

# LA NUEVA GRAMÁTICA DEL CONSTITUCIONALISMO JUDICIAL EUROPEO

ANTONIO LAZARI\*

- I. EL *TRAVESTIMENTO* POÉTICO-POLÍTICO Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO JUDICIAL.
- II. LA INVESTIDURA DEL REY: LA GÉNESIS DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y SUS CRÍTICOS.
- III. EL REY ANDA DESNUDO: LAS PRINCIPALES EXPRESIONES DEL CONSTITUCIONALISMO JUDICIAL.
- IV. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO HERMENÉUTICO: LA GRAMÁTICA DEL DIÁLOGO JUDICIAL.
- V. EL TRAJE DE ARLEQUÍN Y LA NUEVA PROSA DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO.

## I. EL *TRAVESTIMENTO* POÉTICO-POLÍTICO Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO JUDICIAL

«Quando traducevo in maniera molto scrupolosa dai classici greci, li “travestivo”, perché tradurre è già una forma di travestimento»<sup>1</sup>. El fragmento del reciente trabajo de J. Ziller acerca del Tratado de Lisboa relativo a la operación de traducción del «Tratado Constitucional» bajo los vestigios intergubernamentales del nuevo Tratado de Reforma recuerda el pasaje del poeta italiano Sanguineti: traducir es travestir. El método seguido en la traducción —*travestimento* obedece a las directrices adoptadas por

---

\* Doctor Investigador del Programa de Retorno de Investigadores a Centros de Investigación y Universidades de Andalucía. Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España.

<sup>1</sup> SANGUINETI, E. - LIBEROVICI, A., *Il mio amore è come una febbre e mi rovescio*, Bompiani, Milano, 1998, p. 114.

la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea en el Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007, que ha desembocado en el Tratado de Lisboa. En el Tratado de Lisboa se disfraza al Tratado Constitucional, que trataba de establecer una ordenación sistemática de las normas fundamentales de la Unión Europea, con la vestimenta clásica de acuerdo entre Estados, con el fin de alejar los espectros de un rechazo popular. El contenido es sustancialmente idéntico, pero la estrategia perseguida bien en su vertiente legal (ratificación estatal mediante aprobación parlamentaria) bien en su vertiente material (participación reducida de los ciudadanos en la construcción del acto y atención prestada al evento por los *mass media* europeos) es completamente y significativamente distinta.

«The Treaty of Lisbon: Intergovernmentalism Resurgent, Constitutionalism Moribund?» se interroga Michael Dougan. Esta operación de «desconstitucionalización» formal produce, sin embargo, una aceleración de la constitucionalización judicial. Una vez más, en la línea de la metodología weileriana<sup>2</sup>, al *impasse* político sigue una intensa labor de diálogo judicial, articulado según los cánones de «ética jurisdiccional»<sup>3</sup>, que enviste recientemente también a las cortes constitucionales y a los propios contenidos de la «*judicial conversation*»<sup>4</sup>, máxime en los principios vertebradores de las relaciones entre los sistemas estatales y el Derecho Comunitario.

El constitucionalismo formal probablemente no es el ropaje más apropiado para los tiempos actuales: el niño-referéndum irlandés exclamó: «El rey está desnudo».

La desnudez del rey suscita una difundida y honda sensación de derrocamiento. En tiempo de pesimismo europeísta es difícil remar contracorriente<sup>5</sup>, trazando un fresco positivo del proceso de integración europeo.

<sup>2</sup> WEILER, J., «La arquitectura judicial después de Niza», en AA.VV., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea: Seminario internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, en Madrid, los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2001, editado por ALONSO GARCÍA, R. - GARCÍA DE ENTERRÍA CARANDE, E., 2002, 469-482; IDEM, «Federalismo y constitucionalismo: el Sonderweg de Europa», en *Revista de Occidente*, 2002, pp. 47-72.

<sup>3</sup> Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 8 de abril de 2003 en el caso Gerhard Köbler contra Republik Österreich, Asunto C-224/01, *Rec. p. I-10239*.

<sup>4</sup> MARTINICO, G. - POLLICINO, O., «The European Constitution and Contemporary Constitutionalism. The Specificity of the European Judiciary against the background of the Judicial Globalization», *relazione al VII congresso mondiale dell'Associazione di diritto costituzionale*, Atenas, 11-15 junio 2007.

<sup>5</sup> Motivos de fundado optimismo infunden las recientes publicaciones de COLLIGNON, S., *Elogio della Repubblica europea*, Marsilio, Roma, 2007; y ZILLER, J., *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna, 2007.

La voz del referéndum irlandés es, en boca de Herrero de Miñón, la *vox popolorum*: por un lado, se demoniza el propio funcionamiento del reciente constitucionalismo europeo (la marea creciente de un derecho comunitario, de calidad muy discutible, capaz de regular los asuntos más dispares, elaborado fundamentalmente por una tecnocracia lejana, cuando no ajena, a cualquier instancia de legitimación y control democrático y carente de la cercanía que proporciona el conocimiento de la realidad<sup>6</sup>) y, por otro lado, se asocia la crisis del constitucionalismo formal al «intento de crear la unión política europea sobre un inexistente *demos*, sin haber dejado que el tiempo permitiera fraguar, si es que podía fraguarlo, un verdadero *ethnos* europeo, el determinado por la comunidad de afinidades espirituales, las hábitos, las facultades y convicciones»<sup>7</sup>.

Pero en el apólogo de Andersen se olvida a menudo que después de la exclamación-desvelamiento de la realidad, el rey sigue andando con su cortejo: el constitucionalismo europeo sigue su andadura también en la arraigada consciencia de que el rey está desnudo.

## II. LA INVESTIDURA DEL REY: LA GÉNESIS DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y SUS CRÍTICOS

El propio Ziller halla una profunda *liason* entre la progresiva desconstitucionalización formal-poética y la esencia del paradigma comunitario *ab urbe condita* en la concepción de Unión europea de Jean Monnet<sup>8</sup>. Par Duverger, Las naciones soberanas del pasado han dejado de ser el marco donde pueden resolver los problemas actuales. De ellas, sin embargo, aún no podemos prescindir<sup>9</sup>. *Eros*, arraigo a las identidades culturales nacionales, y *civilisation*, congerie de normas impregnadas de valores supranacionales, sostendría más tarde Weiler<sup>10</sup>.

El Tribunal de Justicia reviste este novedoso principio de primacía esgrimido en la sentencia *Costa contra ENEL*, C-6/64, de 15 de julio de 1964 con las vestimentas de un rey absolutista, en reacción probablemente

<sup>6</sup> HERRERO DE MIÑÓN, M., «Vox popolorum», en *El País*, 20 de junio de 2008, 16.

<sup>7</sup> HERRERO DE MIÑÓN, M., «Vox popolorum», *cit.*, 16.

<sup>8</sup> ZILLER, J., *Il nuovo Trattato europeo*, *cit.*, 102.

<sup>9</sup> DUVERGER, M., *Europa de los hombres. Una metamorfosis inacabada*, trad. española Federico Jiménez de Parga, Madrid, Alianza, 1997, pp. 15-17.

<sup>10</sup> WEILER, J., «To be a European citizen - Eros and civilization», en *Journal of European Public Policy*, 1997, pp. 495-519.

a las teorías nacionales expuestas en las propias alegaciones al juicio. El cuerpo, es decir la sustancia, del nuevo sistema jurídico desvelaba a contraluz una nueva aproximación epistemológica, orientada hacia la coexistencia interactiva de dos sistemas autónomos e independientes. El ropaje era pomposo y de carácter absoluto: la primacía del Derecho Comunitario se despliega cualquiera fuese su rango frente a cualquier fuente de derecho de los Estados miembros: «al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que esta sea, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad». La primacía en su vertiente comunitaria se impone sobre los propios textos constitucionales de los Estados miembros, tal y como confirmaría expresamente el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>11</sup>.

Al principio-rey el juez comunitario le flanquea, en momentos distintos, la corte real: los principios de eficacia directa y de responsabilidad del Estado.

El principio de eficacia directa es relativo - afirman Liñán Nogueras y Araceli Mangas Martín<sup>12</sup>: tiene una coloración más dialógica. Justamente en la interrelación sistémica entre estos dos principios surge la necesidad de recuperar-interpretar la norma nacional contraria a las reglas de Derecho Comunitario según la letra y el significado atribuido a la normativa supranacional. La progresiva y lenta apertura del principio de eficacia directa de las normas comunitarias, siempre que reúnan las condiciones de incondicionalidad, suficiente claridad y precisión, a nuevas hipótesis (en su aplicación efectiva al reglamento<sup>13</sup>, directiva<sup>14</sup>, etc.) revela una mayor concienciación de la corte comunitaria a las exigencias intrínsecas del sistema y un mayor grado de diálogo con los jueces estatales<sup>15</sup>. Y ya en las decisio-

---

<sup>11</sup> Sentencia del TJCE, de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, Rec. p. 1125. Cfr. PUISOCHET, J. P., *La primacía del Derecho comunitario*, en *Estudios de derecho judicial*, n.º 95, 2006, p. 30.

<sup>12</sup> MANGAS MARTÍN, A. - LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Tecnos, 4.ª ed., 2004, p. 290..

<sup>13</sup> Sentencia del TJCE, de 5 de abril de 1979, *Ratti*, C-148/78, Rec. p. 1629.

<sup>14</sup> Sentencia del TJCE, de 6 de octubre de 1970, *Grad*, C-9/70, Rec. p. 825.

<sup>15</sup> «El reconocimiento de la posibilidad para las directivas de producir efecto directo fue una de las interpretaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas más novedosas y más controvertidas de los años setenta, que encontró, en general, resistencia en los Estados miembros, y en particular en algunos tribunales recalcitrantes,

nes *Von Colson y Kamann*<sup>16</sup>, *Harz*<sup>17</sup>, *Johnston*<sup>18</sup> y *Costanzo*<sup>19</sup>, se asoma tímidamente la necesidad de interpretar el Derecho nacional conforme a la directiva, que será confirmada plenamente en la decisión *Marleasing S.A.*<sup>20</sup>. La relación de colaboración judicial conduce al juez comunitario a calibrar, según los momentos históricos y las exigencias manifestadas por los interlocutores privilegiados nacionales, una compleja acumulación de soluciones no aprioristamente concebidas y, en ocasiones, claramente contradictorias, como en el caso de *Cia Security*<sup>21</sup>, *Unilever*<sup>22</sup> y *Delena Wells*<sup>23</sup>.

El principio de responsabilidad del Estado mueve sus primeros pasos en la dirección de un diálogo jurisprudencial, impregnada de «ética jurisdiccional comunitaria»<sup>24</sup>. Con dicho principio se activa una sutil pero efectiva circulación de modelos jurídicos siempre a la sombra de los dos ejes de la equivalencia y efectividad: el mecanismo de judicial *cross-fertilisation*<sup>25</sup>. Sin embargo, este movimiento de armonización normativa basada en la labor de conjugación del juez nacional no arriba a las orillas de las Altas Cortes y aún menos de los tribunales constitucionales nacionales; ni tiene por contenido la protección de derechos que desborden la frontera

---

franceses, italianos y alemanes» MILLÁN MORO, L., «La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», en *Revista de Instituciones Europeas (R.D.C.E.)*, n.º 18, 1991, p. 845.

<sup>16</sup> Sentencia del TJCE, de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, C-14/83, *Rec.* p. 189.

<sup>17</sup> Sentencia del TJCE, de 10 de abril de 1984, *Harz*, C-79/83, *Rec.* p. 1921

<sup>18</sup> Sentencia del TJCE, de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, C-222/84, *Rec.* 1986, p. 1663, apdo 53, p. 1690.

<sup>19</sup> Sentencia del TJCE, 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanzo*, C-103/88, *Rec.* p. 1839, apdo. 31, p. 1871.

<sup>20</sup> Sentencia del TJCE, de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing S.A.*, C-106/89, *Rec.* p. 4135.

<sup>21</sup> Sentencia del TJCE, de 30 de abril de 1996, *CIA Security International*, Asunto C-194/94, *Rec.* p. 2201.

<sup>22</sup> Sentencia del TJCE, de 26 de septiembre de 2000, *Unilever Italia Spa c. Central Food Spa*, C-443/98, *Rec.* p. I-7535.

<sup>23</sup> Sentencia del TJCE, de 7 de enero de 2004, *Delena Wells c. Security State for Transport*, C-201/02, *Rec.* p. I-723.

<sup>24</sup> Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 8 de abril de 2003 en el caso *Gerhard Köbler contra Republik Österreich*, Asunto C-224/01, *Rec.* p. I-10239.

<sup>25</sup> GRANGER, M.P., «National application of Francovich and the construction of a European administrative jus commune», en *European Law Review*, 2007, n.º 32, pp. 157 ss.; LAZARI, A., «La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: «el esquema de la crisis»», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 20, 2005, pp. 177-225.

conceptual y política del mercado común. El proceso de *cross-fertilisation*, por tanto, asume una dimensión parcial y significativamente mutilada por la ausencia de todas las cortes de las leyes europeas. Tras años de silencio de oro<sup>26</sup> y de una arraigada resistencia cultural a responsabilizar al legislador nacional<sup>27</sup>, se activa tímidamente un mecanismo de recepción interna sólo en algunas cortes supremas nacionales tras la decisión aperturista *Factortame III-Brasserie de Pêcheur*<sup>28</sup>. Muy emblemático es el método seguido en la conjugación del paradigma lexical comunitario diseñado en las sentencias del Tribunal de Justicia<sup>29</sup>. No es necesario comprar un nuevo lujoso ropaje, sino que se reutiliza el vestido tradicional estatal, ajustándolo a las nuevas exigencias comunitarias<sup>30</sup>. Los pronunciamientos ingleses<sup>31</sup>, italianos<sup>32</sup>, y españoles<sup>33</sup> corroboran *ex multis* esta nueva inclinación judicial europea.

Como hemos tenido modo de profundizar *aliunde*<sup>34</sup>, la connotación principal del paradigma comunitario reside en su capacidad de superar el

<sup>26</sup> HARLOW, C., *State Liability: Tort and Beyond*, Oxford University Press, 2004, p. 45.

<sup>27</sup> Cfr. entre otras, sentencias Conseil d'Etat Ass., 28 de febrero de 1992, SA Rothmans International France and Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France [1992] en *Actualités Juridiques Droit administrative*, p. 224; Corte di Cassazione, Sez., Lav., enero 1997, n. 133 en *Foro It.*, 1998, p. 1366; y en Grecia Symvoulia tis Epikateias, sesión plenaria, 26 de febrero 1999, en [1999] *Deltio Forologikis Nomothesias 1783-1787*; [2000] *Eur. C.L.*, Pt 6, n. 75. Cfr. BELL, J., «French Administrative Law and the Supremacy of European Laws», en *European Public Law*, 2005, n.º 11, p. 490.

<sup>28</sup> Sentencia del TJCE, de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame III*, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Rec.* p. I-1029.

<sup>29</sup> GRANGER, M.P., «National application of Francovich and the construction of a European administrative jus commune», *loc. cit.*, p. 160: «'domestic integration' approach reflects a desire to preserve the integrity of traditional torts regimes, whilst accommodating the new Community rule».

<sup>30</sup> Cfr. LAZARI, A., *Modelli e paradigmi di responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>31</sup> House of Lords, R. V. Secretary State for transport ex p. Factortame (n. 5), [2000] 1 A.C. 524.

<sup>32</sup> Corte di Cassazione, Sezione III, 1 abril 2003, n. 915, *Repubblica Italiana v. Della Minola*, en *Giustizia Civile* [2003] I, p. 1193.

<sup>33</sup> Tribunal Supremo, 12 de junio de 2003, Canal Satélite Digital, en *Common Market Law Review*, 2004, n.º 41, p. 1717. Cfr. LANGE, S.M. - H. BROKELMANN, H., «The Liability of the Spanish State for Breach of EC Law: the Landmark Ruling of the Spanish Tribunal in the Canal Satélite Digital Case», en *European Law Review*, 2004, n.º 24, p. 530.

<sup>34</sup> Cfr. LAZARI, A., «La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: "el esquema de la crisis"», *loc. cit.*, p. 200.

canon conceptual derecho estatal-derecho internacional para alcanzar una síntesis dialógica. El primer paso hacia esta operación, es decir la formulación del principio de *primauté*, asume paradójicamente la característica pétrea y excluyente de su correspondiente *forma mentis* nacional. No se trata, entonces como ahora, de excluir agentes políticos o culturas estatales, sino más bien de edificar '*judicial dialogues*'<sup>35</sup> o '*co-operative constitutionalism*'<sup>36</sup>. Asimismo, no se trata de esculpir normas o principios definitivos, sino de trazar cauces de diálogos institucionales y jurídicos. El silencio ensordecedor de los tribunales constitucionales en tema de aplicación nacional de la *primauté* comunitaria<sup>37</sup> significa Euro-esclerosis del mismo principio. Durante lustros esa mudez se ha interpretado simplistamente como una lucha de poderes jurisdiccionales, explicitada en la ausencia absoluta de cuestiones prejudiciales por parte de las cortes constitucionales. Hay algo más detrás de un mero conflicto jurisdiccional; existe una confrontación entre paradigmas, entre dos visiones distintas de concebir la cuestión de la autoridad última desarrolladas por la corte comunitaria y los jueces constitucionales<sup>38</sup>. Dicha carencia de talante aperturista se interpreta por otros autores en clave de ausencia de capacidad persuasoria ostentada por la corte comunitaria<sup>39</sup>. La distancia entre los paradigmas de primacía —interno y comunitario— pasa de ser implícita o esporádica<sup>40</sup> a constituir

<sup>35</sup> STONE SWEET, A., «Constitutional Dialogues in the European Community», en SLAUGHTER, A.M., SWEET STONE, A., WEILER, J.H.H. (eds), *The European Court and National Courts y Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 325-326.

<sup>36</sup> SAJÓ, A., 'Learning Co-operative Constitutionalism the Hard Way: the Hungarian Constitutional Court Shying Away from EU Supremacy', en *2 Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, 2004, p. 351.

<sup>37</sup> DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P., DE BURCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 201: «the proposition that Community law has absolute primacy, even over national constitutional provisions, is generally not accepted by national supreme courts».

<sup>38</sup> POIARES MADURO, M., «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en AA.VV., *Sovereignty in Transition*, editado por Neil Walker, Hart: Oxford 2003, p. 502.

<sup>39</sup> «To put it bluntly, the ECJ can say whatever it wants, the real question is why anyone should heed it», ALTER, K.J., «The European Court's Political Power», en *West European Politics*, 1996, n.º 19, p. 459.

<sup>40</sup> La teoría de los denominados contralímites surge en el Tribunal Constitucional alemán, en el asunto *Solange I* (sentencia de 29 de mayo 1974 BVerfGE 37) y *Solange II* (22 de octubre de 1986 BVerfGE 73) y *mutatis mutandis* en Italia con la decisión *Frontini* de 27 de diciembre de 1973, n. 183 e de 21 de abril 1989 *Fragd*, n. 232.

una ostentación del rechazo en las decisiones de los tribunales constitucionales originadas por la ratificación del Tratado de Maastricht, *incipit* de un renovado y contrastado constitucionalismo europeo. En la estela de la notoria decisión de la corte alemana, el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992, afirmó a todas luces la primacía constitucional estatal sobre los Tratados internacionales, incluidos los comunitarios<sup>41</sup>.

No obstante, el tránsito de Rey absoluto a Emperador, del constitucionalismo material a su entronización formal, se consuma en el Tratado que establece una Constitución para Europa. El denominado Tratado Constitucional contempla expresamente dicho principio en el artículo I-6, según el cual «la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta *primarán* sobre el Derecho de los Estados Miembros»<sup>42</sup>. La cristalización de la cláusula de primacía en un entramado de tipo constitucional tendría por objetivo proporcionar a los ciudadanos europeos un valor jurídico sancionado por medio de la transparencia y, en clave política, frenar las aspiraciones soberanistas expresadas por algunos Países del ex bloque soviético<sup>43</sup>. El *travestimento* del principio de *primauté* en los «paños menores» de la Declaración 17 tiene el doble sentido de esconder el núcleo duro del constitucionalismo comunitario a los ciudadanos y, máxime, a las cortes constitucionales. El *travestimento* poético del Rey constituía la manifestación más diamantina del quebrantamiento del ejercicio del paradigma comunitario<sup>44</sup>. A partir del siglo XXI, el Tribunal de Justicia emprende un tortuoso y arduo camino, despojándose de todo oropel soberano y a través de la *judicial conversation* cultivando la parcela de los derechos humanos: acepta el reto lanzado por las cortes constitucionales en las citadas sentencias de las cortes constitucionales nacionales. Hay que distinguir pues entre el pomposo ropaje del Rey, su proclamación en 1964 y su canonización en el Tratado Constitucional y el proceso dialéctico subyacente. En este contexto se halla la esencia del paradigma comunitario y del principio de tolerancia constitucional, en la capacidad de conjugar, que no de abrogar. Y en esta

<sup>41</sup> Declaración del Tribunal Constitucional, de 1 de julio de 1992, n. 1236/1992, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n.º 135, julio de 1992, 10.

<sup>42</sup> Apuntalado por una Declaración (cfr. CIG 43/03, PRESID 7), conforme a la cual «la Conferencia hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia».

<sup>43</sup> ZILLER, J., *Il nuovo Trattato europeo*, cit., 2007, 139.

<sup>44</sup> ZILLER, J., *Il nuovo Trattato Europeo*, cit., 140: «La vicenda appare, dunque, il sintomo più acuto della scomparsa di fiducia reciproca nell'Unione Europea».



óptica la reciente labor de la corte comunitaria ha dado sus frutos también en la arena constitucional.

En las sentencias *Pupino*<sup>45</sup> y *Cordero*<sup>46</sup>, *ex multis* el redescubrimiento del principio de interpretación conforme se mueve en la misma dirección epistemológica: la de comparar y calibrar culturas jurídicas sin imponer un baremo inflexible. El nuevo constitucionalismo europeo no ahonda sus raíces identitarias en la imposición de un principio de primacía *tout court*. Si bien es necesario establecer un criterio valorativo único y uniforme<sup>47</sup>, esta operación ha de consumirse en la perspectiva del diálogo entre jueces, entre sistemas políticos y entre instituciones (en este dirección ha de entenderse la colaboración inaugurada en el Tratado de Lisboa entre parlamentos nacionales y europeo). La actual proliferación de una *cross-fertilisation* en el terreno de la responsabilidad del Estado y el propio principio de interpretación conforme confirma una tendencia pretoriana a abrir nuevas puertas al tránsito de ideas y culturas, que está avalada por un renacimiento de la conversación institucional con las cortes constitucionales nacionales.

De la poética de los arreglos cosméticos, del *travestimento* político, a la prosa del constitucionalismo europeo. A la operación de «desconstitucionalización» formal<sup>48</sup>, consistente en la eliminación de la referencia al principio de primacía incorporado bajo la vestimenta de la Declaración número 17, corresponde significativamente un impetuoso *rinascimento* de un nuevo constitucionalismo europeo, basado esencialmente en tres líneas de desarrollo distintas.

El primer aspecto evidente *ictu oculi* del constitucionalismo del siglo XXI se refleja en la extensión de las materias abarcadas por el Tribunal de Justicia y objeto de primacía: desde la bioética hasta el terrorismo, pasando por temáticas de Derecho Laboral. Se trata claramente de una muestra de constitucionalismo sustancial, inherente al contenido de las sentencias de la corte comunitaria. Interrelacionada con la dimensión horizontal

<sup>45</sup> Sentencia del TJCE, de 16 mayo 2005, *Maria Pupino*, C-105/03, *Rec.* p. I-05285.

<sup>46</sup> Sentencia del TJCE, de 7 de septiembre de 2006, *Cordero Alonso*, C 81/05, *Rec.* p. I-7569.

<sup>47</sup> Cfr. PUISOCHET, J.P., «La primacía del Derecho comunitario», *cit.*, p. 30.

<sup>48</sup> Dicha operación se completa con la adquisición de la plena virtualidad jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales sin integrarse en los Tratados; con la supresión del término «Constitución»; con la eliminación de los términos «ley» y «ley marco», el cambio de denominación del «Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión» que pasaría a llamarse «Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad» y la eliminación de las referencias a los símbolos de la UE (bandera, himno o divisa).

se encuentra la penetración vertical del principio de la nueva primacía. Su mayor grado de intrusividad se expresa en su verticalidad respecto a los sistemas nacionales, chocando directamente contra criterios constitucionalmente o tradicionalmente garantizados, como el concepto de *res judicata*. La cláusula de *primauté* en su relación con los principios constitucionales estatales va apuntalándose con el principio de eficacia, asumiendo a menudo el aspecto hermenéutico de interpretación conforme a las normas de Derecho Comunitario, como testimonia la sentencia Maria Pupino. Esta mayor verticalidad recae también en el correlativo principio de responsabilidad del Estado por actuación de los jueces nacionales, como en la decisión Traghetti. El paradigma comunitario se colorea ontológicamente de tintes comparativos. Se ha de valorar, pues, la recaída de este esfuerzo de envergadura constitucional en las aulas de las cortes nacionales, con particular referencia al recién emprendido diálogo con los jueces constitucionales. De esta faceta de recaída interna de *nouvelle vague* constitucionalista nos ocuparemos en un segundo ensayo.

### III. EL REY ANDA DESNUDO: LAS PRINCIPALES EXPRESIONES DEL CONSTITUCIONALISMO JUDICIAL

Los principales cambios constitucionales de los primeros años del siglo XXI tienen su epicentro en la reinterpretación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales<sup>49</sup>. La Carta ha traído linfa vital fresca a la variopinta planta de la corte europea. Una vez más, no es tanto la redacción de un catálogo escrito de derechos fundamentales que constituye el corazón pulsante del nuevo constitucionalismo, cuanto su reinterpretación pretoriana en la óptica de la protección de derechos fundamentales. La clave de lectura de tal mecanismo está en la relación inversamente proporcional entre el proceso político de integración con sus altibajos institucionales y el acusado activismo de la rama judicial. Asimismo, está claro que a más desconstitucionalización formal sigue más constitucionalismo material en la misma dirección en que el acantonamiento de cualquier aspiración de una Constitución Europea cede el paso al protagonismo del Tribunal de Justicia en el desarrollo constitucional de la Unión Europea.

<sup>49</sup> Cfr. AA.VV., *La Carta Europea de Derechos y su reflejo en la Justicia y Jurisprudencia Constitucional. Los casos español e italiano*, editado por PIZZORRUSO, A., ROMBOLI, R., RUGGIERO, A., SAIITA, A., SILVESTRI, G., Giuffrè Editore y Tirant lo Blanch, 2002.

La nota vertebradora y característica de la nueva onda del activismo constitucional judicial en la Unión Europea se explicita en una actividad intensa en campos relacionados con los derechos fundamentales, donde los Estados Miembros muestran un patrimonio común<sup>50</sup>, pero también tradiciones diferentes y una actitud sensiblemente pluralista. En este contexto, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, confiada en manos del Tribunal de Justicia, genera muchas ventajas y, a la vez, considerables riesgos, el más obvio de los cuales radica en la perspectiva de que la corte europea, que actúa *volens nolens* como un juez constitucional en cuestiones concernientes a los derechos fundamentales, representa un elemento potencial de la centralización<sup>51</sup>. La Carta de Derechos Fundamentales ha ciertamente imprimido un nuevo impulso al proceso de integración europea, pero no en su proclamación oficial, pendiente aún del reconocimiento de derecho justiciable, sino más bien en su capacidad de constituir la plataforma de una novedosa interpretación judicial. El centro de gravedad argumental de la corte comunitaria se desplaza paulatinamente hacia problemáticas ajenas al mero escrutinio sobre las libertades económicas de la Unión Europea.

Los críticos de la jurisprudencia de la corte comunitaria expresaban a menudo la sospecha sobre la autenticidad de la garantía de la Comunidad de los derechos fundamentales, «ganzúa jurídica» para revestir con legitimidad real al principio de primacía, según los propios dictámenes de las cortes constitucionales italiana y alemana. Esta interpretación explicaría una particularidad distintiva del Derecho Comunitario, que eleva la libre circulación de personas, servicios, bienes y capital a las filas de derechos fundamentales. Hasta muy recientemente, el juez comunitario ha mostrado gran deferencia por las libertades económicas del mercado común, cada vez que ha sido necesario crear un equilibrio entre ellos y otros derechos fundamentales. No obstante, el punto de gravedad constitucional se ha desplazado lentamente en la decisión *Schmidberger* de 2003<sup>52</sup>. En esta decisión, la corte comunitaria, llamada a resolver una controversia entre la clásica libertad de circulación de bienes y algunos derechos fundamentales - la li-

---

<sup>50</sup> Cfr. PIZZORUSSO, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

<sup>51</sup> VON BOGDANDY, A., «The European Union as a Human Right Organization?», en *Common Market Law Review*, 2000, n. 6, 2000, p. 1308: «Human rights as the core of the supranational order is a tantalizing prospect. They might provide a strong, visible, incontestable *raison d'être*, something the Union is longing for, given the technicality of the common market and its policies».

<sup>52</sup> Sentencia del TJCE, de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00, *Rec.* p. I 5659.

bertad de asociación y de expresión, surgida por una demostración de una asociación ambiental que bloqueó la autopista Brenner durante 30 horas, sorprendentemente concede la prioridad a éstos últimos, en una decisión equilibrada, en la cual las necesidades de la economía por una vez no inculcaron la sustancia de los derechos civiles.

Incluso más sorprendente, en muchos aspectos, es la decisión de *Omega* de 2004<sup>53</sup>. En este caso también el juez comunitario tiene que afrontar un conflicto entre una libertad económica protegida por el Tratado (la libre circulación de servicios y, en menor grado, de bienes) y la protección de derechos fundamentales, que en este caso específico consisten en la dignidad humana en relación a un servicio comercial del entretenimiento de video-juegos que simulan asesinatos mediante armas láser. En este juicio surge la oportunidad para la corte comunitaria de desplegar sus argumentaciones acerca de la dignidad humana mediante un *rights talk*, asegurando que tal super-principio no constituye sólo uno de los valores básicos de la Constitución alemana, sino que forma parte de los valores fundacionales del sistema jurídico europeo. El juez de Luxemburgo pretende, asimismo, acentuar deliberadamente el compromiso de parte de la Unión Europea hacia el respeto por la dignidad humana<sup>54</sup>.

Así en *Omega*, como en *Schmidberger*, los derechos fundamentales prevalecieron sobre libertades económicas y terminaron por justificar las restricciones importantes implícitas en ellos<sup>55</sup>.

El nuevo contenido del concepto de primacía despliega sus efectos también en el perfil laboral<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Sentencia del TJCE, de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C 36/02, *Rec.* p. I-9609.

<sup>54</sup> CARTABIA, M., «Taking Dialogue Seriously» The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union», en *Jean Monnet Working Paper 12/07*: «When one reads the Omega decision, it is difficult not to perceive the subtle influence of the Charter of Fundamental Rights that opens precisely with the claim that the safeguarding of human dignity is an inviolable right».

<sup>55</sup> MOIJN, J., «Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution», en *European Law Journal*, 2006, I, p. 15.

<sup>56</sup> Por último, la sentencia del TJCE, de 3 de abril de 2008, *Dirk Ruffert*, C 346/06, *Rec.* p. I-01989, en tema de restricciones a la libre prestación de servicios, debidas a la normativa sobre la protección social de los trabajadores. Cfr. ZUMBANSEN, P. - SAAM, D., «The ECJ, Volkswagen and European Corporate Law: Reshaping the European Varieties of Capitalism (November 15, 2007)», en *CLPE Research Paper No. 30/2007*. La Corte europea había afrontado la cuestión del reconocimiento del derecho de huelga con cierto *pudeur* institucional, excluyendo explícita y tácitamente tal eventualidad. Las conclusiones del Abogado

En las dos sentencias *Laval* y *Viking*, emitidas por el Tribunal de Justicia los días 11 y 18 de diciembre de 2007 vuelve a afrontar el espinoso tema del conflicto entre la salvaguardia de los derechos de libre establecimiento y de libre prestación de servicio respecto a la manifestación del derecho de huelga para lograr las mejores condiciones.

La novedad de la decisión comunitaria reside en la irrupción de la corte en una arena política muy controvertida, objeto de reivindicaciones sindicales, de la propia campaña referendaria en Francia y de la recién aprobada directiva Bolkestein. La incursión de la Corte comunitaria en el terreno constitucional europeo reviste un alcance extraordinario si se considera la explícita exclusión realizada por los propios Estados miembros de la previsiones sobre política social en materia de huelga en el art. 137.5 TCE<sup>57</sup>. Sin embargo, una vez más la decisión de envergadura constitucional se basa en la reinterpretación judicial de la Carta de Niza, que, al contrario, contempla la salvaguardia del derecho de huelga. El conjunto de vasos comunicantes jurisprudencial requiere, con arreglo a la probable incorporación del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos en el entramado constitucional de la Unión Europea, un diálogo constante con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ya ha afrontado con cautela la temática del derecho de huelga<sup>58</sup>.

El compromiso político alcanzado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión, consistente en que en el plano fiscal, fuera la legislación del país de origen, pero en las normas sociales, la del país receptor, se ve sensiblemente afectado por el binomio jurisprudencial *Laval*<sup>59</sup>-*Viking*<sup>60</sup>. Una vez más la corte de Luxemburgo asume un papel consustancialmente político, afrontando temáticas que afectan de lleno al propio equilibrio institucional y fundacional, activando posiblemente un proceso de desregulación social, una aceleración de deslocalizaciones jurídicas y el dumping social.

En el otro plato de la metafórica balanza, se ha de recordar que con su

---

General Jacobs en el caso *Albany*, de 28 enero 1999, C-67/96, hacían entrever la posibilidad de reconocer el derecho de huelga de los trabajadores, pero no en términos de derecho fundamental.

<sup>57</sup> «Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal».

<sup>58</sup> TEDH, 17 julio 2007, *Satilmis v. Turkey* nos. 74611/01, 26876/06 y 27628/02.

<sup>59</sup> Sentencia del TJCE (Gran Sala), de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, C-341/05, *Rec.* p. I-2555.

<sup>60</sup> Sentencia del TJCE, de 11 de diciembre de 2007, *Viking*, C-438/05, *Rec.* p. I-10779.

decisión el juez comunitario proyecta en el escenario más amplio de la entera Unión Europea el derecho de huelga que había sido claramente excluido por el Reino Unido y la República polaca de la aplicación del Capítulo Cuarto de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>61</sup> en el punto 1(2) del Protocolo sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales del Tratado de Reforma de Lisboa. Afirma la Corte en el punto 91 de la sentencia Laval: «aunque debe reconocerse que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones. En efecto, como reafirma el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, este derecho está protegido de conformidad con el Derecho Comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales». El propio criterio de proporcionalidad implica en última instancia dos elementos de extraordinaria importancia: el reconocimiento del derecho de huelga en términos de derecho fundamental de la Unión Europea y, consiguientemente, el *bilanciamento* constitucional con los derechos económicos tradicionales<sup>62</sup>. La solución al *punctum crucis* de este dilema reside en el paradigma comunitario; es decir se requiere la valoración fáctica del juez nacional del principio de proporcionalidad, estableciendo, sin embargo, algunos puntos firmes en sede comunitaria<sup>63</sup>. Desde la óptica de una Europa social, y sopesando las reivindicaciones manifestadas en ocasión de la aprobación de la Directiva Bolkestein, la decisión está destinada a constituir un paso adelante y dos atrás en el movimiento sindical europeo<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Sobre el alcance de la Carta de Niza en los derechos de los trabajadores BERCUSSON, B., *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Nomos, Baden-Baden, 2006.

<sup>62</sup> DAVIS, A.C.L., «One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ», en *Industrial Law Journal*, Vol. 37, nº 2, Junio 2008, p. 127: «In practical terms, the limited recognition afforded to the right to strike by the ECJ is manifested in the use of the proportionality test to regulate it. Much depends on how the proportionality test is applied in practice. The problem here may be that the ECJ is not well qualified for this task».

<sup>63</sup> Cfr. JOERGES, C. - RÖDL, F., «On De-formalisation in European Politics and Formalism in European Jurisprudence in Response to the «Social Deficit» of the European Integration Project. Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval», en [www.neevia.com](http://www.neevia.com).

<sup>64</sup> DAVIS, A.C.L., «One Step Forward, Two Steps Back?», *loc. cit.*, p. 127. Cfr sobre el tema AA.VV., *Cross-border collective actions in Europe: a legal challenge*, editado por DORSSEMONT, F., JASPERS, T., VAN HOEK, E.A., Intersentia, Antwerpen e Oxford, 2007;

Otra operación de equilibrio de alcance constitucional, llevada a cabo por el tribunal de Luxemburgo mediante el criterio de proporcionalidad, concierne la sentencia *Dynamic Medien*<sup>65</sup>, donde nuevamente a la libre circulación de mercancías se contraponen la normativa nacional que prohíbe la venta por correo de soportes gráficos que no hayan sido sometidos a control y clasificación a efectos de la protección de los menores. No se trataría de una medida de efecto equivalente en tanto que la disciplina nacional está concebida con el objetivo de salvaguardar los menores de edad. El revestimiento argumentativo del juez comunitario representa una novedosa aportación de naturaleza constitucional<sup>66</sup>. Esa operación alquímica de equilibrio entre las libertades de carácter económico que perseguía la corte en los años Setenta mediante el llamamiento al criterio de proporcionalidad<sup>67</sup> se tiñen ahora de una coloratura claramente constitucionalista; mientras con el tradicional mecanismo de *bilanciamento* se sacrificaban los derechos fundamentales en nombre del interés comunitario<sup>68</sup> («buen funcionamiento del mercado»<sup>69</sup>, «necesidad de garantizar la conservación del Derecho Comunitario»<sup>70</sup>, etc.), recientemente la instancia excepcional que aflora echa sus raíces en ámbito nacional y está salvaguardado por el gran paraguas normativo de la Carta de Niza. Mucha agua ha pasado bajo los puentes desde el caso *Grogan*<sup>71</sup> en tema de aborto y libre circulación de trabajadores o de

---

AA.VV., *Industrial relations in the new Europe; enlargement, integration, and reform*, editado por LEISINK, P., STEIJN, B., VEERSMA, U., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2007.

<sup>65</sup> Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, *Rec.* p. I-0000.

<sup>66</sup> «La protección del niño está igualmente consagrada en instrumentos elaborados en el marco de la Unión Europea, tales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364, p. 1), cuyo artículo 24, apartado 1, dispone que los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar».

<sup>67</sup> El Tribunal de Justicia ha sido acusado reiteradamente de no «tomar en serio» la tutela de los derechos fundamentales. Cfr. COPPEL, J. - O'NEILL, A., «The European Court of justice: Taking Rights Seriously?», en *Common Market and Law Review*, 1992, pp. 669 ss.

<sup>68</sup> Cfr. CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, pp. 39 ss.

<sup>69</sup> Sentencia del TJCE, de 13 diciembre 1979, *Hauer*, C-44/79, *Rec.* p. 3727 .

<sup>70</sup> Sobre el asunto cfr., E. ROSSI, «Costituzionalizzazione» dell'UE e diritti fondamentali», en AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, editado por ROSSI, E., 2002, pp. 272 ss.

<sup>71</sup> Sentencia del TJCE, de 4 de octubre 1991, *Grogan*, C-59/90, *Rec.* p.I-4685 .

la sentencia *Jani* en tema de prostitución<sup>72</sup>. Es más. Asegura la corte que a este respecto, es necesario señalar que no es indispensable que las medidas restrictivas adoptadas por las autoridades de un Estado miembro para proteger los derechos de los niños, mencionados, correspondan a una concepción compartida por la totalidad de los Estados miembros por lo que respecta al nivel y a las modalidades de dicha protección (véase, por analogía, la sentencia *Omega*). Puesto que tal concepción puede variar de un Estado miembro a otro según consideraciones de orden moral o cultural, procede reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación seguro. En forma embrionaria esta aserción de la corte comunitaria encierra un intento de calibrar comparativamente las dispares culturas jurídicas nacionales.

Desde otro punto de vista, en años más recientes el Tribunal de Justicia tiende a ampliar el alcance del conjunto de derechos fundamentales, yendo más allá de los límites de competencia de la Unión Europea que la propia doctrina *de incorporación* permitiría. Esta tendencia es claramente visible en dos casos recientes inherentes a los derechos de dos sujetos transexuales. *K.B.*<sup>73</sup> y *Richards*<sup>74</sup>. Ambos casos provienen del sistema jurídico inglés donde en el momento de los acontecimientos estaba vigente una peculiar situación legal, que por una parte permitió un cambio de sexo; pero que, a la vez, no consintió que tal modificación se reflejara en el juzgado municipal, impidiendo al transexual disfrutar del *status* reservado a la persona del sexo al cual perteneció después de la operación. En los casos traídos a la atención del Tribunal de Justicia, la imposibilidad para registrar el cambio de sexo impidió al demandante formar matrimonio y así de disfrutar de la pensión del sobreviviente, en un caso, y de ser capaz de jubilarse a los sesenta años —la edad para el retiro femenino— en el segundo caso. En ambos casos la ley inglesa es considerada incompatible con la prohibición de discriminación por razones de género, en varias ocasiones reprobadas por el Tribunal de Luxemburgo y por el Tribunal de Estrasburgo en cuanto a la imposibilidad de la corrección de datos personales registrados en el nacimiento en caso del cambio de sexo. El sistema legislativo inglés terminó por adaptar su propia legislación a las demandas requeridas por distintos principios europeos. Tal obra extensiva de la corte de Luxemburgo se encuentra en una reciente decisión de la corte comuni-

<sup>72</sup> Sentencia del TJCE, de 20 noviembre 2001, *Jani y otros*, C-268/99, *Rec.* p. I- 8615.

<sup>73</sup> Sentencia del TJCE, de 7 de enero 2004, *K.B.*, C 117/01, *Rec.* p. I 541.

<sup>74</sup> Sentencia del TJCE, de 27 abril 2006, *Richards*, C-423/04, *Rec.* p. I-3585.



taria *Tadao Maruko c. Vddb*<sup>75</sup>, donde se afirma que el artículo 1 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa alemana, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia. Una vez más la decisión comunitaria remite al órgano jurisdiccional comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la prestación de supervivencia. La incursión del juez comunitario en el terreno minado de la bioética, si bien con sus limitaciones argumentativas y competenciales, representa un paso ulterior en la óptica constitucionalista, pues en este escenario las determinaciones de alcance constitucional no están soportadas por ninguna pieza de apoyo recabada por las tradiciones constitucionales comunes. Cierto es que el parámetro valorativo es nuevamente el principio de igualdad sustancial, super-principio de la actual corriente constitucionalista europea; y que, de todas formas, la corte se adhiere a una opción ya autónomamente realizada por el legislador alemán mediante modificación del art. 46 del Código de la Seguridad Social. No obstante, la *ratio decidendi* de la corte es estentórea<sup>76</sup>.

La Corte ha empezado a moverse como un juez constitucional a la hora de efectuar un *bilanciamento* entre derechos y libertades fundamentales<sup>77</sup>. La valorización del Tribunal de Justicia no deriva de un incremento competencial de sus funciones, sino más bien de una ampliación de los parámetros evaluativos para la resolución de cuestiones de carácter constitucional. Principios y valores establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales

---

<sup>75</sup> Sentencia del TJCE, de 1 abril 2008, *Tadao Maruko c. Vddb*, C-267/06, *Rec. p. I-5199*.

<sup>76</sup> «Las consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o las razones de carácter presupuestario que influyeron o pudieron influir en que el legislador nacional estableciese un determinado régimen no pueden prevalecer si la pensión sólo afecta a una categoría particular de trabajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo». Sentencia del TJCE, de 1 abril 2008, *Tadao Maruko c. Vddb*, C-267/06, *Rec. p. I-5199*, punto 48.

<sup>77</sup> Cfr. BIONDI, A., «Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedom and Fundamental Individual Rights», en *EHRLRew.*, 2004, pp. 51 ss., según el cual «it is clear that the Court is rapidly developing a human rights discourse which is already implicitly incorporating the rights and values expressed in the Charter».

enriquecen tales índices jurisprudenciales que empiezan también a extenderse a la actividad de los propios órganos comunitarios.

En esta nueva óptica la importancia del caso *Modjahedines* es inequívoca<sup>78</sup>. La decisión fue entregada por el Tribunal del Primer Grado a finales de 2006. Este juicio pertenece a un grupo importante de decisiones en tema de terrorismo y considera algunas regulaciones del Consejo de la Unión Europea que, en la ejecución de resoluciones de Naciones Unidas, prevén restricciones patrimoniales importantes para los grupos de ciudadanos y asociaciones presuntamente relacionados con redes terroristas. En todos los casos relacionados con actividades terroristas las numerosas violaciones de derechos fundamentales fueron reclamadas por la violación del derecho a la propiedad, el derecho a la defensa y el derecho a la tutela judicial eficaz. Los recursos provienen de la circunstancia de que las listas de supuestos terroristas son compiladas sin permitir a los sujetos explicar sus propios motivos, sin permitirles refutar la prueba recogida contra ellos. El Tribunal de Primera Instancia afrontó esta problemática en varios casos, como *Yusuf y Kadi*<sup>79</sup>, *Ayadi y Hassan*<sup>80</sup> y en el caso *Modjahedines* con diferentes resoluciones.

El primer grupo de decisiones termina por sacrificar completamente los derechos fundamentales de los demandantes. En los casos *Yusuf y Kadi* los jueces de primer grado, tras realizar un complejo giro argumentativo sobre las relaciones entre fuentes comunitarias, fuentes internacionales, derechos fundamentales y *jus cogens*, zanjaron cualquier tipo de censura, afirmando que la revisión de los actos de la Unión Europea terminaría en una revisión indirecta de las resoluciones de Naciones Unidas, que, como fuentes de derecho internacional, prevalecen sobre el Derecho Comunitario. Las resoluciones de Naciones Unidas sólo están delimitadas por *el jus cogens*, que el Tribunal no considera haya sido violado en el caso de autos.

En los juicios *Ayadi y Hassan*, el Tribunal repite el núcleo conceptual de las decisiones anteriores, considerando que los reglamentos comunitarios impugnados no implican el ejercicio de algún poder discrecional de

---

<sup>78</sup> Sentencia del TPI, 12 de diciembre de 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran contra Consejo de la Unión Europea*, T 228/02, Rec. 2006 p. II-4665.

<sup>79</sup> Sentencias del TJCE, de 21 septiembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo*, T-306/01, Rec. p. y *Yassin Abdullah Kadi/Consejo*, T-315/01, Rec. p. II-3533.

<sup>80</sup> Sentencias del TPI, de 12 julio 2006, *Chafiq Ayadi / Consejo de la Unión Europea y Faraj Hassan / Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas* T-253/02 y T-49/04, Rec. p. II-52.

las instituciones de la Comunidad, de modo que un juicio del Tribunal acerca de tales actos comportaría inevitablemente un juicio de las resoluciones de Naciones Unidas. El caso *Modjahedines*, sin embargo, se diferencia de los precedentes grupos porque el Tribunal detecta una violación de derechos fundamentales respecto de la Posición Común 2002/340/PESC del Consejo, de 2 de mayo de 2002 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, que incluye la *Organización des Modjahedines du peuple d'Iran* en la lista de terroristas.

La diferente actitud del Tribunal en este caso último reside en el hecho de que, a diferencia de los casos anteriores, la inclusión de los demandantes en la lista de terroristas no se realizó directamente en virtud de las resoluciones de Naciones Unidas, sino, al contrario, por las instituciones europeas. *People's Mojahedin Organization of Iran* sufre múltiples prejuicios derivados por sanciones económicas en virtud de una opción discrecional de las instituciones europeas, que, a fin de poner en práctica una resolución de Naciones Unidas, identificaron a las personas jurídicas y físicas que cometen o tratan de cometer actos de terrorismo, o ayudar e instigar a tales personas u organizaciones y sanciones infligidas como la congelación de activos y medios financieros<sup>81</sup>. La determinación esgrimida por los jueces de primer grado representa un importante punto de inflexión, porque no sólo el Tribunal usó la sanción de anulación del acto impugnado, allí donde ni las propias decisiones de los tribunales constitucionales nacionales parecen preferir soluciones de naturaleza interpretativa; sino que los jueces comunitarios resultaron ser más severos y exigentes hacia sus propias instituciones respecto de lo requerido por las organizaciones internacionales y los Estados miembros. La actitud valiente del Tribunal de Primera Instancia ha sido posteriormente moderada por la reciente decisión de 23 de octubre siempre acerca el mismo asunto, pero que se enmarca en una posterior Decisión 2007/445/CE del Consejo, de 28 de junio de 2007, surgida a raíz de la sentencia de 2006. El elemento de mayor innovación, no obstante, se alberga en la relación dialógica que el TPI instaura con los jueces nacionales al remitirse a una decisión de la *Proscribed Organisations Appeal Commission (Open Determination)* PC/02/2006, de 30 de noviembre de 2007, que esti-

<sup>81</sup> En el apartado 117 se afirma que «puesto que la determinación de las personas, grupos y entidades contemplados en la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y la adopción de la medida de congelación de fondos que la acompaña constituye el ejercicio de una facultad propia, que implica una apreciación discrecional de la Comunidad, el respeto del derecho de defensa de los interesados se impone, en principio, a las instituciones concernidas, en este caso el Consejo, cuando éstas actúan para cumplir la mencionada Resolución».

mó un recurso interpuesto contra la decisión del *Home Secretary* de 1 de septiembre de 2006 por la que se negaba a levantar la prohibición de la demandante como organización implicada en actos de terrorismo y ordenó al citado *Home Secretary* que presentara al Parlamento del Reino Unido un proyecto de resolución (*Order*) por el que eliminaba a la demandante de la lista de organizaciones prohibidas con arreglo a la *Terrorism Act* 2000. En esta decisión, el juez inglés calificó de «perversa» la conclusión del *Home Secretary*, contenida en su decisión de 1 de septiembre de 2006 por la que se negaba a levantar la prohibición impuesta a la demandante y según la cual ésta todavía era, en esos momentos, una organización «implicada en actos de terrorismo», en el sentido del *Terrorism Act* de 2000. La apreciación del órgano decisorio inglés se mueve en el sentido de que, basándose en los datos que el *Home Secretary* tenía a su disposición, ninguna persona razonable podría haber llegado a tal conclusión. La decisión de anular el artículo 1 de la Decisión 2007/868/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2007 se basa exclusivamente en la consideración de que «la decisión de la POAC reviste una importancia considerable para el presente procedimiento», en la medida en que las objeciones efectuadas por la corte inglesa no han sido suficientemente apreciadas por el Consejo de la Unión Europea. Pero aún más relevante es la sentencia *Kadi* del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2008<sup>82</sup>, que procede a anular las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 21 de septiembre de 2005, *Kadi/Consejo y Comisión* (T-315/01) y *Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión* (T-306/01). Se anula, además, en lo que respecta al Sr. *Kadi* y a *Al Barakaat International Foundation* el Reglamento (CE) n.º 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 467/2001 del Consejo. A la misma guisa de las «sentencias transitorias» de los tribunales constitucionales nacionales, sin embargo, la corte comunitaria decide mantener los efectos del Reglamento n.º 881/2002, en lo que respecta al Sr. *Kadi* y a *Al Barakaat International Foundation*, durante un período de tres meses como máximo a partir de la fecha en que se dicte la presente sentencia. Este *grand arrêt* del Tribunal de Justicia culmina probablemente la trayectoria constitucional europea, allí donde se ocupa de los

---

<sup>82</sup> Sentencia del TJCE, de 3 septiembre 2008, *Kadi*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, (pendiente de publicación).

límites del control de la legalidad interna del Reglamento 881/2002 desde el punto de vista de los derechos fundamentales<sup>83</sup>. El círculo de *cross-fertilisation* judicial se cierra. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia revierte el perfil de protección de los derechos fundamentales en la apreciación de legalidad de los actos comunitarios<sup>84</sup>. Estamos ante una imprescindible aserción judicial, que prescinde por completo de la entrada en vigor del Tratado Constitucional. El cuerpo del sistema comunitario sigue andando a despecho de la desnudez del rey. Pero tal sustanciación constitucional no puede prescindir de las relaciones con las otras cortes internacionales y nacionales: es un léxico jurídico dialógico, necesariamente dialógico. Esta conexión dialéctica se refleja *de plano* en el principio de *primauté*, que en el caso analizado se refiere al nexo entre Derecho Comunitario y el superordinado Derecho Internacional. La vía permeable entre dos órdenes claramente ha de ser seguida también en la relación entre el propio Derecho Comunitario y los sistemas constitucionales nacionales<sup>85</sup>. El artículo 6 del abortado Tratado Constitucional se sustancia en su vertiente constitucional mediante la referencia al actual artículo 6 TUE. Naturalmente la culminación constitucional de la operación de reelaboración de la Carta de Derechos Fundamentales ha provocado un indudable incremento de la legitimidad material de la propia corte comunitaria, que, como ya *ad abundantiam* apuntado, se incrementa sólo mediante la innovadora característica de permeabilidad de los principios vertebradores de las relaciones entre Derecho

---

<sup>83</sup> Asevera el juez de Luxemburgo que «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El TEDH reviste en este contexto un significado particular (véase en particular la sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*, C 305/05, *Rec.* p. I 5305, apartado 29 y jurisprudencia que allí se cita)».

<sup>84</sup> «De estos precedentes se deduce que las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del Tratado CE, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, y que el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido por dicho Tratado» [énfasis añadida].

<sup>85</sup> «No cabe interpretar dichos artículos en el sentido de que permitan establecer excepciones a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, consagrados como bases de la Unión en el artículo 6 UE, apartado 1».

Comunitario y ordenamientos estatales. El caso *Kadi* de 2008 ha mostrado *apertis verbis* que la actividad jurisdiccional no puede ser reducida a la aplicación mecánica de la ley en forma del silogismo judicial y que en años recientes el papel de los jueces asume más relevancia, en particular en campos relacionados con derechos fundamentales. En esta óptica es esencial estudiar las reacciones de los jueces nacionales, máxime de rango constitucional, en la segunda parte de este trabajo. También es necesario analizar la recaída de los principios de *primauté*, eficacia directa y responsabilidad con el fin de alejar los espectros del «colonialismo judicial»<sup>86</sup>. El funcionamiento del paradigma comunitario, al contrario, abre horizontes diversos al temido efecto de centralización, divisado en algunas decisiones comunitarias citadas. Es cierto que en los terrenos más éticamente sensibles, como en tema de bioética o de libertad de religión, no existiendo un consolidado cimiento en las tradiciones constitucionales nacionales, la corte comunitaria se expone al riesgo de alterar el equilibrio existencial de varias culturas diferentes.

#### IV. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO HERMENÉUTICO: LA GRAMÁTICA DEL DIÁLOGO JUDICIAL

Si la corriente judicial de naturaleza constitucional pretende fluir en el futuro en la dirección emprendida por la reciente sentencia *Kadi*, ha de emprender contemporáneamente una paralela labor de confrontación con los órganos decisorios nacionales habilitados para la aplicación e interpretación de su Constitución. Analizaremos, pues, los principales cambios en el nuevo planteamiento de los principios básicos de las relaciones Estados-Derecho Comunitario.

La tensión dialéctica en la perspectiva de la articulación entre ordenamientos jurídicos ha de desarrollarse naturalmente en un plano inclinado, es decir siempre en la dirección del sistema comunitario. El punto firme del diálogo jurisprudencial sigue siendo el principio de primacía de las normas comunitarias, incluso respecto de las sentencias firmes nacionales. La dirección de la *judicial conversation* se determina en dos sentencias siempre en materia de ayudas de Estados: una en materia de *res iudicata*, la decisión *Lucchini*<sup>87</sup>, la otra en tema de responsabilidad del Estado, el

<sup>86</sup> CARTABIA, M., «'Taking Dialogue Seriously'. The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union», *loc. cit.*, p. 15.

<sup>87</sup> Sentencia del TJCE (Gran Sala), de 18 julio de 2007, *Ministero dell' Industria, del Commercio e dell' Artigianato/Lucchini Siderurgica SpA*, C-119/05, *Rec.* p. I-06199.

fallo *Traghetti del Mediterraneo*<sup>88</sup>. En ambos pronunciamientos la referencia es la conformación particular entre ordenamiento comunitario y sistema estatal, caracterizada, en la opinión del Tribunal Constitucional español, no por una sobre ordenación jerárquica (supremacía), sino por una preferencia aplicativa (primacía).

En la primera sentencia la corte comunitaria aclara que la decisión de la Comisión acerca de la devolución de los fondos estatales, considerados ayudas de Estado ilícitas, prima sobre el artículo 2909 código civil italiano sobre el dogma de la «*res iudicata inter partes*». En febrero 2008 con la decisión *Kempter*<sup>89</sup>, llega la revalidación de la jurisprudencia *Kühne & Heitz*<sup>90</sup> en orden a la primacía del Derecho Comunitario sobre las decisiones administrativas nacionales. En el marco de un procedimiento ante un órgano administrativo que tiene por objeto revisar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza en virtud de una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional que conocía en última instancia, estando dicha sentencia fundada en una interpretación errónea del Derecho comunitario a la vista de la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia, las decisiones adoptadas con arreglo al Derecho Comunitario priman sobre las resoluciones administrativas. Una vez encauzado el sentido del diálogo judicial (es la corte de Luxemburgo quien impulsa este mecanismo de intercambio judicial: el plano está inclinado a favor del órgano judicial de integración), hay que precisar que el vocablo primacía implica una regla de conflicto de competencia y la nueva regla de primacía una nueva dimensión bidimensional supranacional-estatal<sup>91</sup>. Este diálogo judicial de tipo metodológico puede expresarse en diferentes orientaciones: en los contenidos del principio de primacía constitucional mediante la dialéctica de los *controlimiti*<sup>92</sup> estatales,

---

<sup>88</sup> Sentencia del TJCE, de 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA/Repubblica italiana*, C-173/03, *Rec.* p. I-05177.

<sup>89</sup> Sentencia del TJCE, de 12 febrero 2008, *Kempter KG vs Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-2/06, *Rec.* p. I-411.

<sup>90</sup> Sentencia del TJCE, de 13 de enero de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, *Rec.* p. I-837.

<sup>91</sup> CLAES, M., «The European Constitution and the Role of National Constitutional Courts», en ALBI, A. - ZILLER, J. (eds.), *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, The Hague, Kluwer Law International 2007, p. 240: «Against this background, it has been commented that '[t]he principle of supremacy remains essentially "two-dimensional", it is a complex, layered reality of dialogue and persuasion».

<sup>92</sup> Cfr. GROPPI, T., «La *primauté* del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional; un punto de vista comparado», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2006, n.º 5, pp. 225-243.

en el funcionamiento de *cross-fertilisation* judicial y en los procesos hermenéuticos de aplicación.

El primer elemento, objeto de ulterior análisis en la segunda parte del trabajo, va ahora encuadrado en un discurso conceptual de colaboración, no ya entendido en términos de *controlimiti*, que representan la amenaza encima de la mesa del diálogo, límite último de las conversaciones entre jueces<sup>93</sup>, sino como patrimonio constitucional que circula entre Cortes estatales y Tribunal de Justicia y está destinado a formar parte también del bagaje cultural de la corte comunitaria. En este sentido el principio de primacía es bidimensional, es decir permeable a varias realidades constitucionales y capaz de fomentar el diálogo entre jueces. T. Groppi afirma que el nuevo constitucionalismo se mueve justamente no en una dirección de contraposición (*Primauté vs. Controlimiti*), sino en una dirección de vivaz y tensa colaboración entre sistemas constitucionales (*Primauté y Controlimiti*)<sup>94</sup>. Justamente en el momento en que se ha cristalizado la cláusula de *primauté* en el Tratado Constitucional, la Unión Europea no dogmatiza una versión granítica a la par de la Costa c. ENEL, sino una visión dinámica que admite desde su interior el límite del artículo 5 del abortado Tratado Constitucional sobre el respeto de la identidad nacional por parte de la Unión, en vía aplicativa por el artículo II-53 sobre el nivel de protección de los derechos. Se ha defendido en este contexto la imprescindible relevancia de una nueva teoría de la interpretación, capaz de conjugar el sistema nacional con el paradigma comunitario<sup>95</sup>. Una Unión europea que tiende a un nuevo constitucionalismo judicial, no puede consentir la aplicación de un principio de primacía *tout court*, máxime en materia de derechos fundamentales: debe reconocer la posibilidad de aplicar disposiciones nacionales que reconozcan niveles más elevados de protección<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> MARTINICO, G. - POLLICINO, O., «Between Constitutional Tolerance and Judicial Activism: the ‘Specificity’ of European Judicial Law», en *European Journal of Law Reform*, Vol. X, n.º 1, p. 125.

<sup>94</sup> GROPPi, T., «La *primauté* del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional; un punto de vista comparado», *loc. cit.*, pp. 225-243.

<sup>95</sup> RUGGERI, A., «Tradizioni costituzionali comuni» e «controlimiti», tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione, en AA. VV., (cur.), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, editado por Falzea - Spadaro - Ventura, Torino, 2003, p. 505: «In pratica, l’art. 53 della Carta [...] si configura come la clausola di legittimazione della dottrina dei controlimiti, visti però non più in chiave statica, come momenti di estrema difesa dell’ordinamento nazionale, quanto piuttosto in chiave dinamica, come momenti di raccordo finalizzati a garantire il massimo di tutela ai diritti».

<sup>96</sup> CELOTTO, A. - GROPPi, T., «Primauté e controlimiti nel progetto di Trattato costituzionale», en *Quaderni costituzionali*, 2004, p. 870: «Si ammette, così, che una norma



Del análisis de las recientes decisiones de naturaleza constitucional, se deduce *de plano* que la dialéctica legislativa del artículo 95 TCE en tema de armonización de legislaciones, en la que se halla latente la problemática de la *primauté* del Derecho Comunitario sobre las normas nacionales, ha de completarse con otra tipología de armonización de carácter jurisprudencial y constitucional, que ya no se limita a asumir como punto de referencia las libertades fundamentales, cuya *ratio communitatis* se impone a las *exceptiones nationis*, sino que alarga el horizonte a nuevos derechos fundamentales en materia de terrorismo, bioética, derecho de huelga, etc. Cuanto más profundamente radicados se hallen estos derechos fundamentales en las tradiciones constitucionales nacionales y en su transcripción constitucional comunitaria de la Carta de Niza, tanto más ardua será la operación de *ponderación* de los intereses a nivel constitucional efectuada por la corte comunitaria. Aquí, por tanto, no se trata ya de sopesar la *ratio* de la *primauté* y sus excepciones nacionales, máxime porque los derechos fundamentales emergentes no van interpretados en clave restrictiva, sino de cambiar la misma óptica sustancial y procesal del principio de primacía, entablando un diálogo *inter pares* con las Cortes constitucionales nacionales. Los derechos fundamentales no han de ser considerados ni son, en efecto, límites externos a las libertades fundamentales, como ha sido en la época más «mercantilista» de la interpretación pretoriana del artículo 100 TCEE y del actual artículo 95 TCE; en virtud de su elevado rango constitucional y, dentro de este terreno, de la extrema variedad de soluciones compartidas por la mayoría de las tradiciones constitucionales o de la heterogeneidad de las políticas nacionales, como en la temática de la bioética, la operación de ponderación de intereses a la que está llamada la corte comunitaria cobra una complejidad tal que no puede favorecer la adopción de posturas absolutistas<sup>97</sup>. De aquí la exigencia muy sentida en la corte comunitaria de proceder a un intercambio institucional y conceptual con las cortes constitucionales, fundado en una óptica de «*primauté* templada»<sup>98</sup>.

Si el principio de primacía experimenta un sensible cambio procesal y sustancial, tal cambio se extiende también a los otros principios regidores

---

nazionale possa derogare alla norma comunitaria: i controlimiti acquistano una propria legittimazione, quale forma dinamica di prevalenza del diritto nazionale, rispetto al caso concreto; la *primauté* assume contenuti nuovi e differenti, ammettendo deroghe a livello nazionale».

<sup>97</sup> PALMERINI, E., *Le frontiere del biodiritto*, en AA.VV., *Liber amicorum per Francesco Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 293.

<sup>98</sup> GROPPI, T., «La *primauté* del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional; un punto de vista comparado», *loc. cit.*, p. 243.

de las relaciones entre sistemas estatales y ordenamiento comunitario. En primer lugar, el elemento conceptual de mayor importancia en el paradigma comunitario es el principio de interpretación conforme, bisagra jurídica entre los dos principios de primacía y eficacia directa.

A la hora de aplicar el derecho interno relevante para el Derecho Comunitario, la corte ha considerado que el juez nacional, habida cuenta de la interpretación de los derechos fundamentales ofrecida por el juez comunitario, esté obligado a desaplicar cualquier disposición nacional discriminatoria, independientemente de la existencia en el derecho nacional de disposiciones que le atribuyan competencia al respecto. Justamente esta tendencia jurisprudencial hacia la afirmación de los derechos fundamentales orienta al juez nacional hacia la superación de los límites a los efectos horizontales de las directivas. En la sentencias *Del Cerro Alonso*<sup>99</sup> e *Impact*<sup>100</sup>, que tienen por objeto de la controversia una vez más la política social, y en especial los contratos de duración determinada, la corte comunitaria pone en el centro de su actividad hermenéutica el principio de igualdad, como principio vertebrador de un nuevo derecho europeo, en la misma línea de lo analizado en los mencionados casos *Laval* y *Viking*. Allí como en el fallo *Impact*, la prohibición de discriminación se eleva a principio aplicativo de la eficacia directa del Derecho Comunitario, no sólo establecido hacía el derecho primario (*Laval* y *Viking*) sino también en el plano del derecho derivado, en especial en las directivas y en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Está claro que la referencia común a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores induce a una mayor apertura interpretativa del texto normativo en materia laboral<sup>101</sup>. Las voces críticas de la nueva orientación pretoriana han bien apuntado al mecanismo epistemológico, cuando afirman que en la sentencia *Mangold* la corte comunitaria ha inaugurado una nueva época de relaciones jurídicas con las tradiciones constitucionales estatales, recabando así un principio general de Derecho Comunitario<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Sentencia del TJCE, de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, C 307/05, *Rec.* p. I 8389

<sup>100</sup> Sentencia del TJCE (Gran Sala), de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, *Rec.* p. I 2483.

<sup>101</sup> «La cláusula 4 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social comunitario que no puede ser interpretado de manera restrictiva», Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de abril de 2008, *cit.*, punto 114.

<sup>102</sup> HERZOG, R. - GERKEN, L., «Stop the Court of Justice», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 septiembre 2008, p. 1.

El Tribunal de Justicia desarrolla su función equilibradora en la dirección de un nuevo constitucionalismo sustancial, combinando el principio de igualdad con la obligación de interpretación conforme. Una vez más se escoge un instrumento hermenéutico con el fin de ampliar el horizonte constitucional europeo sin disipar el bagaje cultural de las constituciones nacionales. El efecto directo reivindicado en estas sentencias se entrelaza con el principio de primacía del Derecho Comunitario<sup>103</sup> mediante el reciente relanzamiento del principio hermenéutico de la interpretación conforme<sup>104</sup>. Se trata de un efecto estructural<sup>105</sup> de la norma comunitaria, en tanto que dirigida a asegurar la continua adecuación de las normas, anteriores o posteriores, del sistema interno al contenido y a los objetivos del ordenamiento comunitario<sup>106</sup>. La obligación de interpretación conforme es inherente al sistema del Tratado y se extiende al ordenamiento nacional en su conjunto, por tanto también a los convenios colectivos<sup>107</sup>.

Con la posterior sentencia *Pupino*<sup>108</sup>, la corte va más allá, extendiendo el principio de interpretación conforme al tercer pilar<sup>109</sup>. La Corte de Lu-

---

<sup>103</sup> En el tema de efecto directo como «a social ordering», cfr. DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order», en AA.VV., *The Evolution of EU Law*, editado por CRAIG, P., DE BURCA, G., OUP, Oxford, 1996, pp.177-213; CRAIG, P., «Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization in EEC Law», en *Oxford Journal Legal Studies*, 1992, p. 458.

<sup>104</sup> Cfr. PRECHAL, S., *Directives in EC law*, Oxford, 2005; D. Simon, *La directive européenne*, París, 1997; DE BURCA, G., «Giving effect to European Community Directives», en *Modern Law Review*, 1992, p. 215; CRETINE, D., «L'applicabilité directe en droit interne des dispositions des directives communautaires», en *Gazette du Palais*, 1971; PICCONE, V. - SCIARRA, S., «Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali», en *Foro it.*, 2006, IV, p. 342.

<sup>105</sup> Conclusiones del Abogado General Tizzano en Tribunal de Justicia, 22 noviembre 2005, *Mangold v. Rudger Helm*, C-144/04, punto 117: «La obligación de interpretación conforme es uno de los efectos “estructurales” de la norma comunitaria que permite, junto con el instrumento más “invasivo” de la eficacia directa, la adaptación del Derecho interno a los contenidos y a los objetivos del ordenamiento jurídico comunitario»

<sup>106</sup> Sentencia del TJCE, 5 de octubre de 2004 *Pfeiffer*, C 397/01 - 403/01, *Rec.* p. I-8835.

<sup>107</sup> «El principio de interpretación conforme requiere, por tanto, que el órgano jurisdiccional remitente haga todo lo que esté dentro de sus competencias, tomando en consideración el conjunto de normas del Derecho nacional, para garantizar la plena efectividad de la Directiva» Sentencia *Pfeiffer*, *cit.*, punto 118.

<sup>108</sup> Sentencia del TJCE, de 16 mayo 2005, *Maria Pupino*, asunto C-105/03, *cit.*

<sup>109</sup> Y afirmando que, además, este concepto requiere que «el juez nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la decisión marco». Sentencia *Maria Pupino*, *cit.*, punto 47.

xemburgo ha, luego, confirmado, en la discutida *Mangold*<sup>110</sup>, su propio papel de *law maker*<sup>111</sup> en la elaboración del sistema comunitario de derechos fundamentales, llegando a la conclusión que los principios generales del Derecho Comunitario —de momento sólo el metaprincipio de igualdad y no discriminación— imponen la desaplicación de la normativa interna contraria, a prescindir de la vinculatividad de la norma comunitaria.

En la siguiente decisión *Cordero Alonso*<sup>112</sup> el Tribunal de Justicia impone una declinación del principio de colaboración en clave de desaplicación de la ley nacional contraria con un principio general, aun cuando la jurisprudencia constitucional del Estado (español, en el caso específico) interprete de diferente forma el mismo principio reclamado en ámbito comunitario.

Con la reciente sentencia *Velasco Navarro*<sup>113</sup>, la denominada «comunitarización» del ordenamiento interno, declinada por el juez comunitario de manera aislada en el fallo *Mangold* en clave de incompressible tutela de los principios generales del derecho supranacional, asume una dimensión harto consolidada. A la extensión horizontal de las materias de rango constitucional culminada en la decisión *Kadi* de 2008, corresponde, pues, la completa tutela judicial mediante el principio de interpretación conforme con la sentencia *Velasco Navarro* de 2008<sup>114</sup>. Se va cerrando el círculo constitucional así como ya divisado en la premonitora aserción del Aboga-

---

<sup>110</sup> Sentencia del TJCE, de 22 noviembre 2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. p. I-9981. En oposición feroz con esta sentencia, y con el hiperactivismo judicial, se pronuncian HERZOG, R. - GERKEN, L., «Stop the Court of Justice», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 septiembre 2008, p. 1.

<sup>111</sup> «Comparable with the role of the Supreme Court» of United States of America», según SCHERMES, H.G. - WAELBROECK, D., *Judicial protection in the European Communities*, V ed., Deventer, 1992.

<sup>112</sup> Sentencia del TJCE, de 7 septiembre 2006, *Cordero Alonso*, C-81/05, Rec. p. I-7569.

<sup>113</sup> Sentencia del TJCE, de 17 enero 2008, *Velasco Navarro/ Fondo de Garantía Salarial*, C- 246/06, Rec. p. I-0000.

<sup>114</sup> Los apartados 33 y 34 de ésta última rezan: «Debe recordarse que el artículo 33, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores dispone, en caso de insolvencia del empresario, tal garantía de pago de determinadas indemnizaciones a causa de despido o extinción de los contratos previstas por este mismo Estatuto. Por consiguiente, procede estimar que a dicha disposición nacional le es aplicable, desde la fecha de entrada en vigor de la Directiva 2002/74, el artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 80/987 y por ello está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En consecuencia, está supeditada, desde esa fecha, al respeto de los principios generales y los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario».

do Saggio en la famosa sentencia *Océano*<sup>115</sup>. En las últimas decisiones de la corte comunitaria parece emerger un mecanismo interpretativo según el cual, cuando el resultado esperado pueda ser conseguido, acantonando los obstáculos presentes en la ley nacional, se puede recurrir tan sólo al principio de primacía sin verificar la operatividad del efecto directo. Tal recurso ha de ser avalado mediante las directrices de los derechos fundamentales. Paralelamente a la profundización constitucional, se va proponiendo en los mecanismos aplicativos del Derecho Comunitario un desplazamiento del eje del plano de la teoría de las fuentes al de la teoría de la interpretación<sup>116</sup>, poniendo la tutela de los derechos fundamentales más allá de la *querelle* sobre competencias y en coincidencia con la tendencial afirmación de los derechos fundamentales en ámbito constitucional.

Ante el reforzamiento de los llamados mecanismos paliativos al principio de eficacia un letrado del Tribunal de Justicia se preguntaba si ha llegado el momento para abandonar completamente el concepto de efecto directo de las directivas y, a largo plazo, del propio acto-directiva<sup>117</sup>. Esta aproximación radical tendría la ventaja de simplificar las reflexiones en un ámbito caracterizado por una gran complejidad<sup>118</sup>.

El reciente recurso al principio hermenéutico —muy frecuente y extensivo como se ha podido notar— denota una aproximación epistemológica intrínseca a un paradigma comunitario, fundado en la coexistencia del bagaje cultural nacional y del criterio de *civilisation* del sistema comunitario. El requisito de la interpretación conforme a las directivas es el revulsivo conceptual para un proceso legal que no pretenda armonizar unilateralmente los sistemas europeos en la dirección vertical, todavía menos los unifica

<sup>115</sup> «Una aplicación correcta del principio de supremacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno y el deber de garantizar una aplicación uniforme de las normas comunitarias implican que las Directivas a las que no se ha adaptado el Derecho interno, una vez transcurrido el plazo para ello, pueden producir el efecto de *excluire la aplicación de la norma nacional no conforme*, también cuando, por falta de precisión o porque no tienen eficacia directa en las relaciones “horizontales”». Conclusiones en el asunto *Océano Grupo Editorial*, presentadas el 16 de diciembre de 1999 (STJCE de 27 de junio 2000, C-240 a 244/98, *Rec.* p. I-4941).

<sup>116</sup> Cfr. RUGGERI, A., «Carte internazionali dei diritti. Costituzione europea. Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema, ponencia presentada en La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», organizado por el Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 28 febrero-2 marzo 2007.

<sup>117</sup> MILLET, T., «El efecto directo de las directivas ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?», en *Estudios de Derecho judicial*, 2006, pp. 69-138.

<sup>118</sup> MILLET, T., «El efecto directo de las directivas...», *op. et loc. cit.*, p. 136.

coercitivamente, sino que los conduce en la relación mutua con perspectiva de producir compatibilidades normativas. El requisito de la interpretación conforme a las Directivas comunitarias genera una formación evolutiva del Derecho. Esto provoca la emersión de fuerzas integrantes dentro de los sistemas internos que estimulan el aprendizaje institucional, provocando un proceso empírico que nunca llega a un final pero continuamente se reactiva, es decir funciona en la manera evolutiva<sup>119</sup>.

Por una parte, este proceso apunta hacia la formación de un orden legal policéntrico del Derecho Europeo no tanto mediante la *ley sustancial*, sino por la *vía procesal*. En cierto modo, este mecanismo conlleva que los sistemas de Derecho de los Estados miembros estén destinados a interactuar entre ellos no tanto interviniendo a nivel sustancial de la ley, sino influyendo en doctrinas metodológicas nacionales.

Además, la exigencia de interpretación en conformidad con las Directivas es principalmente *una norma de conflicto legal*, y sólo secundariamente *una norma interpretativa*.

El Tribunal de Justicia no está, mediante el instrumento de interpretación en conformidad con directivas, imponiendo modelos unilaterales de derecho y sociedad en los Estados miembros, sino que está estimulando el desarrollo del aprendizaje institucional directamente en los sistemas legales municipales. Este proceso cognitivo se aclara cuando, usando la distinción propuesta por Hayek entre orden legal y orden de acciones, se observa cómo el juez comunitario obliga a los mundos tradicionalmente «*monadológicas*» de los sistemas legales a abrirse cognoscitivamente<sup>120</sup>.

En términos de teoría legal, los sistemas nacionales tienden a oponer una resistencia persistente a la transferencia institucional<sup>121</sup>. La aceptación en ámbito interno de este proceso hermenéutico va más allá del nivel meramente legislativo: aquí la armonización se desarrolla en un vía más profundamente cultural.

<sup>119</sup> Esta condición hermenéutica es, en efecto, «not a ‘command to take over foreign law’ but, with a little exaggeration, a ‘self reflexivity order’»; AMSTUTZ, M., «In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning», en *European Law Journal*, Vol. 11, n. 6, 2005, p. 769.

<sup>120</sup> AMSTUTZ, M., «In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning», *loc. cit.*, p. 775.

<sup>121</sup> TEUBNER, G., «Idiosyncratic Production Regimes: Coevolution of Legal and Economic Institutions in the Varieties of Capitalism», en AA.VV., *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, editado por ZIMAN, J., Oxford University Press, 2002, p. 174: «in short, a remarkable historical continuity in their own stubborn development, even and especially in times of all-leveilling globalization’».

Tal operación hermenéutica implica una diversa sensibilidad judicial y una distinta función crítica del juez nacional. En este nuevo contexto ‘constitucionalista’, el órgano jurisdiccional nacional ha de adoptar una actitud institucional no meramente mecanicista, sino más bien responsablemente crítica. A la mayor permeabilidad de los nuevos principios de primacía y efectividad consigue una mayor concienciación del juez nacional llamado a conocer y conjugar paradigmas, una mayor responsabilidad en el nuevo paradigma comparatista comunitario.

La mayor flexibilidad valorativa introducida en la responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario con la introducción de la violación suficientemente caracterizada ha activado el mecanismo de colaboración judicial, favoreciendo el funcionamiento del mecanismo de *cross-fertilization*. La sentencia *Traghetti* se perfila como banco de prueba de la culpa como vehículo de *judicial cross-fertilization*, aclarando el alcance y extensión de la *faute lourde* en el terreno de la responsabilidad judicial. Ya en las postrimerías del Tratado de Maastricht se abrió camino la convicción de que la sistemática inutilización del cauce institucional del diálogo judicial, es decir la cuestión prejudicial establecida por el artículo 234 TCE, tenía que ser objeto de un método sancionador más vinculante<sup>122</sup>. Una vez más a la vigilia de la Conferencia Intergubernamental de Niza el informe encargado al antiguo presidente del Tribunal de Justicia O. Due contemplaba la necesidad de endurecer las sanciones por la falta de remisión de las cuestiones prejudiciales por parte de las Altas Cortes nacionales también mediante condena en el procedimiento previsto por los artículos 226 y siguientes<sup>123</sup>. Los representantes gubernamentales trataron de encauzar la respuesta sancionadora dentro del entramado del Tratado de la Comunidad Europea, mientras la corte comunitaria contraataca estableciendo el principio de responsabilidad también por la conducta de las Cortes de últimas instancias con las decisiones *Köbler* de 2003<sup>124</sup> y *Traghetti* 2006. La sentencia *Traghetti*, por tanto, va a incidir significativamente justamente en el núcleo del nuevo constitucionalismo hermenéutico, es decir en la

---

<sup>122</sup> Cfr. TRIDIMAS, T., «Knocking on Heavens Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Ruling System», en *Common Market Law Review*, 2003, n.º 40, pp. 9 y ss.

<sup>123</sup> *The report by the working party on the future of the European Communities' court system*, p. 16.

<sup>124</sup> Sentencia del TJCE, de 30 de septiembre de 2003, *Gerhard Köbler / Republik Österreich*, C-224/01, *Rec.* p. I-10239.

capacidad interpretativa del juez nacional<sup>125</sup>. De esta operación de responsabilización de la actividad hermenéutica judicial se ha ocupado paralelamente la Comisión Europea en el caso C-129/00, 9 diciembre 2003, *Comisión c. Italia*, donde se contestaba a la República Italiana de haber mantenido en vigor una normativa nacional que, así como interpretada por los jueces italianos, incluida la *Corte di Cassazione*, hacía prácticamente imposible o excesivamente difícil el reembolso de los impuestos percibidos, violando el Derecho Comunitario. La comisión no reclamaba la incompatibilidad respecto de las normas comunitarias del legislador nacional, cuya disciplina podía calificarse de manera neutral, sino su interpretación por parte de la jurisprudencia.

El mecanismo epistemológico no sólo connota la faceta sancionadora, sino que aflora muy emblemáticamente en sede de conjugación de los requisitos diseñados por el Tribunal de Justicia para reclamar la responsabilidad del Estado.

La propia corte comunitaria especifica que la violación suficientemente caracterizada, extrapolada por el sistema francés de *faute administrative*, ha de ser calibrada al margen de discrecionalidad confiada a las autoridades nacionales y, por tanto, en el supuesto de la responsabilidad del Estado por actividad judicial sólo se manifiesta en casos excepcionales en que el juez ha violado de manera manifiesta el derecho viviente. Es la reelaboración comunitaria del requisito de la *faute lourde* francesa, que va a conjugarse, a modo de paradigma gramatical, con los sistemas nacionales de responsabilidad administrativa, originando figuras híbridas, frutos de la dinámica de la *cross-fertilisation* judicial<sup>126</sup>. Frente a una conducta nacional de amplios márgenes de discrecionalidad, cuyo perfil sancionador se delinea en términos de excepcionalidad, emergen otras situaciones connotadas por la *faute simple*, es decir por una violación *in re ipsa* de las normas de Derecho Comunitario.

La gradualidad de la culpa del aparato estatal comprende un abanico de supuestos que abarca desde la *faute anonyme* (por ejemplo, violación de una directiva) hasta la *faute lourde* (violación grave y manifiesta de una obligación comunitaria de extensa discrecionalidad)<sup>127</sup>. No sólo muda el

<sup>125</sup> Cfr. CONTI, R., «Responsabilità per atto del giudice, legislazione comunitaria italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata», en *Danno resp.* 2006, n.º 11, p. 1516; LAZARI, A., *Modelli e paradigmi di responsabilità dello Stato*, cit., p. 279.

<sup>126</sup> Cfr. AA.VV., *Convergence and Divergence in European Public Law*, editado por BEAUMONT, P. - LYONS, C. - WALKER, N., Hart Publishing, Oxford, 2002.

<sup>127</sup> Cfr. AA.VV., *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, editado por FAIRGRIEVE, D., ADENAS, M., BELL, J., BIICL, 2002; y BELL, J., «Governmental Liability: Some Comparative Reflections», en *Dret* 1/2006.



paradigma jurídico de responsabilidad del juez, sino además la función del juez no sólo simple ejecutor heterónomo de la ley, sino conciencia crítica del engarce entre ordenamiento comunitario y sistemas nacionales. No sólo cambia el paradigma comunitario hacia horizontes más constitucionales, sino consiguientemente el papel de quien aplica tal paradigma.

## V. EL TRAJE DE ARLEQUÍN<sup>128</sup> Y LA NUEVA PROSA DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO

Esta nueva corriente constitucionalista, por tanto, echa sus raíces en una reelaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales, que se abre significativamente al diálogo con las cortes constitucionales y que implica un sensible ensanchamiento del radio de acción consustancialmente constitucional de la corte europea. El hilo conductor con el que se hilvana el nuevo traje de Arlequín está compuesto de un intricado haz de derechos fundamentales. Esta innovadora sustanciación constitucional implica consiguientemente una reelaboración de los principios vertebradores de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas jurídicos nacionales, abriendo nuevos horizontes a la reciproca influencia de carácter constitucional. La progresiva incorporación de nuevos derechos de alcance poderosamente constitucional ha provocado una colisión con el consolidado acervo de políticas y libertades de origen económico, obligando a la corte europea a una consiguiente y necesaria labor de *bilanciamento* constitucional mediante el renovado principio de proporcionalidad. Los principios de interpretación conforme y de proporcionalidad testimonian este intento de mediar y calibrar principios distintos procedentes de órdenes y culturas jurídicos diferentes. Entonces, el Tribunal de Justicia se aleja paulatina pero claramente del primer periodo absolutista de reivindicación de su autonomía institucional y política, para pasar a una nueva era de colaboración judicial en los principios de *primauté*, eficacia y responsabilidad del Estado.

Aún más importante es el impulso que la corte comunitaria lanza a los jueces estatales, dirigido hacia una interpretación del derecho nacional mediante un bagaje hermenéutico comunitario: se trata de un nuevo sistema de aprendizaje jurídico<sup>129</sup>. Aquí reside la base de la *cross-fertilisation* euro-

<sup>128</sup> GOLDONI, C., *Arlcchino servitore di due padroni*, Bur, Milano, 2005. La referencia implícita alude a la posibilidad de trabajar en un dúplice ámbito: supranacional y nacional.

<sup>129</sup> RUGGERI, A., «Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 7, 2003, p. 392.

pea, no tanto en la abrogación de normas (operación más adecuada a un sistema jurídico piramidal kelseniano)<sup>130</sup>. El principio Costa revela una manera de concebir las relaciones interordinamentales, que se explica en una perspectiva ‘difensivista’, justificada por el momento histórico del principio de la aventura europea, de desprendimiento del cordón umbilical del Estado, pero que en una época vigorosamente predispuesta hacia una más estrecha unión interestatal, aparece en conjunto incomprensible y, cuando menos, desentonada. Es tiempo de diálogo sin muros ideológicos ni principios absolutos.

En la estela de la distinción efectuada por la decisión del Tribunal Constitucional español<sup>131</sup>, el genoma intrínseco de la Unión Europea se traduce en el contexto del nuevo constitucionalismo europeo, y en particular en los principios que regulan las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas nacionales, en un nuevo sistema epistemológico, un nuevo paradigma que liga dos sistemas independientes e interdependientes. Esta nueva *forma mentis* se basa en un nuevo concepto de aprendizaje, asentado en una *cross-fertilisation* judicial, en un modelo hermenéutico de interpretación conforme y en un concepto de «primacía templada», que no de supremacía, abierto a las instancias constitucionales nacionales<sup>132</sup>. El

---

<sup>130</sup> Cfr. ALONSO GARCÍA, R., «Actividad judicial v. inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros)», en *Revista de Administración Pública* 77, núm. 151, Enero-abril 2000, p. 96; ALONSO GARCÍA, R. - GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Spanish Report*, en AA.VV., *The Birth of a European Constitutional Order (The Interaction of National and European Constitutional Law)*, editado por SCHWARZE, J., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, pp. 287 y ss., especialmente pp. 333-334.

<sup>131</sup> Se ha aseverado que «la primacía es una palabra que se ha predicado siempre de las normas, concretamente de la Constitución; la supremacía es una palabra histórica y sustantivamente judicial (la supremacía en la justicia la tenía el Rey). Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en dos órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de una norma válida; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que están infraordenadas. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tiene capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente», DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R., *Intervención en PUISSOCHET, P., La primacía del Derecho comunitario, cit.*, p. 52.

<sup>132</sup> La teoría avanzada por KUMM, M., ‘Constitutionalism Beyond the State’ proporciona un cuadro conceptual capaz de explicar los motivos de la riqueza y complejidad del conflicto constitucional en Europa. KUMM, M., «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», en *European Law Journal*, Vol. 11, n.º 3, May 2005, pp. 262-307.

centro de gravedad permanente de tal nueva arquitectura conceptual es el juez, responsable crítico de la conjugación de paradigmas y ya no mera *bouche de la loi* de napoleónica memoria. No ya un juez-rey absolutista, sino un juez que dispone de unas nuevas herramientas epistemológicas<sup>133</sup>.

La mayor permeabilidad de las normas dirigidas a regular las relaciones entre sistemas nacionales y Derecho Comunitario facilita un estricto y constante rozamiento jurisdiccional con los jueces constitucionales<sup>134</sup>. Los conflictos de naturaleza constitucional, por tanto, no van enfocados en una perspectiva schmittiana, en la que se dirime la cuestión de la efectiva máxima instancia judicial y el Estado de Derecho comunitario permanece suspendido. Ni la pirámide jerárquica de Kelsen, ni la titánica lucha política de Schmitt proyectan sus sombras en el paradigma comunitario. Se trata, en cambio, de conjugar dos ordenamientos independientes e interdependientes, ya que en el momento en que el sistema comunitario se proclama sistema independiente va a necesitar el diálogo con el orden estatal. Si este intercambio cultural y jurídico no fluye, se produce un *blackout* del modelo supranacional europeo; si, al contrario, se produce esta ineludible circulación de ideas, entonces funciona el experimento conceptual y jurídico comunitario. El engranaje de conjunción entre el ordenamiento comunitario y los sistemas jurídicos de los Estados miembros se sustancia no tanto en una norma única, uniforme y unívoca, cuanto en un complejo sistema de aprendizaje. El *Sonderweg* comunitario requiere una comparación crítica entre sistemas, la conjugación nacional del léxico comunitario, así como una más estricta colaboración institucional. La ya citada norma prevista en el Tratado de Lisboa acerca de la colaboración entre la actividad del Parlamento Europeo y la función de control de las asambleas nacionales se

---

<sup>133</sup> «En efecto, más allá de la necesidad de guardar las formas, lo que exige que el diálogo deba en todo caso producirse *inter pares*, deberá existir efectivamente diálogo (que no de encuentro de monólogos) entre los respectivos supremos intérpretes del entramado constitucional europeo», ALONSO GARCÍA, R., «El Juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado Constitucional», en AA.VV., *Constitución europea y constituciones nacionales*, editado por GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. - CARTABIA, M. - DE WITTE, B. - PÉREZ TREMPES, P., 2005, p. 682.

<sup>134</sup> En esta óptica, «constitutional conflicts are procedurally transformed into moments of constructive deliberative engagement. The possibility of constitutional conflict can, when channeled by appropriately constructed doctrines and procedures, create opportunities for the development of a common European Constitutional tradition that embraces constitutional diversity»; KUMM, M., «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *cit.*, p. 269.

ubica claramente en esta dirección. Asimismo, la potenciación de este nuevo constitucionalismo europeo de naturaleza pretoriana no debe prescindir de una estricta colaboración con las otras instituciones comunitarias, *in primis* el Parlamento Europeo<sup>135</sup>.

El rey está desnudo, desprovisto de su ropaje constitucional, de su vestimenta más áulica. Sin embargo, el cuerpo del rey sigue andando y se enfunda un traje mucho menos pomposo y más prosaico: el lenguaje del diálogo constitucional e institucional es el vestido de arlequín, compuesto por muchas piezas ofrecidas por las aportaciones de los varios jueces nacionales. La excesiva atención prestada a los avatares de la Convención Europea, del Tratado Constitucional ha distorsionado el verdadero alcance del constitucionalismo europeo<sup>136</sup>. La reducción en la faja formal del art. 6 del Tratado constitucional de una compleja dinámica, que recientemente encuentra ulteriores e interesantes márgenes de desarrollo, ha redimensionado un fenómeno epistemológico mucho más vasto<sup>137</sup>. En esta dirección el constitucionalismo formal del traje del rey podría aportar un componente formidable al constitucionalismo material de la sustancia<sup>138</sup>, su refinado ropaje más que su opresora vestimenta.

---

<sup>135</sup> HERZOG, R. - GERKEN, L., «Stop the Court of Justice», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 septiembre 2008, p. 3: «In the present case [caso Mangold] the ECJ acted as legislator».

<sup>136</sup> BELLAMY, R., «The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism», en *Constellations Volume* 13, n.º 2, 2006, p. 181: «The focus on the Constitution led to a neglect of the real practices of constitutionalism. After all, it was challenged by national constitutional courts, particularly the German and Italian courts, which obliged the ECJ explicitly to incorporate human rights considerations into its jurisprudence».

<sup>137</sup> Siempre BELLAMY, R., «The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism», *cit.*, 182: «The result has been a deep and nuanced jurisprudence that has obliged both the ECJ and national courts to have a fuller appreciation of the concerns of different traditions. EU law has been the beneficiary, gaining in the process strong domestic sources of legitimacy within the member states, which after all are ultimately responsible for its implementation. Replacing this evolving and flexible European common law tradition, based on mutual recognition and tolerance, with a single document presided over by a higher court was an unnecessary and retrograde step» [énfasis añadida].

<sup>138</sup> «Y desde este diálogo que está naciendo desde hace años (en todo caso desde mucho antes de que tomara cuerpo una hipótesis de Constitución Europea) un derecho constitucional común, que podría permitir a la 'primacía templada' operar efectivamente como elemento de articulación de un nuevo orden sin soberanos», GROPPI, T., «La primauté del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional; un punto de vista comparado», *cit.*, p. 243.

## LA NUEVA GRAMÁTICA DEL CONSTITUCIONALISMO JUDICIAL EUROPEO

**RESUMEN:** El trabajo se propone de analizar la relación entre las undívagas vicisitudes de la aprobación y ratificación del denominado Tratado de Lisboa, tras el abortado intento de Tratado Constitucional europeo, y la incipiente pero poderosa corriente de constitucionalismo material, promocionado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y variamente aceptado por las cortes constitucionales estatales. Este nuevo constitucionalismo se desarrolla *ratione qualitatis et quantitatis* en ámbitos desconocidos a la anterior jurisprudencia de la corte comunitaria y necesita una nueva gramática jurídica, novedosos instrumentos epistemológicos para establecer un constante diálogo con las cortes nacionales. El *Sonderweg* europeo requiere una comparación crítica entre sistemas, la conjugación nacional del léxico comunitario, así como una más estricta colaboración institucional que se va progresivamente extendiendo más allá del diálogo judicial. Se analizarán, por tanto, las trazas judiciales de este nuevo constitucionalismo material y su nueva metodología de trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Constitucionalismo europeo – Jueces - Eficacia Directa – Interpretación Conforme – Responsabilidad del Estado.

## THE NEW GRAMMAR OF THE EUROPEAN JUDICIAL CONSTITUTIONALISM

**ABSTRACT:** The work aims at analyzing the relation between fluctuating vicissitudes of the approval and ratification of the denominated Treaty of Lisbon, after the aborted attempt of European Constitutional Treaty, and the growing but powerful trend of material constitutionalism, promoted by the Court of Justice of the European Communities and differently accepted by the constitutional courts. This new constitutionalism is developed *ratione qualitatis et quantitatis* in scopes unknown to the previous doctrine of the communitarian court and needs a new legal grammar, novel epistemological tools in order to establish a constant dialogue with the national courts. The European *Sonderweg* requires a critical comparison between systems, the national translation of the communitarian lexicon, as well as an even closer institutional cooperation that is going progressively extending beyond the judicial dialogue. It will be analyzed, therefore, the judicial policy and the new methodology of this new material constitutionalism.

**KEY WORDS:** European Constitutionalism – Judges – Direct Effects – Consistent Interpretation – State Liability.

## LA NOUVELLE GRAMMAIRE DU CONSTITUTIONNALISME JURIDIQUE EUROPÉEN

**RÉSUMÉ:** Le travail propose d'analyser la relation entre les oscillants vicissitudes de l'approbation et la ratification de l'appelé Traité de Lisbonne, après l'avortée tentative Traité Constitutionnel européen, et le naissante mais puissant courant de constitutionnalisme matériel, favorisé par la Cour de justice des Communautés européennes et différemment accepté par les coupes constitutionnelles étatiques. Ce nouveau constitutionnalisme est développé *ratione qualitatis et cuantitatis* dans des domaines inconnus à la jurisprudence de la cour communautaire précédente et a besoin d'une nouvelle grammaire juridique, instruments épistémologiques nouveaux pour établir un dialogue constant avec les coupes nationales. Le *Sonderweg* européen requiert une comparaison critique entre des systèmes, la conjugaison nationale du lexique communautaire, ainsi qu'une collaboration institutionnelle plus stricte qu'on va progressivement j'étends au-delà du dialogue judiciaire. On analysera, par conséquent, les plans judiciaires et nouvelle méthodologie de travail de ce nouveau constitutionnalisme matériel.

**MOTS CLÉS:** Constitutionnalisme européen – Juges – Effet utile – Interprétation Conforme - Responsabilité de l'État.