo la finalidad del procedimiento incidental comunitario es otro bien distinto, la cuestión prejudicial no se creó en los Tratados para garantizar el sistema de fuentes interno, sino para impedir la aplicación no uniforme del Derecho comunitario.

La mutación del sentido del artículo 267 TFUE es criticada por la doctrina como la causa de una concepción dualista de las relaciones interordinamentales<sup>615</sup>. De hecho, como dijimos más arriba, del paralelismo entre la cuestión de constitucionalidad y la cuestión prejudicial se desprende que sólo se presentaría la necesidad de planteamiento de esta última cuando se discerniese sobre un asunto exclusivamente bajo el prisma del Derecho comunitario sirviendo como sustituto de la cuestión de inconstitucionalidad.

---

<sup>612</sup> MARTÍN RODRÍGUEZ, P.J.: “La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho comunitario (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)”, Op. cit., pp. 325-326. En un sentido semejante ALONSO GARCÍA R., “Cuestión prejudicial y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)”, Op. Cit.

<sup>613</sup> El TC al equiparar la cuestión prejudicial de interpretación con la cuestión de inconstitucionalidad pone de manifiesto que atiende en exclusiva a proteger el Derecho interno. Cfr. MARTÍN RODRIGUEZ, P.J., Op. Cit., p. 328.

<sup>614</sup> STC 58/2004, FJ 10.

<sup>615</sup> DÍAZ-PICAZO, L. M., considera que la comparación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad “demuestra una escasa sensibilidad hacia temas europeos” ver “Constitución española y constitución europea” en Institut Universitari d’estudis Europeos, WP on line (WPOL), n. 10, 2005. Igualmente BIGLINO CAMPOS, P., “La primacía del Derecho comunitario: la perspectiva española”, Revista General de Derecho Comunitario, n. 3, 2007, p.12, publicado también en [www.iustel.com](http://www.iustel.com)

Esta misma pretensión de aislar el Derecho comunitario resulta contraria a los principios de primacía y efecto directo<sup>616</sup>, y nos retrotrae de algún modo a las sentencias de la *Corte Costituzionale* italiana previas al pronunciamiento *Granital*<sup>617</sup>. Como expusimos más arriba, aquella antigua concepción italiana se basó en la consideración de una distinción radical entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno<sup>618</sup>. La doctrina italiana previa a la Sentencia *Granital* partía de la separación absoluta entre ambos ordenamientos y separaba de forma tajante las competencias de ambos tribunales (TJ y *Corte Costituzionale*) para asimilar los efectos de la primacía y la eficacia directa del Derecho europeo<sup>619</sup>. La cuestión de

<sup>616</sup> Ver Asunto Nike, STS 22 de septiembre de 1999, RAJ 1999/6604. La conclusión es fruto de HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., y SEGURA SERRANO, A., “La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1999”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 4, num. 8, 2000, pp. 565-592. Esta concepción es contraria al principio de primacía. El TC trata de adecuarse a *Simmenthal* enfrentando como incompatibles y paralelos la cuestión prejudicial y constitucional. Pero la separación de ámbitos no es correcta del todo, aunque el TJ en *Simmenthal* hubiese pretendido declarar la invalidez de estas normas internas posteriores, sí introdujo un matiz de mayor dureza en la sanción, al negarles cualquier eficacia, lo que convierte la estricta separación en una mera desaplicación producto de dos alternativas paralelas pero separadas en órdenes distintos y no en una “radical” ineficacia producto de un verdadero choque y confrontamiento. Cfr. RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993, p. 61-62. Por tanto, la estricta separación en dos ámbitos distintos de la cuestión interna y la prejudicial, con un objetivo común, la salvaguarda de la legalidad interna, no es completamente acorde con la idea expresada en la sentencia *Simmenthal* sobre la primacía y el planteamiento del artículo 234 TCE. El TC concretamente lo expresa diciendo que «de la misma manera que el Constituyente quiso sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la constitución (...) el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador del Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías», y si existe la imposibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad entonces tal garantía será el ex-art 177 TCE. STC 58/2004, FJ 4. En el mismo sentido contrario a la visión del Tribunal Constitucional ver RUIZ ZAPATERO, G., “Sentencias y Puntos Ciegos. Otorgamiento de amparo a Administración Pública frente a vulneración del art. 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial comunitaria ( STC 58/2004, de 19 de Abril de 2004)” en Noticias Jurídicas <http://noticias.juridicas.com/articulos/05-Derecho%20Constitucional/200502-2855101301054120.html> consultado a 12 de julio de 2008.

<sup>617</sup> La sentencia *Granital* de 1984 tiene como antecedente, entre otras sentencias la Sentenza n. 14/1967, de 7 de marzo, según la cual «la violación de los límites de soberanía establecidos en los tratados no suponen una violación del art. 11 de la Costituzione Italiana y no es por tanto inconstitucional la ley de creación del Ente Nacional para la Energía Eléctrica (ENEL) de 6 de diciembre de 1962». FERNÁNDEZ SESGADO considerará los precedentes de la Corte Costituzionale (así como la Sentencia del TCFA de 8 de abril de 1987 *Solange*, y la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 22 de diciembre de 1978 – sobre el asunto *Cohn Bendit*–) como una cuestión similar a los planteamientos del TC respecto de la cuestión prejudicial. “Es coherente que en los Estados donde existen instrumentos jurisdiccionales de carácter constitucional como el recurso de amparo, tales instrumentos sean utilizados para garantizar este derecho al juez comunitario”. Entendiendo que la cuestión prejudicial ha configurado un derecho al juez universal. Ver FERNÁNDEZ SESGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario europeo de Derecho común: las transformaciones dimanantes de ello”, *Cuestiones Constitucionales*, n. 13. 2005, pp. 58 y ss.

<sup>618</sup> En resumen se basaba en que el ordenamiento comunitario no había sido «*inserito*» en el ámbito interno, sino sólo «*riconosciuto*» con el fin de hacer operativa la cooperación internacional que se deducía de los fines de los Tratados. Sentenza num. 98/1965 de 25 de diciembre. *Giurisprudenza Costituzionale* 1965, pp. 1322 y ss

<sup>619</sup> Como repite la Corte Costituzionale en la Sentencia num. 187/1973 de 27 de diciembre, ambos ordenamientos preven configurarse como «*sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato (...) esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che la norma comunitaria —non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati— debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge, in ogni Paese della Comunità*». La Sentencia num. 170- 1984, de 8 de junio de 1984, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, pp. 1098 y ss., sentencia *Granital*, fue la que introdujo matices integrativos es decir, los ordenamientos europeo y nacional son distintos pero se encuentran coordinados, «las disposiciones europeas que derivan del sistema de fuentes comunitario vienen, por fuerza del art. 11 Constitucional, a recibir directa aplicación en el territorio italiano, pero permanecen extrañas al sistema de fuentes internas; y si así es, éstas no pueden, por lógica, ser apreciadas según los esquemas predispuestos para la solución de los



fondo de la Sentencia *Simmenthal* era muy similar a la que se presenta ante el TC, la cuestión central precisamente rondaba en torno a la obligación del juez de inaplicar automáticamente la norma nacional con rango de ley sin esperar al planteamiento de cuestión de constitucionalidad. Por ello la doctrina ha evidenciado un retroceso en los postulados de la integración comunitaria hacia una perspectiva dualista —como la sostenida al inicio por la Corte italiana— contraria a la finalidad de la integración<sup>620</sup>.

En tercer lugar, debe destacarse otra advertencia de la doctrina respecto a este asunto, esta vez en un sentido positivo. Puede considerarse que de esta sentencia, de la objetivación de la duda y la constricción del ámbito discrecional del juez ordinario para plantear la cuestión prejudicial, deriva una voluntad del TC de establecer una mayor cooperación con el TJ. Puede considerarse que el análisis de las condiciones del planteamiento de la cuestión prejudicial por el TC supone una aceptación implícita de la necesidad de establecer un diálogo imprescindible entre los jueces ordinarios y Luxemburgo, y de la necesidad de clarificación de la ordenación jurisdiccional de la UE. Como puede apreciarse la cuestión prejudicial es un mecanismo procesal de extraordinaria trascendencia para la articulación y el enriquecimiento del diálogo entre las jurisdicciones nacional y comunitaria, su funcionalidad permite al TJ erigirse en órgano uniformador del ordenamiento jurídico europeo garantizando la aplicación e interpretación uniforme en todos los Estados miembros, aplicación uniforme que se refiere no sólo al contenido material de las disposiciones de la Unión, sino fundamentalmente a la determinación uniforme de su alcance, a sus efectos y su eficacia: esto es, su primacía. El art. 267 TFUE otorga al juez nacional un medio para eliminar las dificultades que pueda plantear la exigencia de dar al derecho comunitario su pleno efecto en el marco de los respectivos sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros (primacía y efecto directo) y esta utilidad no se oculta a los ojos del TC. La eficacia de la cuestión prejudicial en España, según parte de la doctrina, se fortalecería al mismo tiempo que se consolidaría la aplicabilidad uniforme del Derecho comunitario<sup>621</sup>. Si bien, al precio de una separación excesiva entre ambos ordenamientos y sus procedimientos de garantía.

---

conflictos entre normas de nuestro ordenamiento». La conclusión final de *Granital* fue que el Derecho comunitario anterior y posterior al Derecho nacional será siempre aplicado con preferencia por el juez que podrá ayudarse del auxilio que le ofrece la cuestión prejudicial de interpretación. La sentencia *Granital* de la Corte Constitucional italiana rehace su doctrina.

<sup>620</sup> Ver, Vg., BIGLINO CAMPOS, P. “La primacía del Derecho”, *Op. Cit.*, p. 12. MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., “La cuestión prejudicial...”, *Op. Cit.*, pp. 325 y ss. DIAZ-PICAZO, L. M. “Constitución española y Constitución europea”, Institut Universitari d’Estudis europeus, WP on Line, n. 10, 2005.

<sup>621</sup> HERRERA GARCÍA, A., “Tribunal constitucional y Unión Europea: el caso español a propósito de la sentencia 58/2004 y de la fase actual de la integración constitucional de Europa”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n.º. 16, 2007

C) Reiteración de la doctrina 58/2004, reafirmación y matización de los nexos entre la cuestión prejudicial y el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 194/2006 y 78/2010)

A pesar de las múltiples críticas recibidas y más allá de sus posibilidades, la doctrina 58/2004 del TC será reafirmada poco tiempo después a través de la STC 194/2006 de 19 de junio. En esta ocasión el recurso de amparo fue interpuesto por la Administración autonómica de Canarias. El Gobierno Canario fue condenado por el TSJ de la Comunidad Insular a devolver los ingresos percibidos en concepto de “impuesto general indirecto canario” (Ley autonómica 20/1991) y pagados por un Club deportivo. Dicho club había solicitado ante el TSJ la devolución del impuesto al considerarse exento del pago. La razón que alegó la entidad deportiva es que conforme a la Sexta Directiva Comunitaria sobre armonización de impuestos indirectos (IVA) los servicios prestados por entidades públicas o privadas para la práctica del deporte o educación física quedan exentos del impuesto general.

En este sentido el TSJ consideró que, como España había sido condenada mediante la Sentencia del TJ de 7 de mayo de 1998, por incumplimiento de la Sexta Directiva por condicionar la exención de este tipo de actividades a una determinada cuantía máxima, y el “impuesto indirecto” introducido mediante ley autonómica exigía el mismo requisito, la semejanza entre las disposiciones de la Ley autonómica sobre el impuesto general indirecto y la Ley 37/1992 del IVA por la que se traspuso la Directiva comunitaria, impedían hacer distinciones y exigían la desaplicación, en el caso de la sociedad deportiva, de la disposición legal de la Comunidad insular por la primacía del Derecho comunitario.

El Gobierno de Canarias, en cambio, consideraba que la Sexta Directiva y la Ley nacional de trasposición no eran aplicables a la Comunidad de Canarias, por lo que entendían que el razonamiento del Tribunal era completamente incorrecto. Si la normativa europea no era de aplicación a las Islas Canarias, la jurisprudencia del TJ no podía ser tampoco aplicable al caso. El TSJ, según la Administración pública canaria, había además inaplicado una disposición de la ley autonómica sin haberse acomodado a la obligación procedimental de plantear cuestión de inconstitucionalidad o plantear, conforme al asunto 58/2004, la cuestión prejudicial, por lo que al no hacerlo no se había ajustado en la resolución del caso al sistema de fuentes vigente y vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración.

El TC admitirá el amparo de la Administración frente a la sentencia del TSJ. Como fundamentará no le “corresponde resolver si existe o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho Comunitario que justificase la inaplicación... sino únicamente y exclusivamente, si el juez español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con

todas sus garantías”<sup>622</sup>. Desde esta observación afirmará de nuevo con contundencia que “el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la Administración y los Tribunales<sup>623</sup>”, y en consecuencia, determinará una vulneración de la tutela judicial efectiva de la Administración concediendo el amparo.

Esta sentencia del TC no tiene nada de particular, si no fuera porque tres años después se volverá a plantear al TC un recurso de amparo con un contenido idéntico a este. Sin embargo, en esta ocasión, el TC reaccionará a las críticas doctrinales y tratará de una vez por todas de asentar una doctrina definitiva.

De nuevo la Administración Canaria solicitará amparo frente a la sentencia del TSJ insular que exige el reintegro de las cantidades del impuesto indirecto pagadas por la misma sociedad deportiva. En esta ocasión, en lugar de remitirse a la doctrina anterior el TC admitirá a trámite el recurso, que será avocado al Pleno del Tribunal (arts. 10.1.n y 13 LOTC) para resolver la cuestión y tratar de fijar definitivamente su doctrina sobre la cuestión prejudicial y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Así mediante STC 78/2010, de 20 de octubre de 2010, el pleno del alto tribunal se posicionará sobre dos aspectos esenciales que en las ocasiones anteriores habían pasado desapercibidos.

A. En primer lugar, el TC, que desde la STC 58/2004 había decidido sobre la base del tan criticado paralelismo entre la cuestión de constitucionalidad y la cuestión prejudicial, profundizará en la distinción entre ambos procedimientos. Concretamente considerará que existe una diferencia esencial entre ambos procedimientos de garantía. El juez nacional no se encuentra vinculado de la misma forma al reenvío prejudicial al TC que al reenvío al TJ. Aquí se encuentra la rectificación esencial de la doctrina del TC respecto a los planteamientos anteriores.

Mientras que la cuestión de inconstitucionalidad es un procedimiento que «resulta *imprescindible* en relación con las normas legales posteriores a la Constitución» para llegar a dejar sin aplicación una norma legal. El régimen jurídico de la cuestión prejudicial es distinto puesto que «la obligación de plantearla

---

<sup>622</sup> Fundamento Jurídico num. 4.

<sup>623</sup> Fundamento Jurídico num. 5. Para un comentario de esta sentencia conforme a la STC 58/2004 me remito a SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V. M., “STC 194/2006 de 19 de junio: vulneración del derecho al proceso debido o indefensión de la Comunidad Autónoma de Canarias por inaplicación en una sentencia del TSJ de Canarias de un precepto de la ley reguladora del IGIC de contenido idéntico a otro de la ley del IVA declarado contrario a la Sexta Directiva”, consultado en <http://www.ief.es/Publicaciones/JurisCons/Comentarios> el 12 de julio de 2008. En perspectiva tributaria ver CALATAYUD PRATS, I., “El principio de igualdad tributario y las relaciones entre el IVA, IGIC y Derecho Comunitario (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2006, de 19 de junio)” Hacienda Canaria, n. 17, 2006.

desaparece (...) tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (...), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (...). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria»<sup>624</sup>.

Mediante este análisis el TC da marcha atrás en su doctrina de 2004 y reestablece la discrecionalidad del juez para decidir sobre la necesidad del planteamiento de la cuestión prejudicial. Pero no sin antes separar definitivamente la aplicabilidad de ambos ordenamientos. El TC afirmará con contundencia que, en el caso de autos, el Derecho comunitario no es aplicable. Como hemos dicho Canarias se encontraba fuera del ámbito de aplicación de la VI directiva comunitaria. Por lo tanto la jurisprudencia del TJ no era de aplicación y la cuestión prejudicial se presentaba como inoperante. El TC dictamina que «no puede entenderse procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial, de suerte que su omisión no puede generar indefensión ni vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías», contrariamente a lo que había afirmado en 2007.

B. Para fundamentar en profundidad esta conclusión el TC ahondará en una cuestión que había sido soslayada anteriormente. El recurrente en amparo que da lugar a la doctrina 58/2004, repetida en la sentencia 194/2006, es una Administración pública. Por ello será imprescindible matizar los postulados de sus decisiones puesto que la Administración pública encuentra limitada su titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva (conforme a la jurisprudencia 175/2001, de 26 de julio). Como se señala en la sentencia las personas jurídico públicas sólo “excepcionalmente son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva”. Distinguiendo dos situaciones. Cuando acuden ante el TC en defensa de actos dictados en ejercicio de sus potestades «exorbitantes» no son titulares del derecho fundamental<sup>625</sup>. En cambio, cuando acuden desprovistos de sus prerrogativas de poder público sí son titulares del derecho del artículo 24 CE en todas sus manifestaciones.

Como se observa entonces, en esta revisión jurisprudencial el TC ahonda en las diferencias entre la cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial, al tiempo

---

<sup>624</sup> Fundamento jurídico 2 de la STC 78/2010. Por el contrario la cuestión de inconstitucionalidad exige a demás que exista una consistencia y argumentación suficiente por parte del juez para presumir su inconstitucionalidad y poner en duda la validez de la norma con rango legal. Ver SSTC 166/1986, de 19 de febrero (FJ 25), 126/1997, de 3 de julio (FJ 3). En el fondo esta modificación se ajusta en mayor medida a la jurisprudencia del TJ en los asuntos *Peterbroeck*, C- 312/93, 1995; y *Van Schijndel*, C- 430-431/93.

<sup>625</sup> En estos casos, según el Fundamento jurídico 6, sólo pueden disfrutar del derecho de acceso al proceso y de la interdicción de indefensión (art. 24.2) CE.

que limita el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la Administración.

De este giro doctrinal pueden subrayarse tres cuestiones desde la perspectiva de esta tesis. En primer lugar, el TC deshace la crítica doctrinal fundada sobre el paralelismo entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial, pero al precio de separar aun más los contornos de aplicación de cada ordenamiento. Si por un lado distingue entre ambos incidentes procesales y entre su distinta vinculación al juez, por otro lado aleja al ordenamiento interno del comunitario profundizando en su visión dualista y en la separación de funciones entre tribunales. En definitiva reafirmará que la cuestión prejudicial y de inconstitucionalidad son dos incidentes procesales alternativos y antagónicos, y sólo se plantearía la necesidad de cuestión prejudicial cuando se dirimiese un asunto exclusivamente bajo el prisma del Derecho comunitario<sup>626</sup>, situación en la que no puede plantear cuestión de inconstitucionalidad.

En segundo lugar el TC flexibiliza la vinculación del juez al planteamiento de la cuestión prejudicial respecto de la doctrina 58/2004. Si en 2004 el TC consideraba que la «la existencia o inexistencia de una duda... no puede entenderse en términos de sujeción subjetiva del juzgador», ahora considerará que corresponde apreciar la concurrencia de los criterios dispuestos por la jurisprudencia *exclusivamente* a «los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria». De esta forma concede de nuevo al juez ordinario la discrecionalidad en la apreciación de la pertinencia de referencia al TJ al tiempo que se inhibe en cuestiones de naturaleza comunitaria reforzando el carácter infraconstitucional del conflicto.

En tercer lugar, el ímpetu con el que resalta los límites de la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental de titularidad de los particulares no es baladí en el tema que nos ocupa. El amparo del artículo 24 CE tiene efectos plenos cuando se trata de la defensa de los ciudadanos frente a la actuación de los poderes públicos. Esto señala el TC. Y en perspectiva de Derecho europeo la distinción entre poderes públicos y particulares es importante, pues, son los poderes públicos los que aplican el Derecho comunitario en el ámbito nacional. Y los ciudadanos disfrutan de sus efectos sólo en la medida en que los poderes públicos lo apliquen correctamente. Por todo ello, en mi opinión, en relación con la garantía de la correcta aplicación del Derecho comunitario se resalta particularmente ahora la idoneidad del derecho a la tutela judicial efectiva como parapeto de los particulares frente a una vulneración de los poderes públicos estatales en la aplicación del Derecho europeo, y se subraya que el recurso de amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva, de ahora en adelante, debe garantizar específicamente la posición de los particulares frente a los poderes públicos. El recurso de amparo está destinado a preservar los derechos de los

---

<sup>626</sup> Esta separación es contraria a la finalidad de la integración a demás de ser contraria a la naturaleza de los principios de primacía y efecto directo. Es la misma conclusión practicada por el TS español en el asunto NIKE de 22 de septiembre de 1999 (RAJ 1999/6604).

ciudadanos frente a la actuación del Estado. Más aun cuando se cuestiona un conflicto de incorrecta aplicación de Derecho comunitario por los poderes públicos estatales (en este caso un juez)<sup>627</sup>.

D) Profundización en el contenido del principio de primacía: tutela judicial efectiva y cuestión prejudicial.

D.i) *El derecho al juez europeo como vértice entre dos ordenamientos separados: planteamiento de la cuestión prejudicial como garantía de los derechos de los ciudadanos*

Los tres puntos con los que el TC matiza sus postulados anteriores establecen un marco en el que se plantean las posibilidades de los jueces nacionales de inaplicar normas con rango legal. Como la inaplicación de la norma con rango legal por el juez ordinario, en el caso español, sólo tiene sentido desde la perspectiva del principio de primacía, puede decirse que el TC realmente está estableciendo con esta jurisprudencia algunos criterios de control de la aplicación de la primacía por el juez. Estos criterios pasan por reforzar el planteamiento de la cuestión prejudicial, y se ponen en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Como el TC asume, son los jueces y tribunales ordinarios los que, desde la sentencia *Simmenthal*, tienen jurisdicción general sobre los asuntos de Derecho comunitario. Las cuestiones analizadas son la resultante del cambio de rol de los jueces y tribunales, que de ser órganos de aplicación del Derecho interno creado por el legislador estatal, se convierten en jueces comunitarios encargados de revisar y fiscalizar la ley a la luz del Derecho comunitario. Este cambio de rol trae serios problemas para la estructura jurisdiccional de los ordenamientos con una constitución rígida y un control de legitimidad de la ley concentrado<sup>628</sup>. Con FERNÁNDEZ SEGADO puede decirse, en suma, que «el desdoblamiento del juez nacional no deja de plantear una paradoja, la de ser al mismo tiempo juez nacional (interno) y juez comunitario, paradoja que proviene del hecho de que cualquier ciudadano puede dirigirse al juez, en cuanto que integrante del complejo orgánico del Poder judicial del Estado, con la pretensión de que inaplique normas de ese mismo Estado del que recibe su propia potestad jurisdiccional, lo que plantea dificultades que sólo cabe superar desde la vocación integradora que el Derecho comunitario presenta»<sup>629</sup>.

---

<sup>627</sup> Que una Administración pública sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva en perjuicio de un derecho de un ciudadano es un verdadero “punto ciego” de la fundamentación del TC. Ver RUIZ ZAPATERO, G., “Sentencias y puntos ciegos. Otorgamiento de amparo a una Administración Pública frente a una vulneración del artículo 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial comunitaria y cuestión de inconstitucionalidad (STC 58/2004 de 19 de abril de 2004)”, Noticias Jurídicas, <http://gruizlegal.blogspot.com>.

<sup>628</sup> Cfr. OHLINGER, T., “La influencia del derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de “Americanización” del Derecho europeo”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n.8, 2004, pp. 361 y ss.

<sup>629</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario europeo de Derecho Común. Las transformaciones dimanantes de ello”, Cuestiones Constitucionales, n. 13, 2005, pp. 58 y ss.

Esta vocación integradora del Derecho comunitario, que plantea SEGADO como solución al problema, en mi opinión encuentra expresión a través de instrumentos procedimentales como la cuestión prejudicial. La cuestión prejudicial es el instrumento con vocación integradora que ofrecen los Tratados para resolverlos problemas pertinentes del juez nacional como juez comunitario. Mediante la cuestión prejudicial el juez nacional puede cumplir con su obligación de aplicación del Derecho europeo a nivel interno.

En este mismo sentido parece haberlo entendido el TC, subrayando la específica trascendencia de la cuestión prejudicial en momentos especialmente frágiles para el orden jurisdiccional y el sistema de fuentes interno, como es el reconocimiento de la potestad del juez nacional de inaplicar disposiciones legales. Así el TC se ha centrado, en esta saga jurisprudencial comentada, en dos elementos fundamentales de la configuración del reenvío prejudicial: la discrecionalidad del juez para plantearla y sus consecuencias respecto de los derechos de los particulares en el procedimiento.

Respecto de la vinculación del juez ordinario al planteamiento de la cuestión prejudicial, el TC ha asemejado, en un principio, este incidente procesal comunitario con la cuestión de inconstitucionalidad, al tiempo que ha tratado de respetar los límites de la doctrina del TJ (doctrina del “acto claro”), delineando un espacio de competencia exclusiva del juez ordinario en la determinación de la necesidad del planteamiento. Al igual que en la cuestión de inconstitucionalidad compete exclusivamente al juez ordinario suspender el procedimiento y plantear la inconstitucionalidad de una disposición con fuerza de ley, así es el juez el que decide en el procedimiento si la disposición aplicable al asunto, siendo de Derecho interno o de Derecho europeo, debe ser interpretada o considerada por el TC o el TJ respectivamente. Ello ha supuesto en la práctica terminar por establecer dos ámbitos separados y diferenciados de competencia del TJ y del TC. La cuestión prejudicial se plantea ante el TJ cuando se diriman disposiciones comunitarias, y la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC cuando se dude de la legitimidad de una norma con rango legal, y ambos procedimientos dependen de la decisión del juez ordinario.

Esta comprensión de la cuestión prejudicial por el TC es, sin embargo, contraria al espíritu integrador de los Tratados. El TC parece indicar que hay casos que se resuelven exclusivamente o por la aplicación de una disposición de Derecho interno o por la aplicación de una disposición de Derecho europeo. Y este planteamiento desprecia la posibilidad de que la norma aplicable al caso se componga de disposiciones de ambos ordenamientos, o deba interpretarse conforme a ambos sistemas. Esta separación contraría el espíritu integrador de la cuestión prejudicial, pero además, es contraria a los planteamientos iniciales del TJ respecto de la primacía y el efecto directo, pues puede provocar importantes disfunciones en la aplicación del Derecho comunitario. Los tribunales ordinarios podrían verse tentados a entender que

se pueden rechazar elementos de la doctrina del efecto directo y la primacía con el argumento de que el conflicto no trata realmente de la interpretación de Derecho europeo sino sobre una materia de carácter nacional que no se encuentra dentro de la competencia del TJ<sup>630</sup>. Entender así la cuestión prejudicial, en suma, supone negar la jurisprudencia del TJ según la cual se puede (y se deben) referir cuestión prejudicial en la situación en que la disposición nacional se base en o haga referencia al Derecho comunitario, incluso si la consecuencia es que el ámbito del Derecho comunitario se extienda a las disposiciones nacionales<sup>631</sup>. Y es que la finalidad de la cuestión prejudicial es, por un lado, garantizar la eficacia del Derecho comunitario y su primacía, y por otro, servir de instrumento de integración de ambos ordenamientos a través de la cooperación entre tribunales. Entender que no existen momentos de aplicación del Derecho en el que confluyan disposiciones europeas y comunitarias es contrario al propio sentido de la primacía.

Efectivamente el juez nacional funciona como vértice de dos ordenamientos, en el momento de aplicación del Derecho por el juez se integran el Derecho europeo y el nacional. Pero ello no significa, como lo entiende el TC que el juez, ante una duda, deba elegir a cada momento entre dos vías de procedimiento jurisdiccional separadas: la que lleva al TC y la que lleva al TJ. Y que estas vías no pueden entonces confluir en un asunto concreto. ¿Esto es tanto como decir que en un asunto concreto la norma aplicable no puede componerse de disposiciones comunitarias y nacionales al mismo tiempo? Si es así la idea de integración de ordenamientos del TC parece un tanto confusa.

Por otro lado, respecto de las consecuencias del planteamiento o no de reenvío prejudicial sobre la garantía de derechos de las partes en el litigio, el TC, siguiendo la senda de otros tribunales constitucionales<sup>632</sup>, se ha centrado en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y ello no sólo respecto de las consecuencias sobre el sistema de fuentes interno de la inaplicación de una norma con rango legal, sino también desde la perspectiva del derecho de acceso al proceso. El TC comprende que en los instrumentos de garantía de eficacia de las normas europeas hay un importante componente de garantía de derechos de los ciudadanos. Ya desde los postulados de la propia STJ *Van Gend en Loos* se presentaba la cuestión prejudicial se

---

<sup>630</sup> Tal y como a finales de los 90 advertía al respecto DE WITTE, B., “Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order”, op. cit., pp. 177 y ss.

<sup>631</sup> ver asunto C-217/05, *Confederación española de Empresarios de Estaciones de Servicios c. Compañía española de petróleos, S. A.* de 14 de diciembre de 2006. Así mismo se expresa LEFEVRE, S., “The interpretation of Community law by the Court of Justice in Areas of National Competence”, ELRev, 501, 29, 2004.

<sup>632</sup> Por ejemplo el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el Auto de 9 de noviembre de 1987. O del mismo Tribunal la sentencia de 8 de abril de 1987, en la que se equipara el no planteamiento de cuestión prejudicial con una vulneración del artículo 101.1 del *Grundgesetz*. En términos similares respecto de la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial previa a la inaplicación la sentencia de la *Cour d'Arbitrage* belga de 16 de julio de 1996 en el asunto “Fédération des Chambres syndicales de médecins”; O los postulados del *Verfassungsgerichtshof* austriaco en el asunto “Adria-Wien Pipeline” de 8 de noviembre de 2001. También el Tribunal constitucional portugués en su sentencia num. 163/1990 de 23 de mayo, o la *Corte Costituzionale* italiana en la sentencia num. 168-1991 de 18 de abril, caso “Industrie dolciari Giampaoli”.



presentaba como un procedimiento destinado a “garantizar la unidad de interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales”, y ello, precisamente venía a confirmar que “los estados han reconocido al Derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos”. La cuestión prejudicial del artículo 177 TCEE confirmaba que las normas europeas podían tener eficacia directa, que podían ser invocadas por los particulares ante el juez en defensa de sus derechos. De forma que la relación entre cuestión prejudicial y la tutela de derechos de los ciudadanos es simultánea a los propios principios de primacía y eficacia directa.

Efectivamente, también la doctrina ha reconocido que la cuestión prejudicial implícitamente reconocía la eficacia directa de los Tratados y su primacía. En doctrina se ha considerado que la conjunción entre primacía, eficacia directa y cuestión prejudicial han impulsado al TJ a configurar a través de la eficacia directa un derecho “universal” al juez respecto de la totalidad de las decisiones de las autoridades nacionales en materia de Derecho comunitario<sup>633</sup>. Así, por ejemplo, lo han confirmado ALONSO GARCÍA y FERNÁNDEZ SEGADO. Este último considera que «la cuestión prejudicial canaliza tales relaciones (las que surgen por la invocación de la disposición comunitaria ante el juez nacional y frente al poder estatal), y en consecuencia es coherente con ello (atendiendo al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que se encuentra en todas las constituciones de los EE.MM.) que en los Estados donde existen instrumentos jurisdiccionales de carácter constitucional como el recurso de amparo, tales instrumentos sean utilizados para garantizar este derecho al juez comunitario»<sup>634</sup>.

Esta afirmación agrava la disyuntiva que impone el TC al juez nacional al obligarle a “elegir” por sí mismo entre el procedimiento comunitario de la cuestión prejudicial —cuando está en juego la aplicación del derecho comunitario— o la cuestión de inconstitucionalidad —cuando sólo sea aplicable la ley española—. Puede no obstante, entenderse como positivo, en este sentido, tanto la apertura por el TC del recurso de amparo a partir de 2004, como sus pertinentes aclaraciones sobre la titularidad de las administraciones públicas del derecho a la tutela judicial efectiva. Siempre y cuando se observe desde una perspectiva integradora y no desde la exclusiva intención de controlar el uso de la primacía por el juez.

---

<sup>633</sup> Paradigmas de ello son las Sentencias del TJ de 15 de mayo de 1985, asunto *Johnston*, C-222/84 y STJ de 15 de octubre de 1987, asunto *Heylens*, C-222/86.

<sup>634</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común...”, op. Cit., pp. 58 y ss.;

D. ii) La relación entre primacía y tutela judicial efectiva: la cuestión prejudicial como garantía de ambas

Se observa que la relación entre primacía, cuestión prejudicial y tutela judicial de derechos, tal y como lo entiende el TC es fruto de una duda central: ¿quién debe resolver la cuestión, el TC, el TJ o el juez ordinario? Se observa, en principio, cómo la pluralidad ordinamental no se ha articulado aun de forma coherente, y ello se vierte en el proceso jurisdiccional, que también se bifurca entre dos pretensiones de autoridad distintas<sup>635</sup>.

Con GIORGI y TRIART podríamos señalar que los tribunales constitucionales, a pesar de relegar los problemas de relación del Derecho nacional con el Derecho comunitario a una posición infraconstitucional como hace el TC, podrán seguir (y siguen) «afirmando su jurisdicción de revisión del Derecho europeo en el terreno constitucional pero sólo si tal revisión está dirigida a remediar las persistentes deficiencias estructurales a nivel europeo<sup>636</sup>». En mi opinión, aunque la falta de estructuración de las relaciones entre ordenamientos da lugar a un conflicto entre jurisdicciones, en esta ocasión, más allá de las diversas críticas a la doctrina jurisprudencial del TC debería también advertirse un inicial punto de encuentro entre el TC y el TJ.

Lo relevante del análisis de esta jurisprudencia se encuentra en la profundidad que ha adquirido el principio de primacía. Cuando se presenta de frente a una disposición nacional de rango legal, su carácter conflictual debe ser reforzado para evitar soslayar las garantías del procedimiento y el sistema de fuentes interno. Así el TC considera que la cuestión de la primacía del Derecho europeo debe cargarse de un nuevo contenido que lo haga compatible con las garantías constitucionales a nivel interno. Este contenido es identificable con las garantías de todo proceso y concretamente con el derecho a la tutela judicial efectiva. Ante esta identificación la cuestión prejudicial se erige como garantía procedimental del sistema de fuentes tanto interno como europeo, pero también de los derechos fundamentales del particular respecto del proceso judicial. Si por un lado la cuestión prejudicial es garantía de una uniforme aplicación del Derecho europeo y de la tutela de los derechos conferidos por el ordenamiento europeo en el procedimiento ordinario, es también salvaguarda del sistema de fuentes interno cuando la primacía desplaza a una disposición legal,

---

<sup>635</sup> Como han dicho GIORGI, F., y TRIART, N., “National judges, Community judges: Invitation to a journey through the looking glass on the need for jurisdictions to rethinking the intersystematic relations beyond the hierarchical principle”, *European Law Journal*, 14, n. 6, 2008, la declaración de autonomía de cada ordenamiento propio por sus respectivos tribunales (TJ y TC) se debe a un encuadre del problema en términos jerárquicos, sin embargo en la integración ninguna jerarquía puede ser irrefutablemente establecida, pp. 693-717.

<sup>636</sup> Cfr. GIORGI, F., y TRIART, N., “National Judges, Community Judges: Invitation to a journey through the looking glass on the need for jurisdictions to rethink the intersystemic relations beyond the hierarchical principle”, *European Law Journal*, Vol. 14, n. 6, 2008, pp. 693-717.

garantía del procedimiento cuya vulneración puede dar lugar a la activación de la tutela especial de los derechos desarrollada por el TC, el recurso de amparo.

Así la doctrina del TC conjuga junto a la primacía la garantía procedimental que supone la cuestión prejudicial y el respeto al derecho fundamental del artículo 24 CE, la tutela judicial efectiva. En definitiva, desde el punto de vista interno, la cuestión prejudicial es una garantía procedimental del sistema de fuentes (cuando consideramos, como hace el TC, a la primacía del Derecho europeo como parte integrante del sistema de fuentes interno) y muy especialmente cuando se trata de aplicar el principio de primacía de una disposición europea frente a una disposición interna de rango legal. En esta situación esta garantía procedimental está íntimamente vinculada con la tutela judicial efectiva<sup>637</sup>. De este modo el TC integra los instrumentos de garantía del Derecho comunitario en el sistema de garantías constitucionales internas.

Para la finalidad de esta tesis de analizar el contenido del principio de primacía desde su virtualidad constitucional, creo que pueden identificarse dos herramientas conceptuales que ayudan a delinear el contenido mínimo del principio de primacía: la cuestión prejudicial y el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes en el procedimiento. Dicho de otro modo, y con AZPITARTE SÁNCHEZ, «la funcionalidad de la primacía se desprende del contenido mínimo e indisponible de sus efectos, relacionada con la posibilidad de hacerla eficaz ante una autoridad judicial independiente y sometida únicamente a Derecho», y añade, que tal contenido está absolutamente ligado al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva<sup>638</sup>.

La primacía se carga de significado constitucional, desde un punto de vista interno, cuando se conjuga, desde la cuestión prejudicial, como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva. Desde una perspectiva comunitaria, un desarrollo de este principio requeriría, por tanto, no sólo de un avance legislativo en las relaciones entre fuentes del Derecho, sino, como sucede en los ordenamientos jurídicos nacionales en los que se inspira, en su sistema de control y garantía jurisdiccional<sup>639</sup>. Es decir, la cuestión del principio de primacía debe centrarse en los procedimientos que la garantizan.

Desde la interrelación de la primacía con el procedimiento prejudicial ante el TJ y el derecho a la tutela judicial efectiva, se concreta un primer punto de encuentro

---

<sup>637</sup> Esto es lo que CRUZ VILLALÓN ha considerado producto de la llamada *constitución residual*, en referencia al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, debido a la imposibilidad de realizar un control a posteriori del Derecho europeo por el Tribunal constitucional español. CRUZ VILLALÓN, P., “El Tratado según la Constitución: tres planteamientos”, en CARRILLO, M., LÓPEZ BOFILL, H., La Constitución europea. Actos del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España”, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

<sup>638</sup> Esta aseveración será posteriormente corroborada por la STC 58/2004. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “Primacía del Derecho comunitario y administración andaluza”, Op. Cit. Nota 2, p. 98.

<sup>639</sup> ALONSO GARCÍA, R., SARMIENTO RAMÍREZ- ESCUDERO, D., “Los efectos colaterales en la arquitectura judicial de la Unión: ¿Hacia una jurisdicción auténticamente constitucional europea?” op. cit.

entre el TC y el TJ para la reconstrucción del pluralismo ordinamental. Tanto TC como TJ consideran la cuestión prejudicial como una garantía esencial: para el TC es garantía del sistema de fuentes interno cuando está en juego la aplicabilidad de una ley, supone dirimir la correcta aplicación del principio de primacía; para el TJ es garantía de la aplicación uniforme del Derecho europeo, además de conceder unidad al ordenamiento a través de la interpretación sistemática que colma lagunas y ofrece coherencia y plenitud al Derecho europeo. Y desde ambas perspectivas se subraya un momento clave: el momento de acceso a la jurisdicción por el ciudadano, puesto que se deja claro en la jurisprudencia del TJ sobre el principio de primacía que el Derecho comunitario debe ser aplicado, en primer lugar, por los jueces nacionales, permitiendo así que los ciudadanos hagan efectivos sus derechos comunitarios a través de la jurisdicción comunitaria<sup>640</sup>; y desde el TC se pone de manifiesto la vulneración del art. 24 CE que entrañaría la ignorancia del procedimiento prejudicial ante el TJ. De esta forma la cuestión prejudicial se convierte en un instrumento privilegiado de garantía de ambos ordenamientos y el juez nacional se convierte en actor principal en su utilización. El juez nacional es el vértice entre dos ordenamientos a los que se encuentra igualmente vinculado<sup>641</sup> y contribuye a su integración mediante su labor aplicativa de ambos ordenamientos<sup>642</sup>, labor que realiza con la colaboración del TJ mediante la cuestión prejudicial, cuestión que garantiza la correcta aplicación del sistema de fuentes y la tutela de derechos de los ciudadanos.

En conclusión. De la jurisprudencia del TC sobre la inaplicación de la ley derivan dos consecuencias. En primer lugar, el TC consagra su doctrina sobre el carácter infraconstitucional de los conflictos entre ordenamientos. De esta forma separa los fundamentos de validez de los ordenamientos europeo y nacional, confirmando la jurisprudencia de los demás tribunales constitucionales que antes comentamos. En segundo lugar, establece una interesante relación entre la primacía y el procedimiento de la cuestión prejudicial como garantía del sistema de fuentes interno, y esta relación tiene un objeto claro: la garantía de la tutela de los derechos de los ciudadanos, garantía del derecho a la tutela judicial efectiva. En este punto puede encontrarse un lugar común con el TJ. Como veremos a continuación también el TJ reconducirá las posibilidades de la primacía al ámbito de la cuestión prejudicial como garantía de la

---

<sup>640</sup> Ver Nota del “*Directorate General Internal Policies of the Union*”, del Policy Department: citizens rights and constitutional affairs unit. Concretamente el Informe sobre “The relation between national courts and the European Court of Justice in the European Union Judicial System. Preliminary rulings regimes according to articles 234 EC, 68 EC y 35 EU”, Background Note request by the European Parliament Committee on Legal Affairs, de Febrero de 2007 PE 378.291. p. 12.

<sup>641</sup> “Piedra angular... para la creación de un ordenamiento jurídico único europeo” ver STJ *Peterbroeck*, C-312/93, 14.12.1995. Sobre la doble vinculación del juez nacional a ambos ordenamientos ver, RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El Juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993; igualmente FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común...”, op. Cit., pp. 58 y ss.;

<sup>642</sup> “... El juez ordinario, aunque sea ejerciendo como juez comunitario, no puede desvincularse del ordenamiento nacional pues en éste encuentra la razón que le somete al comunitario ... si la jurisdicción comunitaria aspira a ser jurisdicción materialmente constitucional, e juez ordinario, miembro del sistema judicial comunitario aparece como aplicador del Derecho sometido a dos parámetros de constitucionalidad, el nacional y el comunitario”, AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*, op. Cit., p. 98.

aplicación uniforme del Derecho europeo y de la tutela de los derechos de los ciudadanos.

## 5. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LOS PODERES PÚBLICOS.

### 5.1 El Tribunal de Justicia y la cuestión prejudicial

#### A) Funciones de la cuestión prejudicial en el ordenamiento europeo.

El problema fundamental al que se enfrenta el proceso de integración europea es que su objetivo primordial, la progresiva “unión entre los pueblos de Europa”, se realiza a partir del desarrollo y la aplicación uniforme del Derecho europeo. Este Derecho pretende integrarse en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros con eficacia plena y uniforme. Sin embargo, la producción y promulgación de este Derecho atiende a la voluntad de entes distintos de aquellos que finalmente tendrán que aplicarlo en cada ordenamiento estatal<sup>643</sup>. Son los poderes públicos de los Estados los que tienen el deber de implementar el Derecho europeo en el nivel nacional, y en su aplicación e implementación pueden aparecer diversos obstáculos que condicionen su eficacia y trunquen la finalidad del proceso de integración. Para evitar las posibles inconsistencias entre los actos de los poderes públicos y el efecto útil de las normas dictadas por las Instituciones europeas apareció el principio fundamental de la primacía del Derecho europeo. Sin embargo, como hemos visto, la aceptación de este principio ha sido problemática en aquellas tradiciones jurídicas nacionales caracterizadas por una constitución rígida. Así hemos observado que la aceptación de la primacía de una disposición europea sobre la ley nacional no ha sido pacífica en Alemania, Italia o España<sup>644</sup>. De los debates surgidos

---

<sup>643</sup> Debe entenderse aplicación en sentido amplio, incluyendo los procesos de transposición del Derecho europeo y su implementación. Ver BERRY, E., HARGREAVES, S., *European Union Law*, op. cit. p. 73

<sup>644</sup> Aunque se ha expuesto detenidamente la cuestión podría señalarse ulteriormente que el propio Consejo de Estado español, en su “*Informe sobre modificaciones de la Constitución española*” de febrero de 2006 (Nº. E 1/2005), dejó constancia de la necesidad de reforma de la Constitución en la medida en que ésta no reflejaba la enorme influencia que había supuesto para la Norma fundamental el proceso de integración europea, señalando como ejemplo, precisamente, las alteraciones en la sujeción a la ley del juez ordinario con ocasión de la aplicación de la primacía: “Consejo de Estado, Informe sobre modificaciones de la constitución, p. 73: “Más trascendencia práctica tiene la eventual contradicción entre la norma europea y la interna de rango legal. Como, de acuerdo con la doctrina *Simmenthal*, el juez “europeo” ha de inaplicar la norma nacional sin cuestionarla previamente ante el Tribunal Constitucional, la sujeción a la ley nacional se transforma en una sujeción de otro género. Sujeción al Derecho, si se quiere, pero no sujeción a la ley formal, ya que, cuando no es juez de última instancia, el juez nacional puede decidir la inaplicación de la ley nacional en virtud de su propio juicio, sin plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La praxis constitucional española ha llevado al Tribunal Constitucional a disociar del ordenamiento constitucional las cuestiones de inaplicabilidad del Derecho español por contradicción con el Derecho comunitario, entendiendo que son ajenas al mismo (Sentencia 28/1991, de 14 de febrero), hasta el extremo de disociar validez y eficacia, y permitir a los jueces ordinarios inaplicar leyes post constitucionales. El deber que nuestros tribunales tienen de asegurar la primacía del Derecho europeo sobre el puramente interno les obliga a inaplicar las normas españolas, cualquiera que sea su rango, cuando están en contradicción con normas europeas; poder que *prima facie* parece incompatible con su sujeción al imperio de la ley que la Constitución proclama (artículo 117.1).[...]Buena prueba de ello lo proporciona precisamente la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, de 19 de abril, que impone a todos los jueces, aunque no sean de última instancia, la obligación de plantear la cuestión prejudicial cuando su juicio sobre la contradicción entre la norma interna y la europea no sea clara en

en torno al principio de primacía, se ha concluido que, para evitar un choque insalvable en los ordenamientos constitucionales, la primacía debe prescindir, en principio, de un significado inherente a las relaciones entre ordenamientos, por eso ha sido concretada en el ámbito de selección de la norma aplicable al caso. La primacía se ha desarrollado en los últimos años en torno a las posibilidades del juez nacional de inaplicar la disposición nacional contraria al Derecho europeo. El juez nacional ordinario se convierte en el principal valedor de la primacía del Derecho europeo.

En el momento de garantía de la eficacia del Derecho europeo se destaca muy particularmente, el que se desarrolla por los jueces y tribunales nacionales, por su doble carácter de jurisdicción nacional y jurisdicción europea, momento en el que la aplicación del Derecho europeo alcanza uno de los momentos más delicados de encuentro de integración entre ambos ordenamientos. En este momento el juez tiene la obligación de componer la norma que resuelva un caso concreto, composición en la que se agregan disposiciones nacionales y disposiciones europeas. En este momento el juez debe realizar declaraciones sobre la conformidad o disconformidad de una conducta con el Derecho nacional y, en incontables ocasiones, con el Derecho europeo, vinculando a la calificación de la conducta consecuencias jurídicas. En el proceso de calificación de la conducta de un sujeto en el caso concreto y en la necesaria composición de la norma que deba aplicarse, el juez se sujeta a dos ordenamientos autónomos, y éste encuentra a menudo la dificultad principal de apreciar las inconsistencias entre las disposiciones de ambos ordenamientos, inconsistencias que a nivel nacional pueden dar lugar a la vulneración del Derecho europeo o a su incorrecta implementación por los poderes públicos. En este momento se deben conjugar y sopesar no sólo las disposiciones de ambos ordenamientos que puedan construir la norma aplicable al caso, sino también los instrumentos de garantía de ambos ordenamientos, y particularmente la garantía de los derechos concedidos a los particulares por el ordenamiento comunitario y el nacional — especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva— y los instrumentos de garantía específicos del ordenamiento europeo —primacía y eficacia directa—.

Si el ordenamiento europeo debe ser implementado de manera uniforme por todos los poderes públicos de los EE.MM y, en último lugar, el juez nacional debe resolver las inconsistencias que impidan su eficacia, esto no sólo significa que la disposición comunitaria deba prevalecer sobre la nacional, sino que aquella debe tener el mismo significado y efecto en todos los EE.MM. La aplicación uniforme por los poderes públicos no se refiere sólo al contenido material de las disposiciones de la UE, sino también, e incluso de modo especial, a la determinación uniforme de su alcance, de sus efectos y de su eficacia<sup>645</sup>. Este alcance y eficacia debe ser

---

términos objetivos, sobre la base de que, en caso contrario, puede producirse una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución”. Ver p.73.

<sup>645</sup> PESCATORE, P., “The doctrine of «Direct effect»: An infant Disease of Community Law”, *European Law Review*, 1983, p. 155-164.

determinado por un único órgano encargado de dar uniformidad a las disposiciones de Derecho europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>646</sup>. Y esta tarea será cumplida a través del procedimiento de la cuestión prejudicial.

Conforme al artículo 19 del TUE, se dispone que «el Tribunal de Justicia...garantizará, en el marco de sus respectivas competencias, el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado». El papel del TJ es, pues, fundamental para garantizar el «respeto del Derecho» de los Tratados en su aplicación por los órganos jurisdiccionales de los EE.MM. Esta función de garantía del “Derecho” va más allá de las de cualquier juez o tribunal nacional, incluso de las de cualquier tribunal constitucional. Y es que el TJ garantiza el Derecho en un contexto normativo y ordinamental particular: el Derecho europeo es un ordenamiento sin constitución, que exige al TJ un esfuerzo adicional a la hora de dirimir sobre la ordenación de las fuentes europeas y su eficacia, sobre la interpretación de las mismas y sobre su validez, decisión imprescindible que convierte al TJ en factor protagonista de la integración<sup>647</sup>.

En la teoría constitucional, como se expuso al comienzo en relación con la UE, la constitución debe entenderse como factor de integración, por lo que debe cumplir, por un lado, una función de determinación de valores que sean aceptados por la sociedad (en el plano social de la integración), por el otro, debe demostrar su capacidad para configurar y coordinar sistemas (plano normativo)<sup>648</sup>. Ambas funciones, son esenciales en el proceso de integración europea y, como decimos, a falta de una verdadera constitución en el ordenamiento europeo, han sido desempeñadas por el TJ. Basta recordar la determinación de valores mediante su labor pretoriana de protección de los derechos fundamentales desarrollando, poco a poco, el contenido de las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros». En la coordinación e integración de sistemas, el principio de primacía junto a la eficacia directa de las normas europeas son los paradigmas de las relaciones interordinamentales del Derecho europeo, y como ya sabemos, han sido también creados por la jurisprudencia del TJ. La jurisprudencia del TJ con la que ha ido conformando estos caracteres del ordenamiento europeo se han realizado como se ha visto, en su mayoría, mediante un instrumento procedimental clave en la función del TJ: la cuestión prejudicial.

---

<sup>646</sup> BERRY, E., HARGREAVES, S., *European Union Law*, OUP, Oxford, 2007, p. 73. Recordemos que según el TCE “El Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia garantizarán, en el marco de sus respectivas competencias, el respeto del «Derecho» en la interpretación y aplicación del presente Tratado” Art. 220 TCE.

<sup>647</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, “Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, op. cit. El autor afirma que el TJ desarrolla sus funciones a falta de un auténtico contexto constitucional por la falta de los tres agentes esenciales sobre los que se construye el orden constitucional: Constituyente, legislativo y jurisdiccional; por lo que debe realizar una función constituyente estableciendo los propios principios fundamentales de articulación del ordenamiento comunitario europeo pero donde, a la vez, esa función constituyente tiene una vocación legislativa. Ver también, del mismo autor: “Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale”, en ROLLA, G. C., *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 113-130. Versión española en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n 1, 2004, pp. 25 a 46.

<sup>648</sup> GRIMM, D., “Integración por medio de la constitución, propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización”, *Teoría y Realidad constitucional*, n. 15, 2004, pp. 53-69



Por lo tanto, la cuestión prejudicial es un instrumento esencial para los jueces nacionales de los Estados miembros en ese delicado momento en el que deliberan sobre la base de dos ordenamientos (o más) e implementan el Derecho europeo al componer la norma en los casos concretos. Es el incidente procesal que les permite acudir al TJ para aclarar el sentido o la validez de las disposiciones europeas e ir componiendo la integración entre ordenamientos que no se vinculan por una norma constitucional positivizada. Por ello, el papel que adquiere el TJ era además, el papel que adquiere el TJ a través del reenvío prejudicial es clave, no sólo para la uniformidad del Derecho europeo, sino también para el propio proceso de integración entre ordenamientos.

Para el TJ la cuestión prejudicial es la garantía procedimental de la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho europeo<sup>649</sup>, esto es, contribuye a desarrollar su labor de garantía de la eficacia y coherencia del ordenamiento. La cuestión prejudicial es, como se ha dicho en doctrina, la “joya de la corona” de la jurisdicción europea<sup>650</sup>, pero no sólo por el poder «uniformador» en la aplicación del Derecho, sino principalmente, por su poder «conformador» de un ordenamiento supranacional<sup>651</sup>.

Como en su momento expuso LECOURT, presidente del TJ durante el periodo de 1967 a 1976, “la piedra angular de la Comunidad no era tan sólo una misma norma común, sino que esa norma fuera interpretada y aplicada de igual manera en toda su extensión territorial por los tribunales nacionales<sup>652</sup>”. Para el TJ la razón de ser de la cuestión prejudicial se encuentra precisamente en el propósito de asegurar que el Derecho comunitario sea aplicado de forma uniforme en todos los Estados miembros<sup>653</sup>, por ello, como se ha visto, es también un instrumento de garantía del principio de primacía del Derecho europeo, una herramienta de caución en manos de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros<sup>654</sup>, que a través del rol jugado

---

<sup>649</sup> Así lo expresó el TJ en el Asunto *Hoffmann-La Roche, C-107/76* (1997), párrafo 5, según el cual el propósito del artículo 234 TCE es «to ensure that Community law is interpreted and applied in a uniform manner in all the Member States» y de este modo «the particular objective of the third paragraph is to prevent a body of national case law not in accord with the rules of Community law from coming into existence in any Member States».

<sup>650</sup> CRAIG, P., DE BURCA, G., *EU Law. Texts, cases and materials*, OUP, Oxford, 2008, segunda edición, p. 461.

<sup>651</sup> Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario han sido proclamados de forma pretoriana por el TJ a través del procedimiento del reenvío prejudicial, estos son en particular el efecto directo y la primacía, infraestructura del ordenamiento comunitario. Esta última, apoyada en el procedimiento de la cuestión al TJ deja a su vez abierta la existencia actual y futura a otros caracteres. Ver en este sentido VALLE GÁLVEZ, A., “La especificidad del ordenamiento comunitario (comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo)”, *Revista de Instituciones europeas*, Vol. 20, num. 1, 1993, pp. 155-194.

<sup>652</sup> LECOURT, P., “Le rôle inificateur du juge dans la communauté”, AA.VV., *Etudes de Droits des Communautés Européennes* (mélange offerts à Pierre-Henri Teitgen, Paris Pedone, 1984).

<sup>653</sup> Párrafo 11 del asunto *CILFIT, C- 283/81 Srl. CILFIT and Lanificio di Gavardo Spa. V. Ministry of Health* (1982).

<sup>654</sup> La denominación “órgano jurisdiccional” ha sido muy discutida en doctrina por su amplitud, para el TJ los órganos que pueden plantear una cuestión prejudicial deben ser cuerpos establecidos por Derecho, permanentes, de jurisdicción obligatoria, regidos por un procedimiento interpartes, en aplicación de un ordenamiento de Derecho (*rule of law*) e independientes. *C-246/80 C-Broekmeulen v. Huisarts Registratie Commissie* (1981). La apertura obviamente hace

por el TJ permite la integración de ordenamientos en el momento concreto de su aplicación.

El monopolio del TJ en el discernimiento de la interpretación y legitimidad de las disposiciones europeas encuentra en la cuestión prejudicial su desarrollo procesal y en el imperativo de uniformidad su apología. Pero la cuestión prejudicial, además de ser un instrumento de uniformidad en la aplicación del Derecho mediante su interpretación, también permite juzgar, indirectamente, la compatibilidad del Derecho europeo derivado con los Tratados y hacer posible la unidad del ordenamiento europeo mediante la cuestión prejudicial de validez de los actos adoptados por las Instituciones. La exigencia existencial de unidad del ordenamiento europeo impone, además, el cargo del desarrollo jurisprudencial del Derecho comunitario por parte del TJ que, en aras de la plenitud y coherencia del sistema jurídico comunitario, adjetivos necesarios para su unidad, no sólo interpreta y prejuzga la validez del Derecho europeo, sino que también se ve obligado a colmar las lagunas que padezca tal sistema<sup>655</sup>, cumpliendo así, a través de este incidente procesal, una función cuasi-legislativa<sup>656</sup>.

En conclusión, podría decirse que el planteamiento de cuestiones prejudiciales de interpretación o validez por el juez nacional al TJ cumple varias funciones de enorme trascendencia, no sólo para la resolución del caso concreto en manos del juez nacional, sino para el propio funcionamiento del Derecho Europeo y su integración en los ordenamientos nacionales.

Primero, permite la eficacia uniforme de sus disposiciones a través de la determinación de su interpretación y alcance. Tiene por finalidad garantizar al Derecho comunitario en cualquier situación o circunstancia el mismo efecto en todos los Estados miembros de la Comunidad, otorgando al juez nacional un medio para eliminar las dificultades que pueda plantear la exigencia de dar al Derecho

---

referencia a órganos de diversas culturas jurídicas que no pudiesen verse comprendidos en el término «juez», o «tribunal» como por ejemplo *The House of Lords* cuando actúa como órgano jurisdiccional supremo, y cuyos reenvíos al TJ han facilitado su integración con la cultura jurídica continental. Ver también CRAIG, P., DE BURCA, G., *EU Law. Texts, cases and materials*, op. cit.

<sup>655</sup> AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*, Op. Cit. p. 112. El autor distingue cuatro utilidades diversas y convergentes en la cuestión prejudicial. En primer lugar como garantía de la unidad del ordenamiento comunitario, en segundo lugar como garantía de los derechos comunitarios, coadyuvando a la tutela judicial que concede el juez nacional («*el juez nacional, inmerso en una relación de cooperación y no de jerarquía con el TJ, ha contribuido a la eficacia del derecho comunitario*»p.113), en tercer lugar garantiza la eficacia del derecho comunitario, unida a la tutela ordinaria del derecho comunitario llevada a cabo por los jueces ordinarios; y en cuarto lugar, distinguiendo la cuestión prejudicial de validez, como garantía de los derechos fundamentales.

<sup>656</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, “Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea” *Op. Cit.* Junto a la función constituyente y jurisdiccional el TJ se ve también llamado a cumplir una función legislativa que va «más allá» de la satisfacción de las lagunas.

comunitario su pleno efecto en el marco de los respectivos sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros<sup>657</sup>.

Segundo, es funcional a la unidad del Derecho europeo en tanto que ordenamiento jurídico. Concede unidad al ordenamiento europeo a través de la resolución de cuestiones sobre la legitimidad del Derecho derivado, concediendo coherencia al ordenamiento europeo y permitiendo la depuración formal de la legislación nacional y comunitaria<sup>658</sup>.

Tercero, permite al TJ observar las posibles lagunas del sistema mediante la interpretación cumpliendo una función de compleción del ordenamiento europeo.

Y en cuarto lugar, en relación con lo expuesto anteriormente y como se pretende mostrar ahora, es también un instrumento de garantía de los derechos de los particulares frente a los poderes públicos de los Estados<sup>659</sup>, funciona como procedimiento de protección jurídica y judicial proporcionando a los justiciables una protección efectiva de los derechos e intereses que les reconoce el ordenamiento jurídico de la Comunidad, ofreciéndoles la posibilidad de someter sus litigios frente a los poderes públicos nacionales al examen del Tribunal de Justicia<sup>660</sup>.

El procedimiento de reenvío prejudicial se encuentra en el artículo 19.3.b) del TUE y en el artículo 267 TFUE. Conforme a la primera disposición el “Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados: (...) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones”. La cuestión prejudicial se configura en el TUE como un incidente procesal destinado a resolver las dudas sobre la interpretación o la validez del Derecho

---

<sup>657</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario de derecho común. Las transformaciones dimanantes de ello”, Op. Cit., pp. 115 y ss.

<sup>658</sup> Ver AZPITARTE SÁNCHEZ, M., El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado, op. Cit., pp. 112-113. La cuestión prejudicial es también un poder de revisión extraordinario de la actuación de los jueces, algo que será expuesto más abajo. Ver Vg. el Asunto Khüne, STJ de 13 de enero de 2004, C- 453/00.

<sup>659</sup> Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado” op. Cit., pp. 112-113.

<sup>660</sup> Ver PESCATORE, “The doctrine of «Direct effect»: An infant Disease of Community Law”, European Law Review, 1983, p. 155-164. Se hace imprescindible referirse a la Nota del *Directorate General of internal policies of the Union, Policy Department: Citizen’s Right and Constitutional affairs unit*, respecto de “The relation between national courts and the European Court of Justice in the European Union Judicial system. Preliminary Rulings regimens according to articles 234 EC, 68 EC, 35 EU” de Febrero de 2007 (PE 378.291, Background note solicitada por el Comité de Asuntos jurídicos del Parlamento Europeo), según el cual, la primacía, en el ámbito jurisdiccional se encasilla en la obligación del juez nacional de “conservar” el Derecho europeo cuando se contraponga con el Derecho nacional en un caso concreto. Se apoya en la cuestión prejudicial. Las funciones de la cuestión prejudicial son, desde esta perspectiva, tres según el Directorate: asegurar la uniformidad aplicativa mediante la cuestión de interpretación, asegurar la unidad del ordenamiento europeo y la coherencia del sistema jurisdiccional mediante la cuestión de validez surgida de disputas nacionales, y tercero, y más importante “it facilitates an acces to justice by making clear that Community law is to be applied not only by the ECJ but first at national courts level, thus enabling citizens to enforce their community Rights in national jurisdictions”. Ver p. 12.

comunitario a aquellos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a los que se les plantee cualquier duda sobre una disposición europea con ocasión de su aplicación. Si se plantea una duda al juez o tribunal nacional, éste puede suspender el procedimiento jurisdiccional y elevar una cuestión al TJ sobre la interpretación del Derecho europeo. Conforme al segundo apartado del artículo 267 TFUE, este procedimiento de consulta es principalmente voluntario. Se trata de una herramienta de ayuda para los órganos jurisdiccionales estatales. Sin embargo, conforme al apartado tercero del art. 267 TFUE, el reenvío prejudicial se convierte en una obligación para aquellos órganos jurisdiccionales nacionales que deban aplicar Derecho comunitario a los que se plantee una duda y “cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno”. La razón que la obligación de este último apartado impone a los tribunales superiores es, debido a que las decisiones de estos órganos no son susceptibles de revisión posterior, prevenir la formación de cuerpos doctrinales contrarios a Derecho europeo y facilitar la unidad y coherencia del sistema<sup>661</sup>.

En este sentido el papel que desarrolla el TJ a través de la cuestión prejudicial se encuentra condicionado por el planteamiento del juez nacional. No sólo por el margen de discrecionalidad que permite al juez nacional para reenviar la cuestión en determinados casos, sino también porque el TJ sólo es competente para pronunciarse sobre la interpretación o la validez de una norma comunitaria a partir de los hechos que le proporcione el órgano jurisdiccional nacional, no le corresponde ni aplicar el Derecho comunitario al litigio principal ni apreciar los hechos del asunto principal<sup>662</sup>. Su valor reside en que es precisamente una cuestión iniciada por un juez nacional, que debe ser respondida por el TJ, y cuya respuesta retorna al juez nacional para que en base a ella pueda concluirse el procedimiento en sede nacional. Es un procedimiento que se ha presentado por la doctrina como un diálogo entre tribunales que construye e integra a dos ordenamientos mediante la aplicación judicial. Un procedimiento que trata de integrar dos realidades jurídicas diversas, trata de integrar el pluralismo jurídico en el momento de la aplicación del Derecho europeo por el juez nacional<sup>663</sup>.

## B) Cuestión prejudicial como instrumento de Cooperación entre tribunales.

Las Instituciones políticas de la Unión Europea han presentado la cuestión prejudicial como un procedimiento básicamente horizontal:

---

<sup>661</sup> «The rationale for the duty to refer in art. 234 (3) is to prevent a body of national case law that is not in accordance with the EU law from being established in any member state», C-393/98 *Ministero Pubblico and Gomes Valente v. Fazenda Publica* (2001), FJ. 17.

<sup>662</sup> Ver respectivamente SSTJ de 2 de junio de 1994, asunto *AC-ATEL Electronics*, C-30/93; 10 de julio de 1980, asunto *Giry y Guerlain*, C.253/78, 1 y 3/79. Por todas STJ 9 de septiembre de 2003, asunto *Consorzio Industrie Fiamiferi*, C- 198/01, FJ 62.

<sup>663</sup> Me remito de ahora en adelante, para todo este capítulo a KILPATRICK, C., “The Future of remedies in Europe”, en la obra colectiva del mismo nombre de KILPATRICK, C., NOVITZ, T., SKIDMORE, P., Hart, Oxford/Portland Oregon, 2000, pp. 1 y ss.

«La relación entre los tribunales nacionales y el TJ no es jerárquica. El sistema de la cuestión prejudicial se ha basado enteramente en la cooperación y el diálogo entre cortes nacionales y TJ, que no es una corte de apelación sino, más bien, un “tribunal especial” que delibera sólo cuando es requerido para ello. La referencia a través de la cuestión prejudicial es, en esencia, un diálogo entre el tribunal nacional que dirime “la acción principal”, que es el único tribunal plenamente conocedor del asunto, y el tribunal comunitario – el TJ – que es el único capaz de asegurar una interpretación uniforme del Derecho comunitario»<sup>664</sup>.

En principio, la cuestión prejudicial es un instrumento de cooperación entre tribunales que supone una división de funciones entre órganos jurisdiccionales en interés de la interpretación y aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros<sup>665</sup>. Tal división de funciones permite el llamado diálogo jurisdiccional, expresión del pluralismo de ordenamientos jurídicos en la UE, ordenamientos con fundamentos de validez diversos que tratan de integrarse mediante la aplicación por los poderes públicos o el “enforcement” judicial. Sin embargo, y esto es lo que nos interesa destacar desde la perspectiva de esta tesis, la naturaleza de la cuestión prejudicial ha permitido esbozar, desde planteamientos político constitucionales, una dualidad en la estructura jurisdiccional europea que oscila entre el sistema de cooperación judicial inicial y posibles planteamientos jurisdiccionales cuasi federalistas<sup>666</sup>.

Verdaderamente se encuentran no pocas cuestiones prejudiciales planteadas por jueces nacionales que se inspiran en un verdadero ánimo de cooperación y división del trabajo, modelo con el que los tribunales conciben al TJ como un tribunal especializado en que buscar apoyo para resolver los llamados «hard cases», modelo que atendiendo al espíritu del Tratado y del artículo 267 TFUE es el que más se ajusta al Derecho positivo<sup>667</sup>. Sin embargo, en la práctica el reenvío prejudicial no siempre se inspira en tal cooperación. El propio ánimo que lleva a los tribunales nacionales al planteamiento de la cuestión prejudicial se puede ver condicionado por las diferentes posturas que se tomen ante la integración, llegando a hacerse usos interesados del

---

<sup>664</sup> Nota requerida por el Comité de Asuntos jurídicos del Parlamento Europeo y realizado por la Unidad de Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales de febrero de 2007. PE 378.29,

<sup>665</sup> Asunto C- 244/80, *Foglia c. Novello (nº2)* (1982). Ver también acerca de la separación de funciones Asunto C-30/93, *AC-ACTEL Electronics Vertriebs (1994)*, párrafo 16.

<sup>666</sup> Por todos, citamos el planteamiento de la cuestión de POIARES MADURO, M., que se pregunta si el diálogo de los diferentes actores sociales y jurídicos europeos «¿está relacionado con una forma de pluralismo jurídico sobre el cual ha de basarse el ordenamiento jurídico europeo? o ¿debe este ordenamiento sujetarse a una organización jerárquica que garantice bien al TJ bien a los tribunales nacionales el papel de autoridad última?» en “Las formas del poder constituyente en Europa”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 119, 2003, p. 34.

<sup>667</sup> «The cooperation of national courts is a *sine qua non* for the success of the preliminary reference procedure and, consequently, the very development of the Community legal order. As a matter of fact, legal integration and the implementation of ECJ case law also rely on the willingness of national courts to refer cases to the ECJ» Informe del *Directorate general Internal Policies of the Union* requerido por el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, de febrero de 2007, PE 378.29.

artículo 267 TFUE<sup>668</sup>. Así, por ejemplo, se han observado determinados usos de la cuestión prejudicial que la configuran como una estrategia de poder frente a otros poderes internos, ocasiones en las que el juez nacional invoca al TJ para legitimar su ejercicio de poder en el contexto doméstico, por ejemplo, para arrogarse el control de la legislación nacional frente a tribunales superiores internos<sup>669</sup>. En otros casos parece que los tribunales, al decidir sobre el reenvío de la cuestión, tratan de proteger el interés nacional, influenciándose según el entorno político, y observando más a las instancias políticas que al TJ para guiarse<sup>670</sup>. En ocasiones, incluso, se han observado situaciones en las que los tribunales internos parecen librar batallas jurídicas entre sí utilizando al TJ como forma de legitimar sus decisiones, este es el caso, por ejemplo, del TS español que en la mayoría de sus salas parece renunciar a la cooperación con el TJ en la aplicación del Derecho europeo considerando que éste afecta a su posición de preeminencia en el sistema jurisdiccional propio. En estas situaciones, podría decirse que el TS trata de impedir una concepción del instrumento prejudicial como un procedimiento «cuasi federal» de revisión de las decisiones de los tribunales nacionales<sup>671</sup>.

Estas situaciones en las que se olvida la base dialéctica y cooperativa del procedimiento no suponen una cuestión trivial o de simples matices prácticos, puesto que, como dijimos — y el propio TC comprende—, la decisión del planteamiento de la misma corre por exclusiva cuenta del juez o tribunal nacional. Es competencia del tribunal nacional evaluar la relevancia de la disposición comunitaria en la disputa planteada ante él, puesto que sólo él tiene directo conocimiento de los hechos del caso<sup>672</sup> y es quien debe cargar con la subsiguiente decisión judicial. Por ello, en principio, el juez nacional decide discrecionalmente si debe o no plantear la referencia

---

<sup>668</sup> Los modelos que a continuación se indican son fruto de la investigación realizada por RAMOS ROMEU con una muestra completa de las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles en el periodo de tiempo desde la adhesión del Estado Español a las CC.EE (1986) hasta el año 2000 inclusive. Ver RAMOS ROMEU, F., “Law and politics in the application of EC law: Spanish Courts and the ECJ 1986-2000”, CMLR, n. 43, 2003, pp.395-421. En un sentido similar v. ALTERN, K., *Establishing the supremacy of the European Law*, OUP, Oxford, 2001, pp. 39 y ss.

<sup>669</sup> Ver la STJ de 16 de enero de 1974, asunto *Rheinmühlen-Düsseldorf*, C-166/73. En este sentido ver las Conclusiones del AG Cruz Villalón de 10 de junio de 2010, en el asunto *Elchinov*, C- 173/09. Es el caso de la versión neo- funcionalista de la cuestión prejudicial, RAMOS ROMEU, V., *cit.* y ALTERN, K., *cit.* Ver también SARMIENTO, D., “Las interpretaciones estratégicas del derecho comunitario y la crisis de la doctrina del acto claro”, [www.danielsarmiento.es/pdf/interpretaciones\\_estrategicas.pdf](http://www.danielsarmiento.es/pdf/interpretaciones_estrategicas.pdf), última consulta 13 de octubre de 2008.

<sup>670</sup> Este modelo es llamado por RAMOS ROMEU «modelo realista», “*law and politics...*”. *Op. Cit.* Ya en los años 80 la doctrina española identificaba los problemas derivados de la actitud del juez nacional frente a la cuestión prejudicial, así PELÁEZ MARÓN consideraba que “nada garantiza que dicho organismo identifique sus propios intereses con los de la Comunidad” en ID, “Ámbito de la apreciación prejudicial de validez de los actos comunitarios”, *Revista de las instituciones europeas*, 1985, p. 758.

<sup>671</sup> Este modelo es llamado «intercourts competition» RAMOS ROMEU, “*law and politics...*”. *Op. Cit.* Ver con más profundidad y centrado en la relación entre el TS español y el TJ a SARMIENTO, D., “La Cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo”, en prensa. Ver también ID, “De Gorriones y jueces: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006”, en [http://www.danielsarmiento.es/pdf/gorriones\\_jueces.pdf](http://www.danielsarmiento.es/pdf/gorriones_jueces.pdf), última consulta 14 de octubre de 2008. En ambos trabajos se ponen de manifiesto datos alarmantes, como que el TS desde 1986 ha planteado (hasta la última actualización del trabajo a noviembre de 2006) un total de 17 cuestiones prejudiciales de las cuales 15 fueron enviadas por la sala Tercera de lo Contencioso administrativo, un número bajísimo si se compara con otros Estados.

<sup>672</sup> Asunto C-186/90, *Durighello c. INPS* (1991) , párrafo 8

prejudicial<sup>673</sup>, e incluso cuando el planteamiento de la cuestión es un imperativo (apartado tercero del art. 267) corresponde exclusivamente al juez nacional determinar el contenido y relevancia de la pregunta planteada<sup>674</sup>. La decisión de plantear o no la cuestión y los términos de la misma pueden, por sí mismos, condicionar la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo y quebrar la importante función del reenvío prejudicial y del TJ.

Atendiendo al capítulo 4 de esta tesis, debe recordarse que el propio TC español ha dualizado el procedimiento jurisdiccional separando ámbitos de competencia. Esta es una actitud que, como hemos dicho, en sí misma rompe con la base de cooperación y diálogo de la cuestión prejudicial. No es de extrañar entonces que el juez nacional instrumentalice la herramienta prejudicial conforme a sus propios criterios.

Bien es verdad que el mecanismo prejudicial (como elemento de cooperación y diálogo) no se ha visto sólo degradado por la actitud del juez ordinario. También el TJ ha cambiado en determinados momentos su criterio sobre la naturaleza de la relación con los jueces nacionales. Por su parte es competencia del TJ, en una perspectiva de diálogo y partiendo de la enunciación de las cuestiones planteadas por el juez nacional, dar la información suficiente para la interpretación de la disposición europea y para permitir al juez o tribunal nacional resolver el caso<sup>675</sup>. De hecho el TJ está obligado a dar una respuesta cuando la cuestión versa sobre la interpretación del Derecho europeo<sup>676</sup>, pero su respuesta debe basarse<sup>676</sup> en la interpretación del Derecho europeo y no en su aplicación en el ordenamiento nacional, asunto que concierne en exclusiva al juez nacional.

Como decimos, en un primer momento el TJ asumió su competencia dentro del sistema prejudicial, y demostró una buena disposición para resolver las cuestiones planteadas basándose en la cooperación y la delimitación de funciones con los jueces nacionales, en este sentido estableció unos criterios iniciales de planteamiento muy flexibles que favorecerían su admisibilidad desde una visión no jerárquica de tales relaciones<sup>677</sup>. No obstante pronto comenzó a cambiar su actitud<sup>678</sup>. El TJ

---

<sup>673</sup> Asunto C-348/89, *Mecanartec. Chefe do serviço da Conferência Final da Alfândega* (1991), párrafo 47. En esta decisión se dirime principalmente sobre la discrecionalidad del tribunal nacional para decidir en qué momento exacto del procedimiento es más adecuado el planteamiento de la cuestión.

<sup>674</sup> Asuntos acumulados C- 297/88 y C- 197/89, *Dzodzi c. Estado Belga* (1990)

<sup>675</sup> Asuntos acumulados C- 332 etc. /92, *Eurico Italia* (1994), párrafo 19

<sup>676</sup> Ver por ejemplo el asunto C- 83/91, *Meilicke c. Meyer* (1992), párrafo 24. Sin embargo debemos tener en cuenta el Asunto C- 104/79, *Foglia c. Novello* (1980), donde el TJ consideró que no tenía jurisdicción para pronunciarse sobre la cuestión interpretativa referida

<sup>677</sup> «El Tribunal de Justicia aceptó todas las demandas concebibles de los tribunales nacionales y propició una amplia participación» creando un «patrón de refuerzo positivo en los tribunales nacionales en busca de decisiones prejudiciales», VOLCANSEK, M. L., *Judicial Politics in Europe*, Lang, New York, 1986, p. 265

<sup>678</sup> Las fases que a continuación se describen son fruto del trabajo BARNARD, C., SHARPSTON, E., “The changing face of article 177 references, CMLR, n. 34, 1997, pp. 1113-1171. La flexibilidad de las formas de planteamiento se observan en el Asunto *Da Costa en Schaake c. Kingdom of the Netherlands*, C- 28/62, (1963), en el que se derogaba la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial cuando hubiese existido otra decisión «materialmente idéntica», pero no obstante, el TJ observa que el tribunal puede volver a plantearla si lo considera

comenzó a limitar los criterios y la libertad del juez para decidir la necesidad de un planteamiento y una respuesta para la resolución del caso, dando lugar a una jurisprudencia creativa<sup>679</sup> que nivelase la separación de funciones jurisdiccionales propias de un sistema judicial cooperativo, tratando así de reforzar la efectividad del Derecho europeo y su aplicación e interpretación uniforme en todos los Estados miembros frente a la enorme discrecionalidad del juez. En unas ocasiones reescribió por su cuenta las cuestiones planteadas<sup>680</sup>, como en la famosa saga de sentencias del *Sunday Trading*<sup>681</sup> donde el TJ renunció a pronunciarse sobre el Derecho comunitario, y en lugar de interpretar o discernir la validez de las disposiciones planteadas por el juez nacional, buscó por su cuenta en el proceso nacional los hechos suplementarios adecuados para proporcionar una estructura y conjunto de interpretaciones, invitando al tribunal nacional a elegir la más apropiada para el caso concreto<sup>682</sup>. Otras veces el TJ directamente renuncia a pronunciar ningún tipo de respuesta al considerar erróneo el planteamiento del juez que empuja al reenvío prejudicial<sup>683</sup>. En estos casos, por un lado, incrementa los requisitos para el planteamiento de la cuestión prejudicial negando su propia competencia o la idoneidad de los elementos planteados para decidir en determinados casos, controlando las condiciones en las que se realiza el planteamiento<sup>684</sup>; por otro lado, el TJ abre una nueva vía de pronunciamientos donde

---

oportuno. También en la famosa sentencia *Costa c. ENEL*, el TJ se reservaba el poder de extraer de las cuestiones imperfectamente formuladas por el tribunal nacional que por sí solas se refiriesen a la interpretación del Tratado. Recordemos la labor del TJ como fundador de la infraestructura de la supraestatalidad en estos primeros años.

<sup>679</sup> Como alega KOMÁREK, la función *de facto* que cumple el TJ como Tribunal Supremo del sistema jurisdiccional comunitario, como fuente de integración judicial europea, en defensa de la unidad del ordenamiento comunitario, colisiona con el débil posicionamiento institucional que formalmente tiene. KOMÁREK, J., “Federal elements in the community legal system: building coherence in the community legal order”, CMLR, n. 42, 2005, p. 9. Sus sentencias tienen una eficacia jurídica que no ha quedado definida en los Tratados, y no se sitúa claramente en la cúspide del sistema jurisdiccional. Si a ello añadimos la interrelación con los órganos jurisdiccionales nacionales en cooperación que obligan a definir y separar funciones, el papel del TJ como uniformador de la interpretación y aplicación del Derecho europeo se ve debilitado y las inconsistencias en la aplicación del Derecho a que da lugar ponen en peligro la propia naturaleza de la UE. Por ello el TJ ha producido una «jurisprudencia creativa» que juegue con todos los elementos con los que se encuentra en su función integradora de Derecho

<sup>680</sup> Por ejemplo en el asunto *Jenkins c. Kingsgate*, C-96/80 (1981), donde el TJ condensa y pliega las tres cuestiones planteadas en una sola al entenderlas la misma cuestión, o más recientemente los asuntos acumulados C-171/94, 172/94, *Merks and Neuhuys c. Ford Motors* (1996), donde el TJ responde a una pregunta no planteada por el tribunal nacional al considerar por sí mismo los hechos en el propio procedimiento y pensando ofrecer una ayuda útil al tribunal nacional.

<sup>681</sup> La primera de ellas fue el asunto C-145/88, *TORFAEN BC c. B & Q*, (1989).

<sup>682</sup> BARNARD, C., SHARPSTON, E., “The changing face of article 177 references”, *Op. cit.* p. 1121. Ver especialmente POIARES MADURO, M., “We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution”, Hart Publishing, Oxford, 1998. En un artículo posterior, ID, “Las formas del poder constituyente en Europa”, *Op. Cit.* p. 27, el autor considera que esta situación contribuyó finalmente a establecer unas pautas finales comunes mediante el diálogo entre tribunales.

<sup>683</sup> Es el caso de los asuntos *Foglia c. Novello (nº1)*, C- 104/79 (1980), ECR 745, donde no responde al considerar que no es competente para pronunciarse en disputas concretas entre la partes, como en este caso donde el litigio principal versaba sobre un contrato de compraventa entre las partes y se le pedía, a través de la interpretación de una disposición concreta (medidas de efecto equivalente) que dirimiese sobre la validez o no de algunas cláusulas del contrato. Posteriormente, daría nuevas indicaciones sobre disputas en las que no tendría jurisdicción para decidir al no plantearse cuestiones genuinas de Derecho comunitario, como cuando la disposición de que se trate no haya sido aun adoptada por el Derecho comunitario, o cuando la interpretación o examen de validez de una disposición europea requerido por el tribunal nacional no guarde relación con la verdadera naturaleza del caso o el objeto del proceso. Ver C- 343/93, *Lourenço Dias*, (1992), párrafo 17, también C- 126/80, *Salonia c. Poidomani and Giglio* (1981), párrafo 6.

<sup>684</sup> Asunto *Pardini*, C 338/85, (1988) ECR 2041, Asunto *Spuc c. Grogan*, C-159/90 (1990), en las que se establece que « a national court or tribunal is not empowered to bring a matter before the Court by way of a reference for a



interviene en asuntos que *a priori* pertenecen al ámbito del derecho interno<sup>685</sup>. Este posicionamiento amplía las funciones del TJ en la cooperación judicial como compensación a las limitaciones formales establecidas sobre el ex –art 177 TCEE<sup>686</sup>.

Con todo ello, el TJ parecía tratar de limitar la afluencia a la vía prejudicial aliviando la inmensa carga de trabajo acumulada por la vía de la cuestión prejudicial pero, al mismo tiempo, trataba de reforzar el control sobre la aplicación uniforme del Derecho comunitario, ampliando el uso de la cuestión prejudicial a circunstancias que parecen vulnerar los límites de la separación de funciones de la naturaleza de la cooperación judicial, seleccionando los pronunciamientos más relevantes. Sea como sea lo que está claro es que la actitud del TJ, en ocasiones, no es aquella de los orígenes de la cuestión prejudicial<sup>687</sup>. Esta actitud choca directamente con la separación de funciones propia del sistema de cooperación judicial, ya que corresponde, en principio, al juez decidir la pertinencia de la cuestión y su contenido. En tales ocasiones puede entenderse que el TJ desarmó la base cooperativa y horizontal del procedimiento usurpando las propias funciones de los tribunales nacionales para determinar la necesidad de la referencia. La doctrina, sin embargo, pudo justificar esta actitud sobre la base de la optimización de los recursos judiciales:

---

preliminary ruling unless a dispute is pending» párrafo 11 *Pardini*. También examinando la naturaleza del órgano que plantea la cuestión para determinar si es un *órgano jurisdiccional de un estado miembro* en los términos del Tratado. Ver asunto *Corbiau c. Administration des Contributions*, C- 24/92, (1993), asunto *Almelo*, C393/92, (1994), asunto *Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft mbH*, C- 54/96, asunto E- 1/94 *Ravintolitsijain*, asunto *Broekmeulen* C-246/80 (1981), asunto *Vaassen*, C – 61/65 (1966). Por último rechazando un pronunciamiento en casos en que no se plantee una disputa genuina, o el asunto planteado sea meramente hipotético, cuando la información sobre el caso en cuestión sea insuficiente así como cuando la cuestión referida no tenga una conexión directa con la disputa procesada ante el juez nacional. Asunto *Meilicke c. Meyer*, C- 83/91 (1992); Asunto *Telemarsicabruzzo*, C- 320,322/90, (1993).

<sup>685</sup> En el asunto *Max Mara*, C- 307/95 (1995) ECR I- 5083, reiteró que sus decisiones serían vinculantes en la extensión de los asuntos de derecho comunitario, limitando su jurisdicción y sus funciones a la interpretación de los Tratados y el derecho derivado prescindiendo de planteamientos sobre la adecuación del derecho nacional al derecho interno siguiendo el sendero marcado por el asunto *Thomasdünger c. Oberfinanzdirektion Frankfurt am Rhein* (1985), en el que sentenció su incompetencia en los casos en los que se le refiriese la interpretación de una disposición europea cuya aplicación se realizase a través de una trasposición interna cuando tal trasposición no hiciese un reenvío expreso a las disposiciones comunitarias ( asunto *Kleinwort Benson Ltd c. City of Glasgow District Council* (1995), pero dejó abierta su competencia argumentando su obligación de interpretar el Derecho cuando fuese requerido para ello en la confianza de que el tribunal nacional determinaría a la luz de los hechos si el juicio prejudicial fuese necesario para la resolución del caso. El asunto *Dzodzi* es el paradigma en el que el TJ amplía su ámbito de influencia en salvaguarda de la uniformidad del Derecho europeo, *Dzodzi c. Belgium State*, C- 297/88, 197/89 (1990), situación en la que se requirió un juicio prejudicial sobre la interpretación del Derecho europeo hecho aplicable a través de una ley belga de 1980. En el procedimiento el Gobierno belga alegó que el TJ no podía ejercer su competencia sobre situaciones meramente internas, a lo que el TJ argumentó que «por el contrario es manifiesto en interés del ordenamiento comunitario que, en orden de prevenir futuras diferencias en la interpretación, a cada disposición de Derecho comunitario le debería ser dada una interpretación uniforme independientemente de las circunstancias en que sean aplicadas» en referencia a la trasposición del Derecho europeo por medio de una ley interna a la que entraba a enjuiciar en relación con el Derecho europeo.

<sup>686</sup> Para SARMIENTO, aunque la articulación del poder judicial de la Unión resulta de una singular combinación de los tres modelos abstractos (horizontal, vertical y cooperativo), el modelo federal es el dominante en la estructura judicial desde el punto de vista del TJ. Ello se puede observar en la doctrina del TJ sobre la cuestión prejudicial en la que se aprecia una ampliación de sus propios márgenes de competencia: capacidad para reformular la pregunta y manipular la concreción de la respuesta, extensión del concepto de órgano jurisdiccional, intervención sobre controversias nacionales (discriminación inversa), control de conformidad del derecho estatal con directiva cuyo plazo de trasposición aun no ha concluido, ver SARMIENTO, D., Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión, Thomson, Civitas y Garrigues, Madrid, 2004.

<sup>687</sup> BARNARD, C., SHARPSTON, E., “The changing face of article 177 references”, *Op. cit.* p. 1122 y ss.

“una pequeña digresión en la cooperación es un mínimo precio a pagar por una mayor optimización de los recursos del TJ” dirían BARNARD y SHARPTON<sup>688</sup>; o como expresó SCHERMERS «tarde o temprano sería requerido algún tipo de control sobre algunas de las preguntas formuladas al TJ si se quería asegurar la viabilidad del sistema»<sup>689</sup>. La palabra clave para tolerar la actitud del TJ parecía ser “sobrecarga de trabajo”.

Partiendo de esta sobrecarga de trabajo, el TJ inaugurará una doctrina casi definitiva en la que establezca los límites de la cooperación judicial tratando de conjugar la discrecionalidad del juez con la uniformidad del Derecho europeo: la doctrina del acto claro. Esta doctrina asumirá la tradición francesa del *acte claire*. En la doctrina del *Acto Claro* se pondrá en la palestra la cuestión de si es obligatorio plantear siempre y en todo caso la cuestión prejudicial cuando se cierna una cuestión de naturaleza europea en sede nacional y, en última instancia, cuándo tal cuestión pueda resolverse por el propio juez nacional. La decisión final es de tal importancia que podría haber transformado a la cuestión prejudicial, como instrumento de naturaleza multilateral y horizontal de cooperación y diálogo entre tribunales pertenecientes a ordenamientos diversos, en un instrumento de naturaleza vertical y bilateral semejable a un recurso ante una instancia jurisdiccional superior, encargada de revisar las decisiones de los jueces nacionales sobre la compatibilidad entre el Derecho doméstico y el europeo<sup>690</sup>.

### C. La cuestión prejudicial de interpretación: el asunto *Cilfit* y la doctrina del acto claro

La instrumentalización por el juez ordinario (y por el TJ) de la cuestión prejudicial pone en peligro la base fundamental del Derecho europeo: su uniformidad aplicativa. Pues desforma el principal instrumento de colaboración entre jueces. Por ello fue una cuestión primordial establecer las bases de la obligación de reenvío del clásico artículo 177 TCEE (234 TCE y actualmente 19.3. b) TUE y 267 TFUE). Como acertadamente consideró Catherine BARNARD «tanto si se acepta sabiamente que la cuestión prejudicial es un instrumento de cooperación judicial entre los tribunales nacionales y el TJ, como si se observa como un instrumento “cuasi-federal” de revisión de la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho europeo, el mecanismo sólo funciona de forma efectiva si las reglas del juego han sido claramente entendidas por ambos<sup>691</sup>».

<sup>688</sup> BARNARD, C., SHARPSTON, E., “The changing face of article 177 references”, Op. cit. p. 1122.

<sup>689</sup> LENAERTS, C., “Preliminary ruling procedure” en CURTIN, HEUKELS (Eds.) *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Kluwer, 1994.

<sup>690</sup> Sobre la transformación de la naturaleza de la cuestión prejudicial desde parámetros horizontales y multilaterales hacia parámetros verticales y bilaterales, que a continuación se apuntará, ver DE BURCA, G., y CRAIG, P., *European Union law: texts and materials*, Oxford University Press, 2008, pp. 460 y ss.

<sup>691</sup> BARNARD, C., y SHARPSTONE, E., “The changing face of article 177 EC...”, *op. cit.*, p. 1108.

Con esta misión se asentaron las bases del procedimiento de reenvío mediante la sentencia de 6 de octubre de 1982 del TJ (C-238/81) del asunto *Srl. Cilfit y Lanificio di Gavardo SpA c. Ministerio de salud italiano*.

Esta sentencia responde a una cuestión prejudicial de interpretación del propio art. 177. 3 (267 párrafo 3º). Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre sociedades importadoras de lana y el Ministerio de Sanidad italiano acerca del pago de un derecho fijo por inspección sanitaria de lanas importadas de países no miembros de la Comunidad. La solución del caso requería de la interpretación de un Reglamento comunitario. A tal efecto se suscita un debate entre los actores jurídicos del proceso en torno a la obligación de la Corte de Casación italiana de plantear la cuestión prejudicial de interpretación del reglamento.

La Corte de Casación es un órgano jurisdiccional de última instancia al que es de aplicación el tercer párrafo del artículo 177 TCEE (art. 267 TFUE): “cuando se plante una cuestión *de este tipo* en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dichos órganos estarán *obligados* a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”. Las cuestiones a las que se refiere el artículo son las que entrañen la necesidad de una interpretación del Derecho europeo, en este caso de un Reglamento. Atendiendo a los Tratados la Corte de Casación italiana estaría, pues, obligada por imperativo comunitario a suspender el procedimiento y plantear la cuestión al TJ para resolver el caso conforme a la interpretación del último. Sin embargo, la cuestión central es que los actores en el procedimiento, como el Ministerio de Sanidad, consideraban que la interpretación del precepto comunitario era “tan evidente” que debía descartarse la posibilidad de concebir una duda interpretativa. Según el Gobierno italiano, la evidencia en la interpretación del Derecho comunitario permitiría excluir la exigencia de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Este argumento se sustenta en el reconocimiento que el TJ había realizado años antes de la doctrina del “acto claro”<sup>692</sup>.

La doctrina del “acte claire” trae origen de una antigua doctrina francesa<sup>693</sup> que fue proyectada sobre el ámbito europeo con la paradigmática sentencia del *Conseil*

---

<sup>692</sup> Este reconocimiento de la doctrina del “acto claro” se apunta en la sentencia *Da Costa*, de la que se habla a continuación. No obstante será años después confirmada en la STJ de 16.07.1974, en el asunto *Rheinmühlen/Einfuhr und Vorratsstelle gertreide*, C-166/73, en la que el TJ había declarado en el FJ 4 párrafo 3º que “Considerando que de estos razonamientos resulta que una norma de Derecho nacional, que vincule a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, no puede privar a aquéllos de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho comunitario al que se refieran tales valoraciones jurídicas; *que la situación sería distinta si las cuestiones formuladas por el órgano jurisdiccional que no resuelve en última instancia fueran materialmente idénticas a las ya planteadas por el órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia*” (la cursiva es mía).

<sup>693</sup> Surgió en una Sentencia de la Cour de Cassation de 13 de mayo de 1824 siendo posteriormente desarrollada por Laferriere en 1896. Se refería al reparto de poderes entre el ejecutivo y el judicial en orden a la interpretación de los Tratados internacionales, estableciéndose que, siendo el ejecutivo el único poder competente para dirigir las relaciones internacionales, los tribunales debían mostrar una gran reserva en lo concerniente a la interpretación de los tratados. Ver

*d'Etat* francés de 19 de junio de 1964<sup>694</sup>. Esta doctrina fue aceptada por el TJ, y trasladada al ámbito del derecho comunitario mediante la Sentencia del TJ de 27 de marzo de 1963 en el asunto *Da Costa*, C-28,30/63, donde el TJ consideró que:

*“si bien el último párrafo del artículo 177 obliga, sin restricción alguna, a los órganos jurisdiccionales nacionales (...) a someter al Tribunal toda cuestión de interpretación planteada ante los mismos, la doctrina interpretativa sentada por este Tribunal en virtud del artículo 177 puede, no obstante, privar a dicha obligación de su causa y vaciarla así de su contenido; que ocurre así, en especial, cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo<sup>695</sup>”.*

Atendiendo a la doctrina del “acto claro” planteada por el Gobierno italiano contra la necesidad de planteamiento de la cuestión prejudicial, las sociedades interesadas en el asunto *Cilfit*, por el contrario, mantenían la imperatividad de la obligación pues «al haberse suscitado una cuestión sobre la interpretación de un Reglamento ante [un] órgano [jurisdiccional] cuyas decisiones no son susceptibles de un recurso judicial de Derecho interno, el mismo no puede dejar de cumplir la obligación de someter la cuestión al Tribunal de Justicia, a tenor del párrafo tercero del artículo 177<sup>696</sup>».

La Corte de Casación italiana, juez de última instancia que conforme al artículo 267 TFUE está obligado a plantear la cuestión prejudicial, decidió acudir al TJ esperando una interpretación sobre el Derecho europeo, pero curiosamente no sobre el Reglamento comunitario, sino sobre “su propia obligación de plantear cuestión prejudicial”, sobre el propio artículo 267 TFUE (177 TCEE por aquel entonces). La pregunta formulada concretamente es:

«El párrafo tercero del artículo 177 del Tratado, que dispone que, cuando se plantee una cuestión de las que enumera el párrafo primero del mismo artículo, 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, ¿establece una obligación de plantear una cuestión prejudicial que no permite al Juez nacional llevar a cabo apreciación alguna acerca del fundamento de la cuestión suscitada, o bien condiciona dicha obligación y, en su caso, dentro de qué límites, a la existencia previa de una duda de interpretación razonable?»

---

en este sentido FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario europeo de Derecho común”, op. Cit., pp. 58 y ss.

<sup>694</sup> La cuestión del “acte claire” fue proyectada sobre el ámbito europeo por primera vez con la sentencia del Conseil d’État francés de 19 de junio de 1964.

<sup>695</sup> Ver Párrafos 4º, 5º y 6º de la STJ de 27.3.1963, C- 28,30/63.

<sup>696</sup> Ver FJ 3 de la STJ 6.10.1982, C-283/81.

El TJ encontrará la ocasión perfecta para asentar definitivamente la doctrina del acto claro y, atendiendo a la utilidad del procedimiento prejudicial<sup>697</sup>, establecer los límites a la misma. Así en primer lugar considerará que la obligación de planteamiento de cuestión prejudicial de interpretación «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 Derecho comunitario, y el Tribunal de Justicia<sup>698</sup>». En este marco de colaboración, y desde la naturaleza cooperativa del procedimiento, el TJ considera que es a dicho órgano jurisdiccional (nacional) al que le corresponde plantear la cuestión, en su caso de oficio, ante el Tribunal de Justicia<sup>699</sup>. Son los órganos jurisdiccionales de última instancia quienes «disponen de la (...) facultad de apreciación (...) acerca de si es necesaria una decisión sobre una cuestión de Derecho comunitario para poder emitir su fallo». Por lo tanto, en tanto que procedimiento de colaboración entre tribunales que depende de la discrecionalidad del juez nacional: «(a)quellos órganos jurisdiccionales no están obligados, por tanto, a remitir una cuestión de interpretación de Derecho comunitario suscitada ante ellos si la cuestión no es pertinente, es decir, en los supuestos en los que la respuesta a dicha cuestión, cualquiera que fuera, no podría tener incidencia alguna en la solución del litigio<sup>700</sup>». En esta situación la remisión por el órgano jurisdiccional nacional, incluso de última instancia, es facultativa.

Sin embargo, entendiendo que la cuestión prejudicial se instituye «con el fin de garantizar la correcta aplicación y la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros», tratando «más en particular, de evitar que se establezcan divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad acerca de cuestiones de Derecho comunitario. El alcance de dicha obligación debe ser apreciado, por tanto, a la luz de esos fines<sup>701</sup>». Por tanto «si dichos órganos estiman que es necesario acudir al Derecho comunitario para llegar a la solución de un litigio del que están conociendo, el artículo 177 les impone la obligación de someter al Tribunal de Justicia toda cuestión de interpretación que se suscite<sup>702</sup>». Se confirma por

---

<sup>697</sup> Tanto en el asunto *Da Costa*, cit., como en el asunto *Rheinmühlen/Einfuhr und Vorratsstelle getreide*, cit., fue claramente establecida la utilidad del procedimiento prejudicial. En este último asunto se estableció, por ejemplo, en sus FF.JJ 2 y 3 que el anterior artículo 177 resultaba “esencial para preservar el carácter comunitario del Derecho instituido por el Tratado, tiene por objeto garantizar que, en cualesquiera circunstancias, este Derecho produzca el mismo efecto en todos los Estados de la Comunidad; que, si bien tiene por objeto evitar divergencias en la interpretación del Derecho comunitario que han de aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales, pretende también garantizar esta aplicación ofreciendo al órgano jurisdiccional nacional un medio para eliminar las dificultades que pueda suscitar la exigencia de dar plenos efectos al Derecho comunitario en el marco de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros; que, por consiguiente, cualquier laguna en el sistema así establecido cuestionaría la eficacia misma de las disposiciones del Tratado y del Derecho comunitario derivado; que desde esta perspectiva deben apreciarse las disposiciones del artículo 177 (...)”.

<sup>698</sup> Ver FJ 7, STJ 6.10.1982, C-283/81.

<sup>699</sup> Cfr. FJ 9, STJ 6.10.1982, C- 283/81.

<sup>700</sup> *Ibidem*.

<sup>701</sup> Ver FJ 7, STJ 6.10.1982, C-283/81.

<sup>702</sup> *Ídem*, FJ 11

tanto la imperatividad del planteamiento cuando la interpretación sea necesaria para la resolución del caso.

Dicho esto, el TJ considerará la posibilidad de que dicha obligación se encuentre limitada<sup>703</sup> y, reenviando al asunto *Da Costa*, afirmará que tiene el mismo efecto que el reenvío prejudicial el que «pued(a) derivar de la jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de Derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas<sup>704</sup>». Por lo tanto, el precedente judicial del TJ puede tener la virtud de limitar la obligación del planteamiento prejudicial de la Corte de Casación italiana cuando, conforme a la jurisprudencia *Da Costa*, la cuestión sea *materialmente idéntica* a otra ya planteada y resuelta por el TJ.

No obstante el TJ no aceptará sin más la doctrina del acto claro. El límite a la obligación de reenvío prejudicial debe encontrar algunos requisitos que derivan de «las características del Derecho comunitario y de las dificultades particulares que presenta su interpretación<sup>705</sup>»:

1. que «la correcta aplicación del Derecho comunitario pued(a) imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada»<sup>706</sup>.

2. que «el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia»<sup>707</sup>.

3. que debe tenerse en cuenta que «los textos de Derecho comunitario están redactados en varias lenguas y que las diversas versiones lingüísticas son auténticas por igual; por tanto, la interpretación de una disposición de Derecho comunitario supone una comparación de las versiones lingüísticas<sup>708</sup>».

4. que «debe observarse a continuación que, incluso en caso de exacta concordancia de las versiones lingüísticas, el Derecho comunitario utiliza una terminología propia<sup>709</sup>», y por lo tanto «cada disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata<sup>710</sup>».

---

<sup>703</sup> Conforme al FJ 12: “La cuestión planteada por la Corte di cassazione trata de dilucidar si, en determinadas circunstancias, la obligación enunciada por el párrafo tercero del artículo 177 puede, no obstante, estar limitada”.

<sup>704</sup> *Idem*, FJ 13.

<sup>705</sup> *Idem*, FJ 17.

<sup>706</sup> *Idem*, FJ 16.

<sup>707</sup> *Ibidem*.

<sup>708</sup> Ver FJ 18, STJ 6.10.1982, C-283/81.

<sup>709</sup> *Idem*, FJ 19.

<sup>710</sup> Ver FJ 20, STJ 6.10.1982, C-283/81

En suma, de la sentencia *Cilfit*, podrían sacarse, *a priori*, algunas conclusiones. Primero, debería examinarse si con esta doctrina el TJ refuerza verdaderamente la naturaleza cooperativa del procedimiento de la cuestión prejudicial, o si por el contrario, los requisitos previos a la consideración del acto claro hacen imposible que el juez no planté la cuestión (I). En segundo lugar, debe examinarse la afirmación de que el juez nacional que conoce del caso decide enteramente sobre el planteamiento prejudicial de oficio, sin que las partes en el proceso tengan la menor importancia en tal decisión (II).

I. Debe entenderse que el TJ trata de consagrar el procedimiento prejudicial del artículo 267 TFUE desde una vertiente cooperativa, como una herramienta de colaboración. Al aceptar la doctrina del acto claro verdaderamente otorga una mayor discrecionalidad al juez nacional configurándolo como un auténtico juez comunitario que puede hacer uso de la cuestión prejudicial de manera facultativa en situaciones en las que la respuesta no sea esencial en la resolución del caso, y cuando sí lo sea, la obligación del planteamiento se limitará a aquellas situaciones en las que no existe un precedente jurisprudencial del TJ que pueda ser aplicado directamente por el juez nacional<sup>711</sup>, y no a aquellas otras en las que la solución al caso —la interpretación de la norma europea— sea evidente.

El límite a la obligación del párrafo tercero del artículo 267 TFUE, aun cuando no fue aceptado de manera unánime ni por el Abogado General presente en el asunto, ni por el propio TJ<sup>712</sup>, podría traer causa del intento del TJ por liberarse de la enorme carga de trabajo acumulada<sup>713</sup>. Sin embargo, la estrategia de la doctrina del acto claro, como configuración de un auténtico instrumento de colaboración horizontal entre tribunales, no parece terminar de cuajar. Como la doctrina ha señalado, los resultados de la jurisprudencia *Cilfit* han sido contraproducentes pues puede decirse con FERNÁNDEZ SEGADO que «la realidad revela que bajo la doctrina del acto claro se esconde un problema que atañe a la eficacia del Derecho comunitario (...) los órganos jurisdiccionales han utilizado esta doctrina con un fin diverso: resolver de manera unilateral, en beneficio de los Estados miembros, discusiones sobre el alcance de sus compromisos [europeos]<sup>714</sup>». Ciertamente, la doctrina *Cilfit* no ha evitado el uso en conveniencia del procedimiento prejudicial.

---

<sup>711</sup> Como ha dicho SARMIENTO: «*Cilfit* supone un gesto de distensión y complicidad con los Tribunales nacionales. De forma expresa, el Tribunal pretendió dar un margen de actuación a los Tribunales nacionales, entendiendo que tras casi treinta años de aplicación judicial del Derecho comunitario, la obligación del artículo 234 TCE merecía alguna que otra excepción». Ver SARMIENTO, D., “Las interpretaciones estratégicas del Derecho comunitario y la doctrina del acto claro”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 9, 2006.

<sup>712</sup> En este sentido, ver de nuevo SARMIENTO, D., “Las interpretaciones estratégicas del Derecho comunitario y la doctrina del acto claro”, *op. cit.*

<sup>713</sup> El propio Abogado General Capotorti, en las Conclusiones presentadas en el asunto *Cilfit* el 13 de julio de 1982, en su párrafo 6º aceptará que la sobrecarga de trabajo del TJ producida por los reenvíos prejudiciales es una de los pocos argumentos asumibles por los partidarios de la aceptación del Acto claro.

<sup>714</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario europeo de Derecho común. Las transformaciones dimanantes de ello”, *Cuestiones constitucionales*, n. 13, 2005, pp. 58 y ss. Entre otros, señalamos entre la doctrina que acoge esta idea a BARNARD, C., y SHARPSTONE, E., “The changing face of article 177 EC...”, *op. cit.*;

Además, debe señalarse que la sentencia comentada ha podido tener, incluso, un efecto contrario al pretendido. Si de una lectura literal de la misma se desprende una configuración de la cuestión prejudicial como herramienta de colaboración y procedimiento de diálogo ajeno a cualquier estructuración de las relaciones entre tribunales en términos jerárquicos, no falta doctrina que considere que el TJ, mediante la confirmación de la doctrina del acto claro, se ha atribuido mayor poder que a sus colegas nacionales<sup>715</sup>. Efectivamente, con la sentencia *Cilfit* se asienta, por un lado, el valor definitivo de las decisiones del TJ como precedente judicial, con todo lo que ello supone desde las características propias del “*precedent*” típico de la familia jurídica del Common Law<sup>716</sup> respecto de los jueces nacionales. Por otro lado, las condiciones “leoninas<sup>717</sup>” que deben cumplir los jueces nacionales, para asegurarse de que la interpretación del Derecho europeo que tienen por cierta se muestra de forma tan “evidente” que pueden prescindir de la obligación del planteamiento prejudicial, son prácticamente insalvables. No basta con que el juez nacional se someta al precedente judicial establecido por el TJ, sino que además, como ha señalado RUIZ JARABO, exigen que el juez nacional emprenda «un estudio empírico de los ordenamientos jurídicos de los otros veinticuatro Estados miembros para lograr el convencimiento psicológico de que todos y cada uno de sus homólogos confirmarían la correcta aplicación de la norma europea<sup>718</sup>», estudio empírico que necesitaría de la

---

SARMIENTO, D., “Las interpretaciones estratégicas del Derecho comunitario y la doctrina del acto claro”, *op. cit.*; LENAERTS, K., “Form and Substance of the Preliminary Rulings Procedure”, en CURTIN, D. Y HEUKELS, T. (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, La Haya, 1994*; y RUIZ-JARABO COLOMER, D., “La cooperación entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales. Límites del procedimiento prejudicial”, AA.VV, *Scritti in onore di G.F. Mancini, Milán, 1998*. BAQUERO CRUZ, J., “De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión”, REDE, núm. 13, 2005.

<sup>715</sup> Se puede hablar por ejemplo de MANCINI, G. F., y KEELING, D. T., “From CILFIT to ERT: the constitutional challenge facing the European Court”, 4BEL, 1991, consideran que la jurisprudencia CILFIT es una estrategia por parte del TJ de “give and take” pp. 1-10. También ARNULL, A., “The use and abuse of article 177”, CMLR, 52, 1989, pp. 622-626.

<sup>716</sup> Así lo señala RASMUSSEN, que considera que la autoridad del TJ se ve incrementada al establecerse de forma generalizada el valor de precedente de la jurisprudencia del TJ. Ver RASMUSSEN, H., “The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T.; Or, Acte Clair, of Course! But What Does it Mean?”, *European Law Review*, n. 10, 1984, p. 252. Ciertamente, el valor del precedente de las sentencias judiciales, como creación propia del sistema jurídico de la familia del Common law, situaría al TJ en una posición parangonable a la de un legislador judicial. Sobre la naturaleza del precedente ver DUXBURY, N., *The nature and authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, espec., pp. 37 y ss; y pp. 122 y ss; Sobre el acercamiento del sistema europeo hacia parámetros propios del Common law ver ÖHLINGER, T., “La influencia del Derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de «americanización» del Derecho europeo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, pp. 361 y ss. Sobre la actitud del TJ como un cuasi-legislador, o incluso como un sustituto del constituyente ver BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, *op. cit.*

<sup>717</sup> Así se expresa SARMIENTO, D., “Las interpretaciones estratégicas del Derecho comunitario y la doctrina del acto claro”, *op. Cit.*

<sup>718</sup> Así se expreso RUIZ- JARABO COLOMER en las Conclusiones del asunto *Gaston Schul*, C-461/03, presentadas el 30 de junio de 2005: “Además, la sentencia advirtió de las exigencias interpretativas inherentes a la naturaleza propia del Derecho comunitario, ya que: por un lado, utiliza términos y conceptos autónomos, que no siempre coinciden con los equivalentes en los sistemas nacionales; por otro lado, cada disposición ha de situarse en su contexto y entenderse a la luz del conjunto normativo en el que se inserta, de su finalidad y de su grado de evolución. La sentencia CILFIT llamó la atención asimismo sobre el carácter plurilingüístico del Derecho comunitario, redactado en diferentes idiomas, actualmente en veinte, con el expreso reconocimiento de autenticidad a todas las versiones. En suma, el test



confrontación lingüística de las 27 traducciones oficiales de la jurisprudencia y los textos normativos de la UE. Unas condiciones, que como el propio Abogado General ha señalado son “disparatadas”.

Siendo estrictos, y con la ventaja del paso del tiempo, debería decirse que mediante la jurisprudencia *Cilfit* ni se ha configurado una colaboración leal entre tribunales, ni se ha conseguido que los tribunales nacionales puedan ser controlados cuando no plantean la cuestión prejudicial. Todo lo contrario, podría decirse que la articulación de las relaciones entre jueces nacionales y TJ encuentran nuevos, y más complejos, puntos de tensión<sup>719</sup>.

II. Por otro lado, si debiera considerarse que la intención del TJ era conceder el monopolio de la decisión del planteamiento de la cuestión prejudicial a los jueces nacionales, distanciándose de una posible configuración jerárquica de las relaciones entre los tribunales nacionales y el TJ; debe observarse qué consecuencias pueden derivar para la participación de las partes en el proceso en tal decisión, puesto que en el asunto *Cilfit* las partes alegan que sería necesario el planteamiento. Así, en esta sentencia, se configura a la cuestión prejudicial como un procedimiento de cooperación bilateral y horizontal. Esto es, como un modelo de diálogo entre tribunales, de participación abierta entre tribunales que no quedan vinculados por razones de jerarquía, sino más bien de leal colaboración. Por ello el TJ abre la fundamentación de la sentencia *Cilfit* subrayando con énfasis que, en medio del debate suscitado entre las partes en el caso concreto sobre la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial, el procedimiento del artículo 267 TFUE “no es un recurso para las partes”. La cuestión prejudicial es un mecanismo de colaboración y diálogo entre jueces nacionales y TJ, no es, como se planteaba al inicio de este epígrafe, “un instrumento de revisión de la compatibilidad del derecho nacional con el Derecho europeo” que pueda ser iniciado a instancia de las partes del proceso<sup>720</sup>, sino sólo y exclusivamente por voluntad del juez nacional:

*«Al respecto, debe señalarse, en primer lugar, que el artículo 177 no constituye un medio de impugnación ofrecido a las partes en un litigio pendiente ante un Juez nacional. No basta, pues, que una parte mantenga que el litigio suscita una cuestión de interpretación del Derecho comunitario para que el órgano jurisdiccional que conoce del mismo esté obligado a estimar que existe una cuestión en el sentido del artículo 177.»*

---

propuesto era inviable en el momento de su formulación, pero en la realidad del año 2005 resulta disparatado, pues no responde a la preocupación histórica con la que se adoptó, la de reconducir los excesos de la teoría del acto claro en que habían incurrido algunos tribunales de última instancia de los Estados miembros”.

<sup>719</sup> Como ha señalado SARMIENTO, D., “Las interpretaciones estratégicas...”, Cit., respecto de los jueces “Freelander”: “El paso del tiempo nos ha mostrado que la doctrina CILFIT ha sido un error. La ambigüedad de la Sentencia, que por un lado establece una exención a la que luego acompaña de unas condiciones imposibles de cumplir, no ha hecho más que incentivar la negativa a plantear la cuestión prejudicial”.

<sup>720</sup> Tal y como derivaba de la dicotomía entre su naturaleza de instrumento de colaboración o herramienta “cuasi-federal” planteada por BARNARD, C., y SHARPSTONE, E., “The changing face of article 177 EC...”, op. cit., p. 1108.

*Sin embargo, a dicho órgano le corresponde plantear la cuestión, en su caso de oficio, ante el Tribunal de Justicia». (FJ 9)*

Con esta afirmación podría argumentarse de forma definitiva que la cuestión prejudicial no puede plantearse en términos verticales, como una revisión previa de las decisiones europeas del juez nacional por el TJ. Sin embargo esta visión no parece compartirse por la mayoría de la doctrina. Especialmente a la luz de la configuración de la cuestión prejudicial de validez y de la jurisprudencia *Foto-Frost*.

D. Cuestión prejudicial de validez: la doctrina *Foto-Frost*, las medidas cautelares en *Zuckerfabrik* y la petición de cuestión prejudicial por las partes en el proceso

D.i) *La doctrina Foto-Frost: cuando se trata de la validez del Derecho europeo el juez debe plantear cuestión prejudicial siempre*

Si con la doctrina *Cilfit* se viene a decir que cuando un juez nacional de última instancia deba aplicar una norma de Derecho europeo cuya interpretación no ofrezca dudas razonables puede prescindir del planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación, en el asunto *Foto-Frost* se trazará una importante diferencia respecto de las dudas sobre la validez de las normas europeas.

En la sentencia del TJ en el asunto *Foto-Frost*, de 22 de octubre de 1987, se resuelve una cuestión prejudicial en el marco de un litigio pendiente ante el *Finanzgericht* de Hamburgo entre la empresa alemana *Foto-Frost* y la Administración Principal de Aduanas de Luebeck-Este. La cuestión principal versa sobre el Reglamento nº 1697/79 del Consejo, de 24 de julio de 1979, referente a la recaudación a posteriori de los derechos de importación por intercambios indirectos entre la República Democrática Alemana y la República Federal. En el procedimiento nacional la Comisión observará que la habitual exención del pago de tales impuestos a la empresa importadora alemana había sido incorrecta conforme a la normativa comunitaria, y mediante decisión de 6 de mayo de 1983 exigirá un pago posterior sobre el volumen de negocios. La empresa *Foto-Frost* considerará tal decisión inválida en relación con el referido reglamento, por lo que la recurrirá ante el *Finanzgericht* de Hamburgo solicitando, además, su suspensión cautelar.

En lo que aquí nos interesa, el tema nuclear es, como dirá el Abogado General Mancini en las conclusiones del asunto “uno de los más espinosos que este Tribunal de Justicia haya tenido nunca que afrontar<sup>721</sup>”. Al órgano jurisdiccional alemán le interesa en efecto averiguar si los Jueces inferiores de los Estados miembros pueden

---

<sup>721</sup> Ver el apartado 4º de las Conclusiones del Abogado General Mancini presentadas el 19 de mayo de 1987, en el asunto C-314/85.

pronunciarse *de oficio* sobre la validez de los actos comunitarios. Plantea concretamente la cuestión en los siguientes términos:

“1) *¿Puede el Juez nacional examinar la validez de una decisión adoptada por la Comisión [...] en lo que se refiere a la abstención de recaudar a posteriori los derechos de importación [...] y, en su caso, resolver en un procedimiento contra la correspondiente decisión, que procede abstenerse de la recaudación?*” “2) *En caso de que el Juez no fuera competente para examinar la validez de la decisión adoptada por la Comisión ¿será válida la decisión de la Comisión de 6 de mayo de 1983 (REC 3/83)?*”

Las opiniones al respecto son muy variadas, teniendo en cuenta que numerosas decisiones de órganos jurisdiccionales alemanes en ocasiones anteriores habían inaplicado *motu proprio* decisiones del género por considerarlas inválidas<sup>722</sup>. Los argumentos a favor del examen de validez de las disposiciones comunitarias por el juez ordinario se basan en una interpretación literal del ex artículo 177 TCEE (267 TFUE)<sup>723</sup>. Según esta interpretación, la cuestión de validez y la cuestión de interpretación de los actos de las Instituciones se situaron en los Tratados en un mismo plano. Por tanto, conforme al texto del artículo sólo los jueces cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso jurisdiccional están obligados a plantear la cuestión de validez al TJ, así que los jueces de primera instancia deberían poder controlar la validez de los actos de las Instituciones comunitarias (de la decisión de la Comisión) conforme al Reglamento. No obstante, el Abogado General, tras recopilar los diferentes argumentos a favor y en contra en sus ejemplares conclusiones, se posiciona en contra de esta posibilidad. Para el Abogado General Mancini “el Juez nacional que albergue dudas sobre la validez de la norma comunitaria deberá suspender el procedimiento y dirigirse al Tribunal de Justicia<sup>724</sup>”, quepan o no quepan ulteriores recursos de Derecho interno.

El Abogado General utiliza argumentos de importante calado: de realizarse una interpretación que permitiese al juez nacional dirimir sobre la validez del Derecho comunitario se estaría concediendo al juez de primera instancia lo que se prohíbe al juez nacional de última instancia, obligado a reenviar la cuestión al TJ; conforme a lo dispuesto en los ex arts. 173 y 174 (art. 263 y 264 TFUE) el TJ tiene el monopolio

---

<sup>722</sup> Ver entre otras las Sentencias dictadas entre 1966 y 1968 por la Sala Segunda del Verwaltungsgericht de Frankfurt-am-Main: de 12 de diciembre de 1966, n° AZ II/2 986/66 y n° II/2 987/66, el 23 de agosto de 1967, n° AZ II/2 E 24/67, el 13 de diciembre de 1967, n° AZ II/2 E 79/67, el 22 de mayo de 1968, n° AZ II/2 E 20/68 y el 27 de noviembre de 1968, n° AZ II/2 E 33/68. Así como la sentencia del Finanzgericht de Munich de 11 de septiembre de 1985.

<sup>723</sup> Como transcribe el AG Mancini en las Conclusiones del asunto “basta recordar que los autores del Tratado CEE tenían delante de los ojos el modelo del artículo 41 del Tratado CECA en el que se sanciona la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia. Habrían podido reforzar dicho principio; no lo hicieron, en cambio, precisamente porque se inspiraban en una orientación distinta que consistía en promover a los Jueces nacionales al rango de verdaderos Jueces comunitarios confiando en su aplicación del derecho respectivo y por consiguiente también en la no aplicación de los actos considerados inválidos”, esta idea se sostiene en la intención, de nuevo, de aliviar de carga de trabajo al TJ. Ver apartado 4° de las Conclusiones, *cit.*

<sup>724</sup> Ver Apartado 5° de las Conclusiones, *cit.*

exclusivo de control de legalidad de los actos adoptados por las Instituciones; y de permitirse el control de validez por los jueces nacionales se estaría introduciendo “un factor destructivo” de la uniformidad aplicativa del Derecho europeo, puesto que la determinación de la “invalidez de una norma tiene como consecuencia necesaria también su desapplicación”<sup>725</sup>. En definitiva, conforme a los dos primeros argumentos se apela al reparto competencial establecido entre el juez nacional como juez comunitario y el TJ, argumento por el que aboga también el propio *Finanzgericht de Hamburgo* que plantea la cuestión<sup>726</sup>. Conforme al último argumento se apela a la aplicación uniforme del Derecho europeo.

El TJ, mediante sentencia de 22 de octubre de 1987, asumirá los postulados del Abogado General:

*“los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias”<sup>727</sup>.*

Esta conclusión se alcanza siguiendo los mismos argumentos utilizados por el Abogado general. Por un lado, se apela al reparto competencial establecido en los Tratados mediante “un sistema completo de tutela jurisdiccional y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones<sup>728</sup>”, por el que se atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una Institución comunitaria (art. 269 TFUE). Como señala el TJ “la coherencia del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia<sup>729</sup>”. Por otro lado, el TJ apela a la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho europeo, y más aun, su propia unidad en tanto que ordenamiento jurídico:

*“las competencias reconocidas al Tribunal de Justicia por el artículo 177 tienen esencialmente por objeto garantizar una aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta exigencia de uniformidad es particularmente imperiosa cuando se trata de la validez de un acto comunitario. (...) 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*

---

<sup>725</sup> Ver apartado 6º de las Conclusiones, *cit.*

<sup>726</sup> Como se desprende del apartado 11 de la STJ de 22 de octubre de 1987 en el asunto *Foto- Frost*, C-314/85, el tribunal que plantea la cuestión “estima sin embargo que, debido al reparto de competencias entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, tal como resulta del artículo 177 del Tratado, únicamente el Tribunal de Justicia está facultado para declarar la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias”.

<sup>727</sup> Ver FJ 20 de la STJ *Foto-Frost*, *cit.*

<sup>728</sup> *Idem* FJ 16.

<sup>729</sup> *Idem* FJ 17.

*ordenamiento jurídico comunitario y perjudicar la exigencia fundamental de la seguridad jurídica*<sup>730</sup>”.

En conclusión, cuando se trata de dirimir sobre la validez o legitimidad del Derecho europeo, ni siquiera el juez de primera instancia (al que pueden rectificar posteriores sedes jurisdiccionales mediante recursos de Derecho interno) puede dejar de aplicar una norma de Derecho europeo por considerarla inválida (conforme al propio ordenamiento comunitario) sin una previa decisión por parte del TJ. La duda del juez sobre la validez de una disposición europea exige siempre el reenvío prejudicial al TJ.

Se observa entonces una bifurcación del artículo 267 TFUE. La cuestión prejudicial no se configura, en relación a las competencias del juez nacional, de igual modo cuando éste duda sobre la interpretación de una disposición europea o sobre su validez. En el primer caso no está obligado a plantear la cuestión a menos que no quepa posterior recurso jurisdiccional, e incluso en este caso, la cuestión no es imperativa atendiendo a la doctrina del acto claro. Sin embargo, cuando la duda recae sobre la validez todos los órganos jurisdiccionales nacionales deben plantear la cuestión prejudicial. Esta segunda versión de la cuestión prejudicial de validez altera las competencias del juez nacional como juez comunitario y la propia naturaleza cooperativa de la cuestión prejudicial. Efectivamente, puede parecer que el juez nacional pierde el margen de discrecionalidad que le otorgaba la doctrina del acto claro respecto del reenvío prejudicial, y es que no parece ser lo mismo una mala interpretación del Derecho europeo, que una completa inaplicación del mismo por considerarlo inválido, esta última sería contraria a la jurisprudencia *Simmenthal*, al principio de primacía<sup>731</sup>.

La obligación imperativa de todo juez nacional de reenvío prejudicial de validez, será flexibilizada posteriormente. Efectivamente, al juez nacional le quedan dos elementos de discernimiento propios respecto de la duda de validez del Derecho europeo. En primer lugar respecto de la posibilidad de inaplicar la norma europea como medida cautelar (*ii*). En segundo lugar, la duda sobre la validez de la disposición europea se plantea de oficio, nunca a instancia de parte (*iii*). Sobre este último extremo se deben hacer algunas precisiones.

---

<sup>730</sup> Ver FJ 15 de la STJ *Foto-Frost*, *cit.* Este mismo argumento ha sido repetido en un asunto más reciente acerca de la cuestión prejudicial de validez: “esta exigencia de uniformidad es particularmente imperiosa cuando se trata de la validez de un acto comunitario. Las divergencias pueden comprometer la misma unidad del ordenamiento jurídico comunitario y perjudicar la exigencia fundamental de seguridad jurídica”, ver STJ de 10 de enero de 2006, asunto *The Queen, a instancia de International Air Transport Association y European Low Fares Airline Association contra Department for Transport*, (IATA vs ELFAA), C-344/04, FJ 27.

<sup>731</sup> En referencia a la cuestión prejudicial de validez será en la STJ *Factortame* en el asunto C-213/1989, de 19 de junio de 1990, en la que el TJ hace referencia a la doctrina *Simmenthal* como fundamento esencial para responder a la cuestión sobre las competencias del juez nacional para inaplicar normas nacionales durante el periodo transcurrido entre el planteamiento de la cuestión prejudicial y la resolución. FJ. 18.

D.ii) Doctrina Zuckerfabrik: inaplicación de actos nacionales de ejecución del Derecho comunitario como medida cautelar

En el asunto *Zuckerfabrik*, se permite precisamente que el juez nacional suspenda la eficacia de un acto nacional que ejecuta el Derecho comunitario como una medida provisional. Mediante STJ de 21 de febrero de 1991, C-143/88 y C-92/89, el mismo *Finanzgericht* de Hamburgo que suscitó el asunto *Cilfit*, vuelve a acudir al TJ solicitando, esta vez, una cuestión prejudicial de validez sobre un Reglamento comunitario destinado al sector azucarero. El órgano jurisdiccional alemán tiene dudas sobre la validez del Reglamento pues, a su juicio, al imponer una liquidación a determinadas empresas comercializadoras de azúcar vulnera el principio de irretroactividad de los reglamentos comunitarios<sup>732</sup>. A efectos de esta tesis nos interesa la primera y segunda cuestión. Como las liquidaciones eran cuantiosas, las empresas implicadas piden que se suspenda la ejecución de las mismas mientras se decide sobre la validez del reglamento. Por ello el juez alemán plantea si un órgano jurisdiccional nacional puede suspender la eficacia de un acto administrativo nacional dictado en ejecución de un reglamento europeo. Es decir, si puede inaplicarse la normativa europea como medida provisional mientras el TJ decide sobre la validez del reglamento.

Como el propio *Finanzgericht* alega la medida provisional de suspensión de la ejecución del reglamento “se limita a diferir la posible aplicación de un acto administrativo nacional y no pone en tela de juicio la validez del reglamento comunitario”, no obstante el mismo señala que la concesión de dicha suspensión “puede producir efectos de considerable alcance, puede obstaculizar la eficacia de los reglamentos en todos los Estados miembros”<sup>733</sup>.

El TJ dispondrá que el Derecho comunitario “no excluye la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de ordenar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional adoptado con arreglo a un reglamento comunitario”<sup>734</sup>. Sin embargo, antes de la inaplicación del Derecho comunitario (del acto nacional que da ejecución al reglamento) el TJ impondrá determinadas condiciones en garantía de la uniformidad del Derecho europeo, en tanto que “exigencia fundamental del ordenamiento comunitario”<sup>735</sup>.

---

<sup>732</sup> Ver FJ 5 y ss. de la STJ *Zuckerfabrik*, C- 143/88 y 92/89, de 21 de febrero de 1991.

<sup>733</sup> Ver FJ 15 de la STJ *Zuckerfabrik*, *cit.* También asunto C-465/93, de 9 de noviembre de 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH*.

<sup>734</sup> Ver FJ 21 de la STJ *Zuckerfabrik*, *cit.*

<sup>735</sup> FJ 23 STJ *Zuckerfabrik*, *cit.* Ver también más recientemente la STJ de 6 de diciembre de 2006, asunto *ABNA Ltd*, C-453/03, 11, 12, 194/04, en la que el TJ expone que “la aplicación uniforme del Derecho comunitario, que es una exigencia fundamental del ordenamiento jurídico comunitario, implica que la suspensión de la ejecución de actos administrativos basados en un reglamento comunitario, a la vez que depende de las normas de procedimiento nacionales (...) debe sujetarse en todos los Estados miembros, por lo menos, a requisitos de concesión uniformes e idénticos a los aplicables a los procedimientos sobre medidas provisionales seguidos por el TJ”, FFJJ 103 a 109 y 111.

El juez nacional sólo podrá suspender la ejecución de la disposición comunitaria cuando:

1. “Las circunstancias de hecho y de Derecho alegadas por los demandantes llevan al órgano jurisdiccional nacional al convencimiento de que existen serias dudas sobre la validez del Reglamento comunitario en el que se basa el acto administrativo impugnado... el otorgamiento de una suspensión se justifica solamente si existe la posibilidad de una declaración de invalidez<sup>736</sup>”.

2. “La suspensión de la ejecución debe tener un carácter provisional. Por ello, el órgano jurisdiccional nacional que se pronuncia sobre las medidas provisionales sólo puede ordenar la suspensión hasta que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado sobre la cuestión<sup>737</sup>”.

3. La suspensión no puede poner en peligro la uniformidad del Derecho comunitario como “exigencia fundamental del ordenamiento jurídico comunitario”, por lo que deben existir requisitos uniformes de concesión de la medida de suspensión cautelar. Estos requisitos son: el carácter urgente de la medida por poder producirse un perjuicio inmediato (que pueda producirse antes de que el TJ resuelva sobre la validez), caracterizado por daños irreversibles “que no podrían ser reparados si el acto comunitario llegara a ser declarado inválido”<sup>738</sup>.

4. El juez está obligado a garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario, por lo que debe tener en cuenta el “interés de la Comunidad”, observando “si el acto comunitario de que se trate quedaría privado de eficacia por falta de aplicación inmediata”, si ello puede provocar un “riesgo económico para la Comunidad”<sup>739</sup>.

Si por un lado se concede una nueva potestad al juez nacional, la suspensión cautelar de los efectos del Derecho comunitario cuando se dude de su validez, por otro lado, la objetivación de las condiciones para realizar la suspensión vuelven a limitar la capacidad del juez para declarar las medidas provisionales.

Dicho esto, lo que a continuación nos interesa es el fundamento de la decisión del TJ. La posibilidad de suspender la eficacia de la norma europea se fundamenta sobre la garantía de los derechos concedidos por el Derecho europeo a los demandantes. Dice el TJ que cuando la aplicación administrativa de los reglamentos comunitarios compete a las autoridades nacionales

*“la protección jurisdiccional garantizada por el Derecho comunitario implica el derecho de los justiciables a impugnar, por vía incidental, la legalidad de estos Reglamentos ante un órgano jurisdiccional nacional y a*

---

<sup>736</sup> *Ibidem.*

<sup>737</sup> Ver FJ 24 de la STJ *Zuckerfabrik*, *cit.*

<sup>738</sup> Ver FJ 26 de la STJ *Zuckerfabrik*, *cit.*

<sup>739</sup> Ver FFJJ 30-32 de la STJ *Zuckerfabrik*, *cit.*

*dar lugar a que éste plantee cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia*<sup>740</sup>”.

Esta afirmación, tiene un interés especial, pues no parece ser plenamente coherente con la lectura que el TJ hacía de la cuestión prejudicial en *Cilfit* y en *Foto Frost*. En este último caso, por ejemplo, conforme al primer punto de los fundamentos del TJ, las partes jugarían un papel trascendental hacia el impulso de la cuestión prejudicial.

*D. iii) ¿La cuestión prejudicial no es un recurso disponible para las partes?*

Efectivamente, en *Cilfit* el TJ dejaba claro que la decisión del planteamiento de la cuestión prejudicial era competencia exclusiva del juez de primera instancia, incluso del juez de última instancia cuando se cumplían los requisitos establecidos. En cualquier caso, decía el TJ que el reenvío prejudicial no constituía un recurso disponible para las partes: “no basta con que una parte sostenga que la cuestión suscita una duda para que el juez [nacional] se vea obligado a plantearla<sup>741</sup>”. Así mismo lo consideraba el Abogado General en las conclusiones del asunto *Foto-Frost* al afirmar que “nada obligará a nuestro magistrado a preguntar a este Tribunal de Justicia si una parte le solicita que no aplique un acto y considera que sus motivos van a ser rechazados. Aquí, la facultad que le reconoce el párrafo 2 del artículo 177 es plenamente operante; y dicho dato [...] excluye precisamente la reducción de su papel a una mera "transmisión de documentos"<sup>742</sup>”. También en el asunto *Foto-Frost* el TJ, en consonancia con su doctrina anterior sobre la naturaleza cooperativa de la cuestión prejudicial, comienza la fundamentación de su sentencia dejando claro este extremo:

*“Estos órganos jurisdiccionales pueden examinar la validez de un acto comunitario y, si no encuentran fundados los motivos de invalidez que las partes alegan ante ellos, desestimarlos concluyendo que el acto es plenamente válido. En efecto, al actuar de este modo, no enjuician la existencia del acto comunitario... En cambio, no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias”<sup>743</sup>*

La importancia de esta afirmación reside en que el TJ, *a priori*, confirma su doctrina según la cual la cuestión prejudicial (sea de interpretación sea de validez) no constituye un recurso disponible para las partes de un litigio suscitado ante un juez nacional, y en consecuencia, no basta con que una parte alegue que el litigio suscita

---

<sup>740</sup> Ver FJ 16 de la STJ *Zuckerfabrik*, *cit.* En estos fundamentos realizará un paralelismo con las posibilidades del demandante en el recurso de anulación. Además se remitirá a lo establecido en la STJ *Factortame* en el asunto C-213/1989, de 19 de junio de 1990, en el que se permitió al juez inglés desaplicar provisionalmente una medida nacional, aun cuando su derecho interno no lo permitía, para salvaguardar la aplicación uniforme del Derecho europeo.

<sup>741</sup> Ver FJ 9 de la STJ *Cilfit*, *cit.*

<sup>742</sup> Ver el apartado 6º de las Conclusiones del Abogado General Mancini en el asunto *Foto-Frost*, *cit.*

<sup>743</sup> Ver FF.JJ 13 y 14 de la STJ *Foto-Frost*, *cit.*



una cuestión de validez de Derecho comunitario para que el órgano jurisdiccional de que se trate esté obligado a considerar que se plantea una cuestión en el sentido del artículo 267 TFUE<sup>744</sup>. Decimos, y subrayamos, que se confirma esta visión de la cuestión prejudicial sólo *a priori*, porque que la cuestión prejudicial no fuese en un principio concebida como un recurso abierto a las partes, ello no significa que la alegación por una de las partes en el litigio de una duda de validez no pueda conducir, y empujar al juez nacional, a la suspensión del procedimiento en espera de una decisión por parte del TJ para resolver el caso concreto en sede nacional<sup>745</sup>. La clave se encuentra en el carácter de mayor subjetividad u objetividad que contenga la “duda” de interpretación o de validez que se suscita ante el juez.

E) La objetivación de la duda y el planteamiento de la cuestión prejudicial por las partes en el procedimiento. La cuestión prejudicial como “judicial review” (verticalidad y multilateralidad).

E. i) La objetivación de la duda razonable del juez puede permitir a los particulares influir en la decisión de reenvío prejudicial al TJ

La jurisprudencia examinada sobre la cuestión prejudicial, *a priori*, trata de aclarar las reglas de colaboración entre los jueces nacionales y el TJ mediante el mecanismo del reenvío prejudicial. La cuestión prejudicial es un mecanismo de colaboración entre tribunales. No es una tercera instancia procesal, ni un procedimiento de revisión por el TJ de las decisiones del juez nacional. Es un mecanismo horizontal y bilateral basado en la colaboración entre el juez nacional y el TJ en el momento de la aplicación por aquél del Derecho comunitario en casos concretos. El juez nacional, encargado de resolver litigios aplicando el Derecho europeo, no puede interpretar el Derecho europeo o suspender su eficacia *motu proprio*. Es competencia exclusiva del TJ determinar el sentido, el alcance y la validez de las normas de Derecho europeo. Este reparto de competencias que establecen los Tratados tiene como principal finalidad evitar que la disposición europea que aplique el juez nacional pueda tener una eficacia distinta en cada caso o en cada Estado.

La finalidad de la cuestión prejudicial es entonces la uniformidad del Derecho europeo y, especialmente en la cuestión de validez, la unidad del ordenamiento europeo<sup>746</sup>. El mecanismo del artículo 267 TFUE tiene el objetivo de garantizar la uniformidad aplicativa del Derecho europeo. La razón principal del reenvío

---

<sup>744</sup> Doctrina consolidada que puede observarse más recientemente en la STJ *IATA vs. ELFAA*, cit., FJ 28

<sup>745</sup> *Ibidem*, ver FJ 32: “cuando un órgano jurisdiccional cuyas decisiones puedan ser objeto de un recurso judicial de derecho interno estima que uno o varios de los motivos de invalidez de un acto comunitario *alegados por las partes*, o en su caso planteados de oficio están fundados, debe suspender el procedimiento y plantear al TJ una cuestión prejudicial” (la cursiva es propia).

<sup>746</sup> Ver por todos AZPITARTE SÁNCHEZ, M., El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado”, cit., pp. 111 y ss. Ver además en la jurisprudencia las SSTJ *Van Gend en Loos*, cit., C-166/73, de 16 de enero de 1974, asunto *Rheinmühlen*; C-16/65, de 1 de diciembre de 1965, asunto *Schwarze*.

prejudicial es la imprescindible uniformidad y unidad del ordenamiento europeo, su objeto es evitar la formación de un cuerpo doctrinal inconsistente con el Derecho comunitario<sup>747</sup>, o dicho de otro modo: la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo por los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>748</sup>.

Como en principio la decisión del planteamiento de la cuestión prejudicial y de su contenido es competencia del juez nacional que conoce del litigio, y como la cuestión prejudicial se convierte en el procedimiento esencial para garantizar la uniformidad y unidad del Derecho europeo, (que es tanto como decir la propia naturaleza autónoma y supranacional del Ordenamiento europeo<sup>749</sup>), entonces es comprensible que el TJ, en la jurisprudencia examinada, al disponer sobre este mecanismo de colaboración, haya tratado de limitar la discrecionalidad del juez a la hora de decidir sobre el reenvío prejudicial. Efectivamente, el Tribunal de Luxemburgo, con el objetivo de mantener la uniformidad del Derecho europeo, reforzará la obligación del juez nacional de dirigirse al TJ.

Conforme a los Tratados puede decirse que, como regla general, la decisión sobre la oportunidad del reenvío prejudicial es una decisión autónoma del juez. La cuestión prejudicial se plantearía de oficio por el juez nacional cuando se le suscitara, en el marco de un proceso nacional, una duda sobre la interpretación o la validez de una disposición europea necesaria para la resolución del caso. La cuestión clave se sitúa entonces en el tipo de duda, en sus límites: qué es y qué no es la «duda razonable» que impulsa el planteamiento de la cuestión prejudicial. La forma en que se configura esa “duda” del juez es la clave del inicio del reenvío al TJ.

En *Cilfit* y *Foto-Frost* el TJ trata de construir los elementos que deben configurar la duda del juez. En ambas sentencias se limita el ámbito de apreciación de la duda por el juez nacional, estableciéndose algunos criterios. En *Cilfit*, mediante la doctrina del acto claro, se concretan las situaciones en las que el juez nacional puede prescindir de plantear la cuestión prejudicial aun estando obligado a ello. Esta posibilidad se establece mediante la adopción de criterios que permiten determinar la inexistencia de una duda razonable sobre la interpretación del Derecho europeo. Sin

---

<sup>747</sup> Esta definición en STJ de 22 de febrero de 2002, C-393/98, asunto *Ministerio Público y Gomes Valente contra Fazenda Pública*.

<sup>748</sup> «Todo ordenamiento jurídico se sustenta sobre la idea de su Unidad, pues ella es garantía de dos de sus valores esenciales: la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica. Un ordenamiento como el comunitario, que en la mayor parte de su desarrollo y ejecución responde a fórmulas de descentralización estatal, incluida su tutela jurisdiccional, correría un altísimo riesgo de fractura si no existiera una institución comunitaria que marcara pautas comunes para la aplicación y garantía de la normativa europea, así como un procedimiento destinado a poner en marcha esta labor». Ver CHARRO BAENA, P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Derechos sociales y tutela judicial efectiva en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, nº 57, 2004, p. 545. Ver también BACIGALUPO SAGGESE, M., “El sistema jurisdiccional de la Unión europea en el sistema de garantías”, en LINDE PANIAGUA, E., y otros, *Organización del Estado y la Unión Europea*, Colex, 2000, p. 242; También RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LIÑAN NOGUERAS, D. J., (Dirs.), *El Derecho comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 385.

<sup>749</sup> Me remito al apartado 2.1 de esta Tesis doctoral.

embargo, se ha acabado diciendo sobre los criterios *Cilfit* que la doctrina más realista los considera como prácticamente insalvables. Siendo estrictos es muy difícil que el juez pueda cumplir satisfactoriamente todos y cada uno de los elementos de discernimiento que le permitirían prescindir del reenvío, por lo que la doctrina del acto claro termina reforzando la obligación de reenvío prejudicial del juez de última instancia.

En el caso de la cuestión de validez ya observamos que la decisión *Foto-Frost* imposibilita que el juez nacional prescinda jamás del reenvío, incluso cuando la decisión del juez nacional es susceptible de ulterior recurso de Derecho interno. Según esta sentencia el juez nacional no puede nunca dejar de aplicar el Derecho europeo por considerarlo inválido sin una previa decisión del TJ. Sólo cabría una posibilidad de inaplicación unilateral del Derecho europeo por el juez nacional ante la duda sobre su validez: la inaplicación como una medida cautelar de los actos nacionales de ejecución del Derecho europeo. No obstante, junto a esta posibilidad extraordinaria de suspensión de los actos nacionales basados en Derecho europeo dudosamente válido, en la sentencia *Zuckerfabrik* se establecerán criterios comunes que limitarán el juicio discrecional del órgano jurisdiccional nacional, y entre estos criterios comunes se establece, como primera medida, el obligatorio planteamiento de la cuestión de validez al TJ, por lo que, a pesar de todo, la suspensión de la eficacia de la disposición europea es provisional y la obligación de reenvío se hace necesaria.

Debe concluirse que objetivar los criterios del reenvío y reforzar su planteamiento por el juez supone alterar el reparto de competencias que originariamente se establecía en el procedimiento de la cuestión prejudicial, un procedimiento, no lo olvidemos, que originariamente se configuraba como colaboración horizontal entre tribunales.

Esta objetivación de la cuestión prejudicial, en mi opinión, sitúa en el centro el rol de los particulares incurso en el proceso nacional. Traslada parte de la responsabilidad del juez nacional sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial a las partes del litigio. Las partes en el litigio nacional pueden solicitar el planteamiento de la cuestión prejudicial. Aunque la regla general es que la cuestión prejudicial “no constituye un recurso disponible para las partes de un litigio suscitado ante un juez nacional, y en consecuencia no basta con que una parte alegue que el litigio suscita una cuestión de validez [o de interpretación] del Derecho comunitario para que el órgano jurisdiccional de que se trate esté obligado a considerar que se plantea una cuestión” en el sentido del artículo 267 TFUE; sin embargo, la jurisprudencia establecida refuerza una visión distinta.

Cuando el particular invoca ante el juez nacional una disposición de Derecho comunitario que puede componer la norma aplicable al caso concreto, ésta deberá aplicarse siempre y de forma inmediata (recordemos *Simmenthal*) por el juez nacional.

Si las partes alegan que existe alguna duda sobre la verdadera eficacia de la disposición europea en el litigio, su sentido o su aplicabilidad, entonces sólo el juez nacional de última instancia es competente para decidir la realidad de la duda y plantear la cuestión prejudicial, haciendo que el asunto llegue al TJ. Según la doctrina del acto claro, cuando el juez considere que realmente se suscita una duda, y la duda verse sobre una cuestión *materialmente idéntica* a otra ya planteada y resuelta por el TJ, este juez podrá separarse de la obligación de reenvío atendiendo al precedente. Pero junto a este criterio del precedente, además, el TJ establecía unos requisitos prácticamente insalvables, por los que el juez nacional siempre se vería obligado al planteamiento a no ser que “no dejase lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada”<sup>750</sup> y esta solución se impusiese igualmente con total convicción “a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia”<sup>751</sup>, y todo ello una vez que se hubiesen comparado las 27 versiones lingüísticas de la disposición europea, y se hubiese interpretado “a la luz del conjunto de las disposiciones del Derecho comunitario”<sup>752</sup>. Es decir, la alegación por el particular de una duda sobre la interpretación de la disposición europea invocada, empujaría al juez nacional al planteamiento de la cuestión, a menos que el TJ se hubiese posicionado sobre un asunto materialmente idéntico y nuestro juez (políglota) hubiese examinado la jurisprudencia de los tribunales de los otros 27 Estados miembros. Por eso, se ha considerado por parte de la doctrina, que la “duda razonable” se ha objetivado en la jurisprudencia *Cilfit* hasta tal punto que el deber de reenvío se hace prácticamente obligatorio cuando la duda sobre la interpretación de la disposición europea es alegada por una de las partes<sup>753</sup>.

Por otro lado, en la cuestión prejudicial de validez se refuerza aún más la objetivación de la obligación. Y es que si en este caso la función del reenvío de validez del TJ es la imprescindible unidad del ordenamiento europeo, esta finalidad no puede depender del exclusivo criterio del juez<sup>754</sup>. El deber del juez se convierte en un deber objetivo, puesto que la finalidad — la unidad del ordenamiento europeo y su depuración— así lo impone, algo que excede a la mera discrecionalidad del juez ordinario. Como señala el TJ en el asunto *Foto-Frost*, el juez nacional debe o rechazar los motivos de invalidez que alegan las partes (algo que objetivamente sólo podría hacer por la existencia de una declaración de validez previa del TJ) y aplicar la norma europea o plantear siempre la cuestión prejudicial. Y en este deber objetivo la

---

<sup>750</sup> STJ *Cilfit*, cit. FJ 16.

<sup>751</sup> *Ibidem*.

<sup>752</sup> Ver FJ 20, STJ 6.10.1982, C-283/81

<sup>753</sup> Como ejemplo concreto sobre situaciones en las que la duda interpretativa es alegada de forma inicial por una de las partes en el litigio y ello empuja al juez a reenviar cuestión prejudicial al TJ puede verse la STJ *Elchinov*, cit.

<sup>754</sup> Ver en este sentido DE BURCA, G., y WEILER, J. H. H., *The European Court of Justice*, op. cit., También en estos términos AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, cit.

discrecionalidad del juez ordinario debería quedar anulada bastando que la duda sea planteada por una de las partes<sup>755</sup>.

La objetivación de los términos de la cuestión prejudicial podría derivar en dos planteamientos. (A) Por un lado, la jerarquización del mecanismo, de ser un incidente procesal entre tribunales relacionados horizontalmente y con una eficacia bilateral, pasaría a convertirse en un procedimiento jerarquizado y multilateral. (B) Por otro lado, la objetivación de la duda conduciría a una apertura del mecanismo hacia las partes del litigio.

(A) Han sido CRAIG y DE BURCA los principales valedores en doctrina de la idea del proceso de verticalización del mecanismo de la cuestión prejudicial. Consideran que esta jurisprudencia enfatiza el hecho de que el TJ se sitúa en una posición superior respecto de los tribunales nacionales. Todo ello desde la perspectiva de que mediante sus sentencias el TJ ha “enrolado” a los tribunales nacionales en la tarea de controlar el cumplimiento y la aplicación del Derecho europeo. Se percibe como una parte central de la amplia jerarquía judicial europea, en cuya cúspide se sitúa el TJ. Las relaciones se transforman de manera, además multilateral, puesto que las respuestas prejudiciales del TJ influyen (como un precedente) “*de facto* or *de iure*” en las demás cortes nacionales<sup>756</sup>.

(B) La objetivación del carácter de la duda podría conducir a la cuestión prejudicial a convertirse en un deber objetivo del juez, a su generalización, momento en el que las alegaciones de las partes adquieren un papel esencial, pues con la simple alegación podría fundamentarse la duda que conduzca al juez nacional al reenvío ante el TJ. Desde esta perspectiva debe entonces destacarse una idea que nutre el contenido de la cuestión prejudicial: puede considerarse que el reenvío prejudicial se encuentra directamente relacionado con la invocación de pretensiones fundadas en Derecho

---

<sup>755</sup> En este sentido se expresa el AG Capotorti en las Conclusiones de 13 de julio de 1982, presentadas en el asunto *Cilfit*, *cit.*

<sup>756</sup> Ver CRAIG, P., DE BURCA, G., *EU Law. Texts, cases and materials*, OUP, Oxford, 2008, segunda edición, p., 461. No comparte completamente esta idea WEILER: “As a matter of fact, this new line of cases probably represents (...) a departure of the European Court from an ethos of presenting itself as *primus inter pares* and maintaining a zone of autonomy for national jurisdiction, even at the price of non-uniformity in the application of Community law, in order to achieve the prize of increased effectiveness, even at the cost of a potential tension in the critical relationship between the European Court and national courts. And this impression seems not to be eased by the assurances of the President of the Court, speaking in his extra-judicial capacity but on behalf of all its members, that “from *our* perspective, the relationship between the ECJ and national constitutional courts is one of cooperation. It is certainly true that EU law may enjoy supremacy over national law and that, most of the times, EU law may also be directly applicable in Member States’ legal orders. However, that does not mean that national supreme courts, and especially national constitutional courts, are institutionally subordinate to the ECJ. On the contrary, the judicial architecture of the European Union and the Member States’ judiciaries must be viewed as parallel systems, coexisting within the same supranational structure, and having, in principle, their own proper areas of jurisdiction”. Ver WEILER, J. H. H., “The Least-Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration” en ID. *The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have a New Emperor? and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 188-222. En un sentido muy similar al de Craig y De Burca ver SKOURIS, V., “The Position of the European Court of Justice in the EU Legal Order and its Relationship with National Constitutional Courts”, conferencia presentada en el Bled, Slovenia, el 30 de septiembre de 2004. Disponible en <http://www.usrs.si/media/zbornik.pdf>

europeo por las partes, es decir, las alegaciones de las partes en el litigio nacional pueden impulsar el reenvío al TJ<sup>757</sup>.

Esta última afirmación es coherente con la idea, mantenida por el TJ, del juez nacional como órgano competente para la garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos concedidos por el ordenamiento comunitario a los ciudadanos. Precisamente para imponer esta tarea, el TJ, desde las Sentencias *Costa* y *Van Gend*, utilizó el argumento del procedimiento de la cuestión prejudicial, tal y como se había considerado en los Tratados, como fundamento del deber del juez nacional de tutelar los derechos concedidos por el ordenamiento comunitario a los ciudadanos, al mismo tiempo, que configuraba la obligación de aquel de garantizar la primacía y eficacia directa de las disposiciones comunitarias en su aplicación.

### *E. ii) Tutela judicial efectiva y cuestión prejudicial*

Hemos observado que el TJ ha desarrollado una jurisprudencia muy concreta sobre la cuestión prejudicial, en la que se ha tendido a objetivar el carácter de la duda que debe suscitarse al juez nacional sobre la interpretación o la validez del Derecho europeo, para impedir la inicial discrecionalidad de éste en la decisión del planteamiento de cuestión prejudicial. Si se pone en relación esta jurisprudencia del TJ con la jurisprudencia del TC comentada más arriba encontramos un interés compartido en la objetivación de las condiciones del planteamiento de la cuestión prejudicial. Este interés común del TJ y el TC tienen fundamentos distintos (la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo por un lado, la garantía de sumisión del juez nacional a la ley por otro) pero en ambos casos puede encontrarse una base común: la cuestión prejudicial representa una garantía para la tutela efectiva de los derechos de los particulares.

Desde una perspectiva interna la cuestión prejudicial es garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (24 CE), en tanto que garantiza la correcta aplicación del sistema constitucional de fuentes (cuando está en juego la eficacia de las normas con rango de ley), y además el derecho del particular al juez predeterminado por la ley (en tanto que es el TJ el único órgano competente para interpretar y juzgar el derecho derivado de los Tratados). Además, desde una perspectiva europea, también pueden encontrarse elementos de relación entre el mecanismo de la cuestión prejudicial y la tutela judicial efectiva de los derechos de los

---

<sup>757</sup> Como un ejemplo más de la doctrina que no ha compartido desde el inicio la idea de que la cuestión prejudicial no sea realmente un procedimiento accesible a las partes del proceso, me remito a ALTERN, K., y SLAUGHTER, A. M., *The European Courts and national Courts – Doctrine and jurisprudence*, Hart publishing, OUP, Oxford, 1988. También DE BURCA, G., y WEILER, J. H. H., *The European Court of Justice*, OUP, 2001, pp 7 y ss., cuestionan si el TJ no ha buscado desarrollar un particular rol constitucional por sí mismo como una «corte de los ciudadanos» o una asamblea participativa, pero concluyen que respecto de la percepción expresada por algunos de sus jueces vocales en sus escritos extra-judiciales, el TJ ha resistido ante las varias rutas procesales ofrecidas como opciones ante él para transformarse en una forma más abierta de este tipo.

particulares concedidos por el ordenamiento comunitario a los particulares. Esta relación tendría el mismo fundamento que la progresiva objetivación del mecanismo del reenvío prejudicial. La obligación del juez nacional de plantear cuestión prejudicial se configura poco a poco como un deber objetivo en situaciones concretas, de forma que se abre a las alegaciones por las parte en el litigio nacional, que pueden forzar el deber de reenvío. Este protagonismo de las partes del litigio parece ser coherente con las pretensiones del sistema de tutela de derechos de los Tratados, puede configurar a la cuestión prejudicial como un nuevo elemento para la garantía de derechos de los particulares, si tenemos en cuenta que, en los Tratados, existen muy pocos mecanismos que legitimen a los particulares para acudir al TJ.

Los Tratados Europeos han previsto procedimientos en los que se legitiman a los ciudadanos como partes activas, pero esta legitimación ha sido, desde el principio, muy limitada. Esta escasa legitimación se observa particularmente en los mecanismos de *judicial review* del Derecho europeo. Es el caso, por ejemplo, del recurso directo de anulación del artículo 263 párrafo cuarto del TFUE (230.4 TCE). Conforme a ese procedimiento de control de validez del Derecho europeo, en principio, “toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que le afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.”

Los particulares pueden interponer recurso ante el TJ pretendiendo un análisis de validez de los actos de las Instituciones comunitarias que les perjudiquen, conforme a los Tratados, sin embargo se exige un requisito previo: el particular debe verse “afectado directa e individualmente” por la medida. La afectación directa supone que la disposición comunitaria debe surtir efectos directos en la situación jurídica del particular, debe ser el propio acto el que afecte a la situación jurídica de los interesados, sin que esta se produzca por otros actos de aplicación<sup>758</sup>. Respecto de la afectación individual, debe entenderse que el particular, para interponer recurso directo contra una disposición europea, debe ser directamente el destinatario de la disposición. Esta afectación individual en el caso de determinadas fuentes normativas como las Decisiones no entraña excesivas dificultades pues, conforme al artículo 288 párrafo 4º “la decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos”. Sin embargo en el caso de que sea un Reglamento el que perjudique a los particulares, al tener tal fuente “un alcance general” (288 primer párrafo) la legitimidad de los ciudadanos para acudir directamente ante el TJ disminuye. Frente a estos actos de alcance general la jurisprudencia de Luxemburgo ha dispuesto que el particular sólo estará legitimado para interponer recurso de nulidad cuando la norma europea le atañe debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que le caracterice en relación

---

<sup>758</sup> Ver STJ 13 de mayo de 1971, asunto *International Fruit Company*, C-41/70 a 44/70, FFJJ 15-22; STJ 5 de mayo de 1998, C-386/96, asunto *Société Louis Dreyfus*. FJ 43.

con cualesquiera otras personas y, por ello, les individualiza de una manera análoga a la del destinatario<sup>759</sup>. Este último requisito ha sido interpretado de manera restrictiva, y en determinados casos el hecho de que se pudiera determinar el número o incluso la identidad de los afectados por un reglamento no ha logrado ampliar la legitimación para interponer el recurso directo ante el TJ<sup>760</sup>.

Las restricciones a los particulares para acceder al *judicial review* por parte del TJ han sido muy criticadas por la doctrina<sup>761</sup> conforme avanzaba el proceso de integración. Y ciertamente la jurisprudencia del TJ en este sentido resultaba incoherente con el papel que los jueces de Luxemburgo han desempeñado en la construcción de la “Comunidad de Derecho” o el reconocimiento de los derechos fundamentales en la UE<sup>762</sup>. Paradigmáticas resultan las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)*<sup>763</sup>, asunto en el que se intuirá un cambio jurisprudencial.

En este caso, la UPA acudió al TJ reclamando su legitimidad para interponer recurso de anulación contra las medidas de ejecución de la OCM del aceite que excluían de las subvenciones comunitarias diversos cultivos. Frente a la doctrina sobre la afectación directa, y dado que el acto impugnado revestía la forma de reglamento, la UPA alegó que de determinarse su falta de legitimidad para interponer tal recurso, se podría vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho reconocido por el ordenamiento comunitario como principio *general* y recogido en el propio CEDH<sup>764</sup>. El Abogado General *Jacobs*, concluirá que para evitar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su opinión, debería establecerse un cambio en la jurisprudencia del TJ, considerándose que “una persona resulta individualmente afectada por un acto comunitario si, debido a sus circunstancias particulares, el acto

---

<sup>759</sup> STJ de 15 de julio de 1963, *Plaumann/Comisión*, 25/62, p. 25. STJ de 18 de mayo de 1994, asunto *Codornú*, C-309/89. STJ Más recientemente, STJ 7 de diciembre de 2010, T-49/07, asunto *Sofiane Fahas*, FJ 33,

<sup>760</sup> STJ 17 de junio de 1980, C-789,790/79, asunto *Calpak*, FJ 9. STJ 15 de junio de 1993, C-213/91, *Albertal Sat Ltda*, FJ 20. Ver GARCÍA LOYGORRI, A., “En el horizonte de la tutela judicial efectiva, el TJCE supera la interpretación restrictiva de la legitimación activa mediante el uso de la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad”, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos, n.5, 2004.

<sup>761</sup> Por ejemplo ARNULL, A., “Private applicants and the action for annulment under article 173 of the Treaty”, CMLR, n. 32, 1995, pp. 44 y ss. MANCINI, G., “The role of the supreme courts at the national and international level: a case study of the Court of Justice of the European Communities ” en YESSIOU-FALTSI, P., *The role of the supreme courts at the national and international level*, OUP, 1998, pp.421 y ss. LENAERTS, K., “The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?”, en Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Vol. II, 1998, pp.591 y ss. CRAIG, P., y DE BURCA, G., *EU Law: Texts, cases and materials*, OUP, 2003, pp. 487 y ss. CHALMERS, D., *et alt.*, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 420 y ss.

<sup>762</sup> Me remito a la primera parte de esta tesis.

<sup>763</sup> Conclusiones presentadas el 21 de marzo de 2002, en el asunto *UPA*, C-50/00.

<sup>764</sup> Ver STJ *Jhonston*, cit.: En esa decisión, se dispone en el FJ 19 que “corresponde a los Estados miembros garantizar un control jurisdiccional efectivo para que se respeten las disposiciones aplicables de Derecho europeo y las de la legislación nacional destinadas a garantizar la posibilidad del ejercicio de los derechos previstos en la directiva”. Como señala CARANTA, R., “Judicial protection against member states: a new ius commune takes shape”, CMLR, 32, 1995, 703-726, ambas sentencias caracterizan el principio de tutela judicial efectiva como una obligación de los EE. MM. De asegurar que los derechos concedidos por el derecho comunitario pueden hacerse valer ante los tribunales nacionales, y consecuentemente, como un principio que permite a los jueces nacionales desplazar las disposiciones nacionales que hacen la afirmación de tales derechos imposible o la dificultan extremadamente, p. 706



lesiona o puede lesionar sus intereses de manera sustancial<sup>765</sup>”. De esta forma parecía abrirse la puerta a la acción particular de nulidad del Derecho europeo<sup>766</sup>.

Sin embargo, el TJ no asumirá los postulados del Abogado General y negará legitimidad a los particulares reafirmando su anterior doctrina. En la sentencia *UPA* el TJ decidirá finalmente que a falta de que se cumpla con el requisito de que la norma comunitaria afecte de forma individualizada al recurrente “ninguna persona física o jurídica puede, en modo alguno, estar legitimada para interponer recurso de anulación contra un reglamento”<sup>767</sup>.

A pesar de reafirmar su jurisprudencia tradicional el TJ no es insensible a las alegaciones de las partes. En la sentencia *UPA* el TJ añadirá que

*“procede recordar que la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de conformidad de los actos que adoptan con el Tratado y con los principios generales del Derecho, de los que forman parte los derechos fundamentales. Por consiguiente los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario...”*<sup>768</sup>

Pero, si no puede recurrirse directamente ante el TJ ¿cómo se puede garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva?, el TJ afirmará:

*“Pues bien, el Tratado, mediante sus artículos 173 y 184 (actualmente 277 TFUE), por una parte, y mediante su artículo 177 (268 TFUE) ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de las instituciones, confiando dicho control al juez comunitario. En dicho sistema, las personas físicas o jurídicas que debido a los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 173 párrafo cuarto (263TFUE), del Tratado, no puedan impugnar directamente actos comunitarios de alcance general, tiene la posibilidad, según los casos, de invocar la invalidez de tales actos bien de manera incidental ante el juez comunitario, en virtud del artículo 184 del Tratado, bien ante los órganos jurisdiccionales nacionales, e instar a estos órganos, que no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de tales*

---

<sup>765</sup> Ver el apartado 60 de las Conclusiones citadas.

<sup>766</sup> Poco tiempo antes, el TJ había flexibilizado sus criterios en base al derecho a la tutela judicial efectiva en la STJ de 2 de abril de 1998, asunto *Greenpeace*, C-321/95. Las interpretaciones de Jacobs en el asunto *UPA*, aun cuando no serán escuchadas por el TJ en este caso, sí fueron recogidas por el TPI en la STPI de 3 de mayo de 2002, asunto *Jegó-Quéré*, T-177/01.

<sup>767</sup> STJ de 25 de julio de 2002, asunto *Unión de Pequeños Agricultores*, C- 50/00.

<sup>768</sup> Ver STJ *UPA* FFJJ 37 a 41.

*actos a que soliciten un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre este extremo por medio de la cuestión prejudicial”<sup>769</sup>.*

En conclusión, el TJ repetirá una idea ya asentada en su jurisprudencia: corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>770</sup>. Pero lo sorprendente es que se apoye en la cuestión prejudicial para identificar el sistema completo de las vías de recurso y procedimientos destinadas a tal efecto. Como se observa, y en lo que aquí nos interesa, el TJ considerará que la falta de legitimación de los particulares para interponer recurso directo de nulidad ante el TJ se solventa a través del sistema “completo de vías de recurso” que contemplan los Tratados, sistema en el que la cuestión prejudicial de validez reemplaza a los mecanismos directos ante el TJ<sup>771</sup>.

Podríamos preguntarnos entonces el por qué de la negativa del TJ a ampliar la legitimación del recurso directo y a conocer directamente de tales asuntos. Podríamos contestarnos que el TJ teme una avalancha de recursos, una sobrecarga de trabajo insalvable con los medios y la estructura vigente en el momento. Podemos también pensar que trata de llamar la atención sobre los Estados impulsando una reforma de los Tratados, como realmente hizo<sup>772</sup>. Aunque ambas explicaciones son ciertas, no deberíamos olvidar que, muy probablemente el TJ cree realmente en el valor de la interrelación entre cuestión prejudicial, juez nacional y tutela judicial efectiva de las

---

<sup>769</sup> Ver STJ UPA FFJJ 37 a 41.

<sup>770</sup> Así se ha expuesto en diferentes ocasiones, estableciéndose el principio de la tutela judicial efectiva como principio general del Derecho comunitario, por ejemplo, en STJ *Ministerio Público y Gomes Valente*, C-393/98. Este principio ha sido incluido en los propios Tratados. Conforme al artículo 19.1 TUE: Los estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. Ver al respecto CRAIG, P., y DE BURCA, Text, cases and materials, OUP, 2000.

<sup>771</sup> Así lo cree también y lo expresa el AG RUIZ JARABO en las conclusiones de 28 de abril de 2005 en el asunto *Atzori et alt.*, C- 346, 529/03. En este sentido en doctrina ver DE BURCA, G., y WEILER, J. H. H., consideran que el TJ ha elevado a la cuestión prejudicial a la función equivalente del recurso por incumplimiento y el recurso directo. Cfr. *The European Court of Justice*, cit., p. 28

<sup>772</sup> Así se expresa GARCÍA LOYGORRI, A., “En el horizonte de la tutela judicial efectiva...”, cit. El impulso del TJ hacia la reforma de los Tratados tuvo éxito, y puede constatarse en las discusiones en comisión con motivo de la reforma de los Tratados para el desarrollo del borrador de lo que sería posteriormente el proyecto del Tratado constitucional. Así, vale la pena señalar parte de estas discusiones recogidas en el documento CONV. 636/03 CERCLE I, 13, punto 18: “A raíz del debate se ha observado que existía una clara división del círculo en dos grupos de miembros. El primero de estos considera que la actual formulación de esta disposición satisface los requisitos esenciales de la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables, habida cuenta de que, en el actual sistema descentralizado inspirado en el principio de subsidiariedad, son sobre todo los órganos jurisdiccionales nacionales los que deben defender los derechos de los particulares, y que podrían (o deberían, si se trata de la última instancia) plantear preguntas prejudiciales al Tribunal sobre la validez de un acto de la Unión; por consiguiente, no sería necesario introducir modificaciones sustanciales en el párrafo cuarto del artículo 230 del TCE. Para dichos miembros resultaría adecuado, por el contrario, que la Constitución mencionara explícitamente que, con arreglo al principio de cooperación leal, tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar y aplicar en la medida de lo posible las normas internas de procedimiento que regulan el ejercicio de los recursos, de forma que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar ante los tribunales la legalidad de toda decisión u otra medida nacional relativa a la aplicación, en lo que a aquéllas incumbe, de un acto de la Unión de alcance general, alegando la invalidez del mismo. En efecto, corresponde a los Estados miembros establecer un sistema de vías de recurso y procedimientos que permitan garantizar el respeto del derecho de los particulares a una protección jurisdiccional efectiva para los derechos derivados del Derecho de la Unión”.

pretensiones invocadas por los particulares, como mecanismo válido, mientras tanto, para garantizar la unidad del ordenamiento, la uniformidad del Derecho europeo<sup>773</sup> y, más aún, el cumplimiento de las obligaciones de los Tratados por los Estados miembros<sup>774</sup>.

En mi opinión, todo el debate en torno a la naturaleza de la cuestión prejudicial trata de nuevo con la metáfora del Juez nacional como “piedra angular” de la integración entre ordenamientos. Metáfora que conforme a la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2008 encaja en la visión de la UE como “una comunidad fundada y basada en el Estado de Derecho; que el Derecho comunitario es letra muerta si no es aplicado adecuadamente por los Estados miembros, incluyendo los jueces nacionales, que son, por lo tanto la piedra angular del sistema judicial de la Unión Europea y que desempeñan un papel central e indispensable para la creación de un ordenamiento jurídico único europeo”. Este valor del juez nacional como juez comunitario sobre el que se ha ido construyendo “todo un arsenal de poderes-deberes del juez nacional frente al Derecho interno incompatible con el comunitario<sup>775</sup>”, debe recordarse, se construye sobre dos piezas básicas. Por un lado, un ordenamiento autónomo que debe ser integrado en los ordenamientos nacionales y aplicado de manera uniforme: construido sobre el principio de primacía del Derecho europeo, el juez nacional debe inaplicar las disposiciones nacionales contrarias a Derecho europeo<sup>776</sup>. Por otro lado, un sistema de fuentes europeas que incorporan al ordenamiento nacional directamente disposiciones europeas, y que en consecuencia pueden ser invocadas ante los jueces nacionales como fundamento de pretensiones particulares (eficacia directa).

---

<sup>773</sup> En este sentido, para PESCATORE, aunque sea al juez nacional a quien corresponde observar la pertinencia de la pregunta y formular el contenido de la cuestión prejudicial, siempre le conviene consultar a las partes, lo que muestra “que el juez normalmente está precedido en su exploración por las partes y por los abogados de estas. La historia del recurso prejudicial muestra que, en realidad, el éxito del artículo 177 se debe a la sensibilización de las partes, por lo que se refiere a los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario, a la iniciativa de los abogados y a la comprensión por el juez de la problemática planteada ante él”. PESCATORE, P., “la interpretación del derecho comunitario por el juez nacional”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 23, nº 1, pp. 7-32.

<sup>774</sup> En un sentido similar MANCINI, F., KEELING, D., “From CILFIT to ERT: the constitutional challenge facing the European Court”, cit., cuando expresan que Francovich dio al artículo 169 TCEE y al poder de revisión sobre la legislación nacional uñas y dientes más incisivos que aquellos inventados por los autores del Tratado de Maastricht. También DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., y PERNICE, I., “FIDE 2002 Eu Law and National Constitutions”, WHI Paper 17/02, pp. 21 y ss. Adelantamos ahora algunas citas sobre la relación entre los ciudadanos y los Estados miembros a través de los procedimientos jurisdiccionales dirigidos a la aplicación y al cumplimiento del derecho comunitario (“remedies”). Ver por ejemplo EILMANSBERGER, T., “The relationship between Rights and remedies in EC Law: in search of the Missing link”, *CMLR*, n. 41, 2004, pp. 1199-1246; CURTIN, D., y MORTELMANS, K., “Application and Enforcement of Community Law by the Member States: actors in search of a third generation script”, en CURTIN, D., y HEUKELS, T., (eds.), *Institutional dynamics of European integration. Essays in honour of Henry G. Schermes*. Vol. II, Martins Nijhoff Publishes, Dordrecht, Boston/London, 1994, pp. 423-466; más en general y completo KILPATRICK, C., NOVITZ, T., y SKIDMORE, P., *The future of remedies in Europe*, Oxford, Hart, 2000.

<sup>775</sup> ALONSO GARCÍA, R., “Juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado constitucional”, cit.,

<sup>776</sup> STJ *Tanja Kreil* de 11 de enero de 2000, donde el TJ justifica la existencia de la primacía del Derecho europeo sobre el nacional en la necesidad existencial de no contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme de Derecho comunitario, ver FJ 16.

Ahora, se concretan dos obligaciones del juez nacional: la obligación del juez de reenvío al TJ, y la obligación del juez nacional de garantizar la tutela judicial efectiva de los particulares europeos. Estas obligaciones traen causa de la eficacia directa y la primacía del Derecho europeo, son los mecanismos esenciales de la construcción de la unidad del ordenamiento europeo, el mecanismo de la integración. La lógica de la cuestión prejudicial no es sino un instrumento de apoyo para el juez nacional al cumplir con su obligación de dar uniformidad al Derecho europeo al tiempo que tutela los derechos de los particulares.

F) ¿Un lugar común entre el TC y el TJ?: reconstrucción de la estructura de las relaciones interordinamentales desde la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y la cuestión prejudicial.

Llegados a este punto creo que pueden asentarse algunas conclusiones. El propio concepto de Unión Europea necesita de la uniformidad aplicativa de su Derecho. Esta es la finalidad de la integración europea. El Derecho europeo debe surtir eficacia uniforme en todos los Estados miembros, debe desplegar iguales efectos en todos los Estados. El Derecho europeo, se asienta en su necesaria eficacia uniforme, eficacia que se despliega en ámbitos de validez territorial, personal, y temporal idénticos a los del Derecho de cada Estado miembro. Es normal, por tanto, que surjan conflictos entre disposiciones pertenecientes a ordenamientos diversos. Para que el ordenamiento europeo responda entonces a su máxima de eficacia uniforme el TJ dotó a las normas europeas de primacía.

La primacía fue muy contestada por los jueces y tribunales constitucionales, pues su aparición suscitaba infinidad de conflictos de carácter constitucional. Para evitar estos conflictos se concedió al principio de primacía un contenido mínimo: la obligación del juez nacional de inaplicar la norma nacional que resultase contraria al Derecho europeo. El resto de su contenido o las consecuencias de la inaplicación se remitieron a lo establecido o permitido por los sistemas de fuentes nacionales.

El TC español, como se vio en el apartado anterior, se ha posicionado en este sentido. La primacía del Derecho europeo es una cuestión infraconstitucional. Es el juez ordinario el encargado de establecer cuándo debe inaplicarse la norma nacional conforme al principio de primacía, pues la contradicción entre una disposición nacional y otra disposición europea no hace surgir una vulneración indirecta de la Constitución. Sin embargo, se ha visto en este capítulo que en determinadas situaciones esta definición del principio de primacía no ha sido suficiente, ni siquiera para el propio TC, para evitar la cantidad de cuestiones de carácter constitucional que suscita la primacía, cuestiones relacionadas en primer plano (y en perspectiva jurídica) con las garantías constitucionales del proceso.

Concretamente, cuando el juez nacional considera que una norma con rango de ley debe ser inaplicada por ser contraria a una disposición europea, el TC ha debido profundizar en el contenido del principio de primacía. Sin revisar su naturaleza infraconstitucional ha puesto el principio de primacía en relación con la cuestión prejudicial y la tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares. De esta forma se garantizaba un correcto uso de la misma. Como se ha observado, desde la STC 58/2004 el TC refuerza el carácter obligatorio del planteamiento de la cuestión prejudicial, objetiva su planteamiento, cuando la primacía obliga al juez a inaplicar una norma con rango de ley, en esta situación el TC ha objetivado los criterios del juez para decidir si plantear o no la cuestión prejudicial, de forma que la inaplicación de la ley nacional por el juez ordinario se recubre con la garantía de la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial al TJ, reutilizando la doctrina *CILFIT* como garantía del propio sistema de fuentes interno.

Como se observa, aunque el TC y el TJ hayan seguido la misma dinámica que sus colegas europeos, estableciendo una dialéctica basada en la separación de ámbitos de validez de los ordenamientos y tratando de separar al máximo sus competencias sobre su respectivo ordenamiento, en el nivel inmediatamente inferior a la Constitución sus discursos convergen en la utilidad de la cuestión prejudicial.

El TC asume la cuestión prejudicial como una garantía de su propio sistema de fuentes, y objetiva las posibilidades del juez para su planteamiento y, como observamos, también el TJ ha seguido la misma dinámica. Ha objetivado los criterios del planteamiento de la cuestión prejudicial. Claro está que lo ha hecho guiado por un objetivo diverso. La aplicación uniforme y la unidad del ordenamiento europeo. El caso es que tanto TC como TJ entienden la cuestión prejudicial como una garantía de los efectos de la primacía: uno en el momento de la inaplicación de normas de rango legal por el juez ordinario, el otro como garantía de la aplicación uniforme de la disposición europea.

Pero no es éste el único punto de encuentro. La cuestión prejudicial se configura también como una salvaguarda de los derechos de los particulares. Para el TC la inaplicación de la ley sin previa resolución del TJ supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El TJ sitúa en la cuestión prejudicial el punto clave para que los particulares puedan disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario, pues en las demás vías de recurso encuentran serias dificultades. Se observa entonces que la primacía se impregna, en el ámbito de la aplicación de las normas, con una garantía tanto para el ordenamiento nacional como para el comunitario: la cuestión prejudicial. Cuestión prejudicial que se conecta directamente con los particulares a los que se aplica finalmente la norma derivada del conflicto. De esta forma para el TJ la cuestión prejudicial protege la uniformidad interpretativa de la disposición europea, para el TC el sistema de fuentes interno. Pero en última instancia los dos tribunales consideran que, en el litigio

concreto, más allá de cuestiones de forma, la cuestión prejudicial repercute sobre los derechos de los particulares presentes en el litigio. Se observa entonces que la primacía tiene una influencia directa sobre los derechos de los particulares, en tanto que puede ser invocada por ellos, en defensa de sus derechos, frente a normas nacionales dando lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial.

Dicho de otro modo conforme al propio TJ, si la cuestión central de la integración es la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo, y en consecuencia que éste tiene primacía sobre el nacional; la consecuencia práctica es que el juez nacional, apoyado en el mecanismo prejudicial, debe dar satisfacción a las pretensiones que los ciudadanos invoquen ante él fundadas en Derecho europeo, frente a las normas o actos de los Estados, garantizando a un tiempo uniformidad y tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos.

El TJ, mediante la construcción jurisprudencial de las posibilidades de los ciudadanos de invocar el Derecho europeo en garantía de pretensiones subjetivas ante el juez nacional, encuentra la piedra angular, el momento esencial, sobre el que desarrollar las necesarias consecuencias del principio de primacía del Derecho europeo, la garantía del cumplimiento uniforme del Derecho europeo. Así lo dispuso el propio TJ en la STJ de 5 de marzo de 1996, asunto *Brâsserie du Pecheur*<sup>777</sup> (C-46,48/93) al afirmar que “el propósito de invocar normas de Derecho europeo “directamente aplicables” acaba siendo “asegurar que las disposiciones de Derecho europeo prevalecen sobre las disposiciones nacionales”.

Los jueces nacionales, como jueces comunitarios, son los encargados de tutelar los derechos atribuidos a los particulares por el Derecho comunitario<sup>778</sup>. En esta misión, entre sus potestades, encuentran la obligación de inaplicar normas nacionales contrarias. Por lo tanto en la tutela de los derechos concedidos por el ordenamiento europeo, se garantiza al mismo tiempo la uniformidad del Derecho europeo. Incluso en aquellos casos en los que el juez no considere la necesidad de inaplicar la norma nacional y con ello puede poner en peligro la eficacia uniforme del Derecho europeo, la invocación del Derecho europeo por el particular puede condicionar, o impulsar, la duda del juez sobre su interpretación o su validez, y una vez objetivados al máximo los criterios CILFIT y FOTO-FROST por el TJ - e incluso por el TC-, la invocación del ciudadano puede conducir el asunto directamente ante el TJ.

Por ello, el TJ ha convertido la cuestión prejudicial en un procedimiento jurisdiccional clave para la garantía de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos europeos. Pues aquí, la invocación por el particular, viene a señalar aquellos momentos conflictivos de relación entre ordenamientos, las posibles antinomias, constatando en litigios materiales concretos las posibles fallas para la uniformidad y

---

<sup>777</sup> STJ *Brâsserie du Pecheur*, de 5 de Marzo de 1996, asunto C-46,48/93, FJ. 7.

<sup>778</sup> STJ *Verholen*, de 11 de julio de 1991, C- 87,88,89/90.

unidad del ordenamiento europeo. La ampliación de las posibilidades de invocación del Derecho europeo por el particular permite el desarrollo de la integración entre ordenamientos caso por caso.

En este mismo sentido con CURTIN y MORTELMANS podemos decir que la tutela judicial de los intereses jurídicos de los particulares se convierte en la verdadera clave de todo el edificio jurisprudencial sobre la efectividad del ordenamiento europeo<sup>779</sup>. O igualmente con CARANTA, que la invocación por los particulares ante los jueces nacionales de sus pretensiones fundadas en Derecho europeo se ha considerado una poderosa herramienta para forzar el cumplimiento de los Tratados por los Estados miembros<sup>780</sup>, e igualmente la necesaria eficacia del Derecho europeo.

Como observamos entonces, el TJ de manera extraordinariamente útil ha reconstruido el principio de primacía desde las posibilidades de invocación por el ciudadano/particular del Derecho europeo ante el juez nacional. El TJ se ha situado, en mi opinión, en el ámbito práctico de la aplicación concreta de las normas en casos reales, de manera que nos descubre una ampliación del concepto y el contenido del principio de primacía, contenido que no por fundarse en el momento de la selección de la norma aplicable al caso carece de, o deja de aportar, un contenido constitucional en la construcción de la integración.<sup>781</sup>

El principio de primacía entra en acción en el momento de la selección de la norma aplicable al caso concreto suscitado ante el juez, especialmente cuando se descubre una posible contradicción entre disposiciones nacionales y europeas. Por tanto, si ampliamos las posibilidades de invocación del Derecho europeo ante los jueces nacionales (especialmente por los particulares en defensa de pretensiones fundadas en el ordenamiento europeo, “talón de Aquiles” del ordenamiento jurídico internacional), y si se involucra a los particulares en el litigio concreto en el momento en que surge la duda sobre la interpretación o validez de las disposiciones europeas, y si éstos pueden apremiar al juez en el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el

---

<sup>779</sup> “The vigilance of the interest individuals is truly the cornerstone of the whole jurisprudential edifice for the effectiveness of Community law” dirán CURTIN, D., MORTELMANS, K., “Application and enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third generation Script”, pp. 423-466., en CURTIN, D., y HEUKELS, T., (eds.) “Institutional Dynamics of European Integrations. Essays In Honour of Henry G. Schermes”, Vol. II, Martins Nijhoff Publishes, Dordrecht/Boston/London, 1994.

<sup>780</sup> También CARANTA, R., “*judicial protection against member states: a new ius commune takes shape*”, CMLR, 32, 1995, 703-726 afirmará: “in fact, actions by individuals in national courts have always been considered a powerful tool to force Member States to comply with their obligations» p. 710. Ver también MASSERA, M., L’amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario, 1993, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 19, p. 47. También JOLIET, L., “La protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques”, Rev. Fr. Dr. Adm., 1994, nota 7, p.867.

<sup>781</sup> Acercarse al principio de primacía desde la práctica, desde asuntos concretos invocados por los ciudadanos tiene una virtud que no deriva de la discusión en el nivel constitucional, superestructural, pues “una aproximación demasiado teórica mientras que permitiría una posible explicación a posteriori, no nos equipararía con las herramientas necesarias para comprender el razonamiento del TJ”. Ver en este sentido LENZ Y TYNES “Back to Basic...s”, op, cit.,

TJ, entonces, no sólo se estimulan los procedimientos de garantía de la eficacia uniforme del Derecho europeo en el momento de su aplicación, sino que, en mi opinión, consciente o inconscientemente, el TJ permite incluir al ciudadano en la construcción de la integración, pues lo estimula a reivindicar la eficacia del Derecho europeo ante los tribunales y ha “delatar” los incumplimientos de los poderes públicos nacionales.

En definitiva, el ciudadano se sitúa en un lugar privilegiado en el momento trascendental de la integración, la aplicación del Derecho europeo para la resolución de conflictos sociales cotidianos. El ciudadano pasa a convertirse en actor de la primacía, y esta comienza a llenarse de un contenido que integra todas las posturas de los Altos tribunales (sobre relaciones entre ordenamientos), pero ahora desde la infraestructura de la integración en la que también aparece el particular: continúa siendo acicate de la uniformidad aplicativa del Derecho europeo, pero paralelamente se contempla como garantía de la tutela de los derechos de los ciudadanos. Extremo éste último que necesariamente aceptan tanto el TC como el TJ.

Doctrinalmente, nos resulta de extraordinaria utilidad para observar estos cambios en el contenido del principio de primacía la metodología del Derecho constitucional europeo, en perspectiva amplia, y la teoría häberliana sobre la Sociedad abierta de los intérpretes del Derecho constitucional. En este sentido se ha observado a través de las afirmaciones del TJ en confrontación con los Tribunales constitucionales, que la interacción entre el espacio constitucional de los Estados y el de la UE ha conducido, por un lado, a señalar las enormes carencias político constitucionales del proceso de integración, y, de esta interacción crítica, ha surgido una línea de desarrollo constitucional propio. La primacía se ha recubierto de garantías para ser asumida en el orden constitucional de los Estados, garantías de naturaleza europea que permiten, al tiempo, salvaguardar las líneas rojas de cada ordenamiento (la garantía de los derechos de los ciudadanos y la uniformidad aplicativa). Como hemos dicho esa garantía es la cuestión prejudicial. Este incidente procesal, al cumplir una nueva función de integración constitucional, además ha ido transformando sus postulados iniciales. De ser un mecanismo exclusivamente destinado a la jurisdicción y de naturaleza discrecional, horizontal y bilateral, un instrumento de diálogo jurisdiccional, se aproxima poco a poco hacia una configuración cercana al recurso de las partes ante el TJ<sup>782</sup>.

Este desarrollo se explica igualmente a través de la interacción entre espacios constitucionales que fomentan y articulan el proceso de constitucionalización del Derecho europeo. Dadas las enormes carencias democráticas del proceso de

---

<sup>782</sup> HÄBERLE, P., “Europa como Comunidad constitucional en desarrollo”, ReDCE, n.1, 2004 , HABERLE, P., “La Sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, Trad. Xavier Arzoz Santisteban, Retos actuales del Estado Constitucional, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15-46.



integración, y dado que la participación política de los ciudadanos en el mismo se encuentra cerrado, la interacción entre espacios expresada en el diálogo entre tribunales ha dado como fruto la apertura de algunas vías de participación jurídica de las particulares antes inexistentes. Recuérdese que la cuestión prejudicial puede cumplir en ocasiones una función de recurso para las partes ante el TJ. Atendiendo a la teoría de la Sociedad abierta de los intérpretes constitucionales de HÄBERLE, el acceso de los particulares al TJ se ha convertido en la vía de escape de la presión provocada por los problemas democráticos de la Unión, de modo que los ciudadanos, aun por vías jurídicas y no políticas, pueden terminar participando de la interpretación del Derecho y el desarrollo del proceso de integración como partes en un proceso jurisdiccional. Recordemos que «cada quien que vive una norma constitucional la co-interpreta en un sentido amplio, profundo», o en términos europeos, cada quién que invoca una norma europea (a través del principio de primacía y eficacia directa) ante la jurisdicción nacional, la co-interpreta, la concreta en un caso particular, y la desarrolla cuando fundamenta sobre ésta pretensiones subjetivas y derechos frente a la actuación del poder público. La posibilidad que se presenta ahora, a un tiempo, en la cuestión prejudicial de personación de las partes ante el TJ puede suponer, desde el proceso, una «garantía del pluralismo y la participación» de los ciudadanos, pues, mediante la cuestión prejudicial como garantía de la primacía el ciudadano puede forzar el diálogo entre tribunales, contribuyendo, por un lado, al desarrollo del Derecho constitucional europeo en sentido amplio, y por otro lado, forzando que el propio TJ intervenga en su caso. En sede europea, el ciudadano podrá aportar una interpretación particular del Derecho originario europeo en igualdad de condiciones a los representantes de los Estados miembros y las Instituciones europeas.

Sobre la consideración de la utilidad de la invocación de los ciudadanos a los efectos de la primacía, en el próximo capítulo, examinaremos las posibilidades que ofrecen las normas europeas para ser invocadas por los particulares. Veremos cómo, en el concepto de eficacia directa, ha existido también una evolución en la jurisprudencia del TJ a la luz del principio de primacía, pues ésta se convierte en objetivo esencial de la invocación del Derecho europeo ante los tribunales. Terminaremos así por estudiar que la invocación del Derecho europeo ante el juez nacional por los ciudadanos, la fundamentación en Derecho europeo de pretensiones subjetivas de los particulares frente al Derecho nacional, supone una verdadera invocación del principio de primacía por los ciudadanos que permite, al mismo tiempo, garantizar la uniformidad en la aplicación de disposiciones nacionales, garantizar el cumplimiento por los Estados del Derecho europeo y tutelar derechos de los ciudadanos. En mi opinión, de esta forma se configura una auténtica legitimación del Derecho europeo aplicable por el juez frente al ordenamiento nacional.

**CAPÍTULO CUARTO.**

**LA INVOCACIÓN DEL DERECHO EUROPEO POR  
LOS CIUDADANOS: EFICACIA DIRECTA Y PRIMACÍA**



## 6. LA EFICACIA DIRECTA COMO DIMENSIÓN DE LA PRIMACÍA REVISADA

### 6.1 La Eficacia directa del Derecho europeo como garantía

Tras lo expuesto en los capítulos anteriores llegamos a plantear una cuestión necesaria. Si la primacía se resuelve en el momento de aplicación de las normas, si es el juez el que resuelve el conflicto normativo, debemos exponer cuándo pueden los ciudadanos invocar el Derecho europeo directamente ante el juez nacional. Damos por hecho que el juez debe aplicar de oficio el Derecho europeo allá donde sea aplicable, pero como nuestra finalidad es observar la primacía desde sus posibilidades de invocación por los ciudadanos frente a los Estados, debemos centrarnos en este momento concreto. Creo que desde aquí la primacía puede adquirir perfiles constitucionales. No debe extrañarnos que la mayor parte de este capítulo se centre en la eficacia de las directivas, pues siendo ésta una fuente vinculante y obligatoria para sus destinatarios carece de eficacia directa. Es en la directiva en la que la eficacia directa ofrece menor claridad. Aquí se encuentra entonces la quiebra de las posibilidades de la eficacia uniforme del Derecho europeo, y por ende, y sólo a priori, de la primacía.

#### A) La vinculación de los ciudadanos al Derecho europeo

Como ya ha quedado claro, la enorme trascendencia de la Unión Europea como experimento pionero, desde un punto de vista político, reside en la aplicación directa de su Derecho a los ciudadanos, a los que se imponen obligaciones y se conceden derechos directamente desde el ordenamiento europeo. Esta es la característica que permite considerar al ordenamiento europeo como algo distinto al Derecho internacional, una organización de naturaleza *sui generis*. La UE ha sido reconocida como un ordenamiento con una funcionalidad y características distintas del Derecho Internacional o de cualquier organización internacional. El TJ lo ha definido como un “ordenamiento jurídico de carácter autónomo”. Particularmente, desde un punto de vista jurídico, la naturaleza distinta de la UE respecto de cualquier otra organización de tipo internacional, son los “efectos” que el Derecho europeo desarrolla en los ordenamientos jurídicos nacionales. Estos efectos jurídicos son producto de las más importantes decisiones del TJ que han reconocido a las normas de Derecho europeo la virtud de la eficacia directa y de la primacía sobre el Derecho estatal. La eficacia directa y la primacía de las disposiciones europeas podrían resumirse, en principio, como la obligación de los Estados miembros de aplicar y conceder eficacia a las normas europeas en los ordenamientos nacionales. La primacía y la eficacia directa

conforman entonces la faceta jurídica de la naturaleza *sui generis* del Derecho europeo, por ser garantía de su aplicación y su eficacia<sup>783</sup>.

Si observamos bien lo expuesto hasta el momento en esta tesis, los particulares efectos del Derecho europeo traen causa de que el TJ ha reconocido como sujetos del Derecho europeo tanto a los Estados como a los ciudadanos. Las normas europeas vinculan tanto a unos como a otros. Sin embargo, como se señaló en la primera parte de esta Tesis, los sujetos del Derecho europeo no se encuentran en la misma posición. Pese a que tanto Estados como ciudadanos se encuentran vinculados por el Derecho europeo, los ciudadanos se encuentran en una posición más frágil respecto de los Estados. Desde el punto de vista de la producción del Derecho europeo los Estados aun mantienen ámbitos de poder reservados al Consejo en sus distintas formaciones y vedados al Parlamento, órgano de representación ciudadana<sup>784</sup>. Se señaló la vergonzosa privación de participación de los ciudadanos en la producción de los Tratados. También se ha señalado que los ciudadanos se encuentran limitados para acceder al procedimiento del recurso de anulación o recurso directo (destinatariiedad, afectación directa e individual) ante el TJ, mientras que los Estados son actores “privilegiados<sup>785</sup>” para interponer recurso contra aquellas normas europeas que consideren contrarias a los Tratados<sup>786</sup>. Igualmente ocurre con el recurso por incumplimiento para el que sólo están legitimados activamente los Estados<sup>787</sup>. También se ha discutido ya que el juez nacional, poder público estatal, tenga discrecionalidad para plantear la cuestión prejudicial y permitir el acceso ante el TJ a las partes en el litigio.

No obstante, la principal causa de la fragilidad de la posición de los ciudadanos en el ámbito europeo, es que el Derecho europeo es aplicado e implementado en el ámbito nacional principalmente a través de los poderes públicos nacionales. Por ello, y en consonancia con lo expuesto anteriormente, el problema esencial del éxito del Derecho europeo como ordenación supranacional residirá en las garantías que el ordenamiento europeo estipule para sus ciudadanos, garantías de aplicación de sus normas y de eficacia de los derechos y obligaciones entre y para sus ciudadanos. Garantías que avalen los derechos concedidos a los ciudadanos por el Derecho europeo y afiancen las obligaciones de los Estados en su implementación.

---

<sup>783</sup> Sobre la conformación del ordenamiento europeo sobre los principios de primacía y eficacia directa ver CHALMERS, D., HADJIEMMANUIL, C., MONTI, G., TOMKINS, A., *European Union law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 45-50.

<sup>784</sup> Ver por ejemplo el artículo 82.3 TFUE respecto de la cooperación judicial en materia penal, donde el Consejo se reserva aun el derecho de veto sobre las directivas creadas por el procedimiento ordinario.

<sup>785</sup> La característica es común a la ciencia europea, que distingue entre actores privilegiados y no privilegiados para interponer el recurso directo ante el TJ. Por ejemplo CHALMERS, D., et al., *European Unión Law*, *cit.*, pp. 417 y ss.

<sup>786</sup> Conforme al párrafo segundo del artículo 263 TFUE el TJ “será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento europeo, el Consejo o la Comisión”.

<sup>787</sup> Conforme al artículo 259 párrafo 1 TFUE “cualquier Estado podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumbe en virtud de los Tratados”.

Desde la perspectiva del Derecho constitucional deben destacarse las posibilidades que encuentran los ciudadanos para invocar ante órganos jurisdiccionales las obligaciones europeas en sus conflictos con las Instituciones o con los poderes públicos de sus Estados miembros. Las posibilidades de los ciudadanos, como sujetos de Derecho europeo, para garantizar la eficacia de sus disposiciones frente a los Estados que, estando también sujetos a este Derecho comunitario, se encargan de aplicarlas. Como también se dijo con LENAERTS, los procedimientos de invocación del Derecho europeo ante los órganos jurisdiccionales se encuentran en el corazón del Derecho constitucional europeo, puesto que “todo ordenamiento jurídico conformado con normas legales que prometen una realidad que los ciudadanos no pueden disfrutar en la práctica pierde eventualmente toda credibilidad. Por ello una más efectiva y orientada aplicación del Derecho europeo puede ayudar a restaurar la fe en la razón de ser de la Unión”. Una aproximación más uniforme a la invocación del Derecho europeo por los ciudadanos haciendo valer sus derechos y las obligaciones de los Estados puede contribuir a fortalecer la legitimidad de la Unión<sup>788</sup>.

Como se sabe la posibilidad de los ciudadanos de invocar normas de Derecho europeo directamente ante los jueces nacionales fue reconocida por el TJ a través del principio de eficacia directa del Derecho europeo en la Sentencia *Van Gend en Loos*. El reconocimiento de la eficacia directa del Derecho europeo supuso una importante novedad, puesto que no se preveía en los Tratados que sus disposiciones pudiesen aplicarse directamente, suponiendo consecuentemente que pudiesen ser invocadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales en defensa de las prerrogativas concedidas.

Ha sido precisamente el reconocimiento jurisprudencial de la atribución directa de derechos por las fuentes comunitarias a los ciudadanos lo que ha provocado que la naturaleza de las Comunidades Europeas trascienda desde el ámbito clásico del Derecho internacional hacia una nueva concepción de ordenamiento jurídico supranacional, ordenado a través de los principios de primacía y eficacia directa de sus disposiciones. De este modo se ha determinado en el capítulo anterior la enorme relevancia que tiene en la comprensión de la integración la posibilidad de invocación por el ciudadano ante el juez nacional de los derechos concedidos a los ciudadanos por el Derecho europeo: como tutela de los derechos y como garantía de la eficacia uniforme de sus disposiciones. Desde la perspectiva de esta tesis, en relación con la primacía, la posibilidad de invocar normas europeas y de su aplicación directa, eficacia directa, permite al mismo tiempo su aplicación uniforme y la tutela de los derechos de los particulares.

---

<sup>788</sup> LENAERTS, K y COUTHAUT, T., “Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law”, cit., pp. 287 y ss.

B) La eficacia directa de los Tratados: la invocación del Derecho europeo por los particulares ante los tribunales nacionales es garantía del Derecho europeo

En el asunto *Van Gend en Loos C- 26/62, de 5 de febrero de 1963* el TJ afirmó, por primera vez, el carácter autónomo del ordenamiento comunitario, y como sabemos, de este carácter autónomo derivó la primera expresión del principio de eficacia directa. Como se expuso detenidamente con anterioridad sólo recordaremos algunos aspectos esenciales de la Sentencia desde la perspectiva de la invocación del Derecho europeo por los particulares frente al incumplimiento de los Estados miembros. Se pretende mostrar ahora de esta decisión, lejos de su funcionalidad en las relaciones entre ordenamientos, desde la perspectiva de la invocación de los ciudadanos ante el juez de los incumplimientos del Estado.

En la famosa sentencia, el juez administrativo holandés se dirigió por vía prejudicial al TJ cuestionándole si el artículo 12 del TCEE tenía efecto interno en el ordenamiento neerlandés. Este artículo dice actualmente (art. 30 TFUE): “quedarán prohibidos entre los Estados miembros los derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente”. La cuestión parte de que la disposición del Tratado ha sido invocada por un particular, frente a la imposición de un derecho arancelario por las autoridades estatales. La pregunta del juez holandés es si «el artículo 12 del Tratado tiene un efecto directo en Derecho interno, en el sentido de que los nacionales de los Estados miembros puedan invocar,..., derechos que el juez deba proteger<sup>789</sup>».

La respuesta ya la conocemos, pero puede ser examinada ahora desde una perspectiva distinta. En primer lugar, el TJ considerará, respecto al fondo del asunto, que la imposición de un derecho arancelario por las autoridades holandesas a la empresa *Van Gend en Loos*, es contraria a la prohibición establecida en el Tratado<sup>790</sup>. Esta obligación de no imponer derechos de aduana es jurídicamente vinculante para los Estados miembros, y debe ser garantizada ante posibles incumplimientos. La cuestión central que debe resolver el TJ para dar una respuesta a la cuestión prejudicial es: ¿cómo garantizar las obligaciones impuestas por los Tratados a los Estados?, y ¿qué hacer cuando el incumplimiento perjudica a un particular de otro Estado?

Nos interesa, pues, el debate sobre los mecanismos de garantía del Derecho europeo, pues sobre este debate se fundamenta originariamente la eficacia directa de las disposiciones de los Tratados. En principio las autoridades nacionales presentes en

---

<sup>789</sup> Primer considerando “En cuanto al Fondo” de los Fundamentos Jurídicos de la primera cuestión. STJ *Van Gend en Loos C- 26/62, de 5 de febrero de 1963*.

<sup>790</sup> El artículo 12 TCEE dispone: «Quedarán prohibidos los derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente. Esta prohibición se aplicará también a los derechos de aduana de carácter fiscal». El artículo 12 del TCEE fue enumerado como artículo 25 del TCE, y actualmente es el artículo 30 del TFUE

el litigio alegan que en los Tratados existe ya un mecanismo de garantía de las obligaciones impuestas a los Estados miembros, el recurso por incumplimiento, un mecanismo activable ante la Comisión, por lo demás Estados miembros, frente al incumplimiento de los Tratados de un Estado<sup>791</sup>. Sin embargo, el TJ considera que el recurso por incumplimiento constituía una garantía insuficiente para la eficacia real de las disposiciones de los Tratados. Efectivamente la decisión derivada de este proceso tiene un mero carácter declarativo del incumplimiento. La denuncia ante la Comisión del incumplimiento de un Estado puede derivar en un proceso ante el TJ y en una sanción económica, pero esta consecuencia no asegura realmente el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados por los Tratados. No asegura la eficacia uniforme del Tratado.

Además, como indica el propio TJ, el recurso por incumplimiento protege a los Estados miembros frente al incumplimiento de los demás Estados miembros, pero existen otros sujetos de Derecho europeo, los particulares, a los que los Tratados también imponen obligaciones y conceden derechos. Por ello, la previsión de un mecanismo de garantía de los Tratados como el recurso por incumplimiento no debería implicar

*«la imposibilidad de que los particulares invoquen, llegado el caso, esas obligaciones ante el juez nacional, al igual que el hecho de que el Tratado facilite 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 se denuncie la violación de dichas obligaciones; ... limitar las garantías contra una infracción ... por los Estados miembros, únicamente, ...[al recurso por incumplimiento] haría desaparecer toda protección jurisdiccional directa de los derechos individuales de sus nacionales<sup>792</sup>».*

En este caso la disposición del Tratado invocada, que impone claramente una obligación a los Estados, puede interpretarse como el derecho, de este particular, a comerciar libremente entre Estados, sin que se le impongan derechos de aduana. Es decir, de una obligación incondicional del Tratado deriva un derecho para el particular que la invoca. El TJ observará entonces que los particulares y ciudadanos de los Estados miembros deben ser incluidos en las herramientas de garantía del Derecho europeo, pues no se les puede privar de una garantía jurisdiccional si se pretende que el Derecho europeo sea eficaz y, debe recordarse que, en el recurso por incumplimiento los particulares no son actores ni activos ni pasivos.

---

<sup>791</sup> En los arts. 258, 259 y 260 TFUE se disponen diversos procedimientos de control sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados por parte de los Estados. Se dispone en diversas fases que se centran en el control por parte de la Comisión. De su simple examen puede advertirse el carácter “internacionalista” del mismo, en algún modo reforzado por el papel del TJ y la posibilidad de una sanción económica a tanto alzado.

<sup>792</sup> *Ibidem*, Séptimo Considerando



Ante semejante tesitura la solución ideada por el TJ es de sobra conocida:

*el artículo 12 del TCEE, «produce efectos directos y genera a favor de los justiciables derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger»<sup>793</sup>.*

El razonamiento del TJ a lo largo de los fundamentos de la sentencia se erige sobre tres ideas. Primero, los nacionales son sujetos del Derecho europeo<sup>794</sup> y, por tanto, las obligaciones del Tratado despliegan efectos a favor de estos<sup>795</sup>. En segundo lugar, si en los Tratados se establecen obligaciones a cargo de los particulares, debe entenderse que el ordenamiento jurídico europeo está también destinado a generar derechos que se incorporen a su patrimonio jurídico. Estos derechos deben ser garantizados por los tribunales nacionales no sólo cuando así se atribuyan expresamente, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los Estados miembros como a las Instituciones. Tercero, los nacionales pueden invocar los derechos y obligaciones de los Tratados en el ámbito interno ante los tribunales y jueces nacionales<sup>796</sup>.

Lo más relevante, a los efectos de esta tesis, es el segundo aspecto: los derechos que los Tratados conceden a los particulares como sujetos del Derecho europeo no sólo se reconocen de forma expresa, sino que también surgen como contrapartida a una obligación impuesta a los Estados<sup>797</sup>. Los particulares pueden exigir a los jueces y tribunales ordinarios la aplicación de las disposiciones del Tratado, incluyendo a aquellas en las que se imponen obligaciones a los Estados, cuando de tales obligaciones derive un beneficio para ellos<sup>798</sup>.

---

<sup>793</sup> Punto primero del Fallo final de la sentencia.

<sup>794</sup> En la decisión *Van Gend en Loos* el TJ se refiere a “un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional”, mientras que en *Costa c. ENEL* parece ir más allá al referirse a la creación de un “ordenamiento jurídico propio”, distinguiéndolo así también del Derecho nacional. El TJ, a través de una interpretación teleológica de los Tratados, considerará que con la ratificación de los Tratados los Estados miembros han realizado una institucionalización de su soberanía. De este modo los Tratados han creado un “nuevo ordenamiento” que constituye «algo más que un acuerdo, que sólo crea obligaciones entre los Estados contratantes», la novedad del ordenamiento se basa en que sus sujetos no son sólo los Estados sino también los nacionales.

<sup>795</sup> El TJ utiliza un método interpretativo teleológico y sistemático para tal afirmación. Parte de la autonomía del ordenamiento europeo al entender que el objetivo del Tratado es la creación de un Mercado Común que también favorece a los ciudadanos, refuerza su idea con la referencia al Preámbulo del Tratado donde se hace referencia a los “pueblos”, y por último señala que con los Tratados se ha producido una institucionalización de la soberanía de los estados que, atendiendo al origen de la soberanía, sólo puede legitimarse a través de la voluntad de sus ciudadanos.

<sup>796</sup> En relación con lo expuesto anteriormente puede ser útil resaltar que para el TJ esta posibilidad ha sido expresamente contemplada por los Estados, y la prueba más fehaciente se encuentra en la funcionalidad de la cuestión prejudicial. La Cuestión prejudicial «confirma que los Estados han reconocido al Derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos». Ver párrafo 6 de los considerandos sobre la primera cuestión.

<sup>797</sup> Párrafos 8 y 9 de las consideraciones sobre el fondo a la primera cuestión.

<sup>798</sup> En el párrafo 16 del considerando sobre el fondo a la primera cuestión, el TJ determina que «el hecho de que este artículo [12 TCEE] designe a los Estados Miembros como sujetos de la obligación de abstenerse, no significa que sus nacionales no puedan ser los beneficiarios de dicha obligación».

Atendiendo a esta posibilidad, podemos por lo tanto señalar que la posibilidad de invocación de los Tratados por los particulares ante el juez nacional, es decir, la eficacia directa de los Tratados, es un mecanismo de garantía de tutela de los derechos concedidos por los Tratados a los nacionales de los Estados miembros, pero esencialmente, supone un instrumento de garantía de las propias obligaciones impuestas por los Tratados a los Estados. La invocación ante el juez nacional de pretensiones fundadas en Derecho europeo por los particulares puede ayudar a reforzar el carácter vinculante de las disposiciones de los Tratados y su correcto cumplimiento.

La invocación de los Tratados por los particulares en sede nacional, abre la puerta a un nuevo instrumento de garantía del ordenamiento europeo: la eficacia directa de los Tratados en el ordenamiento nacional. Instrumento completamente novedoso en el ámbito internacional. La posibilidad de invocación por los ciudadanos ante los tribunales nacionales de las obligaciones adquiridas por sus Estados mediante la ratificación de un Tratado supone un nuevo instrumento de garantía del Derecho europeo, que conjuga los derechos de los nacionales y las obligaciones de los Estados, o dicho de otro modo, la tutela jurídica de los derechos de los nacionales como una garantía de la eficacia de las obligaciones impuestas por el ordenamiento europeo.

De este modo se configuró en el asunto *Van Gend en Loos* el principio de eficacia directa de los Tratados Comunitarios en el ámbito nacional: las disposiciones de los Tratados europeos que imponen obligaciones a los Estados firmantes, obligaciones de las que deriven derechos para los particulares, pueden ser invocadas por éstos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y los jueces deben tutelar tales derechos.

De la sentencia *Van Gend en Loos* se desprende que tanto los Estados como sus ciudadanos son sujetos de este “nuevo” ordenamiento europeo, y ambos se encuentran vinculados a los derechos y obligaciones impuestos por los Tratados<sup>799</sup>. El TJ legitima a la empresa *Van Gend en Loos* para invocar la obligación del art. 12 TCEE frente a actos del estado holandés. Para ello determina que esta disposición establece una «obligación clara e incondicional» para los Estados miembros, puesto que «estas obligaciones no se acompañan de reserva alguna de los Estados que supedita su efectividad a un acto positivo de Derecho interno<sup>800</sup>». De lo contrario los Estados podrían controlar las obligaciones que les imponen los Tratados respecto de sus ciudadanos<sup>801</sup>. Por lo tanto, este ordenamiento autónomo se distingue de otras formas

---

<sup>799</sup> Cfr. CHALMERS, D., *el alt.*, European Union Law, *cit.*, p. 50.

<sup>800</sup> Décimo considerando de los FFJJ de la sentencia *Van Gend en Loos*, *cit.*

<sup>801</sup> La posibilidad de aplicar directamente las disposiciones de los Tratados se ha ido afirmando de forma amplia sobre las llamadas «libertades fundamentales» en base a la imposición de prohibiciones incondicionales a los Estados (obligaciones de tipo negativo), su eficacia se despliega tanto en sentido vertical como horizontal. Ver sobre la libre circulación de mercancías SSTJ *Salgoil*, 19 de diciembre de 1968, C-13/68 o *Eunomia di Porro* de 26 de octubre de 1971, C-18/71; sobre competencia ver *Flavia Manghera* de 3 de febrero de 1976, C- 59/75; sobre libre circulación de

de Derecho internacional por el efecto directo de sus disposiciones, es decir, porque la eficacia de las normas europeas en el ámbito territorial de los Estados, una vez ratificados los Tratados, no dependen de la interposición de normas estatales.

Lo determinante del reconocimiento de los derechos de los que gozan los particulares bajo el Derecho europeo no es tanto el texto de los Tratados como la interpretación realizada por el TJ. Esta interpretación no sólo subyace en la literalidad de los Tratados, sino también en el espíritu y el esquema general del Derecho europeo<sup>802</sup>. Dicho de otro modo, el TJ elucida una vocación general del ordenamiento jurídico europeo *in genere* para producir directamente efectos en la esfera de los ciudadanos. El TJ concreta tal vocación general en aquellas disposiciones de los Tratados que contienen una obligación *clara e incondicional* para los Estados<sup>803</sup>. Por lo tanto, aquellas disposiciones de los Tratados que imponen una obligación clara e incondicional pueden contener, a su vez, un derecho para los particulares.

Quiero repetir la cuestión central aquí subrayada: la posibilidad de invocación por los ciudadanos ante los tribunales nacionales de las obligaciones adquiridas por sus Estados mediante la ratificación de un Tratado, supone un nuevo instrumento de garantía del Derecho europeo, que conjuga los derechos de los nacionales y las obligaciones de los Estados, o dicho de otro modo, la tutela jurídica de los derechos de los nacionales como una garantía de la eficacia de las obligaciones impuestas por el ordenamiento europeo. Es esta posibilidad de los particulares como sujetos de Derecho donde subyace la particularidad del Derecho europeo.

### C) La eficacia directa se amplía a las normas de derecho derivado

#### C.i) La eficacia directa de Reglamentos y Decisiones

Esta virtualidad de la eficacia directa de determinadas disposiciones de los Tratados es extensible a disposiciones nacidas de fuentes distintas al Derecho originario. También el Derecho derivado puede tener eficacia directa cuando en él se impongan obligaciones claras e incondicionales a los Estados.

---

trabajadores ver *Rutili* de 28 de octubre de 1975, C- 36/75; sobre no discriminación por razón de sexo ver STJ 27 de marzo de 1974, C-127/73. Ver particularmente la máxima de la Sentencia *Lutticke*, C-57/65, FJ. 7 en la que se expone que «La obligación, impuesta a los Estados miembros por el Tratado CEE, que no se acompañe de condición alguna ni (se encuentre) subordinada, en su ejecución o sus efectos, a la emanación de procedimiento alguno por parte de los Estados o de la Comisión, es jurídicamente perfecta y, consiguientemente, apta para producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y sus ciudadanos. Una obligación del género se integra en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros con efecto imperativo y respecta directamente a sus ciudadanos a los que atribuye derechos individuales que los jueces nacionales deben tutelar».

<sup>802</sup> Cfr. CHALMERS, D., *el alt.* European Union Law, *cit.*, p. 50.

<sup>803</sup> Cfr. ALONSO GARCÍA, R., Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Thomson Civitas, tercera edición, Navarra, 2006, p. 56 del estudio preliminar.

El Derecho derivado se refiere a aquellas normas producidas por las Instituciones Europeas conforme a los procedimientos establecidos en los Tratados y dentro de las competencias atribuidas a las Comunidades Europeas por los Estados miembros. Así, conforme al actual artículo 288 TFUE se establecen diversos tipos de fuentes del Derecho de carácter vinculante de las que las Instituciones europeas pueden hacer uso: “para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones o dictámenes”. Conforme al párrafo 2, el TFUE dispone que “el Reglamento tendrá alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”<sup>804</sup>. Conforme al párrafo 4 se dispone que “la decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos”. El TJ, en una nueva interpretación literal de estas disposiciones acabó reconociendo la virtud de la eficacia directa también tanto a los reglamentos como a las decisiones<sup>805</sup>.

Efectivamente, si conforme al artículo 288 TFUE, reglamentos y decisiones son fuentes obligatorias en todos sus elementos, establecen obligaciones, entonces debe entenderse que de ellas también derivan derechos para los particulares tutelables por los tribunales nacionales. Concretamente el TJ ha afirmado en diversas ocasiones que sería incompatible con el carácter imperativo que el artículo [288 TFUE] reconoce al reglamento y a la decisión negar que, en principio, los particulares afectados puedan invocar la obligación que establece<sup>806</sup>.

La única distinción que establece el Tratado entre ambas fuentes es que el reglamento es de “aplicación directa”, mientras que nada se dice al respecto de las

---

<sup>804</sup> Esto significa que las normas de Derecho comunitario son directamente aplicables en el ámbito territorial de cualquier Estado miembro desde su publicación en el DOUE, o desde la fecha especificada para su entrada en vigor. Sobre el reconocimiento jurisprudencial de la eficacia directa de los Reglamentos, ver STJ *Politi*, 14 de diciembre de 1971, C-9/70. La virtualidad de las normas europeas de tipo derivado de ser aplicadas directamente procede del Tratado, art. 288 TFUE, que lo prevé expresamente para una sola fuente, el reglamento, lo que no excluye que las normas reglamentarias requieran de la emanación de disposiciones nacionales de complemento, con el único límite de la prohibición al legislador de sustituir la fuente comunitaria con previsiones nacionales. En este sentido ver *Voz “Effetto Diretto e Primato del Diritto Comunitario”, Dizionario di Diritto Pubblico, CASSESE, S., (Dir), Volúmen III, Giuffré Editore, Milano, 2006. p. 2127.* Por otro lado, y como señalaremos más abajo, de ello no puede predicarse que las demás fuentes no puedan disfrutar de esta virtualidad.

<sup>805</sup> Ver STJ de 6 de octubre de 1970, asunto *Franz Grad*, C-9/70. En la comprensión de la Decisión, la separación entre los conceptos de “aplicabilidad directa” y “eficacia directa” parecen mezclarse. Por lo general el TJ ha reconocido la aplicabilidad directa de las decisiones de forma similar a los reglamentos, pero con connotaciones muy cercanas a la Directiva. Ver Conclusiones de la Abogada General TRSTENJAK de 29 de marzo de 2007 en el asunto *Carp*, C-80/06, ap. 63: “La jurisprudencia desarrolló a comienzos de los años setenta una teoría según la cual «sería incompatible con el carácter imperativo que el artículo 189 reconoce a la Decisión negar que, en principio, los particulares afectados puedan invocar la obligación que establece. Particularmente en el caso de que las autoridades comunitarias, mediante Decisión, hayan obligado a uno o a todos los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de dicho acto se debilitaría si a los nacionales del Estado de que se trate se les privara de la posibilidad de invocarlo ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado y éstos no pudieran tomarlo en consideración como elemento integrante del Derecho comunitario. 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: la posibilidad de que los justiciables los invoquen ante sus propios órganos jurisdiccionales»” ver también las STJ, *Grad, cit.*, apartado 5, y STJ de 21 de octubre de 1970, *Lesage* C-20/70, apartado 5, y sentencia de 21 de octubre de 1970, *Haselhorst* C-23/70, apartado 5.

<sup>806</sup> Ver STJ *Franz Grad*, asunto C-9/70, de 6 de octubre de 1970, FJ 5.

decisiones. Este silencio respecto de las decisiones hizo surgir un debate en doctrina acerca de la distinción entre “aplicabilidad directa” de las normas de Derecho europeo y “eficacia directa”. La «aplicabilidad directa» ha sido referida generalmente a las características propias del reglamento. La aplicabilidad directa del reglamento significaría que las normas incluidas en estas fuentes deben desplegar plenamente sus efectos, de forma uniforme, en todos los Estados miembros, desde su entrada en vigor, y durante toda su vigencia<sup>807</sup>. La «eficacia directa», en cambio, definiría la posibilidad de invocar una norma comunitaria, distinta de un reglamento, ante un órgano jurisdiccional nacional, traducándose en la titularidad de los particulares de situaciones jurídicas subjetivas susceptibles de tutela por las autoridades nacionales. Esta distinción es, en mi opinión estéril para el desarrollo de nuestra tesis, de hecho este debate parece haberse superado en el momento en que se ha reconocido eficacia directa a ambas fuentes. Con el término eficacia directa, hoy día, se asumen los postulados tanto de la aplicabilidad directa como de la eficacia directa. Aquí hablaremos indistintamente de ambos términos pues la clave de la eficacia directa de las disposiciones comunitarias no se encuentra aquí<sup>808</sup>.

La clave de la determinación de la eficacia directa no se encuentra en los términos literales con los que se definen las fuentes reglamento y decisión. La cuestión no es que los Tratados digan que los reglamentos son de aplicación directa y se omita este dato en las decisiones. La clave se encuentra en que ambas son “obligatorias en todos sus elementos”. El punto central se encuentra en que los reglamentos y decisiones imponen obligaciones a los sujetos de Derecho europeo, obligaciones vinculantes.

Las disposiciones europeas que imponen obligaciones pueden tener eficacia directa, pero no basta cualquier tipo de obligación. La eficacia directa se predica sólo de aquellas obligaciones que se establezcan de forma clara, precisa e incondicional. Los requisitos de “claridad”, “precisión” e “incondicionalidad” de la obligación permiten la aplicación directa de las disposiciones que las afirman. Estos requisitos son esenciales tanto respecto de las disposiciones originarias plasmadas en los Tratados, como respecto de las disposiciones de Derecho derivado. De estas obligaciones pueden derivar derechos sustantivos para los particulares que los jueces nacionales deben tutelar. El requisito esencial para que una disposición de los Tratados o de derecho derivado sea invocable es, por lo tanto, la determinación de una

---

<sup>807</sup> Conforme se dispuso en la STJ de 9 de marzo de 1978, asunto C- 106/77, *Simmenthal*.

<sup>808</sup> Ver PESCATORE, “The doctrine of «Direct effect»: An infant Disease of Community Law”, en *European Law Review*, 1983, p. 155-164. Ver también BARATTA, R., “Norme contenute in direttive comunitarie inattuare e loro opponibilità ai singoli”, *Rivista de Diritto Internazionale*, 1989, p. 253-255. Más actualmente en MATA SIERRA, M. T., *El efecto directo de las directivas en la jurisprudencia comunitaria y española*, Tecnos, Madrid, 1994, pp.13-15. Autores como BELLIDO BARRIONUEVO, M., consideran que esta distinción ha sido ya superada y que tanto jurisprudencia como doctrina han acabado por asumir que ambos conceptos expresan lo mismo. Así ver BELLIDO BARRIONUEVO, M., *La directiva comunitaria*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 198. Nosotros hablaremos indistintamente de eficacia directa de la directiva y de aplicabilidad directa.

obligación clara, precisa e incondicional para los poderes públicos de los Estados de la que pueda derivar un derecho para los particulares<sup>809</sup>.

Por ello las recomendaciones y los dictámenes no tienen, en principio, eficacia directa, puesto que no establecen obligaciones claras, precisas e incondicionales: “las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes” (párrafo 5 art. 288 TFUE).

### *C.ii) La carencia de eficacia directa de las directivas*

La directiva, en cambio, presenta unas características particulares que no encajan por definición en el esquema general trazado por el TJ. El artículo 288 TFUE dispone que «la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

Como se observa a primera vista, las directivas no son directamente aplicables como ocurre con los reglamentos, ni obligan en todos sus elementos como las decisiones. Por el contrario, imponen una obligación de resultado que necesita de un ulterior desarrollo por los Estados para su implementación. La directiva, además, imponen un plazo para que los ordenamientos nacionales sean adaptados a la obligación de resultado. La directiva es, entonces, una fuente especial, su eficacia requiere de un acto de transposición interna que la distingue de las demás fuentes del Derecho europeo. De la definición de la directiva se desprende, entonces, que la eficacia de las normas europeas incorporadas por esta fuente al ordenamiento de los Estados sí dependen de la interposición de normas estatales, normas estatales que supeditan, por lo tanto, la eficacia de la norma europea a un acto positivo de Derecho interno. Por todo ello, la directiva por regla general no tiene eficacia directa<sup>810</sup>.

El hecho de que la directiva carezca de eficacia directa, siguiendo el esquema del TJ, supone una quiebra para la garantía del Derecho europeo, una disfunción en las garantías de las obligaciones (de resultado) impuestas a los Estados a través de las directivas. No poder aplicar el principio de eficacia directa desde su perspectiva de garantía del cumplimiento de las normas europeas pone en peligro, por un lado, la aplicación uniforme del Derecho europeo y, en consecuencia, la efectividad del

---

<sup>809</sup> Estos elementos se observarán desde la doctrina asunto *Ursula Becker*, STJ de 19 de enero de 1982, C-8/81 (en adelante *Becker*) como requisitos esenciales de la eficacia directa de cualquier disposición de Derecho europeo. Como veremos a lo largo de este trabajo, han sido progresivamente simplificados por la jurisprudencia del TJ, utilizándose de forma flexible. Así la necesidad de la “claridad” de la disposición no puede considerarse un requisito para la eficacia directa de las disposiciones europeas, siendo más bien un requisito de toda norma jurídica, atendiendo al principio de la seguridad jurídica, o como una cuestión propia de la actividad del juez, es decir, que la labor del juez consiste precisamente en eliminar las oscuridades de la norma. En este sentido ver ALONSO GARCÍA, R., “Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 259. Sobre el requisito de la existencia de un derecho individual.

<sup>810</sup> Ver como referencias más significativas, STJ de 19 de enero de 1982, asunto *Ursula Becker*, C-8/81; STJ de 13 de noviembre de 1990, asunto *Marleasing*, C- 106/89; STJ 14 de julio de 1994, asunto *Faccini Dori*, C-91/92.

ordenamiento europeo, por otro lado, la tutela jurisdiccional de los derechos concedidos a los ciudadanos por las directivas.

Que las directivas no tengan eficacia directa, entonces, puede resultar un grave problema para los fundamentos de la integración. Como la directiva requiere de un acto de transposición interna por los poderes públicos nacionales para que adquiera eficacia en el territorio del Estado, puede entenderse también que los objetivos impuestos por las directivas dependen de la correcta actuación del Estado. El incumplimiento del Estado da lugar a la no aplicación de los objetivos de la directiva en todo el territorio nacional. Podríamos argumentar que el problema de la eficacia de las directivas se solventaría mediante la garantía del recurso por incumplimiento, pero volveríamos al punto de partida de *Van Gend en Loos*. Si la directiva impone obligaciones a los Estados que pudiesen suponer derechos para los ciudadanos, éstos carecerían de mecanismos de recurso suficientes para garantizar su tutela.

Por las disfunciones que supone la ineficacia directa de la directiva para la estructura del proceso de integración, el TJ ha tratado, poco a poco, de flexibilizar el concepto de eficacia directa tratando de reforzar las garantías de uniformidad y de tutela judicial en torno a las obligaciones de esta fuente. Estos intentos se han basado en la ampliación de las posibilidades del ciudadano de invocar las directivas ante el juez nacional cuando el Estado ha incumplido sus objetivos.

## 6.2 La directiva como problema de eficacia uniforme

### A) Planteamiento general

La Directiva, como fuente del Derecho europeo, presenta unas características particulares que han dado lugar a una extensa literatura científica. A diferencia de las demás fuentes de Derecho derivado vinculante<sup>811</sup> (reglamento y decisión) no son directamente aplicables desde el momento de su publicación —como ocurre con los reglamentos— o desde su comunicación —como es el caso de las decisiones—. Por el contrario, necesitan de un ulterior desarrollo por parte de los Estados para su implementación. Esta implementación debe realizarse conforme a los objetivos que la directiva dispone y dentro del plazo que la misma establece.

Conforme al principio de cooperación leal establecida en el artículo 10 TCE los Estados se encuentran obligados a hacer todo lo posible para que los objetivos establecidos por la directiva se hagan eficaces en todo el territorio de la Unión desde la fecha que esta disponga. Los Estados se encuentran obligados a adaptar su Derecho a las finalidades perseguidas por la directiva. El problema reside en que, a pesar del deber general de cooperación, los Estados no siempre están dispuestos a alcanzar tal objetivo o, aun cuando cumplen con tal obligación, lo hacen incorrectamente o fuera de plazo<sup>812</sup>. En esta situación, la principal exigencia existencial del ordenamiento europeo se pone en peligro: la uniformidad<sup>813</sup>.

Por la naturaleza de la directiva y sus posibles perjuicios para la eficacia del Derecho europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (apoyada en las múltiples cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados en interpretación de sus directivas) ha elaborado desde sus inicios una rica doctrina sobre las garantías del Derecho europeo cuando los poderes estatales no trasponen o ejecutan incorrectamente las disposiciones de la

---

<sup>811</sup> El artículo 288 TFUE establece la distinción entre las diversas fuentes del ámbito Comunitario como vinculantes y no vinculantes.

<sup>812</sup> Para HILSON el TJ considera el incumplimiento del Estado en formas muy diversas dando lugar a la misma consecuencia. En ocasiones el incumplimiento es causa de un error de derecho, un error a la hora de interpretar la directiva para su trasposición. En otras situaciones, en cambio, los Estados trasponen bien la directiva, pero en su aplicación por la administración aparecen conflictos que hacen patente un error inicial en la interpretación... *cit.*

<sup>813</sup> En este sentido recordamos la jurisprudencia fundacional de la Unión, Sentencia del Tribunal de Justicia (STJ) *Costa c. ENEL* de 15 de julio de 1964, y STJ *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, en la que se expresa la imperiosa necesidad de que las disposiciones de los Tratados y el Derecho derivado de la Unión gocen de una eficacia idéntica en todos los Estados Miembros y los derechos que de ellas deriven sean garantizados no sólo para todos los Estados, sino también para todos los nacionales de sus estados, representándose de este modo la autonomía del ordenamiento europeo respecto del ordenamiento nacional y del ordenamiento internacional. Más actualmente STJ *Tanja Kreil* de 11 de enero de 2000, donde el TJ justifica la existencia de la primacía del Derecho europeo sobre el nacional en la necesidad existencial de no contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme de Derecho comunitario, ver FJ 16. En el ámbito dogmático ya expresamos que el carácter de “existencialidad” se resume en la pregunta por la validez de los ordenamientos jurídicos, y en tal sentido concluimos que los ordenamientos jurídicos son válidos en la medida en que son efectivos, es decir, en la medida en que la mayor parte de sus reglas son observadas la mayoría de las veces por la mayor parte de sus destinatario, en este sentido me remito a BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Vol. 1, Tecnos, 1991, p. 94.



directiva. Estas garantías han supuesto reconocer en determinados casos la posibilidad del particular de invocar directamente ante el juez nacional la obligación de resultado establecida por la directiva.

Esta doctrina concede una eficacia directa “patológica”<sup>814</sup> a esta fuente. En términos generales puede decirse que el TJ permite su invocación cuando se cumplen los siguientes requisitos: la disposición invocada de la directiva debe imponer una obligación al Estado clara, precisa, e incondicional; además, de ésta obligación debe desprenderse la voluntad del legislador de conceder mediante la directiva un derecho concreto a los particulares; por último, este derecho de los particulares debe haberse visto vulnerado por la incorrecta aplicación o aplicación tardía de la directiva por los órganos estatales.

Esta conocida jurisprudencia apuntada en la Sentencia *Van Duyn*<sup>815</sup>, aunque no perfeccionada hasta la sentencia *Becker*<sup>816</sup>, ha supuesto un amplio debate doctrinal y jurisprudencial en torno a los requisitos exigidos a la directiva para desplegar efectos directamente sobre los particulares. Sobre la jurisprudencia y la doctrina en torno a esta cuestión hablaremos a partir de ahora. Pues en ella, en mi opinión, se encuentran las claves de la estructura de la integración y de los principios que la componen. De forma muy especial, este debate versa sobre la primacía del Derecho europeo, desde la perspectiva apuntada, como garantía de la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo y como garantía de la tutela de los derechos de los ciudadanos.

## B) Naturaleza jurídica de la directiva

### B. i) Naturaleza dual de la directiva

La directiva es una fuente vinculante de Derecho derivado supranacional, pero su vinculación se predica respecto de los objetivos que la misma impone, pues deja a los Estados un margen de discrecionalidad para determinar la forma y los medios necesarios para alcanzar tales objetivos. Por ello podemos decir que, tal y como se ha positivizado tiene, como fuente, una naturaleza dual.

La directiva, como fuente de Derecho europeo, es un instrumento muy útil para la armonización del Derecho material de los Estados. Es una pieza clave para la consecución de los objetivos de los Tratados, la “Unión cada vez más estrecha entre los Pueblos de Europa”. Su utilidad reside en que su contenido se configura como una obligación de resultado. Las Instituciones imponen un objetivo concreto y un plazo

---

<sup>814</sup> ALONSO GARCÍA, R., Sistema jurídico de la Unión Europea, Civitas, Pamplona, 2007, pp. 106 y ss.

<sup>815</sup> Sentencia del TJ de 4 de diciembre de 1974, C- 41/74, *Van Duyn*, en la que el Tribunal reconoció por primera vez la virtualidad de las directivas de desplegar sus efectos aun en situaciones en las que no ha sido correctamente traspuesta. Si bien es verdad, se había pronunciado con anterioridad sobre esta posibilidad pero con ocasión de la combinación con otras fuentes como la decisión (STJ *Franz Grad*, 6 de octubre de 1970, C- 9/70).

<sup>816</sup> STJ *Ursula Becker*, de 19 de enero de 1982, C-8/81

para su consecución, objetivo que obliga a los Estados a adecuar correctamente su propio ordenamiento interno al contenido de la directiva para la consecución del propósito previsto, pero a éstos se les concede un margen de discrecionalidad en cuanto a las herramientas utilizadas para alcanzarlo. De esta forma la directiva se muestra como la fuente más sensible al pluralismo constitucional de los Estados miembros, pues trata de respetar las diferentes culturas jurídicas de los Estados y sus diferentes niveles de desarrollo, a través de un doble proceso de producción normativa: uno por parte de las Instituciones europeas y otro por parte del Estado al transponer los objetivos de la directiva.

En esta fuente se representa, en mi opinión, el carácter *sui generis* del Derecho europeo, teniendo en cuenta que en la formación del Derecho de ella derivado intervienen, por un lado, la necesidad de coordinación y cooperación de las administraciones nacionales y comunitarias; y por otro lado, el carácter vinculante y obligatorio de los fines derivados de la directiva impuestos por las Instituciones europeas a los órganos estatales sobre la base de la atribución competencial. Dicho de otro modo, la directiva conjuga la cooperación entre Estados autónomos al conceder un margen de discrecionalidad, pero también supone una expresión de la integración y la limitación de soberanía estatal al obligar a un resultado concreto en un tiempo determinado. Es una fuente *híbrida* que sabe conjugar la naturaleza internacional de las primeras Comunidades europeas, con la naturaleza supranacional de la UE. Por el carácter *sui generis* de la Unión Europea, la directiva es una fuente clave de la integración, basada en la concurrencia normativa de las Instituciones comunitarias (en el momento de su producción) y las autoridades de los Estados miembros (en el momento de su transposición a Derecho interno)<sup>817</sup>.

Se trata de un instrumento de “legislación indirecta”<sup>818</sup> que se convierte en clave de armonización del Derecho de los Estados. La directiva no pretende imponer reglas uniformes —reglamentos—, sino establecer una colaboración entre el nivel comunitario y el nacional. De este modo se ha convertido en el instrumento más utilizado por las Instituciones en razón de la expansión de las competencias de la Unión Europea hacia sectores de competencia compartida con los Estados.

A pesar de sus múltiples virtudes como instrumento de integración y armonización, como se ha dicho, la directiva entraña graves peligros para la uniformidad del Derecho europeo. De su naturaleza se desprende, por un lado, que la

---

<sup>817</sup> De este modo, desde la perspectiva de las fuentes del Derecho europeo, en la naturaleza de la Directiva se representa la dialéctica entre necesidad de cooperación legislativa (propia de un sistema en el que confluyen una pluralidad de poderes normativos y una división material de la competencia) y el carácter de la Directiva como fuente vinculante para los Estados en sí misma, (propia de normas de un ordenamiento al que se le han transferido competencias soberanas.

<sup>818</sup> La calificación de instrumento de *legislación indirecta* puede encontrarse en la *Voz Fonti (Dir. COM)*, Dizionario di Diritto Pubblico, CASSESE, S., *Op. cit.* p. 2530. También, y con numerosas referencias en BARATTA, R., “Le norme...”, *Op. Cit.* p. 257

libertad de forma y medios concede un margen de apreciación al Estado a la hora de adaptar su Derecho interno a lo dispuesto por la obligación de la directiva, por otro lado, la obligación de resultado presenta un carácter imperativo<sup>819</sup>. Su carácter imperativo impone una modificación en el ordenamiento de los Estados<sup>820</sup> que garantice el efecto útil de la misma, su resultado, resultado de cuya garantía depende la eficacia uniforme de la norma europea. Por tanto, la eficacia de las disposiciones contenidas en una directiva se ve condicionada por la actuación del Estado, por lo que pone en peligro la necesaria uniformidad del Derecho europeo. De ello, además, se desprende otro peligro: «sólo» tras ser adoptada o implementada por los Estados a través de los procedimientos adecuados podrán derivar de ella derechos y obligaciones para los sujetos de los ordenamientos internos<sup>821</sup>, de forma que la actuación del Estado condiciona los derechos que la directiva pretenda reconocer a los particulares<sup>822</sup>.

De ambos extremos se desprende lo que podemos denominar de ahora en adelante dualidad de la directiva. La dualidad se observa en todos sus ámbitos. Por un lado, respecto de su funcionalidad: la naturaleza de esta fuente representa tanto una llave para la armonización y éxito de la integración de ordenamientos enraizados en culturas jurídicas diversas, como un punto de fragilidad para la uniformidad y efectividad del ordenamiento europeo. Por otro lado, respecto de su propia configuración: se impone primero una obligación de resultado y un plazo, después se regulan por el Estado los medios para alcanzarlos. También, respecto de su producción: intervienen tanto Instituciones comunitarias como estatales. Finalmente desde su vinculatoriedad: el carácter obligatorio del resultado impuesto por la directiva se fundamenta en la naturaleza vinculante que le otorga el Tratado, pero la

---

<sup>819</sup> La obligación de resultado establecida por la directiva es un deber absoluto. Incumbe a todos los órganos de la administración, incluyendo a los más descentralizados como los municipios —STJ *Fratelli Costanzo S.p.A.*, de 22 de junio de 1989, C- 103/88— y su incumplimiento no puede justificarse por cuestiones internas, procedimentales o coyunturales — STJ *Comisión c. Países Bajos*, 1982, C-100/81—. Su carácter absoluto se funda no sólo en el art. 249 TCE, también encuentra su base en el art. 10 TCE en el que se establece el principio de cooperación leal, interpretado como la obligación del Estado de abstenerse de acciones que puedan poner en peligro la finalidad de la directiva incluso antes de que el plazo de trasposición o adaptación establecida por esta haya expirado, STJ *Inter Environnement Wallonie ASBL*, 18 de diciembre de 1997, C- 129/96

<sup>820</sup> Puede no ser necesario siempre y cuando se consiga el resultado, puesto que como señala CELOTTO «la directiva può andare a incidere su una materia in cui la legislazione statale presenta un vuoto normativo, oppure una regolamentazione già conforme agli obblighi comunitari, o ancora, ed é il caso piú frequente, una normativa contrastante con la directiva; ne consegue che la attività richiesta allo Stato sarà ben diversa nelle varie hipótesis», CELOTTO, A., *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, UTET, Turín, 2003, p. 78.

<sup>821</sup> Considero muy descriptiva la calificación expuesta por POCAR, F., *Lezioni di diritto della Comunità Europea*, Milán, 1986, p. 227, que considera a las Directivas sujetas a una eficacia «mediata».

<sup>822</sup> Así lo expresa el Abogado General LÉGER en las Conclusiones del asunto *Linster* de 11 de enero de 2000, asunto C-287/98, apartados 25 y 26: «Aunque este principio fundamental es válido, sobre todo, en relación con gran parte de las normas del Tratado, los Reglamentos y las Decisiones, la particular naturaleza de las Directivas ha suscitado más discusiones. En la medida en que la Directiva obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, el reconocimiento de su efecto directo en el Derecho de los Estados miembros no era evidente y, en cualquier caso, la imperiosa necesidad de garantizar la efectividad del Derecho comunitario se encontraba a priori limitada por la propia naturaleza de los actos destinados a aplicarlo. El Juez nacional que conoce de un litigio comprendido en el ámbito de aplicación de una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho interno, que está encargado de aplicar una norma cuyos efectos deben prevalecer pero que se ven obstaculizados por el incumplimiento de la autoridad competente para adaptar el Derecho interno, se enfrenta a una situación incierta, que puede perjudicar a la efectividad del Derecho comunitario»

obligación se encuentra limitada por un necesario margen de discrecionalidad al Estado. Esta dualidad puede expresarse de forma general, con la dialéctica existente entre su carácter vinculante y el margen de discrecionalidad dejado al Estado para su eficacia.

La naturaleza dual de la directiva se traslada al ámbito de sus garantías. Esto significa que ha sido necesario identificar mecanismos de garantía suficientes que permitan desplegar sus virtudes y minimizar sus riesgos para su eficacia. Los mecanismos que ofrecieron los Tratados para garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario y, en lo que nos interesa ahora, de la Directiva, se han mostrado desde el inicio insuficientes. Ya hemos visto cómo las carencias del recurso por incumplimiento, dispuesto en los artículos 257-260 TFUE, impulsaron al TJ a declarar la eficacia directa de los Tratados, y posteriormente del Derecho derivado. Si esta insuficiencia se ha observado respecto de fuentes de alcance general, más aun repercute en el ámbito jurídico de la directiva. La directiva no se encuentra garantizada para todos los sujetos de Derecho europeo a través del recurso por incumplimiento, pero tampoco tiene eficacia directa. Por ello la cuestión de sus garantías y remedios procesales ha debido encontrar nuevas salidas<sup>823</sup>.

Como mecanismo de garantía, el TJ tratará de flexibilizar los postulados, antes expuestos, de la eficacia directa para extender su doctrina al ámbito de la directiva, pero en esta extensión de la doctrina de la eficacia directa también deberá lidiar con sus características concretas como norma de naturaleza dual. Si la directiva puede, por un lado, producir efectos independientes en tanto que norma de carácter vinculante, por otro lado, también debe tenerse en cuenta que obliga respecto de un resultado. Por ello ampliar el principio de eficacia directa al ámbito de la directiva debe respetar tanto el margen de apreciación de los Estados reconocido en el art. 288 TFUE, como el principio de atribución competencial del artículo 4 TUE y del Título I del TFUE<sup>824</sup>.

---

<sup>823</sup> En este sentido ver, CURTIN, D., *Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights*, CMLR 27, 1990, pp. 709-712. En este trabajo se expresa la escasa voluntad de los Estados a la hora de cumplir con las obligaciones comunitarias en ciertas materias, prefiriéndose en ocasiones asumir una sanción económica al resultar incluso beneficioso frente a la costosa actividad de la adaptación de los ordenamientos nacionales a los objetivos de los Tratados. Más aun cuando la directiva ha sido la fuente predilecta para la conformación del Mercado Interior. De este artículo se desprende la solución al problema del incumplimiento reiterado como la alternativa de dejar en manos de los particulares el control del cumplimiento de la directiva en tanto que estos pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales las prerrogativas concedidas, solución que según CURTIN es coherente con el principio de subsidiariedad y que centra uno de los argumentos de la eficacia directa de la directiva en este trabajo. Ver el Acta del 30/01/1997 de la Comisión, *XIII informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario*, A4-0001/1997. En la que expresa la insuficiencia de medios de control de los Tratados en la garantía de la eficacia del mismo, resaltando la necesidad de crear nuevos cauces de colaboración interinstitucionales y de fomentar el conocimiento de sus derechos por los ciudadanos europeos para colaborar en la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

<sup>824</sup> El Tribunal de Justicia ha tenido en cuenta que la jurisprudencia según la cual los particulares tienen derecho a invocar frente a las entidades estatales determinadas disposiciones de las Directivas, no puede ampliarse de forma generalizada por el propio principio de atribución competencial. Uno de los límites de la eficacia directa de la directiva es su imposibilidad de extenderse «al ámbito de las relaciones entre los particulares [ya que esta situación] equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar Reglamentos» (sentencia de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, apartado 24). Ver, de nuevo, Conclusiones del Abogado General LÉGER,

B.ii) Eficacia directa de la Directiva como mecanismo de garantía frente al incumplimiento del Estado: STJ Becker

El TJ, declaró ya en los años 70 que debía reconocerse la posibilidad de los ciudadanos de invocar ante el juez nacional las directivas, puesto que los Tratados les concedían carácter vinculante. Concretamente un carácter vinculante como obligación de resultado, que deriva del artículo 288 TFUE.

Es el caso de la Sentencia 4 de diciembre de 1974, del asunto *Van Duyn* (C-41/74). Los hechos pueden resumirse brevemente del siguiente modo. La *Home Office* de Reino Unido prohíbe la entrada a su territorio a una ciudadana neerlandesa. La causa es la vinculación contractual de ésta a la Iglesia de la Cienciología, una secta declarada peligrosa por el gobierno británico. La ciudadana esgrime ante los tribunales británicos el derecho de libertad de circulación reconocido en el TCEE art. 48. Este derecho, sin embargo, como alega la administración británica, puede ser limitado por motivos de seguridad y orden público interno, excepción establecida en los propios Tratados. La afectada invocará entonces ante el juez británico la Directiva del Consejo 64/221 “para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública”.

Conforme al artículo 3.1 de esta directiva, las medidas de orden público contra ciudadanos de Estados miembros debían basarse en el comportamiento individual de la persona a la que se aplicasen, y tal y como considera la afectada, en su caso se ha visto limitada la libertad fundamental de circulación bajo una consideración general. La simple pertenencia a la Iglesia de la Cienciología se ha considerado un motivo de denegación de entrada en el territorio nacional.

El TJ considerará que la directiva puede ser invocada en este caso, fundamentando su respuesta en el carácter vinculante del anterior art. 249 TCE (288 TFUE). En esta sentencia el TJ entendió que la directiva obliga en sus fines, es vinculante como fuente normativa, por tanto, para preservar su efecto útil es necesario concederle eficacia directa en determinadas situaciones atendiendo a la finalidad para la que fue creada. En particular, en la citada sentencia se determinaba:

*«... los Reglamentos son directamente aplicables y, por consiguiente, por su propia naturaleza pueden tener efecto directo, de ello no se desprende que otras clases de actos mencionados en dicho artículo nunca puedan tener efectos equivalentes; sería contrario a la fuerza vinculante atribuida por el art. 189 a la*

---

en el asunto *Linster*, ap. 30: «Esta distinción se impone con mayor motivo si se tiene en cuenta que refleja en gran medida el reparto de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad, lo que incita a no instaurar como principio la equiparación de las Directivas, actos de cooperación legislativa, con los Reglamentos, normas privilegiadas en el ámbito de las actuaciones que son de competencia exclusiva de la Comunidad».

*directiva excluir, de forma general, la posibilidad de que la obligación impuesta por ella pudiese hacerse valer por los interesados. En particular en los casos en los que las autoridades comunitarias hubiesen obligado, a través de una directiva, a los Estados miembros a adoptar un comportamiento concreto, el carácter vinculante del acto sería vulnerado si los particulares no pudiesen invocar en juicio su eficacia y si los jueces no pudiesen tenerlo en consideración como norma de derecho comunitario»<sup>825</sup>.*

Por tanto, el TJ, basándose en el carácter vinculante de la directiva, y teniendo en cuenta que la disposición invocada establece la obligación de que los Estados miembros no tengan en cuenta — para limitar la libertad de circulación de los ciudadanos— factores distintos del comportamiento personal, considerará que la disposición “*establece una obligación que no está sujeta a ninguna excepción ni condición y que, por su propia naturaleza, no requiere la intervención de ningún acto de cualquiera de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros*”, y por lo tanto, “*confiere a los particulares derechos que pueden alegar ante los tribunales de un Estado miembro y que éstos deben tutelar*”<sup>826</sup>.

Los criterios seguidos para permitir la invocación de la Directiva son los mismos que los utilizados para los reglamentos y las decisiones: la obligación clara, precisa e incondicional impuesta a los Estados se transforma en derecho invocable para los particulares, adquiriendo eficacia directa. Una decisión fundamentada en el carácter vinculante que el artículo 288 TFUE concede a reglamentos, decisiones y directivas<sup>827</sup>.

---

<sup>825</sup> Ver fundamento jurídico 12 del asunto *Van Duyn*, *cit.* La propia sentencia ya confrontaba los elementos “margen de discrecionalidad del Estado” vs. “carácter vinculante”. Mediante el argumento expuesto se consideró finalmente este último, unido al argumento de la posibilidad de los jueces de recurrir, mediante el reenvío prejudicial, al TJ en interpretación de “todas las fuentes” del Derecho comunitario, argumento utilizado en la sentencia *Van Gend en Loos*. En otras ocasiones se ha vuelto a utilizar este fundamento, entendido como una garantía mínima que se activa “sólo en circunstancias concretas” «...Al derivar esta garantía mínima del carácter imperativo de la obligación impuesta a los Estados por el artículo 249 TCE». Ver STJ *Comisión c. Alemania* de 1 de agosto de 1995, C-433/93, FJ 24. La afirmación principal del TJ será confirmada en la STJ de 5 de abril de 1979, asunto *Ratti*, C- 148/78.

<sup>826</sup> Ver FJ 13, STJ *Van Duyn*, *cit.*

<sup>827</sup> La primera sentencia del TJ en asumir esta jurisprudencia fue el asunto *Verbond*, de 1 de febrero de 1977, C-51/76. La fundamentación de esta idea deriva del carácter vinculante del artículo 288 TFUE y del efecto útil de la Directiva. Aunque como veremos a continuación el TJ fue modificando su fundamento derivando posteriormente, con la jurisprudencia *Becker*, en un carácter más patológico de la eficacia de la directiva, sin embargo, la jurisprudencia *Verbond* ha recobrado importancia a partir de los años 90, siendo citada en una multitud de casos que estudiaremos posteriormente. Como los asuntos *Kraaijeveld*, C-72/92; asunto *WWF*, C- 435/97; asunto *Linster*, C- 287/98, asunto *Brinkmann*, C-365/98; e incluso en el asunto *Landelijke*, C- 127/02, en el que se estudia un caso donde la Directiva no ha sido traspuesta. En ellas, el TJ, ante la invocación de una directiva por un particular en un asunto nacional, decide, prescindiendo de los criterios materiales *Becker*, centrarse en la obligación del Estado derivada de la directiva, en las posibilidades de trasposición de ésta y en los límites impuestos por la directiva al Estado a su potestad discrecional de transposición. Es decir, se centra en el margen de apreciación dejado al Estado por la directiva en conjunto, en lugar de centrarse en el análisis material de la disposición y en sus posibilidades de aplicar directamente sus disposiciones atribuyendo derechos e imponiendo obligaciones a los particulares.

Esta decisión de conceder efectos directos a la directiva no fue en absoluto pacífica. El TJ se vio pronto obligado a matizar los términos de su doctrina para evitar una “rebelión” parecida a la que, por la misma época, se estaba produciendo en torno a la Sentencia *Simmenthal*<sup>828</sup>.

La matización consistió en aclarar que la posibilidad de invocar disposiciones de la directiva suponía una solución *provisional y patológica*<sup>829</sup>, en tanto que la transposición o adaptación del ordenamiento interno hubiese sido errónea y, siempre y cuando, hubiese transcurrido el plazo dictado para su transposición.

Esta matización se consolidó ocho años después en la STJ de 19 de enero de 1982, asunto *Becker*, C-8/81. En este asunto una demandante invocará una disposición de la Sexta Directiva, sobre la armonización del Impuesto sobre el Valor añadido, contra la liquidación de oficio efectuada contra su patrimonio por el *Finanzamt* de Munich. Conforme a la disposición invocada la demandante se encontraba exenta del impuesto. La administración Alemana de hacienda desestimó las alegaciones considerando que la República Federal aun no había ejecutado dicha directiva, pese a que el plazo establecido había transcurrido. El Tribunal de lo contencioso-tributario alemán planteará cuestión prejudicial al TJ preguntando por los efectos de la invocación de la directiva no transpuesta.

En esta sentencia, el TJ, modificando su jurisprudencia anterior<sup>830</sup> sobre el inequívoco carácter vinculante del resultado impuesto por la directiva, aclarará que la cuestión de los efectos directos de la directiva es una consecuencia circunstancial provocada por el incumplimiento del Estado. Pues conforme al artículo 288 TFUE

---

<sup>828</sup> PESCATORE, nos ilustra sobre esta situación que él mismo vivió en primera persona siendo juez del TJ. En su artículo “The doctrine of «Direct effect»: An infant Disease of Community Law”, cit., de 1983 narra la situación creada tras la sentencia *Van Duyn*, cit., de 1974. Desde la Sentencia *Van Gend en Loos* y la declaración del principio de eficacia directa del Derecho comunitario, el TJ trató de reflejar una filosofía muy concreta sobre la “idea de Europa”, y tal idea fue decisiva para marcar los argumentos de la eficacia de las normas europeas en el ámbito interno. Así la eficacia directa fue alumbrada desde unos argumentos filosóficos donde poco importaban tecnicismos jurídicos, declarándose que una norma por su propia naturaleza está destinada a operar de forma efectiva como tal en el ordenamiento: “if it is not operative, it is not a rule of law” (p. 156). Sin embargo la sentencia *Van Duyn* provocó un alubión de críticas y la negativa de ciertos tribunales a plantear cuestiones prejudiciales sobre determinadas normas que habían sido “interpretadas” como directamente eficaces.. En 1978, año en el que había sido dictada sentencia en el asunto *Simmenthal*, cit., el Conseil d’Etat francés decidió sobre el asunto *Cohn-Bendit de 22 de diciembre*. En este asunto el señor Daniel Cohn Bendit (en aquel tiempo acusado de ser el instigador y cabecilla de los disturbios universitarios de París en el Mayo del 68, y paradójicamente hoy día eurodiputado por el partido de Los Verdes), expulsado del país por el Ministerio de Interior francés por razones de orden público, exige su entrada en el país alegando tener un contrato de trabajo e invocando la misma directiva del asunto del ’74. PESCATORE nos habla, sorprendentemente, de una cuestión prejudicial que por extrañas circunstancias nunca llegó al TJ. El Consejo de Estado francés falló en sentido contrario a la directiva *Van Duyn*, haciendo prevalecer el margen de discrecionalidad dejado al Estado por esta fuente. La decisión *Cohn Bendit* fue utilizada en 1981 por el Bundesfinanzhof alemán como argumento de autoridad en su decisión de no plantear cuestión prejudicial de interpretación de la VI Directiva al considerar que no cabía “duda razonable alguna”. Estos acontecimientos exigieron que la idea original del TJ fuese matizada para mantener el monopolio de interpretación del Derecho comunitario, en este sentido dulcificó el carácter extremadamente jerárquico que había exigido a todas las fuentes europeas, incluyendo las directivas, imponiendo unos requisitos mínimos para que pudiesen surtir eficacia directa. *Op. cit.*, pp. 163-169.

<sup>829</sup> ALONSO GARCÍA, R., Sistema jurídico de la Unión Europea, Civitas, Pamplona, 2007, pp. 106 y ss.

<sup>830</sup> Ver concretamente FFJJ 18-23 de la STJ *Becker*, cit.

*“los Estados destinatarios están obligados, en virtud de la directiva, a conseguir un resultado<sup>831</sup>; de ello deriva que, en todos los casos en que una directiva se ejecuta correctamente, sus efectos llegan a los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro de que se trate”. “Por consiguiente, el Estado miembro que no hubiese adoptado dentro del plazo prescrito las medidas de ejecución impuestas por una Directiva, no puede invocar, frente a los particulares, su propio incumplimiento de las obligaciones que ésta implica<sup>832</sup>”.*

La eficacia directa de la directiva se convierte entonces en una cuestión excepcional y patológica que depende, no ya directamente de su carácter vinculante, sino del incumplimiento del Estado en el plazo requerido. Esto es como decir que, el fundamento de la eficacia directa de la directiva se desplaza en la balanza desde el carácter vinculante del artículo 288 TFUE, hacia el otro extremo de la naturaleza dual de la directiva antes comentada, la discrecionalidad del Estado y su actuación. Lo substancial no es ya tanto el carácter vinculante que el ex -artículo 249 TCE concedía a la directiva, sino el comportamiento del Estado dentro de su margen de discrecionalidad. La directiva podrá tener eficacia directa si el Estado no la transpone correctamente en el plazo determinado.

El cambio de fundamento, si puede parecer trivial a simple vista, tendrá importantísimas consecuencias: entre las que destaca la negación de efectos horizontales de la directiva. La eficacia directa patológica de la directiva no existe en relaciones entre particulares.

### *B. iii) Prohibición de eficacia directa horizontal de la directiva: STJ Marshall*

Tras lo apuntado debe concluirse que, entonces, la directiva tendrá eficacia directa cuando en ella se señale una obligación clara, precisa e incondicional para el Estado y, de manera muy especial, cuando no sea cumplida correctamente en plazo, es decir cuando pueda alegarse un incumplimiento por parte del Estado. En mi opinión, la concepción de la eficacia directa como efecto patológico de la directiva cuando el Estado incumple puede conllevar nuevos problemas de garantías: (a) la eficacia de la directiva tendrá una naturaleza sancionadora del Estado, no garante de los derechos del ciudadano; (b) de aquí se comprenderá que la directiva no puede surtir efectos directamente entre particulares.

(a) En primer lugar, la doctrina *Becker* altera el contenido del principio de eficacia directa del Derecho europeo. El principio de eficacia directa tiene la virtud de incorporar al ciudadano como sujeto del ordenamiento europeo. Mediante este

---

<sup>831</sup> Ver FJ 18, *Becker*, cit.

<sup>832</sup> Ver FJ 19 *Becker*, cit. Igualmente ver STJ de 6 de mayo de 1980, *Comisión c. Bélgica*, C-102/79.



principio se advierte que el Derecho europeo también impone obligaciones y derechos a los particulares, y que en consecuencia, éstos pueden invocar tales derechos sustantivos ante el juez nacional para su garantía<sup>833</sup>. Sin embargo, con el cambio de fundamento realizado en *Becker*, la eficacia directa de la directiva se aleja de las connotaciones centradas en el particular para centrarse exclusivamente en la actuación del Estado. Y es que el TJ considera que la directiva es una fuente del Derecho que tiene por destinatario exclusivamente al Estado<sup>834</sup>. Desde esta perspectiva, las situaciones en las que la directiva puede ser invocada tendrían una naturaleza meramente “sancionadora”. De esta forma, repetimos, se reubica la esencia del principio de eficacia directa y se traslada su fundamento desde el reconocimiento de los derechos sustantivos que el Derecho europeo concede a los particulares por ser un

---

<sup>833</sup> La teoría de la eficacia directa exige que los Estados miembros y sus ordenamientos protejan los derechos reconocidos a los particulares por el Derecho comunitario de forma efectiva. Esta idea está estrechamente ligada con otros conceptos como la autonomía procedimental y los principios de efectividad y equivalencia de los remedios procesales para solventar, en el ámbito interno, los incumplimientos por parte del Estado. De esta forma se expresa de nuevo la dualidad entre el carácter vinculante de lo dispuesto por la directiva y el margen de apreciación del Estado, dualidad que en el ámbito de los remedios procesales se verá limitada por el objetivo comunitario de prever recursos procesales adecuados y efectivos en casos de quiebra de las obligaciones comunitarias. Ver, aunque desarrollado en el ámbito de la eficacia directa horizontal de las fuentes originarias del ordenamiento europeo REICH, N., “Horizontal liability in EC Law: Hybridation of remedies for compensation in case of breaches of EC Rights”, CMLR, n.44, 3, 2007, p. 705.

<sup>834</sup> Así en las SSTJ. *Ratti*, de 5 de abril de 1979, C-148/78; y *Becker*, *cit.*, en las que se pone el énfasis, en una adaptación a la doctrina del Estoppel, por la que el TJ establece que un Estado miembro no puede imponer obligaciones a los particulares basándose en su propio incumplimiento. En este sentido me remito al trabajo de PRECHAL, S., “Remedies after Marshall”, CMLR, n. 27, 1990, pp. 451-473. La doctrina se encuentra dividida en cuanto al fundamento. Unos creen que la eficacia directa de la directiva se funda en el incumplimiento estatal, los más; los menos consideran que es una cuestión de integración normativa y de adaptación de dos ordenamientos, por lo que interesa no la determinación de un incumplimiento, sino las consecuencias para la efectividad del sistema y la eficacia de sus disposiciones. Por un lado se expresa que, si se entiende que el fundamento del incumplimiento del estado se basa en que la directiva sólo impone obligaciones al mismo, ello equivaldría a entender el problema como una cuestión, no de la adaptación del Derecho interno al Derecho comunitario, de integración de ordenamientos (UE), sino como la determinación del Estado como sujeto de Derecho internacional, y de aquí el fundamento del Estoppel. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Nápoles, 1987, p. 313. Con BARENTS, considero que el TJ al negar la eficacia directa horizontal ha confundido «lo Stato come soggetto di diritto internazionale (o, se si vuole, comunitario) che é il destinatario della direttiva, e lo Stato come soggetto del proprio ordinamento interno...Il problema é insomma un problema di adattamento del diritto interno al diritto comunitario e non di destinatarieta della direttiva nell’ambito di quest’ultimo diritto» ver “Some remarks of the «horizontal» effect of directives”, en O’KEEFFE and SCREMERS (Eds.) *Essays in European Law and integration*, Kluwer, Deventer, 1982, p. 99. BARATTA, R., responde en su trabajo “Norme contenute in direttive comunitarie inattuete e loro inopponibilita ai singoli”, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1989, pp. 272-275, que esta distinción es absurda. El fenómeno sólo puede comprenderse desde dentro, sólo se puede leer en clave europea, si se encuadra en el ordenamiento comunitario, en cuyo ámbito surge y se realiza. Si bien se puede entender el fenómeno en dos claves, desde el punto de vista del Derecho europeo, cuya explicación aparece en base a la norma comunitaria (material) y otra desde el punto de vista del ordenamiento nacional, cuya clave son los instrumentos jurídicos utilizados para su adaptación (formal), para BARATTA esta distinción sólo explica la distinta base jurídica del fenómeno, y no que nos encontremos ante un problema de adaptación. Si el fenómeno debe ser entendido desde el punto de vista del Derecho comunitario es obligado respetar la configuración propia de sus actos normativos propios, y de este modo debemos reconocer la naturaleza cooperativa de la directiva. La autonomía del Derecho europeo significa que sus sujetos son más allá de los estados también los ciudadanos y personas jurídicas (*STJ Van Gend en Loos*), y tiene sus propias fuentes que, sobre la base de previsiones expresas o en vía interpretativa, se reputan idóneas para producir reglas en grado de alcanzar la finalidad normativa para la que ha sido creada respecto de los diversos sujetos que la componen. Dado que tampoco estaba previsto en los Tratados que estos pudiesen ser invocados por los particulares directamente, en la directiva podría admitirse sólo de acuerdo con la función normativa que esta desempeña en el sistema comunitario, y estas van dirigidas a los Estados, por ello sólo desprenderán efectos entre los particulares una vez que hayan pasado el filtro de la actuación (u omisión) del estado. De aquí su fundamento de incumplimiento-sanción o Estoppel. Nosotros como tratamos de exponer y con el beneficio de la distancia en el tiempo, nos aferramos a la idea de que la extensión de la eficacia directa a la directiva debe basarse en su carácter vinculante y en la naturaleza del ordenamiento europeo distinta al Derecho internacional.

ordenamiento supranacional que goza de primacía sobre el Derecho nacional, hacia una cuestión de exclusiva salvaguarda del incumplimiento del Estado. Ahora podría decirse que las disposiciones de la directiva tienen que tener eficacia directa para “reprender” y “disuadir” a los Estados de la falta de adaptación al Derecho<sup>835</sup>.

Este fundamento, provoca un alejamiento de la trascendencia que tiene la eficacia directa en la naturaleza autónoma del Derecho europeo. Se aproxima a planteamientos propios de Derecho internacional como el Estoppel<sup>836</sup>. Ciertamente, el cambio de fundamento provoca que la mayoría de la doctrina y la evolución sucesiva de la jurisprudencia del TJ, consideren que la extensión de la eficacia directa a la directiva se basa en este principio de Derecho internacional: la imposibilidad de que el Estado miembro pueda obtener un beneficio por el incumplimiento de sus compromisos internacionales<sup>837</sup>.

(b) En segundo lugar, y derivado del punto anterior, al terminar por considerarse al Estado como único sujeto al que se dirigen las directivas, se restringen las posibilidades de eficacia directa de la directiva al ámbito de las relaciones entre el particular con la administración. La segunda consecuencia es que, al tener la eficacia directa de la directiva un carácter punitivo, destinado a proteger al particular del incumplimiento del Estado, la eficacia directa sólo podría desplegarse de forma vertical y unidireccional, esto es, en conflictos entre un particular y el Estado, y nunca en litigios entre particulares. La eficacia directa se convierte en el derecho del particular a que el Estado no pueda imponerle la legislación nacional contraria que no ha adaptado en tiempo a los objetivos de la directiva<sup>838</sup>, ni a ejecutar las obligaciones

---

<sup>835</sup> Me remito a los comentarios de PRECHAL, S., “Remedies after Marshall”, CMLR, n. 27, 1990, pp. 451.473”, *Op. Cit.*, p. 453, que expone cómo el fundamento de la eficacia directa de la directiva basado en el “efecto útil” desaparece tras las sentencias *Ratti y Becker*, para basarse en la cuestión del incumplimiento. Esta idea se culmina con la Sentencia *Marshall*, de 26 de febrero de 1986, C-152/84, en la que se niega la posibilidad de que la directiva despliegue efectos directos en relaciones “horizontales”, entre particulares, al reconocer que «el carácter vinculante de la directiva basado en el art. 189 TCEE [actual art. 245 TCE] existe sólo en relación a cada Estado miembro a la que esta se dirige». Así la eficacia directa de la directiva no es sino «la contrapartida de una obligación». La alternativa es, como hemos dicho, situar el peso de la balanza en el carácter vinculante del Derecho europeo y su primacía sobre el Derecho nacional. Es decir, que la directiva no es una mera norma directriz o un principio rector, sino una verdadera norma positiva, aplicada de forma uniforme y de eficacia necesaria. Como señala CELOTTO «el Estado de Derecho en el contexto europeo implica la existencia de normas vinculantes que se aplican de forma uniforme y que protegen derechos individuales». CELOTTO, A., “L’efficacia delle fonti comunitarie nell’ordinamento italiano”, *Op. Cit.*, pp. 77 y ss.

<sup>836</sup> Sobre la eficacia directa como una evolución de la doctrina internacionalista del Estoppel ver CASSESE, S., *Dizionario di Diritto Pubblico*, *Op. cit.*

<sup>837</sup> Conclusión basada en el principio “non venire contra Factum proprium, nemo auditur suam turpitudinem allegans”, conocido como Estoppel en la doctrina internacionalista.

<sup>838</sup> «La tutela chiesta dal privato ai giudici nazionali può legítimamente configurarsi, a nostro giudizio, come un effetto riflesso dell’obbligo imposto allo Stato membro dalla direttiva». BARATTA, *Op. Cit.* p. 272. El derecho del particular no tiene por qué componerse de una pretensión subjetiva definida, sino que se caracteriza por la posibilidad de invocación de la disposición de la directiva ante el juez nacional en defensa de cualquier pretensión. En mi opinión el mínimo de la configuración del derecho del particular en la directiva se garantiza con la posibilidad de invocar el incumplimiento del estado en defensa de su pretensión, es la contrapartida a una obligación del Estado (art. 10 TCE), y de aquí el que se defina por el TJ como una “garantía mínima” que deriva del carácter vinculante de la obligación impuesta por el art. 249 TCE. Pero este derecho no tiene carácter general (*portata generale*). Nos preguntamos de este modo, con CURTIN, si la existencia de un derecho subjetivo invocable por un particular ante los tribunales nacionales es siempre causa del incumplimiento de la directiva por parte del Estado, y de la imposibilidad del Estado de sacar ventaja de su

que la directiva incumplida impusiese al particular<sup>839</sup>. Se elimina la posibilidad de una eficacia directa horizontal. Se impide que las directivas puedan ser invocadas en las relaciones entre particulares.

La prohibición de la eficacia directa horizontal de la directiva es resultado de la STJ de 26 de febrero de 1986, asunto *Marshall*, C- 152/84. Que exponemos muy brevemente. En este asunto, una trabajadora de un hospital inglés será forzada a jubilarse por superar la edad que la legislación inglesa establecía. Debe señalarse que la edad de jubilación en la norma inglesa es inferior para las mujeres que para los hombres. La afectada invocará las Directivas 76/207 y 79/7 en las que se establecen medidas de aproximación entre legislaciones en el ámbito de la igualdad en el trabajo. La cuestión principal reside en que la institución demandada es una institución privada (o al menos así se entenderá). Por ello el Gobierno inglés alegará a favor de la Institución sanitaria que el incumplimiento de una directiva por la legislación inglesa no puede ser invocado contra una empresa privada, un particular. Este es el asunto concreto.

El TJ determinará tajantemente que las directivas no despliegan efectos directos entre particulares<sup>840</sup>:

*“el carácter obligatorio de una directiva sobre el que se basa la posibilidad de invocar ésta ante un órgano jurisdiccional nacional sólo existe respecto a todo Estado miembro destinatario. De ello se deriva que una disposición de una directiva no puede ser por consiguiente invocada en su calidad de tal contra dicha persona”<sup>841</sup>.*

---

propio incumplimiento imponiendo a los particulares las obligaciones determinadas por una directiva no adaptada o por su legislación contraria a Derecho comunitario; o si bien, es necesario que exista en la disposición de la directiva un derecho individual concreto y expresado en términos inequívocos. Para este autor es el incumplimiento de la obligación del Estado el que crea un derecho para el particular frente a aquel. Es decir, el derecho es la contrapartida a la obligación incumplida del Estado. El Estado no cumple y el particular puede invocar ese incumplimiento como si ello fuese un derecho, el derecho a que el Estado cumpla con la directiva. El derecho del particular consiste formalmente en la no invocación por el Estado de su propio incumplimiento. CURTIN, D., “Directives: the effectiveness...”, Op. cit., pp. 720-722. También MILLÁN MORO, L., “La eficacia directa de las directivas evolución reciente”, Revista de Instituciones Europeas, Vol. 18, n.3, 1991, pp. 845-877, expone «precisamente en el caso de las directivas, y según los requisitos establecidos [...en la jurisprudencia del TJ...], el efecto directo de las directivas sólo puede producirse a partir de un incumplimiento del Estado miembro, tanto el vertical como el posible efecto horizontal, para proteger a los particulares del incumplimiento del Estado. Si el Estado miembro incorporase correctamente la directiva a su derecho interno, ni se originaría este tipo de discriminaciones, ni habría lugar al efecto directo de las directivas, no se plantearía tampoco un litigio al respecto. »

<sup>839</sup> Prohibición de la eficacia directa de las directivas en sentido vertical inverso.

<sup>840</sup> Aunque curiosamente, al mismo tiempo, el TJ considerará que en este caso concreto la directiva puede ser aplicada directamente dado que la administración del hospital no es sino una prolongación del Estado actuando como sujeto jurídico privado. Ver FFJJ 50-52 de la Sentencia comentada.

<sup>841</sup> Ver FJ 48, STJ de 26 de febrero de 1986, asunto *Marshall*, C- 152/84. Los pronunciamientos en este sentido se han sucedido hasta nuestros días. Ver Vg. las sentencias *Faccini Dori*, de 14 de julio de 1994, C-91/92; y *El Corte Inglés*, de 26 de septiembre de 1996, C-168/95. Esta jurisprudencia tiene dos objetos: no perjudicar al particular, se encuentre en la posición que se encuentre, y no admitir la ventaja del incumplimiento por parte del Estado.

De esta famosa sentencia, deriva la negación de la eficacia directa horizontal de las directivas, en oposición a la eficacia directa absoluta de los Tratados o los reglamentos.

Esta jurisprudencia, pese a ser coherente con los planteamientos anteriores fue muy criticada por la doctrina y no sin razón<sup>842</sup>. La prohibición de la eficacia directa horizontal conlleva nuevas dificultades para la solución al problema de eficacia del Derecho europeo, ha creado mayores interrogantes y, en ocasiones, graves quiebras del principio de igualdad.

En el caso Marshall salió a la luz la cuestión de la ampliación del concepto de Estado. El TJ en su jurisprudencia posterior ha determinado caso por caso la noción de Estado frente al que pueden invocarse las disposiciones de la directiva, ampliando sus límites para dotar a los particulares de mayores posibilidades para defender sus prerrogativas en casos de incumplimiento de la directiva. De este modo ha considerado Estado a sujetos jurídicos regidos por formas jurídicas de carácter privado siempre y cuando el Estado participe en su financiación o su gestión. Este desarrollo de su doctrina no ha traído sino más incertidumbre y graves desigualdades, al permitir la invocación por los particulares de la eficacia directa de una directiva frente a empresas comerciales en las que existe un elemento de participación estatal, a pesar de que estas empresas no son responsables del incumplimiento estatal, y a pesar de que pueden ser competidoras directas con las empresas del sector privado, contra las que no pueden invocarse las mismas directivas<sup>843</sup>. De este modo, se ven además gravemente comprometidos los principios de seguridad jurídica, certeza del derecho e igualdad.

La prohibición de la eficacia directa horizontal, ha provocado, además, una quiebra del principio de primacía. Si atendemos a la no aplicación de la disposición europea proveniente de una directiva en relaciones entre particulares, podemos entender que en estas situaciones horizontales el incumplimiento de la obligación de adaptación del Estado produce una quiebra en los principios de selección de la norma aplicable al caso concreto. Entre particulares, ante la imposibilidad de invocar la disposición de una directiva para la resolución del caso, se podría continuar aplicando una disposición nacional aun cuando esta fuese contraria a lo dispuesto por una

---

<sup>842</sup> Ver por ejemplo las conclusiones del AG Van Gerven en el propio asunto *Marshall*. También el AG Lenz, en el asunto *Faccini Dori*, C- 316/93.

<sup>843</sup> Este es el caso de la invocación de directivas que desarrollan derechos sociales o laborales como el principio de no discriminación. En tales situaciones, un trabajador puede ser sometido a desigualdades dependiendo del carácter del empleador. En este sentido el abogado general Lenz, en las conclusiones del asunto *Faccini Dori*, sentencia del TJ de 9 de febrero de 1994, C-91/92, presentadas el 14 de julio de 1994, expone: «el principio de no discriminación, que tiene rango de derecho fundamental, opera igualmente a favor de la eficacia directa horizontal de las directivas en múltiples aspectos... [N]o resulta satisfactorio que los justiciables estén sujetos a normas diferentes según mantengan relaciones jurídicas con una entidad comparable al Estado o con un particular». Ver en este sentido BELLIDO BARRIONUEVO, M., “La directiva comunitaria”, *Op. cit.* pp. 216-217. Así como las conclusiones del abogado general JACOBS, en el asunto *Le Foyer*, presentadas el 27 de enero de 1994, sentencia del TJ de 3 de marzo de 1994, C-316/93.

directiva, sin que pueda activarse el principio de primacía para desplazarla a favor de la disposición europea<sup>844</sup>. No podrá prevalecer la norma europea sobre la nacional contraria, contraviniendo el principio de primacía del Derecho europeo, por el cual el Derecho europeo prima sobre el de los Estados miembros, máxime cuando este es contrario a aquel. Atendiendo a esta situación, la resolución de los casos concretos, la selección de la norma aplicable en conflictos entre particulares, será distinta en los diferentes Estados miembros dependiendo de que el Estado haya o no adaptado su derecho interno a la Directiva, constatándose una quiebra en la aplicación uniforme del Derecho europeo dependiendo de los sujetos litigantes<sup>845</sup>.

La limitación de la eficacia directa horizontal de la directiva, debe señalarse, es coherente con su “vicio” originario de eficacia mediata<sup>846</sup>, con la dualidad de su naturaleza. No obstante, con la intención de superar los problemas que planteara la doctrina *Marshall*, las posibilidades de invocación de la directiva han seguido ampliándose recientemente, y siempre a través de la jurisprudencia del TJ, concediendo a la directiva nuevas posibilidades en su aplicación y sus efectos, puesto que la intención última del TJ al establecer el principio de eficacia directa del Derecho europeo era garantizar la efectividad de un ordenamiento que se ha autoproclamado autónomo de los ordenamientos nacionales con los que debe integrarse<sup>847</sup>.

### C) Condiciones para la eficacia directa de las Directivas

El TJ dadas las críticas vertidas por la doctrina sobre la carencia de eficacia directa horizontal de las Directivas ha tratado de ampliar y flexibilizar sus postulados. Concretamente podemos considerar que esta flexibilización se debe a un esfuerzo de distinción entre situaciones en las que la Directiva puede desplegar efectos en base a su contenido material y la aparición de una eficacia directa objetiva de la directiva, en base a planteamientos formales. De esta forma se han determinado diversos criterios que permiten que la directiva despliegue determinados efectos directamente. Estos

---

<sup>844</sup> Cito a MASTROIANNI, R., “Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale”, *Diritto dell’Unione Europea*, 2008, p. 587, cuando estableciendo diferencias entre las diversas formas de eficacia directa de la directiva y sus límites en la jurisprudencia del TJ afirma que, ello no excluye que la directiva en tanto que fuente comunitaria ‘obligatoria’, en el sentido del artículo 249 TCE, pueda tener una incidencia en el sistema ‘integrado’ de las fuentes. De hecho, la directiva contiene normas jurídicas vinculantes para los Estados miembros que gozan de una posición de ‘primacía’ respecto a las nacionales

<sup>845</sup> Nos adherimos así, finalmente, al frente doctrinal que mantiene la idea de que debería ser el contenido de la norma, y no su destinatario lo determinante para otorgar o denegar la eficacia directa. BELLIDO BARRIONUEVO, M., “La directiva...” *Op. Cit.* p. 213.

<sup>846</sup> Cfr. MASTROIANNI, R., “Conflitti tra norme interne e norme comunitarie...”, *Op. Cit.*, p. 588. Para el autor la única forma de resolver este “vicio de origen”, es decir, los problemas de su eficacia en relaciones horizontales o en caso de disposiciones incompletas, el caso de la aplicación de disposiciones nacionales ilegítimas o contrarias a Derecho europeo, sería a través de una cuestión de inconstitucionalidad de la norma interna por violación del art. 11 de la Constitución Italiana, volviendo la vista, a la Sentencia de la Corte Costituzionale *Granital*, n. 284, de 13 de julio de 2007.

<sup>847</sup> Aun sin ser necesario cito de nuevo la jurisprudencia fundacional de la Unión Europea *Van Gend en Loos* y *Costa c. Enel*, que en palabras de PESCATORE, *Op. Cit.*, tienen, ya no sólo la misma ideología jurídica, sino la misma finalidad.

criterios pueden distinguirse en criterios materiales (precisión e incondicionalidad de la disposición) y criterios formales (correcta transposición del Estado). Mi intención, ahora, es subrayar que los criterios *Becker* han ido objetivándose, esto es, han tendido a concentrarse en torno a cuestiones formales, alejándose de los criterios de precisión e incondicionalidad.

C.i) Criterios materiales: los requisitos de claridad, precisión e incondicionalidad

Los requisitos que el TJ determinó para que toda disposición de Derecho europeo pueda desplegar eficacia directa se basan en el carácter de la obligación impuesta al Estado. La obligación que los Tratados o el Derecho derivado impusiesen debía ser “clara”, “precisa”, e “incondicional”. La determinación de estos requisitos no significa que la eficacia directa del Derecho europeo pueda ser un concepto homogéneo ni objetivo<sup>848</sup>, sino que para cualquier análisis sobre las posibilidades de aplicación directa de una disposición europea será siempre necesario realizar un reconocimiento en concreto, y no en abstracto, de la disposición invocada, y sólo así podrán determinarse los efectos que pueda producir<sup>849</sup>.

Este análisis concreto se impone con mayor necesidad en el caso de la directiva, pues resulta bastante complejo predicar de esta fuente el carácter de eficacia directa considerado en relación a las demás fuentes vinculantes del Derecho europeo. Para que la directiva pueda ser invocada directamente por el particular, la disposición de la directiva debería ser “incondicional”, es decir, que su mandato no esté sujeto a ninguna condición ni subordinado en su ejecución o en sus efectos a la adopción de ningún acto por las instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros<sup>850</sup>. Sin embargo se observa que el carácter “incondicional” de las disposiciones de la directiva encuentra la frontera del necesario acto de adaptación del Estado. Pero también se ve entorpecido por el establecimiento de un plazo para la adaptación de la directiva. Las normas invocables ante el juez por reunir este requisito, en el caso de la directiva, disminuirán sustancialmente. Por otro lado, se requiere que la disposición sea “precisa”, es decir, que su objeto quede delimitado en términos inequívocos, señalándose un titular de un derecho y un contenido, así como las condiciones del ejercicio de tal derecho y la identidad de la parte a la que se carga con la obligación<sup>851</sup>. También este requisito debe amoldarse a la naturaleza específica de la directiva, en tanto que norma de resultado.

---

<sup>848</sup> Ver CURTIN, D., “Directives: the effectiveness of judicial...”, op. Cit. p. 722

<sup>849</sup> “En concreto” significa atendiendo al caso concreto presentado ante el juez nacional, dentro de un contexto fáctico y normativo. CELOTTO, A., “L’efficacia delle fonti comunitarie nell’ordinamento italiano”, Op. Cit., pp. 77 y ss.

<sup>850</sup> Véase Sentencia del TJ *Comitato di coordinamento per la Difesa Della Cava y otros*, de 23 de febrero de 1994, C-236/92

<sup>851</sup> DOUGAN, M., “When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy”, en CMLR, 44, 2007, p. 941.

Si, por naturaleza, puede ser difícil encontrar disposiciones incondicionales y precisas en una directiva, el problema esencial no es éste. Estos requisitos se imponen por una mera cuestión de práctica jurisdiccional. Son requisitos que el TJ ha exigido a todas las normas de Derecho europeo, de cualquier rango o fuente, para permitirles desplegar efectos directos, para ser aplicadas directamente sin la intervención de ningún acto normativo por parte del Estado<sup>852</sup>. Son requisitos “técnicos” que, por un lado, expresan simplemente el hecho de que una norma jurídica es tanto más fácil de aplicar si no existen dudas sobre su contenido y puede producir efectos jurídicos por sí misma<sup>853</sup>. Por otro lado, formulan un límite funcional al juez: el encargado de aplicar la norma comunitaria no puede adoptar el papel del legislador sustituyendo lo dispuesto por la directiva o completándolo por su cuenta<sup>854</sup>.

Lo determinante, pues, no es la dificultad de adaptar los requisitos generales de la eficacia directa al caso de la directiva, sino que para esta fuente el TJ dispone dos requisitos nuevos y específicos para esta fuente. El TJ en la sentencia BECKER<sup>855</sup>

---

<sup>852</sup> Para CURTIN, D., “Directives: the effectiveness of judicial...”, p. 716, los requisitos materiales exigidos a las disposiciones de la directiva son exigencias de seguridad jurídica. La eficacia directa se puede predicar sólo de aquellos instrumentos legislativos que satisfacen las precondiciones de seguridad jurídica. En el trabajo de DOUGAN, M., “When worlds collide!...”, Op. cit. *supra*, se desarrolla una interesante doctrina de lo que él llama el modelo desencadenante (“trigger model”), según el cual los requisitos de claridad y precisión exigidos por la sentencia *Becker* para posibilitar la invocación de disposiciones de una directiva ante los tribunales nacionales en demanda de la aplicación directa de tal disposición, serían un requisito necesario para desencadenar los efectos del principio de primacía o las diferentes consecuencias del incumplimiento del Derecho comunitario. Este modelo entiende que los requisitos de la eficacia directa monopolizan las posibilidades de invocación de las disposiciones del Derecho europeo por parte de los ciudadanos ante sus jueces nacionales creando un marco o foro donde sopesar las diversas consecuencias de la utilización de un principio general de Derecho comunitario u otro para la solución del conflicto.

<sup>853</sup> Es el Abogado General LÉGER el que califica estos requisitos como “técnicos”. Ver conclusiones del asunto *Linster*, cit. *supra*, punto 38. CURTIN, D., por su parte considera que las disposiciones de Derecho europeo, al satisfacer estos dos requisitos, cubren unas exigencias mínimas de seguridad jurídica, ver “Directives: the effectiveness of judicial...”, Op. Cit., p. 722. También PRECHAL, S., “Does direct effect still matter?”, CMLR, 37, 2000, afirma que «The very purpose of this requirements is judicial application». p. 1062 Son tanto más fáciles de sopesar por un juez en la elección de la norma aplicable al caso concreto en la medida en que cumplan con tales caracteres. En palabras del AG VAN GERVEN en el asunto *Banks* de 1994, C- 128/92, punto 27 «The clarity, precision, unconditional nature, completeness or perfection of the rule and its lack on dependence or discretionary implementing measures are in that respect merely aspects of one and the same characteristic features which that rule must exhibit, namely it must be capable of being applied by a court to specific case», es decir, el verdadero problema es encontrar una disposición que sea “justiciable”. En este sentido ver PESCATORE, P., “The doctrine of direct effect: An Infant Disease of Community law”, EL Rev 1983. «A rule can have “direct effect” whenever its characteristics are such that it is capable of judicial adjudication, account being taken both of its legal characteristics and of the ascertainment of the facts on which the application of each particular rule has to rely», p. 176

<sup>854</sup> STJ *Brinkmann*, C- 365/98, de 15 de junio de 2000. La matización de esta sentencia va más allá. El juez, como veremos más abajo, puede realizar un control sobre el margen de apreciación dejado al estado por la directiva y la actuación final de éste. Pero no puede, sin embargo, completar la norma nacional por su cuenta. En el caso *Brinkmann*, en concreto, la directiva concedía al estado un margen de apreciación para elegir una de las tres formas de tributación sobre el tabaco que se determinaban en ella. El Estado alemán decide utilizar una cuarta forma no prevista en la directiva y el demandante, *Brinkmann*, solicita que se le inaplique esta y se le aplique una de aquellas –la más beneficiosa para él-. El TJ declara que, si bien el estado ha excedido el margen de apreciación del que disponía para elegir una de las formas de tributación, y la forma elegida debe ser inaplicada al no aparecer entre las posibilidades de la directiva que limitaban así la actuación del estado (art. 249 TCE), sin embargo, el juez nacional no puede tomar la decisión de cómo o qué forma de tributación de las expuestas utilizar para resolver el caso concreto, ya que ello es competencia del legislador nacional.

<sup>855</sup> Ver la STJ de 14 de julio de 1988, C-207/87, *Gerd Weissgerber contra Finanzamt Neustadt an der Weinstrasse*, cuestión prejudicial planteada por el Finanzgericht Rheinland-Pfalz, sobre la exención del IVA y las repercusiones del impuesto.

estableció que «en todos los casos en los que las disposiciones de una directiva *parecen ser*, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones, *si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación*, pueden ser invocadas contra cualquier disposición de Derecho interno<sup>856</sup>». Posteriormente en la sentencia MARSHALL se especificará que los particulares podrán invocar tales disposiciones frente al Estado «ya sea cuando éste se abstenga de adaptar su Derecho nacional, en el plazo establecido, a la directiva, ya cuando realice una adaptación incorrecta<sup>857</sup>». La particularidad en el caso de la directiva para desplegar efectos directos se encuentra, pues, en la determinación por el juez de Luxemburgo de los requisitos específicos enunciados en estas sentencias para el caso de las directivas: (A) el particular debe invocar un derecho sustantivo en una controversia frente al Estado que derive de forma precisa e incondicional de la directiva, y además, (B) debe existir un incumplimiento por parte de la administración estatal que no permita satisfacerlo, que en el caso de la directiva se centra en la incorrecta adaptación al ordenamiento interno, un fallo en su implementación o un incumplimiento en el plazo<sup>858</sup>. Veamos ambos elementos brevemente:

A. En cuanto al primer requisito, la concesión clara de un derecho al particular por la directiva, es un requisito del que la doctrina ha considerado que se diluye en el régimen jurídico de la eficacia directa desde un punto de vista amplio<sup>859</sup>. En doctrina se ha debatido mucho sobre si la existencia de un verdadero derecho sustantivo es o *conditio sine que non* de la eficacia de la directiva. Parece que, por lo general, se ha prescindido de la necesidad de determinación de un derecho individual para que el particular pueda invocar la directiva frente al Estado. No es indispensable que exista un verdadero derecho sustantivo concedido por la directiva e insatisfecho por la conducta del Estado. El requisito del derecho sustantivo invocable por el ciudadano ha acabado por interpretarse de forma más objetiva, sencillamente, como la

---

<sup>856</sup> Fundamento jurídico 25. La cursiva es mía, y pretende resaltar el carácter *aparente* de las condiciones de precisión e incondicionalidad en el ámbito de la directiva y el nuevo requisito de incumplimiento en el plazo establecido.

<sup>857</sup> Fundamento jurídico 46 por el que se cita la sentencia Becker.

<sup>858</sup> Específicamente, el FJ 25 de la STJ de 19 de enero de 1982 (Becker), expresa: «Así pues, en todos los casos en que las disposiciones de un Directiva son, desde el punto de vista de su contenido [desde un análisis material] incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas en ausencia de medidas de ejecución dentro del plazo prescrito contra cualquier disposición nacional no conforme con la Directiva [incumplimiento del Estado] o en la medida en que definan derechos que los particulares estén en condiciones de hacer vales frente al Estado [derechos subjetivo]»

<sup>859</sup> PRECHAL ha hablado sobre el «concepto amplio de ‘invocabilidad’», que se sustenta sobre la idea de que las directivas no sólo son invocadas para defender derechos concedidos a los particulares por el ordenamiento europeo, sino que pueden ser invocadas en los procedimientos nacionales con otros motivos, como por ejemplo cuestiones de procedimiento en el ámbito penal o como estándar de control de comunitariedad de actos administrativos. S. PRECHAL, “Does direct effect still matter?”, CMLR 37, 2000, p. 1050. Ver también TIMMERMANS, “Directives: their effect within the national legal systems”, CMLR, 1979, p. 533. En esta publicación se explora la evolución sufrida por el concepto de ‘self-executing treaties’ desde su concepción en EE.UU. hasta Europa, en la que se transforma en un concepto más próximo a la invocabilidad de derechos concedidos por el ordenamiento internacional a los particulares, pero que es consciente de que «...national judges do not solely apply norms which create Rights and that the notion of direct effect of a legal norm is much broader than the notion referring only to creation of rights and duties».



contrapartida de la obligación incumplida por el Estado: el derecho genérico del particular a que el Estado cumpla las obligaciones dispuestas en la Directiva<sup>860</sup>.

B. En general las posibilidades de invocar la directiva se han centrado en el segundo requisito, la cuestión del incumplimiento por el Estado<sup>861</sup>. En el desarrollo de la jurisprudencia del TJ acaba bastando para que la directiva pueda ser invocada por el ciudadano con la atestiguación del incumplimiento de una directiva por el Estado en una controversia concreta frente a éste. Seguiremos entonces sobre este elemento.

Como se verá más adelante, la relativización de la exigencia de que la directiva conceda un derecho sustantivo al particular, junto al requisito del incumplimiento del Estado, supondrá un progresivo reconocimiento de lo que puede denominarse *eficacia directa objetiva*. Recalca la obligación de las autoridades nacionales de respetar las obligaciones de una directiva cuando estas disposiciones sólo imponen obligaciones a la administración de los Estados miembros, y la posibilidad de invocar la directiva, en caso de incumplimiento, independientemente de la concesión por la misma de un

---

<sup>860</sup> Esta idea se sustenta en las sentencias en las que el TJ ha reconocido efecto directo a disposiciones de tipo procedimental. Por ej. STJ de 9 de agosto de 1994, C-44/93, asunto *Namur*. Recordamos de nuevo la sentencia *Marshall*, en la que se cita la jurisprudencia Becker sin referirse a la necesidad de que la directiva conceda un verdadero derecho sustantivo al particular. Aunque expondremos esta cuestión más adelante, con las dos principales sentencias que enmarcan esta idea, *CIA Security* y *Unilever* sí debemos reconocer que esta cuestión se determina en cada caso concreto. No debemos olvidar que las posibilidades de invocación de la directiva incumplida requieren de disposiciones procesales adecuadas en el derecho interno que acompañen a la adaptación de la directiva. Así en las conclusiones del AG GEELHOED en el asunto *Marks & Spencer*, presentadas el 24 de enero de 2004, C- 62/00, citando la sentencia BECKER tras los requisitos del incumplimiento se hace referencia al requisito de la existencia de un derecho individual en el sentido de invocación a instancia de parte, el «ciudadano *deb[e]* invocar la directiva», y con esa invocación el requisito de la concesión de un derecho sustantivo por la directiva al particular se diluye. En este asunto se hacía una clara distinción entre dos supuestos de principio: por un lado, la situación en la que la directiva no ha sido traspuesta, o aun trasponiéndose al derecho interno se hace de forma incorrecta; y por otro lado, la situación en la que el Estado traspone correctamente pero su aplicación por la administración o por los órganos jurisdiccionales internos es incorrecta y no alcanza la finalidad de la directiva. El AG, y posteriormente el TJ, afirmarán que la directiva es una obligación de resultado y que el particular tiene derecho a invocarla con efectos directos incluso cuando falta el requisito del incumplimiento, y este aparece exclusivamente en forma de incorrecta aplicación en determinados casos concretos (se debe realizar una interpretación conforme de las disposiciones internas, que adaptan la directiva a derecho nacional, por parte de todos los órganos del estado encargados de darle eficacia, lo más precisa posible y atendiendo siempre al espíritu de la directiva, dirá el TJ en el FJ. 24). En el primer caso, sin embargo, cuando la directiva no se ha adaptado a Derecho interno, la exigencia de la invocación de la directiva por parte del particular resulta ser un requisito ineludible, simplemente porque la norma aun no pertenece al ordenamiento interno. La invocación sería la puerta a la aplicación de una disposición que no existe en el ordenamiento nacional y que por tanto el juez no puede evaluar (de oficio) si la controversia no llega a su competencia.

<sup>861</sup> Existen autores que entienden la necesidad del reconocimiento de un derecho individual por la disposición no como un requisito de la eficacia directa sino, más bien, como una consecuencia. En este sentido ver RUFERT, M., "Rights and remedies in European Community law: a comparative view", CMLR, 34, n.2, 1997, pp. 315-316. También en este sentido BELLIDO BARRIONUEVO, M., La Directiva comunitaria, *Op. cit.*, pp. 206-212. La necesidad del reconocimiento de un derecho subjetivo en la disposición de la Directiva es una cuestión central en este trabajo, la invocación de la directiva con efectos de "sustitución" cuando tal derecho se configura de forma precisa y se especifican los efectos del desplazamiento de la norma nacional en favor de la disposición europea, o con efectos de "exclusión", cuando no existe un verdadero derecho sustantivo, pero la confrontación entre la normativa nacional y la europea exigen la inaplicación de la primera. Esta es la cuestión sobre la que tratamos de arrojar un poco de luz a través de la exposición de sus implicaciones en el ámbito de las relaciones entre ordenamientos.

derecho subjetivo preciso e incondicionalmente concedido por la directiva a los particulares<sup>862</sup>.

La eficacia directa objetiva se refiere a que el requisito fundamental para que el nacional invoque directamente disposiciones de la directiva es que el Estado no haya adaptado el ordenamiento interno en las condiciones previstas por la directiva en el plazo establecido<sup>863</sup>, o las haya adaptado pero incorrectamente. Podemos considerar que se objetiva la eficacia directa si tenemos en cuenta que, en la determinación del incumplimiento, se valorarán la forma y procedimientos con los que la directiva se adapta y aplica al Derecho interno por las administraciones, analizando las formas y medios que más idóneos sean para asegurar la correcta aplicación de la directiva. La obligación responde a una exigencia a todas las administraciones del Estado, requiriendo en ocasiones no sólo la trasposición sino también la eliminación de las disposiciones o actos nacionales que puedan contravenir el fin de la directiva.

La cuestión de cuáles sean los medios más apropiados para transponer la directiva es una cuestión de Derecho comunitario, que debe resolverse atendiendo a un análisis formal del margen de apreciación dejado por la directiva al Estado. En este análisis formal se minimizan las exigencias y requisitos para la eficacia directa de la directiva, de precisión o incondicionalidad, propias de la disposición invocada, así como la necesidad de identificación de un derecho sustantivo concedido por la directiva.

En definitiva, el mero examen del contenido material de la directiva no agota sus posibilidades para desplegar efectos. Cuando este examen no saca a la luz la existencia de un derecho sustantivo de carácter «self executing» incondicional y preciso aun quedan otros medios, de carácter formal, para determinar el carácter justiciable de determinadas disposiciones de la directiva.

---

<sup>862</sup> La idea de la eficacia directa objetiva limita las exigencias materiales de *Becker*, y ha sido expresada por la doctrina alemana (CALLIES y EPINEY), es comentada por LACKHOFF, K., NYSSSENS, H., “*Direct effect of directives in triangular situations*”, ELR 23, 1998, p.398 y ss. En este último artículo, ambos autores concluyen que la sanción al Estado por la no aplicación de la directiva es una «mera herramienta» al servicio de un objetivo final: la aplicación plena del Derecho comunitario de forma uniforme y una más estrecha integración entre el Derecho comunitario y el nacional, es decir, la eficacia del Derecho europeo. Recalcan que el efecto útil es la base del efecto directo, y no la sanción al Estado (*Estoppel*), «*el principio de Estoppel debe ser entendido como la protección de la legítima confianza del demandante y no como una sanción contra el incumplimiento*», p. 408 y ss. La eficacia directa objetiva fue reconocida por el TJ en el asunto *Grosskrotzenburg*, un recurso de incumplimiento que enfrenta a la *Comisión contra Alemania*, C-431/91, de 1995.

<sup>863</sup> El trascurso del plazo de trasposición es un requisito ineludible del efecto directo de las directivas. Hasta que el mismo no se agote, los particulares no pueden hacer uso de la misma, Sentencia *Emott* del TJ de 25 de julio de 1991, C-280/90. En otro sentido, según la Sentencia del TJ de 15 de marzo de 2001, *Comisión contra Francia*, C-147/00, el incumplimiento debe apreciarse de acuerdo con la situación del Estado miembro tal como esta se presentaba al final del plazo. Además según la Sentencia del TJ *Comisión contra Grecia*, de 15 de junio de 2000, C-470/98, un Estado miembro no podrá alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva. Por todas, respecto a la importancia del plazo para determinar el incumplimiento me remito a la Sentencia del TJ *Comisión contra Luxemburgo*, de 21 de junio de 2001, C-119/00, apartados 14-16.

C. ii) Criterios formales: el margen de apreciación y las nuevas posibilidades de control

En muchas ocasiones, el TJ al analizar las posibilidades de eficacia directa de las disposiciones de la directiva, ha prescindido de los requisitos materiales de incondicionalidad y precisión, y se ha centrado exclusivamente en el margen de apreciación dejado al Estado por la propia directiva. Y es que el margen de apreciación dejado al Estado, en las formas y medios de adaptación del ordenamiento interno a la directiva, no es un campo de discrecionalidad absoluta, sino que, por sí mismo, se encuentra limitado<sup>864</sup>. Esta limitación se deduce tanto de los artículos 288 TFUE y 4 TUE, como de la propia Directiva<sup>865</sup>.

En primer lugar, respecto del artículo 288 TFUE, debe analizarse qué elementos contiene la directiva que sean en sí mismos vinculantes. Para ello, la apreciación sobre el margen de discrecionalidad del Estado en la transposición de la directiva, debe basarse en las propias *guidelines*<sup>866</sup> dictadas por la directiva. El estudio de sus disposiciones determina el exacto margen de apreciación dejado al Estado, convirtiéndose en el objeto de control determinante de la atribución competencial de la directiva<sup>867</sup>. Es decir, las disposiciones de la directiva determinan los límites exactos de la cooperación legislativa<sup>868</sup>. Permitiendo la realización de un control formal de la adaptación de la directiva a Derecho interno.

---

<sup>864</sup> Conclusiones del AG LÉGER en el asunto *Linster*, *Cit.* punto 40 de su argumentación: «ha ocurrido que, al plantearse precisamente una pregunta sobre el efecto directo de una Directiva, el Tribunal de Justicia, tras recordar el efecto imperativo de las Directivas y la necesidad de preservar su efecto útil, ha dejado de lado el doble requisito de precisión y de incondicionalidad para interesarse únicamente en el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en virtud de esta Directiva».

<sup>865</sup> La STJ *Kraaijeveld*, dispone en su FJ. 55 que «Procede recordar, en primer lugar, que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva es una obligación imperativa impuesta por el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CE y por la propia Directiva», de 24 de octubre de 1996, C- 72/95. Aunque como citamos más abajo la jurisprudencia es muy densa, este asunto nos sirve de modelo para el estudio del análisis formal de la eficacia directa de la directiva.

<sup>866</sup> Ver CURTIN, D., “*Directives: the effectiveness...*”, *op. Cit.* p. 716

<sup>867</sup> Los actos de trasposición o implementación que sobrepasan los límites impuestos por la directiva al margen de apreciación del Estado, pueden considerarse actos *Ultra vires*. Sin embargo la consecuencia de anulación sólo se cumple frente a los actos o normas de carácter reglamentario, respecto de las normas con rango legal la consecuencia no es la ilegitimidad de las normas de implementación, sino en todo caso su desplazamiento por el juez en la resolución del caso concreto. Este discurso, por tanto, accede sólo al ámbito de la confrontación entre una directiva y normas de naturaleza reglamentaria o actos administrativos. En este sentido ver MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., “*Otra virtualidad de las directivas: su «efecto directo de exclusión»*”, consultado en [www.reei.org](http://www.reei.org), última consulta 5 de junio de 2009

<sup>868</sup> De nuevo en el asunto *Kraaijeveld* se observan los límites impuestos por la directiva, en este caso se confería a los Estados miembros un margen de apreciación para especificar determinados tipos de proyectos que debían someterse a una evaluación o para establecer criterios y/o umbrales necesarios, «dicho margen de apreciación está limitado por la obligación, enunciada en el apartado 1 del artículo 2, de someter a un estudio de sus repercusiones los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización.» También, sírvanos de ejemplo lo establecido en la sentencia del TJ en el asunto *Bellone*, de 30 de abril de 1998, C- 215/97, en cuyo FJ 15 se expresa que «cada vez que la directiva confiere a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones a sus disposiciones, lo menciona expresamente». Además en este caso se establece una clara distinción con el análisis material de la eficacia directa de las disposiciones de la directiva explicado más arriba. Mientras que este debe realizarse caso por caso, el análisis formal, la determinación del margen de apreciación dejado al Estado por la Directiva, debe realizarse en un sentido global. En este sentido el TJ en *Kraaijeveld* dispone en su FJ 52 y 53 que «(l)a

En segundo lugar, el carácter vinculante de la Directiva (288 TFUE) supone una base jurídica adecuada para que los particulares puedan invocar las disposiciones de la directiva cuando las autoridades legislativas o administrativas de un Estado miembro sobrepasen el margen de apreciación que les confieren dichas disposiciones, ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado en contra de las autoridades nacionales<sup>869</sup> (como se dijo antes la invocación no depende de que la directiva conceda un derecho sustantivo al particular).

Pero además, el TJ ha establecido, que en virtud del principio de cooperación leal (art. 4 TUE), le corresponde al juez nacional apreciar *ex officio* la concordancia entre los medios y formas utilizados por el Estado para adaptar la directiva a Derecho interno y el margen de apreciación determinado. Es decir, si con arreglo al Derecho nacional, los órganos jurisdiccionales deben examinar de oficio los fundamentos de Derecho basados en una norma interna de carácter imperativo, que no han sido invocados por las partes, esta obligación se impone igualmente cuando se trate de normas comunitarias imperativas. Lo mismo sucede si el Derecho nacional faculta al Juez para aplicar de oficio la norma jurídica imperativa. Corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales, proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario<sup>870</sup>.

### *C. iii) Los criterios formales reemplazan las carencias de eficacia de la directiva*

Es necesario sintetizar lo expuesto hasta ahora.

El TJ ha reconocido que la directiva, bajo determinados aspectos, puede tener eficacia directa. Esta afirmación se ha basado en dos fundamentos.

---

cuestión de si, al establecer estos criterios, el Estado miembro sobrepasó su margen de apreciación no puede determinarse atendiendo a las características de un único proyecto, sino que depende de una apreciación global de las características de los proyectos de esta naturaleza que puedan realizarse en el territorio de un Estado miembro...(a) sí, un Estado miembro que estableciera los criterios y/o umbrales [para determinar que proyectos de obras públicas deban someterse a un análisis de sus repercusiones medioambientales] en un nivel tal que, en la práctica, la totalidad de los proyectos relativos a los diques quedara a priori exenta de la obligación del estudio sobre impacto ambiental sobrepasaría el margen de apreciación».

<sup>869</sup> Más adelante se especificará que esta invocación tiene consecuencias distintas a las derivadas de una eficacia directa “perfecta” de una disposición de una directiva. En este caso el juez deberá desaplicar la norma, pero en la mayoría de situaciones, al no haber uno criterios materiales mínimos, no se declarará la existencia de un derecho del particular que la invoca.

<sup>870</sup> Véase, en particular, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Van Schijndel y Van Veen*, asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, FJ 13. También sentencia *Kraaijeveld*, C- 72/95, FFJJ. 57-60; sentencia de 19 de junio de 1990, *Factortame y otros*, C-213/89, FJ 19. Esta línea jurisprudencial inaugura lo que hemos denominado eficacia directa objetiva, en la sentencia *Grosskrotzenburg*, *cit.*, de 1995, se expresa que los tribunales nacionales están bajo ciertas circunstancias, incluso obligados a aplicar con eficacia directa disposiciones de Derecho comunitario de oficio, y ello no es un asunto que concierna tanto a la pregunta de cuándo un particular puede invocar la eficacia directa de una disposición, como a la cuestión de si el tribunal o juez nacional puede aplicarla o no. Ver al respecto, en doctrina, PRECHAL, S., “Does direct effect...?”, *Op. Cit.* p. 1049, y del mismo autor, “Community law in national Courts: the lessons from *Van Schijndel*”, CMLR, 35, 1998, pp. 701-702

1. En *Van Gend en Loos* y *Van Duyn* se reconoce a través del carácter vinculante que concede a la directiva el artículo 288 TFUE. Este fundamento deriva de la propia declaración de autonomía del Derecho europeo que, basado en una cesión de competencias soberanas por parte de los Estados, reconoce a los ciudadanos como sujetos del ordenamiento comunitario. Sujetos a los que se conceden derechos directamente por los Tratados y el Derecho derivado y que, por tanto, deben tener legitimidad para invocarlos ante el juez nacional. Estos derechos se reconocen en las directivas en aquellas disposiciones precisas e incondicionales que impongan una obligación al Estado.

2. Por otro lado, a partir de la STJ *Becker*, el fundamento de la eficacia directa de la directiva se desplazará hacia otro extremo: el incumplimiento de las obligaciones de la directiva por parte del Estado en el plazo determinado. Conforme a este fundamento los particulares pueden invocar el incumplimiento de la directiva en causas pendientes frente al Estado, pues el Estado no puede sacar partido de su propio incumplimiento. Esta fundamentación, basada en el principio de cooperación leal (art. 4 TUE), ha tenido dos consecuencias: por un lado, el Estado se convierte en el único sujeto destinatario de la directiva, y en consecuencia se rechazará la eficacia directa en relaciones horizontales, entre particulares; por otro lado, al centrar la eficacia de la directiva en el Estado, la determinación del incumplimiento permite realizar un «análisis formal» por parte del juez nacional, análisis sobre el margen de apreciación dejado al Estado por la propia directiva.

Con la posibilidad de realizar un análisis formal de la eficacia de la directiva, se amplían las posibilidades del particular de alegar disposiciones de una directiva frente al Estado, pues le basta con hacer patente el incumplimiento del Estado para que la directiva pueda surtir determinados efectos, incluso a su favor.

Por desgracia, o por fortuna, la construcción del ordenamiento europeo no se ha realizado desde planteamientos absolutos. El TJ adopta ambas ideas y las conjuga. Pero de lo que podemos estar seguros es de que, trata de objetivar las condiciones de eficacia de la directiva, para así ampliar las posibilidades de invocación de las directivas por los particulares. Esta actitud posibilista se construye mediante planteamientos de carácter formal en los que se subraya que lo que está en juego por el incumplimiento de la directiva no son concretamente los derechos de los particulares, sino la uniformidad del Derecho europeo, condición existencial de la Unión.

De las múltiples consecuencias que pueden sacarse de esta jurisprudencia, lo que nos interesa particularmente son las atribuciones concedidas al juez nacional en el momento de la invocación de la directiva por el particular. Conforme a los propios criterios del TJ, ante la invocación de una directiva por un particular, frente a un posible incumplimiento del Estado, el juez nacional deberá, en primer lugar, realizar

un análisis material de su contenido, es decir, comprobar si sus disposiciones son lo suficientemente precisas e incondicionales como para poder aplicarse por sí mismas. En segundo lugar, y si el paso anterior no diese resultados, con carácter subsidiario<sup>871</sup>, el juez nacional deberá realizar un análisis formal de oficio, controlando el ejercicio de la facultad de apreciación por parte del Estado, analizando que los medios utilizados para transponer las obligaciones de la directiva en Derecho interno sean adecuados y necesarios<sup>872</sup>.

La solución al problema de la integración vuelve a componerse desde el juez nacional como vértice entre ordenamientos. El juez nacional analiza de oficio el margen de apreciación dejado al Estado por la directiva. El margen de apreciación se convierte en el objeto de control de la conformidad del derecho nacional con el Derecho europeo. Y de este análisis formal obtenemos la premisa central de este trabajo. Si bien las disposiciones de una directiva comunitaria podrían carecer de la capacidad de producir efectos legales independientes en ciertas situaciones porque dejen a los Estados miembros un grado de discrecionalidad en su aplicación, — obstaculizando que, por el carácter “condicionado” de una disposición de la directiva, esta pueda surtir efectos por sí misma — en tal margen existe una garantía para los particulares a través de la invocación de sus disposiciones y del control por parte del juez, y todavía pueden ser capaces de producir efectos legales respecto de normas internas en contradicción con esta donde, sin embargo, se sobrepasen los límites de discrecionalidad<sup>873</sup>.

Sobre este argumento, expondremos a continuación dos sagas jurisprudenciales que pueden ayudarnos a comprender cómo mediante el control formal de la directiva por el juez nacional las carencias de la eficacia de la directiva se componen poco a poco con nuevos mecanismos. Concretamente observaremos la naturaleza de ese control formal por parte del juez nacional, las posibilidades de eficacia horizontal de la directiva, y las diversas formulas de invocación de la directiva por los particulares. En estas formas de invocación se pondrá de manifiesto que en determinados casos los particulares, pese a la carencia de eficacia directa de las directivas, pueden invocarla pues lo que está en el fondo de la invocación es el principio de primacía.

---

<sup>871</sup> La idea del carácter subsidiario del control formal de la actuación del Estado pertenece, de nuevo, al abogado general LÉGER en las conclusiones al asunto *Linster*, *Cit.* punto 45 de su argumentación: «Así, la jurisprudencia relativa al control del respeto del margen de apreciación de los Estados miembros sigue teniendo, en esta sentencia, carácter subsidiario en relación con la jurisprudencia sobre la apreciación del efecto directo de la Directiva invocada, y sólo se aplica en el supuesto de que la facultad de adaptar el Derecho interno a la Directiva atribuida a los Estados miembros les conceda una verdadera posibilidad de elección al aplicar la Directiva».

<sup>872</sup> Sobre el control de la adecuación y necesidad de los medios utilizados por el Estado en virtud de su margen de apreciación STJ *Mangold*, de 22 de noviembre de 2005, C- 144/04; *Palacios de la Villa*, conclusiones del AG MAZÁK, presentadas el 15 de febrero de 2007, C- 411/05; *Incorporated Trustees*, de 5 de marzo de 2009, C-388/07.

<sup>873</sup> Para DOUGAN existe una función de las directivas proporcionada por el principio de primacía que no sólo satisface, de forma residual, derechos subjetivos, sino que contempla «any situation in which Community norms produce independent effects within the national legal Systems». Siendo los criterios *Becker*, determinaciones del ámbito personal de invocación del procedimiento. Ver DOUGAN, M., “When worlds collide! Competing vision of the relationship between direct effect and Supremacy”, *Op. cit.*, p. 942



### 6.3 Efectos incidentales de las Directivas

#### A) La jurisprudencia sobre reglamentaciones técnicas. Directiva 83/189/ CEE.

La jurisprudencia que vamos a comentar tiene su origen en la Directiva del Consejo de 28 de marzo de 1983, 83/189/CEE. Esta directiva establece determinados requisitos para que los Estados puedan producir «reglamentaciones técnicas», es decir, normas nacionales de carácter técnico-administrativo que determinan condiciones para la comercialización de mercancías, requisitos que rigen la producción y comercialización de mercancías en los Estados miembros<sup>874</sup>. La Directiva pretende evitar que, mediante la creación de reglamentaciones de este tipo por los Estados, pueda limitarse la libertad fundamental de circulación de mercancías y servicios<sup>875</sup>, o que tras las reglamentaciones técnicas de los Estados puedan ocultarse restricciones al mercado interno. La Directiva tiene su lógica en que en los últimos años la principal barrera al Mercado Interior no proviene de las medidas proteccionistas de los Estados, sino de las reglamentaciones técnicas, cuyo efecto no es discriminar los productos o mercancías de otros Estados beneficiando los productos autóctonos puesto que tales reglamentaciones también se aplican a estos, sino aislar los mercados nacionales, hecho que puede tener graves consecuencias sobre el mercado interno si se tiene en cuenta que la media de reglamentaciones técnicas por Estado supera ampliamente el millar<sup>876</sup>.

Con este objetivo se establece en los artículos 8 y 9 de la directiva un procedimiento de control de tales reglamentaciones. Conforme a este procedimiento los proyectos de reglamentación técnica de los Estados deben ser comunicados previamente a la Comisión. Mediante esta notificación puede evaluarse por la Comisión y los demás EE.MM, de forma previa a su adopción, si el proyecto de reglamentación puede provocar posibles obstáculos a la libre circulación de mercancías. Mientras el proyecto es examinado, la Directiva establece un aplazamiento para su adopción y entrada en vigor<sup>877</sup>.

---

<sup>874</sup> Según el artículo 1, apartado primero, de la presente Directiva, se entiende por «especificación técnica», la especificación que figura en un documento en el que se definen las características requeridas de un producto, tales como los niveles de calidad, el uso específico, la seguridad o las dimensiones, incluidas las prescripciones aplicables al producto en lo referente a la terminología, los símbolos, los ensayos y métodos de ensayo, el envasado, marcado y etiquetado. Conforme al apartado quinto, se entiende por «reglamento técnico», las especificaciones técnicas, incluidas las disposiciones administrativas que sean de aplicación y cuyo cumplimiento sea obligatorio, de iure o de facto, para la comercialización o la utilización en un Estado miembro o en gran parte del mismo, a excepción de las establecidas por las autoridades locales.

<sup>875</sup> La primera versión de la Directiva, se aplica sólo a los reglamentos técnicos que afectan a productos, y no a los que afectan a servicios. Sólo con la entrada en vigor de la Directiva 98/34, en su versión modificada por la Directiva 98/48, dicha obligación se amplió a determinados tipos de servicios.

<sup>876</sup> Este dato se observa actualizado al año 2000 en CHALMERS, D., “*European Union Law*”, Cambridge, 2008, CUP, p. 675.

<sup>877</sup> El artículo 8, apartado primero, de la Directiva declara: «Los Estados miembros comunicarán inmediatamente a la Comisión todo proyecto de reglamento técnico salvo si se trata de una simple transposición íntegra de una norma internacional o europea, en cuyo caso bastaría con una simple información referente a dicha norma; igualmente, los Estados miembros dirigirán a la Comisión una breve notificación referente a las razones por las cuales es necesario el



La notificación, previa a la aprobación de una reglamentación técnica, a la Comisión es un imperativo de la directiva. Los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 prescriben una obligación *precisa* para los Estados miembros de notificar a la Comisión los proyectos de reglamentos técnicos antes de su adopción. Por consiguiente, al ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisos, el TJ ha determinado en el asunto *CIA Security* que dichos artículos pueden ser invocados por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>878</sup>.

#### A.i) La Directiva sobre reglamentaciones técnicas y el asunto CIA Security

En la STJ de 3 de abril de 1996, asunto *Cia Security*, C-194/94, se presenta un conflicto en torno a esta Directiva. Ante el tribunal de *commerce de Liège* de Bélgica se suscita una cuestión entorno a una “reglamentación técnica” con fuerza de ley en la que se establecían requisitos para las empresas de seguridad privada. En la ley Belga se disponía que las empresas de seguridad operantes en su territorio debían obtener una autorización gubernamental previa para desarrollar su actividad. Además, en la misma ley se preveía que los sistemas y centrales de alarma y sus componentes tan sólo podrían ser comercializados o puestos a disposición de los usuarios tras su homologación, según un procedimiento establecido posteriormente<sup>879</sup>. La empresa *CIA Security* se vio afectada por la reglamentación. En 1994 dos empresas competidoras del sector denunciaron ante el juez belga que *CIA Security* comercializaba un sistema antirrobo que no cumplía los requisitos establecidos por la legislación belga en materia de sistemas de seguridad.

*CIA Security* invocará la directiva contra las pretensiones de sus competidores, pues el Real Decreto belga no fue notificado a la Comisión, y por tanto se considera que el Estado incumplió la Directiva, por tanto la norma nacional no debía serle de aplicación. El juez nacional belga preguntará al TJ si las disposiciones de la Directiva 83/189, y especialmente sus artículos 8 y 9, son incondicionales y suficientemente precisos de modo que el particular, *CIA Security*, pueda invocarlas ante un Juez

---

establecimiento de tal reglamento técnico, a menos que dichas razones se deduzcan ya del proyecto. La Comisión informará inmediatamente del proyecto a los otros Estados miembros, y podrá someterlo, también al dictamen del Comité». Su apartado segundo que «La Comisión y los Estados miembros podrán dirigir al Estado miembro que ha anunciado un proyecto de reglamento técnico ciertas observaciones que dicho Estado miembro tendrá en cuenta, en la medida de lo posible, en el momento de la posterior elaboración del reglamento técnico.» El artículo 9 dispone un plazo de «seis meses, a partir de la fecha de la comunicación...» para la adopción del proyecto de reglamento técnico, si la Comisión u otro Estado miembro emitiera, en los tres meses siguientes a esta fecha, un comunicado detallado según el cual la medida prevista debiera modificarse a fin de eliminar o de limitar los obstáculos a la libre circulación de bienes que, eventualmente, podrían derivarse del mismo. Este plazo podrá ser ampliado a doce meses si la Comisión anuncia su intención de proponer o de adoptar una directiva referente a dicha cuestión.

<sup>878</sup> Fundamento Jurídico 26 de la STJ de 30 de abril de 1996, asunto C-194/94

<sup>879</sup> Esta es la Ley belga de 10 de abril de 1990 sobre las empresas de vigilancia, sobre las empresas de seguridad y sobre los servicios internos de vigilancia.

nacional, al que incumbe negarse a aplicar un reglamento técnico nacional que no haya sido notificado con arreglo a la Directiva.

El TJ declarará que «*cuando un Estado miembro dicte una reglamentación técnica en el ámbito regulado por la Directiva 83/189/CEE sin informar del proyecto a la Comisión y sin respetar la debida obligación, la reglamentación así adoptada será inaplicable contra terceras partes en el sistema legal del Estado miembro de que se trate...[es decir, que] los litigantes tienen derecho a esperar que los tribunales nacionales rehúsen aplicar las reglamentaciones técnicas nacionales que no hayan sido notificadas como el Derecho comunitario exige<sup>880</sup>».*

De la decisión del TJ deben destacarse dos elementos. En primer lugar, la invocación de la Directiva tiene como resultado la inaplicación de la norma nacional. En segundo lugar, la inaplicación surte efectos “frente a terceras partes”.

El TJ fundamentará su decisión en la doctrina *Becker*, en el incumplimiento por parte de las autoridades públicas de la obligación de notificación impuesta por la directiva y, como dijimos, en la imposibilidad de oponer las disposiciones nacionales contrarias a Derecho comunitario a un particular, evitando así que el Estado pueda sacar partido de su propio incumplimiento.

Pero la solución final, según indica el TJ, pasa por inaplicar la normativa estatal. La reglamentación técnica debe inaplicarse a causa del incumplimiento del Estado de la Directiva. Desde la lógica generalmente reconocida de que la eficacia directa de las directivas es una consecuencia patológica y provisional para sancionar el incumplimiento del Estado — evitando de este modo un perjuicio a los particulares mientras se produce la correcta adaptación del ordenamiento nacional— la inaplicación de la norma por vulneración del procedimiento establecido por la Directiva parece estar fuera de lugar. A no ser que la obligación impuesta por la directiva pueda vincularse a un Derecho comunitario sustantivo vulnerado por el incumplimiento.

Para entender la decisión del TJ expondremos brevemente los fundamentos de su decisión.

#### *A.ii) Los fundamentos de la Sentencia Cia Security*

El TJ se remite a la jurisprudencia BECKER: en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas

---

<sup>880</sup> Fundamento jurídico 19. En él el TJ acoge la comunicación de la Comisión 86/C 245/05, DO 1986, C 245, p. 4, idea que la Comisión vuelve a expresar en este asunto.

en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva. Consecuentemente, los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 al ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisos, pueden ser invocados por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Es decir, según la jurisprudencia clásica podríamos decir que tienen eficacia directa<sup>881</sup>. Pero en este caso no es tan sencillo.

a) ¿Existe un derecho sustantivo en la directiva suficientemente preciso e incondicional?

Debe apreciarse, sin embargo que, los artículos 8 y 9 de la directiva no dictan ninguna norma material, sino sólo un procedimiento<sup>882</sup>. Las disposiciones de la Directiva no señalan ningún derecho subjetivo que no haya podido adquirir eficacia por el incumplimiento del Estado, tal y como se define clásicamente la finalidad de la ampliación de la eficacia directa a las disposiciones de la directiva, es decir, la prohibición de que el Estado pueda sacar un beneficio de su incumplimiento inhibiendo el derecho del particular en su relación con el ciudadano o imponiéndole en su lugar una carga. En este caso la directiva define sólo una obligación procedimental para el Estado que en el caso concreto ni beneficia ni perjudica<sup>883</sup> al particular.

Como hemos visto más arriba la cuestión de la inexistencia de un derecho sustantivo no es impedimento para que la directiva pueda ser invocada por el particular y desplegar efectos. El análisis de los elementos formales de la directiva (los procedimientos que impone) permite que la Directiva pueda surtir efectos.

---

<sup>881</sup> Fundamentos jurídicos 24-26

<sup>882</sup> Para MARTÍNEZ CAPDEVILLA, M., “Otra virtualidad de las directivas...”, *Op. Cit.* sí existe un derecho. Nos recuerda que las normas puramente procesales pueden ser fuentes de derechos para los particulares. Si bien en pronunciamientos anteriores del TJ se declaró que las disposiciones que dictaban obligaciones procesales no son fuentes de derechos para particulares (ni en la STJ *Bulk Oil* 18.02.1986, C-174/84, ni en *Enichem Base* 13.7.1989, C-380/87, ni en *Dumon* 16.7.1998 C-235/95) en estos nuevos pronunciamientos sí se puede declarar la existencia de derechos. El criterio, para la autora, parece residir en si la norma comunitaria supedita la entrada en vigor de la normativa nacional de que se trate a la aprobación o no oposición de la Comisión, una circunstancia que concurre en los artículos considerados de la Directiva 83/189 y en el apartado 3 del artículo 88 del TCE, en materia de ayudas públicas. En las demás sentencias el requisito de comunicación a la Comisión tenía un objetivo exclusivamente informativo y en el caso de autos es una obligación vinculante que determina su “legitimidad”. En mi opinión esta cuestión es indiferente para el desarrollo de nuestro trabajo, para nosotros lo fundamental es que dichas disposiciones puedan ser invocadas ante un juez y que de ellas puedan derivar efectos sobre el litigio particular.

<sup>883</sup> El propio TJ admitirá que el artículo 8 no define un contenido de un derecho subjetivo, la inaplicación de la reglamentación técnica no notificada necesitará, en este sentido, de ulteriores exámenes que especifiquen su fundamentación y efectos. Estudiaremos estos casos más adelante. Véase STJ de 20 de septiembre de 2000, del asunto en el asunto *Unilever*, C-443/98, FJ. 51: «En tal situación, y a diferencia del supuesto de no adaptación del Derecho interno a la Directiva... la Directiva 83/189 no define en absoluto el contenido material de la norma jurídica en la que debe basarse el Juez nacional para resolver el litigio de que conoce. No crea ni derechos ni obligaciones para los particulares». Volveremos sobre esta sentencia más adelante.

b) ¿Es posible la eficacia horizontal?

El problema de fondo es, entonces, que estos efectos se despliegan en un litigio entre empresas competidoras. Es decir, podría suponerse que las disposiciones invocadas de la directiva surten efectos directos en una relación horizontal. La consecuencia se asemeja a lo que podríamos considerar como eficacia horizontal de la directiva. Sin embargo el TJ, no lo reconocerá así.

En primer lugar, el TJ determina que la normativa nacional debe ser inaplicada por contradicción con el Derecho europeo, es decir, la consecuencia de la invocación de la directiva por el particular es la puesta en escena del principio de primacía, no de la eficacia directa de la directiva. Además el TJ radica la contradicción entre la ley belga y el Derecho europeo, no en el incumplimiento del procedimiento de notificación de la directiva, sino, en la vulneración indirecta de la libertad de circulación de mercancías, es decir, directamente en el Tratado. El TJ no observa una contradicción entre el Derecho interno y la directiva, sino entre aquel y el Tratado. De esta forma, alejándose de la doctrina de la eficacia directa patológica de la directiva, justifica que el incumplimiento pueda repercutir sobre terceros, porque no se trata de que la directiva despliegue efectos horizontales entre particulares, sino que se trata de la primacía de los Tratados (libertad de circulación de mercancías) sobre la norma nacional.

Para el TJ, el objetivo de la Directiva es la protección de la libre circulación de mercancías mediante un control preventivo, por ello la obligación de notificación constituye un medio esencial para la realización de ese control comunitario<sup>884</sup>.

Para justificar la posibilidad de la invocación por el particular, desde el fundamento del efecto directo del artículo 8 —y este desde la fundamentación del incumplimiento de la directiva—, el TJ parece asumir en principio la interpretación de la Comisión, personada en el litigio. La Comisión vincula la obligación de notificación impuesta por la directiva con la salvaguarda de la libertad de circulación de mercancías y servicios<sup>885</sup>. Desde este prisma puede entenderse que la consecuencia

---

<sup>884</sup> Como expresa el Fundamento jurídico 32: «En el presente asunto, por el contrario, el objetivo de la Directiva no es simplemente informar a la Comisión, sino precisamente, como ya se ha señalado en el apartado 41 de la presente sentencia, con un propósito más general, eliminar o limitar los obstáculos a los intercambios, informar a los otros Estados de las normativas técnicas previstas por un Estado, conceder a la Comisión y a los demás Estados miembros el tiempo necesario para reaccionar y proponer una modificación que permita disminuir las restricciones a la libre circulación de mercancías que se deriven de la medida prevista y dejar a la Comisión el tiempo necesario para proponer una Directiva de armonización».

<sup>885</sup> En el Informe sobre el funcionamiento de la Directiva 83/189/CEE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, (*COM (88) 722 final*, de 8 de diciembre de 1988, p. 44) la Comisión señalaba que «siguiendo el espíritu de la Directiva, se ha decidido dar más importancia a la prevención de nuevos obstáculos a la libre circulación de mercancías que a la represión de los incumplimientos de la Directiva; se ha preferido examinar los proyectos notificados en lugar de las infracciones». LÓPEZ ESCUDERO señala una explicación desde la lógica de la extensión de la eficacia directa a la directiva en el fundamento del incumplimiento del Estado. Para este autor la estrategia de proclamar la eficacia directa del artículo 8 de la directiva estaba orientada en su conjunto a

indirecta de la invocación por CIA Security de la Directiva sea la inaplicación de la normativa nacional<sup>886</sup>. Es decir, la inaplicación se fundamenta en la vulneración “indirecta” de la libre circulación de mercancías. El incumplimiento de la notificación de la reglamentación técnica belga “podría” provocar la obstaculización de los intercambios de mercancías, y por tanto, la vulneración de los artículos 34-37 TFUE, artículos que gozan de eficacia directa absoluta<sup>887</sup>.

Desde esta perspectiva se entiende el resultado de la STJ: la inaplicación de la norma nacional en el litigio concreto<sup>888</sup>. La capacidad del juez nacional para inaplicar

---

conseguir la colaboración de los particulares afectados para garantizar el cumplimiento por parte de los Estados miembros del procedimiento de información de la Directiva 83/189, ante la dificultad para detectar por sí misma las infracciones y dadas las escasas consecuencias prácticas de los recursos de incumplimiento interpuestos contra los Estados incumplidores. Dicha colaboración de los particulares para «denunciar» las violaciones de la obligación de notificación de los reglamentos técnicos sólo podía conseguirse permitiéndoles la invocación directa de los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 ante sus órganos jurisdiccionales nacionales y garantizando la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos no notificados. LÓPEZ ESCUDERO, M., “*Efectos del incumplimiento del procedimiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas (Directiva 83/189/CEE) (Comentario a la Sentencia del TJCE de 30 de abril de 1996, CIA Security International)*”, Revista de Instituciones Europeas, n. 23, 1996, pp. 839-861.

<sup>886</sup> El incumplimiento del Estado se basa indirectamente en el incumplimiento de la finalidad de la Directiva: evitar posibles deficiencias en el mercado interno con efectos potencialmente perjudiciales para los intercambios Fundamento jurídico 18 de la STJ *CIA Security*, *cit.*

<sup>887</sup> Para la doctrina del Constitucionalismo económico del ordenamiento europeo los antiguos artículos 28-30 del TCE (actualmente 34-37 TFUE) tienen un significado amplio, son una apuesta por las decisiones individuales económicas de los ciudadanos y particulares de la Unión al reforzar las libertades económicas fundamentales del mercado. Sus disposiciones confieren derechos económicos a los particulares invocables ante el TJ frente a los Estados miembros, consintiendo una regulación de los mercados económicos y convirtiéndose en el “campo de batalla” donde solventar disputas comerciales, una lucha entre los valores económicos que pregonan los Tratados y los valores no económicos o sociales. Tiene además una dimensión institucional al convertirse en el marco del desarrollo del «Judicial review» de la actuación de la administración en el mercado situando al TJ en el corazón de la regulación del mismo. Si bien esta concepción de las libertades económicas fundamentales tiene también una vertiente crítica. Ante la aserción de que la libre circulación de mercancías contribuye a incrementar el bienestar económico nacional y a reducir las desigualdades, amén de a controlar el mercado, los más críticos consideran que los arts. 28-30 protegen los valores sociales (excepciones a la prohibición de las restricciones cuantitativas del art. 30 TCE) sólo hasta el punto de la consecución del objetivo en cuestión, y se ven limitados siempre en pro de la libertad económica de corte neoliberal. Ese límite social se determina por el TJ y el sistema jurisdiccional nacional en virtud del mecanismo de la cuestión prejudicial (art. 234 TCE), jueces que actúan como actores político económicos, y en ocasiones con sus propias agendas económicas y políticas nacionales. Sobre esta discusión ver CHALMERS, D., *et Alt. “European Union Law”*, Cambridge University Press, 2007, pp. 657-690. POIARES MADURO en su tesis doctoral sostenía una concepción más constitucionalista y pro integradora del artículo 28, considerando las libertades económicas fundamentales como un derecho a la libre circulación en sí mismo, y como un instrumento esencial para la determinación del reparto competencial y de poder entre los diferentes actores del orden constitucional de la Unión. Ver POIARES MADURO, M., “*We, the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution*”, HART, Oxford, 1998, pp. 167-168.

<sup>888</sup> El Abogado General Fennelly en el asunto *Lemmens*, punto 27, considera que la inaplicación no quiere decir que los reglamentos no notificados puedan ser anulados o invalidados; ello sólo ocurriría si la Unión tuviese la competencia de anular disposiciones de Derecho nacional, y en el caso en examen, una disposición nacional puede ser considerada inaplicable para algunos propósitos, pero continuar siendo plenamente aplicable para situaciones fuera del alcance del Derecho Comunitario. Por otro lado, en relación con la inaplicación, el TJ al recordar la argumentación de la Comisión, expresa que la directiva ha concedido a la Comisión, “*así como a los Estados miembros, un papel importante al permitirle impedir el establecimiento de nuevos obstáculos técnicos a los intercambios*” (FJ 18). Los gobiernos holandés, alemán y británico alegan a este respecto que la directiva sólo ha creado obligaciones de procedimiento y no un reparto competencial, “*crea obligaciones que los Estados miembros deben respetar al adoptar reglamentos técnicos, sin que... se cuestione su competencia para adoptar[los]... después del período de suspensión*” (FJ 28). Además alegan que la Directiva no expresa los efectos que sancionen la inobservancia de dichas obligaciones de procedimiento. No obstante el propio TJ es consciente de la contradicción que supone esta concepción del vicio sustancial de forma respecto a sus pronunciamientos anteriores, como es el caso de la STJ *Enichem Base*, de 13 de julio de 1989, en el que se aludía al procedimiento de notificación impuesto en otra directiva, pero donde había declarado que este vicio se refería en exclusiva

disposiciones nacionales en oposición a las disposiciones de una directiva, invocada por el particular frente a otro particular, se fundamenta sobre la base jurídica del Derecho originario y su primacía. El reglamento o especificación técnica debe inaplicarse cuando sea contrario a la Libertad de circulación de mercancías y Servicios<sup>889</sup>. De esta forma se establece la “coartada” necesaria para que la disposición de la directiva pueda ser invocada incluso en el litigio principal entre empresas competidoras<sup>890</sup>.

---

a una relación entre los Estados y la Comisión, y que por lo tanto no engendraba ningún derecho a favor de los particulares, y en consecuencia ninguna carga sobre terceros. En esta ocasión el TJ distingue entre ambos supuestos. Mientras que en el asunto *Enichem Base* y asunto *Bulk Oil*, C-174/84, de 18 de febrero de 1986, la comunicación tiene un carácter meramente informativo, en la sentencia *CIA Security* se sigue la línea de los asuntos relacionados con la notificación de las ayudas de Estado (asunto *Lorenz*, de 11 de diciembre de 1973, C-120/73; o la propia sentencia *Costa Enel*, de 1964), donde la comunicación a la Comisión supone un examen posterior a nivel Comunitario con acceso de todos los Estados miembros, lo que le confiere un carácter distinto al procedimiento en el que juega la competencia compartida en materia de reglamentaciones técnicas. LÓPEZ ESCUDERO, M., “*Efectos de incumplimiento del procedimiento de información aplicable...*”, *Op. Cit.*

<sup>889</sup> En este sentido, en los primeros asuntos de esta saga se entiende que la inaplicación de la reglamentación nacional debe llevarse a cabo sólo cuando se manifieste un verdadero impedimento para la libre circulación de mercancías. Así en la STJ de 16 de junio de 1998, asunto *Lemmens*, C- 226/97, el TJ señala que, si bien la falta de notificación de reglamentos técnicos, que constituye un vicio de procedimiento en su adopción, hace que no puedan aplicarse éstos en la medida en que obstaculizan la utilización o la comercialización de un producto que no se ajusta a esos reglamentos, por el contrario, no hace ilegal toda utilización de un producto que se ajuste a los reglamentos no notificados (FJ 35). Con la sentencia *Lemmens* se impone un límite a la consecuencia de la inaplicación, un límite que según algunos autores no puede basarse exclusivamente en la posibilidad “potencial” e “indirecta” de obstaculización de las mercancías puesto que conllevará de tal modo un perjuicio continuo para los particulares contra los que se invoque la falta de notificación de una reglamentación que rige sus intercambios. En este asunto el Abogado General Fennelly, en el mismo sentido, consideró que la inaplicabilidad de disposiciones nacionales que son incompatibles con disposiciones comunitarias no es una consecuencia universal en sus efectos, sino que depende del resultado que la directiva trata de alcanzar, y esta es la salvaguarda de la libertad fundamental de circulación de mercancías (Conclusiones presentadas el 12 de febrero de 1998). Debemos resaltar que en este caso la reglamentación técnica impugnada por un particular en un procedimiento penal, consistía en la determinación de un tipo concreto de alcoholímetros para su uso exclusivo por la policía en los controles de carreteras. En este caso que la normativa ministerial no hubiese sido notificada carecía de efectos ya que hacía referencia a las autoridades policiales y a un tipo de uso muy concreto. No obstante el TJ consideró esta normativa una reglamentación técnica, aunque la falta de notificación no eximía de responsabilidad penal al imputado por la inaplicación de las normas sobre el valor de la prueba policial (el Señor Lemmens era el imputado). El AG lo expresa del siguiente modo en el punto 26 de sus conclusiones: «The inapplicability of national provisions which are on their face incompatible with Community provisions is not universal in its effects, but depends on the result the directive seeks to achieve. The conflicting national provisions are, therefore, only inapplicable in so far as this is required for the purposes of '[facilitating] the free movement of goods by preventing the creation of new barriers to trade', as the objective of the Directive is described in the second recital in the preamble to the 1988 Directive. In the circumstances of the present case, I cannot see how the non-application of the 1987 Regulation in the criminal proceedings against the defendant would contribute to facilitating the free movement of goods. Such a consequence is therefore not encompassed within the 'result to be achieved by the Directive». Si el TJ en este asunto se centra en la obstaculización de la libre circulación de mercancías para ordenar la inaplicabilidad de una disposición nacional se debe precisamente, a que en este caso se debe tener en cuenta la competencia compartida de una materia abierta y absolutamente transversal. Fuera del ámbito del Derecho europeo, normativas no notificadas continúan siendo aplicables. Esta doctrina jurisprudencial puede resumirse en las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo en el asunto *Van der Burg* al considerar que un reglamento técnico no comunicado sólo debe quedar inaplicado en la medida en que pudiera provocar el efecto de obstaculizar la utilización o la comercialización de un producto concreto. Ver STJ de 1974, asunto *Dassonville*, C-8/74, (FJ 5): «todas las disposiciones que afectan directa o indirectamente, actual o potencialmente al comercio intra-comunitario se consideran medidas de efecto equivalente». En doctrina, por todos, ver WEATHERILL S., “*Breach of directives and breach of contract*”, *ELR* 26, 2001, p. 183

<sup>890</sup> STJ de 1987, C-311/85 *Vereniging van Vlaamse Reishureans c. Sociale Dienst van Plaatselijke en Gewestelijke Overheids diensteen*. Y STJ de 2002, C-325/00, *CMA, Comisión contra Alemania*, FFJJ. 17-21. Esta posición, en el caso actual, se entiende desde la perspectiva del litigio de *CIA Security* frente a sus competidoras si partimos de que el particular invoca la directiva contra un incumplimiento del Estado, y que los efectos “colaterales”, como veremos más

El TJ, para no dejar lugar a equívocos declarará que el incumplimiento de la obligación de notificación, de la directiva, realmente puede invocarse porque con ello se señala un «vicio sustancial de procedimiento» que puede dar lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos controvertidos a los particulares<sup>891</sup>. Así el TJ termina afirmando que el objetivo real de la directiva, la libre circulación de mercancías, se verán tanto más reforzados en la medida en la que se considere la falta de notificación de la reglamentación técnica como un “vicio sustancial de procedimiento”, y en la medida en que su incumplimiento lleve aparejada la inoponibilidad de las disposiciones nacionales contrarias permitiendo su invocación por los particulares.

Así el juez nacional, frente a las próximas invocaciones por particulares de normativas consideradas reglamentaciones técnicas<sup>892</sup>, estará obligado *de oficio* a

---

adelante, en perjuicio de terceros son meramente “incidentales”, propios de las relaciones triangulares, que serán estudiadas al final de este trabajo.

<sup>891</sup> Fundamento jurídico 30.

<sup>892</sup> El concepto de reglamentación técnica, en otros asuntos de la misma saga, se ampliará hasta el punto de tener que presumirse la naturaleza de reglamentación técnica de todo proyecto normativo sobre productos o servicios. Así, es necesario examinar la STJ de 20 de marzo de 1997, asunto *Bic Benelux*, C-13/96, en el que el TJ afirmará: «El objetivo de dicha Directiva es proteger, mediante un control preventivo, la libre circulación de mercancías, que es uno de los fundamentos de la Comunidad. Este control es necesario en la medida en que reglamentos técnicos contemplados en la Directiva pueden obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente, los intercambios intracomunitarios de mercancías. Tales obstáculos pueden resultar de la adopción de reglamentos técnicos nacionales (...) Por consiguiente, procede señalar que el hecho de que una medida nacional (...) no desarrolle una norma técnica que pueda constituir en sí misma un obstáculo a la libre circulación no excluye que la medida de que se trata pueda constituir una norma técnica a efectos de la Directiva 83/189». Con la ampliación del objeto, el TJ pretendía incluir la normativa nacional dentro del concepto de reglamentaciones técnicas, de forma que al no haber sido notificada a la Comisión, debía anularse la sanción administrativa impuesta a la empresa BIC por incumplimiento del reglamento de etiquetado. También en el asunto *Van der Burg* el TJ parece decantarse por un examen concreto de cada caso para no contradecir el límite impuesto en su sentencia *Lemmens* a la inaplicación El límite de una obstaculización real a la libre circulación de mercancías. El AG en el asunto *SAPOD AUDIC*, C-159/00, conclusiones presentadas el 17 de enero de 2002, opina que si lo necesario para la determinación de la notificación fuese el efecto final de la medida sobre el tráfico mercantil intracomunitario, la posibilidad de determinar de antemano los efectos de la medida nacional haría que resultara menos fácil concretar qué medidas podrían ser afectadas. De aquí la importancia de determinar caso por caso la verdadera obstaculización de las mercancías, y de hacer primar, por lo tanto, el procedimiento de control establecido por la directiva sobre el objetivo de la misma. Ver el punto 48 de las conclusiones, y el punto 35 de las conclusiones del asunto *Lindberg*, C-267/03, presentadas el 16 de diciembre de 2004, también en el marco de un proceso penal. Esta evolución puede concluirse en las conclusiones del AG Jacobs en el asunto *Lindberg*, donde se determina finalmente que la obligación de notificación no puede depender de la incompatibilidad real entre la medida de que se trata y las normas del Tratado sobre la libre circulación sino de la identificación de la normativa nacional como una reglamentación técnica. No obstante, las conclusiones del AG JACOBS han ido evolucionando junto a la doctrina del TJ. En el siguiente epígrafe observaremos que en un principio, en el asunto *Unilever* del año 2000, entendía que la inaplicación sólo dependía de la obstaculización real del intercambio intracomunitario de mercancías por causa de la eficacia de la normativa nacional. Sin embargo en el asunto *Lindberg* de 2003, expone con claridad que “(1) la cuestión sobre la que el órgano jurisdiccional nacional solicita orientación es si la modificación... [de una normativa nacional que modifica otra anterior y similar] está comprendida en la definición de reglamento técnico que figura en la versión aplicable de la Directiva. La obligación de notificación derivada de la Directiva depende de dicha definición y no de si el efecto de la modificación es crear una restricción real o potencial del comercio intracomunitario. Es cierto que la finalidad de la Directiva consiste en proteger la libre circulación de mercancías. Sin embargo, el mecanismo que utiliza es el de un control preventivo. La obligación de los Estados miembros de participar en dicho control no puede depender de la incompatibilidad real entre la medida de que se trata y las normas del Tratado sobre la libre circulación”. Y ello porque “(a) determinar si una medida es compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, es preciso examinar no sólo si existe una restricción del comercio, sino también si dicha restricción puede estar justificada por alguno de los motivos que se establecen en el

constatar si fueron notificadas a la Comisión (conforme a los artículos 8 y 9 de la Directiva) y, de no ser así, estaría obligado a inaplicarlas por “vicios de procedimiento”.

La idea principal es clara, por un lado, incentivar con la amenaza de la inaplicación la invocación por los ciudadanos<sup>893</sup> de la directiva, y de este modo, disuadir a los Estados del incumplimiento del procedimiento dictado por la directiva, creando un control más efectivo y reforzando a la vez la eficacia de la Directiva. Por ello, la STJ *CIA Security* constituye el germen de una saga jurisprudencial basada en la invocación de la Directiva sobre reglamentaciones técnicas por los particulares. Los fundamentos del asunto principal siguen la misma línea en todos los demás casos. Ver por ejemplo, asunto *BIC Benelux*, de 20 de marzo de 1997, (C- 13(96), asunto *SAPOD Audic*, de 6 de junio de 2002, (C-159/00), asunto *CMA 325/00*. Debe destacarse en esta saga que el resultado de la invocación de la directiva, la inaplicación de la normativa estatal en el caso, ha provocado que la Directiva haya sido invocada en diversas ocasiones incluso en el ámbito penal. Este es el caso de los asuntos *Lemmens* de 16 de junio de 1998 (C-226/97), *Van der Burg*, de 8 de marzo de 2001 (C-278/99), ó *Lindberg*, de 21 de abril de 2005, (C-267/03).

No obstante, el momento central de la saga se dirimirá en la STJ *UNILEVER* que a continuación comentamos.

#### A. iii) Asunto UNILEVER

El análisis que acabamos de ofrecer sobre la posibilidad de inaplicación de la norma estatal, parece soslayar la cuestión central de la Sentencia anterior. El efecto de la invocación de la directiva es la inaplicación de una norma estatal contra “terceras partes”<sup>894</sup>. Lo que supone que el incumplimiento de la Directiva puede acabar produciendo efectos en una relación entre particulares. Sin embargo, a pesar del efecto generado, el TJ considera que la inaplicación de la normativa nacional, no debería entenderse como la eficacia directa horizontal de la Directiva. Veremos a continuación otros efectos de la Directiva incumplida.

---

Tratado o en la jurisprudencia, y es proporcionada al fin perseguido. Sin embargo, no sería adecuado estudiar tales factores antes de decidir si una medida debe notificarse en el marco de un régimen de control preventivo. El propio mecanismo de control está destinado a valorar dichos factores y se vería gravemente menoscabado si se eludiera de ese modo”. Asunto *Lindberg*, *cit.*, puntos 31-35. Aun así debemos tener presente que la dificultad de admitir la doctrina de este último asunto para situaciones análogas a *Unilever* y *CIA Security* se encuentra en la imposibilidad de declarar la eficacia de una directiva en relaciones entre particulares cuando media el incumplimiento del Estado.

<sup>893</sup> Conclusiones del AG JACOBS, *Ídem.*, punto 90: «Una mancata notifica minaccerebbe quindi costantemente, come una spada di Damocle, l'applicabilità del provvedimento nazionale non notificato».

<sup>894</sup> La doctrina y los abogados generales han pretendido justificar este dato al asimilar los hechos del litigio con las consecuencias de procedimientos coercitivos ejercidos por el Estado. Como mejor ejemplo me remito, aun adelantándome ligeramente, a las conclusiones del AG JACOBS en el asunto *Unilever*, ya citadas. Especialmente en el punto 71.



En la STJ de 26 de septiembre de 2000, asunto *UNILEVER*, C-443/98, el TJ llevará la doctrina *CIA Security* hasta sus últimas consecuencias<sup>895</sup>. Los antecedentes de hecho son los siguientes. En la ley de la República Italiana de 3 de agosto de 1998 n. 313, se establecían determinados requisitos técnicos sobre las condiciones para el etiquetado del aceite virgen extra italiano atendiendo al lugar de su producción y manufacturación. El proyecto de ley fue correctamente notificada a la Comisión conforme a la Directiva sobre reglamentaciones técnicas. Sin embargo el proceso de aprobación de la ley italiana por las Cámaras legislativas y su adopción infringió la obligación de suspensión impuesta por el artículo 9.1 de la citada directiva, el proceso legislativo no fue suspendido el periodo de tres meses que la directiva requería<sup>896</sup> para dar tiempo a su análisis por la Comisión.

En este orden de cosas, la empresa Central Food ordenó a la empresa Unilever Italia una cantidad de aceite de oliva. Este aceite fue entregado, pero la empresa compradora ordenó su retirada y se negó al pago alegando que el aceite no venía etiquetado según la ley n. 313 italiana. La empresa Unilever alegó que dicha normativa nacional no podía ser invocada en la relación contractual al haber infringido la directiva sobre reglamentaciones técnicas y que, por tanto, la mercancía vendida se adecuaba a la normativa vigente, instando a Central Food al pago. Ante la negativa de esta última a hacerse cargo de la mercancía, Unilever Italia demandó a aquella, y exigiendo la inaplicación de la normativa italiana por ser contraria a la Directiva, Unilever requirió del juez de Milán una orden conminatoria de pago.

El pretore de Milán acude de forma incidental al TJ preguntando si el juez nacional, siguiendo la doctrina *CIA Security*, puede dejar sin aplicación dicha ley interna en un procedimiento como el actual centrado en derechos y obligaciones

---

<sup>895</sup> La distinción entre este asunto y el asunto *CIA* se establece por el propio Abogado General Jacobs, entendiendo que en *CIA* la cuestión se asemejaba más a un modelo de incumplimiento estatal inserto en un procedimiento en materia de prácticas de mercado entre dos competidores, mientras que en el asunto actual se dirime sobre derechos y obligaciones contractuales entre particulares. A mi parecer esta distinción parece justificar los fundamentos del TJ, ligando la inaplicación exigida en aquel caso a través de la eficacia directa con la capacidad de las disposiciones del Tratado en materia de competencia de surtir efectos directos horizontales. Sin embargo considero esta distinción poco fundamentada. Ver las conclusiones del AG Jacobs en el asunto *Unilever*, presentadas el 27 de enero de 2000, apartado 71.

<sup>896</sup> El artículo 9.1 de la directiva expresa: “Sin perjuicio del apartado 2, los Estados miembros aplazarán seis meses, a partir de la fecha de la comunicación contemplada en el apartado 1 del artículo 8, la adopción de un proyecto de reglamento técnico, si la Comisión u otro Estado miembro emitiera, en los tres meses siguientes a esta fecha, un comunicado detallado según el cual la medida prevista debiera modificarse a fin de eliminar o de limitar los obstáculos a la libre circulación de bienes que, eventualmente, podrían derivarse del mismo”. La Comisión el 10 de julio de 1998 publica una comunicación en el DOUE en la que fijaba la fecha límite del plazo de suspensión, según el art. 9.1 de la directiva 83/189, específicamente definido como el período de tiempo en el cual el proyecto de ley no puede ser adoptado, el 5 de agosto de 1998. Hay que decir que además de la suspensión de tres meses tras la notificación, el Estado italiano no esperó el ulterior período de un año requerido por la Comisión. Según el artículo 9.2 de la Directiva: “El plazo contemplado en el apartado 1 será ampliado a doce meses si la Comisión, en los tres meses siguientes a la comunicación contemplada en el apartado 1 del artículo 8, anunciare su intención de proponer o de adoptar una directiva referente a dicha cuestión”. En virtud de este artículo el 23 de julio de 1998, durante el período de tres meses anteriormente citado, la Comisión comunicaba a la autoridad italiana la propia intención de legislar sobre la materia disciplinada por el proyecto de ley e invitaba a esta a prorrogar la suspensión de la adopción del proyecto por un periodo de 12 meses desde la fecha de notificación. Sin perjuicio del procedimiento de urgencia basado en el tercer apartado del art. 9.

contractuales entre particulares. En la respuesta deben primero constatarse las importantes diferencias entre los argumentos utilizados por el Abogado General Jacobs y la decisión final del TJ.

El Abogado General Jacobs, considera que existe un incumplimiento de la obligación de suspensión impuesta en el artículo 9.1 y 9.3 de la directiva. Estas disposiciones son suficientemente precisas e incondicionales y pueden ser invocadas por los particulares. El Sr. Jacobs considera que pueden derivar tres consecuencias de esta infracción: la incoación de un procedimiento por incumplimiento<sup>897</sup> (iniciado en fase administrativa pero no concluido en sede del TJ), una posible acción de resarcimiento de daños<sup>898</sup>, o la activación de la doctrina *CIA Security*: inaplicación de la normativa en el caso concreto.

Jacobs expresa su concordancia con esta jurisprudencia: el control preventivo impuesto por la directiva será tanto más efectivo en la medida en que su infracción conlleve la posibilidad de invocación de las disposiciones de la directiva suficientemente precisas e incondicionales por los particulares y la “sanción” de inaplicación de las disposiciones nacionales no notificadas<sup>899</sup>. Sin embargo, el AG comprende que en el caso *Unilever* la doctrina *CIA Security* exige algunas matizaciones<sup>900</sup>. Según Jacobs la consecuencia de la inoponibilidad de la disposición

---

<sup>897</sup>El primero, como dijimos al inicio de este trabajo, es un procedimiento que no tiene más consecuencias que una posible sanción económica y cuyo resultado no es suficiente para las exigencias de uniformidad aplicativa del ordenamiento europeo en casos de incumplimiento de directivas, tema que nos ocupa. Y menos aun en este caso en que, resulta de los acontecimientos transcritos en las conclusiones del asunto que, el 27 de enero de 1999, la Comisión anunciaba a la República italiana una decisión motivada en la que informaba de su intención de ejercer la competencia del artículo 169 del TCE, por violación del derecho comunitario. Sin embargo este procedimiento no llegó a la fase contenciosa ante el TJ. Ver el punto 23 de las conclusiones de este asunto.

<sup>898</sup> El segundo, el recurso de resarcimiento por daños causados por el incumplimiento del Estado del Derecho comunitario, basado en el principio de responsabilidad de los poderes públicos, es una consecuencia subsidiaria propia del régimen jurídico de la directiva, que aun sin poder producir efectos directos en relaciones horizontales, permite que el particular no quede totalmente desprotegido. Pero es, sin duda, la última opción. Ver punto 59-62 de las conclusiones del Abogado General.

<sup>899</sup> En este sentido asume como tercera consecuencia del incumplimiento de la directiva la inoponibilidad de las reglamentaciones técnicas por parte de un Estado miembro a los particulares (fruto de la eficacia directa vertical y unidireccional) en consonancia con la jurisprudencia anterior. Expresa su acuerdo en el punto 92 de las conclusiones, que ya hemos citado y que ahora transcribimos: “Per questi motivi, è a mio parere corretto ritenere, come ha fatto la Corte nella sentenza *CIA Security*, che, al fine di salvaguardare l'efficacia del meccanismo di controllo istituito dalla direttiva, uno Stato membro non sia legittimato ad opporre ai singoli regole tecniche adottate senza previa notifica”.

<sup>900</sup> Sin embargo, para el Abogado General el caso actual es distinto al asunto *CIA Security*, que versaba sobre un proceso en materia de prácticas desleales de mercado. En este asunto se dirime sobre derechos y obligaciones contractuales, y las consecuencias de la inaplicación, por tanto, extralimitan los principios generales del Derecho comunitario. Ello le llevará a exigir una prudencia extrema en la aplicación de esta jurisprudencia al caso *Unilever*. Jacobs basa su acuerdo con la jurisprudencia *CIA* en las características especiales de la directiva. La clave, para el Abogado General, se encuentra en que esta materia regulada por esta directiva, un procedimiento de control, debería haberse regulado a través de otra fuente, un reglamento, con eficacia absoluta, puesto que no pretendía armonizar derecho material sino imponer un procedimiento de control y de este modo expresa que esta directiva procedimental es difícil de encajar en la doctrina tradicional de la eficacia directa, precisamente por no tener un contenido material. Ciertamente esta directiva no concede derechos ni impone obligaciones para los particulares, sino sólo para la Comisión y los Estados miembros. Este tipo de directivas son bastante atípicas en su contenido, pero su régimen jurídico no puede diferir de aquel de la fuente que las contiene. Para JACOBS la materia regulada se asemeja a aquellas cuestiones sobre ayudas de estado y libre competencia de los arts. 81-83, y 93 TCE, desarrolladas por reglamentos. La Directiva 89/189 es una directiva

nacional por el incumplimiento de la directiva, no puede valer para este tipo de controversias, litigio de carácter horizontal, ya que un particular, valiéndose del incumplimiento del Estado podría obtener beneficios colaterales “inesperados”<sup>901</sup> al invocar las disposiciones de la directiva en espera de la inaplicación de una norma nacional, imponiendo a su vez una carga a otro particular, provocada por el incumplimiento del Estado, que no tendría por qué soportar. La consecuencia de la inaplicación atribuiría beneficios al particular allá donde la directiva no ha pretendido conceder derechos ni imponer obligaciones. Por tanto, para el Abogado General, la directiva no debería ser aplicada en disputas sobre derechos y obligaciones derivados de una disputa contractual, en una relación horizontal<sup>902</sup>. La solución que ofrece Jacobs pasaría más bien por la impugnación de la norma nacional por su contradicción con el ex -artículo 30 TCE, la libre circulación de mercancías<sup>903</sup>. Ésta debería ser, en su opinión, la única justificación para la inaplicación de la norma nacional.

Esta misma solución es apuntada por los Gobiernos personados ante la estancia europea, que consideran que, en tal situación, la única consecuencia que se deriva de que un Estado miembro no haya cumplido una norma procedimental como la establecida en la Directiva 83/189 es permitir a la Comisión presentar un recurso por incumplimiento contra el Estado que haya incumplido sus obligaciones<sup>904</sup>.

El TJ, finalmente no hará distinción entre el asunto *CIA Security* y el asunto *Unilever*<sup>905</sup>. El problema central es si dicha norma puede invocarse, con los mismos

---

anómala. En primer lugar no trata de armonizar legislación material, el incumplimiento del Estado provoca la privación a los ciudadanos de los derechos concedidos por la misma, lo que da lugar a la posibilidad de una eficacia directa patológica de sus disposiciones. Aquí no se puede hablar en un sentido regular de “transposición en el ordenamiento nacional”, ni de “falta de actuación dentro de los términos preescritos”. Por ello considera que las consecuencias del incumplimiento de las directivas normales no tienen relevancia en este caso y deben ser consideradas sobre la única base de los principios generales del Derecho comunitario. Ver punto 74-81 de las conclusiones.

<sup>901</sup> Ver punto 93 de las conclusiones.

<sup>902</sup> Jacobs lo justifica además con tres cuestiones. La primera cuestión propia del régimen jurídico de la directiva, que un Estado miembro no haya observado las obligaciones procedimentales de la directiva no debería comportar efectos perjudiciales para los particulares. Una segunda basada en la certeza del derecho: el particular, de seguirse el criterio *CIA Security*, antes de iniciar una relación contractual, debería estar al tanto de la correcta notificación de las reglamentaciones técnicas por el Estado, y la notificación por el Estado no es pública, siendo casi imposible conocer el recorrido de la reglamentación técnica en fase comunitaria. Y por último, en una cuestión de justicia: sería injusto que en transacciones comerciales de gran calado, la supervivencia de una empresa o marca dependiese de la notificación por parte del estado de una reglamentación técnica, independientemente del hecho de que tal reglamentación obstaculizase o no, o incluso facilitase, la libre circulación de mercancías. Ver punto 97-102

<sup>903</sup> Esta idea es compartida por los diferentes abogados generales, alarmados por las consecuencias perjudiciales para las relaciones comerciales entre empresas. De aquí surge el empeño por poner límites a la eficacia directa de los artículos 8 y 9 de la directiva 83/189. Así se expresa más adelante en las conclusiones de Jacobs en el asunto *Lindberg*, *cit.* Nos sorprende que en estas conclusiones, una vez dirimidas las cuestiones prejudiciales y dictada la conclusión final, el AG haga un aparte y escriba en unas conclusiones finales “ad hoc” que “No obstante, debe haber, a mi juicio, algunos límites a esa obligación de no aplicar tales medidas. Por ejemplo, sigo considerando que existen dificultades para adoptar ese planteamiento en determinados procedimientos entre particulares, y ya he citado la tesis del Abogado General Ruiz-Jarabo de que sólo las normas que puedan obstaculizar la utilización o la comercialización de un producto concreto deben ser inaplicadas. Sin embargo, no parecen alcanzarse tales límites en el presente asunto...”. Puntos 90-92

<sup>904</sup> FFJJ. 34-36 de la sentencia *Unilever*

<sup>905</sup> Según el TJ el objetivo de la directiva no es simplemente obligar a la notificación de las reglamentaciones técnicas, sino con un propósito más general, igualmente eliminar o limitar los obstáculos a los intercambios, informar a los

efectos, en un litigio entre particulares. El TJ no distingue entre el litigio que enfrentó a CIA Security contra Signalson/Securitel, y el conflicto entre Unilever y CentroSteel, por considerar que en ambos casos el Estado vulneró el mismo objetivo de la directiva, la libertad de circulación de mercancías<sup>906</sup>. La consecuencia de la vulneración del procedimiento establecido en la Directiva debe ser, por tanto: la inaplicación de la normativa italiana sobre etiquetado de aceite de oliva que impide la conclusión de la transacción mercantil. Pero, ¿la directiva incumplida por el Estado, puede ser invocada por un particular para hacer valer una pretensión frente a otro particular, que sufrirá efectos perjudiciales sin haber sido responsable? Es decir, ¿estamos hablando ahora de una verdadera eficacia horizontal?

El TJ indica que no se trata de una situación de eficacia directa horizontal de la directiva, que «la directiva no define de ninguna forma el contenido material de la norma jurídica que el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar en la resolución del litigio del que conoce». La normativa nacional es inaplicable porque padece un defecto sustancial, un vicio de procedimiento que da lugar a su inoponibilidad en cualquier relación jurídica donde sea invocada la infracción de las referidas disposiciones de la directiva<sup>907</sup>. Pero la eficacia de las disposiciones de la directiva no tiene más consecuencia que la inaplicación de la normativa nacional, sin dar lugar a la aplicación directa por el juez de otra disposición europea que la sustituya.

#### *A. iv) Efecto incidental de las directivas derivado de un defecto formal*

Si el TJ reconoce que no nos encontramos ante una situación de eficacia directa horizontal, deberíamos plantearnos entonces cuál es la causa de la inaplicación, y cuáles son sus efectos. Analizando los argumentos del TJ podemos deducir que, lejos de resolverse el asunto en torno a cuestiones materiales sobre los derechos subjetivos concedidos por la Directiva, más bien se realiza un análisis formal sobre el incumplimiento del Estado. Este análisis formal parte del hecho de que la Directiva no impone derechos ni obligaciones para los particulares.

Atendiendo a lo expuesto anteriormente podríamos razonar del siguiente modo. El TJ ha considerado que los artículos 8 y 9 de la Directiva son precisos e incondicionales, por tanto satisfacen los requisitos técnicos necesarios para que puedan ser invocados ante un juez frente al incumplimiento del Estado. Sin embargo, no podemos olvidar que tales disposiciones no establecen un contenido material que el incumplimiento del Estado haya privado de eficacia. La Directiva establece un

---

otros Estados de las normativas técnicas previstas por un Estado, conceder a la Comisión y a los demás Estados miembros el tiempo necesario para reaccionar y proponer una modificación que permita disminuir las restricciones a la libre circulación de mercancías que se deriven de la medida prevista y dejar a la Comisión el tiempo necesario para proponer una Directiva de armonización. FJ. 42 y FJ. 44 de la sentencia Unilever.

<sup>906</sup> FFJJ 46-48 de la sentencia Unilever.

<sup>907</sup> FFJJ 49 y 50 de la sentencia Unilever

procedimiento de notificación a la Comisión, lo que nos conduce a pensar que la consecuencia de la inaplicación de la norma nacional se fundamenta en el incumplimiento del Estado.

Efectivamente, la causa de la inaplicación podría solventarse, a priori, con un análisis formal. El Estado, al promulgar una normativa considerada “reglamentación técnica” sin notificarla a la Comisión, ha obviado el procedimiento de la Directiva, y el reparto de obligaciones que la Directiva marcaba entre los Estados y las Instituciones Comunitarias. Según la norma comunitaria, en el procedimiento de producción de reglamentaciones técnicas<sup>908</sup> se identificarían dos obligaciones. Por un lado, la obligación imperativa de notificación a la Comisión, y el control preventivo que ésta pueda ejercer haciendo propuestas al proyecto estatal o impulsando el procedimiento legislativo de armonización de legislaciones. Por otro lado, la obligación de respetar el plazo de suspensión para la adopción del proyecto de ley. En consecuencia, el incumplimiento de una u otra obligación evidencia un abuso del margen de apreciación que la Directiva concedía al Estado.

Mediante este análisis se llegaría a la conclusión siguiente: el Estado, al exceder el margen de discrecionalidad marcado por las Instituciones comunitarias, ha incumplido la obligación de resultado de la Directiva, y en consecuencia, los particulares pueden esperar que el incumplimiento del Estado no suponga un menoscabo para sus intereses. La inaplicación de la reglamentación técnica sería fruto de la determinación por el juez de la superación de los límites al margen de discrecionalidad del Estado<sup>909</sup>. Por tanto, las disposiciones de la Directiva pueden

---

<sup>908</sup> La Directiva respeta los límites competenciales de los Estados miembros cuando en el artículo 9.3 dispone: «Los apartados 1 y 2 no serán aplicables cuando, por razones urgentes relacionadas con la protección de la salud pública o con la seguridad, un Estado miembro deba elaborar en un plazo muy breve reglamentos técnicos para adoptarlos e instaurarlos inmediatamente, sin la posibilidad de una consulta previa. El Estado miembro indicará en la comunicación contemplada en el artículo 8 los motivos que justifiquen la urgencia de las medidas». También en el artículo 10 dispone que «los artículos 8 y 9 no serán aplicables cuando los Estados miembros cumplan con sus obligaciones derivadas de las directivas comunitarias; así como con los compromisos que deriven de un acuerdo internacional y que tengan por resultado la adopción de especificaciones técnicas uniformes en la Comunidad». La primera disposición está estrechamente relacionada con el artículo 30 TCE, y los límites al mercado interno.

<sup>909</sup> Frente a este razonamiento encontramos dos argumentos. Por un lado, no debemos olvidar que, si el fundamento de la inaplicación de la normativa nacional se resumiese en el incumplimiento por el Estado de una obligación precisa de Derecho comunitario, el procedimiento establecido en los Tratados es el recurso por incumplimiento. Pero ello nunca garantizaría la eficacia de la disposición europea. Si el TJ ha buscado una consecuencia más allá de la mera declaración por el juez nacional de la existencia de perjuicios para los particulares por el incumplimiento de una directiva por parte del Estado, significa que la finalidad última de estas decisiones es recalcar las garantías de eficacia de las directivas en situaciones de incumplimiento, blindar la eficacia de la directiva en tanto que norma derivada de Derecho europeo que goza de primacía. En la STJ *British telecommunications*, C-392/93, el TJ estableció que las condiciones impuestas en la decisión *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, asuntos acumulados C-46, 48/93, debían también encontrarse en los casos en los que el incumplimiento o la incorrecta transposición de una directiva por el Estado pudiesen causar perjuicios a los particulares. No debemos olvidar que la directiva contiene normas jurídicas vinculantes para los Estados miembros que gozan de una posición de primacía respecto a las normas nacionales. En este sentido MASTROIANNI, R., “*Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*”, Diritto dell’Unione Europea, 2008, p. 587. En contra de esta idea PRECHAL, S., “*Does direct effect still matter?* CMLR 37, 2000, pp. 1047-1069 optará siempre por el método “fácil” de hacer valer el recurso por incumplimiento, art. 226 TCE, que se usó en el asunto *San Rocco*, C-365/97, en el asunto *Comisión c. Italia* C- 236/92, de 1994, y en *Comitato di Coordinamento per la Difesa Della Cava*, *cit.* En nuestra opinión este es un método que expresa un valor internacionalista

producir efectos legales independientes respecto de normas internas en contradicción con ésta cuando el Estado la haya incumplido, al superar el margen de apreciación establecido<sup>910</sup>.

El argumento principal de que la Directiva estudiada despliega efectos independientes (la inaplicación de la norma nacional) sin socavar el límite de la eficacia horizontal, se basa en que sus disposiciones no conceden derechos ni imponen directamente obligaciones a los particulares<sup>911</sup>. Las disposiciones invocadas no tienen

---

propio de la doctrina Estoppel basada en la sanción al estado y no en el efectivo cumplimiento del Derecho europeo. En este último artículo el autor distingue una diferenciación aleatoria en los criterios del TJ a la hora de solventar los asuntos por vía 226 o por vía 234 TCE.

<sup>910</sup> Por otro lado, parte de la doctrina nos hace plantearnos si en este caso el Estado goza de un verdadero margen de apreciación que nos permitiese basar la inaplicación en un análisis formal de este tipo. Tales disposiciones establecen una obligación incondicional para el Estado, donde no confluye la discrecionalidad típica de la directiva en cuanto a medios y forma de trasposición, como decía Jacobs, la directiva estudiada es un caso particular a la que más le hubiese valido tomar la forma de un reglamento. Es difícil asumir la idea de que la obligación de notificación deja un margen de discrecionalidad para su cumplimiento por los Estados. MARTÍNEZ CAPDEVILLA, M., “*Otra virtualidad de las directivas*”, *Op. Cit.*, Entiende que en este caso no existe tal margen de apreciación, sino una obligación incondicional impuesta al Estado cuyo incumplimiento condiciona un derecho particular. La autora considera que en los asuntos *CIA y Unilever*, aunque no se establece un margen de apreciación del Estado, sí se establece un derecho subjetivo. Encontramos una disposición de carácter procesal que concede un derecho al supeditar la entrada en vigor de una norma nacional. Para Capdevilla existe un derecho, y lo que se argumenta en “Unilever es que al derivar de una norma procesal, estas no definen en absoluto el contenido material de la norma jurídica en la que debe basarse el juez para resolver el litigio”. Entonces, según la autora, no se estaba requiriendo un efecto de exclusión, sino de sustitución, pero que no puede cumplirse completamente al no determinar la disposición de la directiva más que una norma de carácter procesal. En mi opinión esta argumentación, si bien trata de fundamentar la distinción entre los diferentes resultados de la aplicación de la directiva, omite una explicación al problema de la posible eficacia horizontal en ambos casos. También en HILSON, C., “*Legality review of Member State Discretion under directives*”, en TRIDIMAS, T., y NEBBIA, P., “*European Union Law for the twenty-first Century. Rethinking the new legal order*”, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, Vol. I, pp. 223-238. El autor considera que para evitar la preclusión clásica del efecto directo se permite a los particulares invocar la directiva en sus tribunales nacionales (áreas de medioambiente sobre todo p. 223). Mientras que directivas en las que existe un margen de discrecionalidad han sido marginadas en sus efectos por el TJ decidiendo que carecen de eficacia directa (asunto *Von Colson and Kamann* C- 14/83, 1984, FJ 27; *Francovich y Bonifaci* asunto acumulados C-6,9/90, FFJJ.25-27) en otros donde también existía un margen de apreciación (asuntos *Kraaijeveld* C-72/95, 1996, *WWF v. Provinz autonome Bozen*, C-435/97) el TJ ha declarado que la existencia de un contenido de apreciación a favor del Estado no precluye la posibilidad de un *judicial review* del margen de apreciación por parte de los tribunales. Para HILSON esto es causa de los diferentes grados de apreciación de los que puede gozar el Estado, llegando a sugerir que el TJ aplica esta doctrina de forma un tanto aleatoria para terminar por forzar al máximo el objetivo de la directiva. El autor establece que en ocasiones la vulneración del margen de apreciación se debe a un error de Derecho, o a un error en la comprensión del objetivo de la directiva, a pesar del correcto cumplimiento de la directiva. En mi opinión lo relevante es que tradicionalmente este control del margen de apreciación se ha realizado sobre los actos administrativos (caso de la evaluación ambiental o la concesión de proyectos públicos como especifica HILSON) y ahora, con la directiva sobre reglamentaciones técnicas la directiva se confronta directamente con normas de rango legal, incluso cuando han sido ya aprobadas por un parlamento y despliegan plenamente sus efectos. El AG LÉGER en las conclusiones del asunto *Linster*, *cit.* al referirse a la jurisprudencia *Verbond*, *cit.*, expresa que si bien “... la jurisprudencia relativa al control del respeto del margen de apreciación de los Estados miembros sigue teniendo, en esta sentencia, carácter subsidiario, en relación con la jurisprudencia sobre la apreciación del efecto directo de la Directiva invocada, [...] sólo se aplica en el supuesto de que la facultad de adaptar el Derecho interno a la Directiva atribuida a los Estados miembros les conceda una verdadera posibilidad de elección al aplicar la Directiva”. Esta afirmación supone por completo la negación de una revisión de la discrecionalidad en los asuntos relacionados con la Directiva sobre reglamentaciones técnicas.

<sup>911</sup> Para DOUGAN, el modelo utilizado por el TJ, que centra el interés precisamente en la incondicionalidad y precisión de la disposición de la directiva, expresa precisamente el universalismo de la efectividad de las normas de Derecho europeo. Nada puede detener que las disposiciones de Derecho comunitario sean “directamente efectivas” aunque no concedan derechos subjetivos a los particulares, puesto que se componen más bien de obligaciones impuestas a los jueces nacionales u otras autoridades públicas. Obligaciones que precisamente marcan la falta de discrecionalidad del Estado a la hora de cumplir el objetivo final de las directivas. Ambos criterios son “desencadenantes” de una eficacia

un contenido material, sino que establecen simplemente un procedimiento. Por ello, la razón de que la Directiva surta determinados efectos derivados de su incumplimiento no se basa en el principio de eficacia directa (principio descartado en litigios entre particulares), sus efectos sobre el ámbito personal de los particulares no son más que una eventualidad circunstancial de carácter objetivo, un efecto incidental provocado por el incumplimiento.

En situaciones en las que el incumplimiento de una directiva por el Estado no menoscaba frontalmente derechos sustantivos de los particulares, el juez nacional aun debe realizar un ejercicio de confrontación directa de la normativa nacional con las disposiciones de la directiva, inaplicando las disposiciones nacionales que contradigan, vulneren o prescindan de la obligación de resultado impuesta por ésta. En tal caso la directiva desplegará efectos independientes sobre la disposición nacional con la que entre en conflicto, desplazándola.

En conclusión, frente al incumplimiento de los procedimientos de la Directiva el TJ exige la inaplicación de la norma nacional. Esta decisión se fundamenta en la siguiente premisa: las disposiciones de la directiva en las que no concurren las condiciones para convertirse directamente en fuentes de derechos para los particulares, pueden desempeñar una nueva función, sirven como parámetro para determinar la aplicabilidad de las disposiciones nacionales, para seleccionar la norma aplicable<sup>912</sup>.

Si las disposiciones de la Directiva, en este caso, son utilizadas como parámetros de la aplicabilidad de las normas nacionales, y si no prescriben ningún derecho sustantivo o contenido material, la inaplicación —incluso contra terceras partes— por el juez nacional de la norma en contradicción con la Directiva parece quedarse en un escalón superior al de la mera aplicación directa de normas europeas (aplicación directa de la disposición de la directiva); más bien parece centrarse en la confrontación abstracta entre dos normas. La inaplicación de las reglamentaciones técnicas nacionales se fundamenta en la naturaleza autónoma y prevalente de las normas europeas, incluyendo a la directiva, que deriva del artículo 288 TFUE. En otras palabras, las decisiones descritas suponen que, en la jurisprudencia sobre reglamentaciones técnicas, impera más el principio de primacía que el principio de eficacia directa<sup>913</sup>.

---

concreta de las disposiciones de la directiva, una eficacia mínima, que a través de estas herramientas permite identificar qué normas comunitarias pueden producir un tipo particular de efecto “legal” en el sistema jurídico “unitario”. Cfr. DOUGAN, M., “*When worlds collide!...*”, *Op. Cit.* p. 942.

<sup>912</sup> MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., “*La directiva...*”, *Op. Cit.*

<sup>913</sup> Esta conclusión, muy acertada para nuestro trabajo, es de el Abogado General PHILIPPE LÉGER presentada en las conclusiones de 11 de enero de 2000 en el marco del asunto *LINSTER*, C-287/98, en el punto 54: “Así pues, el análisis del contenido de las disposiciones invocadas que el Tribunal de Justicia realiza habitualmente, para declararlas, en su caso, suficientemente precisas e incondicionales, no es sistemático. En estos contados casos, la sentencia se centra únicamente en el control del ejercicio de la facultad de apreciación del Estado miembro de que se trate, como si el análisis de las disposiciones de que se trate resultase menos útil para su aplicación directa en el Derecho interno que desde la perspectiva

## B) La saga jurisprudencial sobre la Directiva 85/337, sobre proyectos de obras públicas y control de repercusiones sobre el medio ambiente

La jurisprudencia que a continuación se comenta parte de la Directiva 85/337/CEE. Esta Directiva tiene un objetivo muy claro, impone a los Estados que las autorizaciones de proyectos tanto públicos como privados que puedan tener repercusiones considerables sobre el medio ambiente sólo se concedan después de la evaluación previa de sus consecuencias ambientales<sup>914</sup>. Los proyectos a los que se refiere la Directiva se enumeran en dos anexos: en el primer anexo se incluyen aquellas obras públicas y privadas que obligatoriamente deben ser evaluadas<sup>915</sup>. En el segundo anexo, en cambio, se enumeran clases de proyectos que se someterán a dicha evaluación exclusivamente «cuando los Estados miembros consideren que sus características lo exigen». El estudio medioambiental debe comunicarse a las autoridades interesadas y ponerse a disposición del público. Las autoridades y el público podrán presentar sus propias evaluaciones, y las autoridades competentes, para autorizar el proyecto de que se trate, deberán tener en cuenta toda la información recogida durante el procedimiento de evaluación. Por último, el público deberá ser informado de la decisión adoptada y de las condiciones que eventualmente la acompañen.

Deben subrayarse dos elementos importantes en la Directiva. Por un lado se permite un margen de discrecionalidad al Estado a la hora de clasificar los proyectos del anexo segundo, según sus características y de exigir su evaluación. Son los Estados los que establecen el procedimiento de autorización según sus normas internas, y a través del establecimiento de umbrales o criterios que distingan, en abstracto, las obras públicas que en potencia puedan representar graves peligros contra el medio ambiente. Por otro lado, de sus disposiciones deriva un objetivo vinculante, la obligación de evaluar las obras que puedan representar repercusiones graves sobre el medio ambiente a través de un procedimiento transparente, del que deriva el derecho de los particulares a participar de las informaciones previas del proyecto y de ser informados sobre la autorización final.

---

de un examen formal de las competencias que la Directiva reparte entre la Comunidad y los Estados miembros. En otras palabras, en estas sentencias parece que impera más el principio de primacía que el principio de efecto directo”. No olvidemos que en el asunto *Linster* el litigio se encuadraba en otro tipo de directivas, en las que se establecían unos requisitos mínimos para el control de los efectos de determinadas obras públicas sobre el medio ambiente. En este tipo de directivas sí se podían observar un ámbito de discrecionalidad dejado al Estado a la hora de determinar los grados y niveles de importancia de las obras públicas. Por tanto, si esta conclusión puede adoptarse en este tipo de directivas, en la saga jurisprudencial *CIA Security*, con mayor motivo, podemos expresar que la decisión final de inaplicación se encuentra marcada por el principio de primacía.

<sup>914</sup> Artículo 2.1 de la Directiva obliga a que los «Estados miembros adopt[en] las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones»

<sup>915</sup> Artículo 4.1 de la misma Directiva.



El contenido de esta Directiva se expone para subrayar que, junto al margen de discrecionalidad dejado al Estado por la Directiva, aparece la concesión de un derecho sustantivo para los ciudadanos de participación en el procedimiento. Ambos elementos han provocado que, en su aplicación concreta, se hayan destacado contrariedades en el régimen jurídico de las directivas. Específicamente, respecto del límite clásico a su eficacia directa horizontal. Téngase en cuenta que los proyectos que deben ser evaluados son tanto públicos como privados, por lo tanto, si de la directiva derivasen efectos directos, podrían derivar importantes perjuicios para los particulares.

### B. i) Asuntos WWF y Kraaijeveld

La Directiva 85/337 fue interpretada por el TJ mediante criterios objetivos, es decir, a través de un control sobre el margen de apreciación dejando al Estado por la misma, permitiendo su eficacia en múltiples situaciones.

En la STJ de 24 de octubre de 1996, asunto *Kraaijeveld*, C- 72/95, se inaugurará la cuestión de los efectos de la Directiva sobre medioambiente. En este caso, la empresa Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV, interpone un recurso de anulación contra la Decisión de 18 de mayo de 1993, por la que la Comisión de Gobierno de la Diputación de la Provincia de Holanda Meridional aprobó el plan de ordenación del suelo con el que se pretenden reforzar y construir determinados diques de contención de los canales acuáticos de la zona. Mediante ley de 1979 se traspuso la Directiva en estudio, y conforme a determinados Decretos se establecieron los criterios de exclusión de determinadas obras de una evaluación medioambiental previa. En tales decretos se utilizaron criterios de dimensiones de las obras, y conforme a los mismos, el refuerzo de los diques de este asunto quedaba excluido de la evaluación previa. La empresa *Kraaijeveld* se vio directamente afectada por la nueva ordenación del suelo pues mediante el reforzamiento de diques el curso de agua al que tenía acceso perdía comunicación con vías navegables, lo que podría suponer su ruina dada su actividad. Por ello la empresa holandesa interpone el recurso de anulación fundamentándose en el incumplimiento por parte del Estado de la obligación de evaluación medioambiental previa.

Tanto el recurrente como la Comisión consideran que el Reino de los Países Bajos no cumplió correctamente su obligación de ejecutar la Directiva, “puesto que los criterios sobre dimensiones mínimas determinados por la legislación nacional en materia de diques se habían establecido en un nivel tal que ninguno de los proyectos de diques fluviales los cumplía y, por consiguiente, todos los proyectos de refuerzo de diques quedaban fuera del ámbito de aplicación del estudio de repercusiones<sup>916</sup>”. Es

---

<sup>916</sup> FJ 48 de la STJ *Kraaijeveld*, *cit.*,

decir, Holanda había excedido el margen de discrecionalidad permitido por la Directiva incumpliendo la obligación de resultado.

El órgano jurisdiccional holandés encargado de resolver el litigio preguntará si “la obligación de someter el proyecto a una evaluación tiene efecto directo, de manera que un particular puede invocarla ante un órgano jurisdiccional nacional, y si el Juez debe garantizar el cumplimiento de la obligación aun cuando no haya sido invocada ante él”,<sup>917</sup>.

El TJ considerará que los EE.MM están legitimados, dentro de un margen de apreciación establecido, para desarrollar los criterios internos sobre la necesidad de realizar una evaluación medioambiental de los proyectos de obras, pero que

*“un Estado miembro que estableciera los criterios y/o umbrales en un nivel tal que, en la práctica, la totalidad de los proyectos relativos a los diques quedara a priori exenta de la obligación del estudio de repercusiones sobrepasaría el margen de apreciación de que dispone en virtud de” la Directiva<sup>918</sup>.*

En la STJ de 16 de septiembre de 1999, asunto *WWF*, C- 435/97, diferentes personas físicas, junto a varias asociaciones ecologistas, plantean un recurso de anulación contra la decisión de la Administración de la provincia de Bolzano (Italia) de reformar un aeropuerto militar para adecuarlo a fines civiles. Aunque el proyecto de reforma había sido evaluado en relación con su impacto medioambiental, los recurrentes alegaron que no se había seguido el procedimiento establecido en la Directiva. El estudio de repercusiones no cumplió el artículo 2.1 de la Directiva, pues el proyecto sólo había sido sometido a un estudio sin seguir el procedimiento de evaluación exigido que imponía dar audiencia al público en general.

El TJ, apoyándose en el asunto *Kraaijeveld* afirmará que

*“por lo que se refiere al derecho de un particular a invocar una Directiva y a la facultad del Juez nacional de tomarla en consideración, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que sería incompatible con el efecto imperativo que el artículo 189 del Tratado CE (actualmente, artículo 249 CE) reconoce a la Directiva excluir, en principio, que la obligación que ésta impone pueda ser invocada por los interesados. En particular, en los casos en los que, a través de una Directiva, las autoridades comunitarias hayan obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto quedaría debilitado si se impidiera al justiciable invocarlo ante los Tribunales y si los órganos jurisdiccionales nacionales no pudieran tomarlo*

<sup>917</sup> Ver FFJJ 43 y ss de la STJ *Kraaijevelds*, cit.

<sup>918</sup> Ídem, ver FJ 53,

*en consideración, como elemento del Derecho comunitario, para verificar si, dentro de los límites de la facultad de que dispone en cuanto a la forma y los medios de ejecutar la Directiva, el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva<sup>919</sup>”, “cuando las autoridades legislativas o administrativas de un Estado miembro sobrepasen el margen de apreciación que les confieren dichas disposiciones, los particulares podrán invocarlas ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado en contra de las autoridades nacionales y obtener así de éstas la inaplicación de las normas o medidas nacionales incompatibles con las mencionadas disposiciones”.*

Como se observa, en relación con la Directiva se establecen determinados criterios de control del margen de apreciación dejado al Estado, que permiten su invocación por los particulares ante el juez, desplegando un efecto directo vertical (“self executing”) contra la Administración. Estos criterios serán adoptados más adelante en asuntos en los que se encuentran implicados varios particulares y la Administración de los Estados miembros, dando lugar a lo que se ha denominado en doctrina eficacia vertical de la Directiva en relaciones triangulares, algo que se aproxima a la repudiada eficacia horizontal.

#### *B. ii) El asunto WELLS y ARCOR*

El paradigma de la jurisprudencia sobre la Directiva de proyectos de obras lo constituye la STJ de 25 de septiembre de 2003, en el asunto *Wells*, C-201/02.

El asunto se encuadra en el marco del litigio entre la señora Wells y el Reino Unido. Las autoridades de este Estado miembro autorizaron la reanudación de la explotación de una cantera donde se extraían materiales de construcción. Sin embargo, las autoridades inglesas no llevaron a cabo previamente un estudio sobre las repercusiones medioambientales de su reapertura, tal y como exige la Directiva. La cantera estaba situada cerca de la vivienda de la Señora Wells, y la actividad supuso explosiones de dinamita, circulación de camiones de gran tonelaje por la carretera que pasa por delante de la casa de la perjudicada y operaciones de trituración. Estos trabajos produjeron grietas en la casa de la Sra. Wells y la obligaron a mantener sus ventanas cerradas.

La Señora Wells pretendió revocar la autorización de apertura de la cantera que tales disturbios le estaba causando, y para ello invocó el incumplimiento de la directiva conforme a la jurisprudencia comentada: la autorización de la administración

---

<sup>919</sup> Ver FFJJ de la STJ WWF, *cit.* 69-71. Igualmente ver, SSTJ de 1 de febrero de 1977, *Verbond*, C- 51/76, FFJJ 22-24, y *Kraaijeveld*, *cit.* FJ 56.

inglesa no había cumplido con la obligación de evaluación de las repercusiones de la actividad de la cantera en el medioambiente.

Las autoridades inglesas respondieron en un doble sentido. En primer lugar, argumentaron que la decisión última sobre si la “autorización” debía o no limitarse en virtud de la evaluación medioambiental era una cuestión de Derecho interno, propia de la discrecionalidad dejada al Estado por la Directiva, rechazando así las pretensiones de la perjudicada. En segundo lugar, argumentaron que la directiva no podía ser invocada en tales condiciones debido a que el Derecho comunitario no le permitía al particular actuar por medio de la Directiva directamente contra los propietarios de la cantera y revocarles sus derechos de explotación. Es decir, la directiva no podría nunca surtir efectos contra los particulares propietarios de la cantera, pues de lo contrario surtiría eficacia directa horizontal privando directamente a un tercero de un derecho sustantivo. Como se sabe, no puede invocarse el incumplimiento de la Directiva por el Estado (la administración) con la finalidad de imponer cargas u obligaciones a los particulares (propietarios de la cantera).

Será el AG Léger el que apunte la solución adecuada al caso, respondiendo a los dos argumentos de la Administración británica dará con una solución absolutamente novedosa.

En primer lugar, respecto del margen de discrecionalidad del Estado establecido por la Directiva, el AG afirmará que el concepto de “autorización de un proyecto” no es una cuestión meramente de carácter nacional, como argumenta la Administración británica, aunque sean las autoridades nacionales las encargadas de determinar el procedimiento de autorización y los requisitos. Por el contrario, el principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario y la naturaleza de la directiva —cuyo objetivo es armonizar la materia— no permitiría que los Estados miembros tengan la facultad discrecional de eximir globalmente y de antemano a determinados tipos de proyectos (los enumerados en el Anexo II) de la obligación de proceder a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente. El margen de maniobra de los Estados miembros está limitado por la obligación, impuesta en el artículo 2.1 de la Directiva, de someter en cualquier caso a una evaluación los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización<sup>920</sup>. Desde esta perspectiva, que la Administración británica haya excluido completamente la necesidad de evaluación medioambiental previa a la concesión de la explotación de la cantera ha supuesto un

---

<sup>920</sup> Véanse las sentencias de 24 de octubre de 1996, asunto *Kraaijeveld* y otros, C-72/95, FJ. 50. STJ de 22 de octubre de 1998, *Comisión c. Alemania*, C-301/95, FJ. 45. Y STJ de 16 de septiembre de 1999, asunto *WWF*, C- 435/97, FJ. 36. En estos asuntos se especifica que el art. 4.2, de la directiva está destinada a exigir que los Estados miembros faciliten la apreciación de las características concretas de un proyecto, para determinar si está sujeto a la obligación de evaluación, de lo contrario se eximiría anticipadamente por completo de esta obligación a determinadas clases de proyectos de los enumerados en el Anexo II y susceptibles de realizarse en el territorio de un Estado miembro, sin dar oportunidad a los particulares de ser informados y participar en el proceso.

exceso del margen de apreciación establecido por la Directiva, pues ha incumplido la obligación precisa e incondicional de su art. 2.1 de que los Estados miembros tomen las medidas adecuadas para que “antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, [...], se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones”.

En segundo lugar, respecto de la relación horizontal que impide la invocación por la Sra. Wells de la Directiva, el AG, tras exponer los límites establecidos a la eficacia directa horizontal<sup>921</sup>, declara que «ninguno de estos principios jurisprudenciales se opone [...] a que las medidas solicitadas por la Sra. Wells como la anulación de la licencia de explotación o la modificación de las condiciones definidas [...] sean adoptadas por las autoridades nacionales competentes [...] por lo que se refiere al principio de falta de efecto directo horizontal de las directivas, no constituye un obstáculo ya que el litigio principal no es entre la Sra. Wells y los propietarios de *Conygar Quarry* [los propietarios de la cantera], sino entre ésta y una entidad estatal. Se trata, por tanto, de un supuesto de aplicación típico del efecto directo “vertical” de las directivas. En este supuesto, cabe perfectamente que la resolución que debe ser adoptada por el órgano jurisdiccional competente después de la sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia y, en su caso, la adoptada por las autoridades administrativas nacionales en cumplimiento de la resolución nacional, tengan repercusiones sobre los derechos de particulares. A la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ni siquiera la seguridad de que así sucederá justifica la denegación al demandante del derecho a invocar las disposiciones de una directiva a la que no se ha adaptado el Derecho interno o a la que se ha adaptado incorrectamente<sup>922</sup>».

Es decir, no se trata de que el incumplimiento del Estado en relación con la Directiva provoque una carga u obligación para un particular, sino de que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para cumplir con la Directiva, y por tanto, si debe revocar la medida en cumplimiento del Derecho comunitario los efectos colaterales para los particulares no pueden confundirse con la eficacia horizontal de la Directiva. La obligación del Estado de eliminar y garantizar la obligación vinculante

---

<sup>921</sup> El AG LÉGER en el asunto Wells, en el punto 66 de sus conclusiones, presentadas el 25 de septiembre de 2003, resume los argumentos de la sentencia *Marshall*, «el carácter obligatorio de una directiva, según se desprende del artículo 249 CE, sólo existe frente a cualquier Estado destinatario». De ello ha deducido que «una directiva no puede crear por sí misma obligaciones a cargo de un particular, y que lo dispuesto en una directiva no puede pues ser invocado contra dicha persona». De esta afirmación, según la cual una directiva sólo puede tener efecto vertical «ascendente», la jurisprudencia ha deducido dos consecuencias. En primer lugar, las directivas no tienen efecto directo «horizontal», es decir, no pueden ser invocadas como tales por un particular en un litigio frente a otro particular. Según el Tribunal de Justicia, ampliar la jurisprudencia sobre la invocabilidad de las directivas frente a las autoridades públicas al ámbito de las relaciones entre los particulares «equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos». En segundo lugar, las directivas no pueden tener un efecto directo vertical «descendente», lo que significa que una autoridad nacional no puede invocar frente a un particular una disposición de una directiva a la que no se ha adaptado todavía el Derecho nacional. Ver también STJ *Pretore di Saló*, de 11 de junio de 1968, C-14/86, FFJJ. 18-20

<sup>922</sup> Ver punto 68 de las conclusiones del AG LÉGER presentadas en el asunto Wells.

impuesta por la directiva se impone incluso si, en un caso concreto, ello puede conllevar la imposición de cargas contra terceras personas<sup>923</sup>.

El TJ, por su parte, asumirá las conclusiones del AG. En la Sentencia, el TJ, trata de respetar la doctrina tradicional de la eficacia directa, repitiendo que respecto de los particulares las disposiciones de una directiva sólo pueden crear derechos<sup>924</sup>. Pero el TJ no deduce de ello que: «*un particular no pued[a] invocar una directiva contra un Estado miembro cuando se trata de una obligación estatal que está directamente relacionada con la ejecución de otra obligación que incumbe a un tercero, en virtud de esta directiva*<sup>925</sup>». Los fundamentos jurídicos 57 y 58 de la sentencia se encargan de trazar la sutil distinción:

*«las meras repercusiones negativas sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una directiva contra el Estado miembro de que se trate. En el asunto principal, la obligación del Estado miembro trata de garantizar que las autoridades competentes realicen una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de la explotación de la cantera de Conygar Quarry [que] no está directamente relacionada con la ejecución de obligación alguna que incumbe a los propietarios de esta cantera, en virtud de la Directiva 85/337. Es cierto que el hecho de que los trabajos de explotación minera deban paralizarse a la espera de los resultados de la evaluación es consecuencia del retraso de dicho Estado en el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, esta consecuencia no puede calificarse, como pretende el Reino Unido, de “inverse direct effect” de las disposiciones de la citada Directiva respecto a los referidos propietarios».*

---

<sup>923</sup> Anteriormente había aclarado en el punto 69 que « [a]demás, por lo que se refiere al principio de falta de efecto directo vertical descendente, éste tampoco puede oponerse a las medidas solicitadas. En efecto, procede recordar que este principio tiene por objeto impedir que un Estado miembro invoque las disposiciones de una directiva mientras que, en contravención de sus obligaciones derivadas de la propia directiva y del artículo 10 CE, no haya adoptado las medidas necesarias para la adaptación a la misma del Derecho interno. En consecuencia, este principio persigue impedir que el Estado de que se trate obtenga una ventaja de su propia omisión. Sin embargo, no puede oponerse al cumplimiento, por las autoridades competentes, de su obligación de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación de las disposiciones de una directiva, por una parte, revocando las medidas nacionales incompatibles con aquéllas y, por otra parte, adoptando las medidas necesarias para que se apliquen las prescripciones contenidas en la directiva.» Ver STJ Peterbroeck, de 14 de diciembre de 1995, C-312/93, FJ. 12. «Incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros, 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 del Derecho comunitario. A falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar a los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables».

<sup>924</sup> FJ 56 de la STJ Wells.

<sup>925</sup> El propio TJ reenvía a las sentencias de 22 de febrero de 1990, *Busseni*, C-221/88, apartados 23 a 26, y de 4 de diciembre de 1997, *Daihatsu Deutschland*, C-97/96, apartados 24 y 26.

En estas situaciones, según nos vienen a decir el AG y el TJ no existe tampoco una verdadera relación horizontal, sino que los efectos incidentales sobre terceros son una mera repercusión de la eficacia directa vertical ascendente de la Directiva.

Como fundamento de la consolidación de esta jurisprudencia podemos referirnos a la STJ de 17 de julio de 2008, asunto *Arcor/Tele2/Telkom*, C- 152 a 154/07. En esta Sentencia la doctrina *Wells* excederá el ámbito de la Directiva sobre medioambiente y se aplicará a otras Directivas.

Concretamente con esta decisión prejudicial se interpretan las Directivas 90/388/CEE, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, y la Directiva 97/33/CE relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta. Estas Directivas tenían como finalidad preparar las redes de telecomunicaciones al mercado de libre competencia, e imponían a los Estados la supresión de todas las restricciones injustificadas al reajuste progresivo de las tarifas por parte de los organismos de telecomunicaciones. En suma, se pretendía que aquellos operadores tradicionales que habían explotado las redes de telecomunicaciones en condiciones privilegiadas (o en régimen de monopolio) permitiesen a empresas del sector tener acceso a ellas en el marco de la libre competencia, y que éstas participasen de los gastos de adecuación de las infraestructuras de aquellas.

Conforme a su Derecho interno, la autoridad competente alemana, obligó a un operador a pagar al operador de la red dominante en el mercado (Deutsche Telekom) una aportación para compensar el déficit en que este último incurría por el suministro de red. Las empresas presentes en el litigio interpusieron recurso de anulación contra tales decisiones al considerar que se estaba beneficiando a la empresa dominante.

El Tribunal Contencioso administrativo de Colonia interpone cuestión prejudicial preguntando si la decisión de la Administración alemana era conforme a las Directivas, y si, de ser incompatible con las Directivas, debía tener en cuenta tal incompatibilidad en el procedimiento.

Lo que se cuestiona por el órgano jurisdiccional, en lo que aquí no interesa, es la eficacia de la Directiva invocada en un litigio en el que diversas empresas de telecomunicaciones recurren una decisión estatal que beneficia a otra empresa competidora en el Sector. Como advierte el AG Ruiz- Jarabo Colomer en las Conclusiones del asunto, tras un resumen de los límites a la eficacia horizontal de la directiva, “el repertorio de la jurisprudencia comunitaria no admite disonancias,...en

supuestos como el ahora enjuiciado, cede a la melodía de las relaciones triangulares<sup>926</sup>”.

El TJ recordará que “según jurisprudencia reiterada, una directiva no puede, por sí misma, crear obligaciones a cargo de los particulares, sino sólo derechos. Por consiguiente, un particular no puede invocar una directiva contra un Estado miembro cuando se trata de una obligación estatal que está directamente relacionada con la ejecución de otra obligación que incumbe a un tercero, en virtud de esta directiva<sup>927</sup>”, pero tal y como se había asentado en la doctrina *Wellls*, “*las meras repercusiones negativas sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una directiva contra el Estado miembro de que se trate*<sup>928</sup>”. Es decir, que este asunto surja de un litigio de naturaleza horizontal, entre diferentes operadores de telecomunicaciones, no debería ser obstáculo para que se permitiese la invocación de la Directiva. Así el TJ afirmará:

*“las relaciones fácticas y jurídicas subyacentes en estas remisiones prejudiciales las animan sujetos privados [...] que no se dirigen contra otro particular, sino directamente contra el Estado [...] en el conflicto judicial latente en este asunto no hay margen para la autonomía de la voluntad ni, por tanto, para el derecho privado en lo que a la determinación de la tarifa se refiere, pues por designio de los ordenamientos comunitario y alemán la competencia exclusiva corresponde al Estado»* y advierte que «[n]o hay motivos para el desaliento pues en este caso no se invoca un derecho aislado de cualquier relación con el poder público, capaz de infligir un perjuicio a otra persona sino que, al igual que en los asuntos *Wells* y *Fratelli Costanzo*, el daño proviene de la actuación del Estado. Por tanto, no hay efectos horizontales directos ni auténticos daños para la compañía dominante. Además, el derecho que pretende ostentar ha sido generado por una norma contraria al derecho comunitario y su posición únicamente queda afectada de forma refleja”<sup>929</sup>.

#### B. iii) Control del margen de apreciación y efectos indirectos de la Directiva entre particulares

Hemos observado diversas decisiones prejudiciales que interpretan disposiciones de Directivas comunitarias en un sentido favorable a su invocabilidad. Por la naturaleza de obligación de resultado, la directiva ve limitado el carácter incondicional de sus disposiciones al dejar un margen necesario de discrecionalidad al Estado. Pero

<sup>926</sup> Punto 103 de las conclusiones presentadas por el AG RUIZ-JARABO COLOMER, el 1 de abril de 2008

<sup>927</sup> Ver FJ 35 STJ *ARCOR*, C-152-154/07,

<sup>928</sup> Ver FJ 36 STJ *ARCOR*, *cit.*

<sup>929</sup> Puntos 104,106, 108,109 de las Conclusiones presentadas en el mismo asunto. En contra de esta jurisprudencia, como el propio AG advierte, ver STJ *Busseni* de 22 de febrero de 1990, C-221/88.



como se deduce a simple vista de la jurisprudencia comentada, que la directiva no cumpla cada uno de los clásicos requisitos Becker (la norma debe ser precisa e incondicional, debe conceder un derecho sustantivo y el Estado debe errar o incumplir en su transposición) no impide que pueda ser invocada por los particulares y que pueda, incluso, desplegar efectos.

Según la sentencia Becker, la incondicionalidad es un requisito para la invocabilidad de las disposiciones de la directiva. Sin embargo, de las sentencias anteriores, se observa que incluso cuando este requisito no aparece señalado con claridad, el TJ siempre deja la posibilidad de que el juez nacional pueda utilizar las disposiciones de la directiva para realizar una revisión de la actuación del Estado. El juez nacional puede observar los límites que la propia directiva impone a la discrecionalidad del Estado, y estos límites pueden derivarse del efecto útil u objetivo final que impone la propia directiva<sup>930</sup>.

En el caso de la Directiva 85/337 de protección medioambiental, el Anexo II permitía a los Estados determinar qué proyectos debían ser o no evaluados. Pese a este margen de discrecionalidad, el TJ contesta al juez comunitario que siempre puede encontrar en la directiva una “disposición-parámetro” suficientemente precisa e incondicional con la que determinar si el Estado sobrepasa el margen de discrecionalidad dejado por la directiva<sup>931</sup>: el efecto útil de la Directiva, que no es otra que la protección del medioambiente. En aquel caso el TJ dice al juez que debe controlar que, los límites o umbrales establecidos discrecionalmente por el Estado para determinar qué obras deben o no seguir el procedimiento previsto en la Directiva,

---

<sup>930</sup> A las referencias anteriores añado la STJ de 25 de octubre de 2005, en el asunto *Schulte*, C- 350/03. En su FJ 69 se recoge toda la doctrina anterior manteniendo que «si bien corresponde a los Estados Miembros regular los efectos jurídicos de la revocación [de un contrato de compraventa de un bien inmueble realizado fuera del establecimiento, derecho amparado por la Directiva 85/577, ámbito en el que el TJ reconoce que la directiva se remite al Derecho nacional dejando un margen de discrecionalidad a cada Estado] esta competencia debe ejercerse respetando el Derecho Comunitario, y más concretamente, las normas de la directiva interpretadas a la luz de su finalidad y de forma que se aseguren sus efectos útiles. A la hora de cumplir con las obligaciones de la directiva los Estados Miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la directiva, conforme al objetivo por ella perseguido». Con esta conclusión el TJ vuelve a declarar que la discrecionalidad dejada por las directivas se encuentra limitada por la propia directiva.

<sup>931</sup> «De la misma manera en que un particular ha de poder invocar el derecho que le atribuye una disposición precisa e incondicional de una directiva cuando dicha disposición pueda ser separada de las demás disposiciones de la misma directiva que carezcan de ese grado de precisión o de incondicionalidad». Ver sentencia de 19 de enero de 1982, Becker, C- 8/81, FFJJ. 29 y 30. También Sentencia de 18 de octubre de 2001, asunto *Gharehveran*, C-441/99, FJ. 44. Sobre esta última me parece muy interesante observar que versa sobre la misma directiva para la creación de una garantía salarial de la famosa Sentencia *Francovich/Bonifaci*, con unas consecuencias totalmente diversas. La diferencia de criterios se basa en que si en aquella ocasión (en la que recordemos el TJ acabó recurriendo al principio de responsabilidad por daños causados por el Estado en incumplimiento de una directiva) la clave para que la directiva no pudiese tener efectos era un incumplimiento del Estado por el que no se había ni siquiera traspuesto la directiva y que por tanto creaba un vacío legal sobre el responsable último de la garantía salarial o la forma del fondo, etc., que impedía al juez aplicar la directiva a favor de los demandantes (por no poder este acaparar el papel del legislador blandiendo decisiones de carácter político) en esta situación se permite la invocación de la directiva y la eficacia de sus efectos en base al margen de apreciación del Estado. Cuando el Estado ha adoptado la directiva haciendo uso del margen de apreciación, aunque traspasando el margen dejado, existiendo en la misma una disposición suficientemente precisa e incondicional, el particular sí puede invocar la desconformidad de las normas nacionales de transposición con la directiva.

no impidan que se realice un estudio de sus repercusiones sobre el medioambiente. Otra cosa es que quede exento de todo el proceso de información a los particulares y el procedimiento de audiencia a éstos. Mediante este parámetro de control siempre se podría aceptar, entonces, la invocación del particular de la directiva con la pretensión de anulación o inaplicación del acto nacional. También en las Directivas 90/388 y 97/33 se podía encontrar un parámetro en la propia finalidad de la Directiva, establecimiento de tarifas que permitan un acceso universal a las redes de telecomunicaciones en un marco de libre competencia.

De todo ello se deduce que el juez debe desentrañar cuáles son los márgenes de discrecionalidad del Estado en la implementación de la Directiva a la luz de sus fines y su efecto útil. Como consecuencia directa debe aceptarse que un particular invoque la directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales con la pretensión de que se estipule si el Estado ha sobrepasado los límites impuestos por la Directiva<sup>932</sup>. Dicho de otro modo, aunque de los artículos de la directiva no deriven derechos sustantivos precisos e incondicionales<sup>933</sup> para los particulares, éstos pueden invocar la directiva para que el juez observe si el Estado ha sobrepasado los límites de su margen de apreciación<sup>934</sup>. Por ello el TJ considera que en caso de que una Directiva haya

---

<sup>932</sup> La STJ *Wells* en el FJ 37 asume esta jurisprudencia: «tanto a la luz del principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que ha de realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate», también STJ de 18 de enero de 1984, *Ekro*, C- 327/82, FJ. 11, y sentencia *Linster*, *cit.*, FJ. 43. Recordemos que esta jurisprudencia forma parte de la línea doctrinal del TJ por la que se revaloriza el papel de los ciudadanos como garantía de la aplicación uniforme del Derecho comunitario y del principio de primacía, flexibilizando los límites a la invocabilidad de la directiva por parte de los ciudadanos. Ver por todos LENZ, MIRIAM., SIF TYNES, DÓRA., y YOUNG, LORNA., “*Horizontal what? Back to basics*”, E.L.Rev., 25, 2000, p. 509-514.

<sup>933</sup> La teoría del análisis formal, introyectada en nuestro trabajo desde el inicio, adquiere una configuración un tanto más problemática en estos asuntos. Con ocasión de la saga *CIA* el TJ estableció que en aquel caso la directiva no se veía limitada por la jurisprudencia *Marshall*, que limita la eficacia directa de las directivas al exclusivo ámbito de las relaciones verticales, debido a que de la directiva sobre reglamentaciones técnicas no derivaban derechos ni obligaciones para los particulares. En la situación del asunto *Wells* de la directiva sí se desprenden derechos para los particulares, derechos de información y participación en el procedimiento de autorización, así como el derecho a la protección del medio ambiente. Derechos que son garantizados, a través de la posibilidad de invocación de los artículos 2.1 y 4.2 de la directiva, que establecen obligaciones precisas a los Estados, frente a los actos de la administración o la legislación de los Estados que incumplan con la obligación de evaluación de los proyectos previamente a su autorización. Efectivamente el problema no reside en la mera revisión de legalidad de un acto administrativo, en ocasiones lo que se pone de frente a la directiva es una norma de rango legal, así me remito a la sentencia *WWF cit.*, FJ 56 y ss. en el que se presenta una cuestión muy concreta: Si el proyecto es aprobado por una ley, ¿qué requisitos debe cumplir el procedimiento para ser acorde a la directiva? El TJ responde que la directiva, en efecto considera que no será de aplicación a «los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo nacional específico, dado que los objetivos perseguidos por la presente Directiva, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones, se consiguen a través del procedimiento legislativo» (art. 1.5). En este sentido el TJ consideró que ni siquiera a través de un procedimiento legislativo democrático se podía garantizar que se cumpliera con los derechos concedidos por la directiva ya que la ley por la que se aprobaba un proyecto de restructuración de un aeropuerto en Bolzano, no especificaba en el mismo acto legislativo las características de tal proyecto, sino que reenviaba a un acto reglamentario, por lo que las exigencias de publicidad y participación de los ciudadanos no encontraban cumplimiento con la norma legal.

<sup>934</sup> En este asunto, la opinión del abogado LÉGER hace eco de la flexibilización de los criterios y requisitos exigidos a las normas de Derecho europeo para consignarles eficacia directa. Si hasta ahora los requisitos exigidos se habían terminado por concentrar en “precisión e incondicionalidad”, el AG hace referencia exclusivamente a la “precisión” de la obligación impuesta al Estado por la directiva. Literalmente considera: «...esta posibilidad [la

obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto quedaría debilitado si se impidiera al justiciable invocarlo ante los Tribunales. Igualmente quedaría debilitado el efecto útil si los órganos jurisdiccionales nacionales no pudieran tomarlo en consideración, como elemento del Derecho comunitario, para verificar si, dentro de los límites de la facultad de que dispone en cuanto a la forma y los medios de ejecutar la Directiva, el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva<sup>935</sup>.

El problema principal de esta doctrina de salvaguarda del efecto útil de las directivas es que, en los casos estudiados, si se permite a los demandantes la invocación de las obligaciones de la directiva incumplida por el Estado, se crean situaciones de «inverse direct effect». Situaciones en las que, a petición de un particular, como la Sra. Wells, o las teleoperadoras de la competencia, el Estado miembro de que se trate estaría directamente obligado a privar de derechos concedidos a otro particular, como los propietarios de la cantera de Conygar Quarry o Deutsche Telekom<sup>936</sup>. En estas situaciones el problema de fondo reside en que la invocación de la directiva por el particular provoca un «efecto inverso» perjudicial contra terceros. Algo que podría compararse con el efecto horizontal de la directiva, negado desde la STJ *Maastricht*.

### C) Invocación de la eficacia indirecta: efectos de sustitución y exclusión.

#### C. i) Eficacia incidental de la Directiva en relaciones triangulares

En relación a las posibilidades de eficacia directa de las Directivas, podemos encontrar toda una serie de decisiones jurisprudenciales anteriores y posteriores a los asuntos *CIA*, *Unilever*, *Wells* y *ARCOR*. Pero los casos concretos, los litigios particulares de los que traen causa las decisiones prejudiciales del TJ, no presentan

---

posibilidad de invocación de la directiva por el particular] puede deducirse también de que las disposiciones de la Directiva 85/337 que obligan a los Estados miembros a someter la autorización de los proyectos que pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente a un estudio previo de dichas repercusiones, en el marco del cual las personas interesadas deben poder dar su opinión, presentan un carácter suficientemente preciso». Punto 63 de las Conclusiones presentadas en el asunto *Wells*, *cit.*

<sup>935</sup> Me remito a la sentencia *Verbond*, *cit.*, FFJJ. 22 a 24.

<sup>936</sup> Ver FJ 55 de la sentencia *Wells* 71. La obligación de revocación de la autorización se desprende de la jurisprudencia del TJ como expone el AG en sus conclusiones «que las autoridades estatales, jurisdiccionales y administrativas adopten todas las medidas destinadas a eliminar las consecuencias ilícitas de la violación de dicha Directiva y a garantizar el cumplimiento de sus prescripciones en lo que respecta a la explotación de Conygar Quarry. A falta de normativa comunitaria sobre las condiciones en las que debe cumplirse esta obligación, corresponderá a dichas autoridades cumplirla conforme a las normas de Derecho nacional, dentro de los límites que regulan la autonomía procesal de los sistemas nacionales y que se refieren a los principios de equivalencia y de efectividad». [Ver Sentencia de 16 de mayo de 2000, asunto \*Preston\*, C-78/98, FJ. 31.](#) Sentencia *Francovich*, *cit.*, FJ. 36. La jurisprudencia de la que se desprende la obligación de las autoridades nacionales de eliminar las consecuencias ilícitas del incumplimiento de la directiva y de garantizar el cumplimiento de sus prescripciones ha sido una idea transversal a todas las sentencias del TJ, por lo que hacer más referencias no es necesario. No obstante se debe puntualizar que esta obligación incumbe, en cuanto a la garantía, principalmente a los órganos jurisdiccionales desde la decisión del TJ de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*, C-106/77, FJ 16.

una homogeneidad tal que nos permita establecer una verdadera regla común a la eficacia directa de las Directivas<sup>937</sup>. No obstante, la diversidad de situaciones en las que se presentan tales decisiones sí nos avala para decir que los requisitos tradicionales para que el Derecho europeo surta efectos se han transformado progresivamente en el caso de las directivas y, desde esta perspectiva, podemos generalizar algunas tendencias jurisprudenciales.

De la jurisprudencia comentada puede afirmarse que, en primer lugar, se flexibilizan los requisitos tradicionales de la eficacia directa establecidos en la doctrina *Becker* (derecho subjetivo, incorrecta transposición del Estado, incondicionalidad y precisión de la disposición) permitiéndose, en segundo lugar, eludir la rigidez de la doctrina *Marshall* que impedía que de la directiva pudiesen surtir efectos directamente en litigios entre particulares. Sin embargo, para evitar un choque con la jurisprudencia tradicional, debemos decir que lo que realmente permite la jurisprudencia estudiada es ampliar las posibilidades del particular de invocar la directiva incumplida por el Estado.

---

<sup>937</sup> Además de las situaciones comentadas en *CIA y Unilever*, podemos partir de la sentencia STJ *Grosskrotzenburg*, 11 de agosto de 1995, *Comisión c. Alemania*, C- 431/91 donde se reconoce el “efecto directo objetivo”, de la directiva 85/337 en revisión de las condiciones *Becker*. Más adelante en el asunto *Panagis Pafitis*, C-441/93, 1996, nos encontramos la situación en la que un tercero, socio capitalista de una empresa de responsabilidad limitada griega invoca la directiva 77/91 contra una decisión de la administración griega de incrementar el capital de una sociedad financiera sin que tal decisión hubiese sido aprobada por la asamblea de socios. El TJ considera que la directiva tiene eficacia directa reconociendo que su artículo 25 prohíbe de forma precisa e incondicional la existencia de disposiciones nacionales que permitan el incremento de capital de una sociedad sin el consentimiento de sus socios, por lo que es invocable. La decisión de la administración griega fue anulada en perjuicio de los nuevos socios que como consecuencia del incremento de capital habían tomado un nuevo control. El asunto *Bernaldez* C-129/94, reconoció el efecto directo de una disposición de la directiva 72/166 que se oponía a una cláusula de un contrato de seguro obligatorio de vehículos a motor por el que, en concordancia con la normativa española, se eximía de responsabilidad a la compañía aseguradora en caso de accidente causado por un conductor ebrio. Así el TJ establece que la normativa española es contraria al Derecho comunitario, con la consecuencia de que la compañía aseguradora debe responsabilizarse de todos los daños causados a terceras personas por su asegurado. De nuevo la invocación de una directiva contrastante con el Derecho nacional tiene como consecuencia imponer una carga a un tercero, la compañía aseguradora. El asunto *Dorsch Consult*, C-54/96 de 17 de septiembre de 1997, sobre la directiva de coordinación de procedimientos para la concesión de contratos públicos, es un ejemplo de la directiva más repetida cuando la doctrina trata los “efectos incidentales”. En este caso, la invocación de la directiva por una empresa en una situación en la que se alega que la concesión de un contrato público ha sido realizada sobre la base de un procedimiento que incumple con las obligaciones comunitarias impuestas, se resuelve a través de la revisión de la concesión. Aunque en este género de conflictos la directiva se invoca contra la autoridad pública incumplidora, el resultado es que se revoca la concesión del contrato a una empresa competidora que había salido vencedora del concurso público. Igualmente en la conocida sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, cit., el Tribunal de Justicia ha admitido el derecho de un participante en un procedimiento de adjudicación de contratos a invocar las disposiciones de una directiva en el marco de un litigio con un municipio destinado a impugnar la decisión de éste de conceder el contrato a un competidor. Otro ejemplo es la sentencia de 12 de noviembre de 1996, asunto *Smith & Nephew y Primecrown*, C-201/94, el TJ ha considerado que un operador económico puede invocar las disposiciones de una directiva para impugnar la validez de una autorización de comercialización de un medicamento concedida a un competidor. Como observamos todos ellos son ejemplos de el “efecto inverso” de la invocación de la directiva, que desdibujan los claros límites de la eficacia directa horizontal. Como hemos dicho los argumentos son variados, aunque los que hemos expuesto a lo largo de este trabajo, y aun expondremos, resumen en esencia los principales. El carácter vinculante de la directiva, la doctrina del Estoppel, y la posibilidad de control formal del margen de apreciación del Estado. En nuestra opinión, puede observarse que esta jurisprudencia es un ejemplo del intento del TJ de flexibilizar la doctrina clásica de la eficacia directa a favor del principio de primacía de las normas, de la efectividad última del ordenamiento europeo y de un desplazamiento del fundamento de la eficacia directa de la directiva desde un carácter sancionador y patológico hacia un fundamento exclusivo en la vinculatoriedad del artículo 249 TCE. Por todos ver LACKHOFF, K., NYSSSENS, H., “*Direct effect of directives in triangular situations*”, E.L.Rev., 23, 1998, pp. 398-400.

Esta es la finalidad principal de *Cia Security, Unilever, Wells, WWF o Arcor*. La jurisprudencia referida, en suma, permite que la invocación de la directiva por el particular convierta la cuestión de la eficacia directa de la directiva en una demanda de revisión de la comunitariedad del Derecho nacional y de control de la implementación de las directivas.

Al centrar la cuestión en el control de comunitariedad de la actuación del Estado, la invocación de la directiva por el particular se extiende a nuevas situaciones<sup>938</sup>, entre las que destacan las “relaciones triangulares”. El esquema clásico de estas situaciones es complejo, pues incluyen las relaciones verticales y las relaciones horizontales. En ellas se encuentran inmersas al menos tres partes en el litigio, dos particulares y la administración nacional. Esta situación factual ha sido descrita como relación “triangular” pues en ella se dirime ante el TJ la comunitariedad de las actuaciones del Estado conforme a la directiva, comunitariedad que afectará indirectamente a los particulares encausados en el litigio en sede nacional.

En estas situaciones triangulares la invocación de la directiva comunitaria por el particular frente a la actuación del Estado puede tener dos finalidades.

La primera de ellas es la situación en la que una directiva garantiza a un particular el derecho a demandar de la administración una acción específica que, como una consecuencia necesaria, impone una carga a otro particular. Por ejemplo el derecho a demandar de la administración la información adecuada acerca de las posibles consecuencias sobre el medio ambiente de un proyecto de obra que pretende aprobarse (*Wells* o *WWF*). La obligación del Estado de garantizar este derecho del particular conlleva también la obligación de eliminar todas las consecuencias ilícitas producidas por el incumplimiento de la directiva, y de aquí deriva la revocación de la autorización concedida a un tercero para que explote una cantera, reforme un aeropuerto o deje de pagar un canon de telecomunicaciones inferior al de sus competidores (*Deutsche Telekom en Arcor*).

La segunda finalidad es la siguiente. El derecho nacional impone una carga a un particular, una carga que beneficia a un tercero, sin embargo el particular agraviado con la carga puede señalar que el Derecho nacional es contrario a una disposición de la directiva. En consecuencia el particular exigirá que no se impongan cargas

---

<sup>938</sup> Cuando hablamos de nuevas situaciones nos referimos a la calificación que se hace de determinadas directivas en las que se establecen procedimientos de control con el fin de garantizar un mínimo de seguridad a los consumidores y usuarios. En estas directivas se integran aquellas sobre reglamentaciones técnicas, y a ellas podemos asimilar, al menos en sus efectos, en tanto que imponen un procedimiento de control (medioambiental) que se concreta en la posibilidad de que surjan litigios de tipo triangular, también la directiva actual. En este sentido ver las Conclusiones del AG TRSTENJAK presentadas en el asunto *Carp*, el 29 de marzo de 2007, C-80/06, donde habla de las «directivas de nuevo enfoque» o «new approach», tales directivas, en tanto que normas, regulan las relaciones entre los sujetos del Derecho, y no las relaciones entre los meros objetos. Puntos 32-33.

derivadas del incumplimiento por el Estado del Derecho comunitario (efecto directo inverso), pero a la vez impidiendo que un tercero se beneficie de la disposición nacional. Este caso representaría la jurisprudencia de la saga *CIA Security y Unilever*.

En base a estas dos hipótesis se matiza la regla general de la eficacia directa de las directivas y se extiende a las relaciones triangulares, en las la invocación de la directiva surte efectos perjudiciales para terceros. El Tribunal de Justicia ha admitido que «las meras repercusiones negativas» sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una directiva contra el Estado miembro de que se trate. El perjuicio al tercero en estas situaciones es incidental, un efecto colateral del incumplimiento por el Estado. La relación principal del litigio se establece realmente entre el Estado y el particular, pero al observarse el objeto de la directiva, pueden derivar perjuicios para otra parte. Este efecto en ocasiones se conoce como «efecto directo incidental» o «efecto colateral» de la obligación impuesta por la directiva, debido a que no es más que un efecto residual de la garantía del efecto útil de la directiva<sup>939</sup>.

En estas relaciones triangulares realmente no se desprende una eficacia directa de la directiva tal y como se ha entendido tradicionalmente. El fundamento es complejo. Podríamos decir que el juez nacional puede prescindir en ocasiones de un análisis material de las disposiciones de la directiva, puede observar si se cumplen los requisitos *Becker*, y al no encontrarlos puede entonces aproximarse a un análisis

---

<sup>939</sup> Estas observaciones sobre las que hemos trazado la distinción entre dos hipótesis siguen la agrupación de LACKHOFF, K., y NYSSSENS, H., *Op. Cit.* p. 402, sin embargo nosotros nos hemos permitido prescindir de la tercer grupo, al considerar que se basan en los mismos argumentos de nuestra última hipótesis. Para una argumentación sencilla en la que se resume la jurisprudencia del TJ en la materia hasta distinguir estas hipótesis en dos grupos me remito a las Conclusiones presentadas por el AG RUIZ-JARABO, de 15 de febrero de 2007, para el asunto *Palacios de la Villa*, C-411/05. punto 117-120, del AG es también la caracterización del efecto incidental como efectos “colaterales”. Debemos señalar otro intento de agrupación de hipótesis con efectos incidentales. Siguiendo a DOUGAN se pueden establecer tres grandes grupos de directivas. En un primer grupo se diferenciaría entre las “directivas que armonizan derecho individuales y las que regulan relaciones inter-institucionales”, las primeras se fundan en disposiciones de carácter originario, como las libertades fundamentales, y acaban haciéndose efectivas sobre la base de los principios generales del Derecho comunitario (ver en este último caso las conclusiones del AG TIZIANO presentadas el 20 de junio de 2005 en el asunto *Mangold*, C-144/04, y la discusión sobre el desplazamiento de la norma eficaz en una disputa horizontal fundada en base a una directiva 2000/78 o sobre el principio general de igualdad, punto 83). Las que regulan relaciones interinstitucionales, sin embargo en caso de incumplimiento sólo podrían surtir efectos a través de un recurso por incumplimiento que no asegura su efecto útil. En este sentido los asuntos *CIA* y *Unilever*, pertenecientes a este último grupo “tratan de encauzar la potencia de la amplia población europea para suplementar a la CM en su esfuerzo por asegurar la efectividad y uniforme aplicación”. Un segundo grupo haría distinción entre “directivas que regulan relaciones particular-Estado, y aquellas que regulan relaciones entre particulares”. Mientras que el segundo grupo se ejemplifica en directivas como *Faccini Dori*, *cit.*, y *Marshall*, atendiendo a la doctrina clásica del Estoppel; las del primer caso se ejemplifican en los asuntos de la saga *Wells*. En este último sentido el incumplimiento y la eficacia de la directiva sólo podría generar consecuencias entre el Estado y el beneficiario, imponiendo obligaciones sólo sobre el Estado, un tercero podría reclamar nada más que un interés factual en la resolución de esta relación, en la aclaración de la relación Estado-beneficiario. Pero en el mismo sentido, el tercero podría reclamar e invocar la directiva no sólo en un procedimiento contra el Estado, sino también en el curso de una disputa con el beneficiario interesado. Esta idea vendría a corroborar la «falacia de la prohibición de eficacia directa horizontal de las directivas». El tercer grupo diferencia exclusivamente en base a la violación por el Estado en la implementación de la directiva y la vulneración de los estados miembros de disposiciones sustanciales. DOUGAN, M., “*The Disguised vertical direct effect of directives?*”, *The Cambridge Law Journal*, 59, 2000, pp. 605.611.

formal de las mismas, basado en el margen de discrecionalidad concedido al Estado para la implementación de la directiva. Pero los efectos de la directiva, y las posibilidades de la doctrina de la eficacia directa conjugada en su sentido formal, superan incluso la regla general según la cual la directiva no puede desplegar directamente efectos inversos entre particulares. Ciertamente en los litigios presentados los efectos de la directiva incumplida trascienden, incluso, la explicación de la doctrina del análisis formal, que permitía al juez prescindir del análisis material de las disposiciones de la directiva para realizar, ex officio, un control de la actuación del Estado dentro de los límites marcados por la directiva al margen de discrecionalidad en su transposición<sup>940</sup>.

La dificultad para encajar los efectos de la directiva en relaciones triangulares ha empujado a la doctrina y a algunos Abogados Generales a establecer una distinción general que se basa, no tanto en el análisis que deba realizar el juez nacional sobre la directiva, sino más bien en el contenido de la alegación del particular que invoca la directiva. La doctrina ha tratado de distinguir aquellas situaciones en las que el particular invoca la directiva con fines de sustitución del acto nacional o con fines de exclusión.

### C. ii) Efecto de sustitución y efecto de exclusión de la directiva

La doctrina ha tratado de destacar dos efectos distintos de la eficacia de las directivas: un primer efecto consistente en la aplicación directa de la disposición europea en sustitución de la disposición nacional contraria, y un segundo efecto que supone la mera exclusión de la normativa nacional por ser incompatible con el mandato vinculante de la directiva sin que se aplique directamente al caso concreto la directiva<sup>941</sup>.

Desde el punto de vista de los efectos de los diferentes tipos de invocación de la directiva por el particular, la doctrina tiende a crear, pues, dos grandes bloques de las

---

<sup>940</sup> Esta doctrina del asunto *Verbond*, cit., es una extensión de la doctrina de los asuntos *Bussone*, y *Eridania*, de 30 de noviembre de 1978 y 27 de septiembre de 1979 respectivamente, en la que el TJ declara que “el hecho de que un reglamento permita la emanación de normativas nacionales para su implementación no significa que carezca de aplicación directa. Tales medidas se rigen de acuerdo al derecho público interno y ello no es obstáculo para que un tribunal pueda determinar si tales medidas son acordes con el contenido del reglamento comunitario”. Doctrina que unida al fundamento del carácter vinculante del art. 249 TCE extiende la posibilidad de revisión de las medidas nacionales de implementación del derecho comunitario a todas las fuentes de dicho precepto, incluyendo la directiva, y que de este modo permite la confrontación directa entre las disposiciones obligatorias de la directiva y cualquier norma nacional de trasposición o implementación. El espectro se amplía a normas de tipo procesal, a actos de las administraciones y reglamentos, a normas de rango legal... etc.

<sup>941</sup> PRECHAL, S., “Does direct effect...?”, *op. Cit.* p. 1051. Sobre las diferentes consecuencias que puede tener el uso de las directivas como parámetros de aplicación ver MARTÍNEZ CAPDEVILLA, M., “Otra virtualidad de las directivas...”, *Op. Cit.* Es muy enriquecedor el planteamiento articulado de HILSON, C., sobre las distintas argumentaciones del TJ en el análisis del margen de apreciación de los Estados en la implementación de directivas de protección medioambiental, “*Legality review of Member State discretion under directives*”, en TRIDIMAS, T., y NEBBIA, P., (eds.) “*European Union Law for the twenty-first Century. Rethinking the new legal order*”, Vol. I., Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, pp. 228-238.

decisiones del TJ. Aquellas en las que la directiva tiene un efecto de sustitución y aquellos en los que tiene un efecto de exclusión. La clave se encuentra en que a la directiva se le rebajarán las exigencias técnico-jurídicas (materiales) para su eficacia según se invoquen con fines de exclusión o de sustitución, y estos efectos, a su vez, dependerán del tipo de litigio (vertical, horizontal, triangular)<sup>942</sup>. Recurriendo a una metáfora muy utilizada en doctrina, podemos considerar que no se plantean las mismas exigencias a una Directiva según se invoque por los particulares como una “espada” o como un “escudo”<sup>943</sup>. La invocación en forma de “espada”, viene a significar la utilización de la directiva por el particular contra las autoridades nacionales cuando la inactividad de estas le pueda suponer una carga. La invocación en forma de “escudo”, significa la invocación de la directiva contra cargas que la legislación o la administración nacional impone a un particular (por ejemplo una reglamentación técnica) contrarias a una directiva. Dicho de un modo más jurídico, no se plantean las mismas exigencias a una directiva según se invoque con fines «de exclusión» o «de sustitución»<sup>944</sup>.

En primer lugar, puede existir un «efecto de sustitución» cuando el particular invoca la disposición ante los órganos jurisdiccionales nacionales con la pretensión de que el acto o normativa nacional contraria a la directiva sea sustituida por aquella prescrita por la directiva. Se pretende que, en el caso concreto, se aplique directamente la disposición de la directiva en lugar de la normativa nacional. Para ello es necesario que la disposición sea «self executing», es decir, que imponga una obligación precisa e incondicional al Estado.

Del efecto de sustitución de la directiva, debe subrayarse, que se restringe a lo que tradicionalmente hemos conocido por eficacia directa. Es necesario que en la disposición de la directiva invocada confluyan los tres requisitos *Becker* (incondicionalidad y precisión de la obligación y determinación de un incumplimiento del Estado en su implementación). Sólo por la confluencia de estos requisitos tradicionales puede producirse la aplicación directa por el juez de la disposición de la directiva al caso concreto. El efecto de sustitución se basa en la vulneración de una situación jurídica que la directiva viene a reconocer de forma suficientemente precisa e incondicional a un individuo. Las disposiciones de la directiva se invocan para hacer valer una posición sustantiva del particular en cuestión. La consecuencia de la invocación sería la inaplicación potencial de la normativa nacional y la aplicación subsiguiente de la disposición comunitaria.

---

<sup>942</sup> *Ídem.* punto 57

<sup>943</sup> CURTIN, D., MORTELMANS, K., “Application and enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third generation Script”, pp. 443 y ss., en CURTIN, D., y HEUKELS, T., (eds.) “Institutional Dynamics of European Integrations. Essays In Honour of Henry G. Schermes”, Vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994

<sup>944</sup> Conclusiones del AG LÉGER en el asunto *Linster*, *cit.* puntos 50-54



De esta forma las exigencias planteadas a la directiva se resumen en los criterios *Becker*. La determinación de tales exigencias tiene, como hemos visto, una trascendencia material. Nos exigen un análisis previo del contenido de las disposiciones de la directiva, la búsqueda de la obligación incondicional y un fallo en su transposición. Debe probarse, por lo tanto, la incompatibilidad de la normativa o actuación nacional con el derecho concedido por la directiva, determinándose así el incumplimiento por parte del Estado. En consecuencia, la determinación de una disposición suficientemente precisa, donde el objeto quede delimitado en términos inequívocos, señalándose un titular de un derecho y un contenido, así como las condiciones del ejercicio de tal derecho y la identidad de la parte a la que se carga con la obligación<sup>945</sup>, es un imperativo para realizar la sustitución de disposiciones en el ordenamiento jurídico y que el juez nacional pueda resolver el litigio conforme a Derecho comunitario.

Pero en las decisiones comentadas se impone otra posibilidad, «la eficacia de exclusión». La disposición de la directiva puede invocarse simplemente con el fin de excluir la aplicación de la norma nacional que se pretende imponer al particular. En este caso sólo se pretende la anulación o inaplicación de la disposición nacional que perjudica al particular. Esta segunda opción representa el «efecto directo objetivo»<sup>946</sup> del que hablamos, y es la opción típica de los asuntos que estamos examinando<sup>947</sup>.

El efecto de exclusión supone que las normas comunitarias en las que no concurren las condiciones para convertirse en fuentes de derechos para los particulares desempeñan una nueva función: sirven como parámetros para determinar la aplicabilidad de las disposiciones nacionales. De este modo se pone el énfasis, lejos de en la existencia de un derecho subjetivo, en la cuestión sobre si el comportamiento de las autoridades estatales y las administraciones públicas es compatible con el Derecho comunitario. La exclusión de la norma o del acto nacional puede traer causa del

---

<sup>945</sup> DOUGAN, M., “*When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy*”, en CMLR, 44, 2007, p. 941.

<sup>946</sup> Esa segunda opción representa los efectos independientes que una directiva puede surtir cuando la invocación de un particular no concierne a un derecho sustantivo concreto, sino a un control de comunitariedad de la actuación del Estado. El «efecto directo objetivo» de las directivas ha sido reconocido de manera precisa por el TJ en la sentencia *Gosskrotzenburg*, *cit.* Ver LACKHOFF, K., Y NYSENS, H., “*Direct effect of directives...*”, *cit.* p. 397.

<sup>947</sup> Concretamente, los asuntos *Kraaijeveld*, *cit.*, *WWF*, *cit.*, y *Wells*, a pesar de dirimir distintas tipologías de actos o normas en contradicción con la directiva, comparten un discurso común. Como el propio TJ advierte en el FJ. 94-95 de la sentencia *WWF*, *cit.*, que a pesar de que los problemas difieran en su forma, la exclusión de ciertos proyectos en virtud de unas normas de aplicación general que deben ser inaplicadas, por un lado, y la anulación de una decisión administrativa, adoptada tras un examen específico, de no proceder a la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de un proyecto determinado, una vez que se aclara dicha «salvedad, las dos situaciones se refieren al mismo problema, a saber, el alcance del margen de apreciación de que disponen los Estados en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y la posibilidad de que un justiciable haga valer sus derechos en caso de que un Estado sobrepase los límites de su margen de apreciación». La distinción se observa ya en las Conclusiones del AG Darmon en el asunto *Dekker y Hertz* C-178,179/88, de 8 de noviembre de 1990: «*si deve evidenziare una distinzione sottostante ad ogni vostra costruzione giurisprudenziale fra l'invocabilità di una norma comunitaria, eventualmente priva di efficacia diretta, ai fini della corretta interpretazione del diritto nazionale o della possibilità di adire la Corte mediante il rinvio pregiudiziale, e l'applicazione diretta di una norma di diritto comunitario in mancanza di qualsiasi normativa nazionale od in presenza di norme incompatibili di diritto interno; applicazione che presuppone necessariamente il riconoscimento dell'efficacia diretta di tale norma*».

incumplimiento de los procedimientos establecidos en la directiva o del abuso del margen de discrecionalidad permitido al Estado. Obviamente, el hecho de que se permita un margen de decisión al Estado en la forma y medios de implementación de la directiva, supone un estrecho margen para la calificación de sus disposiciones como “incondicionales”. Si el Estado puede elegir entre varias alternativas de transposición merma la incondicionalidad, pero aun deja un espacio para el control de su actuación. En tales casos aunque la directiva en sí misma tuviese un carácter condicionado por la actividad del Estado, aun podríamos encontrar en ella unos límites que permitiesen determinar la ilegitimidad de la implementación por el Estado<sup>948</sup>. El juez nacional puede determinar que, en efecto, el margen de discrecionalidad permitido por la directiva ha sido sobrepasado. Y en tal sentido, el juez se verá obligado a garantizar por todos los medios posibles, dentro de su competencia, la obligación de resultado impuesta por la directiva eliminando las consecuencias ilícitas<sup>949</sup>.

Cuando el particular invoque la directiva con una finalidad de exclusión, allí donde el particular está requiriendo la desaplicación, exclusión o anulación del acto estatal, la discrecionalidad dejada al Estado no bloqueará la posibilidad de revisión judicial conforme a la directiva. En esta situación, el juez podrá aun confrontar la disposición nacional con una disposición de la directiva, donde se marquen de forma suficiente los límites a la acción de los poderes públicos, y determinar la exclusión de sus actos o normas para la resolución del caso concreto. El juez nacional, apoyado en una cuestión prejudicial, podrá realizar una revisión de la comunitariedad de la implementación de la directiva<sup>950</sup> por el Estado concluyendo una mera inaplicación de la disposición nacional sin más<sup>951</sup>.

---

<sup>948</sup> Esta afirmación de HILSON, “*Legality review of Member State discretion under directives*”, pp. 226-227, también es sostenida por PRECHAL, S., “*Does direct effect...*”, *Op. Cit.* p. 1062. La doctrina llama a este fenómeno “reviewability of discretion” y su origen se encuentra, en la asimilación de un análisis de diferentes tradiciones jurídicas nacionales con un análisis de un gran número de sentencias del TJ donde se guía a los tribunales nacionales en la resolución del caso concreto. El mejor ejemplo se encuentra en la tradición administrativa francesa donde el concepto de eficacia directa encuentra una explicación (doméstica) más amplia. En este caso estas situaciones pueden compararse con un control de legalidad de los reglamentos o actos administrativos. Por tanto los efectos de la directiva en derecho interno son comparables con los “mécanismes traditionels de contrôle de légalité” también denominado “invocabilidad de exclusión”. La clave para nuestro estudio se encuentra en dirimir la cuestión sobre si la “legality review” es una forma de efecto directo o no. Para un análisis comparado de las diferentes interpretaciones nacionales del control de discrecionalidad ver RUFFERT, “*Rights and remedies in European Community Law: A comparative view*”, CMLR, 1997, p. 320. También ver sobre las diferentes concepciones jurídicas de la “Reviewability of discretion” TRIDIMAS, T., “*Black, white, and shades of grey: Horizontality of directives revisited*”, YEL, 2002, pp. 327-354

<sup>949</sup> Tal y como se dispuso en la STJ *Von Colson y Kamman*, de 10 de abril de 1984, C-14/83 “la obligación de resultado de los Estados miembros derivada de una directiva, conforme al artículo 10 TCE, de adoptar todas las medidas generales o particulares para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, ... incluidas las autoridades judiciales”. Esta obligación se centra en la garantía del efecto pleno de la directiva, y en asegurar la protección jurídica derivada para los justiciables.

<sup>950</sup> La actividad de *implementación* debe ser entendida en un sentido amplio. Siguiendo a CURTIN, D., y MORTELMANS, K., la implementación de la directiva comprende tres partes diversas. La primera comprende el proceso de «trasposición», el proceso más abstracto de incorporación y traslación del Derecho Comunitario al ordenamiento estatal, que requerirá la actividad del poder legislativo o reglamentario. El segundo comprende la «aplicación» por la administración, con él nos referimos a la correcta “administración” del Derecho comunitario en un específico caso, a través de la administración de los Estados, situación en la que actúa el ejecutivo. La tercera se identifica con lo que, en términos anglosajones, puede denominarse el «enforcement», comprendiendo el papel que juegan ante los tribunales u órganos encargados de resolver la quiebra del Derecho (*consequences of breach*) la Comisión, los Estados miembros o los

Como se observa, la directiva despliega efectos dependiendo de la pretensión invocada por las partes. Es decir, donde un ciudadano esté requiriendo de las autoridades algo “positivo”, la falta de contenido material de la disposición bloquea la aplicación del juez. Pero, sin embargo, donde el particular invoque la directiva con una finalidad de exclusión, allí donde el particular está requiriendo la desaplicación, exclusión o anulación del acto estatal, el juez podrá utilizar la directiva como parámetro de revisión de la actividad del Estado mediante un análisis formal.

Este alumbramiento del efecto de exclusión, en el fondo, no dista mucho de los resultados tradicionales que se han desplegado en algunas situaciones de la eficacia directa de disposiciones de una directiva. En ocasiones, disposiciones de las que sí derivaban derechos subjetivos no tenían, sin embargo un resultado muy distinto al de estas “nuevas” decisiones del TJ. En algunas situaciones de aplicación de una directiva la invocación de la disposición ha tenido como pretensión exclusivamente la inaplicación o anulación de un acto del estado (fundamentalmente en el caso de actos administrativos) puesto que, de este modo, se alcanzaba el resultado prescrito por la directiva, o bien porque el ordenamiento procesal interno sólo permitía la anulación de los actos de otros órganos sin contemplar la aprobación por su parte de medida sustitutoria alguna<sup>952</sup>. A pesar de todo ello, el hecho de que se aclaren en doctrina los dos tipos de efectos de la directiva puede condicionar ulteriores apreciaciones.

---

particulares, cuando fuerzan a otros actores a cumplir las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario. Para estos autores «enforcement is, in fact, a stick in the cupboard, to be utilized only in case of real necessity», “*Application and enforcement of Community law by the Member States: actors in search of a third generation script*”, en CURTIN, D., y HEUKELS, T., (Eds.) “*Institutional Dynamics of European integration. Essays in Honour of Henry G. Schermes*”, Vol. II, Martin Nijhoff Publishes, Boston/Dordrecht/London, 2004, p. 428.

<sup>951</sup> Más adelante señalaremos ejemplos concretos de esta forma de “judicial review” o revisión de legalidad de la actuación de la administración, ahora sólo señaláramos algunos ejemplos en asuntos como *VNO*, C- 51/76; *Enka*, C- 38/77; *Delkvist*, C- 21/78; *WWF*, C-435/97; *Kalanke*, C- 450/93; *Badek*, C-158/97; *Johnston*; C- 222/84; *Von Colson*, C- 14/83; *Leur-Bloem*, C-28/95; *Comitato di Coordinamento*, *cit.*, C-236/92; . En todas ellas, y en las que anteriormente hemos citado, el TJ declara que a pesar de existir un margen de apreciación del Estado y de ser la directiva una fuente de cooperación legislativa, ello no impide que la posterior actuación de la administración y el legislativo, en su transposición y aplicación se encuentre sujeta a una posibilidad de revisión de comunitariedad.

<sup>952</sup> Observemos por ejemplo los asuntos *Fratelli Costanzo* C-103/88 22.06.1989, y *Gerbroeder Beentjes*, C-31/87 20.09.1988 sobre la directiva 71/305 relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras. En tales asuntos la consecuencia de la aplicación de las disposiciones de la directiva por el juez en el caso concreto se resume en la anulación del acto administrativo por el cual se determinaba la adjudicación del contrato de obras públicas a una empresa, y de esta forma se alcanza, sin más, el resultado impuesto por la directiva y la satisfacción del particular que invocó la directiva. Pero, como observamos, el resultado no consiste en la sustitución del acto administrativo de adjudicación por una disposición de la directiva donde se imponga la adjudicación al demandante, o de ninguna otra disposición. La directiva en estos casos sirve para impugnar los actos nacionales en confrontación con el Derecho europeo derivado, teniendo además, como consecuencia, un perjuicio sobre la parte a la que, mediante el acto administrativo impugnado, se le concedió la licencia. MARTÍNEZ CAPDEVILLA, M., “*Otra virtualidad...*”, *op. Cit.* Esta jurisprudencia desmiente, por otro lado, que el concepto de eficacia directa esté exclusivamente relacionado con la aplicación del Derecho europeo por los órganos jurisdiccionales. La administración también está obligada a aplicar las disposiciones de la directiva y desplazar las disposiciones nacionales allá donde se encuentre una contradicción entre ambos ordenamientos o una quiebra del Derecho comunitario por la apreciación o aplicación incorrecta del Estado. A esta virtualidad podemos llamarla *administrative direct effect*, en este sentido DE WITTE, B., “*The nature of legal order*”, en CRAIG, P, y DE BURCA, G., “*The Evolution of EU Law*”, OUP, Oxford, 2008, pp. 375 y ss

Con la posibilidad de «invocación de exclusión» (requiriendo un control de comunitariedad de las normas nacionales de trasposición, o de “legalidad” de los actos y reglamentos de implementación, así como de un control del margen de discrecionalidad agotado por el estado) se refuerza el carácter de norma vinculante de la directiva, y su obligación de resultado, con independencia de su capacidad para generar directamente derechos a favor de los particulares. Al mismo tiempo se refuerzan las posibilidades de control de la adecuación del Derecho nacional a la directiva, y todo ello gracias a que el problema de la integración de la norma de Derecho comunitario en el Derecho nacional se mantiene en el nivel de la confrontación de las normas entre sí, sin alcanzar —en sede comunitaria al menos— al de su aplicación a los sujetos<sup>953</sup>.

En definitiva, la situación de exclusión presupone un conflicto normativo, pero a su vez presupone una disposición comunitaria identificable frente a la que podemos juzgar la “comunitariedad” de la disposición nacional relevante llevando a cabo una especie de revisión de legalidad<sup>954</sup>.

En mi opinión, la distinción entre los efectos de exclusión y sustitución es interesante porque permite ampliar la eficacia de la directiva a situaciones antes vedadas. Pero la cuestión central en la distinción de los efectos de exclusión y sustitución de la normativa es la ampliación de las posibilidades de invocación del Derecho europeo por el particular ante el juez nacional. Como expone brillantemente el Abogado General Léger, es la naturaleza del procedimiento nacional incoado por el justiciable la que, por su finalidad, puede determinar el uso que se hará de las disposiciones de la Directiva de que se trate. Será la “invocación” por el particular la que determine las consecuencias y las proyecciones del desplazamiento de la norma nacional. En efecto, las pretensiones formuladas por las partes plantearán la extensión del conflicto normativo repercutiendo en la dilatación que el juez deberá realizar de la

---

<sup>953</sup> El abogado general JACOBS en las conclusiones del asunto *Linster*, *cit.* considera «justificado, por tanto, reconocer a los particulares el derecho a dirigirse a los órganos jurisdiccionales nacionales para que se garantice el respeto de la jerarquía de las normas, cuando resulta vulnerada debido a la no adaptación del Derecho interno a una Directiva». Obviamente debemos tener en cuenta que en el asunto *Linster* los particulares invocaron la directiva 85/337/CEE del Consejo con la finalidad de declarar la ilegalidad de un “reglamento” que especificaba el trazado de una autopista para el que se requerían expropiaciones. En tal sentido hablar de “jerarquía de las normas”, como hace el AG estaría justificado cuando existe una confrontación entre una directiva y un reglamento nacional (teniendo en cuenta que la nulidad de las normas de naturaleza reglamentaria, por medio del principio de primacía, es una consecuencia consentida por la mayoría de los Estados). En el asunto *Unilever* debemos contar con que la consecuencia de la inaplicación recae sobre una norma de rango legal aprobada y en vigor según los procedimientos nacionales. En tal sentido, en países como Italia, al igual que en España, no es posible afirmar que la posibilidad de invocar la directiva contra una ley requiriendo un control abstracto del Derecho nacional conforme al comunitario pueda ser una cuestión de garantía de la “jerarquía” de las normas. Pero no podemos dudar que conforme a la jurisprudencia del TJ ello sí es una consecuencia de la primacía. Ver Conclusiones LÉGER en *Linster*, ap. 68-74.

<sup>954</sup> Ver HILSON, C., “*Legality review of Member States discretion under directives*”, *op. Cit.*, p. 225. PRECHAL, S., “*Does direct effect...*”, *op. Cit.*, p. 1047

eficacia de la norma comunitaria para que conserve en última instancia su efecto útil, para que opere con la mayor eficacia posible<sup>955</sup>.

#### D) Evaluación de la jurisprudencia: el derecho de los particulares a invocar normas europeas

##### D. i) *La jurisprudencia Becker y Marshall revisada a la luz de la primacía*

En la jurisprudencia tradicional sobre el principio de eficacia directa, se ha establecido que ampliar la doctrina del efecto directo de las directivas al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a otorgar a la Comunidad la facultad de establecer obligaciones a cargo de los ciudadanos, cuando esa competencia se limita a la adopción de reglamentos o decisiones<sup>956</sup>. Esta idea radica en el principio de atribución competencial de los Estados expresado en el TCE. Pero piénsese en materias como las del asunto *Wells*, en ámbitos como el medioambiental (materia que por lo general entraña sectores transversales de competencia en las relaciones entre los Estados miembros y la Unión) los intereses y competencias son difusas, y la directiva, además, viene a realizar un concreto reparto de obligaciones entre Instituciones y Estados. En estos casos, se deben encontrar argumentos más sólidos que los del principio de atribución competencial, para garantizar y fundamentar la obligación vinculante impuesta por la directiva<sup>957</sup>.

El TJ ha mantenido la idea originaria de que las directivas no pueden imponer cargas por sí mismas a los particulares, al determinar obligaciones exclusivamente para las administraciones de los Estados, es decir, que «un particular no puede invocar una directiva contra un Estado miembro cuando se trata de una obligación estatal que está directamente relacionada con la ejecución de otra obligación que incumbe a un tercero en virtud de esta directiva». Pero el TJ sí ha realizado una importante matización sobre la regla general argumentando en el caso concreto que «las repercusiones negativas sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una directiva contra un Estado miembro»<sup>958</sup>.

Este matiz, que hemos situado de forma particular en las relaciones triangulares, está vinculado a la distinción estudiada entre el efecto de «exclusión» y el de «sustitución», en la invocación de una directiva. Como expusimos, esta

---

<sup>955</sup> Me remito a PESCATORE, P., *op. Cit.*, “any legal rule is devised so as to operate effectively (we are accustomed, in French, to speak here about *effet utile*)”.

<sup>956</sup> Sentencia de 7 de marzo de 1996, *El Corte Inglés*, asunto C-192/94.

<sup>957</sup> Punto 102 de las conclusiones del asunto *Arcor*, *cit.*, « en un ámbito como el medioambiental, en el que los intereses en juego son difusos...»

<sup>958</sup> De nuevo FF.JJ 56 y 57 de la STJ de 7 de enero de 2004, en el asunto *Wells*, C- 201/02. Esta idea innova la decisión anterior del asunto *WWF*, donde se permitió la invocación de la directiva controvertida.

argumentación admite la posibilidad de invocar una directiva en un litigio entre particulares si su único efecto es conseguir que las normas nacionales incompatibles queden inoperativas para dejar paso a otras disposiciones nacionales en las que puedan basarse las pretensiones de alguna parte. La clave de la distinción se encuentra en el refuerzo concedido a las posibilidades de invocación por el particular de una disposición inserta en una directiva, dependiendo de cuáles sean las pretensiones subjetivas demandadas ante el juez. Desde este punto de vista, la invocación de exclusión de la directiva en cuestión no pretende que la disposición europea ocupe materialmente la posición de la norma nacional incompatible ni, retomando la expresión formulada en las sentencias *Marshall* y *Faccini Dori*, «pued[a], por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular»<sup>959</sup>.

La invocación por el particular de la directiva en relaciones triangulares debe partir de la distinción entre efecto de sustitución y efecto de exclusión. La invocación con fines de exclusión no altera la distinción operada por el TJ entre «efectos horizontales» y «efectos verticales». La prohibición de la eficacia directa horizontal no debería excluir que la directiva, en tanto que fuente comunitaria ‘obligatoria’ en el sentido del artículo 288 TFUE, pueda tener una incidencia directa en el sistema ‘integrado’ de las fuentes del Derecho interno. La directiva contiene normas jurídicas vinculantes para los Estados miembros que gozan de una posición de ‘primacía’ respecto a las normas nacionales<sup>960</sup>. Sí es cierto que esta primacía debe ser matizada en el ámbito de la directiva.

Conforme al art. 288 TFUE la obligación impuesta por la directiva tiene como destinatarios directos exclusivamente a los Estados, exige a los Estados miembros que adopten un comportamiento bien definido y que adapten a ella su Derecho interno<sup>961</sup>. Para el particular, los efectos de la directiva, en el caso de que el Derecho nacional haya sido correctamente adaptado a la misma, se manifiestan mediante las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro. Las dificultades únicamente surgen cuando el Estado miembro no haya aplicado correctamente la directiva y, en especial, cuando las disposiciones de la directiva siguen sin ser aplicadas tras la expiración del plazo o cuando crean a favor de las partes derechos frente a los Estados. El Tribunal de Justicia ha declarado ya que sería incompatible con el efecto imperativo que el artículo 189 del Tratado CE (actualmente, artículo 288 TFUE) reconoce a la Directiva excluir, en principio, que la obligación que ésta impone pueda ser invocada por los interesados<sup>962</sup>. En tal caso, el derecho de la parte a invocar en juicio, en las relaciones

---

<sup>959</sup> Me veo en la obligación de citar por última vez la jurisprudencia básica donde se impide en efecto directo horizontal de las directivas. Añadiendo a las citas clásicas las novedades de esta última sentencia debemos empezar a acostumbrarnos a la siguiente cita (como lo hace el propio AG MÁZAK,) sentencias *Marshall*, de 26 de febrero de 1986, C-152/84, FJ. 48; de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, FJ. 20, y de 7 de enero de 2004, *Wells*, C-201/02, apartado 56.

<sup>960</sup> MASTROIANNI, R., *Op. Cit.*, p. 587

<sup>961</sup> AG TRSTENJAK, punto 50 de las conclusiones presentadas el 29 de marzo de 2007 en el asunto *Carp*, C-80/06.

<sup>962</sup> STJ WWF, cit., FJ 69

con el Estado miembro que no ha procedido a adaptar adecuadamente su Derecho interno a la directiva, una disposición incondicional y suficientemente precisa de la misma encuentra su fundamento en los artículos 288 TFUE, párrafo tercero, y 4.3 TUE<sup>963</sup>. Como el TJ interpreta, conforme a éstos dos artículos, la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas generales o particulares para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario incluye la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario<sup>964</sup>. Esta obligación se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas las jurisdiccionales.

En efecto, según reiterada jurisprudencia, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones de Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares<sup>965</sup>. Por consiguiente, incumbe al juez nacional revocar cualquier medida de Derecho interno que se oponga a la plena eficacia de las normas comunitarias, incluyendo el objetivo final de la directiva.

En este sentido, que la directiva carezca de eficacia directa horizontal no significa que deje de obligar en sus fines a los Estados, ni que el particular no pueda invocar la directiva cuando el Estado la ha incumplido. Comprender esto supone volver a los fundamentos de *Van Gend en Loos*: de la obligación impuesta al Estado deriva como contrapartida la posibilidad de que el particular invoque el incumplimiento de tal obligación. Como ya sabemos, respecto de la directiva, los fundamentos de *Van Gend en Loos* se matizaron con los requisitos *Becker*, que establecían los elementos necesarios para la invocabilidad de disposiciones que imponían al Estado obligaciones de resultado. Pero estos requisitos no deben obstaculizar el fundamento esencial de *Van Gend en Loos*, la vinculatoriedad del Derecho europeo<sup>966</sup>. Por ello en los casos estudiados el TJ reinterpreta su jurisprudencia con la finalidad de ampliar las posibilidades de invocación por el particular.

Este desarrollo jurisprudencial nos ha llevado a mantener que lo esencial en estos casos es el planteamiento de la cuestión por el particular ante el juez, la forma de la invocación y su pretensión de sustitución o exclusión<sup>967</sup>. En la discusión jurídica, las

---

<sup>963</sup> Ver especialmente las sentencias de 5 de abril de 1979, *Ratti*, C- 148/78, STJ de 19 de enero de 1982, *Becker*, C- 8/81, y STJ de 20 de septiembre de 1988, *Oberkreisdirektor des Kreises Borken y otros*, C-190/87. Ver también las conclusiones del AG TRSTENJAK presentadas en el asunto C-80/06, *Carp*. Nota 55.

<sup>964</sup> Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, FJ 36.

<sup>965</sup> Sobre la eficacia directa de sustitución releer las Sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, C-106/77, FJ 16, y *Francovich*, antes citada, FJ 32. Sobre la eficacia de exclusión, Sentencia *Simmenthal*, FJ. 22), y 19 de junio de 1990, *Factortame*, C-213/89, FJ. 20

<sup>966</sup> Como observa el AG en el asunto Wells (punto 71 de las conclusiones) «los límites establecidos por la Comunidad al efecto directo de las directivas no son obstáculo para que la Sra. Wells invoque las disposiciones de la Directiva 85/337 ante el juez nacional ni para que las autoridades estatales, jurisdiccionales y administrativas adopten todas las medidas destinadas a eliminar las consecuencias ilícitas de la violación de dicha Directiva y a garantizar el cumplimiento de sus prescripciones en lo que respecta a la explotación de Conygar Quarry».

<sup>967</sup> Nos unimos a la tesis del AG LÉGER en el asunto *Linster*. Cit.

opiniones de los abogados generales y las decisiones del TJ, se mueven en el terreno doctrinal de la eficacia directa, los requisitos impuestos a las disposiciones invocadas de la directiva y los efectos son muy variados, y en los casos en los que la invocación de la directiva se solventa con la exclusión de la norma nacional los límites a la eficacia de la directiva se difuminan. Sin embargo, en situaciones en las que se prescinde de los criterios de incondicionalidad y precisión, prescindiendo de la sustitución de una norma nacional por una comunitaria, y cuando nos centramos en el análisis del margen de apreciación dejado al Estado la cuestión parece centrarse no tanto en si la directiva puede o no surtir efectos directos, como en si la primacía del Derecho comunitario despliega efectos en la contradicción entre una directiva y el ordenamiento nacional<sup>968</sup>.

Con la separación tradicional que se ha realizado por la doctrina entre los fundamentos de *Van Gend en Loos* y *Costa Enel* se llevó a cabo el divorcio entre los principios de eficacia directa y primacía<sup>969</sup>. Esta separación de conceptos ha conducido a un progresivo descuido por la doctrina de lo realmente importante de aquella jurisprudencia: el Derecho europeo es autónomo pues tiene una naturaleza que vincula a los Estados y a los ciudadanos. Descuidar esta idea inicial ha conducido a todos los casos al debate sobre cómo encajar los asuntos dentro de los confines estrictamente definidos de eficacia directa clásica. Sin embargo, lo que es en realidad imperativo es el retorno a la idea básica de primacía y a las verdaderas pretensiones del ejercicio de cada acción para determinar sus efectos: forzar la eficacia de la norma europea por la invocación del particular cuando existan disposiciones nacionales contrarias para impregnar de efectividad al ordenamiento europeo.

En resumidas cuentas lo que a la vista parece surgir de estos argumentos es el imperativo de la eficacia del Derecho europeo. Del artículo 4.3 TUE y 288 TFUE extraemos una obligación para los órganos de la administración de dar cumplimiento a lo dispuesto por el Derecho europeo. El incumplimiento de esta obligación conlleva, como contrapartida, el derecho a la invocación, ante los tribunales, por parte de los

---

<sup>968</sup> LENZ, M., SIF TYNES, D., YOUNG, L., “*Back to Basics*” *Cit.*, pp. 517-520 «The question in these cases therefore seems to have been not whether the directive had direct effect as such, but rather the more basic issue of whether the supremacy of Community law called for the subordination of the contradictory national provision»

<sup>969</sup> *Ibidem*. El artículo citado expone cómo las últimas cuestiones suscitadas ante el TJ sobre la eficacia directa deben ser comprendidas desde una relectura de las bases y diferencias de las sentencias fundacionales de la UE. Como observan los autores dado que el TJ eligió tratar separadamente las nociones de efecto directo clásico, en *Van Gend en Loos*, y de exclusión en *Costa*, desde el inicio, una aproximación que distinga entre los diferentes modos de dar eficacia al derecho comunitario parece lógica (p. 520). En *Van Gend en Loos* el TJ evitó aludir a una limitación más amplia de la soberanía nacional basada en el carácter sui generis del ordenamiento jurídico comunitario, la naturaleza de la acción ejercida por los demandantes no exigía una ulterior discusión sobre la supremacía en general. Con el caso *Costa-Enel* se permite al TJ basar su decisión casi exclusivamente en términos de efectividad, en esta ocasión lo que se pretendía por las partes era la revisión de compatibilidad entre dos normas de ordenamientos diversos y la exclusión de una de ellas. Esta idea de la primacía fue completada con la Sentencia *Simmenthal* donde la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional es asentada en términos inequívocos, cualquier otra conclusión impediría la verdadera fundación de la Comunidad. Con esta evolución la primacía queda ligada inextricablemente a la necesidad de “effective enforcement” (p. 521). Con este análisis se refuerza la idea que tratamos de transmitir en estas conclusiones. La invocación del particular determina la respuesta concreta y los efectos del ordenamiento europeo sobre el nacional.



particulares de la obligación del Estado de cumplimiento del Derecho europeo. Esta obligación se materializa en el actual Tratado de Lisboa en el artículo 19.1, párrafo segundo, con la afirmación “los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”.

En este sentido las posibilidades de invocación del incumplimiento del estado se materializan a través de los remedios procesales del Derecho nacional. La importancia de la jurisprudencia comentada se encuentra en que el TJ actualmente ha tomado una senda doctrinal con la que parece flexibilizar (en el caso de la directiva) los requisitos de Derecho europeo para la invocación de sus disposiciones reforzando la eficacia de sus disposiciones en situaciones de conflicto con disposiciones nacionales que no permiten o dificultan la aplicación del mismo.

#### D. ii) La eficacia directa como invocabilidad del Derecho europeo: volver a Van Gend en Loos

Los efectos incidentales de las directivas, y el efecto de exclusión derivado de su invocación en determinadas situaciones transforman, entonces, las apreciaciones tradicionales de la jurisprudencia sobre la eficacia directa del Derecho europeo, y en particular de la directiva. Estas apreciaciones tradicionales habían sido muy criticadas por la doctrina<sup>970</sup>, porque solían confundir la eficacia directa con la concesión de derechos a los particulares, en lugar de entender que una directiva concede derechos a los particulares en la medida en que tiene eficacia directa y puede ser invocada por ellos ante los jueces nacionales para resolver un litigio concreto frente al Estado<sup>971</sup>.

Los casos expuestos dejan claro que el TJ admite la invocación de disposiciones de una directiva aun cuando de ellas no se desprenden derechos subjetivos para los particulares. En tales situaciones se admite la virtualidad de esta fuente para desplegar efectos más amplios de los tradicionalmente descritos. Las premisas apuntadas en los epígrafes anteriores demuestran que las directivas pueden desplegar directamente

---

<sup>970</sup> Por todos, las palabras del AG Ruiz Jarabo en las Conclusiones planteadas al asunto *Arcor*, de 1 de abril de 2008, C-152,154/07: “No obstante, los años no han logrado silenciar voces a favor del reconocimiento del efecto directo horizontal como la del abogado general Lenz en sus conclusiones para el asunto *Faccini Dori*, apoyándose a su vez en los argumentos desarrollados anteriormente por los abogados generales Van Gerven y Jacobs. Planea sobre los autores el sentimiento de una oportunidad perdida, pese a que el Tribunal de Justicia no vaciló en aplicar su doctrina cuando la directiva repercute en derechos de particulares, ajenos a la relación vertical, surgiendo así la teoría de las relaciones triangulares”. Ver apartados 100 y 101.

<sup>971</sup> Como advierte PRECHAL, S., “*Directives in European Community law*”, Oxford, 1995 «direct effect may and often coincide with creation of Rights, but this is not always necessarily the case», p. 129. Necesaria la advertencia en este sentido de PESCATORE, según el cual, debemos tener cuidado aquí de que no se invierta nuestro adagio en un *Ubi remedium ibi ius*, lo que caracteriza la actitud fundamental del Common law, donde aparentemente de la existencia de un derecho subjetivo se deduce la existencia de la “action”, y no a la inversa” es decir, del remedio procesal y la acción o invocación deriva el reconocimiento de un derecho. PESCATORE, P., “*La interpretación del derecho comunitario por el juez nacional*”, Revista de Instituciones Europeas, Vol. 23, nº 1, pp. 7-32

determinados efectos en los ordenamientos nacionales simplemente por su invocación en un caso concreto; por ejemplo, sirviendo de parámetro al juez a la hora de analizar el margen de discrecionalidad dejado al Estado por una directiva. Y que estos efectos se adaptan a situaciones donde tradicionalmente la eficacia directa de la directiva había estado vetada, por ejemplo, en lo que hemos denominado relaciones triangulares.

Para comprender la extensión del principio de la eficacia directa, y su aplicación a las directivas, deberíamos volver al criterio de *Van Gend en Loos*. En su primera expresión la eficacia directa del Derecho europeo partía de la posibilidad de los particulares de invocar normas de Derecho europeo ante los jueces nacionales, y esta idea se sustentaba en que los Tratados y el Derecho derivado comprometían a los Estados frente a los ciudadanos, es decir, los Tratados constituían “algo más que un Acuerdo que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes”<sup>972</sup>. De las obligaciones impuestas a los Estados, derivaban, como contrapartida, intereses y derechos para los particulares que debían ser garantizados por los jueces nacionales.

Desde *Van Gend en Loos* el principio de eficacia directa del Derecho europeo giró, además, entorno a la autonomía del ordenamiento europeo, autonomía sustentada en mecanismos propios que garantizaban su eficacia frente al Derecho del Estado<sup>973</sup>.

El problema es que los procedimientos de garantía del Derecho europeo han sido muy escasamente desarrollados por los Tratados. Se han volcado prácticamente sobre el recurso por incumplimiento respecto de los Estados y el recurso de nulidad respecto de las Instituciones, y en ambos procedimientos la legitimidad de los ciudadanos para su interposición se encuentra muy limitada o es nula. En *Van Gend en Loos* ya se apuntaba que “limitar las garantías contra una infracción [del Derecho europeo] por los Estados miembros únicamente a los procedimientos de los artículos 169 y 170 [recurso por incumplimiento] haría desaparecer toda protección jurisdiccional directa de los derechos individuales de sus ciudadanos”<sup>974</sup>. En mi opinión, la ampliación del principio de eficacia directa a la Directiva, a través de sus efectos de exclusión e incidentales, trae causa de las mismas cuestiones señaladas en *Van Gend en Loos*: la insuficiencia de mecanismos de garantía del Derecho europeo y la necesidad de tutela de los derechos concedidos por éste a los ciudadanos. A través de la proclamación de la eficacia directa del Derecho europeo se “matan dos pájaros de un tiro”. Prueba de ello pueden ser los siguientes elementos.

---

<sup>972</sup> Ver párrafo 7º de los Fundamentos de Derecho, (*En cuanto al fondo*) de la STJ de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*, C-26/62.

<sup>973</sup> Recuérdese la importancia del mecanismo de la cuestión prejudicial para garantizar la eficacia uniforme del Derecho europeo y que el TJ reconoció como fundamento de la posibilidad de invocación del Derecho europeo por los ciudadanos. Ver 8º considerando sobre el fondo de la STJ *Van Gend en Loos*: “que además, la función del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177, cuya finalidad es garantizar la unidad de interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, confirma que los Estados han reconocido al Derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos”.

<sup>974</sup> 12º considerando sobre el fondo de la STJ *Van Gend en Loos*, *cit.*

Por un lado, la evolución jurisprudencial de la eficacia directa, en el caso de las directivas, ha situado el peso en el concepto de “invocabilidad” de las disposiciones del Derecho europeo. Se han ampliado los criterios que permiten al particular fundar pretensiones subjetivas (y derechos sustantivos) en Derecho europeo e invocarlas ante el juez nacional, concretamente, en el ámbito de la directiva por las dificultades que plantea para devenir directamente eficaz en los procesos nacionales<sup>975</sup>. Pero también, como se ha visto, en el momento del planteamiento de la cuestión prejudicial.

Por otro lado, al reforzar las posibilidades de invocación del Derecho europeo ante el juez nacional, fortaleciendo también las garantías para los derechos de los ciudadanos, se vigorizan las garantías de eficacia del Derecho europeo, pues se pone en conocimiento del juez nacional/juez comunitario los posibles incumplimientos de las obligaciones europeas por el Estado. El juez, ante una incoherencia, incumplimiento u obstáculo en la eficacia del Derecho europeo por disposiciones nacionales, despliega entonces todo ese arsenal de poderes/deberes que le concede el ordenamiento europeo: primacía, cuestión prejudicial, eficacia directa, interpretación conforme... Los ciudadanos se convierten entonces en actores de la revisión de comunitariedad de la actuación de los Estados, e invocando disposiciones de la directiva ante el juez nacional pueden contribuir, incluso, a hacer llegar al TJ casos de incumplimiento del Estado por vía prejudicial<sup>976</sup>. La ampliación de las posibilidades de invocación del Derecho europeo por los particulares, (especialmente en aquellos casos como la directiva en los que no se preveía de forma corriente) se convierte así en un instrumento ideal para que éstos participen del control de la eficacia del Derecho europeo y alerten de incumplimientos del Estado a los jueces nacionales y al propio TJ<sup>977</sup>.

---

<sup>975</sup> En un análisis sobre los últimos casos jurisprudenciales en materia de medioambiente y en las diversas situaciones en las que se requiere un análisis del margen de apreciación dejado al Estado, el efecto directo del derecho comunitario parece desmarcarse de qué derechos conceden al particular tales disposiciones de una directiva, para centrarse en “si el juez nacional puede” aplicarla o no. Esto llama la atención sobre otro tema, la eficacia directa ha sido equiparada con el concepto de ‘invocación’, o el de ‘pretensión subjetiva fundada en derecho comunitario’, Cfr. PRECHAL S., “Does direct effect still matter...?”, *Op. cit.*: p. 1050

<sup>976</sup> En la STJ *British telecommunications*, C-392/93, el TJ estableció que las condiciones impuestas en la decisión *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, asuntos acumulados C-46, 48/93, debían también encontrarse en los casos en los que el incumplimiento o la incorrecta transposición de una directiva por el Estado pudiesen causar perjuicios a los particulares. No debemos olvidar que la directiva contiene normas jurídicas vinculantes para los Estados miembros que gozan de una posición de primacía respecto a las normas nacionales. En este sentido MASTROIANNI, R., “*Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*”, *Diritto dell’Unione Europea*, 2008, p. 587. En contra de esta idea PRECHAL, S., “Does direct effect still matter? CMLR 37, 2000, pp. 1047-1069 optará siempre por el método “fácil” de hacer valer el recurso por incumplimiento, art. 226 TCE, que se usó en el asunto *San Rocco*, C-365/97, en el asunto *Comisión c. Italia* C- 236/92, de 1994, y en *Comitato di Coordinamento per la Difesa Della Cava*, *cit.* En nuestra opinión este es un método que expresa un valor internacionalista propio de la doctrina Estoppel basada en la sanción al estado y no en el efectivo cumplimiento del derecho europeo. En este artículo el autor distingue una diferenciación aleatoria en los criterios del TJ a la hora de solventar los asuntos por vía 226 o por vía 234 TCE.

<sup>977</sup> Como indica CARANTA, R., “*judicial protection against member states: a new ius commune takes shape*”, CMLR, 32, 1995, “in fact, actions by individuals in national courts have always been considered a powerful tool to force Member States to comply with their obligations» p. 710. En este sentido ver también. MASSERA, “*L’amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario*”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 19, 1993, p. 47; JOLIET “*La protection jurisdictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques*”, *Revue Francais du Droit Administrative*, 1994, p.867.

Entender la invocación del Derecho europeo por los particulares como un procedimiento de control de la comunitariedad de las actuaciones del Estado, debía conllevar que disposiciones de las que no se desprenden derechos ni obligaciones para los ciudadanos puedan servir para invocar pretensiones particulares con otros propósitos (como la defensa en procedimientos de carácter penal<sup>978</sup> o como un *standard* de revisión de la “comunitariedad” de los actos de los Estados en procedimientos administrativos<sup>979</sup>). La clave se encuentra en que el derecho subjetivo requerido tradicionalmente para dar sentido a la «aplicación directa» de la disposición de la directiva se convierte, ahora, en una oportunidad de invocación de la misma en casos más amplios<sup>980</sup>. Casos que llegan a incluir litigios entre particulares en los que se tope con una norma nacional contraria a la directiva.

En el caso de la directiva se ha entendido desde *Van Gend en Loos* que el establecimiento de cualquier obligación de resultado impuesta al Estado por la directiva (por el Derecho europeo en general) despliega como contrapartida (como la otra cara de la moneda) un interés o un derecho invocable por los particulares<sup>981</sup>. Esta

---

<sup>978</sup> SSTJ *Kortas*, C- 319/97; *Awoyemi*, C- 230/97; *Stoeckel*, C- 345/89; *Decoster*, C- 69/91; son algunos ejemplos de directivas que permiten en procedimientos penales el desplazamiento e inaplicación de una tipificación penal de carácter nacional por su contradicción con el objetivo de una directiva.

<sup>979</sup> PRECHAL, S., “*Does direct effect still matter...?*”, *op. Cit.* P. 1050.

<sup>980</sup> Para el AG LÉGER en las conclusiones del asunto *Linster cit.*, la clave del éxito de la directiva en un sentido u otro se encuentra en la invocación, según se invoque de un modo u otro las exigencias son unas u otras para que se aplique directamente la directiva o se confronte con la normativa nacional. En este sentido el examen del contenido de la directiva no es un requisito necesario para la aplicación de la directiva. Puntos 50-57 de sus conclusiones. Así llega a la siguiente afirmación “*the legality review cases involve an ‘exclusionary’ effect whereas the ‘non direct effect’ cases would have involved a ‘substitution’ effect*”, que respecto de las situaciones surgidas en relaciones horizontales es conocido como *efecto directo horizontal incidental*. Ver también es este sentido P. CRAIG y G. DE BURCA, “*EU Law*”, OUP, Oxford, 2002, pp. 220-227.

<sup>981</sup> Siguiendo a PRECHAL podemos observar que en la tradición del Common law la quiebra del derecho comunitario se suele entender conjunta y directamente con las posibilidades de remediar el incumplimiento, con remedios procesales y soluciones de invocación. El derecho del particular no puede entenderse separado de las acciones que este tiene para remediar la violación de Derecho comunitario. Sin embargo en el Derecho continental la alegación o invocación del Derecho comunitario se encuentra mucho más “integrada” en un contexto nacional no sólo procesal, sino también sustantivo. La consecuencia de esta distinción en las tradiciones jurídicas de la Unión conduce a que la concepción del término “derecho” para un jurista de tradición anglosajona cualifica un cierto fenómeno jurídico como un “derecho a”, mientras que para un jurista continental esto no tendría mucho sentido. Cfr. PRECHAL, S., “*Does direct effect still matter?*”, *op. Cit.* p. 1054. PESCATORE analiza de forma clara otra vertiente de esta cuestión. En el asunto *Van Gend en Loos* se inaugura una línea que terminará con la decisión *Simmenthal* (9 de marzo de 1978) en la cual las cuestiones sobre la eficacia directa son casi exclusivamente reenviadas al TJ por tribunales en los que este principio juega un papel esencial en la determinación de los efectos del derecho comunitario en el ordenamiento nacional. Estos eran, entre los Estados fundadores, Holanda, Italia y Alemania. Difícilmente se encuentran cuestiones de este tipo reenviadas por tribunales franceses, belgas o luxemburgueses donde la cuestión de la prevalencia del derecho internacional sobre el interno era conocida desde época pre-comunitaria. Posteriormente el Reino Unido adoptará la visión de los Países Bajos, desarrollada en la sentencia citada, según la cual la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional depende de la eficacia directa de sus disposiciones: «The European Communities Act of the UK has followed the “Dutch pattern” by making primacy of Community law over municipal law conditional upon direct effect, by reference to the concept of the “enforceable Community right”». Lo que explica por qué el Reino Unido refiere al TJ persistentemente cuestiones sobre los posibles derechos conferidos por tal norma o tal otra norma de Derecho Comunitario. PESCATORE, P., “*The Doctrine of Direct effect...*”, *op. Cit.*, pp. 156-157. Para una visión más amplia sobre las diferencias entre tradiciones jurídicas en el ámbito de los derechos, v. PIZZORUSSO, A., “*Justicia, Constitución y pluralismo*”, Palestra, segunda ed., Lima, 2007, pp. 117 y ss.

idea no es ninguna novedad, pues la lógica de esta eficacia directa en clave de invocación por el particular del Derecho europeo ya se encontraba en las primeras sentencias del TJ. El factor oscuro que se esclarece ahora es que, durante largo tiempo, el TJ no había concretado la eficacia directa patológica de la directiva como una opción de “invocabilidad” del Derecho comunitario, confundiendo la eficacia directa de la doctrina Becker, con el exclusivo efecto de sustitución. No se había verbalizado que las directivas podían producir efectos como el de exclusión, ni se había distinguido entre relaciones horizontales y relaciones triangulares<sup>982</sup>.

En conclusión, sólo desde la utilidad de la invocación del Derecho europeo por los particulares para observar su incumplimiento por el Estado puede entenderse que el TJ haya aceptado la eficacia incidental de las directivas y sus perjuicios a terceros. La invocación se convierte de este modo en el elemento central de la eficacia de la directiva, y ello se demuestra en la amplitud de situaciones en las que pueden ser invocadas ante el juez nacional. El carácter invocable encuentra variadas justificaciones o fundamentos. Partiendo del incumplimiento del Estado que impide el efecto útil de la directiva, la invocación, cuando no se basa en la violación de un derecho que la directiva viene a reconocer de forma suficientemente precisa e incondicional a un individuo, se basará en el carácter incondicional y preciso de una de sus disposiciones que la hacen “justiciable”<sup>983</sup> (invocable), o bien, por el contrario, en el carácter cooperativo de su fuente y en la posibilidad de requerir del juez que realice un control de las posibilidades del Estado para obrar con discrecionalidad en cuanto a los medios y formas de implementación de las obligaciones de resultado que imponga y en el respeto a su efecto útil.

### E) La eficacia directa como corolario del principio de primacía

La lectura en clave de “invocación” de la directiva, en los asuntos en los que no se invocan directamente derechos sustantivos, permite centrar los litigios ante el juez nacional en la confrontación concreta entre dos normas, nacional y europea. Gracias a las nuevas posibilidades de invocación de la directiva por un particular en un litigio concreto se concede un marco decisional donde el juez nacional puede discernir con tales elementos la determinación de la norma aplicable al caso<sup>984</sup>, y a la vez, depurar el

---

<sup>982</sup> PRECHAL, S., “*Does direct effect still mater?...*”, *op. Cit.*,

<sup>983</sup> De nuevo con Léger, en las conclusiones *Linster*, marcamos una distinción entre “justiciabilidad reforzada” (cuando la directiva encuentra aplicación directamente en el asunto concreto como norma), o “justiciabilidad mínima” de la directiva (cuando no se desprende de ella una norma completa al no derivar en derechos u obligaciones para los particulares en relaciones horizontales o frente al Estado, pero ello no desvirtúa que puedan derivar diversos efectos como el de exclusión de la norma nacional, la interpretación conforme o incluso la responsabilidad de los poderes públicos). Punto 65.

<sup>984</sup> De nuevo DOUGAN, M., “*When worlds collide...*”, CMLR, 2007, considera que la necesidad de precisión e incondicionalidad de la norma –de la disposición de la directiva–, es esencial para presuponer la construcción de una norma “identificable”, p. 948. Obviamente identificable por el particular a la hora de invocarla y por el juez a la hora de

ordenamiento nacional conforme al Derecho europeo. De los diferentes tipos de eficacia estudiada en el ámbito de la directiva deriva, en el fondo, un control de comunitariedad del Derecho nacional que termina siendo más una aplicación del principio de primacía que de eficacia directa.

La ampliación de las situaciones en las que un particular puede invocar la directiva trae causa de la naturaleza autónoma y prevalente del Derecho europeo, causa de la necesidad existencial del ordenamiento europeo de que sus disposiciones sean eficaces, incluso frente a actos contrarios de los poderes públicos nacionales. Desde la exigencia existencial de eficacia, la invocación de la directiva con fines de exclusión permite garantizar la consecuencia práctica de esta uniformidad, la primacía, haciendo prevalecer por diversos medios y en distinto grado las disposiciones pertinentes de la directiva sobre las disposiciones nacionales que la contradicen. Ello, obviamente, conlleva una mejora de la uniformidad aplicativa y de la efectividad del Derecho europeo<sup>985</sup>.

Por ello, en mi opinión, la jurisprudencia sobre los efectos de exclusión o los efectos incidentales de las directivas en litigios entre particulares o en relaciones triangulares, encuentran sentido en el deber de tutelar los derechos de los particulares y coadyuvar al cumplimiento del Derecho europeo, pero ambas ideas pueden resumirse en un único fundamento: la primacía del Derecho europeo. No debe obviarse que también las directivas gozan de primacía<sup>986</sup>. Todo encaja si recordamos que conforme a la primacía, el Derecho europeo debe ser aplicado de manera uniforme, y para ello, debe imponerse sobre todo acto o norma de los poderes públicos estatales que resulte contraria a aquel.

Creo que, desde un punto de vista formal y abstracto, la tendencia jurisprudencial del TJ extiende el protagonismo del principio de primacía, en el ámbito de la eficacia del Derecho europeo. Convierte al principio de eficacia directa de la STJ *Van Gend en Loos* en un instrumento destinado a la invocación del principio de primacía por los particulares ante los jueces nacionales, con la finalidad de que los particulares contribuyan a la depuración del ordenamiento interno y la efectividad del ordenamiento europeo. Quizás por ello, como la doctrina ha señalado, el efecto de exclusión de las directivas, al producirse en aquellas relaciones donde la eficacia directa se encuentra vedada, y al acabar suponiendo una confrontación directa entre la directiva y las disposiciones nacionales que se consideran contrarias a su efecto útil,

---

discernir entre diversas disposiciones la norma finalmente aplicable al caso. Ver aun el punto 73 de las Conclusiones de LÉGER en *Linster*, cit: “El problema de la integración de la norma de Derecho comunitario en el Derecho nacional se mantiene en el nivel de la confrontación de las normas entre sí, y no alcanza al de su aplicación a los sujetos de Derecho”.

<sup>985</sup> Que es la preocupación principal del TJ, la eficacia de las normas europeas.

<sup>986</sup> Ver SSTJ de 4 de diciembre de 1974, C- 41/74, *Van Duyn*, *Franz Grad*, 6 de octubre de 1970, C- 9/70; *Mangold*, de 22 de noviembre de 2005, C- 144/04; *Palacios de la Villa*, conclusiones del AG MAZÁK, presentadas el 15 de febrero de 2007, C- 411/05; *Incorporated Trustees*, de 5 de marzo de 2009, C-388/07. Principalmente Conclusiones de AG Darmon presentadas el 29 de mayo de 1991, asunto *Verholen*, C-87-89/90.

puede observarse más como una derivación del principio de primacía que como una aplicación del principio de eficacia directa<sup>987</sup>.

Debe recordarse que la eficacia patológica y la eficacia incidental que desprenden la directivas al ser invocadas ante el juez nacional, se sustentan en la obligación de éste de adoptar todas las medidas destinadas a eliminar, por un lado, las consecuencias ilícitas de la violación de las directivas, y por otro, a garantizar el cumplimiento de sus prescripciones<sup>988</sup>. Es decir, las directivas deben desplegar efectos en aquellas situaciones en las que se pretenda imponer una norma contraria por parte del Estado que pueda perjudicar la uniformidad a la que tiende el Derecho europeo. Que de ello derive un derecho para un particular o un perjuicio, desde el punto de vista de la primacía, sería secundario.

Es decir, la solución dada por el TJ a las cuestiones prejudiciales antes comentadas adquiere tintes más propios de la primacía del Derecho comunitario que de la eficacia directa tal y como la hemos entendido de forma clásica, y de ahí las posibilidades encontradas en jurisprudencia y doctrina para salvar tales situaciones de apariencia horizontal a favor de la garantía de la eficacia de la directiva<sup>989</sup>. El TJ permite este tipo de análisis y de elasticidad de los criterios clásicos sobre eficacia

---

<sup>987</sup> Siguiendo a LENZ, M., SIF TYNES, D., YOUNG, L., podríamos concluir que el concepto de efecto directo «which has been firmly rooted from the outset in the notions of Supremacy of Community law and its effective enforcement, would be weakened but for the central role private parties play in its realisation», “horizontal what? Back to basis”, *op. Cit.*, p. 510. Esta conclusión, muy acertada para nuestro trabajo, es también señalada por el Abogado General PHILIPPE LÉGER presentada en las conclusiones de 11 de enero de 2000 en el marco del asunto *LINSTER*, C-287/98, en el punto 54: “Así pues, el análisis del contenido de las disposiciones invocadas que el Tribunal de Justicia realiza habitualmente, para declararlas, en su caso, suficientemente precisas e incondicionales, no es sistemático. En estos contados casos, la sentencia se centra únicamente en el control del ejercicio de la facultad de apreciación del Estado miembro de que se trate, como si el análisis de las disposiciones de que se trate resultase menos útil para su aplicación directa en el Derecho interno que desde la perspectiva de un examen formal de las competencias que la Directiva reparte entre la Comunidad y los Estados miembros. En otras palabras, en estas sentencias parece que impera más el principio de primacía que el principio de efecto directo”. No olvidemos que en el asunto *Linster* el litigio se encuadraba en otro tipo de directivas, en las que se establecían unos requisitos mínimos para el control de los efectos de determinadas obras públicas sobre el medio ambiente. En este tipo de directivas sí se podía observar un ámbito de discrecionalidad dejado al Estado a la hora de determinar los grados y niveles de importancia de las obras públicas. Por tanto, si esta conclusión puede adoptarse en este tipo de directivas, en la saga jurisprudencial *CIA Security*, con mayor motivo, podemos expresar que la decisión final de inaplicación se encuentra marcada por el principio de primacía.

<sup>988</sup> STJ *Peterbroeck*, de 14 de diciembre de 1995, C- 312/93, FJ. 15. Conforme a la STJ de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, C-14/83, FJ 26, se desprende que la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales (véanse, en particular, las sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89, apartado 8; *Faccini Dori*, antes citada, apartado 26; de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, apartado 40, y de 25 de febrero de 1999, *Carbonari y otros*, C-131/97, apartado 48). Así el principio de cooperación leal se convierte en fundamento del deber de eliminación de las consecuencias ilícitas de una violación de Derecho comunitario, obligación de todas las autoridades nacionales, también del juez nacional, que debe revocar cualquier medida de Derecho interno que se oponga a la plena eficacia de las normas comunitarias conforme al vigente artículo 19 del Tratado de Lisboa (TUE). Ver también STJ *Unibet* de 13 de marzo de 2007, C- 432/05.

<sup>989</sup> Me remito de nuevo a las conclusiones de RUIZ-JARABO, punto 110, en las que expone que «la solución afirmativa a la segunda cuestión parece insoslayable a la vista de la primacía del derecho comunitario, que exige al juez nacional garantizar al justiciable los derechos dimanantes de sus directivas, cuando la normativa nacional impida su satisfacción».

directa de las directivas, tratando así de reafirmar en estas sentencias la obligación existencial de la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional permitiendo la aplicación uniforme del Derecho europeo, o al menos su garantía, y en el caso de las directivas, el carácter vinculante último de la obligación de resultado y su efecto útil. De nuevo, en todos los casos estudiados en los anteriores epígrafes la cuestión del efecto directo, en estos casos, tiende a diluirse ante la de la primacía<sup>990</sup>.

En tanto que las cuestiones comentadas deben conjugarse en calve de primacía, debe decirse que estos mecanismos, poco a poco afianzados por el TJ a través de su jurisprudencia, han tratado de colmar, en particular, los problemas de eficacia de la directiva, pero en general, han tratado de establecer una importante colaboración de los ciudadanos para hacer eficaz las disposiciones europeas, y en última instancia, ofrecer efectividad al ordenamiento europeo, concediéndoles a los particulares posibilidades más amplias de invocación de sus disposiciones y de control de la actividad de las autoridades públicas<sup>991</sup>.

Resumiendo brevemente lo expuesto podemos observar mejor cómo el principio de primacía es una condición preexistente que impulsa la idea de la eficacia directa del Derecho europeo. Los Tratados y las normas derivadas vinculantes tienen primacía desde su origen frente a las normas de Derecho nacional, puesto que si ello se pusiese en entredicho, ante el mínimo incumplimiento del Estado, el ordenamiento europeo simplemente dejaría de existir como ordenamiento jurídico común y efectivo. La directiva en particular, al tener una naturaleza dual y necesitar de la intervención del Estado para su eficacia debe responder a unos efectos mínimos independientes que garanticen el carácter vinculante de su obligación de resultado en virtud del artículo 249 TCE. Estos efectos directos sólo se comprendían inicialmente de forma patológica, es decir, se fundamentaban en el necesario incumplimiento del estado. Pero el incumplimiento del Estado, ahora, situando el centro del principio de eficacia directa en la invocación por el particular, no es tanto el fundamento como el desencadenante<sup>992</sup>, desencadenante de las medidas jurídicas (*enforcement* se suele

---

<sup>990</sup> Ruiz Jarabo en asunto ARCOR, de nuevo LÉGER en *Linster* y DOUGAN, p. 393

<sup>991</sup> El AG LÉGER en *Linster* considera que con la ampliación de la virtualidad invocable de las directivas «la primacía puede así beneficiarse de un apoyo por parte de los particulares y de la obligación del juez de respetarla» (ver puntos 68- 74 de las Conclusiones)

<sup>992</sup> En este sentido DOUGAN “*When worlds collide...*”, Op. Cit. considera que se puede distinguir un modelo a caballo entre la primacía y la eficacia directa. Un modelo que él denomina “desencadenante” (Trigger model), donde se adhiere a la tesis según la cual las condiciones de claridad y precisión son condiciones imprescindibles para que el Derecho europeo pueda ser invocado ante un juez, sopesado por el mismo y aplicado. A ello añade que partiendo de esta base se pueda aplicar un modelo (desaplicación por la confrontación abstracta entre dos normas) u otro (aplicación directa de la disposición de Derecho europeo para resolver el caso concreto). Por el contrario, el AGLÉGER, en las conclusiones *Linster*, punto 73, concentrará la cuestión del desencadenante en el incumplimiento, sin por ello renunciar a los requisitos de incondicionalidad y precisión: “Es cierto que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se desprende claramente ninguna distinción comparable de la que se pueda deducir, por lo que se refiere a la obligación del Juez de examinar el contenido de la Directiva, la existencia de dos regímenes diferentes. Por el contrario, el fundamento que, en la mayoría de las sentencias del Tribunal de Justicia, enuncia el doble requisito a que éste supedita el reconocimiento del efecto directo, convierte el cumplimiento de estas exigencias en una condición previa a la invocabilidad de las disposiciones, no sólo en la medida en que definan derechos en beneficio de los particulares, sino también cuando se pretende cuestionar «cualquier



denominar en el ámbito anglosajón) que concedan la eficacia debida al Derecho europeo, la efectividad del ordenamiento del que depende su existencia. El fundamento de la eficacia directa de la directiva, y los procedimientos jurisdiccionales de garantía de ésta, derivan del carácter preexistente de la primacía en las disposiciones de Derecho europeo. La vulneración de la primacía del Derecho europeo sobre cualquier otra disposición o principio nacional desencadena los remedios jurídicos necesarios para garantizar las obligaciones impuestas y, por lo tanto, las posibilidades de eficacia directa patológica de la directiva: su invocación ante el juez.

El AG Mázak en las conclusiones presentadas recientemente en el asunto *Palacios de la Villa* concluyó que según “este enfoque, el efecto directo no se considera tanto desde la perspectiva de la «posibilidad de invocar» las directivas o de la posición jurídica de los particulares a su respecto, como desde la perspectiva de la primacía del Derecho comunitario y de la correspondiente obligación “objetiva” que en general incumbe a los tribunales nacionales –así como a todas las autoridades públicas de los Estados miembros – de garantizar que se alcance el resultado que se persigue con las directivas y, en particular, de no aplicar las normas de Derecho nacional que puedan ser incompatibles»<sup>993</sup>. El AG Mázak al referirse a las posibilidades de invocar la directiva se refiere a la posición de los particulares frente a la misma, posición que, como expusimos, tradicionalmente se ha vinculado a la posesión o invocación de un derecho subjetivo concedido por la directiva, y que, como hemos resuelto, no es ya una cuestión que pueda considerarse un requisito para la posibilidad de invocación de la disposición de la directiva al haberse reconocido las posibilidades de la eficacia directa «objetiva». La eficacia directa en sentido amplio centra las oportunidades de remediar el incumplimiento del Estado (y el impedimento a la efectividad del objetivo de la directiva) en las posibilidades de invocación de sus disposiciones en casos, cada vez más amplios, independientemente de su incondicionalidad como norma, o de la concesión de un derecho sustantivo real a los particulares<sup>994</sup>, pues lo que está en juego es la aplicación uniforme del Derecho europeo y la primacía como condición existencial del ordenamiento. Recordando de nuevo la afirmación de Lenaerts «los procedimientos de invocación del Derecho europeo se encuentran en el corazón del derecho constitucional europeo... un ordenamiento nacional conformado con normas legales que prometen una realidad que los ciudadanos no pueden disfrutar en la práctica pierde eventualmente toda

---

disposición nacional no conforme a la Directiva»... Se ha podido hablar, así, de «justiciabilidad mínima» cuando no puede intervenir la «justiciabilidad reforzada» que constituye el reconocimiento del efecto directo”.

<sup>993</sup> Conclusiones del asunto *Palacios de la Villa*, C-411/05, presentadas por el AG JÁN MAZÁK el 15 de febrero de 2007, punto 124.

<sup>994</sup> No es mi intención en absoluto contradecir al AG, sino tan sólo matizar en virtud de la generalidad con la que tratamos el tema en doctrina y la diferencia con la que lo hace el AG en un caso concreto (*Palacios de la Villa*) donde se dirime sobre la posibilidad de invocar una directiva que en sí misma representa el principio de no discriminación por edad en el ámbito laboral, un verdadero derecho sustantivo que deja al margen de la discusión, por lo tanto, la cuestión de si es necesario o no que exista un derecho sustantivo para la invocación por un particular de una directiva. Una distinción, si se me permite, que de no hacerse parecería contradecir lo expuesto más arriba.

credibilidad... una más efectiva y orientada aplicación del Derecho europeo puede ayudar a restaurar la fe en la razón de ser de la Unión. Una aproximación más uniforme a la invocación del derecho europeo puede contribuir a fortalecer la legitimidad de la Unión<sup>995</sup>»

La salvaguarda de la primacía de la directiva, encuentra como garantía las posibilidades de invocar el Derecho europeo por los particulares en litigios concretos ante los jueces nacionales, y esta ha sido la tendencia del TJ en los últimos 20 años<sup>996</sup>. Los litigios de los particulares enmarcan los conflictos reales que hoy existen entre ordenamientos, enmarcan los lugares donde realmente debe imponerse el Derecho europeo para predicarse un ordenamiento realmente efectivo. Es en la invocación por el ciudadano desde donde debe partirse para realizar cualquier aproximación teórica a las relaciones entre ordenamientos y la eficacia del Derecho europeo, pues como señalan Lenz y Tynes “una aproximación demasiado teórica, mientras que permitiría una posible explicación a posteriori, no nos equipararía con las herramientas necesarias para comprender el razonamiento del TJ<sup>997</sup>”.

Si partimos de que los particulares están directamente interesados, en virtud de sus propios intereses, en que se respete la “legalidad”<sup>998</sup> europea, por ello el TJ parece poco a poco ampliar la legitimidad del ciudadano para invocar los incumplimientos del Estado en casos concretos. El TJ, sobre la máxima del juez nacional como juez comunitario, ha ampliado el espectro de situaciones en las que el ciudadano puede invocar frente al juez una incorrecta implementación del Derecho europeo, garantizando su eficacia frente a los actos del Estado. De esta forma, la primacía del Derecho Comunitario se convierte en un concepto paraguas que se abre al particular, que le permite hacer uso del mismo. El ciudadano se convierte en actor de la garantía de la primacía, de la eficacia del Derecho europeo y, a un tiempo, refuerza la vinculación de los Estados a la legalidad europea, y la efectividad del ordenamiento europeo, que se vuelve para el particular útil, invocable como fundamento de sus pretensiones particulares frente al Estado y otros particulares, es decir, en un ordenamiento válido en tanto que efectivo<sup>999</sup>.

En definitiva, en el caso de la eficacia directa de las directivas, volvemos a observar que la primacía se hace presente mediante la “ampliación” de las

---

<sup>995</sup> LENAERTS, K., CORTHAUT, T., “*Of birds and hedges...*”, *cit.*, p. 288.

<sup>996</sup> Como señala CARANTA, R., “judicial protection against member states: a new *ius commune* takes shape”, CMLR, 32, 1995, 703-726, “Escribir sobre protección judicial de los individuos y los sujetos privados frente al estado miembro significa tratar con la jurisprudencia del TJ de los últimos veinte años”.

<sup>997</sup> LENZ, M., TYNES, D., YOUNG, L., “*Horizontal what? Back to basics*”, *European Law Journal*, n. 25, 2000, p. 517.

<sup>998</sup> Ver conclusiones AG LÉGER en el asunto *Linster*, *cit.*,

<sup>999</sup> Ver el punto 88 de las conclusiones del AG RUIZ JARABO en el asunto *Arcor*, *cit.*: “La ampliación de las posibilidades de invocación de la Directiva permite que los particulares refuercen su esfera jurídica y el derecho comunitario consagre su efecto útil, y no se desvirtúen ante una eventual inejecución o una incorrecta materialización de sus directivas”.

posibilidades del particular de invocar Derecho europeo ante el juez, como fundamento de una pretensión particular.

## 6.4 La invocación del principio de primacía por los ciudadanos

Como se ha observado, la invocación por el ciudadano del Derecho europeo, se convierte en piedra angular de su eficacia. El ciudadano concreta el problema de relaciones entre ordenamientos, advierte de situaciones específicas en las que se quiebra la eficacia del Derecho europeo, e impulsa al juez a contrastar la actuación del Estado con las obligaciones del Derecho derivado. Además, la pretensión del ciudadano mediante su invocación concreta también la solución que deba darse al caso, ya se requiera una eficacia de sustitución o de exclusión del Derecho europeo sobre el Derecho nacional. El ciudadano se convierte en principal valedor, en muchos casos, de la eficacia del Derecho europeo, y en particular, del principio de primacía del Derecho europeo.

Esta reflexión deriva de un análisis de la eficacia de la directiva. La directiva, por su naturaleza cooperativa, es un marco de experimentación muy fructífero para la cuestión de la eficacia del Derecho europeo. En este análisis se ha observado una ampliación de las posibilidades de la invocación por los ciudadanos de las directivas que rozan los límites tradicionales. El ciudadano lleva ante el juez nacional asuntos concretos en los que se dirimen posibles incumplimientos del Estado, y el juez, conforme a la doctrina *Simmenthal* se ve obligado a excluir la norma nacional para resolver el caso, y en ocasiones, ocupar su lugar con lo dispuesto en la directiva.

Esta deducción sobre la invocación de las directivas aun encuentra algunas dificultades. En el caso de invocación de las disposiciones de la directiva condicionadas por la actuación del Estado, el juez nacional encuentra un límite. A veces puede aplicar la directiva directamente cuando se cumplan determinados requisitos materiales. Otras veces puede realizar un análisis formal sobre el margen de apreciación dejado al Estado por la directiva y excluir las actuaciones que lo sobrepasen. Pero en otras ocasiones, si en el margen de discrecionalidad dejado al Estado por la directiva se encontrase la necesidad de tomar una decisión respecto de un modo u otro de implementación<sup>1000</sup>, la concesión de eficacia directa de la directiva por el juez quedaría restringida, pues el juez no puede actuar como legislador, ni tomar decisiones de carácter normativo, es un mero aplicador del derecho. Cuando el particular, al invocar la directiva directamente esté requiriendo de las autoridades algo “positivo” que permita un margen de apreciación al Estado, una acción positiva, la discrecionalidad dejada al Estado bloquea las posibilidades del juez, pues no puede aplicar directamente lo que no se ha concretado, ni excluir ninguna norma o acto que no se ha producido, ni sustituir la norma nacional con una disposición que no existe. Incluso en determinadas situaciones en las que el Estado ha cumplido correctamente

---

<sup>1000</sup> Este es el caso Sentencia *Brinkmann*, C- 356/98, en la decisión de las formas de tributación del tabaco o en la sentencia *Frankovich y Bonifaci* respecto a los modos de creación de un fondo salarial de garantía. El juez no puede tomar estas decisiones por sí mismo.

con la obligación de transposición, pero en la aplicación corriente de las normas de transposición surgen lagunas e incoherencias<sup>1001</sup>.

En este caso, sin embargo, pueden encontrarse nuevos caminos.

Así con el AG Léger en el asunto *Linster* puede confirmarse lo que aquí mantenemos: que la invocación del particular del Derecho europeo y su finalidad marca el camino a seguir por el juez y las consecuencias reales del conflicto entre normas pertenecientes a ordenamientos diversos. El AG Léger considera que, en el caso de las directivas, no sólo se despliegan efectos de sustitución o exclusión, sino que aun quedan dos posibilidades más. La invocación de la directiva por el particular puede desplegar cuatro posibilidades de invocación. Por un lado la invocación de exclusión o sustitución de la norma nacional, que ya hemos estudiado. Pero por otro lado se pueden reconocer la invocación de interpretación de la norma nacional en situaciones en las que no existe el incumplimiento del Estado o el desplazamiento de la norma nacional no es posible por aparecer en un conflicto de carácter puramente horizontal o por la naturaleza de la norma desplazada (irretroactividad de la norma penal menos favorable –asunto Berlusconi-, conflicto con la seguridad jurídica...). Por último por último la invocación de reparación, centrada en la responsabilidad patrimonial del Estado cuando los remedios procedimentales o la naturaleza de las normas nacionales contrarias impiden la eficacia de la disposición europea.

De este modo podrían considerarse que las bases para la aplicación del Derecho comunitario en los Estados miembros se fundan en una serie de efectos a priori independientes (exclusión, sustitución, interpretación conforme a Derecho europeo del Derecho nacional, y responsabilidad por incumplimiento del Estado), que se pueden condensar en el deber más general del juez de respetar el principio de primacía del Derecho europeo<sup>1002</sup>. Este deber general del juez de observancia del Derecho comunitario, junto a lo señalado, puede así beneficiarse de un apoyo por parte de los particulares que contribuyen a la primacía del Derecho europeo frente a los Estados miembros.

---

<sup>1001</sup> Para RUIZ JARABO “Cuando el derecho nacional no es susceptible de interpretarse de manera acorde con el comunitario, forzar la actividad del juez, para conseguir la armonía, implica difuminar los tenues límites entre creación jurídica e interpretación”, ver punto 90 de conclusiones del AG RUIZ JARABO en el asunto *Arcor*, *cit.*

<sup>1002</sup> Sobre el debate ver CHALMERS, D., MONTI, G., “*European Union Law. Updating Supplement*”, Cambridge University Press, 2008, pp. 91-98. Así como DOUGAN, M., “*When worlds collide: coping visions of the relationship between direct effect and supremacy*”, CMLR, 44, 2007, p. 931. LENAERTS, K., CORTHAUT, T., “*Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU Law*”, ELR, 31, p. 287, 2006.

## A) Invocación de interpretación conforme.

### A. i) Origen jurisprudencial

Como es sabido, el principio de interpretación conforme surgió para ampliar las posibilidades de eficacia de las directivas en situaciones en las que estaba limitada. Concretamente su aparición data de la STJ de 10 de abril de 1984, asunto *Von Colson y Kamman*, C- 14/83. En este asunto las partes nombradas invocan la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, frente a la Administración encargada de un centro penitenciario masculino que rehusó a contratar a las demandantes por razón de su sexo. El Tribunal alemán considera que hay una clara discriminación, pero el problema que plantea es que el Derecho alemán, al trasponer la directiva, no ha previsto más mecanismos para garantizar la igualdad en el acceso al empleo que una simple reparación del perjuicio sufrido, lo que supondría el mero reembolso de los gastos del desplazamiento en el momento de realizar la entrevista de trabajo. Se plantea el juez nacional si la consecuencia de la discriminación, y del incumplimiento de la directiva, debe ser imponer la contratación de las aspirantes.

La respuesta del TJ es que la Directiva había dejado un margen de apreciación al Estado para garantizar los objetivos marcados, pero no establecía un mecanismo concreto de garantía de la igualdad de trato<sup>1003</sup>. Sin embargo el TJ irá más allá. Cuando el juez nacional le pregunta acerca de la posibilidad de las afectadas de invocar la directiva ante la jurisdicción ordinaria el TJ, considerando que la Directiva abría de forma precisa la vía del recurso jurisdiccional a los candidatos a un empleo que hayan sido objeto de discriminación, reconoce en este artículo derechos que pueden ser alegados ante los Tribunales. El problema continúa siendo que la directiva nada establece de forma precisa e incondicional sobre cómo resolver la cuestión concreta<sup>1004</sup>, así que el TJ volverá a las obligaciones del juez nacional:

*“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, incluidos los órganos jurisdiccionales, en el ámbito de sus competencias. De ello se deriva que al aplicar el Derecho nacional, y en particular, las disposiciones de una Ley nacional especialmente adoptada para la ejecución de la Directiva 76/207, el*

---

<sup>1003</sup> FJ 19 de la STJ *Von Colson y Kamman*

<sup>1004</sup> FJ 27: “Por el contrario, como resulta de las consideraciones anteriores, la Directiva no contiene -por lo que respecta a las sanciones de una posible discriminación ninguna obligación incondicional y suficientemente precisa que pueda ser invocada por un particular, si las medidas de aplicación no se adoptan en los plazos previstos, con el fin de obtener una reparación determinada conforme a la Directiva, cuando tal consecuencia no está prevista ni permitida por la legislación nacional”.

*órgano jurisdiccional nacional debe interpretar su Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que pretende el apartado 3 del artículo 189 [...] aunque la Directiva 76/207 deje en libertad a los Estados miembros para elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para llevar a cabo su objeto [...]Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, agotando el margen de apreciación que su Derecho nacional le concede, dar a la Ley adoptada para ejecutar la Directiva una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario<sup>1005</sup>”.*

Se observa, entonces que el principio de interpretación conforme vino a conceder eficacia interpretativa a la directiva en aquellos casos en los que no existían disposiciones precisas e incondicionales con las que el juez pudiese resolver el caso, e incluso en situaciones en las que no pudiese predicarse un incumplimiento por parte del Estado. En este caso, el TJ concede al juez nacional, conforme a su derecho interno, la facultad de decidir la sanción más adecuada<sup>1006</sup>.

El principio de interpretación conforme que obliga al juez a interpretar el Derecho interno conforme a la finalidad de la directiva se asentará definitivamente en la STJ de 13 de noviembre de 1990, asunto *Marleasing*, C- 106/89, en la que el TJ exigirá al juez español que interprete conforme a la directiva incluso aquellas disposiciones nacionales anteriores a la adhesión a las CC.EE. ampliándose la obligación todo el ordenamiento nacional, posterior e incluso anterior a la directiva<sup>1007</sup>. En este asunto, la interpretación conforme que debe realizar el juez nacional consiste en la exclusión de los artículos 1261 y 1275 del Código civil español, su inaplicación, pues en estos artículos se preveía la nulidad de un contrato de sociedad por causas que no se incluían en la Directiva comunitaria 68/151. Esta exclusión, tenía además la virtud, de actuar en un litigio entre dos sociedades, es decir, entre particulares.

Será en la STJ de 14 de julio de 1994, asunto *Faccini Dori*, C-91/92, en la que se desarrollen las posibilidades del deber de interpretación conforme para solventar los problemas de eficacia de la directiva en relaciones entre particulares. En este caso, la demandante invocará la Directiva 85/577, de protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, frente a la empresa con la que contrajo un crédito para recibir cursos de inglés por

---

<sup>1005</sup> FFJJ 26-30 STJ *Von Colson*.

<sup>1006</sup> También STJ 28 de diciembre de 1997, asunto *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, STJ de 25 de febrero de 1999, asunto *Carbonari y otros*, C-131/97, STJ de 23 de febrero de 1999, asunto *BMW*, C-63/97, STJ 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, asuntos C-240/98 a C-244/98, y STJ de 3 de octubre de 2003, asunto *Adidas-Salomon y Adidas Benelux*, C-408/01.

<sup>1007</sup> Ver FJ 8 de la STJ *Marleasing*, C-106/89. Ver también STJ de 16 de diciembre de 1993, asunto *Wagner Miret*, C-334/92, FJ 20. Más recientemente se confirma de nuevo esta idea en STJ de 4 de julio de 2006, asunto *Adeneler*, C-212/04.

correspondencia. La Directiva permitía un plazo mínimo de rescisión del contrato unilateral por parte del consumidor, pero la República italiana no había transpuesto a Derecho interno las obligaciones derivadas de la directiva. El problema principal es el carácter horizontal del litigio. Por ello el TJ animará al juez nacional a actuar conforme a las decisiones *Von Colson y Kamann y Marleasing* y recordar que *“en el marco de sus competencias, [...] al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de 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”*.

Paradigmática resulta la STJ de 5 de octubre de 2004, asunto *Pfeiffer*, C-403/01. En este asunto se plantea una cuestión prejudicial sobre la interpretación de determinadas disposiciones de las Directivas 93/104/CE y 89/391/CEE relativas a la promoción de la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Estas cuestiones se enmarcan en el litigio entre trabajadores sanitarios y la Cruz roja alemana, en relación con el establecimiento de su jornada laboral y las horas extraordinarias. Conforme a la Directiva se impone un máximo de 48 horas semanales de trabajo por contrato, pero la Directiva permite excepcionar este límite para determinadas categorías de trabajadores como los sanitarios, y siempre y cuando se realice mediante convenio laboral. La pregunta principal a los efectos de esta tesis, es si el límite impuesto por la directiva (que según el TJ es suficientemente preciso e incondicional) puede ser invocable en la relación laboral.

El TJ responderá, conforme a su jurisprudencia asentada que *“al aplicar el Derecho interno y, en particular, las disposiciones de una normativa específicamente adoptada para ejecutar lo exigido por una directiva, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar el Derecho nacional, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo”* 288 TFUE, párrafo tercero pues *“la exigencia de una interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del Tratado en la medida en que permite al órgano jurisdiccional nacional garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho comunitario cuando resuelve el litigio de que conoce”*. La novedad de la Sentencia reside en que el TJ considera que si *“bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional, impuesto de este modo por el Derecho comunitario, se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho nacional a la directiva de que se trate, no se limita, sin embargo, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la directiva. A este respecto, si el Derecho nacional, mediante la*



*aplicación de los métodos de interpretación reconocidos por éste, permite, en determinadas circunstancias, interpretar una disposición del ordenamiento jurídico interno de tal manera que se evite un conflicto con otra norma de Derecho interno o reducir con este fin el alcance de dicha disposición aplicándola sólo en la medida en que resulta compatible con la referida norma, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de utilizar los mismos métodos con objeto de alcanzar el resultado perseguido por la directiva”<sup>1008</sup>.*

Por lo tanto, para el TJ el principio de interpretación conforme se amplía a todo el ordenamiento nacional.

Durante finales de los años 80, y principios de los 90, se construyó así el principio de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho europeo, partiendo de su funcionalidad para hacer eficaz la finalidad de aquellas directivas que no podían desplegar efectos directos<sup>1009</sup>. Más allá del ámbito de su creación, la interpretación conforme del Derecho nacional con el Derecho comunitario ha sido además una jurisprudencia con un efecto “expansivo”<sup>1010</sup>.

El efecto expansivo no sólo puede observarse en el asunto *Pfeiffer* que acabamos de citar. También se extiende a todas las normas de Derecho europeo con carácter vinculante. Así, la interpretación conforme ha sido un principio muy útil en distintas situaciones. Por un lado, como hemos visto, como un principio alternativo al de la eficacia directa en aquellas situaciones en las que la disposición invocada ni cumple los requisitos *Becker* (*Pfeiffer*<sup>1011</sup>), ni puede ser objeto de un análisis formal basado en la discrecionalidad del Estado, ni la relación en causa puede reconducirse al ámbito de las relaciones triangulares. La clave de estos asuntos se encuentra en que en determinadas situaciones no es posible invocar la directiva europea frente al Derecho nacional, ni siquiera con la pretensión de la exclusión de la norma nacional, pues el conflicto se desarrolla entre una directiva y un principio de Derecho nacional imposible de excluir. Por otro lado, la interpretación conforme se ha expandido sobre fuentes europeas distintas a la directiva.

---

<sup>1008</sup> Ver FF.JJ. 114-117 de la STJ *Pfeiffer*, cit.

<sup>1009</sup> Asunto *Adeneler*, cit.

<sup>1010</sup> Ver ALONSO GARCÍA, R., “*La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico*”, intervención en la sesión inaugural del seminario “la convergencia de las jurisdicciones administrativas supremas de la UE en la aplicación del Derecho comunitario”, Santander, 8-10 de septiembre de 2008, consultado en [biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/17.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/17.pdf)

<sup>1011</sup> En la STJ *Pfeiffer*, cit., el TJ era consciente de que el requisito del incumplimiento del Estado no se encontraba presente, pues Alemania había transpuesto la Directiva y el problema se basaba en las fuentes propias del convenio colectivo. Así en el FJ 112 el TJ aplica el principio de interpretación conforme “Máxime cuando el órgano jurisdiccional nacional conoce de un litigio sobre la aplicación de normas internas que, como sucede en el caso de autos, se han establecido especialmente para adaptar el Derecho interno a una directiva que tiene por objeto conferir derechos a los particulares”.

A. ii) Extensión del principio de interpretación conforme

Aun cuando el principio de interpretación conforme apareció para solventar situaciones en las que la directiva no podía desplegar ningún tipo de efectos por referirse a relaciones horizontales<sup>1012</sup>, se ha extendido a ámbitos que antaño no pertenecían ni siquiera al orden supranacional de la Comunidad Europea. Por ejemplo en materias relacionadas con la cooperación penal y judicial. Así es imprescindible referirnos a la STJ de 16 de junio de 2005, asunto *Pupino*, C-105/03. En este asunto se dirime la compatibilidad entre una disposición del Código penal italiano (artículo 392 y 398) con la Decisión marco 2001/220/JAI. En el asunto principal la demandada se opone a la realización anticipada de una acción probatoria por considerar que las normas nacionales no permiten la realización de dicha prueba en fase de instrucción, prueba que obviamente podía perjudicarle al tratarse del testimonio de determinados menores a su cargo a los que supuestamente había agredido. El Ministerio Fiscal italiano solicita la realización de dicha prueba en fase de instrucción por las especiales condiciones de vulnerabilidad de los testigos, aun cuando las normas nacionales sólo contemplan la actuación para determinados delitos (de tipo sexual) entre los que no se encuentran los imputables en la causa. El juez nacional considera que no permitir la realización de la prueba anticipada en el caso de autos, tal y como deriva de las normas nacionales, puede ser contrario a la Decisión Marco pues ésta exige que “los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación”<sup>1013</sup>. Por ello suspende el procedimiento y plantea, mediante cuestión prejudicial, si la Decisión marco tiene efecto directo en el caso y se contrapone a la norma nacional. El problema esencial se basa en que conforme al artículo 34 TUE, 2, b, las decisiones marco “obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo”.

A pesar de esta consideración del propio Tratado el TJ considerará que “*la Decisión marco debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco*”<sup>1014</sup>.

---

<sup>1012</sup> Así lo afirma el AG Ruiz Jarabo Colomer en las Conclusiones presentadas en los asuntos *i-21/ Arcelor*, C-392 y 422/04, cit.

<sup>1013</sup> Artículo 2 de la Decisión Marco 2001/220/JAI.

<sup>1014</sup> FJ 61 de la STJ *Pupino*, cit.

El TJ aplica el principio de interpretación conforme a una Decisión marco, fuente del Derecho que, en aquel momento, se encontraba incluso fuera del ámbito jurídico de las Comunidades Europeas y disfrutaba de una naturaleza próxima a la cooperación intergubernamental. Los fundamentos del TJ acogen las Conclusiones de la AG Kokkot, mediante el siguiente razonamiento.

En primer lugar, el carácter vinculante de las decisiones marco se formula “en términos idénticos” a los de las directivas, por lo que habrían de extenderse todos los principios aplicables a aquellas.

En segundo lugar, la naturaleza de la cooperación penal y judicial del TUE es de corte internacionalista, por ello se conceden menores competencias al TJ en la interpretación y justiciabilidad de sus fuentes. Pero su finalidad es la misma, “el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”, por lo que se han previsto instrumentos jurídicos similares a los del marco de la integración tales como la cuestión prejudicial de interpretación. Esta competencia concedida al TJ “se vería privada de la esencia de su efecto útil si los particulares no tuvieran derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”<sup>1015</sup>. Como se observa el razonamiento es el mismo de la STJ *Van Gend en Loos*, razonamiento que culmina con la idea de que el fundamento de las Comunidades Europeas completadas “consiste en organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos”<sup>1016</sup>.

A la luz de todas estas consideraciones el TJ concluye que el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco. Y por lo tanto de ello deriva que el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere<sup>1017</sup>. De este modo se expande el principio de interpretación conforme fuera de las fronteras de la eficacia de la directiva.

No debemos pasar por alto que, uno de los principales argumentos en contra de la STJ *Pupino* se basa en que, de razonar tal y como se hizo, se deducía que el Estado italiano había incumplido la obligación de resultado marcada por la Decisión marco al no modificar una disposición como la del Código penal que impedía que los menores, víctimas de cualquier tipo de delito, pudiesen declarar con anterioridad al juicio oral. Por tanto, si el juez italiano debía interpretar el Derecho nacional conforme al objetivo de la Directiva se acabaría tomando una decisión perjudicial para la imputada que repercutiría en sus propios derechos de defensa en el procedimiento penal, perjuicio derivado del incumplimiento del Estado. Aunque el TJ consideró en esta sentencia que

---

<sup>1015</sup> FFJJ 34-36 de la STJ *Pupino*, *cit.*

<sup>1016</sup> FJ 41 de la STJ *Pupino*, *cit.*,

<sup>1017</sup> FJ 43 de la STJ *Pupino*, *cit.*

“la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una decisión marco cuando interpreta las correspondientes normas de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad”, acabaría por declarar que “las disposiciones objeto de la presente petición de decisión prejudicial no se refieren al alcance de la responsabilidad penal del interesado, sino al desarrollo del procedimiento y a las formas de practicar la prueba”, por lo que la interpretación conforme no suponía un perjuicio para el particular derivado del incumplimiento del Estado<sup>1018</sup>.

A. iii) Límites a la interpretación conforme: la norma penal más favorable

Esta última afirmación está directamente relacionada con otros asuntos en los que, a pesar de cernirse sobre directivas, el TJ ha invocado el principio de interpretación conforme. La causa principal es que la eficacia de la directiva no podía redirigirse ni a un proceso triangular ni desplegar efectos de exclusión, pues excluir la norma nacional contraria al objetivo de la directiva conducía a la vulneración de un principio básico del ordenamiento nacional, como el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables en materia penal o el propio principio de seguridad jurídica. La imposibilidad de excluir la norma rozará los contornos del principio de primacía, planteando determinados límites al principio de interpretación conforme.

Respecto del ámbito penal pueden destacarse los asuntos *Berlusconi* y *Arcaro*. El primero de estos asuntos fue resuelto mediante STJ de 3 de mayo de 2005, C-387, 391, 403/02. En el litigio principal el Sr. Berlusconi estaba siendo encausado por falsedad de comunicaciones sociales en el marco de delitos socio-económicos tipificados en los artículos 2621 y 2622 del código civil. Dado que tales actos eran imputables penalmente, mediante Decreto, el Gobierno italiano modificó las normas sancionadoras de manera notablemente menos severa. Al encausado, por entonces primer ministro italiano, aunque encausado como sujeto privado, la modificación de tales preceptos lo beneficiaban, hasta el punto de eximirlo de responsabilidad por prescripción de los hechos delictivos. Aunque los hechos eran imputables con anterioridad a la modificación legislativa, conforme al principio de retroactividad de las normas penales más favorables, le serían de aplicación en el caso concreto. En este marco, el juez italiano encargado del proceso suspenderá el procedimiento y planteará una cuestión prejudicial al TJ. Conforme a las cuestiones planteadas se solicita interpretación de diversas directivas<sup>1019</sup> en las que se exige a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para garantizar la publicidad veraz de las informaciones societarias, concretamente mediante la prevención de sanciones apropiadas en caso de falta de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias. La cuestión concreta planteada por el juez es si tales directivas

<sup>1018</sup> FFJJ 46-49 de la STJ *Pupino*, cit.

<sup>1019</sup> Las Directivas 68/151, 78/660, completadas por las Directivas 83/349 y 90/605.

comunitarias deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que, modificando el régimen de sanciones anteriormente vigente, establece un sistema de sanciones que no responde de manera concreta a los criterios de efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio de las sanciones establecidas para garantizar dicha protección.

Se observa por tanto un conflicto entre el objetivo de una directiva incumplida por el Estado y un particular cobijado en el principio de retroactividad de las normas penales más favorables<sup>1020</sup>. Aunque en teoría la situación podría reconducirse a una relación triangular (socios de una compañía que exigen no quedar perjudicados por el incumplimiento del Estado, aun cuando del cumplimiento de la directiva deriven efectos perjudiciales para terceros<sup>1021</sup>), e incluso el TJ considerará que el margen de apreciación dejado al Estado para adoptar medidas disuasorias tiene unos perfiles objetivos suficientes para realizar un control del margen de apreciación dejado al Estado<sup>1022</sup>, la solución del TJ fue favorable al imputado.

En primer lugar, el TJ, considerará que “dado que la norma comunitaria de que se trata está contenida en una Directiva invocada contra un particular por las autoridades judiciales en el marco de un procedimiento penal” para que surtiera efectos debería invocarse con fines de exclusión<sup>1023</sup>, “sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado asimismo, de modo reiterado, que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que, por consiguiente, no puede ser invocada como tal contra dicha persona”<sup>1024</sup>.

En segundo lugar, y en lo que aquí nos interesa el TJ considera que

---

<sup>1020</sup> Tal y como deriva del punto 44 de la STJ *Berlusconi*, *cit.*, Los imputados alegan que “En su opinión, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que una directiva no puede por sí sola crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada, como tal, en su contra. Una directiva tampoco puede, por sí sola y sin que exista una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de las personas que actúen infringiendo sus disposiciones”.

<sup>1021</sup> Tal y como solicitaba la AG Kokkot en las conclusiones presentadas en este asunto con fecha 14 de octubre de 2004. En contra de esta decisión se había situado, sin embargo, en sus propias conclusiones en el asunto *Niselli*, C-457/02, con fecha 10 de junio de 2004.

<sup>1022</sup> FFJJ 61-65 STJ *Berlusconi*, *cit.*

<sup>1023</sup> Curiosamente el TJ alega la posibilidad de que la Directiva adquiera efectos de exclusión en base al propio principio de primacía. Ver FJ 73 de la STJ *Berlusconi*: “resultaría de ello, según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, que los órganos jurisdiccionales remitentes tendrían la obligación de dejar de aplicar los citados nuevos artículos, por su propia autoridad, sin tener que solicitar o que esperar la previa supresión de éstos por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartados 21 y 24; de 4 de junio de 1992, *Debus*, asuntos acumulados C-13/91 y C-113/91, apartado 32, y de 22 de octubre de 1998, *IN.CO.GE '90* y otros, asuntos acumulados C-10/97 a C-22/97, apartado 20)”.

<sup>1024</sup> FJ 73 y 74 STJ *Berlusconi*, *cit.*” En el contexto específico de una situación en la que las autoridades de un Estado miembro invocan una directiva contra un particular en el marco de un procedimiento penal, el Tribunal de Justicia ha precisado que una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones (véanse, en especial, las sentencias de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*”.

*“según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Para ello, dicho Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido [...] el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. En consecuencia, debe considerarse que este principio forma parte de los principios generales del Derecho comunitario que el juez nacional debe respetar al aplicar el Derecho nacional adoptado para la ejecución del Derecho comunitario y, en este caso, más concretamente, las Directivas sobre Derecho de sociedades”<sup>1025</sup>.*

Por tanto, aun cuando el incumplimiento de la Directiva es patente, en “*el contexto específico de una situación en la que las autoridades de un Estado miembro invocan una directiva contra un particular en el marco de un procedimiento penal, el Tribunal de Justicia ha precisado que una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones*<sup>1026</sup>”, por lo que remite al juez nacional la posibilidad de interpretar el Derecho interno conforme al principio general de retroactividad de la norma penal más favorable del Derecho europeo.

Como se observa, en asuntos en los que las posibilidades de eficacia de la Directiva pasan por un efecto de exclusión que derivaría en la inaplicación de un principio de garantía del procedimiento penal, un derecho fundamental, la interpretación conforme aparecería como la única solución posible en manos del juez nacional. Pero esta interpretación conforme se encuentra limitada.

El límite se observa con mayor claridad, en el marco penal, en la STJ de 26 de septiembre de 1996, asunto *Arcaro*, C-168/95. En este asunto se planteaban las mismas cuestiones esenciales del asunto *Berlusconi*, es decir, el incumplimiento de una Directiva por el Estado pretende invocarse frente a un particular que podría ver vulnerado el principio de retroactividad de la norma penal más favorable. Aun en un asunto menos controvertido que el anterior (menos absurdo si se me permite), y dentro del marco de las Directivas de protección del medioambiente frente a vertidos tóxicos de industrias nacionales, prescindiremos de los hechos para centrarnos en la decisión

---

<sup>1025</sup> Ver FFJJ 67-69 STJ *Berlusconi*, cit.

<sup>1026</sup> Ver también SSTJ de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, C- 80/86, de 7 de enero de 2004, X, C-60/02. sentencia, y de 11 de junio de 1987, *Pretore di Saló*, C- 14/86.

del TJ. En este asunto se observa con mayor claridad el límite a la interpretación conforme.

El TJ dispuso que conforme a su jurisprudencia

*“una Directiva no puede producir el efecto, por sí misma y con independencia de una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, de determinar o agravar la, responsabilidad penal de quienes infringen sus disposiciones”.* Más concretamente *“mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional desea saber fundamentalmente si, sobre la base de una interpretación correcta del Derecho comunitario, existe un mecanismo que permita al órgano jurisdiccional nacional eliminar disposiciones internas contrarias a una disposición de una Directiva a la que no se haya adaptado el Derecho nacional, cuando esta última disposición no puede ser invocada ante el órgano jurisdiccional nacional [...] es preciso señalar que el Derecho comunitario no contiene tal mecanismo [...] 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>1027</sup>.

Como se observa, en estos asuntos la interpretación conforme se encuentra limitada en dos situaciones. Por un lado, conforme a la Sentencia *Arcaro*, cuando la Directiva no ha sido transpuesta por Derecho interno. Este límite desaparece si tenemos en cuenta que este asunto es anterior a la doctrina *Pfeiffer* en el que la posibilidad de la invocación de interpretación conforme a la directiva se extiende al momento anterior a la finalización del plazo de transposición. Por otro lado, la interpretación conforme parece encontrar un límite en aquellos asuntos en los que entra en juego el principio de aplicación de la norma penal más favorable.

Sin embargo este último límite, en mi opinión, no se impone a la interpretación conforme, sino al efecto de exclusión de la directiva. La idea clave se encuentra en que en los asuntos *Arcaro* y *Berlusconi* la directiva no se invoca por el particular frente al Estado, sino por el Estado frente al particular. Esta es la diferencia fundamental. Por ello el efecto de exclusión de la directiva no puede operar, pues choca de manera frontal con la clara jurisprudencia del TJ que prohíbe que el Estado pueda sacar partido de su propio incumplimiento de la Directiva.

---

<sup>1027</sup> FFJJ 37 y ss de la STJ *Arcaro*, cit.

Realmente en el asunto *Berlusconi* el TJ impide que pueda inaplicarse la nueva norma del código penal más favorable al reo, impide que la directiva pueda surtir efectos de exclusión. Pero finalmente, el TJ, remite al juez nacional las posibilidades de interpretación de la directiva conforme al principio fundamental de retroactividad de las normas sancionadoras más favorables. Realmente el TJ realiza una interpretación del derecho europeo derivado (la directiva) conforme a un principio general de los Tratados (el principio penal), es decir, una interpretación entre el derecho derivado y el derecho originario, otro tipo distinto de interpretación del que estamos comentando<sup>1028</sup>.

Me parece destacable el hecho de que los efectos de la directiva quedan limitados en ámbitos como los presentados sobre el marco penal nacional. Desde esta perspectiva, todo el Derecho europeo se encuentra limitado en sus efectos en dos situaciones. En primer lugar, aquellas en las que el Derecho derivado contrasta con un principio fundamental del Derecho nacional (principalmente el Derecho constitucional<sup>1029</sup>), conforme a la cláusula de salvaguarda de las identidades constitucionales de los Estados miembros del artículo 4 TUE, la aplicación de los contralímites. Los asuntos comentados se basan en esta situación. En segundo lugar, aparecen controvertidos límites al efecto de la directiva en el momento en que su aplicación (ya sea con efectos de sustitución sean con efectos de exclusión) contrasta con el principio de seguridad jurídica, con principios formales o procedimentales del Derecho nacional como el principio de cosa juzgada y los plazos que determinan la firmeza de las decisiones judiciales nacionales.

En este segundo tipo de casos, que pasamos a exponer a continuación, se observarán dos elementos del Derecho europeo muy útiles para esta tesis. Se observará con mayor claridad que, el principio de interpretación conforme es un sustituto ideal a la eficacia de las directivas cuando se invoca por los particulares frente a la actuación del Estado en defensa de derechos sustantivo, y cuando se invoca en situaciones en las que no puede predicarse la eficacia directa de las mismas. En segundo lugar, en estos casos, se observa que la interpretación conforme no debe confundirse con la exclusión de la norma nacional, como ocurrió en el asunto *Marleasing* o como parece entenderse en la STJ *Arcaro*. La interpretación conforme no debe confundirse con el principio de primacía y la obligación de excluir las normas nacionales contrarias a Derecho europeo. No. La interpretación conforme, al igual que la eficacia directa, no es un sustituto del principio de primacía, sino que como la eficacia directa, es una herramienta que garantiza y propicia el principio de primacía, mediante la invocación por el particular del incumplimiento del Estado.

---

<sup>1028</sup> Sobre la diferencia entre interpretación del derecho derivado conforme al derecho originario e interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho comunitario ver ALONSO GARCÍA, R., “*La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico*”, cit.

<sup>1029</sup> Me remito a lo expuesto sobre la DTC 1/2004 y las cuestiones de los contralímites.



A. iv) (continúa) Límites a la interpretación conforme: el principio de cosa juzgada

En este epígrafe trataremos de seguir el mismo método hasta ahora seguido en los epígrafes anteriores, la exposición de Sentencias del TJ y su posterior comentario. Sin embargo, para hacer la exposición más enriquecedora haremos una pequeña exposición del marco jurídico en el que se insertan las decisiones del TJ que comentaremos a continuación como ejemplo.

El límite a la eficacia del Derecho europeo y sus repercusiones sobre la interpretación conforme, que pretendemos exponer, se enmarcan en la confrontación entre eficacia del Derecho europeo (directivas puesto que el derecho originario vinculante no suscita dudas de principio en este aspecto) y el principio general de seguridad jurídica. Concretamente, dentro del amplísimo espectro de la seguridad jurídica de los ordenamientos estatales, la eficacia de determinadas directivas se encuentra en contraposición con las posibilidades de revisión de decisiones que han devenido firmes conforme a las normas nacionales. Estas posibilidades suelen concentrarse en el concepto de “cosa juzgada”, que impide la revisión de decisiones jurisdiccionales o administrativas que, conforme a los plazos y el derecho procesal interno, no pueden recurrirse de nuevo o no han sido recurridas en plazo.

Este principio es común a todos los Estados miembros pues, como en su momento señaló el AG Ruiz Jarabo “el Derecho aborrece el desorden, por lo que se dota de armas para luchar contra su matriz, la estabilidad”. La inestabilidad, según el AG, se evita precisamente con la imposibilidad de que la “validez de las situaciones jurídicas pueda discutirse indefinidamente”<sup>1030</sup>. Por ello, conforme al principio de seguridad jurídica todos los ordenamientos establecen plazos para el recurso y un número limitado de los mismos. Desde esta perspectiva es natural que los ordenamientos de los Estados, así como el ordenamiento comunitario, determinen criterios para la firmeza de las decisiones.

La cuestión de la firmeza de las decisiones jurisdiccionales en los Estados miembros, sin embargo, puede entrar en conflicto con el Derecho comunitario derivado, concretamente con la aplicabilidad directa de sus disposiciones. La firmeza de una decisión tomada de forma antijurídica desde la perspectiva del Derecho europeo puede implicar que los efectos de tal decisión sean recurribles e irremediables, lo que plantea un conflicto entre la legalidad comunitaria y la seguridad jurídica<sup>1031</sup>. Este aspecto fue tratado en la famosa STJ *Kühne & Heitz*<sup>1032</sup> que será examinada posteriormente. Valga ahora señalar que en esta decisión el TJ consideró

<sup>1030</sup> Ver conclusiones del AG Ruiz Jarabo Colomer en el asunto *Assidomän*, C-310/97, presentadas el 28 de enero de 1999. Punto 55.

<sup>1031</sup> Ver por todos las conclusiones del AG Ruiz Jarabo Colomer en el asunto *i-21*, C-392, 422/04, presentadas el 16 de marzo de 2006. Especialmente puntos 55 y ss.

<sup>1032</sup> STJ de 13 de enero de 2004, C-453/00.

que la revisión de una decisión nacional devenida firme es una cuestión de Derecho nacional, basado en el principio de seguridad jurídica. No obstante, como también se señaló, la seguridad jurídica no puede ser un concepto absoluto, pues el Derecho comunitario puede requerir inevitablemente la revisión de tales decisiones, pero ¿en qué condiciones?

En este orden de cosas podemos presentar, en primer lugar, los asuntos acumulados *i-21/Arcor*, resueltos mediante STJ de 19 de septiembre de 2006, C- 392, 422/04. Este asunto se enmarca en el ámbito de la Directiva 97/13/CE en materia de licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. La Directiva había sido correctamente transpuesta al ámbito nacional por el Gobierno alemán. Conforme a la misma se había impuesto un canon a los afectados, canon que había sido liquidado sin recurrirlo. Sin embargo, estos cánones resultaron haber sido calculados de forma errónea y, a raíz de una sentencia nacional que anulaba tales liquidaciones en relación con otras empresas del sector, las empresas que dan nombre al asunto acudirán al juez nacional en demanda de la anulación de las liquidaciones y la devolución de los cánones abonados. Sin embargo, al no haberse recurrido en el plazo previsto por el Derecho nacional, las resoluciones de liquidación de estas dos empresas habían adquirido firmeza.

El TJ será claro en este aspecto. La cuestión versa sobre la relación entre la Directiva y el artículo 48 de la Ley de procedimiento administrativo. En virtud de la disposición alemana “una vez transcurrido determinado plazo, las liquidaciones adquieren firmeza y sus destinatarios ya no disponen de ningún recurso que les permita invocar un derecho que les haya conferido” la Directiva. Como indica el TJ “*De conformidad con el principio de seguridad jurídica, el Derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso*<sup>1033</sup>”, pero el TJ reconocerá un límite al principio de seguridad jurídica que se fundamenta entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario. Concretamente, el órgano administrativo responsable de la adopción de una resolución administrativa está obligado, en aplicación del principio de cooperación derivado del artículo 10 CE, a examinar de nuevo dicha resolución y, en su caso, a revocarla, si concurren determinados requisitos, por ejemplo:

que conforme al Derecho nacional el órgano jurisdiccional tenga la facultad de reconsiderar dicha resolución, y que

esta decisión haya sido tomada por un órgano de última instancia que no se haya dirigido al TJ mediante cuestión prejudicial realizando una interpretación errónea del Derecho comunitario.

Establecidos por el TJ excepciones al carácter firme de la decisión, devolverá la cuestión al juez nacional dejando en sus manos la determinación del asunto. Pero habiendo asentado las bases de la respuesta pues los criterios encajaban en el caso.

---

<sup>1033</sup> FJ 52 STJ *i-21/Arcor*, cit.

Lo más interesante del asunto no es sólo que el TJ limite el valor de la seguridad jurídica sino las propias conclusiones del AG Jarabo Colomer en el asunto. El AG realizará una interpretación del Derecho nacional aludido conforme a los criterios del TJ. Así, teniendo en cuenta que el Derecho administrativo alemán permite la revisión de los actos firmes cuando las consecuencias del mantenimiento de la misma resultan «sencillamente insoportable», considerará este criterio a la luz del ordenamiento europeo. Para el AG los resultados “sencillamente insoportables” deben entenderse en tres modos. Las resoluciones deben revisarse, en primer lugar, conforme al principio de equidad, cuando den lugar a situaciones de injusticia intolerable. En segundo lugar, cuando se vulneren derechos de terceros. Y en tercer lugar, y en lo que aquí nos interesa, cuando sean incoherentes con la “esencia del sistema supralegal”. Esta esencia “abarca no sólo los fundamentos que articulan el ordenamiento y que prestan a las demás normas el aire que respiran, sino también la orientación deseada”. Es decir, “cuando conservar un acto firme conduce el sistema a una vía muerta se hace inevitable su expulsión”. Y desde esta última perspectiva el AG considerará dentro del sistema supralegal los patrones estructurales del ordenamiento comunitario como punto de partida, patrones en los que se encuentran los fines de los Tratados y el efecto útil del Derecho europeo<sup>1034</sup>.

El efecto útil y el objetivo de los Tratados es, en efecto, para el AG lo primordial de la esencia del sistema comunitario, y conforme a lo que se ha establecido en esta tesis, reside en la creación de un ordenamiento autónomo construido sobre los principios de eficacia directa y primacía del Derecho europeo. Sobre esta senda, el AG confirmará que el principio de interpretación conforme y la potestad del juez de obviar el derecho nacional no son sino consecuencias del no reconocimiento de efecto directo general a las directivas<sup>1035</sup>, de la imposibilidad de los ciudadanos para invocarlas en determinadas situaciones como la del presente caso.

Para subrayar las conclusiones del AG en el asunto anterior puede ser útil resumir las cuestiones clave del asunto *Lucchini SpA*, C-119/05, resuelto mediante STJ de 18 de julio de 2007. En este asunto se dirime sobre la concesión de unas ayudas de Estado por Italia a una empresa del sector siderúrgico. Estas ayudas fueron declaradas incompatibles con el Derecho europeo mediante decisión de la Comisión. El problema reside en que las ayudas habían sido concedidas por el Estado e incluso abonadas. El abono de las cantidades se realizó mediante incoación judicial, por sentencia que adquirió firmeza.

La semejanza con el asunto anterior reside en la contradicción entre la Decisión europea, que declara las ayudas concedidas incompatibles con el Derecho Comunitario, con el artículo 2909 del Código civil que dispone el carácter de cosa

---

<sup>1034</sup> Ver puntos 77 y ss de las conclusiones del AG Ruiz Jarabo Colomer el asunto *i-21/ Arcor*, cit.

<sup>1035</sup> *Ibidem*, Ver punto 91.

juzgada de determinadas resoluciones judiciales como la que ordena el pago de la ayuda.

Ahora, el juez nacional preguntará si debe prevalecer la Decisión o el carácter de cosa juzgada de la sentencia. La solución del TJ considera la incompetencia manifiesta del órgano jurisdiccional para ordenar el pago de la ayuda contra el Derecho comunitario. Pero la solución no es tan alegre. La contradicción entre una norma vinculante europea (decisión) con eficacia directa, y una norma del Código civil que propugna el carácter de cosa juzgada en aplicación del principio de seguridad jurídica plantea la cuestión más general de los límites de la eficacia del Derecho europeo en Derecho interno. La decisión de la Comisión tiene carácter vinculante y eficacia directa, pero el juez nacional no puede, sin más, inaplicar esta norma del Código Civil, pues vulneraría el principio fundamental de seguridad jurídica. Además, conforme a los criterios y excepciones antes establecidas a la seguridad jurídica (*Khüine*), la determinación de la firmeza de las resoluciones judiciales es, ahora, una cuestión del Derecho europeo.

En primer lugar, el TJ, para evitar invadir un ámbito que no le compete, se aproxima al principio de interpretación conforme: *“es necesario recordar que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales interpretar las disposiciones del Derecho nacional, en la medida de lo posible, de forma que puedan recibir una aplicación que contribuya a la ejecución del Derecho comunitario”*. Pero para evitar dejar el asunto en manos del juez, como segunda opción, acude directamente a los efectos de exclusión que antes estudiamos respecto de la Directiva: *“además, resulta de reiterada jurisprudencia que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional”*<sup>1036</sup>.

Aunque en esta última afirmación parece que el TJ se refiera al principio de primacía como fundamento de la desaplicación (y así podría considerarse, pues el TJ cita *Simmenthal*), sin embargo, este principio de primacía es utilizado como fundamento de las dos opciones anteriores. Es decir, si el juez no encuentra disposiciones en Derecho interno que le permitan realizar una interpretación conforme al Derecho europeo, entonces debe inaplicar la norma, excluirla, pues ambas potestades del juez nacional se imponen conforme al principio de primacía. Veamos de nuevo los tres fundamentos jurídicos de la STJ:

*“En este contexto, es necesario recordar que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales interpretar las disposiciones del Derecho nacional, en la*

---

<sup>1036</sup> Ver FFJJ 60 y 61 de la STJ *Lucchini SpA*, cit.

*medida de lo posible, de forma que puedan recibir una aplicación que contribuya a la ejecución del Derecho comunitario. Además, resulta de reiterada jurisprudencia que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional. Tal como se ha declarado en el apartado 52 de la presente sentencia, la apreciación de la compatibilidad de medidas de ayuda o de un régimen de ayudas con el mercado común es competencia exclusiva de la Comisión, que actúa bajo el control del juez comunitario. Esta regla se impone en el ordenamiento jurídico interno a consecuencia del principio de la primacía del Derecho comunitario”.*

Puede considerarse que, en este caso, se produce definitivamente el divorcio entre los efectos de exclusión, propios de una perspectiva formal de la eficacia directa, la interpretación conforme y el propio principio de primacía. En mi opinión, parece que el TJ dijera que, cuando el principio de interpretación conforme no sirva para garantizar los objetivos del Derecho comunitario, el juez siempre estará obligado aun a excluir la norma, pues conforme a la atribución de competencias realizada por los Estados a las Instituciones, los poderes públicos están obligados a conceder eficacia al Derecho derivado de tales competencias. Es esta obligación la que puede calificarse como primacía, como el elemento culminante que permita revisar sentencias firmes, siguiendo al AG Jarabo Colomer, por contradecir la esencia del sistema suprallegal, los fines, objetivos y el efecto útil de los Tratados<sup>1037</sup>.

Esta separación que acabamos de plantear como hipótesis, la distinción entre exclusión, interpretación y primacía del derecho como principio que envuelve ambas soluciones, ha sido planteada en términos similares en otras ocasiones, que pueden valer como apoyo a esta idea. Valga sólo transcribir la decisión final del TJ en la STJ de 18 de diciembre de 2007, asunto *Frigerio Luigi*, C-357/06. La solución planteada al asunto relacionado con la concesión de proyectos públicos, será de nuevo: “*Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, dentro del margen de apreciación*

---

<sup>1037</sup> Un apoyo a esta idea en las Conclusiones de Ruiz Jarabo en el asunto *i-21*, cit., puntos 84 y 85: “Conceder ese vigor inmediato a las normas comunitarias llevaba implícito el reconocimiento de su primacía sobre los sistemas estatales, anunciada en la sentencia de 27 de febrero de 1962, Comisión/Italia, y proclamada de forma explícita por la sentencia Costa/ENEL. Esta resolución, retomando los argumentos de la sentencia Van Gend & Loos acerca de la cesión de soberanía y la especificidad del ordenamiento de la Comunidad, declaró la imposibilidad de que los Estados miembros hagan prevalecer, contra un sistema aceptado sobre el principio de reciprocidad, una medida unilateral posterior, añadiendo que quedarían en entredicho los objetivos de aquel ordenamiento, si su fuerza vinculante variase de un lugar a otro, en razón de legislaciones internas posteriores. Se fundó también en el artículo 189 del Tratado CE (actualmente artículo 249 CE), que, al otorgar carácter obligatorio a los reglamentos, impide que las normas nacionales los obstaculicen, pues de otro modo se pondrían en tela de juicio los basamentos de la Comunidad. El efecto directo y la primacía no son meras técnicas para articular las relaciones entre órdenes jurídicos diferentes, sino la expresión de la Comunidad como una asociación de Estados, de pueblos y de ciudadanos; pero, dado el contexto en el que se dictaron las sentencias Van Gend & Loos y Costa/ENEL, persistía la duda de si tales notas convenían a las directivas. Pues bien, la sentencia *Ratti les* reconoció igual preeminencia, dictaminando que, una vez expirado el plazo para su transposición, quien se ajusta a sus prescripciones no puede verse sometido al derecho nacional aún no adaptado”.

que le conceda su Derecho interno, interpretar y aplicar una disposición de Derecho interno en un sentido conforme con las exigencias del Derecho comunitario y, si dicha interpretación conforme no fuera posible, abstenerse de aplicar cualquier norma de Derecho interno que sea contraria a tales exigencias<sup>1038</sup>”.

A. v) Conclusiones: Interpretación conforme como corolario del principio de primacía

La hipótesis remarcada en el asunto anterior no debe extralimitarse. De lo expuesto hasta ahora, a los efectos de esta tesis, nos basta con señalar la argumentación más contrastada en este capítulo.

El principio de interpretación conforme parte de la necesidad de garantizar la eficacia del Derecho europeo en situaciones en las que las normas europeas no desprenden directamente eficacia directa. La teleología de la interpretación conforme al Derecho europeo debe tender a una interpretación del ordenamiento interno que permita la efectiva aplicación del Derecho comunitario. La teleología de la interpretación conforme tiende a la consagración del Derecho europeo como un ordenamiento jurídico autónomo, es decir, capaz de que sus disposiciones desplieguen eficacia a través de sus propias herramientas jurídicas<sup>1039</sup>.

No es de extrañar que, como argumentaba el AG en el asunto *i-21/Arcaro*, la interpretación conforme haya encontrado su marco germinal en el caso especial de las directivas. Pero también se ha señalado que el principio de interpretación conforme se ha extendido a otras fuentes, e incluso otros ámbitos (*Pupino*). La interpretación conforme, además, tiene consecuencias muy heterogéneas. Al basarse en la búsqueda de disposiciones en todo el ordenamiento nacional que puedan fundar la consecuencia querida por la disposición europea los resultados dependen del juez nacional y son muy variados. Entre éstos se ha observado la concesión de eficacia “indirecta” a las propias directivas o efectos de exclusión de las normas nacionales (*Marleasing*).

Lo que nos interesa particularmente es que, la jurisprudencia sobre la interpretación conforme viene a remarcar la posibilidad de invocar el Derecho europeo aun cuando sus disposiciones no tengan eficacia directa. La utilidad principal de esta jurisprudencia es, como señaló el AG Darmon en las conclusiones presentadas en el asunto *Dekker*, evidenciar una distinción entre la aplicación directa de una directiva a falta de cualquier norma nacional de transposición o en presencia de normas incompatibles de Derecho nacional, y la invocabilidad de una norma comunitaria, eventualmente privada de eficacia directa, con la finalidad de la correcta

---

<sup>1038</sup> Ver STJ *Frigerio Luigi, cit.*, FJ 29

<sup>1039</sup> Ver en este sentido, dentro del debate sobre la contradicción entre Derecho europeo y Seguridad jurídica las conclusiones de Ruiz Jarabo en el asunto *i-21*, C- 392/04, puntos 82 y ss.

interpretación del Derecho nacional o con la finalidad de acudir al TJ para su interpretación<sup>1040</sup>.

La idea central es entonces que el particular encuentra un nuevo acicate para la invocación de disposiciones comunitarias en las que fundamentar pretensiones subjetivas. Se ha dicho tradicionalmente que las normas sin eficacia directa no pueden ser invocadas ante el juez. Pero la jurisprudencia examinada permite determinar que, aun cuando las normas de Derecho europeo no puedan desplegar efectos directos, y como tal invocarse ante el juez nacional, siempre queda aun la obligación del juez de interpretación conforme. También en tal caso la obligación deriva del carácter vinculante de las fuentes derivadas (art. 288 TFUE) y originarias del Derecho europeo. También en tal caso, siguiendo al AG Darmon en el asunto *Verholen*, esta obligación se deduce de la “preeminencia” del ordenamiento comunitario, que presupone que “las normas de tal derecho se aplican uniformemente e inmediatamente sobre la superficie del territorio de la Comunidad<sup>1041</sup>”.

Conforme a esta exigencia de uniformidad y eficacia del Derecho europeo, dijimos que el TJ había proyectado una ampliación de las posibilidades de invocación de disposiciones europeas ante el juez nacional, como fundamento de pretensiones subjetivas frente a los poderes públicos. Esta ampliación, que también se ha observado en la extensión del principio de interpretación conforme a nuevos ámbitos y hacia nuevas consecuencias, parecía tener como finalidad la tutela de los derechos concedidos a los particulares, al mismo tiempo que garantizaba la eficacia y “preeminencia” del Derecho europeo. Ambas finalidades, de nuevo, conducen a los fundamentos de *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL* sobre los que se construía la autonomía del ordenamiento europeo.

La conexión entre el principio de primacía y la interpretación conforme se ha observado en las soluciones de los asuntos *Luchini SpA* y *Frigerio Luigi*. Para el TJ donde las disposiciones europeas no se imponen por su propia eficacia directa, sustituyendo a las normas nacionales, entonces se plantea la obligación del juez de interpretar e integrar el resultado de la norma nacional en el efecto útil de la norma europea. Pero cuando esto no sea posible directamente, el TJ recuerda que el juez nacional está obligado a inaplicar la norma nacional. En estas decisiones se deducía un vicio de incompetencia de los actos internos que contradecían a la disposición europea, incompetencia que debe entenderse desde el carácter vinculante de las

---

<sup>1040</sup> Ver conclusiones del AG Darmon en las conclusiones presentadas en el asunto *Dekker*, C-177/88, de 8 de noviembre de 1990, “*si deve evidenziare una distinzione sottostante ad ogni vostra costruzione giurisprudenziale fra l'invocabilità di una norma comunitaria, eventualmente priva di efficacia diretta, ai fini della corretta interpretazione del diritto nazionale o della possibilità di adire la Corte mediante il rinvio pregiudiziale, e l'applicazione diretta di una norma di diritto comunitario in mancanza di qualsiasi normativa nazionale od in presenza di norme incompatibili di diritto interno; applicazione che presuppone necessariamente il riconoscimento dell'efficacia diretta di tale norma*”.

<sup>1041</sup> Ver conclusiones del AG Darmon en el asunto *Verholen*, presentadas el 29 de mayo de 1998, C-87, 88, 89/90, puntos 21 y 22.

normas dictadas por las Instituciones europeas en materias atribuidas a su competencia en los Tratados.

La obligación de garantizar la eficacia del Derecho europeo, conforme a la STJ *Fratelli Costanzo*, se hacía extensiva a todos los poderes públicos, incluyendo la Administración. En esta sentencia el TJ imponía a la Administración italiana la obligación de aplicar la directiva, incluso de oficio, a pesar de la existencia de reglas nacionales contrarias, fundamentándose precisamente en el principio de primacía<sup>1042</sup>. El fundamento de las herramientas de eficacia del Derecho europeo, como la sustitución, exclusión e interpretación conforme, desde las primeras sentencias ha sido una constante, aun cuando el TJ no ha asumido esta doctrina de manera clara.

En la STJ *Pupino*, por ejemplo, también la AG Kokott había considerado que “el TJ podría haber evitado esta frenética lucha [por fundamentar la extensión del principio de interpretación conforme] si hubiese reconocido que la obligación de interpretación es inherente a cada jerarquía normativa...”. Obviamente, conforme a la doctrina *IN.CO.GE.* '90 estudiada al inicio de la tesis, el TJ no se ha posicionado nunca en estos términos. Igualmente, la doctrina ha encontrado en el principio de primacía un fundamento suficiente de garantía de la eficacia del Derecho europeo<sup>1043</sup>.

Podemos intuir la conexión entre el principio de primacía, como fundamento de la eficacia del Derecho europeo, y la tutela de derechos de los ciudadanos. Como se observó en los asuntos *Arcor* o *Berlusconi* las herramientas de eficacia de las directivas se subsumían en la interpretación conforme, e incluso en este caso, se presentaban determinados límites como el principio fundamental de aplicación de la norma penal más favorable, situación en la que la eficacia de la directiva cedía ante el principio fundamental. También observamos el límite del principio de seguridad jurídica en otro orden de asuntos.

Podríamos decir que el límite del principio fundamental del Derecho penal es precisamente el límite al principio de primacía, podríamos entrar de nuevo a valorar la doctrina de los contralímites que más arriba se comentó. De esta forma podríamos avalar, en cierto modo, la idea de que la interpretación conforme alcanza hasta donde alcanza el propio fundamento del ordenamiento europeo, o su primacía. Sin embargo prefiero señalar que, en el caso *Berlusconi*, por ejemplo, la solución dada optó por la preservación de los derechos del particular. Y que en este asunto, la invocación de la Directiva no se había realizado por el particular en defensa de sus derechos, si no en su perjuicio. Esta idea nos puede conducir de nuevo a la relación existente entre la tutela de los derechos de los ciudadanos y la primacía del Derecho europeo, o dicho de

---

<sup>1042</sup> STJ de 22 de junio de 1989, asunto *Fratelli Costanzo*, C- 103/88. FFJJ 28 y 29.

<sup>1043</sup> También para LENAERTS hubiese sido “más fácil” en el caso de la doctrina de los efectos de exclusión y las relaciones triangulares reclamar la inaplicación del derecho nacional desde el fundamento de la primacía. LAENAERTS, K, COURTHAUT, T., “*Of birds and hedges...*”, cit., pp. 309 y ss.



otro modo, las posibilidades que despliega la primacía para que, al tiempo que es invocada por particulares ante el juez nacional en defensa de pretensiones sustantivas, permita la uniformidad en la aplicación del Derecho.

Sin complicar más nuestro discurso, decir que el propio PESCATORE, en su momento, trató de “flexibilizar las posibilidades de interpretación conforme bajo el influjo del principio de no denegación de justicia” a los ciudadanos, pero también encontró un límite a esta relación, límite basado en que “la tarea del juez es mantener vivo el sistema existente, no inventar la base del mismo<sup>1044</sup>”. Esta es la idea a destacar, la relación entre invocación de pretensiones subjetivas y la función de uniformidad del Derecho europeo. Y esta idea, hasta ahora parece encontrar distintas herramientas en torno a las obligaciones que el principio de primacía impone al juez: la exclusión de la norma nacional, la sustitución de la norma nacional por la europea, y la interpretación del Derecho nacional conforme a la norma europea<sup>1045</sup>.

## B) La responsabilidad del Estado por incumplimiento

### B.i) Origen jurisprudencial

Debemos este último punto a esta tesis. Con ella podría cerrarse el círculo abierto. La pregunta de partida es: cuando los mecanismos estudiados para hacer eficaz el Derecho europeo no funcionan, ¿qué puede hacerse? Si la norma europea no tiene eficacia directa y no puede sustituir a la norma nacional contrastante, si no puede excluirla, pues se pide a las autoridades una acción positiva que perjudica a un particular, y no hay ninguna disposición o principio de Derecho interno que permita interpretar la norma nacional conforme al objetivo de la disposición, ¿qué opción queda para el cumplimiento del Derecho europeo? En esta situación el particular no encuentra herramientas suficientes en el ámbito comunitario que le permitan protegerse de los actos del Estado y, a la vez, garantizar la uniformidad aplicativa de las disposiciones comunitarias.

Fue mérito de la STJ *Francovich* la última posibilidad. La declaración de responsabilidad del Estado por los daños causados por el incumplimiento del Derecho europeo. Debe decirse que esta posibilidad es la única que realmente puede considerarse “enforcement” del Derecho europeo conforme al término anglosajón. Supone un último nivel de garantía destinado a subsanar cualquier fallo en la interpretación y eficacia del Derecho europeo en los momentos anteriores, es decir, es

---

<sup>1044</sup> PESCATORE, P., “La interpretación del derecho comunitario por el juez nacional”, Revista de Instituciones europeas, 23, n.1, 7-32

<sup>1045</sup> Conforme a esta idea, y por todos, LAENAERTS, K., CORTHAUT, T., “Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law”, cit. pp. 287 y ss.

la acción de hacer cumplir lo dispuesto por la norma comunitaria cuando ya ha sido vulnerada<sup>1046</sup>.

La afirmación del principio de responsabilidad por incumplimiento, como deriva de STJ de 19 de noviembre de 1991, asunto *Francovich*, C-6 y 9/90, reposa sobre la cuestión de la eficacia de las directivas. Varios trabajadores de empresas en quiebra reclaman el salario adeudado por sus empresas. Estas empresas se declaran en quiebra. Los trabajadores deciden acudir a los tribunales para la tutela de sus derechos, y frente a la imposibilidad del pago invocan la Directiva 80/987 contra el Estado. Conforme a esta Directiva se imponía a los Estados la obligación de establecer las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo de protección en caso de insolvencia del empresario. El plazo para llevar a cabo estas acciones expiró sin que Italia hubiese implementado tales medidas. Recurriendo a la doctrina *Becker* los demandantes consideraron que de dicha Directiva derivaban derechos invocables frente al Estado.

El TJ entenderá que de la Directiva derivan derechos para los trabajadores suficientemente precisos e incondicionales, aptos para ser invocados. El problema, sin embargo, será que “aun cuando las referidas disposiciones de la Directiva sean suficientemente precisas e incondicionales en lo que respecta a la determinación de los beneficiarios de la garantía y al contenido de esta última [...] dichas disposiciones no precisan quién es el obligado a prestar la garantía y, por otra parte, el Estado no puede ser considerado como obligado sólo por no haber adoptado en el plazo establecido las medidas de adaptación de su Derecho nacional a la Directiva<sup>1047</sup>”.

Sin embargo, negar sin más las posibilidades de efectividad del ordenamiento europeo, negar su utilidad para los ciudadanos de los Estados miembros en casos como el presente, desmontaría toda la doctrina elaborada hasta el momento, y desmembraría la estructura de todo el sistema, pues la eficacia y la primacía no serían ya baluartes de un ordenamiento autónomo, sino de un ordenamiento cuya eficacia de sus normas “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”, sería un ordenamiento en el que una fuente vinculante, según los Tratados, como la directiva, vería “supeditada” su eficacia a voluntad del Estado<sup>1048</sup>, destruyendo su carácter supranacional distinto del Internacional.

---

<sup>1046</sup> tal y como especifican Curtin/Mortelmans “*enforcement is in fact a «stick» in the cupboard, to be utilized only in case of real necessity*”, CURTIN, D., MORTELMANS, K., “*Application and enforcement of Community law...*” op. cit. p. 42.

<sup>1047</sup> FJ 26 STJ *Francovich*, cit.

<sup>1048</sup> Ver FFJJ 33 y 34, STJ *Francovich*, cit.,

Ante la deconstrucción de la naturaleza del sistema, el TJ, tendrá entonces que enarbolar de nuevo la interpretación sistemática y teleológica utilizada en los asuntos *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL*, para asentar de manera sólida un nuevo principio del Derecho comunitario. De hecho, se basará en los aspectos más relevantes de ambas sentencias: el reconocimiento de los ciudadanos de los Estados como sujetos de Derecho europeo, y la obligación de los jueces nacionales de garantizar la plena eficacia de las normas europeas y de tutelar los derechos de los ciudadanos.

Estos argumentos se han utilizado en esta tesis como exponentes de las dos funciones básicas de la invocación del Derecho por los ciudadanos y se han concentrado en el principio de primacía. En *Francovich* ahora fundamentarán el principio de responsabilidad del Estado por los daños resultantes del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho europeo.

Debe destacarse que el TJ acudirá a principios básicos en la materia para imponer un límite, basado en la naturaleza de la directiva. Para que el principio ahora reconocido pueda desplegar sus efectos se imponen tres requisitos: que la disposición vulnerada por el Estado implique la atribución de derechos a los particulares, que el contenido de estos derechos sea identificado, y que exista una relación causa-efecto entre el incumplimiento y el daño sufrido por el particular.

Al igual que en los casos anteriores, el principio de responsabilidad por incumplimiento seguirá una evolución expansiva en la jurisprudencia del TJ, evolución que parece tener la finalidad de ampliar las situaciones de invocación del incumplimiento del Estado por el particular ante los jueces nacionales.

#### *B. ii) Extensión del principio*

Así poco tiempo después, en la STJ de 5 de marzo de 1996, asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, C-46 y 48/93, el TJ ampliará el ámbito de aplicación de la doctrina *Francovich* frente a otros actores. En estos asuntos acumulados, a los efectos de esta tesis, entre las múltiples preguntas planteadas por los jueces nacionales alemán y británico, aparece una cuestión central e idéntica: ¿es aplicable el principio de responsabilidad por incumplimiento cuando la violación del Derecho europeo es imputable al legislador nacional?

La respuesta del TJ es clara.

*Si “en el ordenamiento jurídico internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional, también es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo. Con mayor razón aún debe ocurrir así en el*

*ordenamiento jurídico comunitario en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares<sup>1049</sup>”.*

Por lo tanto, la responsabilidad por daños causados mediante el incumplimiento del Derecho europeo puede imputarse incluso al legislador.

Las opiniones contrarias a esta decisión fueron variadas entre los presentes en el procedimiento. Concretamente, algunos ejecutivos consideraban que el principio de *Francovich*, suponía una simple herramienta para colmar la carencia de eficacia directa de la directiva, por lo que la responsabilidad por incumplimiento sólo podría predicarse de la violación de disposiciones sin eficacia directa, la directiva. Argumentaban, pues, que el TJ, en aquella sentencia inicial había querido “simplemente colmar una laguna del sistema de garantía de los derechos de los particulares<sup>1050</sup>”. La respuesta vuelve sobre el fundamento de la naturaleza autónoma del ordenamiento europeo. El Derecho es autónomo porque aúna las garantías de eficacia de sus normas con la garantía de los derechos de los ciudadanos:

*“es jurisprudencia reiterada que la facultad que tienen los justiciables de invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales las disposiciones directamente aplicables del Tratado sólo constituye una garantía mínima y no basta para asegurar por sí sola la aplicación plena y completa del Tratado. Destinada a hacer prevalecer la aplicación de disposiciones de Derecho comunitario frente a disposiciones nacionales, esta facultad no puede, en todos los casos, garantizar al particular el disfrute de los derechos que le confiere el Derecho comunitario y, en especial, evitar que sufra un perjuicio por una violación de este Derecho imputable a un Estado miembro. Pues bien, como se deduce de la sentencia *Francovich* y otros, antes citada, apartado 33, 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”.*

Es interesante esta fundamentación, clave en mi opinión, porque permite deducir dos ideas. En primer lugar, la eficacia directa predicada de algunas disposiciones del Derecho europeo, aun siendo un principio esencial de la estructura del ordenamiento,

---

<sup>1049</sup> Ver FJ 34 de la STJ *Brasserie du Pêcheur*, *cit.*, La jurisprudencia acerca de la extensión del principio de responsabilidad por incumplimiento, se confirma en el ámbito legislativo por la STJ de 9 de diciembre de 2003, Comisión c. Italia, en la que condena al legislador italiano por no haber modificado la legislación cuya interpretación por los jueces nacionales no era respetuosa con la jurisprudencia comunitaria.

<sup>1050</sup> Ver FJ 18 de la STJ *Brasserie du Pêcheur*, *cit.*, También STJ de 17 de septiembre de 1997, asunto *Dorsch Consult*, C-54/96.

no es el fin en sí mismo de los Tratados, sino una herramienta. La invocación de Derechos sustantivos fundamentados en el ordenamiento jurídico europeo está destinada a hacer prevalecer la aplicación de disposiciones de Derecho comunitario, y esta finalidad, debe garantizarse con el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento. En segundo lugar, y por añadidura, para la efectividad del ordenamiento europeo no basta con garantizar los derechos que se conceden a los particulares por el ordenamiento comunitario, es necesario hacer prevalecer la aplicación prevalente de sus normas, y viceversa.

De este modo, la extensión del principio de responsabilidad vuelve a fundamentarse sobre un contenido amplio de la primacía: para la garantía de la eficacia del Derecho europeo y la tutela de los derechos de los ciudadanos. Por ello es necesario ampliar las situaciones en las que un particular pueda invocar las disposiciones comunitarias independientemente de su eficacia directa.

La extensión definitiva del principio aparecerá con la STJ de 30 de septiembre de 2003, asunto *Kobler*, C-224/01. Con esta decisión el TJ terminará de cerrar el círculo ampliando la imputabilidad de la responsabilidad por incumplimiento a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

En este asunto, el Sr. Kobler, catedrático de universidad, solicita un suplemento del salario por considerar que cumple con los 15 años de antigüedad, exigidos en la ley austriaca. Ante la desestimación de sus pretensiones por la administración, el Sr. Kobler se considera víctima de una discriminación injustificada desde el punto de vista del Derecho comunitario, pues la derogación se había basado, según el demandante, en su nacionalidad alemana. El órgano jurisdiccional encargado del asunto planteó una primera cuestión prejudicial, cuestión que fue retirada mediante consenso con las partes, por haber sido contestada con anterioridad en otra sentencia del TJ. El “precedente” del TJ daba la razón al Sr. Kobler considerando que la medida suponía una limitación de la libertad de circulación de trabajadores<sup>1051</sup>, pero la aplicación que el órgano jurisdiccional de última instancia realiza finalmente considera fundadas las razones de la denegación del complemento salarial, y la sentencia nacional, por ser órgano de última instancia, adquiere carácter de cosa juzgada en contra de la pretensión del demandante. El Sr. Kobler interpondrá recurso por incumplimiento contra el propio órgano jurisdiccional.

La interposición del recurso dará lugar a otra cuestión prejudicial de la que deriva esta Sentencia. En dicha sentencia el TJ no considerará que el incumplimiento cumpla los requisitos específicos para que deba responder del mismo el Estado, el incumplimiento no es manifiesto. El TJ considera que no ha vulnerado la obligación de la STC CILFIT de obligación de reenvío prejudicial, pues aun cuando es obvio que

---

<sup>1051</sup> Ver STJ de 15 de enero de 1998, *Schöning-Kougebetopoulou*, C-15/96

aun cabía una duda razonable sobre la interpretación de la jurisprudencia proporcionada por el propio TJ, la respuesta no era evidente<sup>1052</sup>. Esto exime al Estado de responder por los perjuicios causados.

Lo realmente relevante será, que el TJ considera que el Estado puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento causada por una decisión de un órgano jurisdiccional:

*“Habida cuenta de la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que los particulares deducen de las normas comunitarias, se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se reduciría la protección de los derechos que reconocen si los particulares no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia. A este respecto es preciso subrayar que un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia constituye por definición el último órgano ante el cual los particulares pueden alegar los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico comunitario. Dado que una violación de estos derechos por una resolución que ha adquirido firmeza de un órgano jurisdiccional de ese tipo normalmente ya no puede ser rectificadora, no se puede privar a los particulares de la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado con el fin de obtener por dicha vía una protección jurídica de sus derechos”<sup>1053</sup>.*

Con esta jurisprudencia se termina de extender el principio de responsabilidad por incumplimiento del Estado a todos los poderes públicos que lo componen. Más allá, se cierra el ciclo de las posibilidades de invocación del ciudadano, pues, junto a la objetivación de aquellas dudas de interpretación o validez del Derecho europeo que daba lugar a la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial, ahora el TJ sienta doctrina sobre las repercusiones del no planteamiento de la cuestión prejudicial y la no aplicación de los criterios dictados por el TJ.

### C) Las formas de invocación de la Primacía. Efectividad y eficacia desde los ciudadanos. Cuatro posibilidades.

Sirvan las breves apreciaciones que realizaré a continuación como una presentación de las conclusiones de esta tesis.

<sup>1052</sup> Ver FFJJ 122 y 123 de la STJ *Kobler*, cit.

<sup>1053</sup> FFJJ 33 y 34 de la STJ *Kobler*, cit.,

Todo el capítulo IV ha tenido un único hilo conductor. La primacía es el principio fundamental con el que se expresa la naturaleza supranacional del Derecho europeo, su naturaleza autónoma. Los demás principios generales tratados (eficacia directa, interpretación conforme y responsabilidad por incumplimiento) son diversas formas con las que actúa la primacía.

La naturaleza supranacional del Derecho europeo se condensa en su carácter autónomo, esto es, despliega efectos por sí mismo y sus disposiciones tienen un fundamento de validez propio. Estas consecuencias de su carácter autónomo se han expresado en la jurisprudencia seminal *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL*. En estas sentencias se argumentaba que el Derecho europeo conformaría un ordenamiento autónomo en la medida en que fuese capaz de cumplir con sus dos objetivos primordiales: desplegar eficacia de manera uniforme en todo su territorio, consagrando así el concepto de Unión o Comunidad de Estados; y hacerse efectivo como ordenamiento, ser aceptado de forma general como derecho vinculante para resolver conflictos socio-jurídicos. Ambos objetivos, en mi opinión, se condensan en el principio de primacía, pues esta garantiza la eficacia de las disposiciones europeas imponiendo su prevalencia aplicativa sobre el Derecho nacional por su propia autoridad, y además permite que en el caso concreto el Derecho europeo se haga efectivo desplazando la norma nacional. Además permite la depuración del sistema imponiendo, en el caso concreto, la coherencia y plenitud necesaria para dotar de unidad al Derecho europeo. En definitiva, el principio de primacía condensa, en mi opinión, las posibilidades de su eficacia uniforme del Derecho europeo y la garantía de tutela de los ciudadanos.

La eficacia directa no ocupa este lugar. Aunque se haya confundido con las posibilidades de invocación de las normas europeas por los ciudadanos, y aunque su alumbramiento sea, técnicamente anterior, no puede ocuparlo, pues en los casos en los que las normas europeas no pueden aplicarse directamente, se entendería que el Derecho europeo pierde su naturaleza supranacional. La eficacia directa supone la concreción en la norma europea de determinados requisitos materiales que no siempre se dan. En el caso de las directivas, por ejemplo, no tienen por naturaleza eficacia directa, pero no puede dudarse que son fuentes de un ordenamiento supranacional que tiene carácter vinculante e imponen obligaciones a los Estados. El carácter vinculante de las normas derivadas de los Tratados impone que, a pesar de su naturaleza desplieguen los efectos propios de la naturaleza autónoma del Derecho europeo, so pena de que éste pierda su carácter supranacional. La Directiva, por ser vinculante, en mi opinión goza de la primacía que impregna la naturaleza supranacional de las fuentes del Derecho de la UE.

No es extraño que todo este capítulo se haya centrado en las posibilidades de la directiva de desplegar eficacia ante el incumplimiento del Estado de las obligaciones que le impone. Pero no hemos hablado de eficacia directa de la directiva, pues hemos

visto cómo los criterios utilizados originariamente para este fin respecto de la directiva se expanden y amplían a otras fuentes y otras situaciones más allá del mero incumplimiento del Estado.

Lo expuesto hasta aquí expresa que la primacía, inherente a la naturaleza del ordenamiento supranacional europeo, puede ser invocada por los particulares. Esta invocación tiene una doble función. Por un lado conceder eficacia a las normas europeas, por otro lado, tutelar los derechos concedidos por el ordenamiento europeo, derechos que a su vez, al garantizarse hacen eficaces las normas que los conceden a los particulares. Por ello no debe resultar extraño que el principio de primacía se haya desarrollado de forma jurisprudencial junto a las posibilidades de invocación del Derecho europeo por los ciudadanos. Concretamente, la primacía ha adquirido un sentido más cercano al de invocación frente a la actuación de los poderes públicos estatales, encargados de aplicar en última instancia el Derecho europeo.

Esta invocación puede aparecer clasificada en cuatro formas distintas según el objetivo deseado: exclusión de la norma nacional, sustitución de la norma nacional por la norma europea, interpretación de la norma nacional conforme al ordenamiento europeo o, cuando ninguno de estos efectos permite la actuación acorde al derecho, responsabilidad de los poderes públicos por los perjuicios sufridos.

Las posibilidades de los ciudadanos de invocar normas no residen exclusivamente en que el Derecho europeo conceda derechos a los ciudadanos que deben tutelarse, sino más bien, en que los ciudadanos pueden tener un interés legítimo en que los poderes públicos cumplan con sus obligaciones derivadas del Derecho europeo. Si estas obligaciones benefician a los ciudadanos en su cotidianidad, significa que el ordenamiento europeo se hace efectivo, y en consecuencia, los ciudadanos pueden tener también un interés concreto en que las disposiciones europeas desplieguen eficacia en sus asuntos.

En consecuencia, la primacía se alimenta del valor que le otorguen los ciudadanos, de la forma en que se invoque por los ciudadanos, pues invocar la primacía del Derecho europeo supone otorgar efectividad a su ordenamiento, y ello supone concederle validez autónoma frente al Derecho estatal. Por ello la primacía puede tener esos mismos cuatro efectos concretos, y por ello el TJ, garante último de la eficacia del Derecho europeo, ha expandido los contornos tradicionales del principio de primacía, pues, no basta con inaplicar la norma nacional, sino que es necesario que la norma europea conserve su carácter autónomo y efectivo.

Los efectos de exclusión, sustitución, interpretación conforme o responsabilidad de los poderes públicos, tienen la finalidad de resolver los problemas que se suscitan entre el Derecho europeo y el Derecho nacional, y al mismo tiempo, configuran herramientas procedimentales para la invocación de los particulares ante el juez



nacional de pretensiones subjetivas fundadas en Derecho europeo. Mediante esta invocación se refuerza la tutela de los derechos concedidos por el ordenamiento europeo a los ciudadanos, pero a la vez, posibilita poner de manifiesto ante la jurisdicción aquellas situaciones concretas en las que, un conflicto normativo, podría quebrantar las exigencias de uniformidad aplicativa del Derecho europeo y la efectividad de su ordenamiento.

## **CONCLUSIONES**

I. La Tesis doctoral que aquí se presenta se enmarca en el estudio del Derecho de la UE desde parámetros constitucionales. El sentido histórico del constitucionalismo, y de la ciencia constitucional, tienen por objeto la ordenación y limitación del poder en garantía de los derechos de los ciudadanos. Desde esta base se presenta aquí al principio de primacía como una herramienta constitucional del Derecho europeo, funcional a la limitación del poder y a la garantía de derechos de los ciudadanos.

La utilización en esta tesis de herramientas conceptuales y metodológicas del Derecho constitucional aplicadas al ámbito europeo exigían plantear dos cuestiones iniciales: ¿tienen los conceptos constitucionales tradicionales validez cuando se trata de la construcción de un orden constitucional supranacional? ¿pueden estos conceptos trasladarse sin más al ámbito supranacional? A la primera pregunta se ha respondido afirmativamente. El Derecho constitucional es absolutamente necesario en el contexto actual de la globalización. A la segunda respuesta hemos debido responder negativamente, la UE no se conforma como el Derecho estatal ni como el Derecho internacional, constituye un ordenamiento jurídico sui generis al que no pueden trasladarse sin más los conceptos constitucionales. La causa principal es que en el momento actual de desarrollo del proceso de integración, aun no se dan las condiciones materiales ni institucionales necesarias que permitan equiparar el nivel de desarrollo constitucional de la UE con el de los Estados democráticos y constitucionales de Derecho.

Estos planteamientos nos han hecho detenernos en el Capítulo I en el estudio del fenómeno de la globalización y en la naturaleza de la UE, con la finalidad de mostrar que, hoy día, en el contexto global, el Derecho constitucional debe seguir siendo un mecanismo relevante para la limitación del poder del Estado frente a sus ciudadanos. La función que cumple el Derecho constitucional como mecanismo de articulación de las relaciones entre el Estado y la sociedad lo convierten en una más que posible solución a los problemas que surgen en la relación entre los poderes públicos y los ciudadanos en el contexto actual de la globalización.

II. Como se ha dicho la globalización evidencia hoy una interrelación total entre elementos y factores a escala global. Lugares lejanos influyen directamente sobre los acontecimientos locales, y los fenómenos económicos se confunden con los políticos, sociales o medio ambientales. Esta interrelación escapa a la tradicional capacidad de regulación de los Estados, excede los mecanismos jurídico-políticos estatales para regular y dar solución a los conflictos sociales (objeto del Derecho). Por ello se tiende a pensar que la globalización ha provocado una profunda crisis del modelo tradicional del Estado nación. Se considera de forma generalizada que los Estados han perdido su

poder de regulación y su capacidad de influencia debido, por un lado, a la ampliación de los espacios de relación socio-económica, y por el otro a la proliferación de nuevos actores globales de carácter económico-privado que producen una progresiva privatización de la esfera pública, limitando la capacidad política de decisión del Estado y obligando a los poderes públicos a adaptarse a sus dictados (véase, por ejemplo en el escenario de crisis económica actual, la pérdida de capacidad de decisión política del Estado frente a las exigencias de los mercados).

Sin embargo, en términos generales, ha tratado de advertirse que no son los Estados los perjudicados en mayor medida por el fenómeno global, sino los ciudadanos de los Estados, pues éstos han visto menoscabada su posición en los sistemas constitucionales internos y sus posibilidades de controlar la actuación de los poderes públicos.

Ciertamente los Gobiernos de los Estados, los que ostentan el poder de representación de los mismos en el ámbito internacional, pierden capacidad en el ámbito interno a la hora de proyectar regulaciones suficientemente eficaces para disciplinar ámbitos globalizados como la economía, el medio ambiente, la energía o la delincuencia virtual. Los Estados han perdido su tradicional monopolio de regulación de los conflictos sociales. Pero no podemos olvidar que, los Gobiernos, siguen siendo actores privilegiados en el marco global y que, por eso, con la globalización han adquirido una nueva capacidad de influencia en ámbitos externos.

La causa se encuentra en que la globalización socio-económica ha provocado una paralela globalización jurídica. Los Gobiernos han impulsado organismos internacionales de cooperación política donde concertar regulaciones para tratar de resolver de manera conjunta aquello que por sí mismos se ven incapaces de controlar. Los ámbitos particulares de decisión política de los Estados se trasladan ahora hacia foros internacionales de discusión, concertación y regulación de actuaciones conjuntas que, conforme avanza el proceso de la globalización, adquieren mayor relevancia y acaparan ámbitos de decisión más amplios. Pero debe enfatizarse que en estos organismos internacionales el sistema de decisión se basa en la concertación intergubernamental. Los Gobiernos de los Estados son los únicos partícipes de un proceso de producción normativa a nivel internacional que vincula a las Administraciones y a los ciudadanos, y que sin embargo escapa de las garantías constitucionales internas (como la necesaria participación de las minorías políticas).

La deliberación político-jurídica en los organismos internacionales puede permitir a los Gobiernos de los Estados vincular su sistema normativo a pactos producidos al margen de las garantías constitucionales de sus ordenamientos jurídicos, mediante las cuales los ciudadanos encontraban, a través de su formalización y procedimentalización democrática, una garantía frente a posibles abusos de poder. La producción normativa internacional se separa del procedimiento democrático-

constitucional basado en la contraposición entre mayorías y minorías y el control político de las decisiones gubernamentales en sede parlamentaria.

Las posibilidades de regulación de los conflictos globales que ofrecen los organismos internacionales y el Derecho internacional tienen, como contrapartida, la progresiva degradación de las reglas del juego institucional y de los límites y vínculos que las mismas imponen, a nivel interno, a los poderes públicos del Estado constitucional de Derecho. Como consecuencia los gobiernos de los Estados pueden participar de aquellas actuaciones internacionales que, si fuesen acordadas en el nivel interno, podrían resultarles gravosas política o jurídicamente, encontrando un margen de actuación más amplio.

Por contra, tales regulaciones internacionales se enmarcan en el Derecho Internacional Público, espacio en el que, por lo general los ciudadanos no son sujetos de Derecho y carecen de adecuados sistemas de garantías jurisdiccionales para protegerse de las consecuencias de las normativas internacionales. Los ciudadanos se encuentran marginados en la esfera internacional en el momento de toma de decisiones intergubernamentales donde sólo se representan de manera indirecta por Gobiernos sustentados sobre mayorías (en caso de que estos Estados sean democráticos).

Por ello, la globalización jurídica y la proliferación de organismos internacionales han supuesto, más que una limitación del poder del Estado, un menoscabo para el Estado Constitucional Democrático de Derecho, pues desvincula la actuación del Estado del control y la responsabilidad ante los ciudadanos. El problema principal es que en el ámbito de la cooperación intergubernamental no existe un marco constitucional a nivel internacional que articule la participación de los ciudadanos y ofrezca suficientes garantías de control de la actuación de los Gobiernos de los Estados cuando toman decisiones a este nivel. No existen, ni son esperables, condiciones institucionales, procedimentales o materiales que permitan la construcción de un espacio público internacional en el que se articulen los procedimientos de control y limitación del poder en garantía de derechos de los ciudadanos propia de los sistemas constitucionales.

Desde una perspectiva global, entonces, el Derecho Constitucional, como ciencia jurídica, se enfrenta a la necesidad de recomponer los vínculos entre la ciudadanía y los poderes públicos de sus Estados cuando estos actúan haciendo frente a los retos globales en el marco internacional. Hoy más que nunca los instrumentos constitucionales se hacen necesarios en el paradigma de la globalización.

III. La UE tiene como principal misión la regulación de los nuevos conflictos socio-económicos de carácter global. Por ello, en tanto que organismo creado para regular aquellas cuestiones que escapan al ámbito de actuación del Estado, la UE

entraña los mismos peligros que cualquier foro internacional para los sistemas constitucionales. Estos problemas, en el marco de la UE pueden incluso agravarse.

Debe tenerse en cuenta que la UE constituye un ente supranacional, autónomo, conformado a través de Tratados internacionales en los que los Estados atribuyen competencias soberanas a las Instituciones europeas. Estas Instituciones tienen potestad para dictar actos normativos vinculantes para los ciudadanos y los Estados que, además, gozan de eficacia directa y primacía sobre el nivel interno. La UE conforma así un verdadero poder público supranacional.

La cuestión clave es si ese poder público europeo se articula conforme a parámetros constitucionales, es decir, si se han creado en los Tratados europeos mecanismos adecuados de limitación y control del poder público ejercido por las Instituciones europeas en garantía de los derechos de los ciudadanos. Para que la UE pueda ser considerada una organización constitucional a nivel supranacional debería estructurarse de manera funcional a los dos rasgos fundamentales del constitucionalismo contemporáneo: el principio democrático (como directriz de la ordenación del poder) y el Estado de Derecho (como esencia de la limitación del poder mediante el Derecho). La UE sólo podrá considerarse como una organización constitucional a nivel supranacional en la medida en que dé cumplimiento a ambas premisas, de lo contrario el poder supranacional creado mediante la cesión de competencias por parte de los Estados no haría sino trasladar poder público nacional a una zona franca libre de controles y límites constitucionales.

IV. Respecto del desarrollo del Estado de Derecho debe decirse que la UE se ha configurado como una verdadera “Comunidad de Derecho”. Esta consideración implica que todos los poderes públicos y los sujetos de Derecho europeo (ciudadanos y particulares) se encuentran igualmente sometidos al Derecho nacido de los Tratados. La constatación de la Comunidad de Derecho implica que el poder se encuentra limitado por el Derecho. Ha sido mérito del TJ la articulación jurídica de este principio constitucional clave en la UE, pues, a través de sus Sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL*, anticipó que la forma más efectiva de garantía de la vinculación de los poderes públicos al Derecho europeo es permitir a cada uno de los ciudadanos fundar sus pretensiones en el ordenamiento europeo e invocar sus normas ante las jurisdicciones nacionales.

Los procedimientos de invocación del Derecho europeo se encuentran en el corazón del Derecho constitucional europeo, puesto que tienen un resultado directo sobre la naturaleza de su ordenamiento y su estructura. Con la posibilidad de que los ciudadanos invoquen pretensiones fundadas en un Derecho supranacional frente a los Estados se garantizan a la vez el cumplimiento de las obligaciones europeas de los Estados y la tutela de los derechos concedidos a los particulares por las disposiciones de origen europeo. Si el problema fundamental de los mecanismos de regulación

internacional es que desvinculan a ciudadanos y Estados cuando hacen frente a problemas globales (en la esfera internacional), la UE puede ser útil a la recomposición de esos vínculos bajo la imposición de un Derecho común a todos los sujetos, un Derecho que regule la actuación de los poderes públicos cuando conciertan sus políticas y normativas en la globalización, un Derecho, además, invocable por los ciudadanos ante la jurisdicción frente a sus propios Estados.

El problema es que el Derecho europeo que vincula a ciudadanos y Estados debe tener una configuración democrática, pues si adolece en su producción de los mismos procedimientos y garantías democráticas que el Derecho convencional de naturaleza internacionalista, nos encontraremos de nuevo en el punto de partida. Si se llega a la conclusión de que son los Estados los productores de las normas que ulteriormente limitarán su propia actuación a escala europea frente a los ciudadanos, la Comunidad de Derecho, la imposición de normas supranacionales a la actuación de los Estados en la resolución de problemas globales no tendría ningún sentido.

V. Respecto del principio democrático debe señalarse de entrada que pese a la complejidad institucional y normativa del Derecho europeo, en el momento actual de desarrollo del proceso de integración, aun no se dan las condiciones adecuadas para la articulación de un verdadero espacio público europeo que permita el desarrollo de la democracia constitucional.

La UE se sustenta sobre una legitimidad dual, esta se expresa en un sistema institucional y decisorio articulado a través de intereses particulares: el interés general de la Unión (representado en la Comisión), el interés de los Estados (representados en el Consejo) y el interés de los ciudadanos (representados en el Parlamento Europeo). Aunque en la evolución de los Tratados se ha observado un mayor equilibrio institucional y procedimental entre estos intereses, lo cierto es que aun predomina en muchos aspectos el interés de los Gobiernos de los Estados frente al interés de los ciudadanos de la Unión. Los gobiernos estatales controlan la producción normativa de un Derecho que se aplica posteriormente de manera directa en los Estados y que prevalece sobre el Derecho nacional.

La causa de esta preponderancia de los intereses gubernamentales en el gobierno y la legislación europea se debe a que, en el proceso de construcción de la UE la voluntad democrática de la ciudadanía ha sido marginada. Así la construcción institucional y los mecanismos de poder de la UE se han construido a través de Tratados donde la participación de la ciudadanía ha sido escasa o nula (elaborados en Conferencias intergubernamentales) y que han dado lugar a un sistema de democracia representativa deficiente en relación con las construcciones estatales. Como consecuencia, tanto el Derecho originario como el derivado, se producen mediante mecanismos que carecen de una legitimidad democrática suficiente.

El déficit democrático de la UE, pese a los avances en la materia, sigue siendo la principal traba para una mayor integración político-constitucional.

En el momento global en el que nos encontramos se impone reconstruir los vínculos constitucionales entre el poder estatal y sus ciudadanos. Pero en el ámbito europeo, ello requiere de decisiones y acciones de carácter político constitucional que profundicen en la integración política y favorezcan la creación de las condiciones materiales e institucionales necesarias para el desarrollo de un verdadero espacio público europeo. Ante la inactividad de los productores de los Tratados (el Consejo Europeo) y ante la carencia de un espacio público real, las posibilidades de estructurar el funcionamiento de la UE en clave democrático-constitucional son nulas.

VI. Debido a las carencias democráticas del Derecho de la UE, se ha producido en mi opinión, como una posible compensación, un progresivo desarrollo de los mecanismos que configuran la Comunidad de Derecho. Fundamentalmente de aquellas herramientas que permiten la participación de los ciudadanos en los procesos jurisdiccionales donde se ventilan cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho europeo. E igualmente de las posibilidades de los ciudadanos de invocar derechos subjetivos europeos frente a la actuación de los Estados. Estos mecanismos se desarrollan a partir de los principios de primacía y eficacia directa.

En mi opinión, dado que en el plano político las vías de participación de la ciudadanía son deficitarias y se encuentran bloqueadas, la evolución de la jurisprudencia del TJ ha permitido la apertura de vías de intervención de los ciudadanos sobre el plano jurídico.

VII. Esta premisa se observa con particular incidencia en la evolución jurisprudencial del principio de primacía. En el análisis de la jurisprudencia del TJ se observa que el principio de primacía ha pasado de observarse inicialmente como una herramienta de articulación de las relaciones entre ordenamientos hacia una configuración como instrumento de invocación de pretensiones subjetivas de los ciudadanos frente a los Estados.

Este desarrollo se debe a dos factores esenciales y consecutivos. En primer lugar, la UE carece de una verdadera constitución en sentido normativo y formal, esto es, de una norma suprema que permita reconducir el pluralismo ordinamental (ordenamiento estatal y europeo) hacia la unidad. En segundo lugar, actualmente el sistema jurídico europeo se conforma por ordenamientos separados, con fuentes de validez autónomas, que sin embargo están obligados a integrarse y relacionarse, especialmente en el momento de conformación de la norma aplicable al caso concreto. En este marco se produce la continua interacción entre el espacio constitucional de los Estados y el espacio europeo, interacción que ha permitido un desarrollo del Derecho

constitucional europeo, en sentido amplio, y que se expresa a través de la jurisprudencia del TJ y de los Tribunales constitucionales.

La jurisprudencia de estos tribunales, en relación con el principio de primacía, ha sido heterogénea. Ello se debe a que las cuestiones que tratan de resolver los tribunales cuando atienden al principio de primacía no pueden ser resueltas mediante argumentos jurídicos, sino sólo mediante la acción política, pues los problemas de articulación entre el espacio constitucional estatal y el Derecho europeo, se concentran en las carencias democráticas de este, y por tanto, en la necesidad de un profundo desarrollo de la UE que sólo puede venir impulsado en la escena político-constitucional. Es decir, en este marco los tribunales constitucionales de los Estados y el TJ tratan de resolver jurídicamente problemas que sólo son solucionables mediante el procedimiento político y una reforma profunda del proceso de integración. Por ello, en relación con el principio de primacía, el llamado diálogo entre tribunales se encuentra hoy día en un punto muerto, pues cada tribunal atiende a un concepto de primacía que depende de fundamentos internos, pues no existe un fundamento político-constitucional común del mismo.

El principio de primacía, ha encarnado por ello las dificultades y carencias político-constitucionales para estructurar el pluralismo ordinamental en la UE, y por ello su contenido concreto se ha visto difuminado y varía dependiendo del ordenamiento desde el que se observe, y del tribunal encargado de resolver el conflicto normativo, pues cada tribunal atiende a argumentos internos ante la imposibilidad de reconducir el conflicto a través de un fundamento normativo constitucional común.

Por ello, un análisis de la primacía debe tratar de distinguir soluciones jurídicas de soluciones político-constitucionales, y si pretende acercarse lo máximo posible al contenido del principio, debe hacerlo desde el análisis de los casos concretos, y no tratando de advertir en este principio soluciones a la articulación de las relaciones entre ordenamientos, pues éstas sólo pueden solventarse mediante la vía política.

VIII. El TJ, atendiendo a su obligación de garantizar el Derecho, volcó todos sus esfuerzos iniciales en garantizar que el Derecho europeo fuese aplicado de manera uniforme en todos los Estados miembros.

Para ello ideó toda una teoría sobre la naturaleza autónoma de la UE. El TJ quería remarcar que el Derecho europeo no ostentaba el estatus derivado de las Constituciones nacionales, pues de ser así su eficacia y grado de cumplimiento podría ser distinto en cada Estado miembro, sino que éste se imponía por sí mismo, por su propia autoridad en tanto que ordenamiento autónomo que no hacía depender su validez o eficacia del ordenamiento de los Estados. Para que las normas del Derecho



europeo tuviesen el mismo valor vinculante en todo el territorio de la Unión, los mecanismos para garantizar su eficacia debían ser también autónomos.

Mediante las Sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL* el TJ concretó la autonomía del ordenamiento europeo e interpretó desde los tratados la existencia de dos principios autónomos de eficacia del Derecho europeo: la aplicación directa y la primacía.

A través de esta jurisprudencia el TJ configuró el principio de primacía a través de un doble fundamento:

1. Su carácter ontológico existencial, es decir, la primacía era una condición “existencial de la Comunidad” (Pescatore). Si el Derecho de cada Estado pudiese prevalecer sobre las normas europeas, la creación de la Comunidad de Derecho carecería de sentido. En una Comunidad jurídica las normas comunes “deben permanecer comunes”. Los Estados miembros habían constituido un organismo de naturaleza supranacional para resolver conflictos globales de manera integrada, por ello la propia finalidad y los objetivos de los Tratados, su efecto útil, exigían que las disposiciones europeas fuesen aplicadas de forma general, uniforme e incondicionada en todos los Estados miembros: exigía la consideración de la naturaleza autónoma del Derecho europeo. La primacía cumplía así una condición fundamental de naturaleza *político-constitucional*. La primacía se convertía, en expresión de la elección por un determinado modelo de división del poder: una atribución de poder público a un ente distinto a los sujetos a los que pretende regular, ciudadanos y Estados. La primacía expresaba el lugar que ocupan las Instituciones europeas, dotadas de poder público, frente a las instituciones nacionales y sus ciudadanos, y en consecuencia, el lugar que ocupa el Derecho derivado de ellas frente al Derecho nacional, manifestaba así un determinado modelo de ordenación del poder: la imitación del poder del Estado a favor de la consecución de unos objetivos comunes.

2. Su función propiamente técnico- jurídica. La primacía es un instrumento de resolución de conflictos normativos en casos concretos. Atendiendo al imprescindible carácter vinculante y la eficacia uniforme del Derecho europeo en todos los Estados miembros, no podía «prevalecer un acto unilateral ulterior» del Estado sobre el de la UE, por lo que la primacía, expresaba en un *sentido jurídico*, un principio lógico que determinaba la norma que ha de aplicarse en preferencia a otra en caso de conflicto entre Derecho europeo y nacional. Las consecuencias de la aplicación preferente respecto de la norma nacional fueron determinadas en algunos casos posteriores a *Costa c. ENEL* en los que el TJ dispuso más concretamente que, el juez nacional tiene la obligación de aplicar la norma europea en salvaguarda de los derechos concedidos a los ciudadanos, por lo que tiene que «inaplicar la norma nacional contraria a una disposición comunitaria con eficacia directa».

IX. Esta doble dimensión de la primacía, se concretó aun más en la sentencia *Simmenthal*: la primacía del Derecho europeo suponía el deber del juez nacional de inaplicar aquellas disposiciones nacionales contrarias a Derecho europeo, en la resolución de casos concretos. El juez nacional, cuando aplicaba Derecho europeo, se configuraba entonces como “juez comunitario”, garante ordinario del Derecho europeo, encargado de realizar una suerte de control de comunitariedad del Derecho nacional que le permitiría desaplicar normas nacionales conforme a parámetros externos a su propio ordenamiento.

Estas consecuencias de la primacía no fueron aceptadas de forma pacífica, pues ponían sobre la mesa cuestiones muy controvertidas desde el punto de vista constitucional. Por un lado, la cuestión de los poderes del juez ordinario, los fundamentos de su competencia para desaplicar normas con rango de ley. Por otro lado, el problema de los conflictos entre disposiciones europeas y disposiciones constitucionales. ¿Cómo un juez ordinario podía “descartar” los mandatos constitucionales para dar eficacia a la disposición europea? Esta opción suponía la desestructuración del sistema constitucional de los Estados, la destrucción de los límites impuestos al poder público, la erosión del sistema de garantías de derechos, la destrucción de la esencia del Estado Constitucional de Derecho. De nuevo la encrucijada del Estado Constitucional en el contexto global (europeo).

X. Esta problemática, como se sabe, tuvo su punto neurálgico en el ámbito de los derechos fundamentales. Los jueces nacionales, ante la presunta contradicción entre la disposición europea con los derechos fundamentales positivizados en la Constitución de cada Estado se veían obligados a plantear la cuestión a sus tribunales constitucionales. Durante los años 60 los Tribunales constitucionales renunciaron a admitir cuestiones del género, pues por la propia autonomía del orden europeo se consideraban incompetentes para juzgar sobre la validez de los actos comunitarios conforme a parámetros constitucionales internos. Correspondía al TJ como sumo intérprete de los Tratados determinar la legitimidad del Derecho derivado. Pero a partir de los años 70, los Tribunales constitucionales darán cuenta del riesgo para los derechos fundamentales de conceder eficacia automática al Derecho europeo, por lo que reconsiderarán su posición ante la aplicación del Derecho europeo por los jueces nacionales, conociendo de aquellos conflictos entre ordenamientos que pudiesen suponer un menoscabo para los derechos fundamentales. De este modo, los jueces constitucionales entraron a valorar el Derecho europeo y las posibilidades de su aplicación conforme a parámetros internos. Lo cual suponía un riesgo claro para la uniformidad interpretativa y aplicativa del Derecho europeo.

La primacía de las normas nacionales se verá entonces condicionada por las Constituciones nacionales, y ello provocará, por un lado, el riesgo para el ordenamiento europeo de la aleatoriedad de su aplicación, pues según la Constitución

nacional de cada Estado se permitiría su eficacia o no; y por otro lado, ello haría temblar el sentido ontológico de la Unión.

XI. Frente a este riesgo, el TJ en la Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* construirá su famosa doctrina sobre la protección de los derechos fundamentales, derivados de las tradiciones constitucionales comunes como principios generales del Derecho.

Pero esta construcción no resolvió el conflicto subyacente entre normas europeas y disposiciones constitucionales. Pues la cuestión de fondo consistía en cuál fuese el tribunal competente para determinar, en última instancia, la eficacia del Derecho europeo en el territorio estatal

La construcción de la doctrina *Internationale* pretende blindar la primacía del Derecho europeo, y con ello, la competencia del TJ en la determinación de la validez del Derecho europeo y su eficacia. Pero, ni la famosa Sentencia ni la construcción jurisprudencial de la garantía de los derechos fueron suficientes para poner fin al conflicto entre tribunales. Aunque los tribunales constitucionales “rebelados” (Alemania e Italia) asumieron que los derechos constitucionales “por el momento” estarían a salvo con la doctrina comunitaria de los derechos fundamentales (STCFA *Solange II* 1986 y SCCI *Granital* 1984), no aceptaron nunca los efectos absolutos del principio de primacía, que suponía reconocer el desplazamiento de sus normas constitucionales frente a un Derecho derivado producido con escasas garantías constitucionales y una dudosa legitimidad democrática. El problema residía en las carencias democrático-constitucionales de la UE.

Los Tribunales constitucionales europeos (empezando por el alemán y el italiano) analizaron la configuración jurídica comunitaria desde la teoría constitucional estatal, terminando por concluir que en el ámbito europeo no existía un sustrato o un fundamento constitucional suficientemente democrático que permitiese, por efecto de la primacía, el desplazamiento de la regulación constitucional sobre materias de contenido imprescindible para los sistemas constitucionales, como los principios y valores básicos de los sistemas constitucionales democráticos y el Estado de Derecho (doctrina de los contralímites).

Los Tribunales constitucionales estatales se reservaban así una posibilidad de intervenir en cualquier momento en la consideración de la aplicación del Derecho europeo utilizando, en tales casos, como parámetro de control del mismo, la Constitución nacional.

Parte de la doctrina ha considerado que este conflicto de pretensiones de última autoridad entre los Tribunales constitucionales y el TJ, erigiéndose como garantes absolutos de la protección de los valores constitucionales, se desprende de la propia

naturaleza dinámica y flexible de la Unión europea, de un ordenamiento constitucional en construcción. Este conflicto sería, en realidad, un diálogo continuado sobre los principios constitucionales comunes a los Estados, que construiría el ordenamiento europeo atendiendo a las peculiaridades de los ordenamientos constitucionales nacionales. Lo cierto es que se reconocen dos ordenamientos separados que tienden poco a poco a cohesionarse, y no puede negarse que de esta dialéctica jurisprudencial han surgido los principios fundamentales del Derecho europeo. Sin embargo los contornos competenciales de los Tribunales encargados de su garantía se encuentran completamente desdibujados.

XII. El principio de primacía, desde esta perspectiva, difumina sus contornos y su contenido concreto desde la perspectiva de cada ordenamiento (dependiendo quizás del grado de desarrollo de las relaciones bilaterales entre el Tribunal constitucional de turno y el TJ). Dicho de otro modo, el principio de primacía, para su comprensión desde la vertiente de las relaciones entre ordenamientos, debe atender a cada ordenamiento constitucional concreto, examinándose los límites constitucionales impuestos a la eficacia del Derecho europeo por la jurisprudencia de cada juez constitucional, por lo que se haría imposible establecer, en el momento actual, un contenido concreto del mismo sin atender a cada una de las peculiaridades constitucionales de cada Estado. El estudio de la primacía, desde esta perspectiva, se encuentra en un punto muerto, haciéndose depender de condicionantes demasiado variados en cada Estado como para configurarse de un modo concreto y uniforme en el Derecho de la UE.

XIII. Puesto que es necesario acudir a cada ordenamiento para comprender la extensión y los límites del principio de primacía, hemos estudiado las decisiones principales de los órganos constitucionales internos al respecto. Respecto de las relaciones entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento constitucional español puede observarse una evolución similar a la producida en los Estados de su entorno. La cuestión de la primacía se ha situado en el centro del debate de tales relaciones, e igualmente el Tribunal Constitucional español ha introducido la dialéctica de los límites al principio desde una interpretación interna de la naturaleza del Derecho europeo.

Llaman particularmente la atención las diferentes perspectivas desde las que se ha comprendido la naturaleza del ordenamiento europeo por el TC y por el Consejo de Estado. Quizás un signo que hace patente las diversas posibilidades de comprensión de las relaciones entre ordenamientos incluso desde el ámbito interno, pues la diversidad de planteamientos expresa que tanto esta cuestión, como el contenido del principio de primacía, se sitúan en una perspectiva más político-constitucional que jurídica. Sólo son solucionables mediante los mecanismos políticos pertinentes que transformen el proceso actual de integración europea. Tales contrastes se han hecho

especialmente visibles en los momentos más trascendentales de la integración europea.

Mientras que el Consejo de Estado, ha sido más sensible a las novedades del proceso de integración, dictaminando conforme a la importancia del momento histórico europeo y requiriendo de una actuación político-constitucional; el TC ha establecido una reconstrucción de las relaciones entre ordenamientos en estrechos términos jurídicos, desde la normatividad suprema de la Constitución, situando el centro de las relaciones en la CE.

En el momento de ratificación del Tratado Constitucional, por ejemplo, el Consejo de Estado, propuso una reforma Constitucional previa a la ratificación: la cláusula europea. Con la inclusión de una nueva disposición en la Constitución no sólo se pretendían resolver las posibles contradicciones entre el Tratado y la Norma suprema, sino que se pretendía adoptar una definitiva solución política-constitucional que concretase el contenido del principio de primacía y sus límites. En el fondo, se optaba (por medio de la reforma constitucional) por el establecimiento definitivo de principios de división de ámbitos de poder entre el nivel europeo y el constitucional, un intento de componer los elementos de estructuración de las relaciones entre ordenamientos, definiendo los límites concretos de la integración entorno a la supremacía constitucional.

El TC, por el contrario, en la DTC 1/2004 se alejó de la propuesta de revisión constitucional, y estiró al máximo los contornos del artículo 93 CE, determinando una visión sustantiva de la que se desprendían los límites constitucionales a la integración. El TC concretará los “contralímites españoles” en la esencia constitucional: el respeto a la soberanía del Estado, a las estructuras básicas constitucionales, y el respeto al sistema de valores y principios fundamentales entre los cuáles los derechos fundamentales encuentran sustantividad propia; y como es obvio, se erigirá en guardián de los valores y principios constitucionales frente a “hipotéticos” conflictos con el Derecho europeo. Para mayor concreción el TC terminará por realizar la definición definitiva de la primacía. Mientras que la supremacía constitucional se expresa en términos jerárquicos sobre el resto del ordenamiento jurídico, y por tanto, determina la validez o la nulidad de las disposiciones inferiores, la primacía, sin alcance general, no se expresa de este modo, sino en términos de eficacia o ineficacia, suponiendo el mero desplazamiento de las normas contradictorias. Es decir, la primacía, aun positivizada en el proyecto de Tratado constitucional, es un mero principio de resolución de conflictos, una herramienta para seleccionar la norma aplicable al caso concreto en caso de antinomia, un principio que actúa —a diferencia de la supremacía— exclusivamente en el ámbito aplicativo, nunca en el ámbito de la producción del Derecho.

El TC, mediante la decantación de los contralímites y la elaboración teórica de las diferencias entre supremacía y primacía, resolverá las cuestiones planteadas, absteniéndose, de realizar consideraciones propias de “oportunidad política”.

Como se observa la relación entre ordenamientos dispuesta por el TC encuentra el fundamento último de la autonomía del Derecho europeo y de la primacía en la Constitución, y desde esta perspectiva el TC impone su pretensión de última autoridad en el proceso de integración, pues la primacía-eficacia actuará mientras el propio juez constitucional considere que no afecta a los límites constitucionales que él mismo interpreta. La eficacia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno dependerá, en última instancia, del beneplácito del TC y de su coherencia con el parámetro de control establecido: los contralímites constitucionales.

Teniendo en cuenta que la doctrina del TC es muy similar a la de sus colegas italianos y alemanes, puede comprenderse que no existe una concepción uniforme ni acordada sobre las relaciones entre ordenamientos a nivel europeo. Tanto el TJ como el TC consideran que el principio de primacía encuentra su fundamento en el ordenamiento propio. Por tanto, la primacía no puede ser estudiada desde esta perspectiva, si se pretende profundizar en su naturaleza y contenido, pues, si se estudia en conjunto, no nos permitirá derivar de ella una completa fórmula de estructuración ordinamental, y vista desde cada ordenamiento variará de un Estado a otro. Desde la cuestión de las relaciones entre ordenamientos el concepto de primacía parece ser muy distinto desde la perspectiva del TJ o desde la perspectiva de los Tribunales constitucionales y, conforme a él, sólo puede predicarse la existencia de dos ordenamientos separados con pretensiones de última autoridad cuando entran en conflicto (*International Handellsgesselschaft Vs. DTC 1/2004*).

XIV. Desde este punto hay dos elementos que nos empujan a seguir profundizando en la jurisprudencia del TC sobre el Derecho europeo. En primer lugar, el TC ha afirmado que el principio de primacía despliega sus efectos en el ámbito de aplicación normativa, en el momento de la selección de la disposición aplicable al caso concreto, por lo que no nos queda otro camino, para avanzar en la determinación de su contenido, que centrarnos en la aplicación del Derecho europeo. En segundo lugar, en el ámbito aplicativo, puede intuirse un comienzo de acuerdo entre el TJ y el TC sobre un contenido mínimo del principio de primacía, una configuración que pueda dar satisfacción al mismo tiempo a la exigencia de eficacia uniforme del Derecho europeo (desde parámetros comunitarios) y a la garantía de las disposiciones constitucionales (particularmente el sistema constitucional de fuentes y los derechos fundamentales). Este contenido mínimo parece desarrollarse a partir del planteamiento de la cuestión prejudicial.

El TC ha considerado reiteradamente que los conflictos entre disposiciones europeas y nacionales tenían un carácter infraconstitucional. De esta forma, al tiempo

que evitaba contradicciones absolutas con los planteamientos de la doctrina *Simmenthal*, y mientras delimitaba su ámbito competencial en relación al TJ, dejaba clara la diferencia de rango entre las disposiciones constitucionales y el Derecho europeo: el Derecho europeo no es canon de constitucionalidad de las normas españolas y no compete, por tanto, al TC resolver el conflicto.

Sin embargo, esta actitud de confinamiento absoluto de su ámbito competencial ha sido progresivamente matizada. El problema principal lo presentaban los conflictos de normas comunitarias con disposiciones con rango de ley. El TC, estableció poco a poco que, el juez nacional, al inaplicar una norma con rango de ley conforme a la primacía, debía motivar correctamente su decisión so pena de actuar de forma arbitraria o manifiestamente irrazonable contra el sistema constitucional de fuentes vigente. En los asuntos APESCO y FOGASA, precisamente, el TC tuvo que admitir a trámite sendos recursos de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial debido a la falta de motivación en la inaplicación de una norma con rango de ley.

En la STC 58/2004 concretará esta afirmación. Considerará que una decisión judicial de inaplicación de una norma con rango de ley por su contradicción con otra disposición europea debe recubrirse siempre de garantías objetivas, precisamente por el valor democrático que se desprende de la configuración jurídica de la fuente ley. Para establecer estas garantías el TC acudirá a la doctrina del acto claro del TJ: la cuestión prejudicial ante el TJ constituye esa garantía objetiva. Es decir, el TC viene a decir que la inaplicación por parte del juez de normas con rango de ley debe garantizarse mediante la obligación del juez nacional de acudir al TJ mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial. De lo contrario la decisión del juez atentaría contra el derecho fundamental al juez predeterminado por la ley o a la tutela judicial efectiva por la vulneración del sistema de fuentes vigente, y el TC podría admitir un recurso de amparo contra el juez que inaplicase la ley nacional conforme a la primacía.

La cuestión prejudicial se erige como garantía interna del derecho a la tutela judicial efectiva, y alcanza tal importancia que el TC objetiva hasta el máximo la obligación del juez de reenvío al TJ declarando que la *“existencia o inexistencia de duda (...) no puede entenderse en términos de sujeción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (...) sino como la inexistencia objetiva, clara y terminante de duda alguna en su aplicación”* (FJ 13).

Lo que me parece trascendental en este punto es la conexión entre el principio de primacía, el derecho a la tutela judicial efectiva y la cuestión prejudicial, un vínculo que convierte al juez nacional en vínculo entre ordenamientos, como garante de derechos subjetivos. Este vínculo ha ido concretándose en decisiones posteriores del TC (SSTC 194/2006 y 78/2010) que, aunque han modulado el carácter de obligación objetiva del juez de planteamiento de cuestión prejudicial, previa a la desaplicación de

la ley, han profundizado en los vínculos entre la tutela judicial efectiva, la cuestión prejudicial y la primacía.

Como dijimos, lo relevante de esta jurisprudencia se encuentra en la profundidad que ha adquirido el principio de primacía en al ámbito aplicativo. Así el TC considera que la cuestión de la primacía del Derecho europeo debe cargarse de un nuevo contenido que lo haga compatible con las garantías constitucionales a nivel interno, este contenido es identificable con las garantías de todo proceso y concretamente con el derecho a la tutela judicial efectiva. Ante esta identificación la cuestión prejudicial se erige como garantía procedimental del sistema de fuentes tanto interno como europeo, pero también de los derechos fundamentales del particular respecto del proceso judicial.

La relación entre primacía, tutela judicial y cuestión prejudicial suponen un lugar común entre los postulados del TJ y del TC. Tanto TC como TJ consideran la cuestión prejudicial como una garantía esencial: para el TC es garantía del sistema de fuentes interno cuando está en juego la aplicabilidad de una ley, supone dirimir la correcta aplicación del principio de primacía; para el TJ es garantía de la aplicación uniforme del Derecho europeo. Y desde ambas perspectivas se subraya un momento clave: el momento de acceso a la jurisdicción por el ciudadano, puesto que se deja claro en la jurisprudencia del TJ sobre el principio de primacía que el Derecho comunitario debe ser aplicado, en primer lugar, por los jueces nacionales, permitiendo así que los ciudadanos hagan efectivos sus derechos comunitarios a través de la jurisdicción comunitaria.

De esta forma la cuestión prejudicial se convierte en un instrumento privilegiado de garantía de ambos ordenamientos y el juez nacional se convierte en actor principal. El juez nacional es el vértice entre dos ordenamientos a los que se encuentra igualmente vinculado y contribuye a su integración mediante su labor aplicativa, labor que realiza con la colaboración del TJ mediante la cuestión prejudicial, cuestión que garantiza la correcta aplicación del sistema de fuentes y la tutela de derechos tanto internos como europeos de los ciudadanos.

XV. La cuestión prejudicial ha supuesto desde los orígenes la herramienta esencial para garantizar la aplicación uniforme del Derecho europeo en todos los Estados miembros (la idea principal del principio de primacía), pero también supone para el TJ, un instrumento de garantía de derechos de los ciudadanos. Ya desde *Van Gend en Loos* el artículo 177 TCEE se consideró un argumento clave para fundamentar la eficacia directa de los Tratados y la voluntad originaria de que los ciudadanos pudiesen fundar pretensiones subjetivas en Derecho europeo ante los tribunales nacionales. Creo reseñable, además, la idea de que el TJ ha profundizado en el deber del juez de reenvío prejudicial como un cuestión clave de la correcta garantía de los derechos de los ciudadanos, y esta profundización ha tratado de objetivar, al



igual que el TC, la obligación del juez de plantear la cuestión prejudicial y garantizar así la tutela de los derechos europeos de los ciudadanos.

Para el TJ la cuestión prejudicial tiene diversas y trascendentes funciones: es un instrumento esencial para otorgar eficacia uniforme a las disposiciones europeas mediante las dudas interpretativas planteadas por los jueces nacionales. Además permite la unidad del ordenamiento europeo mediante el control de validez del Derecho derivado conforme a los Tratados. Por otro lado permite otorgar coherencia y plenitud al conjunto del Derecho europeo conformándolo como ordenamiento. Por último, su desarrollo jurisprudencial ha permitido su configuración como garantía de la tutela judicial de los ciudadanos. Este último elemento es quizás el más controvertido.

El problema principal de la configuración en los Tratados de la cuestión prejudicial es que se recoge como una herramienta de diálogo jurisdiccional. Los jueces nacionales tienen discrecionalidad para decidir cuándo es pertinente el reenvío al TJ, pues los Tratados sólo determinan la obligación para los tribunales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso jurisdiccional de Derecho interno. Aun para éstos tribunales la discrecionalidad para determinar la “duda razonable” como elemento desencadenante del reenvío refuerza el carácter discrecional del planteamiento. No obstante, por la importancia de este mecanismo para la configuración del Derecho europeo como ordenamiento, el TJ ha tratado de objetivar la obligación del juez.

Así las Sentencias *Cilfit* y *Foto-Frost* suponen dos ejemplos de la objetivación. La primera de ellas, pese a introducir la doctrina francesa del *acte claire* en el ámbito europeo, determinó unos requisitos para su aplicación que terminaban por configurar la cuestión prejudicial de interpretación como una auténtica obligación sólo exceptuable por la existencia de un precedente idéntico en la jurisprudencia del TJ. En la segunda decisión el TJ obligaba de manera objetiva al planteamiento de la cuestión prejudicial de validez en todos los casos y en todas las instancias jurisdiccionales (con la excepción relativa de las medidas cautelares *Zuckerfabrik*).

Pese a que se reitera una y otra vez en la jurisprudencia del TJ que la cuestión prejudicial no supone un recurso para las partes, la objetivación de la obligación se presentó de tal forma que, como se ha dicho, la menor duda sobre la interpretación o la validez de la disposición europea planteada por una de las partes en el litigio debía suponerse como desencadenante de la obligación de reenvío. Este desarrollo jurisprudencial ha permitido que autorizada doctrina considere que la cuestión prejudicial ha dejado de ser un procedimiento de diálogo entre tribunales en términos horizontales y bilaterales (*Graine* y *de Burca*) para convertirse en un procedimiento vertical y multilateral (dada la importancia del precedente del TJ).

En mi opinión, este ha sido un desarrollo consciente que trae causa de la escasa legitimación de los particulares para acceder al TJ en defensa de pretensiones fundamentadas en Derecho europeo. Efectivamente, las vías de recurso que establecen los Tratados (recurso directo y recurso por incumplimiento) limitan o prohíben el acceso de los particulares a la jurisdicción del TJ, por lo que los ciudadanos que acuden a los tribunales nacionales en defensa de pretensiones subjetivas fundadas en Derecho europeo encuentran escasa garantías de tutela de sus derechos pues, por un lado, hemos visto las reticencias tradicionales del TC para conocer sobre conflictos derivados de la aplicación del Derecho europeo, y por otro, el reenvío de sus asuntos al TJ depende, formalmente, de la apreciación del juez nacional. Causa una verdadera perplejidad la escasez de los mecanismos de revisión de las decisiones judiciales cuando se trata de la aplicación del Derecho europeo, no existen verdaderos mecanismos de *judicial review* entendido este como idea esencial del constitucionalismo normativo.

Sin embargo, se trata ahora de subrayar que, en la evolución de la jurisprudencia del TC y del TJ en torno a la primacía, parece encontrarse un nexo común que vincula al principio fundamental con una serie de garantías adecuadas tanto para el ámbito constitucional como para el europeo: la primacía al enlazarse con la cuestión prejudicial adquiere una función esencial como garantía de tutela de derechos de los particulares, tanto en su vertiente interna como en su vertiente europea. La primacía, debido a los difícilmente solucionables conflictos suscitados desde su vertiente de elemento de relación entre ordenamientos, ha desarrollado un contenido propio desde la perspectiva aplicativa del Derecho. Desde su vertiente como instrumento de selección de la norma aplicable al caso concreto se ha recubierto de garantías que congenian la exigencia de uniformidad del Derecho europeo y la tutela de derechos de los ciudadanos, especialmente, cuando éstos fundamentan pretensiones subjetivas en disposiciones europeas ante el juez nacional.

XVI. Atendiendo a lo expuesto, en el último capítulo de esta tesis se ha estudiado la cuestión de la eficacia del Derecho europeo. Desde el estudio de la cuestión de la eficacia directa puede observarse cómo la primacía se ha conceptualizado como mecanismo de tutela de derechos de los particulares.

Concretamente en la jurisprudencia del TJ se revela un importante cambio respecto de su doctrina tradicional sobre la eficacia directa, cambio que se orienta hacia una ampliación de las posibilidades los particulares de invocar disposiciones europeas como fundamento de pretensiones subjetivas. La posibilidad de invocación ante el juez de pretensiones y derechos fundados en Derecho europeo se ha ampliado hasta tal punto que normas que tradicionalmente no han gozado en términos generales de eficacia directa, pueden ser ahora invocadas ante el juez, pues permiten la satisfacción de las pretensiones de los particulares gracias a los múltiples efectos que ha desarrollado el principio de primacía del Derecho europeo: efectos de exclusión de

la disposición nacional, efectos de sustitución de la disposición nacional por la disposición europea, efectos de interpretación de la disposición nacional conforme al Derecho europeo y, en última instancia, el efecto de exigencia de responsabilidad del Estado por incumplimiento de la norma europea.

Todos estos efectos son fruto de una comprensión amplia de la primacía desde su ámbito aplicativo, como elemento de garantía de los derechos de los particulares.

La diversificación de efectos de la primacía deriva de las diversas pretensiones de los particulares en relación con disposiciones o decisiones de los poderes públicos nacionales contrarias a sus intereses. El particular, al invocar una disposición europea (incluso directivas) frente a una disposición o acto nacional contrario a sus derechos o intereses no sólo satisface, por efecto de la primacía, la tutela de sus derechos, sino que indirectamente supone una garantía de las obligaciones adquiridas por los poderes públicos de los Estados en el ámbito del Derecho europeo. Al mismo tiempo que se garantiza el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones comunitarias que benefician a los particulares, se garantiza la eficacia del Derecho europeo, pues los ciudadanos concretan y denuncian los incumplimientos de los Estados cuando perjudican sus intereses.

El caso de la directiva y su eficacia directa es paradigmático. Aunque la directiva, por naturaleza, no puede ser invocada sino excepcionalmente ante el juez nacional, sin embargo, en los últimos años ha desarrollado diversos tipos de eficacia. Por un lado, una eficacia objetiva frente al incumplimiento del Estado, que permite al juez nacional determinar si el Estado, al implementar las obligaciones de la directiva, ha sobrepasado el margen de apreciación dispuesto por la directiva en perjuicio de los particulares (*Kraaijeveld*). Por otro lado, una eficacia triangular, que ha ampliado las posibilidades de la directiva de desplegar efectos directos en relaciones jurídicas entre particulares (efecto incidental).

La doctrina de la eficacia directa, respecto de las directivas, se ha visto modificada sustancialmente en los últimos años como resultado de la comprensión del principio de primacía, en clave de invocación de pretensiones subjetivas de particulares fundadas en Derecho europeo. Invocación que, unida al planteamiento de la cuestión prejudicial, permite la aplicación uniforme del Derecho europeo mediante la denuncia de su incumplimiento por los poderes públicos estatales.

Esta versión del principio de primacía despliega al mismo tiempo su vertiente como garantía de eficacia uniforme del ordenamiento europeo en todos los Estados, y su vertiente como tutela de derechos de los particulares.

La ampliación de las posibilidades de invocación del Derecho europeo por los particulares es una consecuencia del desarrollo del principio de primacía. Ello puede

demostrarse en los ulteriores efectos de la invocación por los particulares de normas europeas ante el juez. En efecto, el principio de eficacia directa tiene sus límites, la eficacia directa de determinadas disposiciones como las directivas no pueden predicarse en relaciones horizontales, tampoco frente a principios constitucionales reconocidos por el propio ordenamiento europeo que pueden impedir la aplicación de la norma europea (principio de seguridad jurídica, principio de cosa juzgada o de retroactividad de la norma penal mas favorable). En estos casos, pese a que las disposiciones europeas no pueden desplegar efectos directos se posibilita su invocación por los particulares con efectos diversos: efecto de interpretación conforme o efecto de declaración de responsabilidad de los poderes públicos por incumplimiento.

Como se observa la invocación de pretensiones subjetivas de los particulares fundamentada en Derecho europeo, coadyuva al despliegue de diversos tipos de eficacia del Derecho europeo. En mi opinión, cuando el particular invoca ante el juez nacional una disposición europea frente a la actuación de un Estado miembro está invocando el principio de primacía como garantía de los derechos concedidos por el ordenamiento europeo.

XVII. En conclusión. En esta tesis se ha pretendido remarcar que el principio de primacía cumple hoy una función constitucional clave.

El proceso de integración europea se encuentra en un momento trascendental. O continúa hacia la integración político-constitucional con todas sus consecuencias o fracasará estrepitosamente como organización destinada a resolver problemas globales. Para ello se hace imprescindible un desarrollo profundo de sus estructuras en un sentido democrático constitucional, pues hoy día la ciudadanía ha perdido la fé en la razón de ser de la UE, pues no puede indetificarse con el desarrollo de la integración ni con las decisiones de sus Instituciones.

El principal lastre de la Unión se encuentra en las enormes carencias democráticas de su configuración. Las vías políticas y la toma de decisiones se encuntran cerradas a la ciudadanía.

Dado que en el nivel político tales problemas no se han resuelto, desde una vertiente jurídica han tratado de abrirse algunas vías para la participación de la ciudadanía. Vías que no sustituyen a aquellas y que, en mi opinión, han surgido de la propia tensión entre intereses expresados mediante mecanismos procesales.

Este desarrollo de las vías jurídicas se observa particularmente en el cambio de paradigma del principio de primacía. Este principio, frente a la imposibilidad de ser observado como una herramienta de estrucutración del pluralismo ordinamental en un

verdadero sistema constitucional, ha permitido un desarrollo de la Comunidad jurídica de la UE.

La primacía ha desarrollado, un vasto contenido desde su vertiente aplicativa, en el momento de resolución de litigios concretos. El TJ ha desarrollado este principio ampliando las posibilidades de su invocación por los particulares ante el juez comunitario, convirtiéndolo en un instrumento funcional a la tutela de derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos estatales. La primacía expresa una posibilidad de invocar disposiciones europeas como fundamento de pretensiones subjetivas de los ciudadanos frente a los poderes públicos de los Estados y las propias Instituciones. Esta posibilidad convierte al particular en vehículo y actor de la eficacia del Derecho europeo al tiempo que se erige como mecanismo de tutela de sus derechos.

La primacía, a través del diálogo jurisprudencial entre tribunales constitucionales y TJ, ha concretado su contenido gracias a garantías como la cuestión prejudicial. La cuestión prejudicial ha sido el punto clave en el que se han encontrado las exigencias constitucionales internas y las europeas en torno al principio de primacía. La puesta en marcha de este reenvío prejudicial permite al tiempo la garantía de uniformidad aplicativa del Derecho europeo y la tutela de derechos de los particulares, pues a través de la objetivación de sus condicionantes por el TC y el TJ han configurado a la cuestión prejudicial como un “cuasi recurso” para los particulares ante el TJ. La cuestión prejudicial aproxima a los ciudadanos a la jurisdicción del TJ, poniendo sobre la mesa interpretaciones particulares del Derecho europeo (derechos subjetivos) y permitiendo retar por vía incidental la validez de las disposiciones europeas. De este modo, tutela judicial de derechos y uniformidad aplicativa del Derecho europeo componen un contenido amplio del principio de primacía que se articula a través de la cuestión prejudicial.

Otra muestra del progresivo desarrollo del principio de primacía hacia su configuración como herramienta de invocación de pretensiones subjetivas de los ciudadanos frente a los poderes públicos, aparece en el desarrollo de sus efectos. Efectos que permiten ampliar la eficacia directa de disposiciones europeas que originalmente no eran invocables ante los jueces.

En este sentido la primacía ha diversificado sus efectos con el fin de garantizar su eficacia frente a la actuación de los Estados, y consecuentemente ha ampliado las posibilidades de invocación del Derecho comunitario (su eficacia) ante los jueces nacionales, de forma que los particulares podrán esgrimir la primacía de una disposición comunitaria frente a actos o disposiciones normativas de los poderes públicos estatales con la finalidad de que éstos últimos sean excluidos (primacía en sentido neto), o bien sean sustituidos por la norma europea invocada (eficacia directa

en sentido clásico), o sean interpretados (junto al resto del ordenamiento nacional) conforme a la norma indicada, permitiendo la satisfacción de las pretensiones particulares, ó finalmente, sean declarados contrarios a la norma europea invocada determinándose la necesaria reparación al particular perjudicado.

Desde esta visión la primacía es consustancial a la tutela de los derechos de los ciudadanos, visión que también permite integrar los postulados del TC con los del TJ, pues al mismo tiempo, la invocación del principio de primacía por los ciudadanos permitirá manifestar aquellas antinomias entre las normas nacionales y europeas que puedan poner en peligro la uniformidad del Derecho europeo.

Debe por último señalarse que esta visión del principio de primacía, como invocación por los particulares de pretensiones subjetivas fundadas en Derecho europeo frente a la actuación de los poderes públicos, puede ser también útil para recomponer los vínculos constitucionales entre ciudadanía y poderes públicos, vínculos desaparecidos en el ámbito supranacional que ponen en jaque el sistema constitucional de los Estados.

Por un lado el principio de primacía, como diversas formas de invocación del Derecho europeo frente a los poderes públicos, es consustancial a la consolidación de la Comunidad de Derecho como elemento esencial del constitucionalismo, elemento expresado mediante la sujeción tanto de los poderes públicos como de los ciudadanos y particulares al Derecho europeo. Puede permitir reconstruir vínculos entre ciudadanos y Gobiernos a nivel extraestatal, la piedra angular de la estructuración constitucional de la UE. Por ello considero que el principio de primacía cumple una función esencial en la constitucionalización del espacio supranacional europeo, siempre y cuando pueda comprenderse como herramienta para la invocación de disposiciones europeas en las que los particulares puedan fundamentar derechos y pretensiones subjetivas frente a la actuación de sus Estados: como un modo de limitación del poder estatal en garantía de derechos subjetivos.

Por otro lado, la invocación por los ciudadanos del Derecho europeo en garantía de sus derechos frente a la actuación de las Instituciones o de los Estados, encontrándose en el corazón del Derecho constitucional europeo, puede contribuir a su legitimación indirecta. Este planteamiento, siendo optimistas, podría ayudar a que los ciudadanos recuperen la “fe en la razón del Derecho europeo” (Laenarts) por su utilidad frente a los retos globales y el abuso internacional de los gobiernos. Conforme al sistema jurisdiccional europeo, los particulares pueden invocar pretensiones subjetivas fundadas en el ordenamiento europeo ante los jueces nacionales contra la actuación de los poderes públicos de sus Estados (eficacia directa). Frente a tales actuaciones podrán invocar el principio de primacía solicitando la exclusión del acto estatal, su sustitución, su interpretación o la responsabilidad del Estado. Esta invocación, permitirá iniciar un proceso jurisdiccional ante un juez, obligado

objetivamente a plantear cuestión prejudicial si, además, el ciudadano argumenta una duda razonable respecto de la interpretación o la validez de la disposición europea.

En este momento el ciudadano, en determinados casos, podrá acceder al TJ, aportando alegaciones en igualdad de condiciones a los Estados y las Instituciones y contribuyendo a desarrollar una interpretación del Derecho derivado o de los propios Tratados, así como posibilitando la depuración del ordenamiento europeo.

Desde esta última perspectiva, el principio de primacía, con su contenido amplio y sus garantías, permite cumplir con una función propiamente constitucional: garantiza el pluralismo y la participación de los ciudadanos en el marco de la “sociedad abierta de los intérpretes del Derecho (constitucional).

Recordemos que «cada quien que vive una norma constitucional la co-interpreta en un sentido amplio, profundo», o en términos europeos, cada quién que invoca una norma europea (a través del principio de primacía y eficacia directa) ante la jurisdicción nacional, la co-interpreta, la concreta en un caso particular, y la desarrolla cuando fundamenta sobre ésta pretensiones subjetivas y derechos frente a la actuación del poder público. La posibilidad que se presenta ahora, entendiendo la primacía como herramienta de invocación de derechos subjetivos y la cuestión prejudicial de personación de las partes ante el TJ puede suponer, desde el proceso, una «garantía del pluralismo y la participación» de los ciudadanos, pues, mediante la cuestión prejudicial como garantía de la primacía el ciudadano puede forzar el diálogo entre tribunales, contribuyendo, por un lado, al desarrollo del Derecho constitucional europeo.

Desde esta perspectiva el desarrollo jurisprudencial del principio de primacía, impulsado por la interacción entre espacios constitucionales expresados a través del diálogo entre tribunales, ofrece una dimensión constitucional, pues permite abrir vías jurídicas (allí donde no existen vías políticas) para reconducir la comprensión de la UE desde el “tradicional pensamiento del Estado” hacia un necesario planteamiento “*desde el ciudadano y su sociedad*”.

## CONCLUSIONI

*I. La presente Tesi dottorale cerca di analizzare il Diritto dell'Unione Europea dal punto di vista dei suoi parametri costituzionali. Il senso storico del costituzionalismo e della scienza costituzionale ha ad oggetto ordinare e limitare il potere a garanzia dei diritti dei cittadini. Da questa base, in questa sede, si presenta il principio del primato concepito come uno strumento costituzionale del Diritto europeo, funzionale alla limitazione del potere e alla garanzia dei diritti dei cittadini.*

*L'utilizzo in questa tesi degli strumenti concettuali e metodologici del Diritto costituzionale applicati all'ambito europeo esigevano prospettare due questioni iniziali: Hanno i concetti costituzionali tradizionali validità quando si parla della costruzione di un ordine costituzionale sovranazionale? Possono questi concetti traspirarsi senza modifiche all'ambito sovranazionale? Alla prima domanda abbiamo risposto affermativamente. Il Diritto costituzionale è assolutamente necessario nel contesto attuale della globalizzazione. Alla seconda domanda abbiamo dovuto rispondere negativamente, dal momento che l'UE non ha la stessa configurazione del Diritto statale né del Diritto internazionale, ma costituisce un ordinamento giuridico sui generis al quale non possono essere trasposti i concetti costituzionali. La causa principale è che nel momento attuale di sviluppo del processo di integrazione, non si sono ancora offerte le condizioni materiali né istituzionali necessarie che permettano equiparare il livello di sviluppo costituzionale dell'UE a quello degli Stati democratici e costituzionali di Diritto.*

*Quest'impostazione ci ha fatto soffermare nel Capitolo I sullo studio del fenomeno della globalizzazione e della natura della UE, con la finalità di mostrare che, al giorno d'oggi, nel contesto globale, il Diritto costituzionale deve continuare ad essere un meccanismo rilevante al fine di limitare il potere dello Stato dinanzi ai suoi cittadini. La funzione che compie il Diritto costituzionale come meccanismo di articolazione delle relazioni tra lo Stato e la società lo convertono in una soluzione più che possibile ai problemi che sorgono nella relazione tra i poteri pubblici ed i cittadini nel contesto attuale della globalizzazione.*

*II. Come è stato detto la globalizzazione evidenzia oggi un'interrelazione totale tra elementi e fattori a scala globale. Luoghi lontani influiscono direttamente su gli avvenimenti locali, ed i fenomeni economici si confondono con quelli politici, sociali o medio ambientali. Questa interrelazione sfugge alla tradizionale capacità di regolazione degli Stati, eccede i meccanismi giuridico-politici statali per regolare e dare soluzione ai conflitti sociali (oggetto del Diritto). Per questo si tende a pensare che la globalizzazione abbia provocato una profonda crisi del modello tradizionale dello Stato nazione. Si considera in forma generalizzata che gli Stati hanno perso il loro potere di regolazione e la loro capacità di influenza dovuto, da una parte, all'estensione degli spazi di relazione socio-economica, e dall'altro alla*



*proliferazione dei nuovi fattori globali di carattere economico-privato che producono una progressiva privatizzazione della sfera pubblica, limitando la capacità politica di decisione dello Stato ed obbligando i poteri pubblici ad adattarsi ai suoi dettami (si veda, ad esempio nello scenario della crisi economica attuale, la perdita di capacità della decisione politica dello Stato dinanzi alle esigenze dei mercati).*

*Tuttavia in termini generali, si è cercato di avvertire che non sono gli Stati i soggetti pregiudicati in maggior misura dal fenomeno globale, ma piuttosto i cittadini degli Stati, dal momento che questi hanno visto lesa la loro posizione nei sistemi costituzionali interni e le loro possibilità di controllare l'attuazione dei poteri pubblici.*

*Certamente i Governi degli Stati, i quali ostentano il potere di rappresentanza degli stessi nell'ambito internazionale, perdono capacità nell'ambito interno quando si accingano a proiettare regolazioni sufficientemente efficaci per disciplinare ambiti globalizzati come l'economia, il medio ambiente, l'energia o la delinquenza virtuale. Gli Stati hanno perso il loro tradizionale monopolio per la regolazione dei conflitti sociali. Però non ci possiamo dimenticare che i Governi, continuano ad essere gli attori privilegiati nell'ambito globale e che, per questo, con la globalizzazione hanno acquistato una nuova capacità di influenza negli ambiti esterni.*

*La causa di tutto ciò si rinviene nel fatto che la globalizzazione socio-economica ha provocato una parallela globalizzazione giuridica. I Governi hanno spinto l'istituzione di organismi internazionali di cooperazione politica in cui concertare regolazioni per cercare di risolvere insieme ciò che individualmente si vedono incapaci di controllare. Gli ambiti interni di decisione politica degli Stati si spostano ora verso fori internazionali di discussione, concertazione e regolazione di attuazioni congiunte che, man a mano che avanza il processo della globalizzazione, acquistano maggior rilievo e conquistano ambiti decisionali più ampi. Tuttavia si deve sottolineare che in questi organismi internazionali il sistema di decisione si basa sulla concertazione intergovernativa. I Governi degli Stati sono gli unici partecipanti ad un processo di produzione normativa a livello internazionale che vincola le Amministrazioni ed i cittadini, e che tuttavia fugge dalle garanzie costituzionali interne (come la necessaria partecipazione delle minoranze politiche).*

*La deliberazione politico-giuridica negli organismi internazionali può permettere ai Governi degli Stati di vincolare il suo sistema normativo a patti prodotti al margine delle garanzie costituzionali dei loro ordinamenti giuridici, mediante i quali i cittadini trovavano, attraverso la loro formalizzazione e procedimentalizzazione democratica, una garanzia dinanzi ai possibili abusi di potere. La produzione normativa internazionale si separa dal procedimento democratico-costituzionale basato sulla contrapposizione tra maggioranza ed opposizione ed il controllo politico delle decisioni governative in sede parlamentare.*

*Le possibilità di regolazione dei conflitti globali che offrono gli organismi internazionali ed il Diritto internazionale hanno, come contropartita, la progressiva degradazione delle regole del gioco istituzionale e dei limiti e vincoli che le stesse impongono, a livello interno, ai poteri pubblici dello Stato costituzionale di Diritto. Come conseguenza, i governi degli Stati possono partecipare a quelle attuazioni internazionali che, a livello interno, potrebbero risultarle gravose politica o giuridicamente, trovando un margine di attuazione più ampio.*

*Tali regolazioni internazionali si inseriscono nell'ambito del Diritto Internazionale Pubblico, spazio nel quale, in generale, i cittadini non sono soggetti di Diritto e sono prive di adeguati sistemi di garanzie giurisdizionali per proteggersi dalle conseguenze delle normative internazionali nel momento di adozione delle decisioni intergovernative in cui sono rappresentati, solo in modo indiretto, dai Governi, sostenuti da maggioranze (nel caso in cui questi Stati siano democratici).*

*Per questo, la globalizzazione giuridica e la proliferazione di organismi internazionali hanno supposto, più che una limitazione del potere dello Stato, un pregiudizio per lo Stato Costituzionale Democratico di Diritto, dal momento che in tal modo si svincola l'attuazione dello Stato dal controllo e dalla responsabilità dinanzi ai cittadini. Il problema principale è che nell'ambito della cooperazione intergovernativa non esiste un marco costituzionale a livello internazionale che articoli la partecipazione dei cittadini ed offra sufficienti garanzie di controllo dell'attuazione dei Governi degli Stati quando adottino decisioni a questo livello. Non esistono, né è auspicabile, condizioni istituzionali, procedurali o materiali che permettano la costruzione di uno spazio pubblico internazionale nel quale si articolino i procedimenti di controllo e limitazione del potere a garanzia dei diritti dei cittadini propri dei sistemi costituzionali.*

*Da una prospettiva globale, quindi, il Diritto Costituzionale, come scienza giuridica, si trova dinanzi alla necessità di ricomporre i vincoli tra la cittadinanza ed i poteri pubblici dei suoi Stati quando questi agiscano fronteggiando le sfide globali nel contesto internazionale. Oggi più che mai gli strumenti costituzionali diventano necessari nel paradigma della globalizzazione.*

*III. L'UE ha come principale missione la regolazione dei nuovi conflitti socio-economici di carattere globale. Per questo, in quanto organismo creato per regolare quelle questioni che sfuggono all'ambito di attuazione dello Stato, la UE ingloba gli stessi pericoli di qualsiasi foro internazionale per i sistemi costituzionali. Questi problemi, nell'ambito dell'UE si possono incluso aggravare.*

*Si deve tenere in conto che la UE costituisce un ente sovranazionale, autonomo, che si è strutturato a partire dai Trattati internazionali nei quali gli Stati*

*attribuiscono competenze sovrane alle istituzioni europee. Queste istituzioni hanno potestà per dettare atti normativi vincolanti per i cittadini e gli Stati che, inoltre, godono di efficacia diretta e prevalgono sul livello interno. La UE costituisce in tal modo un vero potere pubblico sovranazionale.*

*La questione chiave è se il potere pubblico europeo si articola d'accordo a parametri costituzionali, ossia, se si sono creati nei Trattati europei meccanismi adeguati di limitazione e controllo del potere pubblico esercitato dalle Istituzioni europee a garanzia dei diritti dei cittadini. Affinché la UE possa essere considerata un'organizzazione costituzionale a livello sovranazionale si dovrebbe strutturare in modo funzionale ai due caratteri fondamentali del costituzionalismo contemporaneo: il principio democratico (come direttrice per ordinare il potere) e lo Stato di Diritto (come essenza per limitare il potere mediante il Diritto). La UE si potrà considerare come una organizzazione costituzionale a livello sovranazionale nella misura in cui dia compimento ad entrambe queste premesse, in caso contrario il potere sovranazionale creato mediante la cessione di competenze da parte degli Stati non farebbe che trasporre il potere politico nazionale ad una zona franca di controlli e limiti costituzionali.*

*IV. Rispetto allo sviluppo dello Stato di Diritto che deve assumere, la UE si è configurata come una vera e propria "Comunità di Diritto". Questa considerazione implica che tutti i poteri pubblici ed i soggetti di Diritto europeo (cittadini e privati) si trovano soggetti allo stesso modo al Diritto scaturito dai Trattati. L'attribuzione del valore di Comunità di Diritto implica che il potere si trova limitato dal Diritto. L'articolazione giuridica di questo principio costituzionale chiave nell'UE è stata merito della CG, dal momento che attraverso le sue Sentenze Van Gend en Loos y Costa c. ENEL, anticipò che la forma più effettiva di garanzia per vincolare i poteri pubblici al Diritto europeo è permettere a ciascuno dei cittadini di fondare le proprie pretese sull'ordinamento europeo ed invocare le sue norme dinanzi alle giurisdizioni nazionali.*

*I procedimenti di invocazione del Diritto europeo si trovano nel cuore del Diritto costituzionale europeo, dal momento che hanno un risultato diretto sulla natura del suo ordinamento e della sua struttura. Con la possibilità che i cittadini invocino pretese fondate su un Diritto sovranazionale dinanzi agli Stati si garantisce a sua volta l'adempimento delle obbligazioni europee degli Stati e la tutela dei diritti concessi all'individuo da parte delle disposizioni di origine europea. Se il problema fondamentale dei meccanismi di regolazione internazionale è il fatto che svincolano i cittadini e gli Stati quando si trovano a far fronte ai problema globali (nella sfera internazionale), la UE può essere utile per la ricomposizione di tali vincoli sotto l'imposizione di un Diritto comune a tutti i soggetti, un Diritto che regoli l'attuazione dei poteri pubblici quando concertino le loro politiche e normative sulla*

*globalizzazione, un Diritto, in più, invocabile da parte dei cittadini dinanzi alla giurisdizioni contro i propri Stati.*

*Il problema è che il Diritto europeo che vincola i cittadini e gli Stati deve tenere una configurazione democratica, infatti nel momento in cui soffre nella sua produzione degli stessi procedimenti e garanzie democratiche del Diritto convenzionale di natura internazionale, ci troveremo di nuovo al punto di partenza. Se si arriva alla conclusione che sono gli Stati i produttori delle norme che limiteranno ulteriormente la propria attuazione a scala europea dinanzi ai cittadini, la Comunità di Diritto, l'imposizione di norme sovranazionali all'attuazione degli Stati nella risoluzione dei problema globali non avrebbe nessun senso.*

*V. Rispetto al principio democratico si deve segnalare d'entrata che a prescindere dalla complessità istituzionale e normativa del Diritto europeo, nel momento attuale di sviluppo del processo d'integrazione, non si sono ancora date le condizioni adeguate per l'articolazione di un vero spazio pubblico europeo che permetta lo sviluppo della democrazia costituzionale.*

*L'UE si sorregge sulla base di una legittimità duale, che si esprime in un sistema istituzionale e decisionale articolato su interessi particolari: l'interesse generale dell'UE (rappresentato dalla Commissione), l'interesse degli Stati (rappresentato dal Consiglio) e l'interesse dei cittadini (rappresentati dal Parlamento europeo). Sebbene nell'evoluzione dei Trattati si sia osservato un maggior equilibrio istituzionale e procedimentale tra questi interessi, è sicuro che predomini in molti aspetti l'interesse dei Governi degli Stati dinanzi all'interesse dei cittadini dell'Unione. I governi statali controllano la produzione normativa di un Diritto che si applica posteriormente in modo diretto negli Stati e che prevale sul Diritto nazionale.*

*La causa di questa preponderanza degli interessi governamentali in capo al governo e la legislazione europea si deve a che, nel processo di costruzione dell'UE la volontà democratica della cittadinanza è stata emarginata. Così la costruzione istituzionale ed i meccanismi di potere dell'UE sono stati costruiti attraverso i Trattati in cui la partecipazione della cittadinanza è stata scarsa o nulla (elaborati in Conferenze intergovernamentali) e che hanno dato luogo ad un sistema di democrazia rappresentativa deficiente in relazione alle costruzioni statali.*

*Come conseguenza di tutto ciò, tanto il Diritto originario come il derivato, si producono mediante meccanismi che sono carenti di una legittimità democratica sufficiente. Il deficit democratico dell'UE, malgrado gli avanzi nella materia, continua ad essere il principale ostacolo per una maggiore integrazione politico-costituzionale.*

*Nel momento globale nel quale ci troviamo ci si impone di ricostruire i vincoli costituzionali tra il potere statale ed i suoi cittadini. Però nell'ambito europeo, questo richiede decisioni ed azioni di carattere politico-costituzionale che approfondiscano l'integrazione politica e favoriscano la creazione delle condizioni materiali ed istituzionali necessarie per lo sviluppo di un vero spazio pubblico europeo. Dinanzi all'inattività dei produttori dei Trattati (il Consiglio Europeo) e dinanzi alla carenza di uno spazio pubblico reale, le possibilità di strutturare il funzionamento della UE in chiave democratico-costituzionale sono nulle.*

*VI. A causa delle carenze democratiche del Diritto dell'UE, si è prodotto, in mia opinione, come una possibile compensazione, un progressivo sviluppo dei meccanismi che configurano la Comunità di Diritto. Fondamentalmente di quegli strumenti che permettono la partecipazione dei cittadini nei processi giurisdizionali dove si ventilano questioni sull'interpretazione o la validità del Diritto europeo. Ed ugualmente delle possibilità dei cittadini di invocare diritti soggettivi europei dinanzi all'attuazione degli Stati. Questi meccanismi si sviluppano a partire dai principi del primato e dell'efficacia diretta.*

*In mia opinione, dato che nel piano politico le vie di partecipazione della cittadinanza sono deficitarie e si trovano bloccate, l'evoluzione della giurisprudenza della CG ha permesso l'apertura di vie di intervenire dei cittadini sul piano politico.*

*VII. Questa premessa si osserva con particolare incidenza nell'evoluzione giurisprudenziale del principio del primato. Nell'analisi della giurisprudenza della CG si osserva che il principio del primato ha passato da essere considerato inizialmente come uno strumento di articolazione delle relazioni tra ordinamenti verso una configurazione come strumento di invocazione delle pretese soggettive dei cittadini dinanzi agli Stati.*

*Questo sviluppo si deve a due fattori essenziali e consecutivi. In primo luogo, la UE è priva di una vera costituzione in senso normativo e formale, ossia, di una norma suprema che permetta di ricondurre il pluralismo ordinamentale (ordinamento statale ed europeo) ad unità. In secondo luogo, attualmente il sistema giuridico europeo è costituito da ordinamenti separati, con fonti di validità autonome, che tuttavia sono obbligate ad integrarsi e relazionarsi sul piano applicativo. In questo contesto, si produce la continua interazione tra lo spazio costituzionale degli Stati e lo spazio europeo, interazione che ha permesso uno sviluppo del Diritto costituzionale europeo, in senso ampio, e che si esprime attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle Corti Costituzionali.*

*La giurisprudenza di tali Tribunali, in relazione al principio del primato, è stata eterogenea. Questo si deve al fatto che le questioni che cercano di risolvere i tribunali quando rispettano il principio del primato non possono essere risolte mediante*

*argomenti giuridici, ma solo mediante l'azione politica, dal momento che i problemi di articolazione tra lo spazio costituzionale statale ed il Diritto europeo, si concentrano sulle carenze democratiche di questo e per tanto, sulla necessità di un profondo sviluppo dell'UE che solo può essere incentivato nella scena politico-costituzionale. Ossia, in quest'ambito i tribunali costituzionali degli Stati e la Corte di Giustizia cercano di risolvere giuridicamente problemi che possono essere risolti solo mediante il procedimento politico ed una riforma profonda del processo d'integrazione. Per questo, in relazione al principio del primato, il chiamato dialogo tra tribunali si trova oggi in un punto morto, ossia ogni tribunale si conforma ad un concetto del primato che dipende da fondamenti interni, dato che non esiste un fondamento politico-costituzionale comune.*

*Il principio del primato, ha incarnato così le difficoltà e le carenze politico-costituzionali per strutturare il pluralismo ordinamentale nell'UE, e per questo il suo contenuto concreto si è visto diffuminato e varia, dipendendo dall'ordinamento dal quale si osservi, e dal tribunale incaricato di risolvere il conflitto normativo, dal momento che ogni tribunale si conforma ad argomenti interni dinanzi all'impossibilità di ricondurre il conflitto attraverso un fondamento normativo costituzionale comune.*

*Per questo, un'analisi del primato deve cercare di distinguere soluzioni giuridiche da soluzioni politico-costituzionali, e se pretende avvicinarsi il più possibile al contenuto del principio, lo deve fare dall'analisi dei casi concreti, e non cercando di individuare in questo principio soluzioni all'articolazione delle relazioni tra ordinamenti, dal momento che queste si possono risolvere solo mediante la via politica.*

*VIII. La Corte di Giustizia, adempiendo alla sua obbligazione di garantire il Diritto, centrò tutti i suoi sforzi iniziali per garantire che il Diritto europeo fosse applicato in modo uniforme in tutti gli Stati membri.*

*Per questo, formulò tutta una teoria sulla natura autonoma dell'UE. La CG voleva risottolineare che il Diritto europeo non ostentasse lo status derivato dalle Costituzioni nazionali, dal momento che se fosse stato così la sua efficacia ed il grado di adempimento potrebbe essere distinto in ogni Stato membro, senza che ciò imponesse per se stesso, per la propria identità in quanto ordinamento autonomo che non faceva dipendere la propria validità o efficacia dell'ordinamento degli Stati. Affinché le norme del Diritto europeo avessero lo stesso valore vincolante in tutto il territorio dell'Unione, anche i meccanismi per garantire la loro efficacia dovevano essere autonomi.*

*Mediante le Sentenze Van Gend en Loos y Costa c. ENEL, la CG concretizzò l'autonomia dell'ordinamento europeo ed interpretò a partire dai Trattati l'esistenza*

*dei principi autonomi dell'efficacia del Diritto europeo: l'applicazione diretta ed il primato.*

*Attraverso questa giurisprudenza la CG configurò il principio del primato attraverso un doppio fondamento:*

*1.- Il suo carattere ontologico esistenziale, ossia, il primato era una condizione "esistenziale della Comunità" (Pescatore). Se il Diritto di ogni Stato potesse prevalere sulle norme europee, la creazione della Comunità di Diritto sarebbe priva di senso. In una Comunità giuridica, le norme comuni "devono permanere comuni". Gli Stati membri avevano costituito un organismo di natura sovranazionale per risolvere conflitti globali in modo integrato, per questo la propria finalità e gli obiettivi dei Trattati, il suo effetto utile, esigevano che le disposizioni europee fossero applicate in forma generale, uniforme ed incondizionata in tutti gli Stati membri: esigeva la considerazione della natura autonoma del Diritto europeo. Il primato compieva in questo modo una condizione fondamentale di natura politico-costituzionale. Il primato si convertiva, in espressione della scelta per un determinato modello di divisione del potere: un'attribuzione del potere pubblico ad un ente distinto ai soggetti che si pretende regolare, cittadini e Stato. Il primato esprimeva il luogo che occupano le Istituzioni europee, dotate di potere pubblico, dinanzi alle istituzioni nazionali ed i suoi cittadini, ed in conseguenza, il luogo che occupa il Diritto derivato da questa dinanzi al Diritto nazionale, manifestava così un determinato modello di ordinazione del potere: l'imitazione del potere dello Stato a favore del raggiungimento di obiettivi comuni.*

*2. La sua funzione propriamente tecnico-giuridica. Il primato è uno strumento di risoluzione dei conflitti normativi in casi concreti. D'accordo all'imprescindibile carattere vincolante e all'efficacia uniforme del Diritto europeo in tutti gli Stati membri, non poteva «prevalere un ulteriore atto unilaterale» dello Stato sull'UE, per cui il primato, esprimeva in un senso giuridico, un principio logico che determinava la norma che si doveva applicare, preferendola rispetto ad un'altra in caso di conflitto tra Diritto europeo e nazionale. Le conseguenze dell'applicazione preferente rispetto alla norma nazionale furono determinate in alcuni casi posteriori a Costa c. ENEL nei quali la CG dispose più concretamente che, il giudice nazionale tiene l'obbligazione di applicare la norma europea per salvaguardare i diritti concessi ai cittadini, per cui deve "disapplicare la norma nazionale contraria ad una disposizione comunitaria con efficacia diretta".*

*IX. Questa doppia dimensione del primato, si concretizzò sempre più nella sentenza Simmenthal: il primato del Diritto europeo supposeva il dovere del giudice nazionale di non applicare quelle disposizioni nazionali contrarie al Diritto europeo, nella risoluzione di casi concreti.*

*Il giudice nazionale, quando applicava il Diritto europeo, si configurava quindi come un “giudice comunitario”, garante ordinario del Diritto europeo, incaricato di realizzare una sorta di controllo di comunitarietà del Diritto nazionale che gli permettesse di disapplicare le norme nazionali in conformità a parametri esterni al suo proprio ordinamento.*

*Queste conseguenze del primato non furono accettate pacificamente, dal momento che mettevano sul tavolo questioni molto controverse dal punto di vista costituzionale. Da una parte, la questione dei poteri del giudice ordinario, i fondamenti della sua competenza per disapplicare le norme con rango di legge. Dall’altro, il problema dei conflitti tra disposizioni europee e disposizioni costituzionali. Come un giudice ordinario poteva “scartare” i mandati costituzionali per dare efficacia alla disposizione europea? Questa opzione supposeva la destrutturazione del sistema costituzionale degli Stati, la distruzione dei limiti imposti al potere pubblico, l’erosione del sistema di garanzie dei diritti, la distruzione dell’essenza dello Stato Costituzionale di Diritto. Di nuovo la crociata dello Stato Costituzionale nel contesto globale (europeo).*

*X. Questa problematica, come si sa, ebbe il suo punto nevralgico nell’ambito dei diritti fondamentali. I giudici nazionali, dinanzi alla presunta contraddizione tra la disposizione europea con i diritti fondamentali positivizzati nella Costituzione di ogni Stato si vedevano obbligati a sollevare la questione dinanzi ai loro tribunali costituzionali. Durante gli anni 60 i Tribunali costituzionali rinunciarono ad ammettere questioni del genere, dal momento che in virtù della propria autonomia del ordine europeo si consideravano incompetenti per giudicare sulla validità degli atti comunitari d’accordo con i parametri costituzionali interni. Corrispondeva alla CG come sommo interprete dei Trattati determinare la legittimità del Diritto derivato. Però a partire dagli anni 70, i Tribunali costituzionali si renderanno conto del rischio per i diritti fondamentali di concedere efficacia automatica al Diritto europeo, per cui riconsidereranno la sua posizione dinanzi all’applicazione del Diritto europeo da parte dei giudici nazionali, conoscendo quei conflitti tra ordinamenti che potessero supporre un pregiudizio per i diritti fondamentali. In questo modo, i giudici costituzionali iniziarono a valutare il Diritto europeo e le possibilità della sua applicazione uniforme in conformità a parametri interni. Cosa che supposeva un rischio chiaro per l’uniformità interpretativa ed applicativa del Diritto europeo.*

*Il primato delle norme nazionali si vedrà quindi condizionato dalle Costituzioni nazionali, e ciò provocherà, da una parte, il rischio per l’ordinamento europeo di aleatorietà della sua applicazione o no; e dall’altro, ciò farà tremare il senso ontologico dell’Unione.*

*XI. Dinanzi a questo rischio, la CG nella Sentenza Internazionale Handelsgesellschaft costruirà la sua famosa dottrina sulla protezione dei diritti*



*fondamentali, derivati dalle tradizioni costituzionali comuni come principi generali del Diritto.*

*Tuttavia questa costruzione non risolse il conflitto soggiacente, tra le norme europee e le disposizioni costituzionali. La questione di fondo consisteva in quale fosse il tribunale competente per determinare, in ultima istanza l'efficacia del Diritto europeo sul diritto statale.*

*La costruzione della dottrina Internazionale pretende blindare il primato del Diritto europeo, e con questo, la competenza della Corte nella determinazione della validità del Diritto europeo e della sua efficacia. Però, né la famosa Sentenza né la costruzione giurisprudenziale della garanzia dei diritti fondamentali furono sufficienti a porre fine al conflitto tra tribunali. Sebbene i tribunali costituzionali "ribelli" (Germania ed Italia) assumessero che i diritti costituzionali "per il momento" fossero a salvo grazie alla dottrina comunitaria dei diritti fondamentali (Sentenza Corte Costituzionale Federale Tedesca Solange II 1986 y SCCI Granital 1984), non accettarono gli effetti assoluti del principio del primato, che supponeva riconoscere la sostituzione delle sue norme costituzionali dinanzi al Diritto derivato prodotto con scarse garanzie costituzionali ed una dubbia legittimità democratica. Il problema risedeva, ancora, nelle carenze democratico-costituzionali dell'UE.*

*Le Corti costituzionali europee (iniziando dalla corte tedesca e dalla italiana) analizzarono la configurazione giuridica comunitaria a partire dalla teoria costituzionale statale, arrivando alla conclusione che nell'ambito europeo non esisteva un sostrato o un fondamento costituzionale sufficientemente democratico che permettesse, come effetto del primato, la sostituzione della regolazione costituzionale, come dei principi e dei valori fondamentali dei sistema costituzionali democratici e dello Stato di Diritto (dottrina dei contra-limite).*

*Le Corti costituzionali statali si riservavano così una possibilità di intervenire in qualsiasi momento nella considerazione dell'applicazione del Diritto europeo utilizzando, in tali casi, come parametro di controllo dello stesso, la Costituzione nazionale.*

*Parte della dottrina ha considerato che questo conflitto di pretese provenienti da un'ultima autorità tra le Corti costituzionali e la CG, erigendosi come garanti assoluti della protezione dei valori costituzionali, si deduce dalla propria natura dinamica e flessibile dell'UE, da un ordinamento costituzionale in costruzione. Questo conflitto sarebbe, in realtà, un dialogo permanente sui principi costituzionali comuni agli Stati, che costruirebbe l'ordinamento europeo, nel rispetto delle peculiarità degli ordinamenti costituzionali nazionali. Di sicuro si riconoscono due ordinamenti separati che tendono a poco a poco a congiungersi, e non si può negare che da questa dialettica giurisprudenziale sono sorti i principi fondamentali del*

*Diritto europeo. Tuttavia i contorni competenziali delle Corti incaricate della sua garanzia si trovano completamente offuscati.*

*XII. Il principio del primato, da questa prospettiva, maschera i suoi contorni ed il suo contenuto concreto dalla prospettiva di ogni ordinamento (dipendendo forse dal grado di sviluppo delle relazioni bilaterali tra la Corte costituzionale di turno e la CG). Detto in un altro modo, il principio del primato, per la sua comprensione dalla vertente delle relazioni tra gli ordinamenti, va osservato in relazione agli ordinamenti costituzionali di ciascun stato, analizzando i limiti costituzionali imposti dall'efficacia del Diritto europeo dalla giurisprudenza di ogni giudice costituzionale, ragione per cui sarebbe impossibile stabilire, nel momento attuale, un contenuto concreto dello stesso senza rispettare ognuna delle peculiarità costituzionali di ogni Stato. Lo studio del primato, da questa prospettiva, si trova in un punto morto, facendosi dipendere da condizionanti troppo differenti in ciascuno degli Stati come per configurarsi in un modo concreto ed uniforme nel Diritto dell'UE.*

*XIII. Dal momento che è necessario fare i conti con ciascun ordinamento per comprendere l'estensione ed i limiti del principio del primato, abbiamo studiato le principali decisioni degli organi costituzionali interni al rispetto. Rispetto alle relazioni tra l'ordinamento europeo e l'ordinamento costituzionale spagnolo si può osservare un'evoluzione simile a quella prodotta negli Stati che lo circondano. La questione del primato si è situata al centro del dibattito di tali relazioni, ed ugualmente il Tribunal Constitucional spagnolo ha introdotto la dialettica dei limiti al principio da una interpretazione interna della natura del Diritto europeo.*

*Sono particolarmente interessanti le differenti prospettive dalle quali il TC ed il Consiglio di Stato si è avvicinato alla natura dell'ordinamento europeo. Forse è un segno che rende palese le diverse possibilità di comprensione delle relazioni tra ordinamenti incluso dall'ambito interno, dal momento che la diversità di impostazioni esprime che sia questa questione, sia il contenuto del principio del primato, si inseriscano in una prospettiva più politico-costituzionale che giuridica. Sono solo risolvibili mediante i meccanismi politici pertinenti che trasformino il processo attuale d'integrazione europea. Tali contrasti si sono fatti particolarmente visibili nei momenti più trascendentali dell'integrazione europea.*

*Se il Consiglio di Stato, è stato più sensibile alle novità del processo d'integrazione, pronunciandosi a favore dell'importanza del momento storico europeo ed esigendone un'attuazione politico-costituzionale; il TC ha invece stabilito una ricostruzione delle relazioni tra ordinamenti in stretti termini giuridici, a partire dalla normatività suprema della Costituzione, considerando la Costituzione spagnola il centro delle relazioni.*

*Nel momento della ratificazione del Trattato Costituzionale, ad esempio, il Consiglio di Stato, propose una riforma Costituzionale previa alla ratifica: la clausola europea. Con l'inclusione di una nuova disposizione nella Costituzione non si pretendevano solo risolvere le possibili contraddizioni tra il Trattato e la Norma suprema, ma si pretendeva adottare una soluzione politico-costituzionale definitiva che concretizzasse il contenuto del principio del primato ed i suoi limiti. In sostanza, si optava (attraverso la riforma costituzionale) per l'istituzione definitiva dei principi della divisione dei poteri tra il livello europeo ed il costituzionale, definendo i limiti concreti dell'integrazione rispetto alla supremazia costituzionale.*

*Il TC, al contrario, nella DTC 1/2004 si allontanò dalla proposta di revisione costituzionale e tese al massimo i contorni dell'art. 93 CE, determinando una visione sostantiva della quale si deducevano i limiti costituzionali all'integrazione. Il TC concretizzerà i "contro-limiti spagnoli" nell'essenza costituzionale: il rispetto alla sovranità dello Stato, alle strutture costituzionali fondamentali, e al rispetto del sistema di valori e dei principi fondamentali tra i quali i diritti fondamentali trovano sostantività propria; ed ovviamente, si erigerà a guardiano dei valori e principi costituzionali dinanzi agli "ipotetici" conflitti con il Diritto europeo. Per una maggiore concretizzazione il TC elaborò la definizione definitiva del primato. Se la supremazia costituzionale si esprime in termini gerarchici sul resto dell'ordinamento giuridico, e pertanto, determina la validità o la nullità delle disposizioni inferiori, il primato, non si esprime in questo modo, ma in termini di efficacia o di inefficacia, supponendo il mero spostamento delle norme contraddittorie. Ossia, il primato, sebbene positivizzato nel progetto del Trattato costituzionale, è un mero principio di risoluzione dei conflitti, uno strumento per scegliere la norma applicabile al caso concreto in caso di antinomia, un principio che agisce – a differenza della supremazia – esclusivamente nell'ambito applicativo, mai nell'ambito della produzione del Diritto.*

*Il TC, decantando i contro limiti e mediante l'elaborazione teorica delle differenze tra supremazia e primato, risolverà le questioni sollevate, astenendosi da realizzare considerazioni proprie di "opportunità politica".*

*Come si osserva, la relazione tra ordinamenti predisposta dal TC rinviene il fondamento ultimo dell'autonomia del Diritto europeo e del primato nella Costituzione, e da questa prospettiva il TC impone la pretesa di essere l'ultima autorità nel processo d'integrazione dal momento che il primato-efficacia agirà fintantoché il proprio giudice costituzionale consideri che non pregiudichi i limiti costituzionali che lui stesso interpreta. L'efficacia del Diritto comunitario nell'ordinamento interno dipenderà, in ultima istanza, dal beneplacito del TC e dalla sua coerenza con il parametro di controllo stabilito: i contro limiti costituzionali.*

*Tenendo in conto che la dottrina del TC è molto simile a quella dei suoi colleghi italiani e tedeschi, si può comprendere che non esiste una concezione uniforme né condivisa delle relazioni tra ordinamenti a livello europeo. Sia la CG sia il TC considerano che il principio del primato trova il suo fondamento nel proprio ordinamento. Pertanto, il primato non può essere studiato da questa prospettiva, se si pretende approfondire la sua natura e contenuto, ossia, se si studia nel suo insieme, non ci permetterà di dedurre da questa una formula completa di strutturazione ordinamentale, e vista da ogni ordinamento varierà da uno Stato all'altro. Per quanto concerne la questione delle relazioni tra ordinamenti, il concetto del primato sembra differire molto se visto dalla prospettiva della CG o dalla prospettiva delle Corti costituzionali e, d'accordo a questa impostazione, solo si può predicare l'esistenza di due ordinamenti separati con pretese di essere l'ultima autorità quando entrano in conflitto (International Handellsgessellschaft Vs. DTC 1/2004).*

*XIV. Da questo punto di vista ci sono due elementi che ci spingono a continuare ad approfondire la giurisprudenza del TC sul diritto europeo. In primo luogo, il TC ha affermato che il principio del primato produce i suoi effetti nell'ambito di applicazione normativa, nel momento della selezione della disposizione applicabile al caso concreto, per cui, per avanzare nella determinazione del suo contenuto, l'unica alternativa è centrarci sull'applicazione del Diritto europeo. In secondo luogo, dal punto di vista dell'ambito applicativo, si può intuire l'inizio di un accordo tra la CG ed il TC su un contenuto minimo del principio del primato, una configurazione che possa soddisfare allo stesso tempo l'esigenza di efficacia uniforme del Diritto europeo (a partire da parametri comunitari) e la garanzia delle disposizioni costituzionali (particolarmente il sistema costituzionale delle fonti e dei diritti fondamentali). Questo contenuto minimo sembra svilupparsi a partire dall'interposizione della questione pregiudiziale.*

*Il TC ha reiteratamente considerando che i conflitti tra disposizioni europee e nazionali avessero un carattere sub-costituzionale. In tal modo, allo stesso tempo, si evitavano contraddizioni assolute con le impostazioni della dottrina Simmenthal e si delimitava il suo ambito competenziale rispetto alla CG, lasciando chiara la differenza di rango tra le disposizioni costituzionali ed il Diritto europeo: il Diritto europeo non è canone di costituzionalità delle norme spagnole e ha non gli corrisponde pertanto di risolvere il conflitto.*

*Tuttavia, questa attitudine di emarginazione assoluta del suo ambito competenziale si è progressivamente ridotta. Il problema principale lo presentavano i conflitti tra le norme comunitarie e le disposizioni con rango di legge. Il TC stabilì poco a poco che, il giudice nazionale, quando inapplica una norma con rango di legge d'accordo con il principio del primato, dovesse motivare correttamente la sua decisione a pena di agire in modo arbitrario o manifestamente irragionevole contro il sistema costituzionale delle fonti in vigore in quel momento. Nei casi APESCO e*

*FOGASA, in modo specifico, il TC dovette ammettere tali ricorsi d'amparo per vulnerazione del diritto alla tutela giudiziaria per mancanza di motivazione nell'applicazione di una norma con rango di legge.*

*Nella STC 58/2004 concretizzerà questa affermazione. Considererà che una decisione giudiziaria di inapplicabilità di una norma con rango di legge in contraddizione con un'altra disposizione europea deve essere sempre circondata da garanzie oggettive, precisamente per il valore democratico che si deduce dalla configurazione giuridica della legge come fonte. Per stabilire queste garanzie il TC ricorrerà alla dottrina dell'atto chiaro della CG: la questione pregiudiziale dinanzi alla CG costituisce questa garanzia oggettiva. Ossia, il TC dirà che l'inapplicabilità da parte del giudice delle norme con rango di legge si deve garantire in virtù dell'obbligo del giudice nazionale di ricorrere alla CG mediante l'interposizione di una questione pregiudiziale. In caso contrario, la decisione del giudice attenderà al diritto fondamentale al giudice predeterminato ex legge o alla tutela giudiziale effettiva per la vulnerazione del sistema delle fonti vigente, ed il TC potrebbe ammettere un ricorso di amparo contro il giudice che applicasse la legge nazionale nel rispetto del primato.*

*La questione pregiudiziale si erige come garanzia interna del diritto alla tutela giudiziaria effettiva, e raggiunge una tal importanza che il TC oggettivizza fino al massimo l'obbligo del giudice del rinvio alla CG dichiarando che "l'esistenza o inesistenza di un dubbio (...) non si può intendere in termini di soggezione soggettiva dell'organo giudicante ad una determinata interpretazione del Diritto comunitario (...) ma come l'inesistenza oggettiva, chiara e determinante di un dubbio nella sua applicazione" (FJ 13).*

*Ciò che mi sembra trascendentale in questo punto è la connessione tra il principio del primato, il diritto alla tutela giudiziaria effettiva e la questione pregiudiziale, un vincolo che trasforma il giudice nazionale in vincolo tra ordinamenti, come garante dei diritti soggettivi. Questo vincolo si è progressivamente concretizzato nelle decisioni posteriori del TC (SSTC 194/2006 e 78/2010) che, sebbene abbiano modulato il carattere dell'obbligo oggettivo del giudice che solleva la questione pregiudiziale, previo alla mancata applicazione della legge, hanno approfondito i vincoli tra la tutela giudiziale effettiva, la questione pregiudiziale ed il primato.*

*Come abbiamo detto, l'aspetto rilevante di questa giurisprudenza si trova nella profondità che ha acquisito il principio del primato nell'ambito applicativo. Così il TC considera che la questione del primato del Diritto europeo si deve caricare di un nuovo contenuto che lo renda compatibile con le garanzie costituzionali a livello interno, questo contenuto si può identificare nelle garanzie che caratterizzano qualsiasi processo e concretamente con il diritto a la tutela giudiziaria effettiva.*

*Dinanzi a questa identificazione, la questione pregiudiziale si erige a garanzia procedimentale del sistema delle fonti sia interno sia europeo, ma anche dei diritti fondamentali dell'individuo rispetto al procedimento giudiziario.*

*Le relazioni tra il primato, tutela giudiziaria e questione pregiudiziale suppongono un punto in comune tra i postulati della CG e del TC. Sia il TC sia la CG considerano la questione pregiudiziale una garanzia essenziale: per il TC è una garanzia del sistema di fonti interno quando è in gioco l'applicabilità della legge, suppone dirimere la corretta applicazione del principio del primato; per la CG è una garanzia dell'applicazione uniforme del Diritto europeo. E da entrambe le prospettive si sottolinea un momento chiave: il momento dell'accesso alla giurisdizione da parte del cittadino, dal momento che risulta in modo chiaro nella giurisprudenza della CG sul principio del primato che il Diritto comunitario deve essere applicato, in primo luogo, dai giudici nazionali, permettendo così che i cittadini facciano effettivi i loro diritti comunitari attraverso la giurisdizione comunitaria.*

*In questo modo la questione pregiudiziale diventa uno strumento privilegiato di garanzia di entrambi gli ordinamenti ed il giudice nazionale ne diventa l'attore principale. Il giudice nazionale è il vertice tra i due ordinamenti a cui si trova allo stesso modo vincolato e che contribuisce alla sua integrazione mediante la sua attività di integrazione, opera che realizza in collaborazione con la CG mediante la questione pregiudiziale, questione che garantisce la corretta applicazione del sistema delle fonti e la tutela dei diritti sia interni sia europei dei cittadini.*

*XV. La questione pregiudiziale è stata fin dalle sue origini lo strumento essenziale per garantire l'applicazione uniforme del Diritto europeo in tutti gli Stati membri (l'idea principale del principio del primato), ma suppone anche per la CG uno strumento di garanzia dei diritti dei cittadini. Fin dalla Van Gend en Loos l'articolo 177 TCEE si considerò un argomento chiave su cui fondare l'efficacia diretta dei Trattati e la volontà originaria su cui i cittadini potessero fondare pretese soggettive sulla base del Diritto europeo dinanzi ai tribunali nazionali. Credo che sia opportuno citare, inoltre, l'idea che la CG ha approfondito sul dovere del giudice del rinvio pregiudiziale come una questione chiave della corretta garanzia dei diritti dei cittadini, approfondimento che ha cercato di oggettivizzare, allo stesso modo che il TC, l'obbligo del giudice di sollevare il rinvio e garantire così il diritto alla tutela giudiziaria effettiva.*

*Però per la CG la questione pregiudiziale ha diverse e trascendenti funzioni: è uno strumento essenziale per concedere efficacia uniforme alle disposizioni europee mediante i dubbi interpretativi sollevati dai giudici nazionali; inoltre permette l'unità dell'ordinamento europeo mediante il controllo di validità del Diritto derivato d'accordo con i Trattati; Dall'altra parte permette di concedere coerenza e completezza all'insieme del Diritto europeo conformandolo come ordinamento; ed*

*infine, il suo sviluppo giurisprudenziale ha permesso di configurarlo come una garanzia della tutela giudiziaria dei cittadini. Questo ultimo elemento è forse il più controverso.*

*Il problema principale della configurazione della questione pregiudiziale nei Trattati è che è accettata come uno strumento del dialogo giurisdizionale. I giudici nazionali hanno discrezionalità per decidere quando procede il rinvio alla CG, dal momento che solo i Trattati determinano l'obbligo per i tribunali le cui decisioni non sono suscettibili di ulteriore ricorso giurisdizionale di Diritto interno. Anche per questi tribunali la discrezionalità per determinare il "dubbio ragionevole" come elemento determinante del rinvio rafforza il carattere discrezionale della sua interposizione. Sebbene vista l'importanza del meccanismo per la configurazione del Diritto europeo come ordinamento, la CG ha cercato di oggettivizzare l'obbligo del giudice.*

*Così le Sentenze Cilfit e Foto-Frost suppongono due esempi di tale oggettivizzazione. La prima, malgrado introduca la dottrina francese del acte claire nell'ambito europeo, determinò alcuni requisiti per la sua applicazione che finivano per configurare la questione pregiudiziale d'interpretazione come un'autentico obbligo salvo il caso in cui esistesse un precedente identico nella giurisprudenza della CG. Nella seconda decisione la CG obbligava in modo oggettivo a sollevare la questione pregiudiziale di validità in tutti i casi in cui ed in tutte le istanze giurisdizionali (con l'eccezione relativa alle misure cautelari Zuckerfabrik).*

*Malgrado si riaffermi una volta dopo l'altra nella giurisprudenza della CG che la questione pregiudiziale non suppone una risorsa per le parti, l'oggettivizzazione dell'obbligazione si presentò in modo tale che, come si è detto, il minor dubbio sull'interpretazione o la validità della disposizione europea sollevata da una delle parti nel litigio si doveva considerare determinante in virtù dell'obbligo di sollevare il rinvio. Questo sviluppo giurisprudenziale ha permesso che una volta autorizzata, la dottrina consideri che la questione pregiudiziale ha cessato di essere un procedimento di dialogo tra i tribunali per diventare un procedimento verticale e multilaterale (vista l'importanza del precedente della CG).*

*In mia opinione, questo è stato uno sviluppo consapevole che trae origine dalla scarsa legittimazione degli individui per accedere alla CG in difesa delle pretese che trovano il suo fondamento nel Diritto europeo. Effettivamente, le vie di ricorso che stabiliscono i Trattati (ricorso diretto e ricorso per inadempimento) limitano o proibiscono l'accesso dei particolari alla giurisdizione della CG, per cui i cittadini che ricorrono ai tribunali nazionali in difesa delle pretese soggettive che si fondano sul Diritto europeo trovano scarse garanzie di tutela dei loro diritti dal momento che, da una parte, abbiamo visto le reticenze tradizionali del TC per conoscere i conflitti derivati dall'applicazione del Diritto europeo, e dall'altra, il rinvio dei suoi casi alla*

*CG dipende, formalmente, dall'apprezzamento del giudice nazionale. Provoca una vera perplessità la scarsità dei meccanismi di revisione delle decisioni giudiziali quanto si tratta dell'applicazione del Diritto europeo, non esistendo veri meccanismi di judicial review inteso come un'idea essenziale del costituzionalismo normativo.*

*Tuttavia, si tratta ora di sottolineare che, nell'evoluzione della giurisprudenza del TC e della CG intorno al primato, sembra trovarsi un nesso comune che vincola il principio fondamentale con una serie di garanzie adeguate sia per quanto concerne l'ambito costituzionale sia per quanto concerne l'ambito europeo: il primato allacciandosi alla questione pregiudiziale acquista una funzione essenziale come garanzia della tutela dei diritti degli individui, tanto dal punto di vista interno quanto dal punto di vista europeo. Il primato, a causa dei conflitti difficilmente risolvibili suscitati dalla sua vertente di elemento di relazione tra ordinamenti, ha sviluppato un contenuto proprio a partire dalla prospettiva applicativa del Diritto. Dalla sua vertente come strumento di selezione della norma applicabile al caso concreto si è ricoperto di garanzie che ben conciliano l'esigenza di uniformità del Diritto europeo e la tutela dei diritti dei cittadini, in special modo, quando questi fondano pretese soggettive su disposizioni europee dinanzi al giudice nazionale*

*XVI. D'accordo con quanto esposto, nell'ultimo capitolo di questa tesi è stata studiata la questione dell'efficacia del Diritto europeo. Dallo studio della questione dell'efficacia diretta si può osservare come il primato è stato concettualizzato come un meccanismo di tutela dei diritti degli individui.*

*Concretamente nella giurisprudenza della CG si rivela un importante cambio rispetto alla dottrina tradizionale sull'efficacia diretta, cambio che si orienta verso un'ampliamento delle possibilità degli individui di invocare disposizioni europee a fondamento di pretese soggettive. La possibilità di invocare dinanzi al giudice pretese e diritti fondati sul Diritto europeo si è ampliata fino al punto che norme che tradizionalmente non avevano goduto in termini generali dell'efficacia diretta, possono essere ora invocate dinanzi al giudice, dal momento che permettono di soddisfare le pretese degli individui grazie ai molteplici effetti che il principio del Diritto europeo ha sviluppato: effetti di esclusione della disposizione nazionale, effetti di sostituzione della disposizione nazionale con la disposizione europea, effetti di interpretazione della disposizione nazionale d'accordo al Diritto europeo ed, in ultima istanza, l'effetto di esigenza della responsabilità dello Stato per inadempimento della norma europea. Tutti questi effetti sono il frutto di una comprensione ampia del primato dal suo ambito applicativo, come elemento di garanzia dei diritti della persona.*

*La diversificazione degli effetti del primato deriva dalle diverse pretese degli individui in relazione alle disposizioni o decisioni dei poteri pubblici nazionali contrari ai loro interessi. L'individuo, nel momento in cui invoca una disposizione*



*europea (incluso una direttiva), dinanzi a una disposizione o atto nazionale contrario ai suoi diritti o interessi non solo soddisfa, per effetto del primato, la tutela dei diritti, ma indirettamente suppone anche una garanzia per gli obblighi dei poteri pubblici degli Stati nell'ambito del diritto europeo. Allo stesso tempo che si garantisce l'adempimento da parte degli Stati degli obblighi comunitari che beneficiano gli individui, si garantisce l'efficacia del Diritto europeo, dal momento che i cittadini concretizzano e denunciano gli inadempimenti degli Stati quando pregiudicano i loro interessi.*

*Il caso della direttiva e della sua efficacia diretta è paradigmatico. Sebbene la direttiva, per su natura, non può essere invocata se non eccezionalmente dinanzi al giudice nazionale, tuttavia, negli ultimi anni ha sviluppato diversi tipi di efficacia. Da una parte, un'efficacia oggettiva dinanzi all'inadempimento dello Stato, che permette al giudice di determinare se lo Stato, concretizzando gli obblighi della direttiva, ha superato il margine di apprezzamento disposto dalla direttiva in pregiudizio degli individui (Kraaijeveld). Dall'altra, un'efficacia triangolare, che ha ampliato le possibilità della direttiva di produrre effetti diretti nelle relazioni giuridiche tra gli individui (effetto incidentale).*

*La dottrina dell'efficacia diretta, rispetto alle direttive, si è vista modificata sostanzialmente negli ultimi anni come risultato della comprensione del principio del primato, in chiave di invocazione delle pretese soggettive degli individui fondate sul Diritto europeo. Invocazione che, assieme all'impostazione della questione pregiudiziale, permette l'applicazione uniforme del Diritto europeo mediante la denuncia del suo inadempimento da parte dei poteri pubblici statali.*

*Da questa concezione del principio del primato ne deriva al tempo stesso la sua vertente come garanzia dell'efficacia uniforme dell'ordinamento europeo in tutti gli Stati, e di tutela dei diritti degli individui.*

*L'estensione delle possibilità di invocare il Diritto europeo da parte degli individui è una conseguenza dello sviluppo del principio del primato. Ciò si può dimostrare negli ulteriori effetti dell'invocazione da parte degli individui delle norme europee dinanzi al giudice. In effetti, il principio dell'efficacia diretta ha i suoi limiti; l'efficacia diretta di determinate disposizioni come le direttive non si può predicare rispetto alle relazioni orizzontali, neppure dinanzi a principi costituzionali riconosciuti dal proprio ordinamento europeo che possano impedire l'applicazione della norma europea (principio della sicurezza giuridica, principio della cosa giudicata o della retroattività della norma penale più favorevole). In tali casi, malgrado le disposizioni europee non possano produrre effetti diretti, la sua invocazione è permessa da parte degli individui con effetti diversi: effetto di interpretazione conforme o di dichiarazione di responsabilità da parte dei poteri pubblici per inadempimento.*

*Come si osserva, l'invocazione delle pretese soggettive degli individui basata sul Diritto europeo, coadiuva la produzione dei diversi tipi di efficacia del Diritto europeo. In mia opinione, quando l'individuo invoca dinanzi al giudice nazionale una disposizione europea per far fronte all'azione di uno Stato membro, sta invocando il principio del primato come garanzia dei diritti concessi dall'ordinamento europeo.*

*XVII. In conclusione, l'obiettivo di questa tesi è sottolineare che il principio del primato compie oggi una funzione costituzionale chiave.*

*Il processo d'integrazione europea si trova in un momento trascendentale. O continua verso l'integrazione politico-costituzionale con tutte le sue conseguenze o fracasserà strepitosamente come organizzazione destinata a risolvere problemi globali. Per questo diventa imprescindibile uno sviluppo profondo delle sue strutture in un senso democratico costituzionale, dal momento che oggi la cittadinanza, che non si può identificare con lo sviluppo dell'integrazione né con le decisioni delle sue Istituzioni ha perso la fiducia nella ragione d'essere dell'Unione.*

*Il principale ostacolo per l'Unione consiste nelle enormi carenze democratiche della sua configurazione. Le vie politiche e l'adozione delle decisioni si trovano chiuse alla cittadinanza.*

*Dato che a livello politico tali problemi non si sono risolti, da un punto di vista giuridico si è cercato di aprire il cammino alla partecipazione dei cittadini. Opzioni queste che non le sostituiscono e che, in mia opinione, sono sorte dalla propria tensione tra interessi espressi mediante meccanismi processuali.*

*Questo sviluppo delle vie giuridiche si osserva particolarmente nel cambio del paradigma del principio del primato. Questo principio, dinanzi all'impossibilità di essere osservato come uno strumento di strutturazione del pluralismo ordinamentale in un vero sistema costituzionale, ha permesso uno sviluppo della Comunità giuridica dell'UE.*

*Il primato ha sviluppato un vasto contenuto dal punto di vista della sua vertente applicativa, nel momento della risoluzione di casi concreti. La CG ha sviluppato questo principio ampliando le possibilità della sua invocazione da parte degli individui dinanzi al giudice comunitario, convertendolo in uno strumento funzionale alla tutela dei diritti dei cittadini dinanzi ai poteri pubblici statali. Il primato esprime la possibilità di invocare disposizioni europee come fondamento di pretese soggettive dei cittadini dinanzi ai poteri pubblici degli Stati e delle proprie Istituzioni. Questa possibilità converte l'individuo in veicolo ed attore dell'efficacia del Diritto europeo ed allo stesso tempo lo erige a meccanismo di tutela dei diritti.*

*Attraverso il dialogo giurisprudenziale dei tribunali costituzionali e la CG sulla base delle sue garanzie come la questione pregiudiziale, il primato ha potuto dotarsi di un proprio contenuto. La questione pregiudiziale è stato il punto chiave in cui si sono trovate le esigenze costituzionali interne e quelle europee intorno al principio del primato. L'applicazione del rinvio pregiudiziale permette allo stesso tempo la garanzia dell'uniformità applicativa del Diritto europeo e la tutela dei diritti degli individui, dal momento che attraverso l'oggettivazione dei suoi condizionamenti da parte del TC e della CG si sono configurati la questione pregiudiziale come un "quasi ricorso" per gli individui.*

*La questione pregiudiziale avvicina i cittadini alla giurisdizione della CG, mettendo sul tavolo interpretazioni particolari del Diritto europeo (diritti soggettivi) e permettendo di sfidare in via incidentale la validità delle disposizioni europee. In questo modo, la tutela giudiziale dei diritti e l'uniformità applicativa del Diritto europeo compongono un contenuto ampio del principio del primato che si articola attraverso la questione pregiudiziale.*

*Un'altra manifestazione del progressivo sviluppo del principio del primato verso la sua configurazione come strumento di invocazione di pretese soggettive dei cittadini dinanzi ai poteri pubblici, appare nello sviluppo dei suoi effetti. Effetti che permettono di ampliare l'efficacia diretta delle disposizioni europee che originalmente non erano invocabili dinanzi ai giudici.*

*In questo senso il primato ha diversificato i suoi effetti con il fine di garantire la sua efficacia dinanzi all'azione degli Stati, e conseguentemente ha ampliato le possibilità di invocazione del Diritto comunitario (la sua efficacia) dinanzi ai giudici nazionali, in modo che gli individui possano avvalersi del primato di una disposizione comunitaria dinanzi ad atti o disposizioni normative dei poteri pubblici statali con la finalità di escludere questi ultimi (primato in senso netto), o di essere sostituiti dalla norma europea invocata (efficacia diretta in senso classico), o siano interpretati (dinanzi al resto dell'ordinamento nazionale) in conformità alla norma indicata, permettendo la soddisfazione delle pretese particolari, o finalmente, siano dichiarati contrari alla norma europea invocata, determinandosi la necessaria indennizzazione all'individuo pregiudicato.*

*Da questa prospettiva, il primato è consustanziale alla tutela dei diritti dei cittadini, permettendo in tal senso l'integrazione dei postulati del TC con quelli della CG, ed allo stesso tempo è la manifestazione delle antinomie tra le norme nazionali ed europee che possono mettere in pericolo l'uniformità del Diritto europeo.*

*Ed infine, si segnala che questa visione del principio del primato, come invocazione da parte degli individui di pretese soggettive fondate sul Diritto europeo dinanzi all'attuazione dei poteri pubblici, può essere utile anche per ricomporre i*

*vincoli costituzionali tra i cittadini ed i poteri pubblici, vincoli scomparsi nell'ambito sovranazionale che mettono in crisi il sistema costituzionale degli Stati.*

*Da una parte il principio del primato, come forma di invocazione del Diritto europeo dinanzi ai poteri pubblici, è consustanziale alla consolidazione della Comunità di Diritto come elemento essenziale del costituzionalismo, elemento espresso mediante la soggezione tanto dei poteri pubblici quanto dei cittadini e degli individui al Diritto europeo. Può permettere di ricostruire vincoli tra cittadini e Governi a livello extrastatale, essendo la pietra angolare della strutturazione costituzionale dell'UE. Per questo considero che il principio del primato compie una funzione essenziale nella costituzionalizzazione dello spazio sovranazionale europeo, sempre e quando si possa concepire come strumento per l'invocazione delle disposizioni europee nelle quali i particolari possano fondare i diritti e le pretese soggettive dinanzi all'attuazione degli Stati: come un modo di limitare il potere statale a garanzia dei diritti soggettivi.*

*Dall'altra parte, l'invocazione da parte dei cittadini del Diritto europeo a garanzia dei suoi diritti dinanzi all'attuazione delle Istituzioni o degli Stati, trovandosi nel cuore del Diritto costituzionale europeo, può contribuire alla sua legittimazione indiretta. Questa impostazione, essendo ottimista, potrebbe aiutare a far sì che i cittadini recuperino la "fede nella ragione del Diritto europeo" (Laenarts), in virtù della sua utilità dinanzi alle sfide globali e all'abuso internazionale dei governi. D'accordo con il sistema giurisdizionale europeo, gli individui possono invocare pretese soggettive il cui fondamento si rinviene nell'ordinamento europeo dinanzi ai giudici nazionali contro l'azione dei poteri pubblici dei suoi Stati (efficacia diretta). Dinanzi a tali attuazioni potranno invocare il principio del primato richiedendo l'esclusione dell'atto statale, la sua sostituzione, la sua interpretazione o la responsabilità dello Stato. Questa invocazione, permetterà di iniziare un processo giurisdizionale dinanzi ad un giudice, obbligato oggettivamente ad interporre una questione pregiudiziale se, in più, il cittadino argomenta un dubbio ragionevole rispetto all'interpretazione o alla validità della disposizione europea.*

*In questo momento il cittadino, in determinati casi, potrà accedere alla CG, apportando allegazioni in condizioni uguali agli Stati ed alle istituzioni e contribuendo a sviluppare un'interpretazione del Diritto derivato e dei propri Trattati, così come rendendo possibile la depurazione dell'ordinamento europeo.*

*Da quest'ultima prospettiva, il principio del primato, con un suo contenuto ampio e le sue garanzie, permette di compiere una funzione propriamente costituzionale: garantisce il pluralismo e la partecipazione dei cittadini nell'ambito della società aperta degli interpreti del Diritto (costituzionale).*

*Ricordiamo che “chiunque vive una norma costituzionale, la cointerpreta in un senso ampio, profondo”, o in termini europei, ogni volta che invoca una norma europea (attraverso il principio del primato e dell’efficacia diretta) dinanzi la giurisdizione nazionale, la cointerpreta, la concretizza in un caso particolare, e la sviluppa quando fonda su queste pretese soggettive e diritti dinanzi l’attuazione del potere pubblico. La possibilità che ora si presenta, intendendo il primato come strumento di invocazione di diritti soggettivi e la questione pregiudiziale di partecipazione delle parti dinanzi alla CG può supporre, dal punto di vista del processo, una “garanzia del pluralismo e della partecipazione” dei cittadini, dal momento che, mediante la questione pregiudiziale come garanzia del primato, il cittadino può incentivare il dialogo tra tribunali, contribuendo allo sviluppo del Diritto costituzionale europeo.*

*A partire da questa prospettiva, lo sviluppo giurisprudenziale del principio del primato, impulsado dall’interazione tra spazi costituzionali espressi attraverso il dialogo tra i tribunali, offre una dimensione costituzionale, dal momento che permette di aprire vie giuridiche (laddove non esistono vie politiche) per ricondurre la comprensione dell’UE dal “tradizionale pensiero dello Stato” verso una necessaria partecipazione “del cittadino e della sua società”.*



## **BIBLIOGRAFÍA**

ACKERMAN, B., “*Constitutional law and constitutional politics*”, Harvard Law Review, n. 99, 1989.

ALEXY, R., “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F., “The Spanish constitution in the European constitutional context”, Dykinson, Madrid, 2003.

ALMIRANTE, C., “*Dalla forma stato alla forma mercato*”, Giappichelli, Turín, 2008. p. 71

ALMIRANTE, C., “*European Governance e Costituzione europea: fra revisione tacita e ‘anestesia’ dei sistemi costituzionali degli Stati membri*”, en GAMBINO, S., y D’IGNAZIO, G., “*La revisione costituzionale e I suoi limiti. Tra teoria costituzionale, diritto interno ed sperienze straniere*”, Giappichelli, Milán, 2007.

ALONSO DE ANTONIO, J. A., “*El derecho de sufragio en las elecciones municipales de los ciudadanos europeos no nacionales residentes en España*”, Anuario de derechos humanos, n. 2, 2001.

ALONSO GARCÍA, E., “*La incidencia en el ordenamiento constitucional español de la ley orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas como puesta en práctica del artículo 93 de la CE*”, en GARCÍA DE ENTERRÍA/GONZÁLEZ CAMPOS/MUÑOZ MACHADO (dirs.), “*Tratado de Derecho comunitario*”, Vol. I Civitas, Madrid, 1986.

ALONSO GARCÍA, M.C., “*La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho comunitario*”, Revista de Administración Pública, nº 138, septiembre-diciembre, 1995.

ALONSO GARCÍA, R., “*Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*”, Revista Española de Derecho Constitucional, n. 73, 2005.

ALONSO GARCÍA, R., “*Cuestión prejudicial y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)*”, Working Papers on European Law and Regional Integration (WP IDEIR), n.4, 2011.

ALONSO GARCÍA, R., “*Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

ALONSO GARCÍA, R., “*El juez español y el derecho comunitario*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

ALONSO GARCÍA, R., “*La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico*”, intervención en la sesión inaugural del seminario “la convergencia de las jurisdicciones administrativas supremas de la UE en la aplicación del Derecho comunitario”, Santander, 8-10 de septiembre de 2008, consultado en [biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/17.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/17.pdf)

ALONSO GARCÍA, R., “*Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas*”, Civitas, 3ª Ed., Navarra, 2006.

ALONSO GARCÍA, R., “*Los Tribunales Constitucionales y el control del derecho interno conectado con el comunitario*”, Foro, Nueva Época, n. 2, 2005.

ALONSO GARCÍA, R., “*Sistema jurídico de la Unión Europea*”, Civitas, Pamplona, 2007,

ALTERN, K., “*Establishing the Supremacy of European Law*”, Oxford University Press, Oxford, 2002.

ALTERN, K., HERMIDA DEL LLANO, C., “*Los derechos fundamentales en la Unión europea*”, Barcelona, Antrophos, 2005, p. 167.

ALTERN, K., y SLAUGHTER, A. M., “*The European Courts and national Courts – Doctrine and jurisprudence*”, Slaughter/Sweet/Weiler (dirs.) Hart Publishing, OUP, Oxford, 1988.

ARAGÓN REYES, M., “*Constitución, democracia y control*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 88, México, 2002.

ARAGÓN REYES, M., “*La constitución como paradigma*”, en CARBONEL, M., (ed.), “*Teoría del neoconstitucionalismo*”, Trotta, Madrid, 2007.

ARAGÓN REYES, M., “*La Constitución Española y el TUE: la reforma de la Constitución*”, Revista Española de Derecho Constitucional, 42, pp. 9 y ss.

ARCAS LEAL, R., “*Theories of supranationalism in the EU*”, Harvard Law School, Beprees legal series, paper 1790, 2006

ARNALDO ALCUBILLA, E., “*El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales*”, Revista española de Derecho Constitucional, n. 34, 1992.

ARNOLD, R., “*El Derecho Constitucional Europeo a comienzos del siglo XXI y la Constitución Española*”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F., “*The Spanish Constitution in the European Constitutional context*”, Dykinson, Madrid, 2003.

ARNOLD, R., *Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán*. ReDCE, n. 1, 2004.



ARNULL, A., “*Private applicants and the action for annulment under article 173 of the Treaty*”, *Common market Law Review*, n. 32, 1995.

ARNULL. A., “*The use and abuse of article 177*”, *Common Market Law Review*, 52, 1989, pp. 622-626.

ARROYO JIMÉNEZ, L., “*Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional*”, *InDret*, n. 4, 2011

ASENSI SABATER, A., “*Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Materiales para una Introducción*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

ASTOLA MADARIAGA, J., “*Reflexiones en torno al control de constitucionalidad del derecho comunitario*”, *Revista de Derecho Político*, n. 53, 2002.

AVBELJ, M., y KOMÁREK, J., “*Four visions of constitutional pluralism – symposium Transcript*”, *European Journal of Legal Studies*, 2, n.1, 2008.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “*El tribunal Constitucional como máximo intérprete de la constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia*”. En prensa.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “*Apuntes sobre el pensamiento de Peter Häberle en el contexto de la dogmática alemana*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 6, 2003.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “*Del derecho constitucional común europeo a la Constitución europea. ¿Cambio de paradigma en la legitimidad de la Unión?*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, 2005.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “*El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*”, *Civitas*, Madrid, 2002.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “*Primacía del Derecho Comunitario y administración andaluza*”, en BALAGUER CALLEJÓN, F., (coord.) “*El Sistema de gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía*”, Ed. Comares, Granada, 2003.

BACIGALUPO SAGGESE, M., “*El sistema jurisdiccional de la Unión europea en el sistema de garantías*”, en LINDE PANIAGUA, E., y otros, “*Organización del Estado y la Unión Europea*”, *Colex*, 2000.

BALAGUER CALLEJÓN, F. “*Niveles y técnicas internacionales de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional*”, *ReDCE*, n. 1, 2004.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*El sistema de fuentes en la Constitución europea*”, *ReDCE*, n. 2, 2003.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*En el XXV aniversario de la Constitución: de las fuentes del Derecho al ordenamiento jurídico y a las relaciones entre ordenamientos*”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 6, 2003.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*Fuentes del Derecho*”, Vols. I y II, Tecnos, Madrid, 1991.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa*”, ReDCE, n. 8, 2007.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*La Constitución y las fuentes del derecho*”, en ALVAREZ CONDE, E., (coord.) “*administraciones públicas y Constitución*”, INAP, Madrid, 1998.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal*”, en GARCÍA HERRERA, M. A., (DIR.) “*El constitucionalismo en la crisis del Estado social*”, Universidad del País Vasco, 1999.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea*”, ReDCE, n. 1, 2004.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*Las fuentes del derecho*”, en TRUJILLO, G., LÓPEZ GUERRA, L., y GONZÁLEZ TREVIJANO, P., (DIRS.), “*La experiencia constitucional (1978-2000)*”, CEPC, Madrid, 2000

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea*”, ReDCE, n.7, 2007.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una constitución para Europa*”, La ley, n. 5, 2004.

BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.) “*Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*”, Tecnos, Madrid, 2004, p. 108.

BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., MONTILLA MARTOS, J. A., (et alt.), “*Manual de Derecho Constitucional*”, Tecnos, 2009, pp. 29 y ss.

BALAGUER CALLEJÓN, F., *Recensión al libro “Constitución española y constitución europea: análisis a la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)”* Revista de Derecho Comunitario Europeo, n. 22, 2005.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*La constitucionalización de la Unión europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal*”, en GARCÍA HERRERA, M., (Dir), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997.

BALAGUER CALLEJÓN F., “*Identidad europea, ciudadanía y modelo de integración*”, en prensa.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “*Presupuestos y perfiles metodológicos del Derecho Constitucional Europeo*”, en prensa.

BAÑO LEÓN, J. M., “*El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, año 8, n. 18, 2004.

BAQUERO CRUZ, J., “*De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión*”, REDE, núm. 13, 2005.

BAQUERO CRUZ, J., “*The Legacy of the Maastricht-Urteil and the pluralist movement*”, EUI Working Papers, Robert Schuman Centre for advanced Studies, n.13, 2007.

BARATTA, R., “*Norme contenute in direttive comunitarie inattuare e loro opponibilità ai singoli*”, en Rivista de Diritto Internazionale, 1989.

BARAV, A., “*Omnipotent Courts*”, en CURTIN, D. y HEUKELS, T., “*Institutional dynamics of European integration. Essays in Honour of Henry g. Schermers*”, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Holanda), 1994

BARENTS, “*Some remarks of the «horizontal» effect of directives*”, en O’KEEFFE and SCREMERS (Eds.) “*Essays in European Law and integration*”, Kluwer, Deventer, 1982.

BARILE, P., “*Il camino comunitario della Corte di Giustizia*”, Giurisprudenza costituzionale, 1973.

BARNARD, C., SHARPSTON, E., “*The changing face of article 177 references*”, CMLR, n. 34, 1997.

BARRERO ORTEGA, A., “*La transformación de la Constitución española a la luz del derecho constitucional europeo*”, ReDCE, n.10, 2008.

BARRILAO SÁNCHEZ, J. F., “*Sobre la constitución normativa y la globalización*”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 7, 2004.

BARRILAO SÁNCHEZ, J. F., “*Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados miembros*”, ReDCE, n. 2, 2004.

BEBR, G., “*How supreme is Community law in the national Courts?*”, CMLR, 1972, p. 3-37.

BECK, U., “*La Sociedad del riesgo*”, Paidós, Barcelona, 2006

BECKER, F., “*Application of Community Law by Member States Public Authorities; between autonomy and effectiveness*”, CMLR, 44, 2007,

BELLIDO BARRIONUEVO, M., “*La directiva comunitaria*”, Dykinson, Madrid, 2000.

BERRI, M., “*Sull'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di interpretazione giurisprudenziale autentica ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE*”, Giustizia civile 1963.

BIGLINO CAMPOS, P., “*Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*”, CEPC, Madrid, 2007, espec., pp. 27-49. T

BIGLINO CAMPOS, P., “*La primacía del derecho comunitario: una mirada contrapuesta*”, en CARMONA CONTRERAS, A.M., “*La Unión Europea en perspectiva Constitucional*”, Thomson, Pamplona, 2008

BIGLINO CAMPOS, P.: “*La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española*”, Revista General de Derecho Comunitario, nº 3, 2007.

BOBBIO, N., “*Contributi ad un Dizzionario giuridico*”, Turín, 1994,

BOBBIO, N., “*Studi per una Teoria generale del diritto*”, Giappicheli, Turín, 1970.

BOBBIO, N., “*Per un léxico di teoría generale del diritto*, en BOBBIO, N., “*Contributi ad un Dizzionario giuridico*”, Turín, 1994, pp. 233 y ss

BOBBIO, N., “*Teoría general de la política*”, Trotta, Madrid, 2003

BOBBIO, N., “*Teoría general del Derecho*”, Editorial debate, Madrid, 1992

BÖCKENFÖRDE, E. W., “*Escritos Sobre el Estado de Derecho y la Democracia*”, Civitas, Madrid, 2000

BOGDANDY, A., “[Notas sobre la ciencia del Derecho europeo: contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán](#)”, [Teoría y realidad constitucional](#), [Nº 5, 2000](#).

BOGDANDY, A., “*The legal case for Unity: the European Union as a Single Organization with a Single Legal System*”, Common Market Law Review, n. 36, 1999.

BOU FRANCH, V., y CERVERA VALLTERRA, M. “*Estudios sobre la Constitución Europea*”, Tirant, Valencia, 2006.

BUSTOS GISBERT, R., “*La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*”, IVAP, Bilbao, 2005.

CALATAYUD PRATS, I., “*El principio de igualdad tributario y las relaciones entre el IVA, IGIC y Derecho Comunitario (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2006, de 19 de junio)*”, Hacienda Canaria, n. 17, 2006.

CÁMARA VILLAR, G., “*Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional*”, ReDCE, n. 4, 2005

CÁMARA VILLAR, G., “*Los derechos estatuarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*”, Revista española de Derecho Constitucional, n. 85, 2009.

CÁMARA VILLAR, G., “*Veste y realidad de los Derechos Estatuarios*”, Revista de Estudios Políticos, n. 151, 2011.

CÁMARA VILLAR, G., “*Reflexiones sobre cambio social y no violencia*”, MOLINA RUEDA, B., MUÑOZ MUÑOZ, F. A., JIMÉNEZ BAUTISTA, F., (Coords.) “*Actas del I Congreso Hispanoamericano de Educación y Cultura de la Paz: Granada*”, Editorial de la Universidad de Granada, 2003.

CÁMARA VILLAR, G. “*Perfiles Históricos del Derecho Constitucional Europeo*”, ReDCE, n. 11, 2009.

CÁMARA VILLAR, G., “*Pensamiento Crítico y crisis capitalista: una perspectiva constitucional*”, Universidad de Granada, Granada, 2010.

CÁMARA VILLAR, G., “*La paz en el constitucionalismo contemporáneo*”, en “*Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*”. Vol. IV. Historia y Filosofía Política, Jurídica y Social”, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 353-394.

CANNIZZARO E., “*Il pluralismo dell’ordinamento giurídico europeo e la questione della sovranità*”, Quaderni Fiorentini, n. 31, 2002

CANNIZZARO, E., “*EU Law and national constitution. A pluralist constitution for a pluralist Legal order?*”, Astrid on line, <http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Studi-e-ri/Archivio-2/CANNIZZARO.PDF>

CAPELLA, J. A., “*La globalización: ante una encrucijada jurídico política*”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, “*Derecho y Justicia en una sociedad global*”, n.31, 2005.

CAPELLA, J. R., “*Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*”, Madrid, Trotta, 1997.

CAPPELLETI, M., SECCOMBE, M., y WEILER, J., (Eds.) “*Integration Through Law*”, OUP, 1986

CARANTA, R., “*judicial protection against member states: a new ius commune takes shape*”, CMLR, 32, 1995.

CARBONEL, M., “Globalización y Derecho”, consultado en: [www.bibliojuridica.org/libros/3/1086/3.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1086/3.pdf).

CARTABIA, M., “El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia”, *Revista española de Derecho europeo*, n. 22, 2007.

CARTABIA, M., “El Tratado constitucional para la Unión Europea y la voluntad constituyente de los Estados miembros”, en GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., (coord.) CARTABIA, DE WITTE, PÉREZ TREMPs (dirs.), “Constitución europea y Constituciones nacionales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

CARTABIA, M., “Italia en Europa: problemas nuevos y viejos. A la luz del tratado de Niza y de la reforma constitucional de las regiones”, *Cuadernos de Derecho Público*, n. 13, 2001,

CARTABIA, M., “Le fonti europee e il Diritto italiano”, Turín, Giappicheli, 2004.

CASCAJO CASTRO, J. L., “Constitución y Derecho constitucional en la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 15, 2004,

CASTILLO DE LA TORRE, F., “Case Law – Tribunal Constitucional (Spanish Court), Opinion 1/2004 of 13th December 2004, on the Treaty establishing a Constitution for Europe”, *CMLR*, n. 42, 2005.

CASSESE, S., “Dizionario di Diritto Pubblico”, CASSESE, S., (Dir), Volúmen III, Giuffré Editore, Milano, 2006

CASSESE, A., CLAPHAM, A., WEILER, J., (Eds.), “Human Rights and the European Community: Methods of protection”, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991,

CATALANO, N., “L’inserimento diretto delle disposizioni contenute nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea negli ordinamenti giuridici degli Stati membri”, *Il Foro padano*, 1963, n. 5.

CELLOTO, A., “La prevalenza del diritto comunitario sul diritto degli Stati: ambito e portata Della disapplicazione”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, n. 8. 2007.

CELOTTO, A., “Ancora un’occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di «comunitarietà»”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004.

CELOTTO, A., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs contralímites”, en CARTABIA, M., DE WITTE, B., PÉREZ TREMPs, P., (dirs.) “Constitución europea y constituciones nacionales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CELOTTO, A., “Italia”, en TAJADURA, J., y DE MIGUEL, J., (Coord.), “Justicia Constitucional y Unión Europea”, CEPC, Madrid, 2008, pp. 217 y ss.

CELOTTO, A., “*l’efficacia delle fonti comunitarie nell’ordinamento italiano*”, UTET, Turín, 2003

CELOTTO, A., “*Normas comunitarias y derecho italiano*”, Law Electronic Journal, n. 15, 2009.

CELOTTO, A., y GROPPI, T., “*Diritto UE e Diritto nazionale: Primauté vs. contralimiti*”, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, n.6, 2004.

CHALMERS, D y MONTI, G., “*European Union Law. Updating Supplement*”, Cambridge University Press, 2008

CHALMERS, D., HADJIEMMANUIL, C., MONTI, G., TOMKINS, A., “*European Union Law*”, Cambridge University Press, Cambridge, 2007

CHARRO BAENA, P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “*Derechos sociales y tutela judicial efectiva en la Constitución Europea*”, Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, nº 57, 2004.

CHUECA SANCHO, A., “*Los derechos fundamentales en la Unión Europea*”, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 74-76.

COLLIER, P., y DOLLAR, D., “*Globalizzazione, crescita economica e povertà. Rapporto Della Banca Mondiale*”, Il Mulino, Bologna, 2003.

CONFORTI, “*Diritto internazionale*”, Nápoles, 1987,

CRAIG, P., “*Gran Bretaña en la Unión Europea*”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F., “*The Spanish constitution in the context*”, p. 391

CRAIG, P., “*The Constitutional Treaty: legislative and executive power in the emerging constitutional order*”, EUI Working Paper. Law, n. 7, 2004

CRAIG, P., y DE BURCA, G. “*EU Law: Texts, cases and materials*”, OUP, 2003, pp. 487 y ss.

CRAIG, P., y DE BURCA, G., “*The evolution of EU Law*”, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999

CROSS, E.D., “*Pre-emption for member state law in the European economic community: a Framework to analysis*”, 1992, CMLR, n. 34.

CRUZ VILLALÓN, P., “*Hacia la europeización de la Constitución española (la adaptación de la Constitución española al marco constitucional de Europa)*”, Fundación BBVA, Bilbao, 2006

CRUZ VILLALÓN, P., “*El espacio constitucional europeo*”, en “*La Constitución inédita*”, Trotta, Madrid, 2004,

CRUZ VILLALÓN, P., “*El papel de los Tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión*”, en ID., “*La Constitución inédita. Estudios ante la Constitucionalización de Europa*”, Madrid, Trotta, 2004

CRUZ VILLALÓN, P., “*El Tratado según la Constitución: tres planteamiento*”, en CARRILLO, M., LÓPEZ BOFILL, H., *La Constitución europea. Actos del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*”, Tirant lo Blanch, Valencia 2006

CRUZ VILLALÓN, P., “*Europeización de la Constitución española: una introducción al problema*”, en ID (DIR), “*Hacia la europeización de la Constitución española (la adaptación de la Constitución española al marco constitucional de Europa)*”, Fundación BBVA, Bilbao, 2006

CURTIN, D., “*Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights*”, CMLR, n. 27, 2005.

CURTIN, D., MORTELMANS, K., “*Application and enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third generation Script*”, pp. 423-466., en CURTIN, D., y HEUKELS, T., (eds.) “*Institutional Dynamics of European Integrations. Essays In Honour of Henry G. Schermes*”, Vol. II, Martins Nijhoff Publishes, Dordrecht/Boston/London, 1994.

CURTIN y HEUKELS, T., (eds.) “*Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermes*”, vol. II, Martin Nijhoff Publishes, Dordrecht-Boston-London.

DASHWOOD, A., “*States in the European Union*”, *European Law Review*, n. 23, 1998

DASHWOOD, A., “*The relationship between the member states and the European Union/European Community*”, CMLR, n. 41, 2004

DE BURCA, G., y CRAIG, P., “*European Union law: texts and materials*”, Oxford University Press, 2008, pp. 460 y ss.

DE BURCA, G., y WEILER, J. H. H., “*The european Court of Justice*”, OUP, 2001,

DE CABO MARTÍN, C., “*Teoría Histórica del Estado y el Derecho constitucional I*”, PPU, Barcelona, 1988.

DE CABO MARTÍN, C., “*Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*”, Madrid, Trotta, 2010.



DE CABO MARTÍN, C., “*Constitutionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador*”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, n.º. 11, 2009.

DE ESTEBAN, J., y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., “*Curso de Derecho Constitucional*”, Vol. I, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pp. 304 y ss.

DE MIGUEL BÁRCENA, J., “*Juez nacional y aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española*”, en REVENGA SÁNCHEZ, M., (coord.), “*El poder Judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*”, 2009

DE MIGUEL BÁRCENA, J., “*Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa federal*”, consultado en: [www.acoes.es/congresoVIII/documentos/JosuDeMiguelBarcena.pdf](http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/JosuDeMiguelBarcena.pdf), CARTABIA, M., “*El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia*”, Revista española de Derecho europeo, n. 22, 2007

DE OTTO, I., “*Derecho constitucional. Sistema de fuentes*”, 10ª ed., Ariel, Barcelona, 2007

DE SANTIS, V., “*I principi di struttura dell’ordine costituzionale europeo*” en *Diritto e cultura*, n.1, 2003.

DE VEGA GARCÍA, P., “*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*”, Tecnos, Madrid, 1985

DE VEGA GARCÍA, P., “*Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*”, Revista de Estudios Políticos, n. 100, 1998

DE WITTE, B., “*Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order*”, en CRAIG, P., y DE BURCA, G., “*The evolution of EU Law*”, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999

DE WITTE, B., “*Il processo semi-permanente di revisiones dei Trattati*”, Quaderni Costituzionali, 2002

DEHONSSE, R., “*European Institutional architecture alter Amsterdam: parliamentary system or regulatory structure?*”, CMLR, 1998,

DESANTES REAL, M., “*El Tribunal Constitucional y la garantía de aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales*” Noticias UE, n. 118, 1994.

DÍEZ DE VELASCO, L. M., “*Las organizaciones internacionales*”, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 641 y ss.

DÍEZ DE VELASCO, M., *“Instituciones de Derecho Internacional Público”*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 55

DÍEZ MORENO, F., *“Manual de Derecho de la Unión Europea”*, Civitas, Pamplona, 2009.

DÍEZ- PICAZO, L. M., *“Constitucionalismo de la Unión Europea”*, Civitas, Madrid, 2002

DÍEZ-PICAZO, L. M., *“Constitución Española y Constitución Europea”*, Institut Universitari D’estudis Europeus, Working Paper On Line, num. 10, 2005

DÍEZ-PICAZO, L. M. *“La naturaleza de la Unión Europea”*, InDret, n. 4, 2008

DIEZ-PICAZO, L. M., *“El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”*, Revista Española de Derecho Constitucional, n. 54, 1998,

DOUGAN, M., *“The Disguised vertical direct effect of directives?”*, The Cambridge Law Journal, 59, 2000

DOUGAN, M., *“When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy”*, en CMLR, 44, 2007, p. 941

DURANTE, F., *“Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee”*, Rivista di diritto internazionale, 1963.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., y PERNICE, I., *“FIDE 2002 Eu Law and National Constitutions”*, WHI Paper 17/02, pp. 21 y ss.

DUXBURY, N., *“The nature and authority of precedent”*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008,

EILMANSBERGER, T., *“The relationship between Rights and remedies in EC Law: in search of the Missing link”*, Common Market Law Review, n. 41, 2004, pp. 1199-1246

ELEFThERIADIS, P., *“Cosmopolitan law”*, European Law Journal, n.2, 2003, pp. 241-263.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *“El juez nacional como juez comunitario de derecho común. Las transformaciones dimanantes de ello”*, Cuestiones Constitucionales, n. 13, 2005

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *“El sistema constitucional español”*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 182-189;

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *“The Spanish constitution in the European constitutional context”*, Dykinson, Madrid, 2003

FERRAJOLI, L., “*Crisis de la Democracia en la Era de la Globalización*”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez: Derecho y Justicia en una sociedad global. UGR, Granada, 2005.

FERRAJOLI, L., “*Derechos y garantías. La ley del más débil*”, Trotta, Madrid, 2009.

FERRAJOLI, L., “*Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*”, Trotta, Madrid, 2006.

FERRARESE, M. P., “*Il Diritto al presente*”, Il Mulino, Bolonia, 2002

FERRERES COMELLA, V., “*La Consitució espanyola davant la clàusula de primacia del dret de la Unió Europea. Comentari a la Declaració 1/2004 del Tribunal Constitucional*”, El Clip, n. 30, 2005

FONTAINE, P., “*Una nueva idea para Europa. La Declaración Schumann 1950-2000*”, Serie Documentación Europea, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Jean Monnet

GAJA, G., “*Positivism and dualism in Dionisio Anzilotti*”, European Journal of International Law, n.3, 1992

GALGANO, F., “*La globalizzazione e le fonti del diritto*”, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2006, pp. 313 y ss.

GALGANO, F., “*La globalizzazione nello specchio del Diritto*”, Il Mulino, Bolonia, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”, Civitas, 4ª ed., 2006

GARCÍA LOYGORRI, A., “*En el horizonte de la tutela judicial efectiva, el TJCE supera la interpretación restrictiva de la legitimación activa mediante el uso de la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad*”, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos, n.5, 2004.

GARCÍA PELAYO, M., “*Derecho constitucional comparado*”, Alianza editorial, Madrid, 2000, p. 254 y ss.,

GARCÍA PELAYO, M., “*Las transformaciones del Estado contemporáneo*”, Alianza Universidad, 2005

GARCÍA, R. y BAÑO LEÓN, J.M.: “*El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 29, 1990, pp. 210 y ss.

GARRIDO GÓMEZ, M. I., “*Las transformaciones del Derecho en la sociedad global*”, Aranzadi, Madrid, 2010.

GIDDENS, A., “*Consecuencias de la modernidad*”, Alianza, Madrid, 1993, pp. 67-68.

GIORGI, F., y TRIART, N., “*National judges, Community judges: Invitation to a journey through the looking glass on the need for jurisdictions to rethinking the intersystematic relations beyond the hierarchical principle*”, *European Law Journal*, 14, n6, 2008

GORI, P., “*Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*”, *Giurisprudenza italiana* 1963, n.4.

GRAMSCI, A., “*Cuadernos de 1929, 1930, 1931*” en “*Antología*”, Siglo XXI, México, 1970

GRAMSCI, A., “*Scritti Politici. A cura di Paolo Spriano*”, Riuniti, Roma, 1979

GRIMM, D., “*Does Europe need a Constitution*”, en GOWAN, P., y ANDERSON, P., (Eds.), “*The question of Europe*”, Maxwell, Londres-Nueva York, 1997

GROPPI, T., “*La Primauté del Derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado*”, *ReDCE*, n.5, 2006, pp. 225 y ss.

GRUPPI, L., “*El Concepto de Hegemonía en Gramsci*”, Ediciones de Cultura Popular, México, 1978, pp. 7-29, 84-111

GUASTINI, R., “*Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento*”, *Análisis e Derecho*, 2005

GUEVARA PALACIOS, A., “*Algunos planteamientos sobre el federalismo y la Unión Europea*”, *Cuestiones Constitucionales*, n. 13, 2005,

GUILLÉN LÓPEZ, E., “*El Parlamento Europeo*”, *ReDCE*, n.3, 2005.

GUILLÉN LÓPEZ, E., “*Spain. The impact of the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Spanish Constitutional Law: make a virtue of necessity*”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C., y VAN NUFFEL, P., “*Human Rights Protection in the European Legal Order: the interaction between the European and the National Courts*”, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 309-340

HÄBERLE, P., “*Comparación constitucional y cultural de los modelos federales*”, *ReDCE*, n.8, 2007.

HÄBERLE, P., “*Consecuencias del doble no francés y holandés a la Constitución Europea*”, *ReDCE*, n.4, 2005

HÄBERLE, P., “*Derecho Constitucional Común Europeo*”, *Revista de Estudios Políticos*, n 79, 1993.

HÄBERLE, P., “*El Estado Constitucional Europeo*”, Cuestiones Constitucionales, n. 2, 2000.

HÄBERLE, P., “*El Tratado de Reforma de Lisboa 2007*”, ReDCE, n. 9, 2008.

HÄBERLE, P., “*Europa como Comunidad constitucional en desarrollo*”, ReDCE, n.1, 2004

HÄBERLE, P., “*La Constitución como cultura*”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 6, 2002

HÄBERLE, P., “*La Constitución de la Unión Europea de junio de 2004 en el foro de la doctrina del Derecho Constitucional europeo*”, ReDCE, n.2, 2004

HÄBERLE, P., “*La regresiva ‘Sentencia Lisboa’ como ‘Maastricht II’ anquilosada*”, ReDCE, n. 12, 2009.

HÄBERLE, P., “*Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un Catálogo de problemas*”, ReDCE, n. 13, 2010

HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional Europeo*, Cuestiones Constitucionales, num. 2, enero-junio 2000, pp. 89 y ss.

HÄBERLE, P., “*La Sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución*”, Trad. Xavier Arzoz Santisteban, en Retos actuales del Estado Constitucional, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15-46.

HÄBERMAS, J y DERRIDA, J., “*February 15, or, what binds Europeans together: plea for a Common Foreign Policy Beginning in Core Europe*”, en LEVY, D., “*Old Europe, New Europe, Core Europe: Transatlantic Relations after the Iraq War*”, Verso, Londres, 2005

HÄBERMAS, J., “*El Derecho Internacional en la transición hacia un escenario posnacional*”, Katz editores, Madrid, 2008

HÄBERMAS, J., “*Facticidad y Validez (sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)*”, quinta edición, Trotta, Madrid, 2008

HÄBERMAS, J., “*Reply to Grimm*”, en GOWAN, P., y ANDERSON, P., (Eds.) “*The question of Europe*”, Maxwell, Londres-Nueva York, 1997

HÄBERMAS, J., “*SO, Why does Europe need a constitution?*”, disponible en [www.iue.it/RSC/EU/Reform02.pdf](http://www.iue.it/RSC/EU/Reform02.pdf),

HALLSTEIN, W., “*Europe in the Making*”, Allen and Unwin, Londres, 1972.

HEGEL, G., “*Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*”, Edhasa, Barcelona, 1988.

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., “*Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales)*”, Hegoa/OMAL, Bilbao, 2009.

HERRERA GARCÍA, A., “*Tribunal Constitucional y Unión Europea. El caso español a propósito de la sentencia 58/2004 y de la fase actual de la integración constitucional europea*”, Cuestiones Constitucionales, enero-junio, nº 016, UNAM, México,

HERRMANN, C. W., “*Much Ado about Pluto? The Unity of the Legal order of the European Union revisited*”, EUI Working Papers RSCAS 2007/05.

HESSE, K., “*Estudios en la historia de la jurisprudencia constitucional alemana*”, Teoría y Realidad Constitucional, n.1, 1998.

HEUKELS, T., BLOKKER, N., y BRUS, M., (eds.) “*The European Union after Amsterdam— a legal analysis*”, La Haya/Londres/Boston, Kluwer International Law, 1998

HILSON, C., “*Legality review of Member State discretion under directives*”, en TRIDIMAS, T., y NEBBIA, P., (Eds.) “*European Union Law for the twenty-first Century. Rethinking the new legal order*”, Vol. I., Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, pp. 228-238.

HINOJOSA MARTÍNEZ. L. M., SEGURA SERRANO, A., “*La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1999*”, RDCE; num. 8, 2000

HOSKINS, M., “*Tilting the balance: supremacy and national procedural rules*”, European Law Review, n. 21, octubre, 1996, pp. 365-377

HUMRICH, C., “*Legalization and the evolution of Law in International Society: A Habermasian approach*”, 5th Pan-European International Relations Conference, en La Haya, disponible en [www.sgir.org/conference2004](http://www.sgir.org/conference2004).

ISAAC, G., “*Droit Communautaire Général*”, Paris, 4ª ed., 1995.

ITZCOVICH, G., “*L’interpretazione del diritto comunitario*”, Materiali per una Storia Della Cultura Giuridica, 38, n.2, 2008

ITZCOVICH, G., “*Teorie e ideologie del diritto comunitario*”, Turin, Giappichelli, 2006, pp. 95

IZQUIERDO PERIS, J. J., “*El Tribunal Constitucional como órgano de garantía del Derecho comunitario en España*”, Gaceta Jurídica de la CEE, b-87, 1993,

JACOBS, F., “*The evolution of the European legal order*”, CMLR, n. 41, 2004

JACOBSON, G. J., “*Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal Constitutionalism*”, *Journal of Politics*, 47, n. 2., 1985

JELLINEK, G., “*Teoría General del Estado*”, Comares, Granada, 2000

JOERGES, C. “*Rethinking European law’s supremacy*”, *EUI Working Paper Law*, n.12, 2005.

JOERGES, C., y NEYER, J., “*Deliberative supranationalism*”, *EUI Working Papers*, n. 2006/20, European University Institute

JUDT, T., “*Posguerra. (Una historia de Europa desde 1945)*”, 4ª Ed., Taurus, Madrid, 2010

JUSTE RUIZ, J., “*Constitución española y Constitución europea*”, en BOU FRANCH, V., y CERVERA VALLTERRA, M. “*Estudios sobre la Constitución Europea*”, Tirant, Valencia, 2006, pp., 15 y ss.

KAISER, J. H., “*La rappresentanza degli interessi organizzati*”, Milán, Giuffrè, 1993

KAPTEYN AND VERLOREN, V. T., “*The Law of the European Union and the European Communities*”, Kluwer, Holanda, 2008,

KELSEN, H., “*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*”, Tecnos, Madrid, 1995

KELSEN, H., “*General Theory of norms*”, Oxford, 1991

KELSEN, H., “*Teoría Pura del Derecho*”, Porrúa, México, 2005

KILPATRICK, C., “*The Future of remedies in Europe*”, en la obra colectiva del mismo nombre de KILPATRICK, C., NOVITZ, T., SKIDMORE, P., Hart, Oxford/Portland Oregón, 2000, pp. 1 y ss.

KILPATRICK, C., NOVITZ, T., y SKIDMORE, P., “*The future of remedies in Europe*”, Oxford, Hart, 2000.

KIRCHHOFF, P., “*The Balance of Powers between national and European institutions*”, *European Law Journal*, 5, n.3, 1999

KOMÁREK, J., “*Federal elements in the community legal system: building coherence in the community legal order*”, *CMLR*, n. 42, 2005.

KOTZUR, M., “*Los objetivos de la Unión. Una contribución a la identidad y finalidad constitucional de la Unión*”, *ReDCE*, n. 2, 2004.

KOTZUR, M., *Federalismo, regionalismo y descentralización local como principios estructurales del espacio constitucional europeo*, *ReDCE*, n. 1, 2004

KRISLOV, EHLERMANN y WEILER, “*Political Organs and the Decision-Making process*”, en CAPPELLETI, M., SECCOMBE, M., y WEILER, J., (Eds.) “*Integration through Law*”, OUP, 1986, p. 90 y ss.

KUMM, M., “*The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*”, *European law Journal*, Vol. 11, n. 3, may 2005

LA PERGOLA, A., “*El juez constitucional italiano ante la primacía y el efecto directo del derecho comunitario. Notas sobre unas jornadas de estudio*”, en COLNERIC, N., EDGARD, D., PUISSOCHET, J. P., RUIZ JARABO, D., (Eds.), “*Une communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*”, *Berliner Wissenschafts*, Berlín, 2003, pp. 255 y ss.

LA PERGOLA, A., “*Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all’effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, p. 2423 y ss.

LA PERGOLA, A., “*La articulación del Derecho Comunitario y del Derecho interno: la experiencia italiana*”, *Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada*, 1996, p. 8

LACKHOFF, K., NYSSSENS, H., “*Direct effect of directives in triangular situations*”, *ELR* 23, 1998,

LAPORTA, F., “*Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas*”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 39, 2005, pp. 243-267

LAZARI, A., “*Aplicación judicial del derecho comunitario en España y en otros países de la UE*”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2006, consultable en [www.reei.org](http://www.reei.org).

LEHMANN, W., “*Democracia europea, identidad constitucional y soberanía*”, Dirección General de políticas interiores del Parlamento europeo. Departamento temático. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. B-1047 Bruselas, 2010

LEFEVRE, S., “*The interpretation of Community Law by the Court of Justice in Arenas of National Competence*”, *ELRev*, n. 29, 2004, pp. 501 y ss.

LENAERTS, C., “*Preliminary ruling procedure*” en CURTIN, HEUKELS (Eds.) “*Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*”, Vol. II, Kluwer, 1994

LENAERTS, K., “*Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*”, *American Journal of Common Law*, n. 38, 1990,

LENAERTS, K., “*Form and Substance of the Preliminary Rulings Procedure*”, en CURTIN, D. Y HEUKELS, T. (eds.), “*Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*”, La Haya, 1994



LENAERTS, K., “*The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?*”, en *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Vol. II, 1998, pp.591 y ss.

LENAERTS, K., CORTHAUT, T., “*Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU Law*”, *ELR*, 31, p. 287, 2006.

LENZ, M., TYNES, D. S., YOUNG, L., “*Horizontal what? Back to basics*”, *ELRev*, 25, 2000.

LIÑÁN NOGUERAS D. J., “*Instituciones y Derecho de la Unión Europea*”, Tecnos, Madrid, 3ª edición, 2004

LOEWENSTEIN, K., “*Teoría de la Constitución*”, Ariel, Barcelona, 1986,

LÓPEZ AGUILAR, J. F., “*Maastricht y la problemática de la reforma constitucional*”, *Revista de Estudios Políticos*, 77, 1992, pp. 57 y ss.

LÓPEZ CASTILLO, A., “*Constitución e integración*” Madrid, 1996,

LÓPEZ CASTILLO, A., “*La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias del derecho derivado en la República Federal Alemana*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 23, mayo-agosto de 1988

LÓPEZ CASTILLO, A., SAIZ ARNAIZ, A., FERRERES COMELLA, V., “*Constitución española y Constitución europea: Análisis de la declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 d diciembre)*”, *CEPC, Madrid, 2005*

LÓPEZ CASTILLO. A., *La Unión europea «en constitución» y la Constitución estatal en (espera de) reformas*”, en la obra *Constitución española y Constitución europea*, CEPC, Madrid, 2005, Págs. 13 y ss.

LÓPEZ ESCUDERO, M., “*Efectos del incumplimiento del procedimiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas (Directiva 83/189/CEE) (Comentario a la Sentencia del TJCE de 30 de abril de 1996, CIA Security International)*”, *Revista de Instituciones Europeas*, n. 23, 1996, pp. 839-861.

LÓPEZ PINA, A., “*Europa un proyecto irrenunciable. La Constitución para Europa desde la Teoría Constitucional*”, Madrid, Dykinson, 2004

MACCORMICK, N., “*Beyond the Sovereign State*”, *Modern Law Review*, n. 56, 1993.

MACCORMICK, N., “*Questioning Sovereignty: law, state and Nation in the European Commonwealth*”, Oxford, Clarendon Press, 1999.

MAESTRO BUELGA, G., “*Globalización y Constitución débil*”, *Teoría y Realidad constitucional*, num. 7, 2001

MANCINI, G. F., KEELING, D., *“From CILFIT to ERT: the constitutional challenge facing the European Court”*, 4BEL, 1991

MANCINI, G. F., *“The Making of a Constitution for Europe”*, Common Market Law Review, vol. 26, n.4, 1989

MANCINI, G. F., *“The role of the supreme courts at the national and international level: a case study of the Court of Justice of the European Communities”*

YESSIOU-FALTSI, P., *“The role of the supreme courts at the national and international level”*, Oxford, OUP, 1998,

MANCINI, G.F., y KEELING, D, T., *“From CILFIT to ERT: the constitutional challenge facing the European Court”*, 4BEL, 1991.

MANGAS MARTÍN, A., *“Derecho comunitario europeo y Derecho español”*,. Madrid, 1993, p.

MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *“Instituciones y Derecho de la Unión Europea”*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2002.

MANZELLA, A., *“Il Parlamento federatore”*, Quaderni Costituzionali, n. 45, 2002.

MARÍN GÁMEZ, J. A., *“Cultura Constitucional Europea: con ocasión del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”*, ReDCE, n. 4, 2005

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *“Soluciones al actual impasse constitucional en la Unión Europea: la opción del Tratado reducido”*, DT 16/2007, Real Instituto Elcano,

MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., *“Otra virtualidad de las directivas: su «efecto directo de exclusión»”*, consultado en [www.reei.org](http://www.reei.org) , última consulta 5 de junio de 2009

MARTÍNEZ SIERRA, J. M., *“La recepción constitucional del derecho comunitario”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

MASSERA, *“L’amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario”*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 19, 1993, p. 47;

MASTROIANNI, R., *“Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale”*, Diritto dell’Unione Europea, 2008

MATA SIERRA, M. T., *“El efecto directo de las directivas en la jurisprudencia comunitaria y española”*, Tecnos, Madrid, 1994, pp.13-15.

MATTEUCCI, N., *“Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno”*, Trotta, Madrid, 1998.

MAYER, F.C., *“Supremacy-Lost”*, en DANN, P., y RYNKOWSKI, M., (eds.), *“The Unity of The European Constitution”*, Springer, Berlin, 2006, pp. 87-96

MICHAEL, L., *“Procedimientos de producción de Derecho: el procedimiento legislativo ordinario”*, ReDCE, n. 3, 2005, pp. 44 y ss.

MILLÁN MORO, L., *“La eficacia directa de las directivas evolución reciente”*, Revista de Instituciones Europeas, Vol. 18, n.3, 1991

MODUGNO, F., *“Legge-ordinamento giuridico. Pluralità degli ordenamenti”*, Giuffrè, Milán, 1985, p. 80-84

MORGENTHAU, H., *“Política entre naciones, la lucha por la guerra y la paz”*, GEL, Buenos Aires, 2000,

MUNICH GASA, J., *“Hacia un procedimiento electoral uniforme para las elecciones al Parlamento Europeo”*, Affairs Internacionales, n. 17, pp. 97-121

MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004

MUÑOZ MACHADO, S., *“La Unión Europea y las mutaciones del Estado”*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

NEGRI, A., y HARDT, M., *“Globalización y democracia”*, en NEGRI, A., *“Guías. Cinco lecciones en torno a Imperio”*, Paidós Estado y Sociedad 118, Barcelona/Buenos Aires/México, 2004

NETTESHEIM, M., *“El significado constitucional de la primacía del derecho”*, Revista Española de Derecho europeo, n.6, 2003.

NEUNREITHER, K., *“The dual legitimacy of the European Union and the democratic deficit”* en ID: *“The democratic Deficit of the European Union: Towards closer cooperation between the European Parliament and the National Parliaments”*, Government and Opposition, n. 29, 3, 1994

NEUWAHL, N. A., *“The Treaty on European Union: a step forward the protection of human rights?”*, en NEUWAHL, N. A., y ROSAS, A., *“The European Union and Human Rights”*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 3 y ss.

NEYER, J., *“Discourse and order in the EU. A deliberative approach to multi-level Governance”*, Journal of Common Market Studies, 41, 2003, pp. 681 y ss.

NINATI, S., *“Giudicare la democrazia? processo politico ed ideale democratico nella giurisprudenza Della Corte di Giustizia dell Comunità europee”*, Giuffrè, Milán, 2004

NINATTI, S., “*La fórmula Parlamentaria Europea. Desde sus orígenes hasta el Tratado Constitucional*”, en GÓMEZ FERNÁNDEZ (coord.) “*Constitución Europea y Constituciones Nacionales*”, op. Cit. espec. p. 89.

ÖHLINGER, T., “*La influencia del derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de «americanización» del Derecho europeo*”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, num. 8, 2004,

ÖHLINGER, T., “*Unity of legal system or legal pluralism: the Stufenbau Doctrine in present-day Europe*”, en JYRÄNKI, A., (Ed.), “*National constitutions in the era of integration*”, Kluwer law, Londres, 1999

OLIVETTI, M y GROPPI, T., (ed.), “*La giustizia costituzionale in Europa*”, Giuffrè, Milán, 2003

ORDÓÑEZ-SOLÍS, D., “*Los jueces europeos en una sociedad global: Poder, Lenguaje y Argumentación*”, *Noticias de la Unión Europea*, num. 279, 2008, pp. 93-105.

PACE, A., “*La Sentenza Granital, ventitrè anni dopo*”, *Studi sulle integrazione europea*, n.3, 2007.

PADOA SCHIOPPA, A., “*Note su ordine giuridico europeo e identità europea in prospettiva storico-costituzionale*”, *Quaderni Fiorentini*, 31, 2002

PALERMO, F., “*La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 1999-2000*” en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001

PANUNZIO, S. P., “*I diritti fondamentali e le Corti in Europa*”, Nápoles, Jovene, 2007, pp. 1 y ss.

PEDROL, X., y PISARELLO, G., “*El referéndum sobre la “Constitución” Europea: ¿quién teme al no?*”, *El Viejo Topo*, n. 198, 2004

PÉREZ GONZALEZ, S., “*El Derecho en la Sociedad Global del Riesgo*”, *REDUR*, n.6, 2008

PÉREZ LUÑO “*Los derechos fundamentales*”, Tecnos, Madrid, 2004

PÉREZ LUÑO, A. E., “*Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007

PÉREZ ROYO, J., “*Curso de Derecho Constitucional*”, Madrid, Pons, 2003.

PÉREZ TREMP, P., “*Constitución española y Unión Europea*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004

PÉREZ TREMP, P., “*Constitución española y Comunidad europea*”, ed. CEC, Madrid, 1996,

PÉREZ TREMP, P., “*Sistema de Justicia Constitucional*”, Civitas, Pamplona, 2010,

PÉREZ-TENESSA, A., “*Compendio de la Doctrina del Consejo de Estado (en el XXV Aniversario de la Constitución)*”, Consejo de Estado/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003

PÉREZ-TENESSA, A., “*Compendio de la Doctrina del Consejo de Estado (en el XXV Aniversario de la Constitución)*”, Consejo de Estado/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003.

PERNICE, I., “*Elements and structures of the European Constitutions*”, WHI Papers, n. 4, 2002.

PERNICE, I., “*Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*” CMLR, n. 36, 1996

PERNICE, I., y KANITZ, R., “*Fundamental Rights and Multilevel constitutionalism in Europe*”, WHI PAPER, 7, 2004.

PERNICE, I., “*Multilevel Constitutionalism in the European Union*”, ELRev, n. 27, 2002.

PESCATORE, P., “*The doctrine of ‘direct effect’: an infant disease of Community law*”, European Law Review, n. 8, 1983, pp. 155 y ss.

PESCATORE, P., “*la interpretación del derecho comunitario por el juez nacional*”, Revista de Instituciones Europeas, Vol. 23, nº 1, pp. 7-32.

PI LLORENS, M., “*Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*”, Ariel, Barcelona, 1999, p. 23.

PISARELLO, G., “*La Justicia y los ‘Mercados’*”, diario “Público” (domingo, 13 de junio de 2010)

PIZZORUSSO, A., “*Il patrimonio costituzionale europeo*”, Il Mulino, Bologna, 2002

PIZZORUSSO, A., “*Justicia, Constitución y pluralismo*”, Palestra editores, Lima (Perú), 2007

PIZZORUSSO, A., “*La producción normativa en tiempos de globalización*”, ReDCE, Nº 11, enero-junio 2009.

PIZZORUSSO, A., “*Leges et iura*”, UNAM, México DF, 2008.

POCAR, F., “*Lezioni di diritto della Comunità Europea*”, Milán, 1986

POIARES MADURO, M., “*Contrapunctual Law*”, en N. Walker (Coord.), “Sovereignty in Transition”, Hart, Oxford, 2003.

POIARES MADURO, M., “*From Constitutions to Constitutionalism: A Constitutional Approach for Global Governance*”, en LEWIS, D., (coord.) “Global Governance and the Quest for Justice”, Vol. I, Hart Publishing, Oxford, 2006

POIARES MADURO, M., “*Las formas del poder constitucional en la Unión Europea*”, Revista de Estudios Políticos, n. 119, 2003

POIARES MADURO, M., “*The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism*”, International Journal of Constitutional Law, n.3, 2005

POIARES MADURO, M., “*We the Court, the European Court of Justice and the European Economic Constitution*”, Hart Publishing, Oxford, 1998

POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L., “*The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*”, Hart Publishing, 2010

POLLICINO, O., “*Tolleranza costituzionale, controlimiti e codificazione del primato del diritto comunitario*”, Quaderni Costituzionali, [www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option](http://www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option)

PORRAS RAMÍREZ, J. M., “*La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa*”, Revista de Estudios políticos, n.156, 2012, pp.125-166.

PRECHAL y ROERMUND (eds.), “*The Coherence of EU Law. The search for Unity in divergent concepts*”, OUP, New York, 2008

PRECHAL, S., “*Does direct effect still matter?*”, CMLR, 37, 2000

PRECHAL, S., “*Community law in national Courts: the lessons from Van Schijndel*”, CMLR, 35, 1998

PRECHAL, S., “*Remedies after Marshall*”, CMLR, n. 27, 1990

PRECHAL, S., y ROERMUND, B.V., “*Binding unity in EU legal order: an introduction*”, en PRECHAL y ROERMUND (eds.), “The Coherence of EU Law. The search for Unity in divergent concepts”, OUP, New York, 2008, pp. 1-1

PUISSOCHET, J. P., “*La primacía del derecho comunitario*”, en “La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción”, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de derecho Judicial, Madrid, n. 95, 2007,

RAMOS ROMEU, F., “*Law and politics in the application of EC law: Spanish Courts and the ECJ 1986-2000*”, CMLR, n. 43, 2003, pp.395

RANDAZZO, A., “*I controlimiti al primato del diritto comunitario. Un futuro non diverso dal presente*”, Quaderni Costituzionali, 2006.

RASMUSSEN, H., “*The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T.; Or, Acte Clair, of Course! But What Does it Mean?*”, European Law Review, n. 10, 1984

REQUENA LÓPEZ, T., “*El principio de jerarquía normativa*”, Civitas, Madrid, 2004

REICH, N., “*Horizontal liability in EC Law: Hybridation of remedies for compensation in case of breaches of EC Rights*”, CMLR, n.44, 3, 2007

REPOSO, A., “*La Costituzione spagnola tra costituzione europea e costituzione internazionale*”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F., “*The Spanish constitution in the European constitutional context*”, Dykinson, Madrid, 2003, p. 652

RIDOLA, P., “*Diritto Comparato e Diritto Costituzionale europeo*”, Turín, Giappicchelli, 2010.

RIDOLA, P., “*La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa*”, ReDCE, n.3, 2005.

ROBERTSON, R., “*Glocalización: tiempo-espacio y heterogeneidad-homogeneidad*”, Zona Abierta, 2000, pp. 92-93.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y BAQUERO CRUZ, J., “*Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”, Revista Fundamentos, n. 4, 2006

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “*El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”, Revista de Derecho Comunitario, 1997, pp. 330-331.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “*El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., (Dirs.), “*El Derecho comunitario Europeo y su aplicación judicial*”, Civitas, Madrid, 1993, p. 385 y ss.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “*Tribunales constitucionales y Derecho comunitario*”, en AA.VV “*Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*”, Tecnos, Madrid, 1993,

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., Y VALLE GÁLVEZ, A., “*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*”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 2, vol. 1, julio-diciembre, 1997, pp. 359 y ss.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y BARQUERO, J., “*Funciones constitucionales del tribunal de justicia de las comunidades Europeas*”, Revista Fundamentos. Cuadernos Monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional, n.4, 2006

RODRÍGUEZ PRIETO, R., SECO MARTÍNEZ, J. M., “*Hegemonía y democracia en el siglo XXI: ¿Por qué Gramsci?*”, Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho, n. 15, 2007

RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: “*Derecho internacional y fuentes del Derecho*”, en el libro colectivo “*La Constitución española y las fuentes del Derecho*”, IEF, Madrid, 1979, pp. 1733-1770

RODRÍGUEZ, A., “*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004 de 13 de diciembre*”, ReDCE, n. 3, 2005

ROLDÁN MARTÍN, A., “*El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*”, Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, 2005

ROLLA, G., “*Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*”, G. Giappichelli Editore, Turín, 2001

RUBIO LLORENTE, F., “*La Constitución como fuente del derecho*”, en “*La constitución y las fuentes del derecho*”, 1979, Vol. p. 61.

RUBIO LLORENTE, F., “*La Constitución española y el Tratado de Maastricht*”, Revista Española de Derecho Constitucional, n. 36, 1992, p. 258

RUBIO LLORENTE, F., “*Mostrar los derechos sin destruir la Unión (consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la UE)*”. Revista española de Derecho Constitucional. n° 64, 2002

RUBIO LLORENTE, J., “*El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa*”, REDC, n. 48, 1996,

RUBIO LLORENTE: «*la Constitución de Europa sólo puede construirse sobre las Constituciones nacionales, no sobre sus ruinas*», artículo publicado en EL PAIS, 11 de julio de 2003

RUFERT, M., “*Rights and remedies in European Community law: a comparative view*”, CMLR, 34, n.2, 1997

RUGGERI, A., “*Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*”, en forum di Quaderni Costituzionali, consultado en [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0008\\_ruggeri.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0008_ruggeri.pdf)



RUGGERI, A., “*Le fonti del Diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali*” en COSTANZO, P., MEZZETI, L., y RUGGERI, A., “Lineamenti Di Diritto costituzionale dell’Unione Europea”, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 289

RUIZ ZAPATERO, G., “*Sentencias y Puntos Ciegos. Otorgamiento de amparo a Administración Pública frente a vulneración del art. 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial comunitaria (STC 58/2004, de 19 de Abril de 2004)*” en Noticias Jurídicas <http://noticias.juridicas.com/articulos/05-Derecho%20Constitucional/200502-2855101301054120.html>

RUIZ-JARABO COLOMER, D., “*El juez nacional como juez comunitario*”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993,

RUIZ-JARABO COLOMER, D., “*La cooperación entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales. Límites del procedimiento prejudicial*”, en “*Scritti in onore di G.F. Mancini*”, Milán, 1998.

SADURSKI, W., “*European constitutional Identity?*”, EUI Working Papers, Law, n. 2006/33

SADURSKI, W., “*Solange, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union*”, EWI Working Papers, Law, n. 40, 2006.

SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., GONZÁLEZ VEGA, J. A., FERNÁNDEZ PÉREZ, B., “*Introducción al derecho de la Unión europea*”, Eurolex, Madrid, 1996, p. 326.

SAIZ ARNAIZ, A., “*De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el tratado por el que se establece una Constitución para Europa*”, CEPC, Madrid, 2005

SÁIZ ARNAIZ, A., “*El derecho comunitario ¿parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas? (a propósito de la sentencia n. 384 de 1994, de la Corte Costituzionale italiana)*” RIE, Vol. 21, 1995, pp. 571)

SALVADOR MARTÍNEZ, M., *El Consejo de Estado ante la Reforma Constitucional*, UNED, Teoría y Realidad Constitucional, num. 16, 2005

SÁNCHEZ AGESTA, L., “*Sobre la constitución de Cádiz*”, Revista Española de Derecho Constitucional, n. 30, 1990, p. 9

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *Relaciones entre el Derecho de la Unión europea y el Derecho de los Estados miembros: apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución Europea (Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004)*, ReDCE, n. 2, 2004

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., “*Derecho europeo y Globalización: mitos y retos en la construcción en la construcción del Derecho Constitucional Europeo*”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.12, 2009, pp. 115-150.

SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V. M., “*STC 194/2006 de 19 de junio: vulneración del derecho al proceso debido o indefensión de la Comunidad Autónoma de Canarias por inaplicación en una sentencia del TSJ de Canarias de un precepto de la ley reguladora del IGIC de contenido idéntico a otro de la ley del IVA declarado contrario a la Sexta Directiva*”, consultado en <http://www.ief.es/Publicaciones/JurisCons/Comentarios> el 12 de julio de 2008.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., “*El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho Comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)*”, *Derecho privado y Constitución*, n. 18, 2004,

SANTAMARÍA OSORIO, RENU VILAMALA, COBOS SAMPEDRO, “*Los debates sobre el procedimiento electoral uniforme y las características diferenciales de las elecciones europeas*”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 90, 1995.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “*Principios de Derecho Administrativo General*”, Iustel, Madrid, 2006, pp. 193 y ss.

SANTOS, B de S., “*La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*”, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2002

SANTOS, B de S., “*Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*”, Sequitur, Madrid, 2009

SANTOS, B. de S., “*El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo*”, en “*Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Derecho y Justicia en una Sociedad Global*”, n.39/2005, UGR, Granada, 2005

SARMIENTO, D., “*De Gorriones y jueces: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006*”, en [http://www.danielsarmiento.es/pdf/gorriones\\_jueces.pdf](http://www.danielsarmiento.es/pdf/gorriones_jueces.pdf), última consulta 14 de octubre de 2008

SARMIENTO, D., “*La Cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo*”, en prensa;

SARMIENTO, D., “*Las interpretaciones estratégicas del Derecho comunitario y la doctrina del acto claro*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 9, 2006

SARMIENTO, D., “*Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*”, Thomson, Civitas y Garrigues, Madrid, 2004.

SCHILLACI, A., “Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad”, ReDCE, n. 13, 2010.

SCHILLACI, A., “Tutela dei Diritti e Cooperazione tra ordinamenti in due recenti pronunce del giudice comunitario”, en *Giurisprudenza Costituzionale*. 2009, pp. 1255 y ss.

SCHMITT, C., “*Teoría de la Constitución*”, Alianza editorial, Madrid, 1983.

SCHMITTER, P., “*Making sense of the EU: Democracy in Europe and Europe’s democratization*”, *Journal of Democracy*, n. 71, 2003

SCHULZE, H., “*Estado y nación en Europa*”, Crítica-Grijalbo, Barcelona, 1994

SICILIA OÑA, B., “*Derechos fundamentales y constitución europea*”, Ararteko, Vitoria, 2006, p. 28.

SIMON, D., “*Le système juridique communautaire*”, Paris, 1997

SKOURIS, V., “*The Position of the European Court of Justice in the EU Legal Order and its Relationship with National Constitutional Courts*”, conferencia presentada en el Bled, Slovenia, el 30 de septiembre de 2004. Disponible en <http://www.usrs.si/media/zbornik.pdf>

SMEND, R., “*Constitución y Derecho Constitucional*”, Trad. José Maria Beneyto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

SORRENTINO, F., “*Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*”, en *Quaderni Regionali*, 2006, p. 628.

SORRENTINO, F., “*Le fonti del diritto amministrativo*”, en “*Tratato di Diritto Amministrativo*”, SANTANNIELLO, G., (dir.), CEDAM, Pádua, 2004

SORRENTINO, F., “*Profili costituzionali dell’integrazione comunitaria*”, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 13 y ss.

SORRENTINO, F., “*La Costituzione europea*” en CHITI, M. P., y GRECO, G., (Dirs.), 0 “*Trattato di Diritto amministrativo. Le fonti del Diritto Amministrativo*”, CEDAM, Milán, 2004

STEIN, T., “*La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht*”, *Revista de instituciones europeas*, n.3, 1994

STOLLEIS, M., “*Europa como Comunidad de Derecho*”, *Historia Constitucional*, n. 10, 2009.

TAJADURA, J., “*Constitución y democracia en la UE*”, en TAJADURA, J., y DE MIGUEL, J., (Coord.), “*Justicia Constitucional y Unión Europea*”, CEPC, Madrid, 2008, p. 35.

- TESAURO, “*Diritto comunitario*”, Pádua, 2005, IV edi., pp. 160 ss.
- TESAURO, G., “*Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*”, en *Diritto della Unione Europea*, 2006, pp. 237 y ss.
- TEUBNER, G., “*Giustizia nell’era del capitalismo globale?*”, *European Journal of Legal Studies*, n. 3, 2008”.
- TIMMERMANS, “*Directives: their effect within the national legal systems*”, CMLR, 1979
- TRIBE, L. H., “*American Constitutional Law*”, Vol. I, New York, Foundation Press, 2000
- TRIDIMAS, T., “*Black, white, and shades of grey: Horizontality of directives revisited*”, *YEL*, 2002, pp. 327-354
- TRIDIMAS, T., “*The General Principles of EU Law*”, Oxford University Press, Oxford, 2007
- VALLE GÁLVEZ, A., “*la especificidad del ordenamiento comunitario (comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo)*”, *Revista de Instituciones europeas*, vol. 20, num. 1, 1993, pp. 155-194.
- VAN ROERMUND, B., “*Authority and Authorisation*”, en *Law and Philosophy* nº 19, (2000)
- VECCHIO, F., “*La decisiones 2010 – 205 DC del Conseil Constitutionnel française e la decisiones C – 188/10 della Corte di Giustizia: il superamento della dottrina Simmentahl e le possibili ricadute sul sistema italiano*”, en [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)
- VERGOTTINI, G., “*Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización*”, *Teoría y Realidad constitucional*, 2006, nº 18, p 134.
- VERGOTTINI, G., “*Más allá del diálogo entre tribunales*”, Cuadernos Civitas, Madrid, 2011.
- VIDAL PRADO, “*Tribunales Constitucionales nacionales y Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*”, en CARRASCO DURÁN, M., PÉREZ ROYO, J., URÍAS MARTÍNEZ, J., TEROL BECERRA, M. J., (Coords.) “*Derecho constitucional para el Siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*”, Vol. I, 2006.
- VIDAL PRADO, C., “*Alemania*”, en TAJADURA, J., y DE MIGUEL, J., “*Justicia Constitucional ...*”, op. Cit
- VOLCANSEK, M. L., “*Judicial Politics in Europe*”, Lang, New York, 1986
- VON BOGDANDY, A., “*Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales*”, *Revista General de Derecho europeo*, 22, 2010

VON BOGDANDY, A., “*Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales*”, *Revista General de Derecho europeo*, n. 22, 2010, p. 22.

WAELEBROECK, M., “*The emergent doctrine of Community pre-emption – consent and redelegation*”, en SANDALOW y STEIN, (eds.) “*Courts and free Markets: perspectives from the United States and Europe*”, 1982

WAHL, R., “*¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de Teoría del Estado?*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 18, 2006

WALKER, N., “*EU Constitutionalism in the State Constitutional Tradition*”, *EUI Working Papers, Law*, n. 2006/21.

WALKER, N., “*Four Visions of Constitutional pluralism –Symposium transcript*”, *European Journal of Legal Studies*, 2, n. 1, 2008.

WALKER, N., “*The idea of constitutional pluralism*” *EUI Working Paper* 2002/01, p. 27

WEATHERILL S., “*Breach of directives and breach of contract*”, *ELR* 26, 2001, p. 183

WEATHERILL, S., “*Is constitutional finality feasible or desirable? On the cases for European constitutionalism and European Constitution*”, *ConWebpapers on Constitutionalism and Governance beyond the State*, n. 7, 2002, consultable en [www.bath.ac.uk/esml/conWEB](http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB)

WEBBER, M., “*Economía y sociedad*”, v.1, Fondo de Cultura Económica, México, 1979

WEILER J. H. H., “*The transformation of Europe*” *Yale Law Journal* 100, n. 26, 1991

WEILER, J. H. H. “*The Constitution of Europe: Do the new clothes have an Emperor? and other essays on European Integration*”, Cambridge University Press, 1999

WEILER, J. H. H. “*The promised Constitutional Land*”, *King’s College Law Journal*, n. 12, 2001;

WEILER, J. H. H., “*Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht decision*”, *European Law Journal*, 1995,

WEILER, J. H. H., “*Europa, fin de siglo*”, CEC, Madrid, 1995, p. 206.

WEILER, J. H. H., “*The Least-Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*”

en WEILER, J. H. H., “The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have a New Emperor? and Other Essays on European Integration”, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

WEILER, J. H. H., y ALSTON, P., “An ‘ever closer Union in need of a human rights policy: the European Union and Human Rights””, Harvard Law School, Jean Monnet Working Paper 1/99

WEILER, J. H. H., “Methods of protection: towards a second and Third generation of protection”, en CASSESE, A., CLAPHAM, A., WEILER, J., (Eds.), “Human Rights and the European Community: Methods of protection”, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 555 y ss.

WEILER, J. H. H. “Federalism without a Constitution: the principle of Constitutional Tolerance”, en NIKOLAIDIS, K., y HOWSE, R., (eds.) “The Federal Vision: Legitimacy and levels of Governance in the US and the EU”, Oxford University Press, Oxford, 2001

WEILER, J. H. H., “El principio de tolerancia constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea”, en BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.) “Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle”, Tecnos, Madrid, 2004, p. 108.

WEILER, J. H. H., “Il sistema comunitario europeo”, Il Mulino, Bolonia, 1985,

WHILHELM, L., “Democracia europea, identidad constitucional y soberanía”, Departamento temático C – Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, Parlamento europeo, B-1047, Bruselas, 2010

WITTE, B., “The pillar structure and the nature of the Union: Greek temple or French gothic Cathedral?”, en HEUKELS, T., BLOKKER, N., y BRUS, M., (eds.) “The European Union after Amsterdam— a legal analysis”, La Haya/Londres/Boston, Kluwer International Law, 1998

ZAGREBELSKY, “Manuale di diritto costituzionale”, Giappichelli, Turín, 1987, 127.

ZAGREBELSKY, G., “Il Diritto mite: legge, diritti, giustizia”, Torino, Einaudi, 1992. Versión en español “El Derecho dúctil: ley, derechos y justicia”, Consejería de Cultura, Madrid, 1995

ZAGREBELSKY, G., “Premessa”, en MORTATI, C., “La costituzione in senso materiale”, reedición inalterada, Milán, 1998

ZAGREBELSKY, G., en la voz “Processo costituzionale” en la “Enciclopedia del Diritto”, vol. XXXVI, Giuffré, Milán, 1987, p. 536

ZILLER, J., “La función de los conceptos constitucionales de los Estados miembros en la nueva constitución para Europa en GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.,

(coord.) CARTABIA, DE WITTE, PÉREZ TREMPES (Dir.), “Constitución europea y Constituciones nacionales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ZILLER, J., “*La función de los conceptos constitucionales de los Estados miembros en la nueva constitución para Europa*”, Tirant lo Blanch, 2005

ZOLO, D., “*Hans Kelsen: International peace through international law*”, European Journal of International Law, n. 9, 1998