



UNIVERSOS JURÍDICOS

Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: PRINCIPIOS CLÁSICOS Y NUEVAS TENDENCIAS

44

Luis I. Gordillo Pérez*

AÑO 1. NÚMERO 1. NOVIEMBRE - ABRIL 2013
ISSN 2007 - 9125
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS / UNIVERSIDAD VERACRUZANA
XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO
©Todos los derechos reservados

* Profesor de Derecho
Constitucional, Universidad
de Deusto, España.
gordillo@deusto.es

Recibido: 12/09/13 Aceptado: 03/10/13



1.Introducción. 2. Ordenamientos Jurídicos Distintos Y Pirámides Normativas Distintas ; 2.1. La Primacía Según El Tribunal De Justicia De La Unión Europea; 2.2. La Primacía Del Derecho Comunitario Frente A Los “Contralímites” Impuestos Por Los Tribunales Constitucionales Nacionales; 2.2.1. Alemania Y La Protección De Los Derechos Fundamentales; 2.2.2. Italia Y Los Controlimiti; 2.2.3. Polonia Y Las Reticencias A Ceder Una Soberanía Recién Recuperada; 2.2.4.Francia: De La Preservación De La Soberanía A La Ausencia De Contradicciones Expresas; 2.2.5. El Caso Español: Distinción Entre ‘Primacía’ Y ‘Supremacía’; 2.2.6. Las Tensiones Del Este. 3. Los Intentos De Conciliación; 3.1. La Actitud Conciliadora De Las Autoridades Comunitarias Y Nacionales; 3.1.1. El Control Previo De Constitucionalidad; 3.1.2. La Comunidad De Valores Entre La Unión Y Los Estados Miembros; 3.1.3. La Actitud De Deferencia Y Conciliación Adoptada Por Las Instancias Judiciales; 3.2. La Regulación Positiva De Las Relaciones Entre El Derecho Comunitario Y El Derecho Constitucional Nacional; 3.2.1. El

Tratado Constitucional O La Llamada Constitución Europea; 3.2.1.1. El Principio De Primacía En El Tratado Constitucional; 3.2.1.1.1. Las Implicaciones En El Tratado Constitucional; 3.2.1.1.2. Los Efectos De La Codificación De La Primacía En Los Pilares Intergubernamentales; 3.2.1.2. Las Limitaciones Del Principio De La Primacía; 3.2.1.3. La Recepción Del Principio De Primacía Del Tratado Constitucional Por Parte Las Jurisdicciones Constitucionales; 3.2.2. El Tratado Lisboa. 4. El Cambio Del Ciclo: La Ciudadanía De La Que Como Nueva Fuente De Derechos Y De Conflictos; 4.1.La Ciudadanía De La Unión Europea: ¿Complemento Con Sustantividad Propia?; 4.2. La Ciudadanía De La Ue Frente Al Derecho Nacional. 5. A Modo De Conclusión: La Inversión De La Doctrina Solange Y Otras Nuevas Teorías. 6. Fuentes De Consulta.

RESUMEN

Este trabajo analiza los principios sobre las que la jurisprudencia constitucional nacional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea basan



las relaciones entre los ordenamientos de los que son los máximos guardianes. A continuación, se estudiarán los intentos de conciliación de las posiciones que unos y otro han adoptado hasta llegar a los últimos intentos de codificación de estos principios para la convivencia en fallido Tratado Constitucional y, últimamente, en el Tratado de Lisboa. Finalmente, se analizarán las últimas tendencias jurisprudenciales y doctrinales en las que se comienzan a cuestionar los principios clásicos de esta articulación.

ABSTRACT

This article analyses the principles entrusted on the case law on which National (Constitutional) Courts and the ECJ base their mutual relationships. The different attempts of conciliation between the highest

Courts will be analyzed before stepping into the codification of some of the principles in the failed Constitutional Treaty and the finally adopted Treaty of Lisbon. Finally, the author will analyse the last jurisprudential and doctrinal trends on which the classic principles of inter-relationship start to be put into question.

PALABRAS CLAVE

Unión Europea, Derecho constitucional, Derecho comunitario, Solange.

KEY WORDS

European Union, Constitutional Law, EU Law, Solange decisions

INTRODUCCIÓN



La cuestión de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario es uno de los temas clásicos de la doctrina jurídica y ha sido ampliamente estudiado¹. A través de vías distintas, con justificaciones diversas según los Estados, y con una mayor o menor seguridad jurídica, la primacía del Derecho comunitario sobre la ley nacional anterior y posterior ha acabado por imponerse². Por lo demás, la argumentación que

conduce al juez nacional a reconocer la primacía de la norma comunitaria no tiene nada de extraordinario, dado que ésta encuentra su origen en el propio Derecho constitucional nacional, ya se trate de una cláusula clásica que establezca la supremacía de los tratados internacionales o una cláusula más específica relativa a la pertenencia del Estado en cuestión a una organización supranacional. En todos los casos, la primacía encuentra su apoyo y justificación en el propio texto constitucional, incluso a costa de una interpretación amplia de ésta. Por el contrario, los conflictos entre el Derecho comunitario y el Derecho constitucional nacional se canalizan de forma distinta dados los distintos puntos de vista del juez comunitario y del nacional³.

¹ Sobre esta cuestión, hemos tenido oportunidad de pronunciarnos en otros trabajos. Así, *vide* Gordillo Pérez, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012; Gordillo, L. I., *Interlocking Constitutions*, Hart, Oxford, 2012. En este artículo se recuperan algunas ideas allí expuestas, actualizándolas e incluyendo nuevos desarrollos jurisprudenciales y doctrinales.

² Sobre la aceptación por parte de los tribunales y ordenamientos nacionales del principio de primacía establecido por el Tribunal de Luxemburgo, *vide* Louis, J. V., Ronse, T., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 371-385, Claes, M., *The National Courts' mandate in the European Constitution*, Hart, Oxford, 2006, pp. 149-165 y Craig, P., De Búrca, G., *EU Law. Text, Cases and Materials*, 4th ed., Oxford University Press, London, 2008, pp. 353-374.

³ Sin ánimo de exhaustividad, entre las monografías más relevantes sobre esta materia, *vide* Pérez Tremps, P., *Constitución española y*



En este trabajo, se analizarán los principios sobre los que la jurisprudencia constitucional nacional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ) basan las relaciones entre los ordenamientos de los que son los máximos guardianes. A continuación, se estudiarán los intentos de conciliación de las posiciones que unos y otro han adoptado hasta llegar a los últimos intentos de codificación de estos principios para la convivencia en fallido Tratado Constitucional y,

Comunidad Europea, Civitas, Madrid, 1994, López Castillo, A., *Constitución e integración: el fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en la RFA*, CEC, Madrid, 1996, Jover Gómez-Ferrer, J. M., *Constitución y Derecho comunitario*, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004, Phelan, D. R., *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Sweet & Maxwell, Dublin, 1997, Claes, M., *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, *op. cit.* Vide, igualmente, los estudios incluidos en el libro colectivo Cartabia, M., De Witte, B., Pérez Tremps, P. (dirs.), Gómez Fernández, I. (coord.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant, Valencia, 2005.

últimamente, en el Tratado de Lisboa. Finalmente, se analizarán las últimas tendencias jurisprudenciales y doctrinales en las que se comienzan a cuestionar los principios clásicos de esta articulación.

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DISTINTOS Y PIRÁMIDES NORMATIVAS DISTINTAS

Todo juez actúa en el ámbito de un ordenamiento jurídico cuyas normas le son vinculantes y han de presidir su argumentación jurídica. No podría reconocer la primacía a normas emanadas de otro sistema jurídico a menos que su propio ordenamiento lo habilitara para ello. Así, en tanto que guardián del imperio del Derecho, su legitimidad se fundamenta en su propio ordenamiento constitucional. Ciertamente, en este sentido, dispondría de un margen de



apreciación y nada le impediría inspirarse de conceptos extraídos de otros ordenamientos jurídicos siempre que fueran compatibles con la estructura y los principios de su propio sistema. Pero, en todo caso, dicho juez aplicará esos conceptos en tanto que elementos del ordenamiento jurídico del que él es el guardián y no en tanto que reglas emanadas de un ordenamiento jurídico extranjero. Es decir, la interacción, lo que se ha dado en llamar «fertilización cruzada» («*cross-fertilization*» en inglés) e incluso una cierta armonización de conceptos no suprime en absoluto las barreras entre los distintos ordenamientos y ni la autonomía de éstos⁴.

⁴ Sobre el fenómeno de la «cross-fertilization», *vide*, por ejemplo, Fox, G. H., Roth, B. R., *Democratic Governance and International Law*, University Press, Cambridge, 2000, especialmente, pp. 204-207, Van Gerven, W., «Harmonization of Private Law: do we need it?»,

1.1. LA PRIMACÍA SEGÚN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La afirmación de la primacía del Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia no debería resultar extraña. El artículo 220 del TCE (cuyo contenido ha pasado al artículo 19 TUE-L) dispone que «el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia garantizarán (...) el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado».

Por su parte, el artículo 249 TCE (288 TFUE) establece, entre otras cosas, que el «reglamento tendrá un alcance general» y que «será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro», sirvió al TJ para justificar en su

Common Market Law Review, Vol. 41/2, 2004, pp. 505-532 y Claes, M., *The National Courts' mandate in the European Constitution*, *op. cit.*, pp. 258-260.



famosa sentencia *Costa vs. E.N.E.L.* la primacía del Derecho comunitario⁵.

Sin embargo, esta situación no determina en sí misma la concreción de la naturaleza particular de las Comunidades europeas. Incluso en el ámbito del Derecho internacional general, el juez internacional no podría reconocer otro principio que el de la primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno, dado que lo contrario le llevaría a negar el valor del Derecho internacional y del principio de *pacta sunt servanda* que dicho juez estaría encargado de hacer respetar⁶.

La primacía no es, pues, una característica específica del ordenamiento jurídico comunitario. Por el contrario, lo que sí es original es la forma en la que se articulan las relaciones entre ese ordenamiento y el nacional. En Derecho internacional clásico, la configuración de esas relaciones corresponde al Derecho interno mientras que en este caso es una cuestión regulada por el propio Derecho comunitario. Así, en el caso de las relaciones entre distintos ordenamientos estatales, el Derecho internacional reconoce a los Estados la capacidad de fijar las modalidades de aplicación de las normas internacionales con la única condición

⁵ Asunto 6/64, *Flaminio Costa vs. E.N.E.L.*, Sentencia del TJ de 15 julio 1964, *Recueil de jurisprudence*, 1964, p. 1141. La literatura sobre esta sentencia es casi inabarcable. Para un estudio solvente y bien fundamentado, *vide* De Witte, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», Craig, P., De Búrca, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.

⁶ Sobre la primacía del Derecho comunitario en general, *vide* Louis, J. V., Ronse, T., *L'ordre*

juridique de l'Union européenne, *op. cit.*, pp. 246-267 y Lenaerts, K., Van Nuffel, P., Bray, R., *Constitutional Law of the European Union*, 2nd ed., Thompson, London, 2005, pp. 665-703. Para un análisis politológico de la cuestión, *vide* Alter, K. J., *Establishing the supremacy of European Law: the making of an International Rule of Law in Europe*, University Press, Oxford, 2002, especialmente, pp. 182-232.



de que quede asegurada su aplicación efectiva. En caso de incumplimiento, corresponderá al Estado infractor reparar el daño, en cuyo caso la sanción podrá, llegado el caso, hacerse efectiva a través de la reciprocidad. Sin embargo, el Derecho comunitario no se aplica tan solo a las relaciones entre los Estados miembros, sino también en las relaciones entre éstos y los particulares, y también en las relaciones de los particulares entre sí⁷.

Así, el efecto directo vendría a completar a la primacía, con lo que los mecanismos clásicos del Derecho internacional no permitirían responder a los objetivos del Tratado, dado que a través de la bilateralización de las relaciones que se establecería, la aplicación del principio clásico de reciprocidad afectaría tanto a la unidad el mercado interior como a los derechos que se derivan para los particulares del Tratado. De este modo, conviene recordar lo dispuesto por el TJ tiempo atrás:

⁷ Esta característica también puede apreciarse en el caso de los tratados relativos a los derechos humanos, lo que explicaría algunas de sus especificidades, como la existencia de un sistema de control propio que excluye así el juego del principio de reciprocidad. Sin embargo, el TJ se muestra reacio a permitir la plena aplicabilidad directa de las normas de la OMC. Sobre la controvertida cuestión de los efectos de las normas de la OMC en el ámbito comunitario, *vide* Craig, P., De Búrca, G., *EU Law. Text, Cases and Materials*, 4th ed., *op. cit.*, pp. 206-213 y Lenaerts, K., Van Nuffel, P., Bray, R., *Constitutional Law of the European Union*, *op. cit.*, pp. 744-748.

La aplicabilidad directa (...) significa que las normas de Derecho comunitario deben surtir plenamente efecto, de una manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de la fecha de su entrada en vigor y durante todo el período de su validez;

(...) por tanto, estas disposiciones son una fuente



inmediata de derechos y obligaciones para todos aquéllos a quienes afectan, ya se trata de Estados miembros o de particulares que sean parte en relaciones jurídicas sometidas al Derecho comunitario;

(...) a mayor abundamiento, en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, 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 solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también - en tanto que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros- impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean

incompatibles con las normas comunitarias⁸.

Así pues, es por ello que para asegurar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho comunitario, el Tratado establece un sistema de control centralizado.

Incluso si un sistema como el descrito no es frecuente en el ámbito internacional, tampoco es de lo más innovador dado que el Tribunal de Justicia no es competente para anular una legislación nacional contraria a los tratados. Es decir, el clásico principio «*Bundesrecht bricht Landesrecht*» no tendría aplicación en

⁸ Asunto 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato vs. Simmenthal*, Sentencia del TJ de 9 marzo 1978, *Recueil de jurisprudence*, 1978, p. 629, §14, §15 y §17. Para uno de los primeros comentarios a esta sentencia, vide Barav, A., «Les effets du droit communautaire directement applicable», *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 14, 1978, pp. 265-286 y Carreau, D., «Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté? La contribution de l'arrêt Simmenthal», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 14, 1978, pp. 381-418.



este ámbito. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ) ha sabido, a través de una hábil utilización de los procedimientos puestos a su disposición por los tratados comunitarios, llegar a un resultado equivalente.

Es cierto que el recurso por incumplimiento respondería a los principios tradicionales del Derecho internacional en la medida en que la constatación de un incumplimiento se produce tras el correspondiente proceso que afecta a los órganos del Estado en cuestión y finaliza con una sentencia declarativa. La ejecución de la sentencia en la que se haya constatado eventualmente un incumplimiento correspondería igualmente a las autoridades nacionales que, en caso no hacerlo, conllevaría la imposición de sanciones económicas al Estado en cuestión y,

en su caso, el pago de las correspondientes indemnizaciones a los particulares. Pero el esquema clásico del Derecho internacional subsistiría en todo caso, dado que el ordenamiento jurídico nacional continuaría siendo intangible y la única posibilidad de intervención sería indirecta, a través la obligación de satisfacer ciertas indemnizaciones (Craig, De Búrca, 1999, p. 428-458).

La innovación se produjo, sin embargo, a través de la creación de la cuestión prejudicial. En efecto, este procedimiento de interpretación permite al Tribunal de Justicia intervenir de forma preventiva cuando el justiciable se encuentra aún pendiente en el nivel nacional. El posible incumplimiento no sería todavía definitivo, dado que el juez nacional podría dar cumplimiento a lo establecido por el TJ en su



sentencia. La tarea de asegurar la primacía en este caso estaría confiada al juez nacional que se convertiría, así, en el juez ordinario del Derecho comunitario. En efecto, según el TJ los Estados miembros tienen la obligación, en virtud del principio de cooperación leal consagrado en el artículo 10 TCE (cuyo contenido ha pasado al artículo 4 TUE-L), de derogar la norma nacional incompatible con el Derecho comunitario y, mientras tanto, de inaplicarla ((104/86, Comisión vs. Italia). Esta obligación no incumbe solamente a las autoridades centrales sino que también las locales o regionales se encuentran vinculadas (103/88, Fratelli Costanzo vs. Comune di Milano)⁹. Esta obligación

es especialmente cualificada en el caso del juez nacional. En efecto, como estableció el Tribunal de Luxemburgo en el caso *Simmenthal*:

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. (106/77, *Simmenthal*)

Esta solución permite atenuar los posibles conflictos dado que estos no enfrentarían a un juez «extranjero» en relación con las autoridades nacionales, sino que la cuestión sería

⁹ Para un comentario a esta sentencia, *vide* Ortúzar Andechaga, L., «Efecto directo de las directivas respecto de la Administración. (Sentencia de 22 de junio de 1989, asunto 103/88, *Constanzo*)», *Revista de Estudios e Investigación*

de las Comunidades Europeas, núm. 13, 1990, pp. 29-63.



resuelta en última instancia por los tribunales nacionales. Aún sería necesario, no obstante, que las autoridades nacionales aceptasen en toda su extensión esta tarea y descartasen la aplicación de las medidas nacionales contrarias al Derecho comunitario. Para ello, tenían que encontrar en sus respectivos ordenamientos nacionales un título jurídico que les permitiera acometer esta función, ya se tratase de una habilitación constitucional prevista para la ratificación de los tratados comunitarios o bien, en casos más concretos como en el Reino Unido, de una habilitación legislativa general¹⁰.

La dificultad reside en el hecho de que, en la medida en que la habilitación del juez nacional se derive de la Constitución, difícilmente podría permitirle a éste descartar la aplicación de una norma constitucional contraria al Derecho comunitario. Ahora bien, para el Tribunal de Justicia la primacía tan sólo puede ser absoluta y, en este sentido, el Derecho constitucional nacional no disfrutaría de una inmunidad particular. Lo contrario permitiría a los Estados miembros eludir sus obligaciones a través de una revisión de la Constitución o a

¹⁰ Sobre esta cuestión, *vide en general* Claes, M., «Constitucionalizando Europa desde su fuente: las «cláusulas europeas» en las Constituciones nacionales: evolución y tipología», Cartabia, M., De Witte, B., Pérez Tremps, P. (dirs.), Gómez Fernández, I. (coord.), *Constitución europea y constituciones nacionales, op. cit.*, pp. 123-190. Para un estudio caso por caso, *vide* Lenaerts, K.,

Van Nuffel, P., Bray, R., *Constitutional Law of the European Union, op. cit.*, pp. 678-700. Para el caso específico del Reino Unido, *vide* Kinder-Gest, P., «Primauté du droit communautaire et droit anglais ou comment concilier l'inconciliable?», *Revue des affaires européennes*, núm. 4, 1991, pp. 19-34.



través de una reinterpretación de ésta¹¹.

Igualmente, la jurisprudencia comunitaria afirma la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno de los Estados miembros, con independencia de su naturaleza. En este sentido, la primacía se impondría incluso ante 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» dado que lo contrario podría «afectar a la validez

de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado», cosa que el TJ no está dispuesto a permitir (11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*). Esta sentencia, la que resolvió el caso *Handelsgesellschaft*, no fue nunca rebatida por parte del Tribunal de Luxemburgo. De esta manera, por tanto, la misión atribuida al Tribunal de Justicia por el Tratado consiste en la obligación de hacer que el Derecho comunitario prevalezca sobre las normas nacionales, sean o no de naturaleza constitucional.

¹¹ En este sentido, por ejemplo, hay quien apunta que Francia, condenada en numerosas ocasiones por violación de las normas comunitarias sobre la apertura de períodos de caza para varias especies, podría eludir una nueva condena fijando en su Constitución los períodos de caza. *Vide*, Jacqué, J. P., «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *op. cit.*, especialmente, p. 10, nota 15.

1.2. LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO FRENTE A LOS «CONTRALÍMITES» IMPUESTOS POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES



Esta visión de la primacía, de naturaleza eminentemente jurisprudencial, difícilmente podía ser aceptada sin más por el juez nacional para el que la Constitución resulta ser la norma suprema y fundamental de su ordenamiento jurídico (Constantinesco, 1983, pgs. 109-125). En efecto, desde los años setenta los tribunales constitucionales de los Estados miembros vienen desarrollando una jurisprudencia según la cual aceptan la primacía del Derecho comunitario en la ámbito interno, pero condicionan esta aceptación a que este Derecho supranacional no afecte a determinados valores y principios establecidos por el Derecho constitucional nacional, en cuyo caso los tribunales constitucionales nacionales se reservarían la posibilidad de controlar la

constitucionalidad de las normas comunitarias¹². Estos valores y principios de naturaleza constitucional son lo que la doctrina italiana ha dado en llamar «*controlimiti*» y suponen, de hecho, un límite a la integración europea en general y un límite a la primacía del Derecho comunitario en particular, dado que tienden a preservar la supremacía de ciertas normas constitucionales relacionadas con la protección de los derechos fundamentales y la estructura constitucional del Estado¹³. Todo ello,

¹² Para un resumen de la posición de la jurisdicción constitucional en el continente europeo sobre la primacía del Derecho comunitario, *vide* Pérez Tremps, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 29, 2009, pp. 19-48, especialmente, pp. 26-40.

¹³ Sobre la teoría de los «*controlimiti*», traducidos generalmente como «contralímites» en castellano, *vide* Cartabia, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, Celotto, A., «Derecho UE y derecho nacional: primauté vs contralímites», Cartabia, M., De Witte, B., Pérez Tremps, P. (dirs.), Gómez



en el bien entendido de que la regla de la primacía sólo se aplicaría en el caso de competencias transferidas a las Comunidades. Es decir, un acto comunitario adoptado *ultra vires* no podría prevalecer sobre una norma de Derecho interno, sea o no de naturaleza constitucional. En este caso, la cuestión de la competencia debería ser resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, órgano de control de la validez del Derecho comunitario. Aunque, según algunos, no estaría del todo excluido que la decisión del TJ fuera, finalmente, de

una forma u otra, llevada ante el juez constitucional nacional¹⁴.

1.2.1. ALEMANIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A pesar de que la primera jurisprudencia italiana la precedería en el tiempo, la doctrina suele citar como precursora de la jurisprudencia de la integración europea y sus límites la famosa decisión (Auto) del Tribunal Constitucional Federal Alemán recaída sobre el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, más conocida como, *Solange I*, de 29 de mayo de 1974¹⁵. A los efectos que

Fernández, I. (coord.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, op. cit., pp. 287-372, Ruggeri, A., «“Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Vol. 2003/1, 2003, pp. 102-120 y Ruggeri, A., «Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)», Staiano, S. (coord.), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni: atti del convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri, 3-4 giugno 2005*, G. Giappichelli, Torino, 2006, pp. 827-856.

¹⁴ En este sentido, vide Jacqué, J. P., «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», op. cit., p. 13.

¹⁵ Vide la decisión que resolvió el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, más conocido como, *Solange I*, Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 29 mayo 1974, caso *Solange I*, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271. Existe una versión traducida al español disponible en el



ahora interesan, en esta famosa resolución la Alta Instancia de Karlsruhe declaró:

El artículo 24 de la Ley Fundamental hace referencia a la transferencia de derechos de soberanía hacia instituciones interestatales. Ello no puede ser interpretado en sentido literal. El artículo 24 de la Ley Fundamental, la igual que cualquier otra norma constitucional de análogo carácter fundamental, debe ser entendido e interpretado en el contexto de la Constitución en su totalidad. Esto implica que no abre la vía de modificar la estructura básica de la Constitución sobre la que descansa su identidad sin modificar la Constitución (...). Pero el artículo 24 (...) imposibilita que una reforma del Tratado atente contra la identidad de la vigente

Constitución de la República Federal de Alemania mediante una invasión de sus estructuras constituyentes»¹⁶.

La parte relativa a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una esencia de carácter irrenunciable de la Constitución vigente de la República Federal de Alemania y perteneciente a la estructura constitucional de la Ley Fundamental¹⁷.

En tanto no se haya alcanzado un desarrollo suficiente del proceso de integración de la Comunidad como para que el Derecho comunitario contenga también un catálogo formulado de derechos fundamentales aprobado por un parlamento y con vigencia efectiva que sea ajustado al catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, resulta procedente y admisible que un tribunal de la República Federal de Alemania acuda al Tribunal Constitucional Federal a través

Boletín de Jurisprudencia Constitucional, núm. 58, 1986, pp. 247-260. Para uno de los primeros comentarios sobre esta resolución jurisdiccional, vide Scheuner, U., «Fundamental Rights in European Community Law and in National Constitutional Law», *Common Market Law Review*, Vol. 12, 1975, pp. 171-191.

¹⁶ Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 29 mayo 1974, caso *Solange I*, op. cit., BVerfGE 37, 271 (279).

¹⁷ *Ibidem*, BVerfGE 37, 271 (280).



del procedimiento de 'control de normas' (...)¹⁸.

Es decir, se declaraba, lisa y llanamente, la prevalencia absoluta de los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, en tanto la Comunidad Europea no contara con un catálogo de derechos fundamentales, pudiendo, en última instancia, ser su garante.

Por su parte, la Sentencia *Solange II*, dictada 12 años después, mantenía la consideración de irrenunciables de los derechos fundamentales, pero aceptó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dispensaba una protección equivalente en esta materia, con lo que dispuso que mientras se produjera esta circunstancia (nivel de protección de los derechos fundamentales equivalente a la que garantizaba el

Constitucional germano), la Alta Instancia de Karlsruhe se abstendría de ejercitar su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario¹⁹.

En tanto que las Comunidades Europeas, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, que ha de considerarse equivalente en lo esencial a la protección de los

¹⁸ *Ibidem*, BVerfGE 37, 271 (285).

¹⁹ *Vide* la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 octubre 1986, caso *Solange II*, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339. Existe una versión en español de esta última, que reproduce el sumario y los fundamentos de derecho, publicada en la *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 14/3, 1987, pp. 881-899. Para unos primeros comentarios de la doctrina española a esta decisión, *vide* Baño León, J. M., «Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 54, 1987, pp. 277-286 y, especialmente, Rodríguez Iglesias, G. C., Wölker, U., «Derecho Comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 14/3, 1987, pp. 667-686.



derechos fundamentales incondicionalmente ofrecida por la Ley Fundamental, toda vez que garantiza con carácter general el contenido esencial de los derechos fundamentales, el BVerfGE no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado que se alegue como fundamento de una conducta de los órganos jurisdiccionales o de las autoridades en el ámbito de soberanía de la República Federal de Alemania, y en consecuencia no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental; por consiguiente, las correspondientes remisiones en virtud del apartado 1 del artículo 100 de la LF son inadmisibles.²⁰

Más tarde, en la sentencia recaída sobre el caso *Maastricht*, se afirmaría que el Tribunal Constitucional alemán

garantizaría una tutela efectiva de los derechos fundamentales frente al poder público de las Comunidades y que esa protección debería observarse en lo esencial, puesto que la protección de los derechos fundamentales que exige la Ley Fundamental garantiza de forma general el contenido de los derechos fundamentales. Esa función de garantía sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario se realizará en el marco de una «relación de cooperación» con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que garantizará la tutela de los derechos fundamentales en cada caso concreto para todo el territorio de las Comunidades Europeas, con lo que el Constitucional alemán pareció colocarse como el garante de un

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 octubre 1986, caso *Solange II*, op. cit., BVerfGE 73, 339 (387).



estándar general e irrenunciable de los derechos fundamentales²¹.

Unos años más tarde llegaría la decisión sobre la regulación del mercado de plátanos (*Bananenmarktordnung* o

Bananenstreit), en la que el Alto Tribunal alemán declara vigente la jurisprudencia que había sentado en el caso *Maastricht* y confirma la validez de ésta bajo las nuevas condiciones estipuladas en el artículo 23.1, que configura el alcance, los límites y las condiciones de ejercicio del poder de integración²². Esta disposición establece lo siguiente:

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 octubre 1993, caso *Maastricht*, 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92, BverfGE 89, 155 (175). Existe una traducción en español publicada en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 153, 1994, pp. 183-203. Más recientemente, se ha publicado otra traducción de esta sentencia en Aláez Corral, B., Álvarez Álvarez, L., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas de cambio de milenio*, BOE-CEPC, Madrid, 2008, pp. 222-281. Para un comentario de la Sentencia, *vide* Herdegen, M., «Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional restraints for “an ever closer Union”», *Common Market Law Review*, Vol. 31/2, 1994, pp. 235-249; Everling, U., «The Maastricht Judgment of the German Federal Constitutional Court and its Significance for the Development of the European Union», *Yearbook of European Law*, Vol. 14, 1994, pp. 1-19; Hailbronner, K., «The European Union from the Perspective of the German Constitutional Court», *German Yearbook of International Law*, Vol. 37, 1995, pp. 93-112. Esta concreta jurisprudencia, tal y como reconoce el propio Tribunal, supone un giro respecto de la establecida en la caso *Eurocontrol I*. *Vide*, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 23 junio 1981, caso *Eurocontrol I*, 2 BvR 1107/77 y 195/79, BverfGE 58, 1 (27).

²² Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 7 junio 2000, caso *Bananenmarktordnung* (o *Bananenstreit* o, simplemente, *Bananas*), 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147. Para una traducción al castellano, *vide* Corral, B., Álvarez Álvarez, L., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, *op. cit.*, pp. 284-306. Por lo demás, recuérdese que anteriormente, el anclaje constitucional de la integración de la República Federal Alemana en las Comunidades se encontraba en el artículo 24 de la Ley Fundamental de Bonn. Para un breve comentario sobre estos aspectos, *vide* Griller, S., «Primacy of Community Law: A hidden Agenda of the Charter of Fundamental Rights», Melissas, D., Pernice, I. (eds.), *Perspectives of the Nice Treaty and the Intergovernmental Conference in 2004*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 47-61. Sobre esta Sentencia, que algunos denominan *Solange III*, *vide* Pernice, I., «Les bananes et les droits fondamentaux : la Cour constitutionnelle allemande fait le point», *Cahiers de Droit*



Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. (...).

Así pues, y tal como anunció en el caso *Maastricht*, corresponde al propio

Tribunal Constitucional alemán garantizar, en cooperación con el TJ, que la protección efectiva de los derechos fundamentales para los residentes alemanes será «sustancialmente similar» a la protección que exige la Ley Fundamental²³. De este modo, el Tribunal Constitucional alemán sólo volverá a ejercer su jurisdicción en este ámbito si el TJ se aparta del estándar de protección que el Alto Tribunal alemán identificó en su sentencia *Solange II*²⁴. Esto no quiere decir, continúa la Alta Instancia de Karlsruhe, que se exija una protección idéntica de los derechos

Européen, Vol. 37/3-4, 2001, pp. 427-440; Zimmer, W., «Le nouvelles bases pour la coopération entre la Cour Constitutionnelle Fédérale et la Cour de Justice de Luxembourg? (à propos de BverfGE, 7 juin 2000, Solange III)», *Europe*, núm. 5, 2001, pp. 3-6; López Castillo, A., «Un nuevo paso en la andadura iuscomunitaria del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. El Auto (Sala Segunda) de 7 de junio de 2000», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001, pp. 349-364; Callewaert, J., «Les droits fondamentaux entre cours nationales et européennes», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 48, 2001, pp. 1183-1205.

²³ Dice, textualmente, la Sentencia que el nivel de protección ha de ser «*Wesentlichen gleich*». Vide el auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 7 junio 2000, caso *Bananenmarktordnung*, *op. cit.*, BverfGE 102, 147 (163).

²⁴ *Ibidem*, BverfGE 102, 147 (163). Para recordar el estándar que se fijó en el caso *Solange II*, vide la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 octubre 1986, caso *Solange II*, *op. cit.*, BVerfGE 73, 339 (378-381).



fundamentales afectados por la legislación comunitaria de la que dispensa en su ámbito la Ley Fundamental. Las exigencias constitucionales, por el contrario, serán satisfechas si la protección que conceda el TJ es «sustancialmente similar» a aquella que reconoce la Ley Fundamental y, siempre y cuando, quede salvaguardado el «contenido esencial» de los mismos²⁵.

Es decir, tras su resolución sobre el caso *Bananenmarktordnung* (que algunos llaman *Solange III*), el Tribunal Constitucional alemán acepta, en principio, su incompetencia para decidir sobre la protección de los derechos fundamentales en los actos comunitarios, dada la jurisdicción del

²⁵ Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 7 junio 2000, caso *Bananenmarktordnung*, *op. cit.*, BverfGE 102, 147 (164), en conexión con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 octubre 1986, caso *Solange II*, *op. cit.*, BverfGE 73, 339 (340, 387).

Tribunal de Luxemburgo siempre activable a través de la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE (267 TFUE)²⁶. Admite, así, que el modelo alemán de protección no es la única referencia posible para satisfacer la exigencia de respeto de los derechos fundamentales establecida por el artículo 1 de la Ley Fundamental. No obstante, precisa que un control a nivel nacional sólo podrá ser operado en casos de violaciones continuadas y sistemáticas de derechos, demostrando una insuperable inadecuación de las instancias comunitarias de tutela. Precisamente, esta decisión ha sido leída por la doctrina como un «tratado de paz» del Tribunal Constitucional alemán con el Tribunal de Justicia, habiendo

²⁶ Entre los que declaran esta resolución como *Solange III*, *vide* Zimmer, W., «Le nouvelles bases pour la coopération entre la Cour Constitutionnelle Fédérale et la Cour de Justice de Luxembourg? (à propos de BverfGE, 7 juin 2000, *Solange III*)», *op. cit.*, pp. 3-6.



reconducido la hipótesis de conflicto a una hipótesis extrema, de laboratorio²⁷.

Finalmente, la reciente decisión de la Alta instancia de Karlsruhe sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Ley Fundamental confirma la constitucionalidad del Tratado y mantiene la jurisprudencia anterior en relación con la Unión Europea. No obstante, el Tribunal hizo hincapié en la necesidad de reforzar los mecanismos de participación del

Parlamento federal en el proceso legislativo²⁸.

1.2.2. ITALIA Y LOS CONTROLIMITI

En el caso de Italia, la apertura del ordenamiento italiano al Derecho comunitario se efectuó por la vía del artículo 11 de la Constitución de 1947, que dispone:

Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de

²⁷ La alusión al «tratado de paz» puede verse, incluso en el propio título, del trabajo Grewe, C., «Le "traité de paix" avec la Cour de Luxembourg: l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 37/1, 2001, pp. 1-17. La doctrina subraya lo teórico del potencial conflicto esgrimiendo la aprobación de la Carta de Niza al formalizar la tutela comunitaria de los derechos. Sobre este último aspecto *vide* Pernice, I., «Les bananes et les droits fondamentaux: la Cour constitutionnelle allemande fait le point», *op. cit.*, p. 440.

²⁸ *Vide*, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 junio 2009, caso *Vertrag von Lissabon*, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 y 2 BvR 182/09, disponible en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html>, última consulta: octubre 2009. Para una breve explicación de la sentencia, *vide* Tribunal Constitucional Federal Alemán, *Press release no. 72/2009 of 30 June 2009 of the German Federal Constitutional Court*, disponible en <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg09-072en.html>>, última consulta: octubre 2009. Para un primer comentario, *vide* Tomuschat, C., «The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon», *German Law Journal*, Vol. 10/8, 2009, pp. 1259-1261.



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 nacionales, y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin.

Inicialmente, la Corte Constitucional italiana dispuso que una ley nacional contraria al Derecho comunitario también era inconstitucional, con lo que los jueces ordinarios no podían declarar la nulidad ni decidir la inaplicación de una ley interna cuando ésta entrase en conflicto con el Derecho Comunitario, sino que debían plantear el asunto ante la Corte Constitucional mediante una «cuestión de legitimidad constitucional»²⁹.

²⁹ Vide la sentencia de la Corte Constitucional Italiana 183/1973, de 18 diciembre, caso *Frontini*,

Poco después, el TJ, establecería en el asunto *Simmenthal* que, en virtud del principio de primacía, el juez nacional es competente para declarar inaplicables las leyes contrarias al ordenamiento comunitario (106/77, *Simmenthal*). La contundente afirmación del TJ hizo que la Corte Constitucional italiana modificara su postura de origen y la sentencia *Granital*, tras reconocer la separación entre el ordenamiento comunitario y el estatal, asume su falta de competencia para enjuiciar la adecuación de las normas internas al

publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 27 diciembre 1973. Igualmente, vide la Sentencia de la Corte Constitucional Italiana 232/1975, de 22 octubre, caso *Industrie Chimiche Italia Centrale*, publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 30 octubre 1975; y la sentencia de la Corte Constitucional Italiana 163/1977, de 22 diciembre, caso *Società UNIL-IT/Società Ariete*, publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 29 diciembre 1977. Para una caracterización de la «cuestión de legitimidad constitucional», vide De Vergottini, G., *Diritto costituzionale*, 6ª ed., CEDAM, Padova, 2008, especialmente, pp. 653-669.



Derecho Comunitario y reconoce la consiguiente competencia del juez ordinario para inaplicar aquellas normas nacionales que vulneren el contenido de disposiciones comunitarias³⁰.

No obstante, la Corte Constitucional consideraría aún que existen, al menos, dos situaciones en las que conserva su jurisdicción.

En primer lugar, ya desde la sentencia *Frontini* (1973), la Corte ha sostenido

que tiene la obligación de conocer aquellos casos en los que una norma de Derecho Comunitario no se ajuste a los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano o a los derechos humanos que considera inviolables. Efectivamente, esta Sentencia apunta textualmente:

«...basándose en el artículo 11 de la Constitución se han consentido limitaciones de soberanía únicamente para obtener los objetivos allí indicados; y debe, pues, excluirse que dichas limitaciones... puedan en todo caso comportar para los órganos de la CEE un inadmisibles poder de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, o los derechos inalienables de la persona»³¹.

Para sustentar esta posibilidad de intervención, la Corte se ampara en la

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional Italiana 170/1984, de 5 junio, caso *Granital*, publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 8 junio 1984. Sobre esta sentencia, *vide* Barav, A., «Cour Constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 21/2, 1985, pp. 313-341, Gaja, G., «New Developments in a Continuing Story: the Relationship Between EEC Law and Italian Law», *Common Market Law Review*, Vol. 27/1, 1990, pp. 83-95 y Pérez Tremps, P., «Justicia comunitaria, justicia constitucional y tribunales ordinarios frente al Derecho Comunitario. (Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana número 170/1984, de 8 de junio)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1985, pp. 157-182.

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional italiana 183/1973, caso *Frontini*, *op. cit.*, fundamento jurídico 9, *i. f.*



justificación que le ofrecen los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana, que establecen el reconocimiento y garantía de los derechos de la persona por parte de la República, y la igualdad de derechos de todos ante la ley. Efectivamente, en el caso *Fragd*, la Corte Constitucional Italiana reconoce que el ordenamiento comunitario prevé un sistema «amplio y eficaz» de tutela de los derechos fundamentales, así como que éstos, deducibles de los principios comunes de los ordenamientos de los Estados miembros, constituyen parte integrante y esencial del Derecho comunitario. Por ello, es poco probable que se produzca una lesión de derechos que quede sin tutela jurisdiccional. No obstante, en caso de tal situación se produjese, reafirma su competencia para verificar, a través

del control de constitucionalidad de la ley de ejecución, si una disposición del tratado, tal como es interpretada y aplicada por las instituciones y órganos comunitarios, es contraria o no al ordenamiento constitucional italiano y si lesiona o no los derechos inalienables de la persona³².

En segundo lugar, la Corte Constitucional puntualmente retoma su otrora negada facultad para controlar el ajuste al Derecho Comunitario de las normas de derecho interno cuando éstas puedan implicar el no cumplimiento de ciertas obligaciones impuestas por una norma comunitaria y derivada de la pertenencia del Estado la UE³³.

³² Sentencia de la Corte Constitucional italiana 232/1989, de 13-21 abril, caso *Fragd*, publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 21 abril 1989.

³³ Así lo hace en la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 384/1994, de 7-10 noviembre, caso *viñedos de Umbría*, publicada en



En resumen, la Corte Constitucional Italiana establece como límites de la primacía del Derecho comunitario los principios generales del ordenamiento constitucional y los derechos inalienables de la persona (casos *Granital* y *Fragd*)³⁴. La doctrina los ha identificado con el nombre de «*controlimiti*» (*vide supra*), que serían unos principios fundamentales que «orientan y unifican» el ordenamiento

determinando su fisonomía y, como tales, serían inviolables y no podrían resultar afectados por la actuación de los ordenamientos y tribunales externos³⁵. Últimamente, el Alto Tribunal italiano ha operado un avance en la materia al reconocerse competente para plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁶. La doctrina ha interpretado este movimiento como la

la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 16 noviembre 1994, donde la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley de la Región de Umbría por ser contraria a la disciplina comunitaria, concretada en el Reglamento CEE/822/1987, y, por tanto, a los artículos 11 y 117 de la Constitución Italiana. Sobre esta Sentencia, *vide* Sáiz Arnáiz, 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)», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 22/2, 1995, pp. 571-591, especialmente, pp. 585-591.

³⁴ Para un resumen de la doctrina de la Corte Constitucional italiana y la relación del Derecho constitucional nacional con el Derecho comunitario y el Derecho internacional general hasta la sentencia *Granital*, *vide* La Pégola, A., Del Duca, P., «Community Law, International Law and the Italian Constitution», *American Journal of International Law*, Vol. 79/3, 1985, pp. 598-621.

³⁵ Según una voz muy autorizada en la materia, la doctrina de los «*controlimiti*» comienza con la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 232/1989, caso *Fragd*, *op. cit.* En este sentido *vide* Cartabia, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, *op. cit.*, p. 133. La expresión ha sido favorablemente acogida por la doctrina española, así, por ejemplo *vide* Pérez Tremps, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 29, 2009, pp. 19-48, especialmente, pp. 38-40 donde el autor se refiere expresamente al concepto de «*contralímites*».

³⁶ *Vide* las sentencias de la Corte Constitucional italiana 348 y 349/2007, de 22 octubre, publicadas en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 31 octubre 2007 y las sentencias 102 y 103/2008, de 12 febrero publicadas en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 16 abril 2008. Para la respuesta del Tribunal de Justicia, *vide* el asunto C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri y Regione Sardegna*, Sentencia del TJ de 17 noviembre 2009, pendiente de publicación.



consolidación de la aceptación por parte de la Corte de la supremacía del Derecho comunitario, con la única excepción de los «contralímites» de los que la Corte Constitucional sería la guardiana³⁷.

1.2.3. POLONIA Y LAS RETICENCIAS A CEDER UNA SOBERANÍA RECIÉN RECUPERADA

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional polaco, por lo demás, podría ser bastante representativa de las reticencias y reservas que aun muestran las jurisdicciones constitucionales nacionales en relación con la supremacía absoluta del Derecho comunitario. Así, la Alta

³⁷ Para un comentario a esta nueva jurisprudencia, *vide* Rossi, L. S., «Corte costituzionale (Italian Constitutional Court): Decisions 348 and 349/2007 of 22 October 2007, and 102 and 103/2008, of 12 February 2008», *Common Market Law Review*, Vol. 46/1, 2009, pp. 319-331, especialmente, pp. 330-331.

Instancia polaca se mostraría muy sensible a la preservación de una soberanía recientemente recuperada, pero, también aparece receptiva a la jurisprudencia constitucional de los antiguos Estados miembros. Por ello, en el asunto de las relaciones entre Derecho comunitario y Constitución ha adoptado una posición que refleja, al menos desde el punto de vista teórico, la de muchas jurisdicciones nacionales, aunque éstas venido observando en la práctica una actitud muy deferente para con la legislación comunitaria³⁸.

³⁸ Algunas indicaciones sobre la concepción de la supremacía del Derecho comunitario por parte del Tribunal Constitucional polaco, ya fueron avanzadas en la sentencia sobre la Euroorden en su Sentencia 27 Abril 2005, asunto P 1/05. En este sentido, *vide* Nußberger, A., «Poland: The Constitutional Tribunal on the implementation of the European Arrest Warrant», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6/1, 2008, pp. 162-170. Igualmente, *vide* Kowalik-Bañczyk, K., «Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law», *German Law Journal*, Vol. 6/10, 2005, pp. 1356-1366.



De este modo, en su sentencia de 11 de mayo de 2005 relativo al ingreso de Polonia en la Unión Europea, el Tribunal Constitucional polaco constató que la adhesión se fundamentaba en el artículo 90.1 de la Constitución que autorizaba «la cesión, a través de un Tratado, a una organización internacional o un organismo internacional competencias de los poderes públicos sobre cuestiones concretas»³⁹. En virtud de esta habilitación, coexistirían en el territorio polaco dos ordenamientos jurídicos autónomos sometidos, en lo que a su control de

conformidad se refiere, a dos jurisdicciones distintas. Pero esta autonomía no implicaría *per se* una ausencia de relaciones e interacciones ni excluiría la existencia de conflictos entre las normas emanadas de cada uno de los ordenamientos. Así, en caso de antinomias, la solución podría venir de la primacía conferida al Derecho internacional y, en concreto, al Derecho comunitario, por la Constitución. Sin embargo, dado que estaría fundada en la propia Constitución, esta primacía no podría intervenir ante un eventual conflicto entre una norma constitucional y una comunitaria. La primacía del Derecho comunitario no implicaría, pues, una primacía sobre la Constitución. El Tribunal Constitucional polaco reconoció, pues, la existencia de una obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad y de manera

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional polaco K 18/04, de 11 mayo 2005, sobre el Tratado de adhesión a la Unión Europea, especialmente §§5-7. Existe una traducción al inglés que reproduce los fundamentos jurídicos en la web oficial del Tribunal y disponible en <http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_18_04_GB.pdf>, última consulta: junio 2009. Para un comentario a esta sentencia, *vide* Lazowski, A., «Accession Treaty – Polish Constitutional Tribunal», *European Constitutional Law Review*, Vol. 3/1, 2007, pp. 148-162, especialmente, pp. 158-161.



favorable con el Derecho comunitario, pero esta obligación encontraría sus límites en el caso de un conflicto con una disposición expresa de la Constitución:

El principio según el cual hay que interpretar el Derecho nacional de manera favorable al Derecho comunitario, que el Tribunal Constitucional ha formulado en su jurisprudencia, tiene sus límites. En ningún caso podría conducir a resultados contrarios a la redacción explícita de normas constitucionales o ser irreconciliable con las funciones mínimas de garantía establecidas por la Constitución. En particular, las normas de la Constitución en el ámbito de los derechos y libertades individuales indican un umbral mínimo e infranqueable que no puede ser rebajado o puesto en tela de juicio como consecuencia de la

introducción de disposiciones comunitarias.⁴⁰

Por esta razón, en el caso de la euro-orden, el Tribunal Constitucional polaco anuló la legislación nacional de transposición de la Decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega, dado que la medida nacional de implementación contemplaba la entrega de nacionales polacos, lo que a juicio del Alto Tribunal polaco era contrario a la prohibición constitucional de extraditar a los nacionales⁴¹.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional polaco K 18/04, de 11 mayo 2005, *op. cit.*, §14.

⁴¹ Aunque difirió los efectos de la Sentencia 18 meses (el máximo permitido) para que se procediese a la reforma de la Constitución y evitar, así, un incumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de Polonia. *Vide* la Sentencia del Tribunal Constitucional polaco, P 1/05, de 27 abril 2005. Existe una traducción en inglés disponible en el sitio oficial del Tribunal, <http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf>, última consulta: junio 2009. En el asunto de la implementación de la euro-orden, gran parte de las discusiones doctrinales se centraron en si la «entrega» que se establecía en la Decisión marco



Así pues, en caso de conflicto con una disposición expresa, la Constitución evitaría la aplicación del Derecho comunitario. En esta situación, correspondería, por tanto, al poder constituyente reformar la norma fundamental, o bien, al poder político negociar la retirada de la Unión. No obstante, hay quien critica la posición «minimalista» adoptada por este Tribunal, y avanza que, a pesar de la ortodoxia que practica en su argumentación jurídica, seguirá una evolución similar a la experimentada por sus homólogos italiano y alemán⁴².

era equivalente a la «extradición», muchas constituciones nacionales prohibían en el caso de los nacionales. Para un breve resumen de los problemas de implementación que surgieron *vide* Gordillo Pérez, L. I., «El juez nacional y el juez europeo ante la Euro-orden», Revenga Sánchez, M. (coord.), *El poder judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant, Valencia, 2009, pp. 755-790.

⁴² En este sentido, *vide* Jacqué, J. P., «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des

1.2.4. FRANCIA: DE LA PRESERVACIÓN DE LA SOBERANÍA A LA AUSENCIA DE CONTRADICCIONES EXPRESAS

Aunque empleando argumentos distintos, las últimas decisiones operadas por los tribunales constitucionales francés y español ilustran bien la actitud actual de las jurisdicciones que han ido profundizando de manera paulatina en sus reflexiones sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional. En el caso del país galo, el hilo conductor de la evolución de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en la materia ha sido el concepto de soberanía. Ahora bien, esa jurisprudencia se ha movido por dos caminos distintos. En efecto, inicialmente, el Consejo

rapports de système entre ordres juridiques», op. cit., p. 12.



Constitucional francés estableció una diferencia entre «limitación de soberanía» y «transferencia de soberanía»⁴³. Así, mientras que las limitaciones serían consentidas, las transferencias serían del todo rechazadas. En efecto, según el *Conseil* francés «bajo reserva de reciprocidad, Francia consiente limitaciones de soberanía necesarias para la organización y la defensa de la paz». No obstante, prosigue, «ninguna disposición de naturaleza constitucional autoriza transferencias de todo o parte de la soberanía

nacional sea a la organización internacional que sea»⁴⁴.

Sin embargo, el Consejo Constitucional acabaría por abandonar esa diferencia, ampliamente criticada y de difícil concreción. En su lugar, acudió a la nueva categoría de las «condiciones esenciales de ejercicio de soberanía nacional» para establecer los límites últimos de la integración y de las relaciones entre el ordenamiento nacional y el comunitario. El concepto de «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional» figuraba ya en su Decisión 70-39 DC (caso *Traités des Communautés européennes*), en la que se afirmó en su último considerando que la norma objeto de control «no puede comportar, ni por su naturaleza, ni por su importancia,

⁴³ Vide la Decisión del Consejo Constitucional francés 76-71 DC, de 30 diciembre 1976, caso *elecciones al Parlamento Europeo*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française*, de 31 diciembre 1976, p. 7651. Sobre esta Decisión, vide Kovar, R. y Simon, D., «A propos de la Décision du Conseil constitutionnel français du 30 décembre 1976 relative à l'élection de l'assemblée parlementaire européenne au suffrage universel direct», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 13/4, 1977, pp. 665-720.

⁴⁴ Decisión del Consejo Constitucional francés 76-71 DC, *op. cit.*, considerando §2.



atentado alguno a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional»⁴⁵. En este asunto, el Primer Ministro recurrió al Consejo Constitucional y le planteó examinar la compatibilidad con la Constitución de una decisión (en realidad se trataba de un acuerdo sometido a la aprobación) del Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas sobre la financiación mediante recursos propios y de un tratado que aumentaba los poderes presupuestarios del Parlamento Europeo. La Decisión 70-39 DC reconoció, finalmente, la compatibilidad de los dos textos. El Consejo, mediante una referencia implícita al preámbulo de la Constitución de 1946 según el cual

⁴⁵ Decisión del Consejo Constitucional francés 70-39 DC, de 19 junio 1970, caso *modificación del régimen económico comunitario*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française*, de 21 junio 1970, p. 5806.

Francia consiente las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y la defensa de la paz, admitió las transferencias de competencias a las Comunidades que no afecten a las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional⁴⁶.

Tras estas primeras resoluciones, el concepto de soberanía quedaría aparcado hasta la Decisión dictada con ocasión de la posible inconstitucionalidad del Protocolo Adicional núm. 6 al Convenio Europeo de Derechos Humanos que eliminaba la pena de muerte en tiempos de paz⁴⁷. En esta Decisión, no

⁴⁶ Para un comentario a esta Decisión, *vide* Emeri, C., Gautron, J. C., «La réforme du régime financier des Communautés et la décision du Conseil constitutionnel français du 21 juin 1970», *Revue du droit public et de la science politique*, núm. 1, 1971, pp. 157-182.

⁴⁷ Decisión del Consejo Constitucional francés 85-188 DC, de 22 mayo 1985, caso *abolición de la pena de muerte*, publicada en el *Journal Officiel*



sólo se excluye todo tipo de menoscabo a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía en el caso concreto, sino que, además, se concreta cuáles son, en principio, esas condiciones. Así pues, el considerando §2 afirmaba que el texto sometido a control no era incompatible con el deber del Estado de asegurar: el respeto a las instituciones de la república, la continuidad de la vida de la nación, la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos⁴⁸. A partir de esta

Decisión, el Consejo Constitucional apelará al concepto de condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional como parte del marco constitucional de la acción exterior de los poderes públicos⁴⁹.

international à travers le filtre de l'article 54 de la Constitution de 1958», Dupuy, P. M. (coord.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Panthéon-Assas, Paris, 2001, pp. 11-30, especialmente, pp. 21-24.

⁴⁹ Así lo hizo, por ejemplo, en la Decisión del Consejo Constitucional francés 91-294 DC, de 25 julio 1991, caso *Schengen*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française*, de 27 julio 1991, p. 10001; la Decisión del Consejo Constitucional francés 92-308 DC, de 9 abril 1992, caso *Maastricht I*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française*, de 11 abril 1992, p. 5354; y la Decisión del Consejo Constitucional francés 92-312 DC, de 2 septiembre 1992, caso *Maastricht II*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française*, de 3 septiembre 1992, p. 12095. Sobre la primera Decisión, vide, Gaïa, P., «Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel no. 91-294 du 25 juillet 1991 : loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'Accord de Schengen, du 14 juin 1985», *Revue de la recherche juridique*, Vol. 17/1, 1992, pp. 25-54. Sobre las decisiones *Maastricht* existe abundante doctrina, no obstante, para un comentario sistemático de ambas, vide Favoreu, L., Philip, L., «Maastricht I, II, III», Favoreu, L. *et alii*, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12^e éd., Dalloz, Paris, 2003, pp. 778-821,

de la République Française, de 23 mayo 1985, p. 5795.

⁴⁸ El considerando §2 dice textualmente: «*Considérant que cet engagement international n'est pas incompatible avec le devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens*». Sobre esta Decisión, vide Favoreu, L., «La décision du conseil constitutionnel du 22 Mai 1985 relative au Protocole no. 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme», *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 31, 1986, pp. 868-875. Más recientemente, y haciendo referencia a la vigencia de dichos límites, vide Lenoir, N., «Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit



Esta jurisprudencia del Alto Intérprete francés planteaba varias cuestiones. Así, por una parte, es difícil determinar cuál es la naturaleza y el alcance de este límite constitucional. Las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional representan un límite distinto de los propios mandatos y preceptos constitucionales⁵⁰. Es decir, esta formulación implica, como ya adelantó la Decisión 85-188 DC, que la no conformidad de un Tratado con la Constitución puede resultar, o bien de una cláusula directamente contraria a principios o reglas de valor constitucional, o bien, de manera más difusa, de un menoscabo

especialmente, pp. 798 y 800-801, donde se habla de los límites impuestos por la soberanía nacional.

⁵⁰ Así lo pone de manifiesto el *considerando* §14 de la Decisión 92-308 DC, caso *Maastricht I*, *op. cit.*, al afirmar que exige reforma constitucional la autorización de Tratados internacionales que «contengan una cláusula contraria a la Constitución o que comporten un atentado a las condiciones esenciales de la soberanía nacional».

de las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional⁵¹. De esta forma, las «condiciones esenciales» se convertirían en un principio que trasciende el tenor mismo de la Norma fundamental que, por ello, “principio que trasciende el tenor mismo de la Norma fundamental (...) que dejaría un amplísimo margen de interpretación al Consejo Constitucional, sin que, por otra parte, dicho órgano haya aportado demasiados elementos interpretativos para su concreción”⁵².

⁵¹ En este sentido se pronuncia Genevois, B., «Le Traité sur l'Union Européenne et la Constitution, à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992», *Revue Française de Droit Administratif*, Vol. 8/3, 1992, pp. 373-408, especialmente, p. 384. Dicho autor confirmaría estas consideraciones unos meses más tarde en Genevois, B., «Le Traité sur l'Union Européenne et la Constitution révisée, à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-312 DC du 2 septembre 1992», *Revue Française de Droit Administratif*, Vol. 8/6, 1992, pp. 937-955.

⁵² Pérez Tremps, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994 pp. 99-100. Igualmente, *vide* Favoreu, L., «Le contrôle de constitutionnalité du Traité de



Durante casi una década no ha habido mayores novedades en la jurisprudencia del *Conseil* sobre las relaciones entre la Constitución nacional y el Derecho comunitario. Habría que esperar a la Decisión 2004-496 DC, en la que el Consejo Constitucional confirmaría la inmunidad jurisdiccional del Derecho comunitario derivado⁵³. En este

asunto, los autores del recurso esgrimían la inconstitucionalidad de disposiciones de la ley de transposición de una directiva comunitaria. Para el Consejo, la obligación de respetar el Derecho comunitario se deriva del artículo 88-1 de la Constitución francesa sobre la participación de Francia en la Comunidad y en la Unión: “La República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, compuestas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los tratados que las han instituido, ejercer en común algunas de sus competencias (...)”⁵⁴.

Maastricht et le développement du droit constitutionnel international», *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. XCVII/1-2, pp. 39-65.

⁵³ Decisión del Consejo Constitucional francés 2004-496 DC, de 10 junio 2004, caso *ley para la confianza en la economía digital*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française*, de 22 junio 2004, p. 11182. Para unos comentarios sobre esta Decisión, *vide* Sales, E., «La transposition des directives communautaires : une exigence de valeur constitutionnelle sous réserve de constitutionnalité», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 41/3, 2005, pp. 597-622, Dutheil de la Rochère, J., «Conseil constitutionnel (French Constitutional Court), Decision n° 2004-496 of 10 June 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique (e-commerce)», *Common Market Law Review*, Vol. 42/3, 2005, pp. 859-869 y Magnon, X., «Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire (Commentaire du volet communautaire des

décisions du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, et n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle)», *Europe*, núms. 8-9, 2004, pp. 6-12.

⁵⁴ El segundo párrafo de esta disposición, que se enmienda cada vez que hay una modificación de los Tratados, establece que Francia «[p]odrá



Así, en virtud de esta disposición constitucional, el legislador debe respetar el Derecho comunitario cuando implemente una directiva comunitaria. Por tanto, no corresponde al Consejo pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley de transposición. Tan solo el juez comunitario podría verificar si la directiva en cuestión respeta los límites de la competencia comunitaria y los derechos fundamentales. El juez constitucional francés tan sólo podría intervenir en dos situaciones. En primer lugar, en el ámbito de su margen de apreciación, el legislador nacional puede ir más allá de lo que le impone la directiva. En la medida en la que ejerza, pues, una competencia propia que no está sujeta al Derecho

comunitario, el control de constitucionalidad se ejercerá normalmente. En segundo lugar, el *Conseil* se reservaría la competencia para intervenir en la hipótesis de una contradicción entre la directiva y una disposición constitucional expresa. En efecto, el alcance de la habilitación derivado del artículo 88-1 debe ser interpretado a la luz de otras disposiciones de la Constitución. Si esas disposiciones no han sido modificadas, es porque deben seguir siendo aplicadas. Ciertamente, los supuestos de este tipo particular de antinomias deberían ser, como mucho, escasos. Hay quien se refiere a posibles conflictos derivados del principio de laicidad o del principio de igualdad, pero teniendo en cuenta las competencias de la Unión, no

asimismo participar en la Unión Europea con las condiciones previstas por el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado que instituye la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007».



parece muy probable que se llegue a esta situación⁵⁵.

La evolución de la formulación de este límite en la Decisión sobre la ley relativa a los derechos de autor y derechos afines es particularmente interesante⁵⁶. En efecto, el Consejo Constitucional abandona la referencia a las «disposiciones expresas» para sustituirla por la de la «norma o

principio inherente a la identidad constitucional de Francia»⁵⁷.

Al hacer esto, el *Conseil* acercaría su posición a la de los tribunales constitucionales italiano o español, pero, sobre todo, en esta jurisprudencia se nota la influencia de la redacción del artículo I-5 del malogrado Tratado Constitucional, cuya redacción ha sido recuperada en su práctica totalidad por el Tratado de Lisboa⁵⁸. Así, el nuevo artículo 4 del

⁵⁵ Sobre esta cuestión y otras implicaciones de la Decisión 2004-496 DC, *op. cit.*, *vide* Camby, J. P., «Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution?», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 4, 2004, pp. 878-888, Levade, A., «Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire derive», *idem*, pp. 889-911, Roux, J., «Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire derive et la Constitution», *idem*, pp. 912-934.

⁵⁶ Decisión del Consejo Constitucional francés 2006-540 DC, de 27 julio 2006, caso *ley relativa al derecho de autor y los derechos afines en la sociedad de la información*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française*, de 3 agosto 2006, p. 11541. Para un comentario a esta Decisión, *vide* Chaltiel, F., «Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 68, 2006, pp. 837-847.

⁵⁷ Decisión 2006-540 DC, *op. cit.*, considerando §19, que dispone en su versión original que «la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti».

⁵⁸ El texto del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, tal como se firmó en Roma el 29 de octubre de 2004, se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 310, de 16 diciembre 2004. Por su parte, el *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 306, de 17 diciembre 2007. Las versiones consolidadas, tras el Tratado de Lisboa, del *Tratado de la Unión Europea* y del nuevo *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* se publicaron en el *Diario*



Tratado de la Unión Europea (TUE-L) dispone:

La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro (...).

En todo caso, hay que recordar que, en definitiva, la primacía que el Consejo Constitucional reconozca en última instancia al Derecho comunitario la fundamentará en la propia Constitución francesa y no

Oficial de la Unión Europea, núm. C 115, de 9 mayo 2008.

tanto en una norma o principio propios del ordenamiento jurídico comunitario como tal⁵⁹.

Las normas y principios relativos a las relaciones entre el ordenamiento constitucional francés y el Derecho de la UE no han experimentado cambios sustanciales en los últimos años hasta épocas muy recientes. En efecto, dichas normas se han visto revisadas con motivo del diálogo judicial a tres bandas establecido entre los tribunales ordinarios franceses, el Conseil y el Tribunal de Justicia a

⁵⁹ Sobre esta cuestión, *vide* Picod, F., «Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 18, 2005, pp. 144-147, Roux, J., «Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution», *op. cit.*, pp. 912-934, Genevois, B., «Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé», *Revue Française de Droit Administratif*, Vol. 2004/4, 2004, pp. 651-661 y Charpy, C., «The Status of (Secondary) Community Law in the French Internal Order. The Recent Case-Law of the Conseil Constitutionnel and the Conseil d'Etat», *European Constitutional Law Review*, Vol. 3/3, 2007, pp. 436-462.



propósito de la compatibilidad de la nueva cuestión de constitucionalidad francesa (llamada «QPC», *Question Prioritaire de Constitutionnalité*) introducida por la reforma constitucional de 2008⁶⁰.

Básicamente, la QPC sería un híbrido entre la «cuestión de inconstitucionalidad» y el recurso de amparo españoles. Es decir, permite en la que los ciudadanos cuyos derechos fundamentales hayan

podido ser infringidos puedan pedir amparo ante el Consejo, a través de los tribunales ordinarios, donde el Consejo de Estado y la Corte de casación actúan como filtros de estos recursos ante el órgano de control constitucional. En el asunto *Melki* ante el TJUE, se planteó la compatibilidad de este nuevo procedimiento con la cuestión prejudicial, lo cual tenía su interés práctico en aquellos casos en los que al órgano judicial de instancia duda entre plantear una QPC o una cuestión prejudicial, ya que de optar por la segunda, podría quedar comprometida la «prioridad» de la cuestión ante el *Conseil*. Tras una serie de decisiones cruzadas en las que participaron los órganos judiciales franceses, el *Conseil* y el propio TJ, éste concluyó que la QPC era compatible con el Derecho de la UE en tanto en cuanto no sea obligatorio

⁶⁰ Vide los casos *Aziz Melki y Sélim Abdeli*, Decisiones núm. 10-40001 y 10-40002 de la Corte de Casación francesa de 16 abril 2010; Decisión del Consejo Constitucional francés 2010-605 DC, de 12 mayo 2010, caso *Ley relativa a la apertura a la competencia y a la regulación del sector de los juegos de dinero y de azar por internet*; caso *Rujovic*, Decisión 312305 del Consejo de Estado francés de 14 mayo 2010 y los asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10 *Melki y Abdeli*, Recopilación de jurisprudencia 2010, p. I-I-5667, §52. Para una breve explicación de la «cuestión prioritaria» (QPC), la explicación de su procedimiento así como un gran número de referencias doctrinales, vide <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html>> última consulta: diciembre 2011..



presentarla si el juez ordinario decide presentar antes una cuestión prejudicial⁶¹.

1.2.5. EL CASO ESPAÑOL: DISTINCIÓN ENTRE 'PRIMACÍA' Y 'SUPREMACÍA'

La posición del Tribunal constitucional español en la Declaración 1/2004 de 13 de diciembre, en la que se analiza y determina la compatibilidad de la Constitución nacional con el Tratado Constitucional europeo, da muestras

de una apertura por parte del Alto Tribunal español que, además, pudo aprovecharse de las construcciones dogmáticas que durante décadas otros tribunales, especialmente el italiano y el alemán, fueron desarrollando⁶².

⁶¹ Sobre esta importante decisión que, en la práctica, realiza un control de *comunitariedad* de la nueva cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa, vide Saliceti. A. I., «Constitution et primauté: un bilan jusqu'à l'arrêt "Melki et Abdeli"», *Revue du droit de l'Union Européenne*, núm. 3, 2010, pp. 583-624, Sarmiento, D., «La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen: L'arrêt Melki: esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 46/3, 2010, pp. 588-598, Sarmiento, D., «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la UE», *Revista española de derecho europeo*, núm. 37, 2011, pp. 97-110.

⁶² Vide la Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, de 13 de diciembre, *sobre la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europea, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004*, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3 Suplemento, de 4 enero 2005. Los comentarios sobre esta Decisión son numerosos, entre los más importantes, vide Cascajo Castro, J. L., «Integración europea y constituciones nacionales», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 1, 2005, pp. 61-78, Del Valle Gálvez, J. A., «Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen - La Déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004», *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 41/5-6, 2005, pp. 705-723, Mathieu, B., «Constitution européenne et constitutions nationales : l'habile convergence des juges constitutionnels français et espagnol. À propos des décisions n° 2004-505 DC du Conseil constitutionnel français et 1/2004 DTC du Tribunal constitutionnel espagnol», *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 18, pp. 141-147, Burgorgue-Larsen, L., «La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° /2004): "Un Solange II à l'espagnole"», *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 18, 2005, pp. 154-161, López Castillo, A., Sáiz Arnáiz, A. y 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, Gómez Fernández, I., «La Constitución Española "frente" al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 14, 2005, pp. 297-327, Martín y Pérez de Nanclares, J., «La declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional: un giro jurisprudencial en la concepción del artículo 93 de la Constitución española», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 6, 2005, Cruz Villalón, P., «El Tratado según la constitución: tres planteamientos», Carrillo López, M., López Bofill, H. (coords.), *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Tirant, Valencia, 2006, pp. 21-32, Areilza Carvajal, J. M., «La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado constitucional. Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005, pp. 365-378, 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*, núm. 73, 2005, pp. 339-364 (publicado también en inglés como Alonso García, R., «The Spanish Constitution and the European Constitution: the script for a virtual collision and other observations on the principle of primacy», *German Law Journal*, Vol. 6/6, 2005, pp. 1001-1024), López Castillo, A., «La Unión Europea "en constitución" y la Constitución estatal en espera de reformas: a propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 15, 2005, pp. 427-460, Plaza, C., «The Constitution for Europe and the Spanish Constitutional Court», *European Public Law*, Vol. 12/3, 2006, pp. 253-362, Rodríguez, A., «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre», *Revista de Derecho*

Tras haber dado algunas señales de que su entendimiento del derecho comunitario estaba cambiando (*v. gr.* STC 58/2004), en la DTC 1/2004, el Alto Intérprete efectuaría un anhelado giro jurisprudencial dando un nuevo alcance al artículo 93 de la Constitución Española, que es la disposición constitucional que fundamenta y permite la integración europea⁶³.

Constitucional Europeo, núm. 3, 2005, pp. 327-356, Pérez Tremps, P., Sáiz Arnaiz, A., «Spain's Ratification of the Treaty Establishing a Constitution for Europe: Prior Constitutional Review, Referendum and Parliamentary Approval», Albi, A., Ziller, J., *The European Constitution and national constitutions: ratification and beyond*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 45-55.

⁶³ Sobre la STC 58/2004, vide Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., «El "recurso" a la prejudicial (234 TCE) como "cuestión" de amparo. A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril de 2004, que otorga el amparo frente a una vulneración del artículo 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial comunitaria», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 11, 2004, pp. 441-474. Una muestra del deseado giro jurisprudencial, puede verse en Mangas Martín, A., *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid, 2005, p. 167, donde la autora «confi[a] que esa



En su fundamentación jurídica, el Tribunal Constitucional comenzó recordando que el artículo 93 de la CE fue concebido con vistas a «nuestra integración en las Comunidades Europeas»⁶⁴. A continuación,

Declaración suponga un giro en su doctrina anterior, como parece confirmar su nueva y más correcta interpretación del artículo 93 de la Constitución española».

⁶⁴ No obstante, esta misma disposición ha sido utilizada (tras haberla descartado finalmente para articular el ingreso de España en la OTAN) para la ratificación del Tratado por el que se crea la Corte Penal Internacional (Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal, BOE núm. 239, de 5 de Octubre de 2000). Para algunos, este dato excluiría la posibilidad de considerar el artículo 93 como la «cláusula europea» española. Así se pronuncia Sáiz Arnáiz, A., «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europea integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», López Castillo, A., Sáiz Arnáiz, A. y Ferreres Comella, V., *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, op. cit., p. 55. A favor de la consideración del artículo 93 CE como la *europaean clause* española, vide Gómez Fernández, I., «La Constitución Española "frente" al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (...)», op. cit., pp. 297-327, especialmente, la p. 298, donde califica el artículo 93 como «nuestra *europaean clause*, como precepto

avanzando lo que seguidamente detallará, excluye su consideración como el mero precepto de «índole orgánico-procedimental» que venía siendo desde la STC 28/1991 y apunta que la integración «va más allá del puro procedimiento de la misma», dado que supone «la inserción en un ente supranacional distinto» que crea un «Ordenamiento propio dotado de particulares principios rectores» (DTC 1/2004, FJ 2º)⁶⁵. Recuerda, en seguida, el

constitucional en que apoyar los progresivos avances en la integración europea».

⁶⁵ La caracterización del artículo 93 CE como un «precepto de índole orgánico-procedimental», la realizó el Tribunal en su STC 28/1991, Fundamento Jurídico 4,4, y, posteriormente, en la DTC 1/1992, de 1 de julio de 1992, FJ 4, lo que le valió la crítica casi unánime de la doctrina. Entre quienes con más contundencia se pronunciaron contra esta consideración, vide Mangas Martín, A., «La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 14/2, 1987, pp. 587-623; y Mangas Martín, A., «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de



Tribunal, como ya hiciera en la DTC 1/1992, FJ 4º (aunque con nula trascendencia posterior), que la «complejidad» que entraña el artículo 93 «no es leve», pero que es necesario «seguir ahondando para dar respuesta al requerimiento» que formula el Gobierno. El artículo 93 CE, es calificado ahora por el Tribunal Constitucional como «fundamento último de nuestra incorporación al proceso de integración europea y de nuestra vinculación al Derecho comunitario», además de tratarse “de un precepto ‘de índole orgánico procedimental’ (STC 28/1991, de 14

de febrero, FJ 4, y DTC 1/1992, FJ 4)”⁶⁶.

El TC se preparaba para realizar su «giro copernicano» estableciendo que “tal dimensión fue la única considerada en la citada Declaración tan sólo a fin de determinar, en respuesta a la duda planteada entonces, si el artículo 93 CE era mecanismo adecuado para excepcionar el límite que el artículo

la Constitución : una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 44/2, 1992, pp. 381-394. Igualmente, en su manual, *vide* Liñán Noguera, D. J., Mangas Martín, A., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4ª Ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 512.

⁶⁶ Así prosigue la DTC 1/2004, FJ 2º. Calificándolo como precepto «orgánico-procedimental», la STC 28/1991 no hacía otra cosa que privar de toda condición sustantiva al artículo 93 CE, cuando dijo que el mismo «se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales». Ya se han mencionado las críticas al respecto que ahí sólo cabe reiterar, añadiendo la que realiza Pérez Tremps, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*, *op. cit.*, pp. 36-37. Algún otro autor, apuntó en su momento como posible explicación que «quizá la irritación del TC ante la pobreza del instrumento conceptual puesto a disposición fuera lo que le llevase (...) a ningunear el artículo 93», Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A., «Notas a la Sentencia 64/1991, de 22 de marzo (Asunto APESCO)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 118, 1994, pp. 63-64.



13.2 CE establecía⁶⁷. Es decir, en el caso de la DTC 1/1992, se trataba de dilucidar si, constatada una antinomia entre el artículo 8 B del TCE y el 13.2 de la Constitución, el artículo 93 incorporaba o no “un cauce revisorio equiparable a los procedimientos de reforma constitucional regulados en el Título X CE”⁶⁸. En definitiva, el Tribunal Constitucional justifica su entendimiento previo del artículo 93 en función de las necesidades del momento y asume que la DTC 1/2004 «opera en un marco bien distinto», por cuanto ahora no se da «una contradicción con el texto» de una norma constitucional⁶⁹. El artículo 93

será, pues, a partir de ahora el «fundamento último» de la integración que, además, «opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias» (FJ 2º)⁷⁰. Es así, como el Tribunal

calificación meramente procedimental del art. 93 CE en la DTC 1/1992 y en toda la jurisprudencia constitucional anterior» a la DTC 1/2004. Si acaso, era «necesaria para evitar el problema de fondo que ahora se afronta: las relaciones entre el Derecho Comunitario (...) y la Constitución nacional», Sáiz Arnáiz, A., «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europea integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *op. cit.*, p. 56.

⁷⁰ En el inciso comentado, el TC habla de «otros ordenamientos», no del «ordenamiento comunitario en concreto». Anteriormente, acababa de afirmar que el artículo 93 era la vía para permitir una coexistencia pacífica de otros ordenamientos autónomos que se integraran con el nuestro. Textualmente, dice el TC que «el art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen». Es probable que, mediante esta alusión

⁶⁷ La expresión «giro copernicano» ha sido utilizada en Martín y Pérez de Nanclares, J., «La declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional: un giro jurisprudencial en la concepción del artículo 93 de la Constitución española», *op. cit.*, p. 7.

⁶⁸ DTC 1/2004, FJ 2º.

⁶⁹ A este respecto, la doctrina más autorizada opina que no «era en puridad obligada la



«confiere al art. 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar» (DTC 1/2004, FJ 2). Se completaría, así, la nueva configuración del artículo 93 CE, a cuya naturaleza «orgánico-procedimental» cabe, ahora, añadir (que no sustituir) un nuevo alcance sustantivo a todas luces de mucha mayor trascendencia que el anterior.

El «Ordenamiento aceptado» que es el Derecho comunitario, habrá de ser compatible con los «principios y valores básicos» de la Constitución española⁷¹. Es decir, los «límites

inevitables a las facultades soberanas del Estado» que traen causa de la cesión del ejercicio de competencias y de la integración consiguiente del Ordenamiento europeo en el nacional, tan sólo pueden ser aceptables en la medida en que la organización supranacional y el Derecho por ella producido sean «compatibles con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional». El Tribunal Constitucional, reconoce, pues, que la naturaleza sustantiva del artículo 93 conlleva la existencia de unos límites materiales a la integración. Efectivamente, serían unos límites «no recogidos expresamente» en el artículo precitado, «pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del

general, no quiera cerrar la puerta a que el artículo 93 se use como fundamento para la ratificación de otros tratados internacionales distintos de los europeos de integración. En este sentido, quizá ganaría fuerza la tesis antes enunciada que mantiene Saiz Arnáiz sobre la de Gómez Fernández, que caracteriza, ésta última, al artículo 93 CE como «nuestra european clause», vide Gómez Fernández, I., «La Constitución Española "frente" al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (...)», *op. cit.*, p. 298.

⁷¹ La necesidad el respeto de los «principios y valores básicos» de la Constitución se repite

varias veces a lo largo de los Fundamentos Jurídicos 2º y 3º de la DTC 1/2004.



sentido esencial del propio precepto»
(DTC 1/2004, FJ 2º):

Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)⁷².

No obstante, como estableció el Tribunal:

En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los

hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, 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, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por (...) [la posibilidad de la retirada de la Unión], verdadero contrapunto (...) [del principio de primacía del Derecho comunitario].

El decir, aunque el texto constitucional español guarde silencio sobre la existencia de unos *controlimiti* expresos (a diferencia del caso alemán), el Tribunal Constitucional español sí que los ha concretado en el

⁷² Unos límites que, como adelanta el Tribunal, «se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis» (DTC 1/2004, FJ 2, i.f.).



respeto a la soberanía del Estado (concepto difícil de concretar), a las estructuras constitucionales básicas y al sistema de valores y principios fundamentales consagrados en la Constitución. En realidad, parece que el Alto intérprete español ha retomado los principios clásicos que los iusprivatistas incluyen en el concepto de «orden público» y en virtud del cual se descarta la aplicación de la norma extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del país cuyos tribunales conocen del asunto⁷³. Esos principios fundamentales harían referencia a aquellos que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad del Estado en

cuestión y entre los que los iusprivatistas incluyen normas de naturaleza constitucional derivadas de la propia Constitución nacional, del Derecho comunitario, del Derecho internacional general pero también del Derecho ordinario. La dificultad, pues, es idéntica que en el caso de los iuspublicistas, el orden público es un concepto que engloba una serie de principios que serán concretados caso por caso por los tribunales⁷⁴.

Volviendo a lo anterior, a las limitaciones establecidas a modo de *controlimiti* por el Tribunal Constitucional español, la primacía del Derecho comunitario no afectaría a la supremacía de la Constitución, dado que la primacía del Derecho comunitario estaría fundada en la supremacía constitucional.

⁷³ Sobre esta cuestión, *vide* Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2008, Vol I, pp. 348-370 y Bucher, A., «L'Ordre public et le But social des Lois en Droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 239 (1993-II), 1994, pp. 9-116.

⁷⁴ Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 357-360.



Igualmente, en el ámbito de competencias propio de la Unión Europea, la Constitución impediría la aplicación del Derecho nacional⁷⁵. En este sentido, el principio de primacía se aproximaría más a una modalidad específica de un principio de competencia que permitiría elegir, entre dos normas igualmente válidas en el marco de sus respectivos ordenamientos jurídicos, la norma aplicable según que nos encontremos o no en el ámbito propio de las competencias de la Unión Europea⁷⁶.

⁷⁵ Del Valle Gálvez, J. A., «Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen - La Déclaration du Tribunal Constitutionnel du 13 décembre 2004», *op. cit.*, pp. 705-723, Burgorgue-Larsen, L., «La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° /2004): "Un Solange II à l'espagnole"», *op. cit.*, pp. 154-161.

⁷⁶ Igualmente, *vide* Jacqué, J. P., «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *op. cit.*, p. 15, que retoma lo que ya estableció 25 años atrás en Jacqué, J. P., «A propos de la guerre des juges: accords et desaccords entre le juge français et la Cour de justice des Communautés européennes», *Revue administrative de l'Est de la*

No obstante, últimamente hay quien defiende una suerte de descentralización del control de legalidad de los actos comunitarios. En efecto, como recuerda Pérez Tremps, no faltan los que abogan por extender los mecanismos de control de constitucionalidad interno al juicio de validez comunitaria de las normas internas que desarrollan o ejecutan el Derecho comunitario⁷⁷. Así, equiparando la violación por parte de la norma interna de desarrollo de la norma comunitaria a una violación de la Constitución, el Tribunal Constitucional podría intervenir y expulsar del ordenamiento jurídico español la norma disconforme con el

France, Vol. 1981/4, 1981, pp. 5-33, especialmente, p. 29.

⁷⁷ Pérez Tremps, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *op. cit.*, pp. 44-45.



ordenamiento comunitario⁷⁸. La cuestión no es ni mucho menos pacífica y, de momento, sólo la Corte Constitucional italiana ha admitido hasta el momento, con muchas cautelas, esta posibilidad en el caso de una ley regional sobre plantación de viñedos⁷⁹.

⁷⁸ Ésta es la opinión actual del Consejo de Estado español. En este sentido, *vide* Consejo de Estado, *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, núm. E 1/2007, de 14 febrero 2008, disponible en <<http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>>, última consulta: junio 2009, especialmente, pp. 360-363. Para un análisis de este informe, *vide* Andrés Sáez de Santamaría, M. P., *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español: texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado-CEPC, 2008.

⁷⁹ Sentencia de la Corte Constitucional italiana 384/1994, de 7-10 noviembre, caso *viñedos de Umbría*, *op. cit.* Sobre esta cuestión, *vide* Sáiz Arnaiz, A., «El Derecho Comunitario, ¿parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas? (a propósito de la sentencia nº 384 de 1994, de la Corte Costituzionale italiana)», *op. cit.*, pp. 571-591, especialmente, pp. 585-591. Sobre la cuestión, en general, no sólo centrada en el caso italiano, *vide* Alonso García, R., «Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 2, 2005, pp. 153-176. Igualmente, *vide* Gómez Fernández, I., *Conflicto y Cooperación entre la Constitución y el*

Sea cual sea el grado de apertura de los jueces constitucionales de los Estados miembros en relación con el Derecho comunitario, el fundamento de sus respectivas jurisprudencia es el mismo. La primacía del Derecho comunitario encuentra su origen y legitimidad en la propia Constitución nacional. Por tanto, dicha primacía no podría ir contra, al menos, ciertas normas contenidas en el Texto fundamental nacional. Las diferencias entre unas jurisdicciones y otras residen en las normas constitucionales protegidas, desde todas las disposiciones expresas hasta ciertos principios estructurales,

Derecho Internacional, Tirant, Valencia, 2005, especialmente, p. 397, que gráficamente describe esta situación como el establecimiento de «una especie de control difuso de comunitariedad de las leyes nacionales».



pasando por los derechos fundamentales⁸⁰.

1.2.6. LAS TENSIONES DEL ESTE

A diferencia de, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, los máximos intérpretes de los países que han venido accediendo a la UE en los últimos años son muy celosos de la autonomía del ordenamiento constitucional propio y presentan una jurisprudencia algo más «agresiva» en el diálogo con el TJ. Así, siguiendo el excelente análisis de Giuseppe Martinico, en los asuntos *Landtovà* (sobre los efectos de las cotizaciones en el sistema de pensiones de la extinta Checoslovaquia) o *Križan*, donde el TJ reconoce la primacía de su jurisprudencia sobre la de los

tribunales constitucionales nacionales⁸¹. Esta jurisprudencia no ha sido bien vista por los tribunales nacionales, quienes han llegado a declarar que el TJ ha actuado *ultra vires*⁸². En palabras de Martinico, “el TJ confirma su interpretación según la cual el artículo 267 TFUE establece una relación directa con el juez remitente, sin aceptar la intermediación de los tribunales supremos o constitucionales, siendo el juez remitente el único dueño de la

⁸⁰ Para una visión actualizada de las líneas maestras de la jurisdicción constitucional en el continente europeo sobre esta cuestión, *vide* Pérez Tremps, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *op. cit.*, pp. 19-48, especialmente, pp. 26-40.

⁸¹ Asunto C-399/09, *Landtovà*, STJ 22 junio 2011, *Rec.* 2011, p. I-05573; asunto C-416/10, *Križan & Others v. Slovenska Inspekcia Zivotneho Prostredia*, STJ 15 enero 2013 (pendiente de publicación).

⁸² Así, a propósito del asunto C-399/09 *Landtovà*, *cit.*, *vide* la Decisión del Tribunal constitucional Checo, 31 enero 2012, *Slovak Pensions XVII*, Pl. ÚS 5/12, disponible en inglés en <<http://www.usoud.cz/en/decisions/>>, última consulta: 21.07.2013. Sobre esta cuestión, *vide* Komárek, J., «Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*», *European Constitutional Law Review*, Vol. 8/2, 2012, pp. 323-337.



cuestión prejudicial”⁸³.

En esencia, la última jurisprudencia del TJ viene a consagrar con el Derecho comunitario de las normas nacionales que permiten a los tribunales superiores (incluyendo a los constitucionales) condicionar o influir en la facultad del juez remitente inferior de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Así, la tesis sería que el juez nacional (se entiende inferior al constitucional o supremo, en su caso), debe gozar de absoluta autonomía para plantear, mantener o retirar una cuestión prejudicial.

LOS INTENTOS DE CONCILIACIÓN

⁸³ Vide Gordillo Pérez, L. I.; Martinico, G., «La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia. Un cuento desde el País de las Hadas», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013.

El estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el de las jurisdicciones nacionales revela la existencia de presupuestos teóricos antagonistas en cuanto a la fuente de la primacía y al rango normativo del Derecho constitucional nacional. En todos los Estados miembros existen, por continuar con la expresión que se ha hecho tan popular, «contralímites»⁸⁴.

⁸⁴ De entre los últimos Estados en adherirse a la Unión, Estonia, por ejemplo, ha integrado los «contralímites» en su Constitución bajo la forma de una cláusula constitucional que subordina la pertenencia a la Unión al respeto por su parte de los principios fundamentales de la Constitución de la República de Estonia. Vide la *Ley complementaria a la Constitución de la República de Estonia*, promulgada por el Presidente de la República el 5 de octubre de 2003 mediante el Decreto núm. 447, tras el referéndum positivo sobre la adhesión de Estonia a la Unión Europea de 14 de septiembre de 2003. Esta reforma de la Constitución entró en vigor el 14 de diciembre de 2003. Existe una versión en castellano de la Constitución de la República de Estonia disponible en <<http://www.just.ee/43734>>, última consulta: junio 2009. Para una explicación de este Texto fundamental, vide De Montalvo Jääskeläinen, F., «Constitución de Estonia», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 65, 2005, pp. 219-282.



Si bien puede decirse que este concepto (o la idea que representa) es comúnmente compartido, las diferencias salen a relucir a la hora de concretar el alcance de estos límites. No obstante, esta cuestión, aunque muy importante desde el punto de vista conceptual y a pesar de los problemas de orden formal y sustantivo que plantea, tales como la vía procesal para aplicar los límites o su alcance exacto, sería «difícilmente concebible», dada la extensión de las competencias de la Unión Europea, que se produjera entre este Derecho supranacional y las disposiciones constitucionales relativas a la estructura institucional de los Estados⁸⁵. No obstante, el problema más preocupante sería el relativo a un posible conflicto con los derechos

⁸⁵ La expresión «difícilmente concebible» es empleada por el Tribunal Constitucional español en la DTC 1/2004, *op. cit.*, FJ 4, i.f.

fundamentales en sentido amplio, es decir, incluyendo las garantías que derivan de la ciudadanía.

Las distintas concepciones sobre la primacía que mantienen el TJ y los Tribunales nacionales hubiera podido generar graves conflictos. Sin embargo, hasta ahora, sólo ha habido algunas alertas en forma de posicionamientos de mínimos por parte los actores principales y esta construcción nunca ha sido aplicada, «lo que pone de manifiesto su carácter básicamente simbólico-constitucional», aunque hay importantes voces que reclaman su aplicación⁸⁶. Esta coexistencia entre

⁸⁶ Pérez Tremps, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *op. cit.*, p. 39. Entre los que piden la aplicación de estas cláusulas de salvaguardia (los autores emplean la expresión «judicial watchdog» en la versión en inglés) se encuentran, por ejemplo, el ex presidente del Tribunal Constitucional alemán. En este sentido, *vide* Herzog, R., Gerken, L., *Stop the European Court of Justice*, Centrum für Europäische Politik, 2008 (existe una versión



los distintos ordenamientos jurídicos es posible gracias a la moderación recíproca que mantienen los implicados, el juez nacional y el comunitario. En este sentido, como recuerda el antiguo Abogado General y hoy juez del TJ, Antonio Tizzano:

(...) todo el sistema tiende a la búsqueda de puntos de convergencia –y a veces incluso de compromiso– entre las diversas instancias jurisdiccionales (...). De hecho es cierto que (...) [tanto el TJ como el Tribunal constitucional nacional] se encuentra vinculado por un principio identitario así como por una

coherencia intrínseca que le es propia; pero es también cierto que hasta ahora, todos han demostrado una gran sensibilidad con las exigencias globales del sistema y su armonía.⁸⁷

No obstante, sin menospreciar el papel fundamental que ejercen los jueces a través de esa suerte de diálogo o actitud de deferencia mutua que practican (y que se analizará más detenidamente *infra*) la ausencia de conflictos mayores también se debe a otros factores⁸⁸.

electrónica publicada en el *EU Observer* de 19 septiembre 2008, disponible en <<http://euobserver.com/9/26714/?rk=1>>, última consulta: junio 2009. La versión original en alemán se publicó en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 8 septiembre 2008, p. 8. Las advertencias de estos autores ya venían de antes, *vide* Herzog, R., Gerken, L., «The Spirit of the Time: Revise the European Constitution to Protect National Parliamentary Democracy», *European Constitutional Law Review*, Vol. 3/2, 2007, pp. 209-218 y la réplica en la misma publicación, Hänsch, K., «The Spirit of the Time: A Reply to Roman Herzog and Lüder Gerken», *idem*, pp. 219-224.

⁸⁷ Tizzano, A., «La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, Vol. 2006/1, 2006, p. 9 (9-22).

⁸⁸ Para un balance sobre el «diálogo» entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, y sin perjuicio del análisis que se efectúa más adelante, *vide* Slaughter, A. M., Stone Sweet, A. & Weiler, J. H. H., *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal change in its social context*, Hart, Oxford, 1998, especialmente la contribución de Stone Sweet, A., «Constitutional Dialogues in the European Community», pp. 305-330. Para una contribución más actual insistiendo en la necesidad de la profundización del diálogo judicial en el seno de la Unión Europea, *vide*



2.1. LA ACTITUD CONCILIADORA DE LAS AUTORIDADES COMUNITARIAS Y NACIONALES

2.1.1. EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

En el plano nacional, la prevención de los conflictos se deriva, en primer lugar, de las precauciones adoptadas antes de la ratificación de las reformas sucesivas de los tratados comunitarios. La verificación por parte del juez constitucional, en los Estados que contemplan esta posibilidad, de la compatibilidad entre la Constitución nacional y los tratados, así como las posibles modificaciones constitucionales que

eliminen las eventuales incompatibilidades permite evitar *ab initio* las causas de los conflictos. Por su parte, el legislador comunitario se muestra receptivo a las posibles excepciones de inconstitucionalidad que los Estados miembros le presentan durante el proceso legislativo. Así, aun cuando podría escudarse tras la primacía del Derecho comunitario y obviar estos argumentos remitidos por los Estados, del resultado final se deduce que, por el contrario, adopta una actitud conciliadora y se hace eco de las inquietudes estatales. Ciertamente, este remedio de carácter apriorístico no es una garantía absoluta, dado que las interpretaciones de las disposiciones constitucionales pueden evolucionar. Todo ello sin contar con la astucia de los abogados, capaces de hacer aparecer conflictos y descubrir

Cartabia, M., «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *European Constitutional Law Review*, Vol. 5/1, 2009, pp. 5-31, especialmente, pp. 27-31, donde por cierto, la autora, reclama a los tribunales comunitarios que, para permitir un diálogo (o «conversación») más fluido es necesario que justifiquen con mayor amplitud sus sentencias, especialmente en materia de derechos fundamentales.



antinomias allí donde a primera vista no lo parecía⁸⁹.

2.1.2. LA COMUNIDAD DE VALORES ENTRE LA UNIÓN Y LOS ESTADOS MIEMBROS

El segundo elemento de conciliación que cabe destacar se refiere a que, tras una larga evolución hoy día es posible afirmar que existe una comunidad de valores establecida entre los Estados miembros y la Unión Europea, lo que limitaría las posibilidades de conflicto⁹⁰. Este

proceso podría decirse que se inició con la primera jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán, siguió con la protección de los derechos fundamentales por vía jurisprudencial que desarrolló el TJ (*vide infra*), que después acabaría siendo insertada en el texto de los tratados (artículo 6 TUE y TUE-L), hasta llegar a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, la Carta establece en su preámbulo:

Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes.

(...)

La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de

⁸⁹ *Vide*, en este sentido, la opinión del Director del Servicio Jurídico del Consejo en un trabajo doctrinal, Jacqué, J. P., «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *op. cit.*, p. 16.

⁹⁰ Sobre los valores comunes, *vide, inter alia*, Magnette, P., *Le régime politique de l'Union européenne*, Presses de sciences-politiques, Paris, 2003, especialmente, p. 234, Jacqué, J. P., «Les principes constitutionnels fondamentaux dans le Projet de Traité établissant la Constitution Européenne», Rossi, L. S. (coord.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne: le projet de Traité Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 47-62.



culturas y tradiciones de los pueblos de Europa.⁹¹

Ciertamente, aunque hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta no tenía el mismo valor que los tratados, eso no quiere decir que no haya desplegado efectos jurídicos⁹².

En este sentido, el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea establece: “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el

⁹¹ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha sido solamente proclamada dos veces hasta la fecha: por primera vez el 7 de diciembre de 2000 (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 364/1, de 18 diciembre 2000) y por segunda vez el 12 de diciembre de 2007, cuando se rescató el texto de la Carta tal y como fue insertado en el Tratado constitucional y que la preparaba para su conversión en Derecho originario, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 303/1, de 14 diciembre 2007.

⁹² Sobre la Carta, en general, *vide* Peers, S., Ward, A. (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*, Hart, Oxford, 2004. Sobre el valor de la Carta antes y después del Tratado de Lisboa, que le conferirá el mismo rango que a los tratados, *vide infra*.

Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”.

Por su parte, el nuevo artículo 2 del Tratado de la Unión Europea modificado por Lisboa (TUE-L), retomando parte del contenido del artículo 6.1 TUE dispone:

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.

No hace demasiado, como antes se avanzó, el Tribunal Constitucional alemán, en su decisión sobre el caso



Bananenmarktordnung (o *Bananas*), ha asumido ampliamente la existencia de estos valores comunes compartidos y ha limitado considerablemente las posibilidades de un recurso ante esa institución basado en una lesión de los derechos fundamentales por parte de una disposición comunitaria⁹³. Es cierto que la evolución del derecho comunitario iniciada en este ámbito por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no era inocente. Al asumir las preocupaciones en materia de derechos fundamentales aireadas, entre otros, por el Constitucional alemán, el Tribunal buscaba ganar legitimidad y autoridad para preservar la primacía del Derecho

comunitario y su aplicación uniforme. Esta actitud del Tribunal de Luxemburgo, que podría ser calificada de «interesada preocupación» por los derechos fundamentales y cuya reaparición coincide con aquellos momentos en los que el TJ ve amenazada su autoridad y necesita reforzar su legitimidad para reafirmar su autoridad y la del Derecho que tiene la obligación de hacer cumplir, puede verse, últimamente, en su sentencia del caso *Kadi/Al Barakaat* de 2008, dictada tras el toque de atención dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia sobre el caso *Bosphorus* de 2005⁹⁴.

⁹³ Vide el auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 7 junio 2000, caso *Bananenmarktordnung*, *op. cit.*, BverfGE 102, 147 (161-164). Vide los comentarios citados supra y, especialmente, Pernice, I., «Les bananes et les droits fondamentaux : la Cour constitutionnelle allemande fait le point», *op. cit.*, pp. 427-440 y Callewaert, J., «Les droits fondamentaux entre cours nationales et européennes», *op. cit.*, pp. 1183-1205.

⁹⁴ Caso *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, recurso núm. 45036/98, Sentencia del TEDH de 30 junio 2005, *Reports of Judgments and Decisions*, 2005-VI y los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 3 septiembre 2008, *Recueil de jurisprudence*, 2008, p. I-6351. Estos dos casos y



2.1.3. LA ACTITUD DE DEFERENCIA Y CONCILIACIÓN ADOPTADA POR LAS INSTANCIAS JUDICIALES

En tercer lugar, la moderación recíproca de las instancias judiciales comunitarias y nacionales ha jugado un papel esencial. En efecto, si los jueces nacionales han establecido «contralímites» a la primacía, hasta ahora no las han hecho valer, al margen de algunas advertencias que tenían más de delimitación de territorio⁹⁵. De este modo, siguiendo a PÉREZ TREMPs, las jurisdicciones constitucionales europeas han adoptado una posición respecto de la primacía del Derecho comunitario que podría sintetizarse en la regla

sus implicaciones serán ampliamente tratados *infra*.

⁹⁵ Vide, entre otras, la saga *Solange* del *Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*

generalmente aceptada como principio de partida, la existencia de unos límites, las vías de colaboración para hacer posible la convivencia y, finalmente, la cláusula de salvaguardia última que se reservan las máximas instancias jurisdiccionales⁹⁶.

Así, en principio, como regla general, se acepta la primacía del Derecho comunitario en el ámbito interno. No obstante, ésta no es una aceptación incondicional, sino que está sujeta a ciertos límites derivados de la Constitución nacional. La Constitución nacional, por aludir a la terminología empleada por el Tribunal Constitucional español, gozaría de la supremacía última, es decir, el Derecho comunitario no podría modificarla. Sin embargo, el

⁹⁶ Pérez Tremps, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *op. cit.*, pp. 27-28.



Derecho comunitario es a menudo el impulsor de ciertas reformas constitucionales nacionales, que las autoridades nacionales impulsan, ante la evidencia de contradicciones explícitas, para compatibilizar la legitimidad constitucional con la consecución de la integración europea. En todo caso, siempre habría ciertos principios y valores constitucionales (que la doctrina francesa denomina «núcleo duro» o «*noyau dur*») que serían irrenunciables, es decir, que en ningún caso podrían verse afectados por el Derecho comunitario. Desde estos presupuestos, se abren, básicamente, dos vías de colaboración. La primera de ellas, cuyo máximo exponente ha sido como se ha visto la jurisprudencia *Solange* del *Bundesverfassungsgericht*, asume como principio que existe un

nivel de protección equivalente de esos principios y valores elementales compartidos tanto por el ordenamiento comunitario como por los nacionales. En segundo lugar, el proceso de integración conduce a que el ordenamiento jurídico interno, incluyendo la Constitución, se interprete conforme al Derecho comunitario. Pero, finalmente, en caso de conflicto, es decir, en el supuesto de que el derecho comunitario viole estos principios y valores constitucionales básicos, la jurisdicción constitucional se reserva la posibilidad de intervenir, controlando la constitucionalidad de las disposiciones comunitarias⁹⁷.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 27-28, donde el profesor Pérez Tremps enuncia los principios fundamentales sobre la posición de las jurisdicciones constitucionales en relación con el Derecho comunitario y pp. 28-40, donde las desarrolla. Sobre esta cuestión, *vide* igualmente Kumm, M., «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and



Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha adoptado una actitud constructiva. Así, en el caso *Kreil* en el que el centro de la cuestión era una disposición constitucional alemana que prohibía a las mujeres trabajar en unidades militares armadas, el Tribunal de Luxemburgo supo mantener una actitud prudente⁹⁸. Ciertamente, recordó el principio de no discriminación en el acceso al trabajo, pero se cuidó de

resaltar el posible conflicto entre el Derecho comunitario y la constitución nacional (argumento que, sin embargo esgrimió el Gobierno alemán), y recondujo la cuestión hacia la relación Derecho comunitario y Derecho nacional ordinario, eludiendo hacer hincapié en la posible antinomia de origen constitucional. Por su parte, las autoridades alemanas oyeron el mensaje implícito en la sentencia y adaptaron su ordenamiento constitucional, modificando el correspondiente precepto de la Ley Fundamental⁹⁹. Pero lo que es importante resaltar es que el Tribunal de Justicia empleó todos los recursos de que disponía para desactivar posibles conflictos.

after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, Vol. 11/3, 2005, pp. 262-307, especialmente, 282-304.

⁹⁸ Asunto C-285/98, *Tanja Kreil vs. Alemania*, Sentencia del TJ de 11 enero 2000, *Recueil de jurisprudence*, 2000, p. I-69. Para unos comentarios a esta sentencia *vide* Laubinger, H. W., Repkewitz, U., «Freiwilliger Waffendienst von Frauen in der Bundeswehr», *Verwaltungsarchiv*, Vol. 91, 2000, pp. 297-325, Kämmerer, J. A., «Gleichberechtigung am Gewehr», *Europarecht*, Vol. 2000/1, 2000, pp. 102-118, Langer, J., «Case C-273/97, Angela Maria Sirdar v. The Army Board, Secretary of State for Defence. Case C-285/98, Tanja Kreil v. Germany» *Common Market Law Review*, Vol. 37/6, 2000, pp. 1433-1444 y Gerkrath, J., «Le principe de l'égalité de traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées dans la Bundeswehr», *Europe*, Vol. Décembre, 2000, pp. 5-7.

⁹⁹ Sobre esta cuestión, *vide* Martín Vida, M. A., «La reforma del artículo 12a de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la Sentencia "Kreil" del Tribunal de Justicia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, pp. 357-382.



En el caso *Schmidberger*, el Tribunal de Justicia tenía que pronunciarse sobre una decisión nacional que autorizó una manifestación cuya aplicación afectó gravemente a la libre circulación de mercancías sobre una autopista nacional¹⁰⁰. El caso se refería, pues, a un conflicto entre la libertad de circulación, garantizada por el Tratado de la Comunidad

Europea, y los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica garantizados por la Constitución austríaca, pero también por el Derecho comunitario, especialmente a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ahora bien, el Derecho comunitario impone el respeto de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea tanto a las autoridades comunitarias como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario. En efecto, el artículo 6.2 del Tratado de la Unión prescribe:

La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de

¹⁰⁰ Asunto C-112/00, *Schmidberger vs. Austria*, Sentencia del TJ de 12 junio 2003, *Recueil de jurisprudence*, 2003, p. I-5659, especialmente §§79-80. Para un análisis de este caso, *vide* Rigaux, A., Simon, D., «Entraves résultant d'actes de particuliers», *Europe*, Vol. Août-Septembre, 2003, pp. 15-16, Brown, C., «Case C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzuge v. Austria», *Common Market Law Review*, Vol. 40/6, 2003, pp. 1499-1510, González Vaqué, L., «El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia "Schmidberger"», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 227, 2003, pp. 61-76, Ronkes Agerbeek, F., «Freedom of expression in the Brenner corridor: the Schmidberger case», *European Law Review*, Vol. 29/2, 2004, pp. 255-266 y Alemanno, A., «À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, Vol. 2004/4, 2004, pp. 709-751.



las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.¹⁰¹

Por su parte, el artículo 6.3 TUE-L dispone:

Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

En este caso, el hecho de que los derechos fundamentales en cuestión fueran igualmente reconocidos por el Derecho comunitario y la Constitución nacional facilitó la solución del litigio dado que Austria no habría hecho otra cosa que aplicar unos derechos –libertad de expresión

y de reunión– garantizado por el Derecho comunitario en relación con la ejecución de una libertad también garantizada por el Tratado de la Comunidad, que en este caso era la libertad de circulación de mercancías. Este conflicto entre una de las cuatro libertades comunitarias fundamentales y los derechos fundamentales fue resuelta realizando una ponderación de los intereses en juego y teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación de las autoridades nacionales. Así, es esta concreta situación la restricción de los intercambios intracomunitarios no fue desproporcionada en relación con el objetivo legítimo de protección de los derechos fundamentales.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades iría, no obstante, más lejos en el caso *Omega*, en el que

¹⁰¹ Sobre la cuestión de los derechos fundamentales y la Unión Europea se disertará ampliamente *infra*.



quedaba en entredicho el respeto a la dignidad humana en un Estado miembro en el que dicho principio goza de una particular protección constitucional¹⁰². En efecto, el párrafo 1 del artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn es tajante cuando establece que «[l]a dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público». Además, este principio está protegido por la cláusula de intangibilidad del artículo

79 del Texto fundamental que prohíbe cualquier reforma constitucional que le afecte¹⁰³. La República Federal estimaba que la organización de juegos con pistolas láser en los que los participantes se disparaban entre sí amenazaba el orden público y menoscababa un valor fundamental consagrado por la constitución nacional, como es la dignidad humana. Ahora bien, el respeto a la dignidad humana es un principio que

¹⁰² Asunto C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH vs. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Sentencia del TJ de 14 octubre 2004, *Recopilación de Jurisprudencia*, 2004, p. I-9609. Sobre este caso, *vide* Alemanno, A., «À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur», *op. cit.*, pp. 709-751, Ackermann, T., «Case C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs - GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn», *Common Market Law Review*, Vol. 42/4, 2005, pp. 1107-1120, Bulterman, M., Kranenborg, H. R., «What if rules on free movement and human rights collide? About laser games and human dignity: the Omega case», *European Law Review*, Vol. 31/1, 2006, pp. 93-101.

¹⁰³ El artículo 79.3 establece: «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20». Recuérdese como la dignidad humana está recogida en el artículo 1. Sobre el concepto constitucional de dignidad, *vide* Häberle, P., *El Estado constitucional*, UNAM, México, 2001 (traducido del alemán por Héctor Fix-Fierro), pp. 169-178, donde se identifica a la dignidad como verdadera causa de la democracia. Igualmente, *vide* Benda, E., «Dignidad humana y derechos de la personalidad», Hesse, C., Heyde, W., Benda, E., Maihofer, W., Vogel, J. (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Marcial Pons-IVAP, Madrid, 2001 (traducido del alemán por Antonio López Pina), pp. 117-144, especialmente, pp. 124-126.



quedaba protegido por el Derecho comunitario, aunque la concepción amplia que de la dignidad tenía el ordenamiento alemán no era compartido por otros Estados miembros que, por lo demás, no veían ningún problema a la práctica de este tipo de juegos¹⁰⁴. Así pues, el Tribunal de Justicia debía determinar si una restricción a la libre prestación de servicios fundamentada en una concepción exclusivamente nacional de un derecho fundamental garantizado por el Derecho

comunitario era admisible. El TJ admitió que la concepción del orden público podía variar de un Estado a otro y que los Estados miembros disponen en este ámbito de un margen de apreciación que está, a su vez, sometido a un control de proporcionalidad. Así, en palabras del Tribunal de Luxemburgo:

[N]o es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido. (...)

[Pero hay que tener en cuenta que] el mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no excluye la necesidad y la proporcionalidad de las

¹⁰⁴ Sobre la protección por el Derecho comunitario de la dignidad humana, *vide* el asunto C-377/98, *Países Bajos vs. Parlamento y Consejo*, Sentencia del TJ de 9 octubre 20001, *Recopilación de jurisprudencia*, 2001, p. I-7079. Sobre esta sentencia, *vide* Maubernard, C., «Le "droit fondamental à la dignité humaine" en droit communautaire: la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 14, núm. 54, 2003, pp. 483-513 y Spranger, T. M., «Case C-377/98, Kingdom of the Netherlands v. European Parliament and Council of the European Union, Judgment of the Full Court of 9 October 2001, [2001] ECR I-7079», *Common Market Law Review*, Vol. 39/5, 2002, pp. 1147-1158.



disposiciones adoptadas en la materia¹⁰⁵.

De este modo, las interpretaciones nacionales de los derechos fundamentales estarían igualmente protegidas y serían respetadas por el Derecho comunitario, aunque el TJ se reserva también la facultad de controlar la proporcionalidad de las medidas.

2.2. LA REGULACIÓN POSITIVA DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL

A pesar de los denodados esfuerzos de los tribunales constitucionales

¹⁰⁵ Asunto C-36/02, *Omega*, Sentencia del TJ de 14 octubre 2004, *op. cit.*, §37-38. Así, el TJ concluiría en su fallo que: «[e]l Derecho comunitario no se opone a que una actividad económica que consiste en la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas sea objeto de una medida nacional de prohibición adoptada por motivos de protección del orden público debido a que esta actividad menoscaba la dignidad humana».

nacionales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estas alambicadas soluciones no ofrecen siempre la certidumbre y seguridad jurídicas que persigue el justiciable y que llega un momento en que se hace necesario que las relaciones entre los distintos ordenamientos sea objeto de algún tipo de regulación por parte del poder constituyente. Sobre esta cuestión, la llamada Constitución europea o, mejor, el Tratado Constitucional, incluían una serie de clarificaciones de utilidad. Tras su fracaso, algunas de estas innovaciones fueron asumidas por el Tratado de Lisboa, cuya entrada en vigor, después de un largo desenlace se producirá en diciembre de 2009.

2.2.1. EL TRATADO CONSTITUCIONAL O LA LLAMADA CONSTITUCIÓN EUROPEA



En lo que respecta a las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el nacional, el Tratado Constitucional intentaba conciliar el enfoque comunitario y el nacional reconociendo, por una parte, la primacía del Derecho de la Unión (artículo I-6) pero, por otra, asumiendo una serie de limitaciones inspiradas en los «contralímites» que tras décadas de evolución jurisprudencial fueron estableciendo las jurisdicciones constitucionales nacionales (artículo I-5).

2.2.1.1. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL

El artículo I-6 del Tratado Constitucional europeo, que se titulaba «Derecho de la Unión», establecía:

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.

Ante la insistencia del gobierno británico, la Conferencia Intergubernamental que redactó el Tratado incluyó una declaración (la número 1) relativa a dicha disposición que decía: “La Conferencia hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal de Primera Instancia”.

Esta afirmación de la Declaración número 1, aporta casi más sombras que luces a la cuestión. El simple reenvío a la jurisprudencia de los tribunales comunitarios no permite comprender en qué consiste dicha jurisprudencia. Además, en la medida en que el artículo I-6 consagraría la



primacía de todo el Derecho de la Unión, añade necesariamente una dimensión a la primacía consagrada en la jurisprudencia que se ha limitado siempre el Derecho comunitario estrictamente hablando, sin que quede claro en qué medida esta cláusula afecta también a los pilares no comunitarios, que dejarían de existir con la entrada en vigor de la Constitución¹⁰⁶. En este sentido, a continuación, cabría plantearse dos cuestiones. En primer lugar, el significado de la codificación de la primacía del Derecho de la Unión y, en segundo, si esto implicó algún tipo

¹⁰⁶ En este sentido, *vide* Editorial, «The CFSP under the EU Constitutional Treaty - Issues of depillarization», *Common Market Law Review*, Vol. 42/2, 2005, pp. 325-329, Kuijper, P. J., «The evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European constitution: Institutional aspects», *Common Market Law Review*, Vol. 41/2, 2004, pp. 609-626, Su, H., «Can Constitution-Building Advance European Integration? A Three-Pillared Institutional Analysis», *Journal of European Integration*, Vol. 26/4, 2004, pp. 353-378.

de avance o innovación respecto de la situación preexistente¹⁰⁷.

2.2.1.1.1. LAS IMPLICACIONES DE LA CODIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA

Un principio fundamental de Derecho internacional dice que «en las relaciones entre potencias que son partes contratantes de un Tratado, las previsiones del Derecho interno no pueden prevalecer sobre aquellas establecidas en el Tratado»¹⁰⁸. Sin

¹⁰⁷ Defendiendo que la codificación de este principio supuso un cambio cualitativo en la concepción de la primacía del Derecho de la Unión, que lo dotaría una supremacía incontestable, *vide* Öhlinger, T., «Die Ratifikation des Verfassungsvertrages in Österreich – Anmerkungen zum konstitutionellen Gehalt des Verfassungsvertrages», Hummer, W., Obwexer, W., (Hrsg.), *Der Vertrag über eine Verfassung für Europa*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 343-358.

¹⁰⁸ Caso *Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly-Sur-Seine on November 27th, 1919 (The Greco-Bulgarian "Communities")*, Opinión Consultiva núm. 17 de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 31 julio 1930, *Publications of the Permanent Court of International Justice, Collection of*



embargo, no parece que la intención de la Convención fuera codificar este principio general del Derecho internacional. Más bien, la Convención que redactó el Tratado Constitucional habría querido codificar la primacía interna que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea formuló por primera vez en su famosa sentencia del caso *Costa vs. E.N.E.L.*¹⁰⁹. Así, el Derecho originario prevalecería sobre el Derecho interno de los Estados no solamente en las relaciones internacionales entre los Estados (que no sería más que la consecuencia del principio *pacta sunt servanda*) sino igualmente y sobre todo en las relaciones internas en el caso de los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados miembros, ya se trata de las relaciones entre el

Estado en cuestión y los particulares (nacionales o extranjeros) o también en las relaciones horizontales entre particulares. La regla de la primacía del Derecho comunitario estaría dirigida, en primer lugar, a los órganos legislativos y ejecutivos de los Estados miembros, pero hay que recordar que esta doctrina se fraguó principalmente en el caso de la definición del papel del juez interno. Igualmente, apenas existen dudas de que el artículo I-6, aunque no se refiera expresamente a los tribunales nacionales, se dirige sobre todo a ellos¹¹⁰.

Así, este mandato dirigido a los jueces nacionales consistiría en la obligación de inaplicar toda norma interna

Advisory Opinions, Series B - No. 17, 1930, p. 32 (3-46).

¹⁰⁹ Asunto 6/64, *Costa vs. E.N.E.L.*, Sentencia del TJ de 15 julio 1964, *op. cit.*

¹¹⁰ En este sentido, *vide* De Witte, B., «Article I-6 - Le droit de l'Union», Burgorgue-Larsen, L., Levade, A., Picod, F. (coords.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007, Vol. 1, pp. 107-116, especialmente, p. 111.



incompatible con una norma comunitaria que tenga vocación a aplicarse en un caso concreto sometido al juez. La formulación clásica de esta regla aparece en el caso *Simmenthal*, en el que el TJ dispuso que «el juez nacional encargado de aplicar (...) las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas» aunque para ello tenga que inaplicar «cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores»¹¹¹. Pero, tal y como dispone la misma sentencia, esta obligación estaría limitada a los casos en los que el juez nacional esté «encargado de aplicar» el Derecho comunitario. De ello se deduce la necesidad de que la norma comunitaria sea aplicable por parte

del juez nacional para poder descartar el Derecho interno que le sea contrario.

En todo caso, el aspecto más controvertido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades es que, según este órgano, el Derecho comunitario prevalece sobre cualquier norma de Derecho interno, sea cual sea su naturaleza o su posición en la jerarquía normativa nacional. Lo cual quiere decir que, desde esta perspectiva, la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional se aplicaría también al caso de las disposiciones internas de carácter constitucional¹¹². En este sentido, la Corte Permanente de Justicia Internacional ya dijo hace mucho que «un Estado no puede

¹¹¹ Asunto 106/77, *Simmenthal*, Sentencia del TJ de 9 marzo 1978, *op. cit.*, §24. Sobre este caso, *vide supra*.

¹¹² *Vide* el asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Sentencia del TJ de 17 diciembre 1970, *op. cit.*, §3.



esgrimir su Constitución en perjuicio de otro con la intención de eludir las obligaciones que le corresponden en virtud del Derecho internacional»¹¹³. Así, en el caso de la Unión Europea, la obligación de otorgar la primacía al Derecho comunitario frente al Derecho nacional solamente tendría dos excepciones tasadas. La primera acaecería en aquellos casos en los que la norma comunitaria fuera incompatible con un Tratado internacional concluido por el Estado miembro en cuestión antes de su adhesión a la Unión Europea, situación en la que, por lo demás, el gobierno nacional tendría la obligación de intentar eliminar esta

obligación preexistente¹¹⁴. La segunda excepción tendría lugar en el caso de que la norma comunitaria sea, en sí misma, contraria a una norma de Derecho internacional que vincule a la Comunidad Europea y que tenga efecto directo¹¹⁵.

2.2.1.1.2. LOS EFECTOS DE LA CODIFICACIÓN DE LA PRIMACÍA EN LOS PILARES INTERGUBERNAMENTALES

El artículo I-6 del Tratado Constitucional no reflejaba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia más que en lo referido al Derecho comunitario estrictamente

¹¹³ Caso *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Opinión Consultiva núm. 23 de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 4 febrero 1932, *Publications of the Permanent Court of International Justice, Collection of Advisory Opinions*, Series B - No. 44, 1933, p. 24 (1-63).

¹¹⁴ Esta norma, establecida por el artículo 307 del Tratado de la Comunidad Europea fue retomada por el artículo III-435 del Tratado Constitucional. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, su contenido será efectivo ex artículo 351 del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que retoma la redacción de su homólogo en el Tratado Constitucional.

¹¹⁵ Sobre esta cuestión en particular y sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho internacional se profundizará *supra*.



hablando, es decir, el propio del primer pilar. Sin embargo, el artículo se refería al Derecho de la Unión Europea que, tras la entrada en vigor del Tratado Constitucional, hubiera incorporado el Derecho comunitario propiamente dicho, pero también el Derecho propio de los pilares intergubernamentales, es decir, las normas del Tratado de la Unión Europea y los actos de Derecho derivado relativos al segundo y tercer pilar de la Unión. Dado que la distinción entre Derecho de la Comunidad y Derecho de la Unión (ambos entendidos en sentido estricto) hubiera desaparecido con la entrada en vigor del Tratado Constitucional, que fusionaba y refundía los tratados existentes en uno sólo, parece claro que el artículo I-6 se refería a la totalidad del

Derecho fusionado¹¹⁶. Esto iba más allá de la jurisprudencia del TJ dado que aquella no había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la primacía interna del derecho de la Unión Europea no comunitario, y algunos niegan incluso que la doctrina de la primacía pueda aplicarse al Derecho propio de los pilares intergubernamentales que, por su forma de elaboración, quedaría más cerca del Derecho internacional clásico¹¹⁷. Ahora bien, en términos

¹¹⁶ Vide De Witte, B., «Article I-6 - Le droit de l'Union», *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁷ Más que de primacía, en el ámbito del tercer pilar se contempla la posibilidad de un cierto «efecto indirecto». En este sentido, vide Fletcher, M., «Extending "indirect effect" to the third pillar: the significance of Pupino?», *European Law Review*, Vol. 30/6, 2005, pp. 862-877, Sarmiento, D., «Un paso más en la constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea. La Sentencia *María Pupino* y el efecto directo de las Decisiones marco», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 10, 2005, pp. 1-32. No obstante, hay quien cree que el TJ está preparado para extender todos los principios del primer pilar, incluyendo la primacía, al resto del Derecho de la Unión, Peers, S., «Salvation outside the Church: Judicial protection in the third Pillar after the Pupino and Segi judgments», *Common Market*



generales se admite que el Derecho internacional deja a los ordenamientos jurídicos nacionales libertad para reconocer o no el efecto directo interno a las normas convencionales y la consiguiente primacía, al margen de la posible responsabilidad internacional en la que pueda incurrir el Estado¹¹⁸. Sobre esta cuestión, cabría recordar que cuando el TJ estableció su doctrina de la primacía, en caso *Costa vs. E.N.E.L.*, hizo especial hincapié en el carácter particular del Tratado de la Comunidad Económica Europea en relación con cualquier otro tratado internacional. Si el carácter supranacional de este Tratado fue una razón importante para imponerles a

los jueces nacionales el deber de reconocer su primacía en sus respectivos ordenamientos internos, podría, como poco, dudarse de que el TJ llegase a la misma conclusión en el caso del Tratado de la Unión Europea y el Derecho derivado del segundo y tercer pilar.

Sin embargo, podría igualmente argumentarse que el factor decisivo en la creación del principio de primacía fue el propio procedimiento de la cuestión prejudicial. Así, en tanto que el Tribunal de Justicia se incardinaria en el seno de un procedimiento jurisdiccional interno, es lógico que ello le avoque a formular una obligación precisa para el juez nacional. En esta lógica, si el TJ tuviera que pronunciarse sobre en el transcurso de una cuestión prejudicial sobre qué hacer con la disposición nacional incompatible con una norma

Law Review, Vol. 44/4, 2007, pp. 883-929, especialmente, pp. 926-928. Sobre la forma de adoptar decisiones y su evolución en el marco del tercer pilar, *vide* Kuijper, P. J., «The evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European constitution: Institutional aspects», *op. cit.*, pp. 609-626, especialmente, pp. 610-613.

¹¹⁸ Sobre esta cuestión se volverá *infra*.



de Derecho de la Unión Europea (en sentido estricto), casi con toda seguridad proclamaría la primacía de la norma propia de los pilares intergubernamentales. Podría, por ello, concluirse que la primacía del conjunto del Derecho de la Unión Europea está presente, al menos en su esencia, en la jurisprudencia existente y que el TJ no ha tenido ocasión de precisarlo de forma explícita debido a las especialidades propias del segundo y tercer pilar¹¹⁹. Si éste fuera el caso, el artículo I-6 del difunto Tratado Constitucional habría reflejado la jurisprudencia latente del TJ y la Declaración sería, de este modo, compatible con el texto de la mencionada disposición. No obstante, si bien, esta situación puede ser más que probable en el ámbito del tercer pilar, en el caso del segundo pilar

(Política Exterior y de Seguridad Común), sus normas no se prestarían en principio a ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales y, por ello, beneficiarse de la primacía¹²⁰.

2.2.1.2. LAS LIMITACIONES DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA

En los sistemas federales, la primacía del derecho federal queda garantizada por el hecho de que su aplicación queda controlada en su mayor medida por los tribunales federales. En el caso de la Unión Europea esto no es así y para que la primacía sea, efectivamente, una

¹¹⁹ De esta opinión es De Witte, B., «Article I-6 - Le droit de l'Union», *op. cit.*, p. 113.

¹²⁰ Como se verá más adelante, en el caso del segundo pilar, lo que sí ha establecido el TJ es que es competente para controlar el *ultra vires* de los actos propios de ese pilar. Así, *vide* el asunto C-355/04 P, *Segi y otros vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 27 febrero 2007, *Recueil de jurisprudence*, 2007, p. I-1657 y el asunto C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía y otros vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 27 febrero 2007, *Recueil de jurisprudence*, 2007, p. I-1579, especialmente el §54 de ambas sentencias.



realidad es necesario que sea admitida y aceptada por los tribunales nacionales, que tienen la responsabilidad de aplicar el Derecho comunitario en el ámbito interno. En este sentido, a modo de limitaciones autoimpuestas, el Tratado Constitucional incluyó un artículo, el I-5, cuyo primer párrafo establecía:

La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional».

En esta disposición, calificada de «declamatoria» por algunos y que tendría como misión principal evitar

una deriva «estaticida» de la dinámica ulterior de las instituciones de la Unión, cabría identificar tres dimensiones: la igualdad de los Estados miembros, el respeto a su identidad estructural fundamental y el respeto de sus funciones esenciales¹²¹.

En cuanto a la primera idea, la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, este principio fue introducido a petición de Portugal, apoyada por todos los países de tamaño medio y pequeño. Este principio tendría más de declaración o compromiso político que una verdadera vocación de desplegar efectos jurídicos inmediatos, al menos en sentido

¹²¹ Vide Blanquet, M., «Article I-5 - Relations entre l'Union et les Etats membres», Burgorgue-Larsen, L., Levade, A., Picod, F. (coords.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007, Vol. 1, pp. 96-106, especialmente, pp. 102-105.



estricto. Sabida es la diferencia entre los Estados a la hora de integrar las distintas instituciones que siempre ha habido y que no hubiera cambiado con el Tratado Constitucional (no elige el mismo número de europarlamentarios Malta que Alemania). Ciertamente, según el Tratado Constitucional, habría igualdad entre los Estados miembros en los procedimientos de decisión, al menos en dos casos, en casos de exigencia de unanimidad o cuando una iniciativa quedaba abierta a la adhesión de todo Estado miembro. Ahora bien, el Tratado Constitucional aumentaba considerablemente el número de situaciones en las que el Consejo, por ejemplo, votaba por mayoría absoluta respecto de la situación anterior en Niza¹²².

Por su parte, la antigua exigencia del respeto de la identidad nacional de los Estados miembros quedaba en el Tratado Constitucional doblemente precisada y parecería que habría que deducir una concepción estructural. Es decir, se trataba, ante todo, de la identidad «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales» de los Estados miembros. Muchos miembros de la Convención que redactó el Tratado Constitucional querían, además, que el respeto de las identidades regionales y locales quedara a la misma altura que el de las identidades nacionales. De ahí, el añadido de esta disposición relativo al ámbito local, que no sería, sin embargo, la consagración de un tipo específico de identidad local o su protección al margen de la estructura estatal en la que estuvieren

¹²² *Ibidem*, p. 103.



incardinadas, dado que el texto hace de la autonomía local y regional una simple dimensión que se limita a señalar, dado que la protección de las «estructuras fundamentales» se refieren a la identidad nacional¹²³.

Finalmente, el respeto a «las funciones esenciales del Estado» es una cláusula más clásica. Así, el artículo I-5 se incardinaría en el ámbito de las derogaciones tradicionalmente inscritas en los tratados sobre los que está fundada la Unión (orden público, seguridad pública...). De todas formas, cabría señalar dos características. Por una parte, las funciones esenciales de las que se habla en el precepto (integridad territorial, mantenimiento

del orden público y salvaguardia de la seguridad nacional) hacen referencia a una concepción soberanista, liberal y mínima del Estado. Por otra parte, sin embargo, el artículo I-5 no era exhaustivo, al disponer “(...) especialmente las que tengan por objetivo (...)”. Esto permitiría ir identificando lo esencial de las funciones estatales con un margen de apreciación amplio y abierto a la evolución de las concepciones, pudiendo conducir a reconocer nuevas «funciones esenciales», tal y como hizo el TJ. Así, por ejemplo, el Tribunal de Luxemburgo en el caso *Cali* identificó un objetivo de interés general entre las funciones esenciales del Estado en materia de protección del medio ambiente. Así, concretamente el Alto Tribunal dispuso:

¹²³ Vide el documento Convención Europea, *Informe Final del Grupo de Trabajo V*, «Competencias Complementarias», de la Convención Europea que redactó el Tratado Constitucional, CONV 375/1/02 REV 1, de 4 noviembre 2002.



[L]a vigilancia anticontaminación que (...) [las autoridades nacionales] deben llevar a cabo en el puerto petrolero de Génova constituye una misión de interés general que forma parte de las funciones esenciales del Estado en materia de protección del medio ambiente en el dominio marítimo. (Asunto C-343/95, p. I-01547, §22. 1997)

2.2.1.3. LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL TRATADO CONSTITUCIONAL POR PARTE DE LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES

Como se ha visto *supra*, el texto de artículo I-6 se refiere al Derecho interno sin distinguir entre la constitución y otras fuentes de Derecho internas. La Declaración número 1 reforzaría esta interpretación dado que el TJ ha

afirmado constantemente que la primacía se aplica igualmente en relación con las constituciones nacionales. De esta forma, se podría pensar que la ratificación del artículo I-6 hubiera implicado, una aceptación absoluta de la posición del TJ por parte de los Estados miembros y la obligación de eliminar las disposiciones constitucionales que pudieran ser contrarias a este principio.

Sin embargo, este no fue el caso del Tribunal constitucional español ni del Consejo constitucional francés cuando analizaron el principio de primacía establecido en el artículo I-6 en el marco del control previo de constitucionalidad del Tratado Constitucional. Las dos instancias jurisdiccionales coincidieron en que la ratificación del artículo I-6 no necesitaba de la reforma previa de sus



respectivas constituciones, en la medida en la que no modificaba la naturaleza de las relaciones entre el Derecho europeo y el Derecho constitucional nacional. Tanto en Madrid como en París estimaron que la primacía del artículo I-6 no comprometía la supremacía última de la Constitución nacional (término usado por el TC español) sobre cualquier otra fuente del Derecho en el ordenamiento interno. De este modo, para denegar al Derecho de la Unión Europea la cúspide de la pirámide normativa interna, a pesar de la tajante formulación del artículo I-6, tanto el Tribunal Constitucional español como el Consejo constitucional esgrimieron el artículo I-5, parágrafo 1, que, como se ha visto *supra*, obligaba a la Unión a respetar la igualdad de los Estados, su

identidad nacional así como sus funciones esenciales¹²⁴.

Así, por un lado, el Consejo Constitucional francés, estableció con el laconismo habitual que destila en sus sentencias:

[Q]ue en virtud del artículo I-5, la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros "inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos"; que según lo dispuesto por el artículo I-6: "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" ; que se desprende de una declaración anexada al Tratado que este artículo no

¹²⁴ En este sentido, *vide* López Castillo, A., «La Unión Europea en "constitución" y la Constitución estatal en (espera) de reformas: A propósito de la DTC1/2004 de 13 de diciembre», López Castillo, A., Sáiz Arnáiz, A. y Ferreres Comella, V., *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, *op. cit.*, pp. 13-49, especialmente, pp. 26-39.



confiere al principio de primacía un alcance distinto del que tenía anteriormente¹²⁵.

Por su parte, mucho más elocuentemente, el Tribunal Constitucional español dispuso que para interpretar correctamente la primacía establecida en el Tratado Constitucional, «es al respecto suficientemente explícito el art. I-5.1», que junto con el I-2, la Carta de Derecho Fundamentales, el II-113 y otros preceptos:

¹²⁵ Decisión del Consejo Constitucional francés 2004-505 DC, de 19 noviembre 2004, caso *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française*, de 24 noviembre 2004, p. 19885, §§9-13, especialmente, §12. Sobre esta cuestión, *vide* Chamussy, D., «Le Conseil constitutionnel face à la primauté du droit communautaire. Cons. const. 19 novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe», *Actualité Juridique - Droit Administratif*, Vol. 61/4, 2005, pp. 219-222, Genevois, B., «Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire», *Revue Française de Droit Administratif*, Vol. 2005/2, 2005, pp. 239-241 y Bruce, E., «La primauté du droit communautaire. Retour sur la portée de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel», *Les Petites Affiches*, núm. 192, 2005, pp. 3-10.

[V]ienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal, garantía cuya ausencia o cuya falta de una proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, en lo que ha dado en llamarse en la doctrina el diálogo entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En otros términos, los límites a que se referían las reservas de dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el propio Tratado sometido a nuestra consideración, que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros.



Así pues la primacía que se proclama en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa opera respecto de un Ordenamiento que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales.

Sobre la base de esas garantías debe destacarse además que la primacía que para el Tratado y su Derecho derivado se establece en el cuestionado art. I-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión»¹²⁶.

Así, ambas instancias constitucionales vieron en esta disposición el reconocimiento, por parte del propio Tratado Constitucional, de una limitación a la primacía allí donde las

constituciones nacionales, o al menos sus «estructuras fundamentales», resultaran afectadas por la aplicación de una norma europea. Esta interpretación combinada de los artículos I-5 y I-6 del Tratado Constitucional permitió a las dos instancias jurisdiccionales nacionales concluir, cada una a su manera, que el artículo I-6 era plenamente compatible con el ordenamiento constitucional existente¹²⁷. Esta conclusión pudo resultar hábil, pero también excesivamente cómoda por parte de ambos órganos de control de

¹²⁶ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 diciembre 2004, *op. cit.* FJ 3.

¹²⁷ En la DTC 1/2004 contó con contundentes votos particulares que no comulgaban con la apreciación de la mayoría sobre el entendimiento del artículo I-6 del Tratado Constitucional. Así, vide el Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio, el Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel y el Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas a la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 diciembre 2004, *op. cit.* Como se sabe, el Consejo Constitucional francés emite todas sus sentencias (*arrêts*) por unanimidad, sin admitir la posibilidad de los votos particulares.



constitucionalidad, dado que evitaba una reforma constitucional, posibilidad que en el caso español siempre está rodeada de polémica, dado que no es en absoluto seguro que el TJ hubiera aceptado por su parte, que el párrafo 1 del artículo I-5 añadiera un límite intrínseco al principio de primacía. Es más probable que hubiera aceptado anular por sí misma una disposición normativa europea alegando precisamente que no respetaba las estructuras constitucionales fundamentales de los Estados, pero sin que ello supusiera permitir al juez nacional activar una reserva de constitucionalidad en este sentido basada en el propio artículo I-5 del Tratado Constitucional¹²⁸.

2.2.2. EL TRATADO DE LISBOA

¹²⁸ También en este sentido se pronuncia De Witte, B., «Article I-6 - Le droit de l'Union», *op. cit.*, p. 116.

El Tratado de Lisboa, a diferencia del Tratado Constitucional, suprime la cláusula explícita de primacía del Derecho de la Unión. En su lugar, incluye una Declaración (la número 17) «relativa a la primacía». Según esta Declaración:

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 Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 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”.

La pregunta obvia que cabe plantearse es la de si esta diferencia entre el Tratado Constitucional y el de Lisboa es significativa, es decir, si cambia los efectos del principio de primacía tal y como se han analizado *supra*. En primer lugar, cabría apuntar que la cláusula de primacía habría

hecho explícita la jurisprudencia previa sin alterarla de manera significativa. Es decir, el Derecho nacional de los Estados miembros contrario cedería ante el Derecho de la Unión directamente aplicable. En sustancia, esto hubiera supuesto una continuación con la situación actual. No se habrían eliminado la reservas de los tribunales constitucionales de algunos Estados miembros que se declaran competentes para garantizar en última instancia un cierto estándar de protección de los derechos fundamentales o la protección de ciertas estructuras constitucionales nacionales. Se podría haber argumentado que la primacía se reconocía tan solo bajo la condición de que la Unión ejerciera las competencias que expresamente se le habían atribuido, lo que podía ser controlado por los tribunales



nacionales¹²⁹. En segundo lugar, hay que resaltar que en el Tratado Constitucional, como se ha visto *supra*, podría haberse defendido la primacía sobre lo que dejaba de ser el Derecho del llamado «tercer pilar» sino también en relación a las decisiones marco propias de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) incluyendo los tratados internacionales acordados en el marco de la PESC¹³⁰. Esta posibilidad se revela complicada al amparo del Tratado de Lisboa que explicita que la PESC «se regirá por reglas y procedimientos

específicos»¹³¹. En este sentido, el Tratado de Lisboa, a diferencia del Tratado Constitucional, preservaría el carácter intergubernamental de la PESC. De este modo, a pesar de algunas diferencias, especialmente relativas a los pilares intergubernamentales ya vistas *supra*, el Tratado Constitucional no habría cambiado en sustancia la regla de la primacía¹³².

Así pues, si se acepta que el Tratado Constitucional no habría cambiado la concepción del principio de primacía y apenas habría afectado a su extensión, se hace difícil argumentar que el Tratado de Lisboa sí lo habría hecho, dado su silencio en este aspecto¹³³.

¹²⁹ Vide Griller, S., «Is this a Constitution? Remarks on a Contested Concept», Griller, S., Ziller, J. (eds.), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism Without a Constitutional Treaty?*, Springer, Wien, 2008, pp. 21-56, especialmente, pp. 47-48.

¹³⁰ Vide De Witte, B., «Article I-6 - Le droit de l'Union», *op. cit.*, p. 112-114 y Dougan, M., «The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts», *Common Market Law Review*, Vol. 45/3, 2008, pp. 617-703, especialmente, 621-626.

¹³¹ Vide el artículo 24.1,1 TUE-L.

¹³² Griller, S., «Is this a Constitution? Remarks on a Contested Concept», *op. cit.*, pp. 48-49.

¹³³ Ziller, J., *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna, 2007, especialmente, p. 139.



Igualmente, hay que tener en cuenta que se mantiene el contenido del artículo I-5 del Tratado Constitucional en el nuevo artículo 4 del TUE en su redacción dada por el Tratado de Lisboa (TUE-L), relativo a la preservación de la identidad nacional, las estructuras constitucionales fundamentales y las funciones esenciales del Estado¹³⁴. Además, a este artículo que explicitaría los límites autoimpuestos por la nueva Unión que surja de la eventual entrada en vigor de Lisboa, habría que señalar la adición de un párrafo según el cual «toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros». Este añadido podría parecer superfluo, dado que el

¹³⁴ Así, el artículo 4 del Tratado de la Unión tras la reforma de Lisboa (TUE-L) iría más allá que el TUE modificado tras Niza, donde, sobre esta cuestión, tan sólo es posible hallar el artículo 6.3 que simplemente apunta: «La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros».

nuevo artículo 5 TUE-L incluirá el texto del antiguo artículo I-11 del Tratado Constitucional, relativo a los principios fundamentales conforme a los cuales la Unión Europea ejercerá sus competencias, pero, sin duda, contribuya a reforzar, al menos desde el punto de vista de los gestos, las limitaciones o concesiones que la Unión se ha impuesto¹³⁵.

En conclusión, las soluciones que se han desarrollado, tanto las que se han incorporado en los Tratados como las que han dispuesto las jurisdicciones constitucionales nacionales, no ponen en cuestión los elementos esenciales de ninguno de los ordenamientos en liza, sino que constituyen arreglos y acuerdos pragmáticos (unos

¹³⁵ Para un análisis de estos principios, *vide* Gautron, J. C., «Article I-11 - Principes fondamentaux», Burgogues-Larsen, L., Levade, A., Picod, F. (coords.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article, op. cit.*, pp. 181-190.



explícitos, otros implícitos) a fin de hacer posible el avance en la integración. Estos acuerdos traducirían una aceptación por parte de los máximos guardianes de los respectivos ordenamientos de la existencia del otro, o mejor de su derecho a existir, pero también de la existencia de instrumentos de presión para contener todo deseo de invasión¹³⁶. De esta forma, desde el

¹³⁶ Sobre esta cuestión, se ha desarrollado todo un debate doctrinal, que al final, enfrentaría a aquellos que parten del enfoque propio del llamado «pluralismo jurídico» y los que abogan por una visión llamada «constitucionalista», o más jerárquica, del ordenamiento jurídico en su conjunto. Sobre esta cuestión se profundizará en la última parte de este trabajo. No obstante para una ilustración donde se presentan los términos del debate con abundantes referencias, cabría citar el trabajo de Poiaras Maduro, M., «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», Walker, N. (ed.), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart, 2003 (reimpresión 2006), pp. 501-537, traducido al castellano como Poiaras Maduro, M., «Las formas del poder constitucional de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 11-55, donde desde una perspectiva casi más politológica o propia de la filosofía del Derecho, propone cuatro principios para articular la convivencia dirigidos a las instancias judiciales respectivas, que además serían aplicables más allá

lado comunitario, el cuestionamiento de la primacía, incluso aunque se funde en la Constitución nacional, por parte de un juez nacional, además del coste político que comportaría, activaría un proceso por incumplimiento con las eventuales sanciones económicas. Por su parte, desde el lado nacional, todo ataque a la Constitución podría provocar un cuestionamiento de la primacía del Derecho comunitario y, por la misma razón, de la unidad del mercado común. No obstante, a pesar de esta sensación de que se reeditan los principios de una suerte de Guerra Fría entre instancias judiciales, en la que si una pulsa el botón de ataque la otra responderá con la misma

de la mera relación Derecho constitucional nacional y Derecho comunitario: el «pluralismo» (como elemento que hay que conservar y tener presente en cualquier análisis), «coherencia vertical y horizontal y consistencia», «universalidad» (es decir, la búsqueda de soluciones universalizables) y la «preferencia institucional».



contundencia, quedando asegurada la destrucción mutua, lo cierto es que unos y otros han conseguido sortear con bastante tino, elegancia y astucia los problemas que se han ido planteando, garantizando una convivencia relativamente pacífica, buscando soluciones pragmáticas a los problemas puntuales y demostrando, la mayoría de las veces, estar más a la altura de las necesidades del proyecto europeo que las autoridades políticas, más vulnerables a los cálculos cortoplacistas¹³⁷.

¹³⁷ Para una visión más detallada de los principios que han hecho posible esta «convivencia», *vide* Kumm, M., «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *op. cit.*, pp. 262-307 y, más recientemente, Pérez Tremps, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *op. cit.*, pp. 19-48, especialmente, pp. 26-40.

EL CAMBIO DE CICLO: LA CIUDADANÍA DE LA UE COMO NUEVA FUENTE DE DERECHOS Y DE CONFLICTOS

3.1. LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿COMPLEMENTO CON SUSTANTIVIDAD PROPIA?

La ciudadanía de la Unión fue introducida en el Tratado de Maastricht como un complemento a la nacionalidad de la que disfrutaban los súbditos de los Estados miembros sin pretender nunca sustituir a ésta, según el artículo 20 TFUE (ex artículo 17 TCE). El texto del Tratado codifica las reticencias de algunos Estados a que esta ciudadanía pudiese sustituir a la propia que conceden los Estados, asunto que fue discutido al más alto nivel, estableciéndose que «la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se



resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate»¹³⁸. Esto no significa, sin embargo, que la ciudadanía de la UE carezca de influencia en el ámbito nacional, es más, tal y como el TJ ha dejado sentado en diversas decisiones (*Micheletti*, *Mesbah*, *Kaur* o *Zhu y Chen*) los Estados miembros, en el ejercicio de su competencia en materia de nacionalidad, deben respetar el Derecho de la Unión¹³⁹. Así, a propósito de una decisión de retirada de la nacionalidad, el TJ estimó que dado que la retirada de la nacionalidad podía desembocar en la pérdida de la ciudadanía europea, esta decisión había de ser conforme

con el Derecho de la UE. En concreto, el Alto Tribunal estableció que «los Estados miembros son competentes para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, pero (...) cuando se trata de ciudadanos de la Unión, el ejercicio de esta competencia, en la medida en que afecte a los derechos conferidos y protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, como ocurre en particular en el caso de una decisión revocatoria de la naturalización como la del asunto principal, puede ser sometido a un control jurisdiccional realizado en función del Derecho de la Unión», en el que se compruebe si se ha respetado el principio de proporcionalidad. (Asunto C-135/08, 2010, p. I-1449, §48 y §55)

Aunque la ciudadanía europea aparece configurada como una suerte

¹³⁸ Vide la Declaración 2 anexa al Tratado de la Unión Europea (Maastricht), DO C 191 de 29 julio 1992.

¹³⁹ Asunto C-369/90, *Micheletti*, STJ 7 julio 1992, *Rec.* 1992, p. I-4239, §10; asunto C-179/98, *Mesbah*, STJ 11 noviembre 1999, *Rec.* 1999, p. I-7955, §29; asunto C-192/99, *Kaur*, STJ 20 febrero 2001, *Rec.* 2001, p. I-1237, §19; asunto C-200/02, *Zhu y Chen*, STJ 19 octubre 2004, *Rec.* 2004, I-9925, §37.



de complemento a la nacionalidad de los Estados miembros, siendo su esencia la prohibición de discriminación por esa razón entre nacionales de Estados miembros (artículo 18 TFUE), no es menos cierto que en algunos Estados federales la nacionalidad se construyó sobre la base de la ciudadanía de los Estados federados junto con la prohibición de discriminación (así sucedió en Suiza y en EE UU)¹⁴⁰. Igualmente, la ciudadanía de la UE se encuentra en un estadio embrionario y en fase de construcción por parte del TJ, quien ha afirmado rotundamente el carácter «fundamental» de ésta en el caso *Grzelczyk* cuando estableció que «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los

nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»¹⁴¹.

La ciudadanía de la Unión aparece específicamente regulada en los artículos 18-25 del TFUE donde se recoge la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad contenida en el artículo

¹⁴⁰ Así lo recuerda Jacqué, J. P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7ª ed., Dalloz, Paris, 2012, p. 134.

¹⁴¹ Asunto C-184/99, *Grzelczyk*, STJ 20 septiembre 2001, *Rec.* 2001, p. I-6193. Sobre este caso, *vide* Iliopoulou, A.; Toner, H., «Case C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre Public d'Aide Sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Judgment of the Full Court of 20 September 2001, [2001] ECR I-6193», *Common Market Law Review*, Vol. 39/3, 2002, pp. 609-620; David, F., «La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des Etats membres, note sous CJCE, Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve (affaire C-184/99)», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 3, 2003, pp. 561-578.



18 TFUE así como los derechos incluidos en el artículo 20.2 TFUE: libre circulación (desarrollado en el 21 TFUE); sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y al Parlamento Europeo; protección diplomática; derecho de petición al Parlamento, Defensor del Pueblo y otros órganos consultivos. Esta lista no es exhaustiva, dado que obvia otro contenido muy importante, como son los derechos fundamentales y las libertades públicas (codificados hoy en la Carta), el derecho de acceso a documentos (artículo 15 TFUE) o incluso el derecho de acceso al Tribunal de Justicia. El carácter constitucional de la ciudadanía de la UE puede verse, en la posible ampliación de este estatuto por parte del Consejo, quien por unanimidad (a propuesta de la Comisión y tras la consulta del Parlamento) y tras la

ratificación de los Estados miembros, podría, cosa que aún no ha hecho, «adoptar disposiciones encaminadas a completar los derechos enumerados en el apartado 2 del artículo 20» (artículo 25 TFUE)¹⁴².

3.2. LA CIUDADANÍA DE LA UE FRENTE AL DERECHO NACIONAL

De los derechos enumerados en el artículo 20.2 TFUE, quizá el que ha sido más profundamente analizado por el TJ ha sido el de la libertad de «circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», derecho que es desarrollado en el artículo 21. La libre circulación fue inicialmente reconocida a los trabajadores, si bien fue extendida a

¹⁴² Para una visión de conjunto, *vide* Kadelbach, S., «Union Citizenship», Von Bogdandy, A. & Bast, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2nd ed., Hart, Oxford, 2010, pp. 443-478.



los no activos a través de unas directivas de 1990. El artículo 21 parecería pues consagrar una situación existente, más que establecer una base para futuros desarrollos. El TJ ha recordado que si bien el ejercicio de este derecho ha de ajustarse a las condiciones y límites establecidos en el Tratado (artículo 21.1 TFUE), en todo caso «la aplicación de dichas limitaciones y condiciones debe realizarse respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario y de conformidad con los principios generales de éste, en particular, el principio de proporcionalidad. Ello significa que las medidas nacionales adoptadas a este respecto deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar la finalidad perseguida»¹⁴³. En el caso

Martínez Sala, el Tribunal entró de lleno en el análisis del efecto directo de las disposiciones del tratado relativas a la no discriminación por razón de la nacionalidad (entre ciudadanos comunitarios) cuando estableció que «un ciudadano de la Unión Europea que (...) reside legalmente en el territorio del Estado miembro de acogida puede invocar el artículo 6 del Tratado en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario»¹⁴⁴. La

¹⁴³ Asunto C-413/99, *Baumbast*, STJ 17 septiembre 2002, *Rec.* 2002, p. I-7091. Menéndez, A. J., «La ciudadanía europea tras Martínez Sala y

Baumbast: ¿La consecución de un derecho europeo más humano pero menos social?», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, pp. 289-336; Shaw, J., «A View of the Citizenship Classics: Martínez Sala and Subsequent Cases on Citizenship of the Union», Maduro, M. P.; Azoulai, L., *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, Oxford, 2010, pp. 356-36.

¹⁴⁴ Asunto C-85/96, *Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, STJ 12 mayo 1998, *Rec.* 1998, p. I-2691. Menéndez, A. J., «La ciudadanía europea tras Martínez Sala y Baumbast: ¿La consecución de un derecho europeo más humano pero menos social?», *op. cit.*; Shaw, J., «A View of the Citizenship Classics: Martínez Sala and



libertad de circulación es, así, un derecho para todo ciudadano y sólo es posible establecer limitaciones proporcionadas y justificadas según los objetivos de los Tratados.

En cuanto al derecho de residencia, tradicionalmente ha beneficiado a los ciudadanos que ejercían la libertad de circulación. Ahora bien, en el caso *Ruiz Zambrano*, el TJ admitió que las garantías de este derecho podían ser invocadas en ciertos casos por ciudadanos que no hubiesen abandonado el Estado de origen. Se trataba del derecho de residencia de un nacional de un tercer Estado, padre de un niño nacional de un Estado miembro. En este caso, el TJ estimó que la expulsión del padre tendría como consecuencia la privación al niño de sus derechos

básicos ligados a su estatus de ciudadano comunitario. Es decir, según el Tribunal «el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión (...). Pues bien, la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto»¹⁴⁵. El

¹⁴⁵ Asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano*, STJ 8 marzo 2011, *Rec.* 2011, p. I-1177, §42-43. Hailbronner, K.; Thym, D., «Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011», *Common Market Law Review*, Vol. 48/4, 2011, pp. 1253-1270; Van Eijken, H.; De Vries, S.A., «A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after

Subsequent Cases on Citizenship of the Union», *op. cit.*



Tribunal, no obstante, pareció limitar esta jurisprudencia en el caso *McCarthy*, en el que rechazó aplicar esa solución al caso de un matrimonio integrado por una ciudadana de la Unión y un nacional de un tercer Estado porque la mujer no estaba obligada a abandonar el territorio de la UE, obviando el trauma que supondría la separación del marido¹⁴⁶. En el caso *Dereci*, el TJ clarificaría finalmente su jurisprudencia precisando que «[e]l Derecho de la Unión, y en particular

sus disposiciones sobre la ciudadanía de la Unión, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en su territorio, cuando ese nacional pretende residir con un miembro de su familia, el cual es ciudadano de la Unión, reside en el referido Estado miembro –cuya nacionalidad posee– y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación, siempre que tal denegación no implique privar al mencionado ciudadano de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, extremo éste que corresponde comprobar al tribunal remitente [nacional]»¹⁴⁷. Esta saga muestra como el Tribunal, yendo

Ruiz Zambrano», *European Law Review*, Vol. 36/5, 2011, pp. 704-721.

¹⁴⁶ Asunto C-434/09, *McCarthy*, STJ 5 mayo 2011, *Rec.* 2011, p. I-3375. Nic Shuibhne, N., «Case C-434/09, Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 5 May 2011; Case C-256/11, *Dereci and others v. Bundesministerium für Inneres*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 15 November 2011», *Common Market Law Review*, Vol. 49/1, 2012, pp. 349-380; Heymann, J., «Cour de justice de l'Union européenne. - C-34/09 et C-434/09. 8 mars 2011 et 5 mai 2011», *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, 2012, pp. 352-388.

¹⁴⁷ Asunto C-256/11, *Dereci*, STJ 15 noviembre 2011, pendiente de publicación. Nic Shuibhne, N., «Case C-434/09, Shirley McCarthy (...); Case C-256/11, *Dereci and others* (...)», *op. cit.*



más allá del derecho de los derechos de residencia regulados por el Derecho derivado, extiende su ámbito con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁴⁸.

A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INVERSIÓN DE LA DOCTRINA SOLANGE Y OTRAS NUEVAS TEORÍAS

Los últimos desarrollos jurisprudenciales del TJ a propósito del diálogo con los tribunales constitucionales nacionales y las recientes decisiones en materia de ciudadanía vienen a confirmar una idea que lleva algún tiempo

circulando los pasillos de Luxemburgo y es la progresiva constitucionalización formal del TJ, es decir, que el Alto Tribunal ha tomado conciencia de su naturaleza constitucional y actúa en cuanto tal¹⁴⁹. La doctrina se ha mostrado especialmente activa últimamente a propósito de la tradicional teoría que gobierna las relaciones Derecho de la UE - Derecho constitucional nacional, que vendría a ser la jurisprudencia *Solange*, con el contenido, matizaciones y consecuencias que se han visto *supra*, en función de las especificidades nacionales. Estas nuevas teorías han hecho acto de presencia a la luz del nuevo estatus de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,

¹⁴⁸ Jacqué, J. P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^a ed., *op. cit.*, p. 138. Sobre esta saga, *vide inter alia* Tryfonidou, A., «Redefining the Outer Boundaries of EU Law: The Zambrano, McCarthy and Dereci trilogy», *European Public Law*, Vol. 18/3, 2012, pp. 493-526; Thym, D., «EU migration policy and its constitutional rationale: A cosmopolitan outlook», *Common Market Law Review*, Vol. 50/3, 2013, pp. 709-736.

¹⁴⁹ *Vide*, particularmente, el trabajo Gordillo Pérez, L. I.; Martinico, G., «La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia. Un cuento desde el País de las Hadas», *op. cit.*



que pasa a tener rango convencional, el mismo que el TUE-L y el TFUE. La esencia de la clásica doctrina *Solange* es que toma como punto de referencia al Tribunal constitucional (o equivalente) nacional. Las nuevas propuestas, sin embargo, tomo como referencia al propio TJ, quien obligaría a los tribunales nacionales a ajustarse al ordenamiento comunitario, según su propia interpretación. En este sentido, la propuesta más específica que se ha hecho hasta ahora es la de VON BOGDANDY y su equipo, la llamada '*Reverse Solange*' (o *Solange* invertida). Igualmente, Iris CANOR ha contraatacado con su propia visión, que sería la llamada '*Horizontal Solange*'.

La teoría de la *Reverse Solange* podría resumirse de la siguiente manera. Más allá del ámbito de aplicación el

artículo 51.1 de la Carta (la Carta únicamente vincularía a las instituciones de la UE y a los Estados cuando apliquen Derecho de la UE), los Estados miembros siguen siendo autónomos en lo que a la protección de los derechos fundamentales se refiere en tanto en cuanto (*Solange*) se pueda presumir que protegen la esencia de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 2 TUE-L¹⁵⁰. No obstante, si se diera la circunstancia extrema de que una violación de los derechos fuera entendida como sistémica, esta presunción se destruiría. En tal caso, los particulares pueden alegar su

¹⁵⁰ El artículo 2 del TUE-L reza así: «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».



estatus de ciudadanos de la Unión ante los tribunales nacionales para buscar un resarcimiento. Los tribunales nacionales podrían, entonces, utilizar la vía de la cuestión prejudicial ante el TJ 'puenteando' al Tribunal Constitucional (o equivalente) de turno¹⁵¹.

Por su parte, I. CANOR, basándose en un reciente y controvertido caso ante el TJ, el asunto *N.S.* sobre los reglamentos 'Dublin', postula lo que ha llamado la adopción de la teoría del '*Horizontal Solange*'¹⁵². En este caso, el TJ rechazó el principio clásico que impone confianza mutua con

base en una presunción de respeto mutuo. El caso se refería al Sistema Común Europeo de Asilo. El Tribunal de Justicia declaró que un Estado Miembro no puede transferir a un solicitante de asilo a otro Estado miembro en virtud de la política europea expresada en el Reglamento Dublin II (R. 343/2003) si existen deficiencias sistémicas en el procedimiento de asilo y condiciones de recepción en el Estado miembro receptor tales que puedan desembocar en un riesgo real para el demandante de asilo de estar sometido a tratos inhumanos o degradantes.

El razonamiento del TJ está basado en un sistema de control (o 'test') que se puede dividir en dos partes. En la primera, que no deja de ser una manifestación del «principio de reciprocidad», el Tribunal establece la

¹⁵¹ Von Bogdandy, A.; Kottmann, M.; Antpöhler, C.; Dickschen, J.; Hentrei, S.; Smrkolj, M., «Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States», *Common Market Law Review*, Vol. 49/2, 2012, pp. 489-519.

¹⁵² Asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, N. S. y otros, STJ 21 diciembre 2011, Rec. Canor, I., «My brother's keeper? Horizontal Solange: 'An ever closer distrust among the peoples of Europe'», *Common Market Law Review*, Vol. 50/2, 2013, pp. 383-421.



clásica construcción según la cual la cooperación entre los Estados miembros debe mantenerse en tanto en cuanto todos los Estados miembros se adhieran sistémicamente a la esencia de los derechos fundamentales 'europeos'. Si se demuestra que ha tenido lugar una violación sistémica de la esencia de estos derechos en un Estado miembro, los otros podrían suspender su cooperación con aquél (en caso contrario, se mantendría la cooperación en los términos de la legislación europea). En la segunda fase, el TJ vendría a establecer que los tribunales nacionales tienen la obligación de comprobar si el otro Estado miembro respeta el estándar europeo de protección de derechos fundamentales. Esta construcción, que tiene sus ventajas, vendría a representar una suerte de

descentralización del control de legalidad con el Derecho de la UE que el TJ debería mantener de manera casi excluyente. No obstante, la construcción resulta atractiva.

Estas dos teorías vienen a confirmar lo vivo del debate alrededor sobre el Derecho de la Unión y del sistema de relaciones con los ordenamientos nacionales, particularmente, con las normas de naturaleza constitucional. A la tendencia de la acentuación del carácter 'constitucional' del TJ, habría que añadir el celo que muestra esta instancia con la autonomía de su ordenamiento tanto en relación con el Derecho nacional (tal y como muestran los casos anteriores) como en relación con el Derecho internacional, tal y como atestigua la saga *Kadi*¹⁵³. Parece que los nuevos

¹⁵³ La saga *Kadi* está formada por cuatro sentencias. La primera decisión *Kadi* (o *Kadi I*): asunto T-306/01, *Yusuf y Al Barakat*



International Foundation vs. Consejo y Comisión, Sentencia del TPI de 21 septiembre 2005, Rec. 2005, p. II-3533 y Asunto T-315/01, *Kadi vs. Consejo y Comisión*, Sentencia del TPI de 21 septiembre 2005, Rec. 2005, p. II-3649. Las críticas a esta jurisprudencia (*Kadi I*) son numerosas y generalizadas en la doctrina. Así, entre otros, vide Kunoy, B., Dawes, A., «Plate tectonics in Luxembourg: The ménage à trois between EC law, international law and the European Convention on Human Rights following the UN sanctions cases», *Common Market Law Review*, Vol. 46/1, 2009, pp. 73-104. No obstante, para un comentario que califica esta jurisprudencia de «valiente» y que establece una «construcción equilibrada», vide Tomuschat, C., «Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005; Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005», *Common Market Law Review*, Vol. 43/2, 2006, pp. 537-551, especialmente, p. 551. La segunda decisión fue la sentencia que operó la auténtica revolución, *Kadi II*, que resolvió los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat*, STJ 3 septiembre 2008, Rec. 2008, p. I-6351. La segunda parte de la saga, de menor importancia desde el punto de vista jurisprudencial (aunque vino a confirmar y matizar en parte la sentencia anterior), comienza con *Kadi III* o el asunto T-85/09, *Kadi v. Comisión*, STG 30 septiembre 2010, Rec. 2010, p. II-5177; y acaba con la que aquí hemos llamado *Kadi IV* o los asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Comisión v. Kadi*, STJ 18 julio 2013, pendiente de publicación. Para un análisis de esta jurisprudencia, vide Gordillo Pérez, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit., especialmente, pp. 353-398; Gordillo, L. I., *Interlocking Constitutions*, op. cit., especialmente, 228-257; Gordillo Pérez, L. I.,

desarrollos en Luxemburgo harán que la doctrina recupere el interés por este viejo dilema.

FUENTES DE CONSULTA

- Asunto 103/88, *Fratelli Costanzo vs. Comune di Milano*, Sentencia del TJ de 22 junio 1989, *Recueil de jurisprudence*, 1989, p. 1839, §31.
- Asunto 104/86, *Comisión vs. Italia*, Sentencia del TJ de 24 marzo 1988, *Recueil de jurisprudence*, 1988, p. 1799, §§11-12.
- Constantinesco, V., Simon, D., «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire», *Journal du droit international*, 1989, pp. 395-398.
- Asunto 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato vs. Simmenthal*, Sentencia del TJ de 9 marzo 1978, *Recueil de*

«Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del consejo de Seguridad de la ONU», *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 10, núm. 1, 2012, pp. 201-244; Gordillo Pérez, L. I., «Estado de Derecho, Sanciones 'inteligentes' y Derecho Internacional», VV. AA., *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, Ed. Universitas, Madrid, 2012, pp. 3303-3315; Gordillo Pérez, L. I.; Martinico, G., «La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia. Un cuento desde el País de las Hadas», op. cit.



- jurisprudence*, 1978, p. 629, §14, §15 y §17.
- Asunto 6/64, *Flaminio Costa vs. E.N.E.L.*, Sentencia del TJ de 15 julio 1964, *Recueil de jurisprudence*, 1964, p. 1141.
- Asunto C-135/08, *Rottmann*, STJ 2 marzo 2010, *Rec.* 2010 p. I-1449, §48 y §55
- Asunto C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl vs. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, Sentencia del TJ de 18 marzo 1997, *Recopilación de Jurisprudencia*, 1997, p. I-01547, §22.
- Asunto C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía y otros vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 27 febrero 2007, *Recueil de jurisprudence*, 2007, p. I-1579,
- Asunto C-355/04 P, *Segi y otros vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 27 febrero 2007, *Recueil de jurisprudence*, 2007, p. I-1657
- Barav, A. (1978) Les effets du droit communautaire directement applicable. *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 14, pp. 265-286
- Carreau, D., (1978) Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté? La contribution de l'arrêt Simmenthal. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 14, pp. 381-418.
- Cartabia, M., De Witte, B., Pérez Tremps, P. (dirs.), Gómez Fernández, I. (coord.) (2005) *Constitución europea y constituciones nacionales*. Valencia: Tirant.
- Claes, M. (2006) *The National Courts' mandate in the European Constitution*. Oxford: Hart.
- CONSTANTINESCO, V., «La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité?», CONSTANTINESCO, L. J., LÜKE, G., RESS, G., WILL, M. R. (Hrsg.), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration: Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymans, Köln, 1983, pp. 109-125, especialmente, p. 114.
- Craig, P., De Búrca, G. (2008) *EU Law. Text, Cases and Materials* (4th ed.) London: Oxford University Press.
- Jover Gómez-Ferrer, J. M. (2004) *Constitución y Derecho comunitario*. Madrid: Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado.
- Phelan, D. R. (1997) *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*. Dublin: Sweet & Maxwell.
- López Castillo, A. (1996) *Constitución e integración: el fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en la RFA*. Madrid: CEC.
- Louis, J. V., Ronse, T. (2005) *L'ordre juridique de l'Union européenne*. Bruxelles: Bruylant.
- Pérez Tremps, P. (1994) *Constitución española y Comunidad Europea*. Madrid: Civitas.
- Ruggeri, A. (2003) «Tradizioni costituzionali comuni» e «controlimiti», tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Vol. 2003/1, 2003, pp. 102-120
- Ruggeri, A., «Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)»



UNIVERSOS JURÍDICOS

Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar

Staiano, S. (coord.), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni: atti del convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri, 3-4 giugno 2005*, G. Giappichelli, Torino, 2006, pp. 827-856.

Maastricht, 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92, BverfGE 89, 155 (175)

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal
Aleman de 12 octubre 1993, caso