

LA JURISPRUDENCIA FEDERALIZANTE Y HUMANIZADORA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

*Un cuento desde el país de las hadas**

LUIS I. GORDILLO PÉREZ

Profesor de Derecho constitucional

Universidad de Deusto

GIUSEPPE MARTINICO

Investigador García Pelayo (CEPC)

«Ricercatore» de la Scuola Superiore S.Anna (en excedencia)

SUMARIO

- Objetivo y estructura del trabajo.
- I. Una introducción terminológica: qué queremos decir con «constitucionalización», «derecho constitucional» y «constitución» de la UE.
 - II. Constitucionalismo evolutivo y constitucionalismo constructivista.
 - III. Los principios estructurales del derecho constitucional europeo: la primacía y el efecto directo.
 - IV. La progresiva humanización del derecho de la UE.
 - V. Los últimos pasos de la humanización del derecho de la UE.
- Conclusión.

OBJETIVO Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

El objetivo de este artículo es ofrecer una reflexión sobre el estado del Derecho constitucional europeo en el año del quincuagésimo aniversario de *Van Gend en Loos*, la histórica decisión del Tribunal de Justicia (TJ) que ha puesto las bases para la constitucionalización del Derecho de la Unión Europea. Para hacerlo hemos dividido el trabajo en cinco apartados¹.

* Giuseppe Martinico es autor de los apartados 1, 2 y 3. Luis I. Gordillo ha redactado los epígrafes 4 y 5. Las conclusiones son conjuntas.

¹ Asunto 26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, STJ 5 febrero 1963, *Rec.*, 1963, p. 3.

En el primero vamos a definir lo que queremos decir por «constitucionalismo», «constitucionalización» y «derecho constitucional europeo», ofreciendo una panorámica de la literatura relevante sobre el tema. Como veremos, es posible deducir por lo menos dos definiciones de constitucionalización europea, es decir constitucionalización como «federalización» y constitucionalización como «humanización» del Derecho europeo. Utilizaremos esta dicotomía para explicar por qué seguimos hablando de Derecho constitucional europeo tras el así llamado «fracaso constitucional» y para deconstruir el argumento de los que llamaremos en este artículo los «descontentos» del constitucionalismo europeo. En el segundo apartado, continuando con esta línea, se analizará la situación de la UE en materia constitucional a la luz de la dicotomía constitucionalismo evolutivo vs. constitucionalismo constructivista. En el tercer epígrafe se analizará una selección de la jurisprudencia del TJUE a la luz del primero sentido de constitucionalización identificado en el artículo (constitucionalización como «federalización»), ofreciendo una panorámica de los principios estructurales del derecho de la UE (primacía y efecto directo). En la tercera sección, a la luz de la idea de constitucionalización como humanización, se realizará un análisis crítico del discurso de los derechos fundamentales en la UE, a la luz de la jurisprudencia protectora del Tribunal de Justicia y de la progresiva codificación del sistema de protección hasta llegar a la Carta. Finalmente, y a modo casi de epílogo conclusivo, dedicaremos algunas consideraciones a la reciente jurisprudencia del TJ en materia de ciudadanía de la Unión que parece llamada a ir jugando un papel cada vez más importante en la jurisprudencia humanizadora del Tribunal de Luxemburgo.

I. UNA INTRODUCCIÓN TERMINOLÓGICA: QUE QUEREMOS DECIR CON «CONSTITUCIONALIZACIÓN», «DERECHO CONSTITUCIONAL» Y «CONSTITUCIÓN» DE LA UNIÓN EUROPEA

A la luz de la especialidad del Derecho de la UE es necesario especificar qué sentido tienen fórmulas como «constitución» «constitucionalismo» y «constitucionalización» en este trabajo².

I.1 Constitucionalización como federalización

Normalmente con «constitucionalización» de la UE, los estudiosos se refieren a la transformación progresiva del Derecho comunitario (y ahora de la UE) desde la perspectiva de una organización internacional a la de una entidad caracterizada por un componente «federal»; en este sentido, la expresión «constitucionalización» ha sido entendida como progresiva «federalización» del ordenamiento de la UE.

² Aunque algo antiguo ya, *vide* el análisis se estos conceptos en GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, Vol. 53/2, 2005, pp. 253-306.

Por federalización normalmente se entiende la transformación de la UE en un verdadero estado federal o en una federación, aquí, en cambio, con esta fórmula, se hace referencia a un «*federalizing process*», entendido como el progresivo alejamiento del Derecho de la UE de la lógica meramente internacionalista, es decir como un fenómeno que ha producido la progresiva sustitución del principio internacionalista de la unanimidad por el principio constitucional de la mayoría³. Esta idea está presente en los escritos de los comparatistas americanos que ya en los años sesenta escribían sobre las Comunidades. Es, por ejemplo, el caso de Peter Hay, que en sus trabajos⁴, aplicaba la idea de federalismo a las organizaciones internacionales, o de Eric Stein, cuando en los años ochenta escribía sobre el papel del Tribunal de Justicia en el desarrollo de los principios de efecto directo y primacía:

«Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with the benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe»⁵.

En estas líneas se puede encontrar una confirmación de la correlación entre federalización y constitucionalización en el lenguaje de los comparatistas americanos, apareciendo los dos conceptos conectados al progresivo distanciamiento del origen meramente internacionalista de las Comunidades europeas. Stein, en efecto, se considera como el primer autor que conceptualizó la idea de las Comunidades europeas como entidades caracterizadas por una estructura constitucional parecida a la de un sistema federal⁶, como queda patente observando el famoso debate que mantuvo con Oliver, debate que representa el primer asalto de la interminable disputa entre internacionalistas y constitucionalistas sobre la naturaleza de las Comunidades. En sus cursos en la Academia de Derecho internacional de la Haya 1974, Oliver se centró en la posibilidad de un *treaty-based federalism*. A este asunto los dos autores dedicaron muchos estudios⁷, inaugurando el debate sobre la estructura de los Tratados originarios (¿meros tratados internacionales o Constitución europea?). Se trata solo de un ejemplo de la influencia que la literatura americana ha tenido en la construcción de la especialidad comunitaria⁸.

3 Sobre la noción de *federalizing process* vide FRIEDRICH, C. J., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Londres, Pall Mall, 1968; ELAZAR, D., *Idee e forme del federalismo*, Milan, Mondadori, 1995; CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M., WEILER, J.H.H., «A General Introduction», ID. (eds.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, I, Berlin-Nueva York, W. De Gruyter, 1985, pp. 3-68.

4 HAY, P., *Federalism and Supranational Organizations. Patterns for New Legal Structures*, Urbana, University of Illinois Press, 1966; HAY, P., «Supremacy of Community Law in National Courts. A Progress Report on Referrals Under the EEC Treaty», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 16, 1968, pp. 524-551.

5 STEIN, E., «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», *American Journal of International Law*, Vol. 75, 1981, pp. 1-27.

6 STEIN, E., «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», *op. cit.*

7 STEIN, E., «Treaty-Based Federalism, A.D. 1979: A Gloss on Covey T. Oliver at the Hague Academy», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127/4, 1979, pp. 897-908, comentando el trabajo de OLIVER, C., «The Enforcement of Treaties by a Federal State», *Recueil des Cours*, Vol. 141, 1974, pp. 331-426.

8 Vide ARONEY, N., «Federal Constitutionalism/European Constitutionalism in Comparative Perspective», University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper No. 07-02, 2002 (*Getuigend Staatsre-*

Aun hoy autores como Weiler⁹ o Schütze¹⁰ siguen utilizando categorías desarrolladas en el debate estadounidense sobre el federalismo cuando analizan el proceso de integración europeo y la misma distinción entre federalismo como proceso y federación/Estado federal está en la base de la teoría de la tolerancia constitucional¹¹ de Weiler por ejemplo:

«The Community is not destined to become another America or indeed a federal state. But I am convinced that the relevance of the federal experience to Europe (and the European experience to any novel thinking about federalism in the United States and other federations) will become increasingly recognized»¹².

Obviamente, este proceso de constitucionalización como federalización no describe un fenómeno agotado, sino algo todavía en evolución: como se sabe, especialmente en el momento de la revisión de los tratados, la lógica seguida es todavía la internacional (con la necesaria unanimidad de todos los Estados¹³), aunque en la historia de la UE el principio de mayoría se ha ido consolidando poco a poco¹⁴.

Concluyendo sobre este punto, es interesante destacar como en Europa, este enfoque comparado —con la excepción de la doctrina de la *Integration through Law*¹⁵— no ha tenido, en el pasado por lo menos, mucho éxito, porque para explicar la distinción entre el Derecho comunitario y el internacional se ha optado por la adopción de la así llamada teoría de la especialidad (o de la naturaleza *sui generis*¹⁶) de la UE, que ha sido duramente (con razón, desde nuestro punto de vista) criticada por Schütze recientemente¹⁷. Esta oposición entre «*comparativism*» y «*jurisprudence*»¹⁸ ha sido muy bien explicada por Ward

cbt: Liber Amicorum A. K. Koekoek, Wolf Legal Publishers, 2005), disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=890789>, última consulta: 21.07.2013.

9 WEILER, J. H. H., «The transformation of Europe», ID., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999, pp. 10-101.

10 SCHÜTZE, R., *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

11 WEILER, J. H. H., *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Harvard Jean Monnet Paper, 2000, 13, disponible en <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/00/001001.html>>, última consulta: 21.07.2013.

12 WEILER, J. H. H., «Eric Stein: A Tribute», *Michigan Law Review*, Vol. 82, 1984, p. 1161 (1160-1162).

13 Sobre el proceso de ratificación de los Tratados europeos *vide* CLOSA, C., *The Politics of Ratification of EU Treaties*, Routledge Londres, 2013.

14 Sobre esta cuestión *vide* PIZZORUSSO, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bolonia, 2002, pp. 157 ss.

15 CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M., WEILER, J. H. H., «A General Introduction», ID. (eds.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, I, Berlin-Nueva York, W. De Gruyter, 1985, *op. cit.*

16 Sobre esta cuestión, *vide* AVBELJ, M., «The Pitfalls of (Comparative) Constitutionalism for European Integration», *Eric Stein Working Paper* No. 1/2008, disponible en <<http://www.ericsteinpapers.eu/images/doc/eswp-2008-01-avbelj.pdf>>, última consulta: 21.07.2013.

17 SCHÜTZE, R., *From Dual to Cooperative Federalism, op. cit.* Obsérvese cómo el autor conceptualiza la naturaleza híbrida de la Unión: «Europeans thought invented a new word –supranationalism– and proudly announced the European Union to be *sui generis*... The *sui generis* idea is not a theory. It is an anti-theory, as it refuses to search for commonalities; yet, theory must search for what is generic... However, this conceptualization simply can no longer explain the social and legal reality inside Europe» (p. 3).

18 WARD ha escrito: «Comparativism in law is invariably used as an alternative to jurisprudence», en WARD, I., *A critical introduction to European Law*, Londres: Butterworths, 1996, p. 181.

en su trabajo *A Critical Introduction to EU Law*, donde resalta que comparar implica admitir la insuficiencia de las herramientas («tools») «inherited from our forfathers»¹⁹.

I.2 Constitucionalización como humanización

En un sentido distinto, por constitucionalización del ordenamiento jurídico comunitario puede entenderse la progresiva «humanización» (es decir, la afirmación de los derechos humanos a nivel supranacional) de un Derecho nacido para disciplinar el mercado común²⁰. A este respecto, una gran contribución ha venido desde el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)²¹, crucial para entender la génesis del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)²². Otro punto de inflexión en esta historia es la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que ha dado nueva energía al debate sobre la redacción de una Constitución europea, porque ha representado el momento de la codificación de los derechos fundamentales a nivel supranacional²³ y supera la lógica del Derecho pretoriano del TJUE en este campo. Aunque este documento no fue inmediatamente vinculante desde el punto de vista jurídico, en sentido estricto, su proclamación favoreció un importante debate entre los estudiosos, sobre todo entre los constitucionalistas de la Europa continental²⁴.

I.3 Derecho constitucional europeo

Teniendo en cuenta estos dos sentidos de constitucionalización («federalización» y «humanización»), es posible avanzar unas primeras nociones de lo que entendemos por Derecho constitucional europeo. Así, por Derecho constitucional europeo se puede entender bien el *corpus* de principios fundamentales elaborados por el TJUE (también este conjunto de principios puede ser entendido como la «Constitución europea») bien un campo de estudios que surgió después del punto de inflexión ideal en la evolución

19 WARD, I., *A critical introduction*, *op. cit.*, p. 181.

20 Sobre este proceso la bibliografía es abundante. Entre otros, *vide* LENAERTS, K., «Fundamental Rights in the European Union», *European Law Review*, Vol. 25/6, 2000, pp. 575-600; SCHERMERS, H. G., WAELBROECK, D., *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer, The Hague, 2001 y CANEDO ARRILLAGA, J. R., GORDILLO PÉREZ, L. I., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39, 2008, pp. 27-59.

21 GROUSSOT, X., *General principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006, pp. 63 y ss.

22 Sobre este tema *vide* DOUGLAS-SCOTT, S., «A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human rights *acquis*», *Common Market Law Review*, Vol. 43/3, 2006, pp. 629-665; GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012, especialmente, pp. 161-296; GORDILLO, L. I., *Interlocking Constitutions*, Oxford, Hart, 2012, pp. 98-188.

23 PINELLI, C., *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002.

24 Sobre los efectos jurídicos de la Carta en un primer momento, *vide* CANEDO ARRILLAGA, J. R., GORDILLO PÉREZ, L. I., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *op. cit.*, especialmente, pp. 45-47.

de este ordenamiento representado por la Carta de Niza. A partir de este doble sentido, podríamos decir que el *fil conducteur* en la historia reciente del Derecho constitucional europeo consistió en el continuo intento de dar carácter vinculante a la Carta, tratando de introducirla en el cuerpo del *acquis* comunitario. El fracaso de esta estrategia fue evidente después de los referendos francés y neerlandés, que impusieron la transformación del Tratado Constitucional en un más modesto Tratado de Reforma. En efecto, a partir del «fracaso constitucional» después de los referendums en Holanda y Francia, la mayoría de los expertos ha descartado definitivamente cualquier ambición constitucional de la UE. Volveremos sobre este punto más adelante.

En relación con la dicotomía clásica entre fuentes primarias y secundarias del Derecho de la UE (incluyendo aquí la jurisprudencia TJUE, por supuesto), es posible inferir por lo menos cuatro significados diferentes del concepto de Derecho constitucional europeo, como Claes²⁵ ha señalado recientemente. Así, según esta autora, por Derecho constitucional europeo se podría entender: 1) El Derecho constitucional nacional de los Estados de Europa²⁶ (es decir la tradición constitucional de Europa²⁷). 2) La parte del Derecho constitucional nacional que se refiere a la integración supranacional (por ejemplo, las previsiones constitucionales que se utilizan para explicar la autoridad del Derecho de UE a nivel interno). 3) La parte del Derecho de la UE dotada de un estatuto constitucional o, por último, 4) una especie de «Derecho constitucional compuesto»²⁸, generado por la interacción entre el nivel nacional y supranacional.

Si los dos primeros significados dados a esta fórmula se centran en el Derecho constitucional nacional, el tercero apunta a los principios estructurales del ordenamiento de la UE elaborados por el «genio» del TJUE (efecto directo²⁹, primacía³⁰, doctrina *Francovich*³¹) y que contribuyen a la autonomía y a la especialidad del Derecho de la UE, entendidas bien como autonomía³² respecto de la lógica del derecho internacional público bien como autonomía respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales³³. El Derecho constitucional europeo sería entonces el conjunto de normas que disciplinan los poderes de las instituciones supranacionales y que están dedicadas a la separación horizontal y vertical de poderes en la UE³⁴. Por último, por Derecho constitucional

25 CLAES, M., «The emergence of a European Constitution: European and national law in a European constitutional space», *paper* presentado en el III *EUNACON Workshop*, University of Maastricht, 19-20 Mayo 2011.

26 CLAES, M., «The emergence of a European Constitution», *op. cit.*, p. 4.

27 En este sentido, M. Claes pone el acento en que las tradiciones constitucionales más o menos comunes (como el control de constitucionalidad concentrado en contraposición al modelo difuso) resultan más evidentes cuando las comparamos con las tradiciones de países no europeos (p. 4).

28 BESSELINK, L., *A composite European Constitution/Een Samengestelde Europese Constitutie*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007.

29 Asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, *cit.*

30 Asunto 6/64, *Flaminio Costa vs. E.N.E.L.*, STJ 15 julio 1964, *Recueil de jurisprudence*, 1964, p. 1141.

31 Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, *Francovich y Bonifaci v. Italia*, STJ 19 noviembre 1991, *Recueil de jurisprudence*, 1991, I-5357.

32 BARENTS, R., *The autonomy of community law*, Kluwer Law International, The Hague, 2004.

33 CLAES, M., «The emergence of a European Constitution», *op. cit.*, pp. 4-5.

34 Sobre la conexión entre forma de gobierno y estructura de la Unión *vide* BAST, J. y VON BOGDANDY, A., «The European Union's vertical order of competences: the current law and proposals for its reform», *Common Market Law Review*, Vol. 39/2, 2002, pp. 227-268.

europeo se puede entender también el conjunto de principios que fueron desarrollados por el Tribunal de Justicia, pero que ahora están codificados, por ejemplo, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Finalmente, el cuarto sentido mira a la interacción entre los niveles nacionales y supranacionales, haciendo hincapié en que estas disposiciones se refieren a los principios fundamentales del otro nivel, el mejor ejemplo de esta categoría sería el que aporta el artículo 6.3 del TUE³⁵. Este tipo de referencia crea un escenario compuesto, creado por las interconexiones entre los niveles nacional y supranacional y origina un marco constitucional pluralista donde ningún nivel tiene un claro predominio sobre el otra (por la ausencia de una unívoca «cláusula de supremacía»)³⁶.

La idea del Derecho constitucional europeo que vamos a manejar en este trabajo se basa en el tercer y cuarto significados que enumera Claes. Sin embargo, al analizar las dinámicas de la UE, es imposible limitar nuestra atención únicamente al nivel constitucional formal. Antes bien, al igual que en otros contextos, de hecho, un papel fundamental lo juegan incluso aquellos fenómenos (tales como las políticas de nueva *governance*) que, desde un punto de vista formal no pertenecen al ámbito estrictamente jurídico. Así pues, estos fenómenos tendrían una función complementaria en relación con las disposiciones formales³⁷.

El presente trabajo parte de una premisa clara: existe una Constitución europea que puede ser definida, siguiendo a Claes de nuevo, como «el conjunto de normas de la UE, de reglas y de principios que integran el sistema de gobierno y de su ordenamiento jurídico, fundadoras de las instituciones, que atribuyen competencias a la UE y las dividen entre sus instituciones, que rigen las relaciones entre la UE y sus Estados miembros y limitadoras del ejercicio de sus competencias y garantizadoras de los derechos de las personas»³⁸. Este *corpus* normativo está compuesto tanto por principios escritos como no escritos, es decir, a veces estos principios están codificados en los Tratados de la UE, a veces en las constituciones nacionales (como muestra el concepto de las tradiciones constitucionales comunes³⁹) o en ocasiones solo presentes en la jurisprudencia del TJUE (pero que luego acaban siendo codificados, tal y como la Declaración sobre la primacía confirma⁴⁰). De esta definición se desprende que el Derecho constitucional de la UE no es un fenómeno

35 Artículo 6.3 TUE: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

36 CLAES, M., «The emergence of a European Constitution», *op. cit.*, p. 7.

37 *Ibidem*.

38 CLAES, M., «The emergence of a European Constitution», *op. cit.*, p. 4.

39 PIZZORUSSO, A., «Common constitutional traditions as Constitutional Law of Europe?», *STALS Research Paper*, 1/2008, disponible en <www.stals.sssup.it/files/stals_Pizzorusso.pdf>, última consulta: 21.07.2013.

40 Declaración núm. 17 relativa a la primacía: «La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.

Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260):

«Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007

exhaustivo, no es algo que pretenda sustituir (por lo menos totalmente) al constitucionalismo nacional. Por el contrario, el constitucionalismo europeo necesita del constitucionalismo de los Estados miembros con el fin de cumplir con su función de racionalización⁴¹ (la Constitución, en este sentido, sigue siendo la «forma del poder»⁴²). De hecho, todos estos principios fundamentales que componen el Derecho constitucional europeo (presentes tanto a nivel nacional como supranacional) tienen como objetivo dar forma tanto a los poderes supranacionales como a los estatales⁴³. Este punto ha sido desarrollado, entre otros, por Maduro, que desafía radicalmente el argumento de los que niegan la existencia o la posibilidad de un constitucionalismo supranacional, haciendo una distinción entre la idea del constitucionalismo como constitucionalismo en cuanto tal y constitucionalismo estatal, que se entiende como una mera experiencia histórica particular y no como el paradigma del constitucionalismo como tal⁴⁴. Este autor define el pluralismo constitucional como la interacción entre estos dos constitucionalismos (es decir, el del Estado nacional y el supranacional) que produce una aproximación a los ideales del constitucionalismo:

«En otras palabras, el constitucionalismo de la Unión Europea no puede ser el simple resultado de un razonamiento circular según el cual el poder que reivindica la Unión sea objeto de un control constitucional que a su vez utiliza éste último para legitimar el poder que se arroga. Una justificación más profunda así como la legitimidad del constitucionalismo europeo deben derivarse de su valor añadido constitucional con respecto al constitucionalismo nacional. Esta es la razón por la que aquél puede oponerse a éste. El constitucionalismo europeo nos acerca más a los ideales del constitucionalismo. No es, en sí mismo, una representación más cercana del constitucionalismo que el constitucionalismo nacional, pero la interconexión entre ambos lo es. Esto es lo que afirma el pluralismo constitucional y ahí reside su más intensa pretensión normativa, la que relaciona el pluralismo constitucional y el constitucionalismo en general»⁴⁵.

Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64 [1]) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia».

41 Adaptando la idea de racionalización utilizada por MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Marcel Girard, Paris, 1931.

42 RUBIO LLORENTE, F., *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997.

43 El ejemplo clásico es el de los derechos fundamentales pero otro ejemplo podría ser el del equilibrio intergeneracional (básicamente, un sistema de protección social para jubilados) como bien fundamental compartido por el nivel estatal y el supranacional.

44 MADURO, M. P., «The Three Claims of Constitutional Pluralism», *paper* presentado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Marzo 2011. Existe un borrador de este *paper* disponible en <http://cosmopolis.wzb.eu/content/programs/conkey_Maduro_Three-Claims-of-Pluralism.pdf>, última consulta 21.07.2013.

45 MADURO, M. P., «The Three Claims of Constitutional Pluralism», *op. cit.*, pp. 13-14.

Particularmente útil es esta distinción para desafiar la crítica formulada por Krisch⁴⁶, por ejemplo, y por los que no admiten distinciones entre la experiencia histórica del constitucionalismo estatal y el constitucionalismo en cuanto tal⁴⁷ y que critican la ausencia a nivel supranacional de los elementos que caracterizarían al constitucionalismo nacional⁴⁸. En este sentido, el constitucionalismo de la UE —junto con el constitucionalismo estatal— contribuye al intento constante de dar forma al poder (ahora articulado en más niveles o polos) con el fin de proteger algunos bienes constitucionales considerados como fundamentales en todos estos niveles.

II. CONSTITUCIONALISMO EVOLUTIVO Y CONSTITUCIONALISMO CONSTRUCTIVISTA

II.1 ¿Hacia una Europa post-constitucional?

Como se dijo al comienzo de este trabajo, el rechazo del Tratado Constitucional y la aprobación del decepcionante Tratado de Reforma han sido interpretados por los estudiosos como una confirmación de la imposibilidad de la UE de desarrollar sus propias ambiciones constitucionales⁴⁹. Esta conclusión, no obstante, puede ser refutada empleando tanto argumentos teóricos como evidencias empíricas (estas últimas derivadas de la comparación concreta con otras experiencias jurídicas)⁵⁰. A primera vista, el rechazo del Tratado Constitucional (TC) por la mayoría de los votantes franceses y holandeses, y el «no» irlandés al Tratado de Reforma (TR), pueden dar la impresión de una crisis constitucional ineludible para Europa. Aunque el TR no incluye ninguna referencia a la palabra «Constitución», la continuidad sustancial entre este documento y el Tratado Constitucional es evidente. Como algunos estudiosos han subrayado, la «sustancia constitucional» habría sido «rescatada» a pesar de la eliminación de algunos términos problemáticos como «Constitución», «ley» y «Ministro» en el texto del Tratado de Lisboa. Desde este punto de vista, como señala Corthaut «el Tratado de Reforma

46 KRISCH, N., *Beyond constitutionalism. The pluralist structure of postnational law*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Vide, igualmente, AVBELJ, M., «EU constitutional swan song», PINTERIČ, U.; IANCU, D. C.; JURAK, A. P. (eds.), *Global Instability Reflections*, Vega, Ljubljana, 2009, disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1497030>, última consulta: 21.07.2013.

47 LUCIANI, M., «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico», *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 51/2, 2006, pp. 1643-1668. Una versión del trabajo está disponible en <http://archivio.rivistataic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html>, última consulta: 21.07.2012.

48 BRUNKHORST, H., «A polity without a state? European constitutionalism between evolution and revolution», ERIKSEN, E. O.; FOSSUM, J. E.; MENÉNDEZ, A. J. (eds.), *Developing a Constitution for Europe*, Routledge, Londres-Nueva York, 2004, pp. 90-108, especialmente, p. 103. A pesar de lo que defienden estos críticos, el constitucionalismo estatal no desaparecería, ya que por pluralismo constitucional, MADURO entiende la relación entre ordenamientos constitucionales. MADURO, M. P., «The Three Claims of Constitutional Pluralism», *op. cit.*, p. 2.

49 AVBELJ, M., «EU constitutional swan song», *op. cit.*

50 Vide MARTINICO, G., «Constitutional Failure Or Constitutional Odyssey? What Can We Learn From Canada And Switzerland», *Perspectives on Federalism*, Vol. 3/1, 2011, pp. 51-77.

parece más el gemelo (maligno?) del Tratado Constitucional que su primo lejano»⁵¹. Ziller, por su parte, argumenta que los posibles cambios importantes (la desaparición de la cláusula de primacía codificada en el artículo I-6 del Tratado Constitucional, por ejemplo) fueron simplemente una vía para superar el riesgo de un nuevo rechazo por los Estados miembros⁵². A pesar de esta relativa continuidad sustancial, otros autores han destacado la sensación de decepción que caracterizaría el documento, definiéndolo como un «Tratado postconstitucional»⁵³.

Simplificando, se podría decir que todos estos estudiosos (que podríamos llamar los «descontentos» del constitucionalismo europeo): 1) tienden a subestimar las dinámicas constitucionales ya existentes en la UE; 2) consideran la tradición del constitucionalismo del Estado-Nación (continental) como la referencia obligada para acometer cualquier empresa constitucional a nivel supranacional, pero, al partir de esa base, transforman una experiencia constitucional particular (la experiencia de la Europa continental) en el modelo universal de constitucionalismo; 3) comparten dudas sobre el papel que deben desempeñar los jueces en un contexto como lo de la UE (que se caracteriza por la ausencia de un sistema de controles y contrapesos similar a los presentes en el ámbito nacional). De acuerdo con esta literatura, el TR no podría ser considerado como una Constitución, ya que se limita a reflejar los problemas sin resolverlos, es decir, parece sufrir las fuerzas sociales en lugar de guiarlas. Este punto es crucial, ya que una crítica muy similar fue expresada por la Bast con respecto al TC, en los siguientes términos:

«Abriéndonos paso a través del texto —unas 474 páginas de lectura en el Diario Oficial— uno experimenta lo lejos que el Tratado Constitucional está del ideal de un documento constitucional conciso y expresivo. Esto no es, o al menos no en lo fundamental, un defecto editorial. La estructura y la longitud del texto constitucional que reflejan los problemas no resueltos que tienen que ver con el fomento de la unidad [...]. La tensión entre —sólo en parte «correcta»— auto-descripción (Parte I) y realidad normativa (Parte III) no puede, en su mayor parte, ser resuelta por la jurisprudencia, sino por la política constitucional. Esto le confiere el Tratado Constitucional el estatus de una constitución reflexiva. Tal constitución plantea exigencias normativas de sí misma, sin (aún) responder a ellas»⁵⁴.

La verdadera cuestión se refiere así a la naturaleza de una potencial Constitución para Europa: ¿Qué tipo de Constitución sería? ¿La idea de Constitución en cuanto tal puede aplicarse a la experiencia de la Unión Europea? Leonard Besselink ha hecho a

51 CORTHAUT, T., «Plus ça change, plus c'est la même chose? A comparison with the Constitutional Treaty», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 15/1, 2008, p. 34 (21-34).

52 ZILLER, J., *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bolonia, 2007, pp. 27 ss.

53 Para SOMEK: «Una ordenación postconstitucional, por el contrario, no puede resolver las cuestiones controvertidas, ya que no puede encontrar apoyo suficiente para una solución clara. Una norma postconstitucional no tiene una única interpretación. Se trata de un documento que recoge un cierre en falso de un debate en curso. Tal vez esto está dirigido por aquellos que hablan de la supuesta ausencia en la Unión de un *pouvoir constituant*. En realidad, una Constitución ha de canalizar las relaciones políticas, no de posponer su resolución». SOMEK, A., «Postconstitutional Treaty», *German Law Journal*, Vol. 8/12, 2007, pp. 1126-1127 (1121-1132).

54 BAST, J., «The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution», *German Law Journal*, Vol. 6/11, 2005, pp. 1438 y 1449 (1433-1452).

este respecto una importante contribución al debate sobre el concepto y la naturaleza de una Constitución para Europa. A su juicio, la noción misma de constitución aplicada a la UE produce una imagen ambigua y parece ser mucho más adecuado al contexto de la UE el concepto de Ley fundamental (*Grundgesetz* en lugar de *Verfassung*)⁵⁵. Esto parece implicar un enfoque escéptico con respecto al tema de la formalización de una Constitución europea, concebida como un verdadero momento constitucional. Besselink llega a esta conclusión después de haber distinguido entre dos categorías de constituciones: las constituciones revolucionarias y las evolutivas. Así, según este autor, estas «constituciones revolucionarias tienden a tener un carácter programático, pretendiendo establecer el diseño de un futuro distinto del pasado... Las típicas constituciones históricas tienen, por el contrario, un carácter evolutivo». Al observar las constituciones evolutivas e históricas se comprueba que «la codificación, la consolidación y la adaptación son situaciones más predominantes que la modificación. La constitución refleja movimientos históricos que están fuera de ella»⁵⁶.

El proceso de revisión semipermanente de los Tratados hace que el intento de aplicar el concepto de constitución al ámbito supranacional sea muy difícil⁵⁷. La constitución, de hecho, debería ser la Carta fundamental de una Comunidad, es decir, un documento que se caracteriza por un cierto grado de resistencia y continuidad. En este contexto, los Tratados europeos parecen incapaces de liderar las fuerzas sociales: sólo se limitan a «reflejar los movimientos históricos», pareciendo por lo tanto simples «constituciones instantáneas»⁵⁸. Esto es precisamente lo que sostiene Besselink, cuando escribe que «una Constitución formal de la UE, si alguna vez llega a existir, sólo sería una reflexión momentánea, nada más que una “instantánea”»⁵⁹, de ahí la comparación con la *Grundgesetz*.

Todos estos puntos de vista destacan lo que podríamos llamar la necesidad de una «dimensión escrita» en la experiencia constitucional europea y descuidan las dinámicas constitucionales actuales que ya existen en la UE. Otra razón para seguir confiando en la existencia de un Derecho constitucional europeo (o, mejor, de su objeto, la Constitución europea) es la existencia de una abundante jurisprudencia del TJUE donde la expresión «constitución» es con frecuencia utilizada en relación con los Tratados⁶⁰. Este concepto de constitución manejado por los críticos del Tratado Constitucional y por los autores que se definen como «pluralistas» (distinguiéndose de los representantes del llamado «pluralismo constitucional»⁶¹) apela a una naturaleza «constructivista» en cada «auténtico» momento constitucional, esto es, una concepción que «asume que todas las instituciones

55 BESSELINK, L., «The notion and nature of the European Constitution after the Reform Treaty», 2008, disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1086189>, última consulta: 21.07.2013.

56 *Ibidem*.

57 DE WITTE, B., «The closest thing to a constitutional conversation in Europe: The semi-permanent treaty revision process», BEAUMONT, P.; LYONS, C.; WALKER, N., (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart, Oxford, 2002, pp. 39-57.

58 BESSELINK, L., «The notion and nature of the European Constitution after the Reform Treaty», *op. cit.*

59 *Ibidem*.

60 Asunto 294/83, *Parti ecologiste «Les Verts» v European Parliament*, STJ 23 abril 1986, *Rec.* 1986, p. 1339, §39 o los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, STJ 3 septiembre 2008, *Rec.* 2008, p. I-6351, §281. *Vide* AZOULAI, L.; MADURO, M. P., (eds), *The Past and the Future of EU Law*, Hart, Oxford, 2010.

61 KRISCH, N., *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, *op. cit.*

sociales son y deben ser el producto de un diseño deliberativo»⁶². La estructura dualista del pensamiento de Hayek conecta la idea del constructivismo con la de ordenamiento, que puede concebirse de dos maneras diferentes: ordenamiento como *κόσμος* (orden espontáneo) y ordenamiento como *τάξις* (orden construido)⁶³. Según muchos autores continentales, para ser vinculantes y normativas (y no meramente descriptivas), las constituciones han de ser «constructivistas», ya que están dirigidas a la consecución de una sociedad ideal que se caracteriza por los valores considerados fundamentales en estos documentos⁶⁴. En este sentido, el concepto de constitución (y de constitucionalismo) puede deducirse también del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que concibe la división de poderes y la protección de los derechos como el objetivo común que dirige las fuerzas sociales hacia un cambio radical⁶⁵.

El constructivismo que parece acompañar al constitucionalismo moderno (por lo menos en la Europa continental) parece orientarse hacia las fuentes políticas del Derecho, que son el resultado final de un debate en el que fuerzas políticas opuestas luchan por influir en la manifestación de la voluntad de los Estados, representados por la *loi* (*legge, ley, statute*). Al contrario, las fuentes culturales se deducen de la experiencia del pasado (costumbres, precedentes judiciales) o desde el análisis racional de los fenómenos jurídicos (el papel de los académicos, por ejemplo). La ley resultante de fuentes políticas del Derecho es un acto caracterizado por el carácter abstracto y la generalidad, y en este sentido las leyes son el producto de un legislador racional, movido por una clara intención de construir la coherencia, la unidad y el orden concebido como *τάξις* (orden construido)⁶⁶. Desde esta perspectiva, la (segunda) Convención europea nos dio la ilusión de una voluntad fuerte y constructivista a nivel supranacional, ilusión que ha fracasado miserablemente. La consecuencia de este fracaso podría haber sido, según los descontentos del constitucionalismo europeo, la falta de legitimidad y de unidad o, en otras palabras, la fragmentación, el desorden y la oscuridad.

II.2 Los últimos años de «constitutional politics» en la UE

Como se ha dicho anteriormente, la dicotomía evolucionismo / constructivismo es útil para tratar de analizar los últimos veinte años de *constitutional politics* en la UE. Como, por ejemplo, Anne Peters escribió una vez, «la Constitución europea no fue «dada» en un específico momento constitucional por una sola autoridad. No hubo un único acto de creación de una Constitución europea, sino una acumulación de actos de

62 HAYEK, A., *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1 «Rules and Order», Routledge, London, 1973, p. 5.

63 *Ibidem*, p. 20.

64 Sobre el desarrollo de esta doctrina en Europa, *vide* VON BOGDANDY, A., «The Past and Promise of Doctrinal Constructivism: A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7/3, 2009, pp. 364-400.

65 El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano reza así: «Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución».

66 Sobre esta distinción, *vide* PIZZORUSSO, A., *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 263-264. *Vide*, igualmente, PIZZORUSSO, A., «Fonti politiche e fonti culturali del diritto», *Studi in onore di T. Liebman*, I, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 327-336.

diversa naturaleza jurídica»⁶⁷. Esto nos recuerda a la famosa definición de constitución propuesta por Griffith, «la constitución es lo que sucede»⁶⁸. La UE ha seguido históricamente un modelo de constitucionalismo evolutivo⁶⁹, mientras que el debate actual está dominado (y obsesionado) por el intento de dar a este proceso un sabor constructivista, mediante la creación de algo que podría parecerse a la idea continental de constitución (es decir, una constitución revolucionaria).

Más allá de las distinciones teóricas, lo que queremos destacar aquí es la alternativa a la concepción constructivista de los procesos de constitucionalización, concepción que en general ha sido considerada como la única forma posible tanto por los descontentos como por los partidarios de la era de las convenciones europeas⁷⁰. Esta representación es compartida por aquellos que argumentan que la UE fracasa en sus ambiciones constitucionales por razones no contingentes sino estructurales (razones que van más allá del buen o mal resultado logrado por las convenciones) y es el producto de una idea bastante cuestionable del constitucionalismo, que se caracteriza, según las palabras de uno de los más famosos «pluralistas», Nico Krisch⁷¹, por un sabor holístico que se traduce en el aplastamiento de aquella diversidad axiológica que caracteriza el Derecho postnacional:

«Siempre se ha creído que el constitucionalismo era capaz de reforzar el proceso de integración y de hacer su construcción jurídica y sociopolítica en general más fuertes...Basándose en el sentido convencional del término constitucionalismo, sus defensores lo han considerado casi perfectamente adaptado para una ruptura deseada con el pasado internacional de la UE, para garantizar la estabilidad, la unidad y el orden, basado en el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos; para traer el progreso en forma de una integración cada vez más estrecha y profunda y, gracias a su atractivo normativo, para la mo vilización de los Estados miembros y sus pueblos en favor de la causa de la integración. Sin embargo, como sabemos, las expectativas acerca del potencial para fomentar una mayor integración que tiene el constitucionalismo, sobre su capacidad para hacer que la integración de hecho más fuerte, con el tiempo han demostrado ser demasiado altas y poco realistas»⁷².

En estas líneas el constitucionalismo se percibe como un proceso guiado y constructivista, revolucionario (porque implica una «deseada ruptura» con el pasado) y dirigido a la construcción del «ordenamiento» y la «unidad», ordenamiento concebido como

67 PETERS, A., «The constitutionalisation of the European Union – Without the Constitutional Treaty», RIEKMANN, S. P.; WESSELS, W., (eds.), *The Making of a European Constitution. Dynamics and Limits of the Convention Experience*, VS Verlag für Sozialwissenschaften/GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden, 2006, pp. 51-52 (35-67).

68 Así, tal y como el autor escribió «The constitution of the United Kingdom lives on, changing from day to day, for the constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened, that would be constitutional also», GRIFFITH, J. A. G., «The Political Constitution», *Modern Law Review*, Vol. 42/1, 1979, p. 19 (1-21).

69 PETERS, A., «The constitutionalisation of the European Union – Without the Constitutional Treaty», *op. cit.*

70 FOSSUM, J. E.; MENÉNDEZ, A. J., «Democratic constitution-making. Reflections on the European experiment» (*ARENA Working Paper* 18/2005), *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* Vol.34/3, 2005, pp. 249-262.

71 KRISCH, N., *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, *op. cit.*

72 AVBELJ, M., «EU constitutional swan song», *op. cit.*

algo cerrado e impermeable. Todas estas características faltarían en el contexto europeo. Todas estas posiciones académicas —los pluralistas como Krisch, incluso aquellos que conciben las convenciones como un momento potencial redención de la UE— comparten un núcleo común: todos subestiman la función de la racionalización realizada por los tribunales y todos ellos tienden a extraer la supuesta esencia del constitucionalismo de aquella particular experiencia histórica representada por el constitucionalismo del Estado-nación. En otras palabras, estas visiones tienden a transformar una experiencia histórica y jurídica particular en un modelo general y universal que se debe aplicar a la UE. Estas posturas parten de una especie de presunción: la presunción de exclusividad del constitucionalismo del Estado-nación. Este punto ya ha sido cuestionado, como hemos visto, entre otros por Pernice⁷³ y Maduro⁷⁴, que han tratado de presentar el constitucionalismo nacional y europeo como dos elementos complementarios. Esto implica que el surgimiento del constitucionalismo de la UE ni necesita ni provoca el agotamiento del constitucionalismo del Estado-nación, ya que ambas dos formas de constitucionalismo son expresiones de la idea del constitucionalismo en cuanto tal.

III. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO: LA PRIMACÍA Y EL EFECTO DIRECTO

El objetivo de este apartado es el de describir brevemente los principios estructurales que han permitido la constitucionalización de la UE en el primero de los dos sentidos descritos en la apertura del artículo y que tienen que ver con la constitucionalización como «federalización»: el efecto directo y la primacía del Derecho de la UE.

III.1 El principio de efecto directo

Comúnmente se dice que el principio de efecto directo es la condición previa de la primacía del Derecho de la UE o que los dos están estrechamente vinculados, contribuyendo a hacer especial la naturaleza del ordenamiento jurídico europeo⁷⁵. En el pasado esto era especialmente cierto en el Derecho comunitario en sentido estricto, mientras que era más problemático extender estas consideraciones fuera del antiguo primer pilar, al menos hasta la decisión *Pupino*⁷⁶. Con *Pupino* el TJ realizó una especie de escisión entre primacía y efecto directo⁷⁷, extendiendo el principio de primacía a las decisiones

73 PERNICE, I., «Elements and Structures of the European Constitution», *WHI-Paper*, 4/02, 2002, disponible en <<http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0402.pdf>>, última visita: 21.07.2013.

74 MADURO, M. P., «Passion and Reason in European Integration», *Jurisdicción constitucional y democracia: Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 2011, pp. 127-140.

75 DE WITTE, B., «Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order», CRAIG, P.; DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 323-362.

76 Asunto C-105/03, *Proceso penal seguido contra Maria Pupino*, STJ de 16 junio 2005, *Rec.* 2005, p. I-5285.

77 PIQANI, D., «Supremacy of European Law Revisited: New Developments in the Context of the Treaty Establishing a Constitution for Europe», 2007, disponible en <www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20

marco sin violar la letra del artículo 34 del TUE⁷⁸, que excluye expresamente el efecto directo de esta fuente. La proximidad lógica entre efecto directo y primacía se origina principalmente por la cercanía cronológica entre *Van Gend en Loos*⁷⁹ y *Costa/ENEL*⁸⁰, las dos sentencias que fundaron las bases de la especialidad comunitaria aprovechando el silencio de los Tratados, dado que no era posible encontrar en ninguna de las disposiciones originarias la previsión de la primacía del derecho comunitario sobre el interno⁸¹. La única referencia escrita se encuentra en la ya mencionada Declaración núm. 17 sobre la primacía añadida al Tratado de Lisboa. Los dos principios están conectados con el concepto de autonomía del Derecho comunitario⁸², algo ya utilizado en *Van Gend en Loos* por el TJ:

«La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico»⁸³.

Al establecer esta premisa, el TJ se liberaba de las normas que normalmente regulan la interpretación de los Tratados internacionales (*in primis*, la de la «*in dubio pro Stato*») y podía acelerar la progresiva autonomía adoptando una lectura de los Tratados según el principio «*in dubio pro communitate*»⁸⁴. El principio de autonomía se presenta así como una suerte de *Jano* con dos caras: una interna (mirando hacia los Estados miembros) y otra externa (apuntando hacia el derecho internacional), reafirmando la idea de la especialidad del Derecho comunitario, que queda así concebido como un Derecho *sui generis*. Como han explicado muchos autores, la autonomía del derecho comunitario se ha traducido en la autonomía interpretativa del TJ respecto de la influencia

by%20Darinka%20Piqani.pdf>, última consulta: 21.07.2013; CLAES, M., *The National Courts» Mandate in the European Constitution*, Hart, Oxford, 2006, pp.589 y ss.; SPAVENTA, E., «Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Ruling in *Pupino*», *European Constitutional Law Review*, Vol. 3/1, 2007, pp. 5-24; FLETCHER, M., «Extending «indirect effect» to the third pillar: the significance of *Pupino*?», *European Law Review*, Vol. 30/6, 2005, pp. 862-877.

78 Artículo 34.2 TUE: «El Consejo dispondrá y fomentará, en la forma y según los procedimientos oportunos tal como se establece en el presente título, la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad:...

b) adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo».

79 Asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, cit.

80 Asunto 6/64, *Costa v. Enel*, cit.

81 En contra, vide BAQUERO CRUZ, J., «The Role of the Court in the Making of a Constitutional Law for the European Union», *International Journal of Legal Information*, Vol. 34/2, 2006, pp. 223-245.

82 Sobre este principio vide BARENTS, R., *The Autonomy of Community Law*, Kluwer, The Hague, 2003.

83 Asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, cit.

84 MONACO, R., «L'interpretazione delle norme comunitarie», PENNACCHINI, E.; MONACO, R.; FER-RARI BRAVO, L.; PUGLIESE, S., *Manuale di diritto comunitario*, Utet, Torino, 1983, pp. 79-90.

de los ordenamientos internacional y nacionales⁸⁵. Emblemática, en este sentido, es la decisión *Kadi*, donde el TJ enfatizó que:

«[U]n acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (...). 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, pues 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»⁸⁶.

Al mismo tiempo el principio de autonomía ha servido al TJ para superar la visión tradicional del Derecho internacional público según la cual los tratados generan derechos y deberes solo para los Estados contrayentes, sentando así las bases para el principio del efecto directo:

«[E]sos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias (...). Considerando que el texto del artículo 12 contiene una prohibición clara e incondicional, que no es una obligación de hacer, sino de no hacer; que, por otro lado, esta obligación no se acompaña de reserva alguna de los Estados que supedita su efectividad a un acto positivo de Derecho interno; que esta prohibición es perfectamente idónea, por su propia naturaleza, para producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables»⁸⁷.

De estas líneas se puede deducir la esencia de la noción de efecto directo, que consistiría en «la capacidad de una disposición de Derecho comunitario de conferir derechos a individuos que pueden alegarlos ante los tribunales nacionales»⁸⁸. Es decir, se trataría de la característica de aquellas normas europeas que se pueden invocar directamente ante una jurisdicción nacional o europea. En este sentido la idea de efecto directo ha sido conectada con la de «invocabilidad» de derechos garantizados por normas comunitarias (al principio sólo contenidas en los Tratados, luego también aquellas propias del Derecho derivado). El efecto directo es conceptualmente distinto de la idea de la aplicabilidad directa⁸⁹, que es una característica que los Tratados reconocen, por

85 Tal y como nota JAN KUIJPER, P., «The European Courts and the Law of the Treaties. The Continuing Story», CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law of the Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 256-278, especialmente, pp. 260 y ss.

86 Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat*, cit., §282.

87 Asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, cit.

88 CRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2001. Igualmente, vide PRECHAL, S., «Does Direct Effect Still Matter?», *Common Market Law Review*, Vol. 37/5, 2000, pp. 1047-1069; CARTABIA, M.; WEILER, J. H. H., *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bolonia, 2000, pp. 97-98.

89 WINTER, A., «Direct applicability and direct effect. two distinct and different concepts in Community TLaw», *Common Market Law Review*, Vol. 9/4, 1972, pp. 425-438.

los menos formalmente, solo a los reglamentos⁹⁰. Esto ha abierto la puerta –junto con la acción del TJ y de los jueces nacionales a través de la cuestión prejudicial– al papel fundamental desarrollado cotidianamente por los jueces nacionales, que son los primeros guardianes del principio del efecto directo y de la primacía, a la luz del mandato *Simmethal*, como veremos.

III.2 El principio de primacía

El principio de primacía también está conectado con el concepto de la autonomía del Derecho comunitario y fue expresado por primera vez en *Costa/Enel*:

«Considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad»⁹¹.

Como podemos ver, es la idea misma de la autonomía del Derecho de la UE lo que implica la necesidad de reconocer su primacía. Así, la autoridad de este Derecho no puede depender de lo que cada constitución nacional establezca al respecto, porque admitir lo contrario supondría abrir la puerta a una asimetría en la aplicación del Derecho de la UE que abocaría ineludiblemente al fin de la autonomía de este ordenamiento. Tal y como ha explicado la doctrina, la jurisprudencia comunitaria ha establecido tres tipos de argumentos para justificar el principio de primacía: 1) la obligación jurídica internacional de respetar los tratados; 2) la necesidad de garantizar la eficacia y aplicación uniforme del Derecho comunitario; 3) y el carácter autónomo del ordenamiento jurídico comunitario⁹². La primera de estas razones ha sido raramente mencionada por el TJ (tal vez para acentuar la diferencia entre la naturaleza de las Comunidades y la de las organizaciones internacionales «ordinarias»). No obstante, entre los asuntos que apelan a este principio puede destacarse *Humblet*⁹³ y *San Michele*⁹⁴. El segundo argumento ha sido utilizado en

90 Artículo 288 TFUE: «Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro».

91 Asunto 6/64, *Costa v. Enel*, cit., p. 106 (versión española).

92 KWIECIEŃ, R., «The Primacy of European Union Law Over National Law Under the Constitutional Treaty», *German Law Journal*, Vol. 6/11, 2005, pp. 1479-1496, especialmente, pp. 1481-1483.

93 Asunto 6/60, *Humblet*, STJ 16 diciembre 1960, *Rec.* 1960, p. 1125.

94 Asunto 9/65, *San Michele*, STJ 2 marzo 1967, *Rec.* 1967, p. 1.

casos como *Wilhelm*⁹⁵ y *Simmenthal*⁹⁶, por ejemplo. El tercer argumento, en cambio, es el más utilizado desde *Costa/Enel*.

La primacía del Derecho comunitario, tal y como ha sido construida por el TJ, tiene distintas implicaciones para los Estados. En primer lugar, la validez del Derecho comunitario puede ser evaluada únicamente a la luz de este ordenamiento y es competencia exclusiva del TJ. Además, el Derecho nacional (ni aún el de rango constitucional) no puede poner en entredicho la primacía del Derecho comunitario. Finalmente, las autoridades nacionales tienen la obligación de aplicar el Derecho comunitario y de inaplicar el Derecho nacional incompatible con aquél. Como se verá, principio de la primacía ha conocido distintas modalidades a lo largo de los años como consecuencia del diálogo permanente entre los tribunales nacionales (especialmente los constitucionales) y el TJ. En esta sección nos limitaremos al análisis del marco general de la noción y evolución de este principio a la luz de la jurisprudencia y doctrina más relevantes. Por su parte, en *Simmenthal* la Alta Instancia de Luxemburgo precisó cómo debe resolverse el conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho interno: el órgano jurisdiccional nacional debe «inaplicar» el segundo, porque «el hecho de reconocer eficacia jurídica a los actos legislativos nacionales que invaden el ámbito en el que se ejerce el poder legislativo de la Comunidad, o que de otro modo sean incompatibles con las disposiciones del Derecho comunitario, equivaldría de hecho a negar, por ello, el carácter efectivo de los compromisos incondicional e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondría así en peligro los propios fundamentos de la Comunidad»⁹⁷. Además, desde la decisión *Internationale Handelsgesellschaft*, el TJ, de manera explícita, siempre ha entendido la primacía como absoluta, es decir, que el Derecho comunitario prevalecería incluso sobre las Constituciones nacionales:

«Considerando que el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad, tendría por efecto menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho comunitario: que la validez de dichos actos sólo puede apreciarse con arreglo al Derecho comunitario; que, en efecto, al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma; que la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado»⁹⁸.

Como se verá *infra*, esta decisión producirá una contundente reacción por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales (doctrina de los contralímites⁹⁹ o saga *Solange*¹⁰⁰), favoreciendo conflictos que, en el fondo y la mayoría de las veces, han con-

95 Asunto 14/68, *WaltWilhelm*, STJ 13 febrero 1969, *Rec.* 1969, p. 1.

96 Asunto 106/77, *Simmenthal*, STJ 9 marzo 1978, *Rec.* 1978, p. 629.

97 Asunto 106/77, *Simmenthal*, *cit.*

98 Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, STJ 17 diciembre 1970, *Rec.* 1970, p. 1125.

99 Sentencia de la Corte Constitucional Italiana 183/1973, de 18 diciembre, caso *Frontini*.

100 Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 29 mayo 1974, caso *Solange I*, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271.

tribuido al desarrollo del Derecho de la Unión¹⁰¹. La necesidad de otorgar primacía al Derecho de la UE no se limita a los ámbitos sustantivos del Derecho nacional sino se extiende también a los aspectos procesales, como se puede deducir desde casos como *Schinjdel*¹⁰², *Peterbroeck*¹⁰³ y, por supuesto, también en la saga *Factortame*¹⁰⁴. En *Factortame* el Tribunal recordó que «la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al Juez, que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario. De ello resulta que el Juez que, en esas circunstancias, concedería medidas provisionales si no se opusiese a ello una norma de Derecho nacional está obligado a excluir la aplicación de esta última norma. Esta interpretación es corroborada por el sistema establecido por el artículo 177 del Tratado CEE, cuya eficacia resultaría menoscabada si el órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento hasta que este Tribunal de Justicia responda a su cuestión prejudicial no pudiera conceder medidas provisionales hasta el pronunciamiento de su resolución adoptada tras la respuesta del Tribunal de Justicia»¹⁰⁵.

La obligación de inaplicar las normas nacionales contrarias al Derecho de la UE debe ampliarse a la administración pública como el TJ señaló en la sentencia *Fratelli Costanzo*¹⁰⁶. La conexión de la primacía del Derecho de la UE con la aplicación efectiva y uniforme del mismo se observa también en la evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado, tal y como se establece en la doctrina *Franovich*¹⁰⁷. Así, del principio de primacía, de hecho, se derivan, a su vez, como corolarios, la cooperación leal y la responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE. En relación con el contexto europeo, el principio de cooperación leal se ha ido emancipando con los años, alejándose de una lectura reduccionista que lo veía como mero corolario del precepto *pacta sunt servanda*, desarrollando, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, perfiles una cierta autonomía conceptual. El TJ lo ha utilizado para invocar obligaciones distintas: la de la aplicación concreta del Derecho de la UE¹⁰⁸, la obligación de proporcionar información a la Comisión¹⁰⁹ o la de no adoptar medidas internas en contra de los actos comunitarios que estén a punto de entrar en vigor¹¹⁰.

101 MARTINICO, G., *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne, Roma, 2011.

102 Asuntos acumulados C-430 y C-431/93, *Schinjdel*, STJ 14 diciembre 1995, *Rec.* 1995, p. I-4705.

103 Asunto C-312/93, *Peterbroeck*, STJ 14 diciembre 1995, *Rec.* 1995, p. I-4599.

104 Asunto C-213/89, *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, STJ 19 junio 1990, *Rec.* 1990, p. I-2433; asunto C-221/89, *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, STJ 21 julio 1991, *Rec.* 1991, p. I-3905.

105 Asunto C-213/89, *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame, cit.*

106 Asunto 103/88, *Fratelli Costanzo*, STJ 22 junio 1989, *Rec.* 1989, p. 1839.

107 Asunto C-6/90, *Franovich, cit.*

108 Asunto 71/76, *Thieffry/Council de l'ordre des avocats de la Cour de Paris*, STJ 18 abril 1977, *Rec.* 1977, p. 765; asunto 54/81, *Fromme/BALM*, STJ 6 mayo 1982, *Rec.*, 1982, p. 1449; asunto 68/88, *Commission/Greece*, STJ 21 septiembre 1989, *Rec.* 1989, p. 2965.

109 Asunto C-30/90, *Commission/United Kingdom*, STJ 18 febrero 1992, *Rec.* 1992, p. I-829; asunto C-82/03, *Commission/Italy*, STJ 13 julio 2004, *Rec.* 2004, p. I-6635.

110 Asunto 804/79, *Commission/United Kingdom*, STJ 5 mayo 1981, *Rec.* 1981, p. 1045.

III.3 Primacía y responsabilidad

Como se ha ya dicho, la responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE está también conectada con el principio de primacía. En realidad, sería necesario hablar de «responsabilidades» del Estado, porque existen, de hecho, por lo menos dos grandes «categorías» de responsabilidad del Estado según el Derecho de la UE¹¹¹: la responsabilidad relacionada con la violación de derechos individuales (bajo las condiciones señaladas por el TJ en la famosa sentencia *Francovich*) y la responsabilidad hacia la Unión.

La doctrina *Francovich* puede verse como complemento de la doctrina del efecto directo y de la primacía: pretende garantizar los derechos individuales y presume la prioridad de las obligaciones descendentes del Derecho de la UE. Esto se puede deducir de las formulaciones utilizadas por el TJ cuando afirma que «el Derecho comunitario impone el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables»¹¹². Más recientemente, el TJ ha pasado a adoptar una concepción muy amplia de Estado, aclarando que «[e]l principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se derive de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, si la norma de Derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, si la violación está suficientemente caracterizada y si existe una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas»¹¹³.

III.4 La primacía y el efecto directo en el diálogo con los tribunales nacionales

La relación entre jueces nacionales y Tribunal de Justicia representa el ámbito elegido por la Alta Instancia de Luxemburgo para realizar sus pronunciamientos más emblemáticos de estos últimos años.

En primer lugar, cabe recordar la existencia de un largo debate sobre la parcial relativización del concepto de primacía. Especialmente, tras decisiones como *Omega*¹¹⁴

111 FUMAGALLI, L., *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 22.

112 Las condiciones para establecerla existencia de responsabilidad fueron elaboradas en *Brasserie du pêcheur* (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, STJ 5 marzo 1996, *Rec.* 1996, p. I-1029), donde el TJ ha aclarado que para que exista responsabilidad estatal son necesarias tres condiciones: 1) que la norma de Derecho comunitario violada tenga como objeto conferir derechos a los particulares; 2) que la violación esté suficientemente caracterizada; y 3) que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación por parte del Estado y el daño.

113 Asunto C-224/01, *Köbler*, STJ 30 septiembre 2003, *Rec.* 2003, p. I-10239.

114 «Aun cuando las medidas restrictivas de la libre circulación de servicios sólo pueden estar justificadas por razones de orden público si son necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y sólo si dichos objetivos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas, no es indispensable a este respecto que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección

o *Dynamic Medien*¹¹⁵, se habló de un nuevo camino abierto por la jurisprudencia del TJ, camino que parecía completado con la introducción del artículo 4.2 TUE-L (antiguo artículo I-5 del Tratado Constitucional), que codifica el deber de respetar la identidad constitucional de los Estados miembros¹¹⁶, especialmente tras sus primeras aplicaciones en los casos *Sayn Wittgestein*¹¹⁷ y *Runevic*¹¹⁸. La jurisprudencia sucesiva, que no ha hecho un uso sistemático de esta cláusula¹¹⁹, y algunas sentencias en otros ámbitos, han puesto en duda la posición de aquellos autores que hablaban de una ya ocurrida «superación de la primacía absoluta»¹²⁰. Además, la letra del artículo 4.2 TUE-L se parece mucho a la del antiguo artículo 6.3 TUE¹²¹, que no había sido utilizado casi nunca para admitir una excepción a la primacía del Derecho de la UE en razón de particulares normas constitucionales presentes a nivel nacional, a pesar de que en sus *Conclusiones* en los casos *Rottman*¹²² y *Michanicki*¹²³, el Abogado General Maduro había tratado de utilizar esta previsión en un sentido parecido.

En otro orden de cosas, hay que destacar que aunque muchos de los conflictos constitucionales abiertos que acaban explotando encuentran una solución (el caso *Kreil*¹²⁴ es emblemático) la saga de la euroorden nos viene a confirmar que las tensiones existentes entre tribunales están lejos de desaparecer¹²⁵. Recientemente hemos tenido confirma-

del derecho fundamental o interés legítimo controvertido. De ahí que el mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no excluye la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia», asunto C-36/02, *Omega*, STJ 14 octubre 2004, *Rec.* 2004, p. I-9609.

115 Asunto C-244/06, *Dynamic Medien*, STJ 14 febrero 2008, *Rec.* 2008, p. I-505.

116 Artículo 4.2 TUE. «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

117 Asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*, STJ 22 diciembre 2010, *Rec.* 2010, p. I-13693.

118 Asunto C-391/09, *Runevič-Vardyn & Wardyn*, STJ 12 mayo 2011, *Rec.* 2011, p. I-3787.

119 Sobre esta jurisprudencia *vide* GUASTAFERRO, B., «Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause», *Yearbook of European Law*, Vol. 31/1, 2012, pp. 263-318.

120 VON BOGDANDY, A.; SCHILL, S., «Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, Vol. 48/5, 2011, pp. 1417-1453.

121 «3. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros».

122 Asunto C-135/08, *Rottmann*, STJ 2 marzo 2010, *Rec.* 2010, p. I-1449.

123 *Vide* el asunto C-213/07, *Michanicki*, STJ 16 diciembre 2008, *Rec.* 2008, p. I-9999, sobre el conflicto entre el artículo 14 de la Constitución griega y el Derecho de la Unión, en el que el TJ otorga prevalencia al Derecho comunitario.

124 *Vide* el asunto C-285/98, *Kreil*, STJ 11 enero 2000, *Rec.* 2000, p. I-69, sobre el conflicto entre el artículo 12 de la Ley Fundamental de Bonn y el Derecho comunitario, conflicto solucionado otra vez a favor de la prevalencia del Derecho comunitario.

125 *Vide* los casos polaco (*Trybunał konstytucyjny*, P 1/05, <<http://www.trybunal.gov.pl/eng/index.htm>>); alemán (*BVerfG*, 2 BvR 2236/04, <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/index.html>>); chipriota (*Ανώτατο Δικαστήριο*, 294/2005, <www.cylaw.org>); y checo (*Ústavní Soud*, Pl. ÚS 66/04, <http://test.concourt.cz/angl_verze/cases.html>). Para una perspectiva comparada, *vide* KOMÁREK, J., «European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: in search of the limits of contrapunctual principles»,

ción de la actualidad de estos conflictos y, otra vez, el específico ámbito de la relación entre tribunales constitucionales o supremos y el TJ, ha sido la arena en la que se han resuelto estas tensiones, especialmente con relación a los Países del Este. Un primer caso lo constituye la sentencia *Filipiak* del TJ¹²⁶, producto de una cuestión prejudicial en el marco de un litigio entre el Sr. Filipiak, nacional polaco, y el *Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu* ('Director de la administración tributaria de Poznan'). Dejando de lado los detalles tributarios de esta cuestión, lo que nos interesa es que el juez nacional se encontraba en una situación en la cual tenía que elegir entre la aplicación de una normativa nacional, que había sido ya declarada inconstitucional por el Tribunal polaco pero aún desplegaba efectos (porque el Tribunal constitucional polaco había utilizado el artículo 190 de su Constitución que le permite posponer los efectos de su decisión) y una normativa de Derecho europeo. Siendo imposible resolver el conflicto a través de la interpretación conforme, el juez nacional planteaba una cuestión al Tribunal de Luxemburgo preguntando si en este caso también tenía que inaplicar el derecho nacional o si podía respetar la decisión de su Tribunal constitucional, garantizando la aplicación de la norma nacional hasta el plazo elegido por el Tribunal polaco. Sin dejar lugar a dudas, el Tribunal de Justicia optó por la primera opción argumentando que «en la medida en que el Derecho comunitario se oponga a disposiciones nacionales, el juez nacional está obligado a aplicar el Derecho comunitario y a dejar inaplicadas las disposiciones nacionales contrarias a éste, conforme al principio de primacía del Derecho comunitario, independientemente de la decisión del tribunal constitucional nacional de aplazar la pérdida de vigencia de esas disposiciones, declaradas inconstitucionales»¹²⁷.

Bastante parecido al asunto *Filipiak* es el caso *Winner Wetten*, donde, a diferencia del anterior, estaba involucrado el Tribunal constitucional alemán. También en este caso, el TJ contestó al juez remitente que «no puede admitirse que normas de Derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, menoscaben la unidad y la eficacia del Derecho de la Unión. Aun suponiendo que consideraciones similares a las relativas al mantenimiento de los efectos de un acto de la Unión anulado o declarado inválido, cuya finalidad sea no permitir la existencia de un vacío jurídico hasta que un nuevo acto sustituya al anulado, puedan conducir, por analogía y con carácter excepcional, a suspender provisionalmente el efecto de exclusión que ejerce una norma de la Unión directamente aplicable sobre el Derecho nacional contrario a ella, tal suspensión, cuyos requisitos sólo puede establecer el Tribunal de Justicia, ha de excluirse automáticamente cuando no existen consideraciones imperiosas de seguridad jurídica que puedan justificarla»¹²⁸.

Common Market Law Review, Vol. 44/1, 2007, pp. 9-40; GORDILLO PÉREZ, L. I., «El juez nacional y el juez europeo ante la Euro-orden», REVENGA SÁNCHEZ, M. (coord.), *El poder judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant, Valencia, 2009, pp. 755-790; MARIN, L., «A Spectre is Haunting Europe»: European Citizenship in the Area of Freedom, Security and Justice», *European Public Law*, Vol. 17/4, 2011, pp. 705-728; FONTANELLI, F., «How Interpretation Techniques Can Shape the Relationship between Constitutional Courts and the European Union», *King's Law Journal*, Vol. 21/2, 2010, pp. 371-392.

126 Asunto C-314/08, *Filipiak*, STJ 19 noviembre 2009, *Rec.* 2009, p. I-11049.

127 *Ibidem*, §85. *Vide* también el asunto *Winner Wetten* (asunto C-409/06, *Winner Wetten*, STJ 8 septiembre 2010, *Rec.* 2010 p. I-8015), que es muy parecido e involucra al Tribunal constitucional alemán.

128 Asunto C-409/06, *Winner Wetten*, *cit.*

Volviendo al Este, el asunto *Landtová* ha sido muy controvertido en esta materia¹²⁹. Conviene recordar los hechos del caso para entender la cuestión. Un Acuerdo bilateral entre la República Checa y la República Eslovaca (relativo a la regulación de la situación resultante de la escisión de dichos Estados en 1992), fue incorporado como parte de un anexo de un Reglamento comunitario¹³⁰. Según este Acuerdo, los períodos de cotización devengados antes del día de la división de Checoslovaquia serían cubiertos por el Estado donde el empleador tuviera su sede en dicho momento, de tal manera que alguien que no se hubiera movido de la parte checa del país, pero que hubiera trabajado para una empresa con sede en la parte eslovaca, cobraría su pensión conformemente al régimen eslovaco. El Tribunal checo dijo que esto vulneraba el artículo 30.1 de la Carta Checa de Derechos Fundamentales y Libertades Básicas (relativo a derecho a la seguridad social en la vejez suficiente de los ciudadanos¹³¹). Lo que hizo entonces el Tribunal constitucional checo fue ajustar el importe de la prestación por jubilación de modo que pudiera coincidir con el que un afiliado habría obtenido si el importe de dicha prestación se hubiera calculado a la luz del régimen checo. Esta jurisprudencia fue concebida como discriminatoria por el Tribunal Administrativo Supremo checo que entonces planteó una cuestión prejudicial ante el TJ, que confirmó que la normativa nacional —tal y como interpretada por el Tribunal constitucional— resultaba en un trato discriminatorio:

«[L]a resolución del *Ústavní soud* [el Tribunal Constitucional checo] supone una discriminación directa por razón de la nacionalidad y una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, derivada del criterio de residencia, contra las personas que hayan ejercido su derecho a la libre circulación»¹³².

Este pronunciamiento fue percibido como una auténtica agresión por parte del Tribunal constitucional checo, que reaccionó poco después declarando que en *Landtová* el TJ había actuado *ultra vires*¹³³ y criticando además a su propio gobierno y al juez ordinario remitente por no haber defendido (o haber expuesto incorrectamente) la posición jurisprudencial del Tribunal constitucional. Por eso, durante el procedimiento ante el TJ, el Tribunal constitucional checo intentó presentar su punto de vista enviando un documento explicativo de su doctrina al Tribunal de Luxemburgo, fax que fue rechazado por la Secretaría del Tribunal, a la luz del artículo 23 de su Estatuto, lo que, a juicio de un buen conocedor del procedimiento, enfadó considerablemente a los magistrados del Tribunal constitucional checo¹³⁴.

129 Asunto C-399/09, *Landtová*, STJ 22 junio 2011, *Rec.* 2011, p. I-05573.

130 Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 y sucesivas modificaciones relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

131 Artículo 30.1. «Los ciudadanos tienen derecho a una seguridad económica adecuada en la tercera edad y durante los períodos de incapacidad laboral, así como en los casos de pérdida de empleo».

132 Asunto C-399/09, *Landtová*, *cit.*

133 Decisión del Tribunal constitucional Checo, 31 enero 2012, *Slovak Pensions XVII*, Pl. ÚS 5/12, disponible en inglés en <<http://www.usoud.cz/en/decisions/>>, última consulta: 21.07.2013.

134 KOMÁREK, J., «Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS

En el fondo el Tribunal constitucional checo cuestionó la premisa misma del razonamiento seguido en *Landtová* por el TJ, esto es, la incapacidad de distinguir entre las relaciones jurídicas derivadas de la disolución de un Estado con un sistema de seguridad social uniforme y las relaciones jurídicas derivadas de la libre circulación de personas en las Comunidades (o la UE) por los sistemas de seguridad social de los Estados miembros»¹³⁵. Actualmente estamos a la espera de una segunda decisión del TJ porque, después de esta sentencia del Tribunal constitucional checo, el Tribunal Supremo Administrativo del mismo país planteó tres cuestiones prejudiciales al TJ para cuestionar otra vez esta jurisprudencia¹³⁶.

El caso *Landtová* se enmarca en el contexto más amplio de la tensión existente entre Tribunales constitucionales y Tribunal de Justicia. Así, siguiendo con este tipo de asuntos, los Países del Este también son protagonistas de otro caso de enfrentamiento entre Tribunales constitucionales y TJ. Nos referimos al reciente asunto *Križan*¹³⁷, donde el TJ, como en *Filipiak* y *Winner Wetten*, reconoce la primacía de su jurisprudencia sobre la de los tribunales constitucionales, concluyendo que la «norma nacional que obliga al *Najvyšší súd Slovenskej republiky* [Tribunal Supremo de Eslovaquia] a seguir la apreciación jurídica del *Ústavný súd Slovenskej republiky* [Tribunal Constitucional de Eslovaquia] no impide que el juez remitente pueda plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial en cualquier momento del procedimiento que considere oportuno y dejar de lado, en su caso, las valoraciones formuladas por el *Ústavný súd Slovenskej republiky* [Tribunal Constitucional de Eslovaquia] que resulten contrarias al Derecho de la Unión»¹³⁸.

Actuando así, el TJ confirma su interpretación según la cual el artículo 267 TFUE establece una relación directa con el juez remitente, sin aceptar la intermediación de los tribunales supremos o constitucionales, siendo el juez remitente el único dueño de la cuestión prejudicial como ya había dicho en *Rheinmühlen-Düsseldorf*¹³⁹ y, más recientemente, en *Melki*¹⁴⁰ y en *Elchinov*¹⁴¹ (otro caso planteado por un tribunal del Este, en este caso búlgaro). *Elchinov* sigue a casos como *Cartesio*¹⁴² asuntos que han inducido Komárek¹⁴³ a hablar de la construcción jurisprudencial de una nueva jerarquía judicial

5/12, Slovak Pensions XVII», *European Constitutional Law Review*, Vol. 8/2, 2012, p. 331 (323-337).

135 Decisión del Tribunal constitucional Checo, 31 enero 2012, *Slovak Pensions XVII*, cit.

136 Las dos primeras se refieren a la interpretación del Reglamento, en particular a la posibilidad de justificar la discriminación encontrada por el Tribunal de Justicia en *Landtová* (Auto 9 mayo 2012, 6 18/2012-82). La tercera pregunta plantea explícitamente si el Derecho de la UE impide que el Tribunal Supremo Administrativo quede vinculado por la interpretación hecha por el Tribunal constitucional, en caso de conflicto aparente con el Derecho UE o la jurisprudencia del TJUE. KOMÁREK, J., «Czech Constitutional Court Playing with Matches», *op. cit.*, p. 337.

137 Asunto C-416/10, *Križan & Others v. Slovenska Inspekcia Zivotneho Prostredia*, STJ 15 enero 2013 (pendiente de publicación).

138 *Ibidem*, §71.

139 Asunto 166/73, *RheinmühlenDüsseldorf*, STJ 16 enero 1974, *Rec.* 1974, p. 33.

140 Asuntos acumulados C188/10 y C189/10, *Melki*, STJ 22 junio 2010, *Rec.* 2010 p. I-5667.

141 Asunto C-173/09, *Elchinov*, STJ 5 octubre 2010, *Rec.* 2010, p. I-8889.

142 Asunto C-210/06, *Cartesio*, STJ 16 diciembre 2008, *Rec.* 2008, p. I-9641.

143 KOMÁREK, J., «Federal Elements in the Community Judicial System - Building Coherence in the Community Legal Order», *Common Market Law Review*, Vol. 42/1, 2005, pp. 9-34.

entre tribunales nacionales y TJ. Básicamente, con estas decisiones el TJ ha reconocido la incompatibilidad con el Derecho UE de aquellas normativas nacionales que permiten a los tribunales superiores (incluyendo a los constitucionales) condicionar o influir en la facultad del juez remitente inferior de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia¹⁴⁴. La idea es que el juez remitente, independientemente de que lo que la jurisprudencia de su tribunal supremo o constitucional diga, debe ser libre de plantear o mantener una cuestión prejudicial, por ejemplo, cuando quiera cuestionar una jurisprudencia consolidada que se considera basada en apreciaciones contrarias al Derecho de la UE o a la jurisprudencia del TJ.

Algo parecido se puede ver en la conocida saga *Melki*, originada por la reforma del control de constitucionalidad que ha introducido en Francia una forma de control de constitucionalidad *a posteriori* y concreto¹⁴⁵. El mecanismo de la «cuestión prioritaria de constitucionalidad»¹⁴⁶ con ocasión de la aparición de un conflicto entre Derecho interno y Derecho internacional (incluyendo al de la UE) había inducido la *Cour de Cassation* a poner en duda la compatibilidad de este mecanismo con la doctrina *Simmenthal*, porque dar prioridad de manera sistemática a esta nueva cuestión de constitucionalidad podía acabar afectando al funcionamiento del mecanismo prejudicial y amenazando la relación directa entre jueces nacionales y TJ. Poco antes que interviniese el TJ, el *Conseil Constitutionnel* tuvo la oportunidad de pronunciarse, dando la que autores como Fabbrini llamaron una *interpretatio abrogans*¹⁴⁷, es decir, una interpretación conforme con el del nuevo mecanismo que acabó eliminando el sentido de la norma misma¹⁴⁸.

144 Asunto C-210/06, *Cartesio, op. cit.*, §98: «Teniendo en cuenta lo que precede, debe responderse a la tercera cuestión planteada que, de existir normas de Derecho nacional relativas al recurso de apelación contra una resolución por la que se acuerda una remisión prejudicial, que se caractericen por la circunstancia de que el asunto principal sigue pendiente en su totalidad ante el órgano jurisdiccional remitente, siendo objeto de una apelación limitada únicamente la resolución de remisión, el artículo 234 CE, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que la competencia que dicha disposición del Tratado confiere a todo órgano jurisdiccional nacional de acordar una remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia no puede cuestionarse por la aplicación de tales normas que permiten al órgano jurisdiccional que conoce de la apelación reformar la resolución por la que se acuerda plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, dejar sin efecto esa remisión prejudicial y ordenar al órgano jurisdiccional que dictó la referida resolución reanudar el procedimiento de Derecho interno suspendido».

145 Ley orgánica [francesa] 2009-1523. FABBRINI, F., «Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of *a posteriori* Constitutional Review of Legislation», *German Law Journal*, Vol. 9/10, 2008, pp. 1297-1312.

146 Artículo 23-5 de Ley orgánica 2009-1523 : «En toda circunstancia, el Consejo de Estado o la Corte de Casación deben, cuando se les plantee la validez de una disposición legislativa, en relación con los derechos y libertades garantizados por la constitución o con los acuerdos internacionales que vinculan a Francia, pronunciarse prioritariamente sobre la presentación de la cuestión de constitucionalidad ante el Consejo Constitucional».

147 FABBRINI, F., «Sulla «legittimità comunitaria» del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki», *Quaderni Costituzionali*, 4/2010, pp. 840-842.

148 «[E] artículo 61-1 de la Constitución, de igual modo que los artículos 23-1 y siguientes de la orden de 7 de noviembre de 1958 anteriormente nombrada no obstaculizan que el juez al que se somete un litigio en el que se invoca la incompatibilidad de una ley con el derecho de la Unión Europea haga, en cualquier momento, lo que sea necesario para impedir que las disposiciones legislativas que obstaculizan la plena eficacia de las normas de la Unión sean aplicadas en dicho litigio», Décision del *Conseil Constitutionnel*

Luego, basándose en esta interpretación del juez nacional, el Tribunal de Justicia evitó declarar la incompatibilidad de la normativa nacional, aceptando la interpretación del juez francés, pero recordó que «[E]l artículo 267 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre dicha cuestión, que todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia»¹⁴⁹. *Melki* es, pues, una sentencia ambigua que, por una lado, demuestra deferencia hacia la interpretación dada por el *Conseil* francés pero, por otro, lanza un mensaje claro en el sentido de que nada puede afectar a la doctrina *Simmenthal*.

La última sentencia que tomamos en consideración es *Melloni*¹⁵⁰, originada por una cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional de España y centrada en la compatibilidad entre estándares de protección diferentes garantizados por el Derecho nacional (tal y como es interpretado por el Tribunal Constitucional) y por el Derecho UE. Se trataba de verificar la validez del artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, tal y como fue modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI. Igualmente, se trataba también de ver si un Estado miembro podía denegar la ejecución de una orden de detención europea a la luz del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵¹, por la vulneración de los derechos fundamentales (tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo incluyendo el derecho de defensa) de la persona afectada tal y como resultaban garantizados por la constitución nacional. El TJ no dejó margen al nivel nacional declarando que «el artículo 53 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución».

Esta sentencia debe leerse junto con la reciente sentencia del caso *Åkerberg Fransson*, donde el Tribunal de Justicia ha dicho que «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de

n. 2010-605, 12 mayo 2010, §14, disponible en <www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-605-dc/decision-n-2010-605-dc-du-12-mai-2010.48186.html>, última consulta : 21.07.2013.

149 Asuntos acumulados C188/10 y C189/10, *Melki y Abdeli*, STJ 22 junio 2010, *Rec.* 2010 p. I-5667.

150 Asunto C-399/11, *Melloni*, STJ 26 febrero 2013 (pendiente de publicación).

151 «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión [Europea] o todos los Estados miembros, y en particular el [CEDH], así como por las constituciones de los Estados miembros».

los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»¹⁵².

IV. LA PROGRESIVA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO DE LA UE

IV.1 Algunas consideraciones de partida

Los derechos fundamentales son uno de los grandes temas del Derecho comunitario. Los Tratados fundadores de las Comunidades Europeas, en su versión original, no contenían disposiciones específicas para la protección de dichos derechos¹⁵³. Sin embargo, a pesar de ese silencio inicial de los Tratados, tales derechos han entrado en escena de la mano del TJ, lo cual ha generado abundantes contribuciones doctrinales sobre la cuestión de hasta qué punto las Comunidades estaban obligadas a respetar los derechos fundamentales e, incluso, cuáles serían éstos¹⁵⁴. Posteriormente, esta jurisprudencia se ha visto reforzada por las sucesivas modificaciones de los Tratados hasta llegar a la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (proclamada dos veces antes de adquirir valor originario), sin olvidar la problemática de la adhesión de la Comunidad, después la Unión, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («CEDH»). El nuevo Tratado de Lisboa, que ha otorgado a la Carta rango convencional, aunque la saca del texto que el Tratado constitucional había unificado, y que prevé la incorporación de la Unión al Convenio, hace presagiar nuevos desarrollos (doctrinales y jurisprudenciales) en las relaciones entre el sistema emanado del Convenio europeo y el de la Unión, una vez que la esperada adhesión se consume.

La importancia de los derechos fundamentales es tal que algunos autores analizan la evolución de la integración europea atendiendo al papel cada vez más importante que se va otorgando a los derechos en el «proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa»¹⁵⁵. Tal y como constata toda la doctrina que ha

152 Asunto C-617/10, *ÅkerbergFransson*, STJ 26 febrero 2013, pendiente de publicación.

153 De hecho, hubo que esperar hasta el Tratado de Maastricht (1992) y a su artículo F para encontrar una mención expresa a los derechos fundamentales y, aún así, aparecía redactado en términos tales que en principio, se acercaría más a una declaración política que a una disposición jurídicamente vinculante.

154 Sobre esta cuestión la literatura es muy abundante. *Vide inter alia* PESCATORE, P., «The context and significance of fundamental rights in the law of the European Communities», *Human Rights Law Journal*, Vol. 2/3-4, 1981, pp. 295-308; SCHWARZE, J., «The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights», *Common Market Law Review*, Vol. 23/2, 1986, pp. 401-417; DAUSES, M. A., «The protection of fundamental rights in the Community legal order», *European Law Review*, Vol. 10/6, 1985, pp. 398-419; SCHERMERS, H. G., «The European Communities Bound by Fundamental Human Rights», *Common Market Law Review*, Vol. 27/2, 1990, pp. 249-258.

155 *Vide, v. gr.*, CLAPHAM, A., CASSESE, A., WEILER, J. H. H., *European Union - The Human Rights Challenge Vol III, Human Rights and the European Community: The Substantive Law*, Nomos, Baden-Baden, 1991. La frase entrecorrida es del preámbulo del Tratado de la Unión Europea, versión consolidada. *Diario*

analizado la cuestión, a pesar de que los Tratados fundacionales obviaban por completo la cuestión de los derechos fundamentales, sin embargo éstos fueron adquiriendo una importancia creciente, desde finales de los 60¹⁵⁶. Desde entonces, la cuestión ha ido evolucionando a medida que se otorgaba cada vez mayor reconocimiento a estos derechos y, sobre todo una mayor efectividad de la mano del Tribunal de Justicia. Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los derechos fundamentales estaban reconocidos como principios fundadores de la Unión, que habían de ser respetados por sus instituciones y que, además, forman parte de los principios generales del derecho comunitario, cuya efectividad garantiza el Tribunal de Justicia¹⁵⁷. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos fundamentales es plenamente vinculante y, además, se establece que la Unión se adherirá al Convenio Europeo de Derechos fundamentales.

Como se ha avanzado, los Tratados comunitarios no contenían en su origen ninguna disposición general relativa a los derechos fundamentales, aun cuando ciertos principios de un cariz más bien económico como el de la no discriminación o el de la libre prestación de servicios podrían, en ciertos casos, ser coincidentes con algunas disposiciones relativas a los derechos humanos¹⁵⁸. La explicación de este silencio es simple. Dada la naturaleza económica de los Tratados, sus autores no pensaron que pudiera existir un riesgo de colisión entre la legislación comunitaria y los derechos humanos. En el momento de la redacción de los Tratados, la concepción mayoritaria sobre la naturaleza de los derechos humanos incluía dentro de esta categoría los derechos civiles y políticos, con lo que se hacía difícil concebir posibles interferencias entre regulaciones de carácter económico y los derechos fundamentales.

La experiencia ha demostrado, sin embargo, cuán errónea era esta apreciación, dado que obviaba el hecho de que los derechos fundamentales actúan como límite de la actividad de todo poder público (ya tenga éste una dimensión local, regional, estatal o supranacional) e, incluso, pueden aplicarse en las relaciones entre particulares¹⁵⁹. De este modo, en el debate en Irlanda sobre la ratificación del Acta Única Europea, inicialmente se descartó el argumento según el cual la integración comunitaria podía afectar al derecho absoluto a la vida desde el mismo momento de la concepción, reconocido por la Constitución irlandesa (artículo 40.3.3.º). Posteriormente, el Tribunal de Justicia

Oficial de la Unión Europea n.º C321/E, de 29 diciembre 2006. El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, no modifica este punto del preámbulo. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º C 306/11, de 17 diciembre 2007.

156 En el Asunto 29/69, *Stauder*, STJ 12 noviembre 1969, Rec. 1969, p. 419, ya se trató, aunque tangencialmente, la cuestión. Sobre este caso, *vide infra*.

157 Para una precisa narración de la evolución de la protección de los derechos fundamentales en la UE, *vide* SCHERMERS, H. G., WAELBROECK, D., *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer, The Hague, 2001.

158 JACQUÉ, J. P., *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, 4e ed., Dalloz, Paris, 2006, pp. 54-55.

159 Sobre la posibilidad de que los derechos fundamentales se apliquen en las relaciones entre particulares, la doctrina alemana, especialmente, ha desarrollado la interesante teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* o, más comúnmente conocida como *Drittwirkung*. Sobre esta cuestión, *vide* LEISNER, W., *Grundrechte und Privatrecht*, C. H. Beck, München, 1960; RÜFNER, W., «Drittwirkung der Grundrechte - Versuch einer Bilanz», SELMER, P., VON MÜNCH, I., *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, De Gruyter, Berlin, 1987, pp. 215-230.

hubo de decidir una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con el Derecho comunitario de una medida irlandesa que prohibía la difusión de información en la isla sobre las condiciones en las que las clínicas de otros Estados miembros practicaban legalmente el aborto¹⁶⁰. En este controvertido caso, el Tribunal entendió que la cuestión se veía afectada por las reglas sobre la libre prestación de servicios y por lo tanto entraba dentro del ámbito de comunitario. Este caso demuestra que no es posible excluir *a priori* toda interferencia entre la actividad de la Unión y las cuestiones relativas a los derechos fundamentales. Los riesgos de colisión se vieron lógicamente acrecentados tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal y tras la comunitarización que operó el Tratado de Ámsterdam de parte del antiguo título VI, en concreto la relativa a visados, asilo, inmigración y la cooperación judicial en materia civil.

IV.2 La garantía de los derechos como garantía del Derecho (comunitario)

IV.2.1 *La posición inicial del TJ*

Dado el silencio de los Tratados, la cuestión no tardó en presentarse ante el Tribunal de Justicia. En sus primeras decisiones, el Tribunal rechazó tomar en consideración la argumentación de los recurrentes de que determinados actos comunitarios eran nulos puesto que atentaban contra derechos fundamentales amparados por las constituciones nacionales¹⁶¹.

Esta jurisprudencia planteaba una serie de problemas. En primer lugar, suponía que la creación de las Comunidades traía aparejado un déficit en la protección de los derechos fundamentales. Es decir, estaba claro que las competencias que los Estados ejercían estaban sometidas al respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales. Ahora bien, la transferencia de esas competencias a una instancia supranacional (las Comunidades), ¿implicaría que su ejercicio ya no estaba sometido a los límites que planteaban los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales? Una respuesta afirmativa habría permitido concluir que la creación de las Comunidades (con la consiguiente transferencia de poderes) operaba una reducción de la protección de los derechos del individuo. Además, se haría necesario explicar por qué competencias cuyo ejercicio estaba limitado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en cinco de los seis Estados miembros (Francia no lo ratificaría hasta 1974), escaparían a todo control tras una eventual cesión a las Comunidades. Del mismo modo, habría que justificar la razón por la cual los particulares que disponían de un recurso directo ante las instancias de Es-

160 Asunto C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan and others*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 octubre 1991, Recopilación de Jurisprudencia 1991, p. I-4685. Vide WILKINSON, B., «Abortion, the Irish Constitution and the EEC», *Public Law*, Spring, 1992, pp. 20-30, y PHELAN, D. R., «Right to Life of The Unborn v. Promotion of Trade in Services: The European Court of Justice and the Normative Shaping of the European Union», *The Modern Law Review*, Vol. 55/5, 1992, pp. 670-689.

161 Vide, v.gr., Asunto 1/58, *Friedrich Stork & Cie v. Haute Autorité de la CECA*, STJ 4 febrero 1959, *Rec.* 1959, p. 43; Asuntos 36, 37, 38 y 40/59, *Präsident Rubrkoblen-Verkaufsgesellschaft e.a. v. Haute Autorité de la CECA*, STJ 15 julio 1960, *Rec.* 1960, p. 857; todos ellos comentados en BRINKHORST, L. J., SCHERMERS, H. G., *Judicial remedies in the European Communities: a case book*, 2nd ed., Kluwer, Deventer, 1977, pp. 181-191.

trasburgo (Comisión y, en su caso, Tribunal en aquella época) perderían este derecho tras una posible transferencia de competencias¹⁶².

Era, pues, sólo cuestión de tiempo que surgieran las primeras controversias entre las distintas instancias judiciales encargadas de la protección de los derechos fundamentales. En efecto, los particulares comenzaron a esgrimir ante los tribunales nacionales y ante el propio Tribunal de Justicia que determinados actos comunitarios eran nulos dado que atentaban contra derechos fundamentales amparados por textos constitucionales nacionales¹⁶³. Dado que el TJ no ejercía un control apropiado sobre el respeto por parte de los actos comunitarios de los derechos fundamentales, algunos tribunales nacionales que vieron un peligro potencial de que se atentara contra derechos amparados por sus respectivas constituciones, empezaron a declararse competentes para controlar, en último término, el ajuste de los actos comunitarios a los derechos fundamentales, lo que implicaba, en el mejor de los casos, un riesgo para la aplicación uniforme del Derecho comunitario o, lisa y llanamente, la negación de su primacía¹⁶⁴. Se inició entonces, un interesante proceso, que algunos han calificado de «diálogo», en el que las altas instancias judiciales involucradas fueron definiendo sus posiciones y estableciendo los requisitos para aceptar los planteamientos de sus homólogos¹⁶⁵.

IV.2.2 *El diálogo con los Tribunales constitucionales nacionales*

Fue la *Corte costituzionale* italiana la primera que se pronunció sobre los límites constitucionales al proceso de integración. En su famosa sentencia del caso *Frontini* (1973) sentó la teoría de los *controlimiti*, según los cuales, la limitación de la soberanía derivada del proceso de integración europeo no podría bajo ningún concepto conducir al otorgamiento a las instituciones comunitarias de «un poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana»¹⁶⁶. Esta doctrina sería posteriormente reiterada en los asuntos *Granital* (1984) y *Fragd* (1989)¹⁶⁷.

162 JACQUÉ, J. P., *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, 4e ed., Dalloz, Paris, 2006, p. 53.

163 Vide, v.gr., Asunto 1/58, *Stork*, cit., asuntos 36, 37, 38 y 40/59, *Präsident Rubrkoblen*, cit., así como los Autos del Tribunal Constitucional alemán de 5 julio 1967, 18 octubre 1967, 9 junio 1971 y 29 mayo 1974, todos ellos comentados en BRINKHORST, L. J., SCHERMERS, H. G., *Judicial remedies in the European Communities: a case book*, 2nd ed., Kluwer, Deventer, 1977, pp. 181-191.

164 Recuérdese cómo el Tribunal Constitucional alemán aceptó la posibilidad de que la aplicación en Alemania de ciertas disposiciones comunitarias fuese declarada inconstitucional si infringía derechos fundamentales. Vide la sentencia que resolvió el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, más conocido como, *Solange I*, Auto 29 mayo 1974, BVerfGE 37, 271, cit. Por su parte, unos años antes el Tribunal de Luxemburgo ya había advertido en la cuestión prejudicial que le elevó el tribunal de instancia del mismo caso de los peligros de acudir a normas y conceptos jurídicos nacionales para apreciar a validez de los actos de las instituciones comunitarias, vide el asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, cit. especialmente §3.

165 Para un balance sobre el «diálogo» entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, vide SLAUGHTER, A. M., STONE SWEET, A. & WEILER, J. H. H., *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal change in its social context*, Hart, Oxford, 1998, especialmente la contribución de STONE SWEET, A., «Constitutional Dialogues in the European Community», pp. 305-330.

166 Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 183/1973, cit., caso *Frontini*.

167 Vide Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 170/1984, 5 junio (publicada el 8 junio), caso *Granital*, sobre todo el fundamento jurídico 4, que recuerda la doctrina *Frontini*; la Sentencia del Tribunal

Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán sostuvo en su celeberrima decisión de 1974 (*Solange I*) que «[e]n tanto no se haya alcanzado un desarrollo suficiente del proceso de integración de la Comunidad como para que el Derecho comunitario contenga también un catálogo formulado de derechos fundamentales aprobado por un parlamento y con vigencia efectiva que sea ajustado al catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, resulta procedente y admisible que un tribunal de la República Federal de Alemania acuda al Tribunal Constitucional Federal a través del procedimiento de «control de normas» (...)» si no queda del todo convencido por la respuesta que el Tribunal de Luxemburgo le haya dado en torno a la compatibilidad entre la norma comunitaria cuestionada y los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento alemán¹⁶⁸. No obstante, en caso de constatar una violación de algún derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no se declaraba competente para invalidar la norma comunitaria, sino para declarar inconstitucional todo acto de los poderes públicos germanos tendentes a su aplicación interna¹⁶⁹.

El TJ, por su parte, comenzó a prestar una mayor atención a los derechos fundamentales¹⁷⁰, quizás en un intento de que las jurisdicciones internas aceptasen la supremacía del Derecho comunitario. Ya se ha mencionado como en 1969 (caso *Stauder*), el Tribunal reconoció al menos implícitamente, en un *obiter dictum* que los derechos fundamentales de la persona formaban parte de los principios generales del Derecho comunitario¹⁷¹. Poco después, en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, en el que el recurrente había alegado una violación de sus derechos fundamentales por parte de un acto comunitario, el Tribunal, si bien rechazó que tal violación se hubiese producido, reconoció expresamente que «el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia» y que para definir estos derechos había que inspirarse en las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»¹⁷². Unos años más tarde (caso *Nold*, 1974), el Tribunal de Justicia puntualizó su jurisprudencia haciendo referencia a los instrumentos nacionales a los que los Estados miembros se habían adherido o en cuya elaboración habían participado. En particular, se hacía referencia al Convenio Europeo¹⁷³. Finalmente (caso *Wachauf*, 1989), el Tribunal reordenaría toda su jurisprudencia anterior en materia de derechos fundamentales y concretó de forma definitiva una jurisprudencia que mantendría hasta la actualidad, en virtud de la cual «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al garantizar la salvaguardia de dichos derechos, el

Constitucional Italiano 232/1989, 13 abril (publicada el 3 mayo), fundamento jurídico 3.

168 Caso *Solange I*, Auto 29 mayo 1974, BVerfGE 37, 271, *cit*.

169 ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 259.

170 Sobre este punto, se puede ver ASTOLA MADARIAGA, J., «Los derechos fundamentales y el Derecho comunitario», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 18, 1998, pp. 115-142.

171 Asunto 29/69, *Stauder vs. Stadt Ulm*, Sentencia de 12 noviembre 1969, *Recueil de jurisprudence* 1969, p. 419. Sobre el caso del Sr. STAUDER contra la ciudad de Ulm, *vide* EHLERMANN, C. D., «Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 12.11.1969, Rs. 29/69», *Europarecht*, 1970, pp. 41-47.

172 Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *cit.* §4. Esta misma jurisprudencia sería reafirmada unos años más tarde en el caso *Hauer*, asunto 44/79, *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, STJ 13 diciembre 1979, *Rec.* 1979, p. 3727, especialmente §§14 y 15.

173 Asunto 4/73, *Nold*, STJ 14 mayo 1974, *Rec.* 1974, p. 491.

Tribunal de Justicia está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de dichos Estados. Los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, a los que han colaborado o se han adherido los Estados miembros, pueden proporcionar asimismo indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario»¹⁷⁴.

De este modo, tras esta primera jurisprudencia «humanizadora» del TJ, el Tribunal Constitucional alemán modificó su doctrina sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y la Constitución alemana. Así tras un primer cambio de enfoque en el caso *Eurocontrol* (1981), la alta instancia de Karlsruhe modificó radicalmente su jurisprudencia en la famosa sentencia *Solange II* (1986)¹⁷⁵. En este segundo caso, invirtiendo los términos empleados en *Solange I*, el Constitucional alemán dispuso que [e]n tanto [*Solange*] que las Comunidades Europeas (...) garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, que ha de considerarse equivalente en lo esencial a la protección de los derechos fundamentales incondicionalmente ofrecida por la Ley Fundamental (...) el BVerfGE no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado (...) y en consecuencia no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental¹⁷⁶. Esta nueva doctrina de la «protección equivalente» puesta de nuevo en entredicho en el caso *Maastricht* (1993), sería definitivamente confirmada por el Alto Tribunal alemán en su decisión sobre el mercado de *Bananas* (2000)¹⁷⁷. Así el Constitucional germano ha otorgado una inmunidad casi total al Derecho comunitario, bajo reserva de una improbable degradación del nivel general de protección de derechos en el seno de la Comunidad, dejando el control del ajuste de los actos comunitarios a los derechos fundamentales en manos del Tribunal de Luxemburgo¹⁷⁸.

El Consejo Constitucional francés, por su parte, asumiría también a su manera esta doctrina de la «protección equivalente» con el único límite de entrar en clara colisión con el texto constitucional. Después de una serie de Decisiones en las que se definía la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho constitucional francés durante un intenso año 2004, el *Conseil* dictaminó en el caso de la ley relativa a la bioética que «la transposición en Derecho interno de un directiva comunitaria deriva de una exigencia constitucional a la que sólo cabría oponer la existencia de una disposición expre-

174 Asunto 5/88, *Hubert Wachauf vs. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, STJ 13 julio 1989, *Rec.* 1989, p. 2609.

175 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 23 junio 1981, BVerfGE 58, 2 BvR 1107/77 y 195/79, caso *Eurocontrol I* y Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 octubre 1986, BVerfGE 73, 339, 2 BvR 197/83, caso *Solange II*.

176 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 octubre 1986, caso *Solange II*, *cit.*, 387.

177 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 octubre 1993, 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155, caso *Maastricht*; y Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 7 junio 2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, caso *Bananenmarktordnung* (llamado por algunos «*Solange III*»).

178 JACQUÉ, J. P., *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 57.

sa contraria a la Constitución¹⁷⁹. Así, como han interpretado los servicios del Consejo Constitucional, «sólo en caso de contradicción con una disposición expresa contraria de la Constitución francesa, la obligación de transposición dejaría de ser constitucional, aunque seguiría existiendo como obligación comunitaria»¹⁸⁰.

IV.2.3 *La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Por su parte, el TEDH también ratificaría estos planteamientos referentes a la doctrina de la protección equivalente¹⁸¹. La postura de la Corte de Estrasburgo puede resumirse como sigue. En un primer momento (caso *M. & Co.*, 1990), el TEDH reconoció que sería difícilmente admisible que la transferencia de competencias a las Comunidades Europeas librara a éstas de respetar en su ejercicio los derechos fundamentales que, en cambio, sí que estaban constitucionalmente obligadas a respetar las autoridades nacionales cuando las ejercían¹⁸². Recientemente, en el caso *Bosphorus* (2005), el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido la importancia de la cooperación internacional a través de organizaciones como la Unión Europea¹⁸³. Dada la aplicabilidad directa del Derecho comunitario, cuyas autoridades actúan como verdadero poder público, existe la posibilidad de que las autoridades europeas incurran en vulneraciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en el CEDH que están bajo la jurisdicción de los Estados miembros. Para conciliar el respeto al Convenio con la importancia acordada a la UE (en tanto que instrumento específico de cooperación internacional), el TEDH recurre a una fórmula similar a la que ya utilizara el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia *Solange II*. Así el Tribunal de Estrasburgo otorga una presunción de conformidad del Derecho comunitario para con el CEDH, presunción que podría ser rebatida si se demuestra que el Derecho comunitario no ofrece una protección equivalente a la dispensada por el Convenio. Por «equivalente» el Tribunal entiende una protección «comparable» aunque no «idéntica» tanto en lo relativo a las garantías pro-

179 Decisión del Consejo Constitucional Francés 2004-498 DC, de 29 julio 2004, caso *Bioética*, considerando 4.

180 Vide el documento *La jurisprudence constitutionnelle française relative au droit communautaire à la veille de l'examen par le Conseil constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe*, de 8 noviembre 2004 elaborado por los servicios del Consejo Constitucional francés, (disponible en <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2004505DCnote.pdf>>, última consulta : 21.07.2013). En concreto, la cita está en la p. 57. Quedaría tan solo concretar qué se entiende por «disposición expresa de la Constitución», habida cuenta del concepto de Constitución francés, que no se reduce al texto de 1958 con las sucesivas enmiendas, sino que abarca todas las normas y principios que integran el denominado *bloc de constitutionnalité*. Sobre esta categoría vide FAVOREU, L., GAIA, P. *et alii*, *Droit constitutionnel*, 10e ed., Dalloz, Paris, 2007, pp. 117-132.

181 DOUGLAS-SCOTT, S., «A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights *Acquis*», *Common Market Law Review*, Vol. 43/3, 2006, pp. 629-665.

182 Vide caso *M. & Co. v. Alemania*, Decisión de la Comisión de 9 febrero 1990 (recurso núm. 13258/87), *Decisions and Reports* 64, p. 138.

183 Caso *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, Sentencia del TEDH de 30 junio 2005 (recurso núm. 45036/98), especialmente §§150-158. Para un comentario de esta sentencia, vide DOUGLAS-SCOTT, S., «*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*», *Common Market Law Review*, Vol. 41/3, 2006, pp. 243-254; PEERS, S., «Limited responsibility of European Union member states for actions within the scope of Community law», *European Constitutional Law Review*, n.º 2, 2006, pp. 443-455.

cedimentales, como en lo que respecta a la configuración objetiva del Derecho¹⁸⁴. Sólo cuando la protección de los derechos humanos pudiese considerarse «manifiestamente deficiente» los intereses de la cooperación internacional deben ceder ante el valor del Convenio como instrumento constitucional de orden público europeo en el campo de los derechos humanos¹⁸⁵. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

IV.3 El comodín de los principios generales del Derecho

Ante la ausencia de una declaración de derechos expresa, y admitida la necesidad de garantizar los derechos en el seno comunitario, el TJ se enfrentó al problema de qué mecanismo utilizar. El hacer una remisión directa a las declaraciones nacionales estaba descartado por varias razones: por su variedad, por la cuestión de quién es el último intérprete (el TC nacional o el TJ) y porque esto podía cuestionar la primacía del Derecho comunitario. El TJ recurrió entonces a una construcción que no es nueva en el Derecho internacional: los principios generales del Derecho (comunitario)¹⁸⁶. Cabría preguntarse por la fuente de esos principios, o, dicho de otra manera, de dónde deduce el juez comunitario los principios generales del Derecho¹⁸⁷. Desde el punto de vista doctrinal, la determinación del contenido de los principios generales del Derecho debe ser efectuada sobre la base de un examen comparativo de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la UE. Además, dicho examen no puede pretender reconducir los sistemas jurídicos en cuestión a un único denominador común. En realidad, esos principios generales del Derecho únicamente pueden ser deducidos a través de la comparación de los distintos ordenamientos jurídicos. Esta metodología implicaría que el contenido de un determinado principio general del Derecho no tiene por qué coincidir con la solución jurídica adoptada por el mayor número de ordenamientos. Por ello, el principio general del Derecho consistirá en lo que se revele como la mejor solución jurídica luego de haber realizado un estudio crítico de las distintas soluciones que aporta el Derecho comparado. Por lo demás, la concreción de la mejor respuesta jurídica tendría un efecto persuasivo que facilitarían el que el resto de ordenamientos evolucionasen en ese sentido (en España, por la vía del artículo 10.2, siempre que se aumente el nivel de protección). Finalmente, en el caso de los principios generales del Derecho comunitario, la mejor solución no será sólo la técnicamente más perfecta, sino que se dará preferencia a aquella que mejor se corresponda con los objetivos de la CE/UE¹⁸⁸.

184 Caso *Bosphorus*, STEDH 30 junio 2005, *cit.*, §155.

185 *Vide* GORDILLO PÉREZ, L. I., «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordenamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 173-204 y GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.*, especialmente, pp. 161-296; GORDILLO, L. I., *Interlocking Constitutions*, *op. cit.*, pp. 98-188.

186 Sobre este concepto, *vide* CHENG, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006 (reimpresión del clásico de 1953).

187 En general, sobre las técnicas de elaboración que emplea el Tribunal para elaborar los principios generales del Derecho, *vide* SIMON, D., «Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?», *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, Núm. 14, 1991, especialmente, pp. 79-82.

188 ZWEIGERT, K., «Les principes généraux du droit des Etats membres», GANSHOF VAN DER MEE-RSCH, W. J., WAELBROEK, M., *Les Nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1969, pp. 441-445.

Desde el punto de vista práctico, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha seguido los postulados de la ciencia del Derecho comparado. Esta solución, además, ha permitido a la Alta Instancia de Luxemburgo reafirmar la autonomía del Derecho comunitario al tiempo que apuntalaba su autoridad como máximo intérprete de este ordenamiento. Así en el caso *Handelsgesellschaft*, el Tribunal declaró la autonomía de los principios generales del Derecho comunitario, aunque reconoció a su vez, que la salvaguardia de los derechos fundamentales se inspiraba en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros¹⁸⁹.

En otro orden de cosas, conviene no olvidar que la lista no es, en absoluto cerrada, sino que se va viendo definida y perfilada a través de las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia, hasta tal punto que su desarrollo está plenamente vinculado al continuo proceso de evolución e integración comunitarios. Es más, lo realmente interesante de esta construcción es su apertura e indefinición, porque permite al TJ llenarla de contenido, modificarla, adaptarla e incluso reducir su ámbito. No obstante, en la gestión de los principios generales, no cabría un uso demasiado arbitrario por parte del TJ, porque ello afectaría a la seguridad jurídica, fundamento del Estado de Derecho (*rule of law*). Así pues, una vez añadido un principio, se haría muy difícil suprimirlo o reducir su ámbito. Obsérvese, como apunte, cómo, de la mano de esta construcción, aparecen en el seno comunitario problemas y situaciones propios de los sistemas del *Common Law*.

Los principios generales del Derecho forman parte del ordenamiento jurídico comunitario y, por ende, su infracción constituye «una infracción de este Tratado o de cualquier otra norma relativa a su aplicación» en el sentido y con el alcance de lo dispuesto en el artículo 263 TFUE (antiguo 230 TCE)¹⁹⁰. En realidad, como algún autor ha precisado, se trataría de una «super-legalidad», en la medida en que los principios generales se imponen a las instituciones en la elaboración y en la aplicación del Derecho derivado¹⁹¹. En alguna ocasión, el Tribunal incluso ha aplicado un principio general que estaba en contradicción con la letra del Tratado¹⁹².

IV.4 De la progresiva codificación de los derechos...

Como se ha dicho anteriormente, la consagración de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, a través de su consideración como principios generales, fue obra del Tribunal de Justicia. No obstante, los Estados miembros y las otras insti-

189 Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., §§3-4. Igualmente, vide asunto 4/73, *Nold*, cit., §13 y asunto 44/79, *Hauer*, cit., §§14-15.

190 Asunto C-112/77, *Tiipfer vs. Commission*, STJ 3 mayo 1978, ECR 1978, p. 1019. Para un comentario, vide USHER, J., «Article 173 EEC: Breach of a General Principle as a Ground for Annulment», *European Law Review*, 1978, pp. 383-385.

191 SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, 3e ed., PUF, Paris, 2001, p. 369.

192 Asunto C-70/88, *Parlamento Europeo contra Consejo de las Comunidades Europeas*, STJ 4 Octubre 1991, Rec. 1991, p. I-4529, donde se discutía la aplicación del principio de democracia y el de equilibrio institucional. Para un comentario, vide JACQUÉ, J. P., «La légitimation active du Parlement européen ou il n'était pas nécessaire d'espérer pour entreprendre», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990, pp. 620-631; BRADLEY, K., «Sense and Sensibility: Parliament v. Council Continued», *European Law Review*, Vol. 16/3, 1991, pp. 245-257, y LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P., BRAY, R., *Constitutional Law of the European Union*, 2nd ed., Thompson, London, 2005, p. 712.

tuciones han avanzado igualmente en esta dirección. Una Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 1977 ya daba cuenta de la importancia primordial que estas tres instituciones otorgaban a la cuestión¹⁹³. Asimismo, en el preámbulo del Acta Única Europea, los Estados miembros se declaraban «[d]ecididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social (...)»¹⁹⁴.

El primitivo TUE supuso un punto de inflexión en la materia. En efecto, su artículo F.2 (que luego pasaría al 6.2 TUE y más tarde al 6 TUE-L) retomó la jurisprudencia del Tribunal haciendo del respeto a los derechos fundamentales uno de los principios generales del Derecho comunitario. Además, reprodujo la referencia al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como fuente de los derechos fundamentales. Sin embargo, el artículo F estaba inicialmente situado en una parte del Tratado que quedaba sustraída al control del Tribunal. Por su parte, el artículo J.1, de apertura del Título V sobre la Política Exterior y de Seguridad Común, se refería al respeto de los derechos humanos y de las libertades públicas como uno de los objetivos de la citada política. A su vez, el artículo K.2, situado en el título VI relativo a la cooperación en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior, imponía igualmente, en ese contexto, el respeto al Convenio Europeo y a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951. Además, en el ámbito de la acción exterior de la Comunidad Europea, el artículo 130 U del TCE (luego el 177 TCE, cuyo contenido pasaría al 208 TFUE) hacía del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales uno de los objetivos de la política comunitaria de cooperación al desarrollo¹⁹⁵. Así pues, el Tratado de Ámsterdam supuso un hito en la materia no solamente porque consagró el acervo jurisprudencial en este campo, sino porque desarrolló en ciertos ámbitos específicos, como se ha visto, la protección de los derechos fundamentales.

IV.5 ... A la Carta de Derechos Fundamentales

IV.5.1 *La aprobación de una Carta de Derechos de la UE*

La idea de que las Comunidades contaran con un catálogo de derechos propio no es nueva. La Comisión Europea, por su parte, ya recogió en un documento interno de 1979 esta posibilidad¹⁹⁶. Sin embargo, el debate sobre la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos eclipsó esta opción que, sin embargo, cobraba fuerza en los períodos en que la adhesión parecía más lejana. De esta forma, el Consejo Europeo de Colonia de 1999 optó por la redacción de una «Carta de derechos que permita poner de

193 *Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales*, de 5 de abril de 1977, *Diario Oficial* C 103, 27 abril 1977, p. 1.

194 *Vide* párrafo 3.º del Preámbulo del *Acta Única Europea*, *Diario Oficial* L 169, 29 junio 1987.

195 JACQUÉ, J. P., *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 59.

196 EUROPEAN COMMISSION, «Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights. Commission Memorandum», COM (79) 210 final, 2 mayo 1979, adoptado por la Comisión el 4 abril 1979 (*Bulletin of the European Communities*, Supplement 2/79, p. 12).

manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance». Dicha «Carta», redactada en menos de un año por un órgano *ad hoc* (Convención), nació como un acuerdo interinstitucional «solemnemente proclamado» por los presidentes del Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo de la Unión el 7 de diciembre de 2000 en Niza. La discusión sobre el valor de la Carta se vio solapada por el intenso y mediático debate que rodeó la redacción del Tratado constitucional europeo. La «Constitución para Europa» o Tratado Constitucional supondría un salto cualitativo, entre otras cosas, para los derechos fundamentales en el seno de la Unión en general y para el status jurídico de la Carta en particular. En efecto, el Tratado constitucional reconocía en virtud de su artículo I-9.1 «los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales», Carta que incluyó en su articulado a modo de «parte dogmática» y, además, dispuso que la Unión Europea accedería al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo I-9.2)¹⁹⁷.

El artículo 6.1 TUE-L dispone que «[l]as disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados». Tal afirmación se ha reforzado con la Declaración núm. 1, en la que se insiste en que «la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados». Al margen de esta Declaración, el Reino Unido y Polonia negociaron un Protocolo específicamente dirigido a aclarar la aplicación de la Carta en ciertos aspectos¹⁹⁸. Por una parte, deja claro que la Carta no amplía la competencia de los tribunales comunitarios o de los tribunales nacionales de esos países para cuestionar la normativa interna de ambos Estados (artículo 1.1 del Protocolo). Además, se deja constancia expresa de que el título IV de la Carta (titulado «Solidaridad» y relativo a derechos sociales) no crea ningún derecho nuevo que se pueda esgrimir ante los tribunales nacionales de ambos países (artículo 1.2). La doctrina ha discutido sobre los efectos jurídicos de ese protocolo y la conclusión que parece imponerse es que, lejos de constituir una cláusula de «*opting-out*» más bien parece que nos encontramos ante una declaración política carente de verdaderos efectos o, como recientemente ha reconocido el TJ, no es una cláusula de «*opting-out*» en sentido técnico¹⁹⁹. En todo caso este añadido no afecta al acervo comunitario en la materia. Así, los demandantes podrían basar

197 SUDRE, F., «Article I-9», BURGORGUE-LARSEN, L. ; LEVADE, A. ; PICOD, F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 141-163.

198 *Vide* el Protocolo sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido anejo al Tratado de Lisboa, conocido como «Protocolo núm. 30» (DOUE C 306/156, de 17-12-2007). Este protocolo finalmente sería extendido a la República Checa, *Vide*, en este sentido, el Anexo I a las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de los días 29 y 30 de octubre de 2009, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Brussels European Council 29/30 October 2009. Presidency Conclusions*, CONCL 3, 15265/09, Bruselas, 30-10-2009, «Protocol on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to the Czech Republic».

199 Así, descartando cualquier validez jurídica de este protocolo, PIRIS, J.-C., *The Lisbon Treaty. A legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 2010, pp. 160-163. En todo caso, el TJ ha aclarado que no se trata de un «opt out» en sentido técnico-jurídico. Así, *vide* los asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, N.S., STJ 21 diciembre 2011, pendiente de publicación. PEERS, S., «The «Opt-out» that Fell to Earth: The British and Polish Protocol Concerning the EU Charter of Fundamental Rights», *Human Rights Law Review*, Vol. 12/2, 2012, pp. 375-389.

sus argumentos, no exclusivamente en la Carta, sino en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales desarrollada por el Tribunal de Justicia²⁰⁰.

IV.5.2 *La Carta y el CEDH*

En lo que respecta a este trabajo, resulta de especial de interés detenerse brevemente en las relaciones entre la Carta y el CEDH. Esta cuestión fue un asunto que ocupó largamente a sus redactores²⁰¹. El resultado aparece consagrado en su artículo 52.3 que establece que los derechos de la Carta que se correspondan con los derechos garantizados por el CEDH tendrán el mismo sentido y alcance que el establecido en el Convenio. Lo cual no impediría que el Derecho de la UE les otorgue una protección más amplia. Visto el enunciado de la norma, el intérprete del Derecho tendría entonces que identificar los derechos «que correspondan» con los enunciados en el CEDH. Afortunadamente, el documento de *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* simplifica enormemente esta tarea²⁰².

La otra cuestión que plantea el artículo 52.3 es que el «sentido y alcance» de los derechos de la Carta que se corresponden con sus homólogos en el CEDH han de ser «iguales». Nótese que otras versiones previas hablaban de un sentido y alcance «similares»²⁰³. Aunque no figure en la redacción de la citada disposición, habría que entender incluida la jurisprudencia del TEDH dado que, con sus decisiones, interpreta y llena de contenido los derechos del CEDH²⁰⁴. No obstante, la fórmula actual, al exigir una interpretación idéntica plantearía problemas no desdeñables, especialmente en aquellos ámbitos en los que la jurisprudencia de Estrasburgo sea poco clara, o que la cuestión sea relativamente nueva y la jurisprudencia no esté consolidada²⁰⁵. Así esta situación podría generar un aumento considerable del número de cuestiones prejudiciales, lo que (en tanto no se produzca la adhesión al CEDH) elevaría el riesgo de la interpretación del TJ no se correspondiese con la del TEDH. Esta eventualidad afectaría también a la labor de aplicación del Derecho de la UE y del CEDH por parte de los

200 CRAIG, P., «The Lisbon Treaty, Process, Architecture and Substance», *European Law Review*, Vol. 33/2, 2008, pp. 137-166, especialmente, p. 163 y CRAIG, P., *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford University Press, 2010, pp. 238-240. Sobre el valor jurídico de la Carta tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa *vide* CANEDO ARRILLAGA, J. R., GORDILLO PÉREZ, L. I., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *op. cit.*, pp. 47-58 y ALÌ, A., «La tutela dei diritti fondamentali della persona umana nell'Unione europea», DE CESARI, P. (coord.), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea, II. Persona e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 47-71, especialmente, pp. 55-64.

201 En sentido *vide* los numerosos documentos de la Convención recogidos en LEMMENS, P., «The Relation Between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – Substantive Aspects», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 8/1, 2001, pp. 49-67.

202 Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta, en la versión que figura en el doc. Charte 4487/00, Convent 50, 11 octubre 2000, y el texto de las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* (DOUEC 303/02 de 14-12-2007).

203 Charte 4423/00, Convent 46, 31 julio 2000.

204 En idéntico sentido, *vide* CRAIG, P., *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, *op. cit.* p. 233.

205 Así lo expresaron los observadores del Consejo de Europa durante el proceso de redacción de la Carta, *vide* Charte 4961/00, Contrib 356, 13 noviembre 2000.

tribunales nacionales aumentando las posibilidades de conflicto o de interpretaciones divergentes. Siendo estas las perspectivas, parece que la coherencia y la armonía entre la Carta y el CEDH sólo estaría verdaderamente garantizada con la esperada y parece que cercana adhesión de la UE al Convenio.

V. LOS ÚLTIMOS PASOS DE LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO DE LA UE

V.1 La adhesión al CEDH

Sobre la adhesión de la UE al Convenio y su sistema de protección se ha escrito y se seguirá escribiendo mucho²⁰⁶. Es un tema antiguo en Bruselas, recurrente en la doctrina y, finalmente, puede ser una realidad en breve, con el permiso del TJ. Después de una larga negociación entre la UE y el Consejo de Europa (el grupo llamado «47+1»), se ha llegado a un acuerdo (de rango convencional) que antes de pasar a ser ratificado será sometido a la consideración del TJ. Ya nos hemos ocupado de la adhesión de la UE al CEDH en otros trabajos y no es éste el lugar de profundizar en la materia²⁰⁷. A los efectos de este análisis, recordaremos brevemente las principales vicisitudes que ha tenido la cuestión, la situación actual en la relación Derecho de la UE-CEDH y reseñaremos muy sucintamente el acuerdo de adhesión.

V.1.2 ¿Adhesión de facto? La doctrina *Bosphorus*

Como los negociadores del Tratado de Amsterdam, primero, y Niza, después, no quisieron introducir la base jurídica que permitiese la adhesión o, al menos, alguna cláusula que permitiese regular las relaciones Derecho de la UE-CEDH (más allá de

206 Sin ánimo de ser exhaustivos *vide, inter alia*, BENOÎT-ROHMER, F., «Valeurs et droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne», BROSSET E., CHEVALLIER-GOVERS C., EDJAHARIAN V., SCHNEIDER C., *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 143-164; LOCK, T., «EU accession to the ECHR: Implications for judicial review in Strasbourg», *European Law Review*, 2010/6, pp. 777-798; JACQUÉ, J. P., *L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. Note à l'attention de la Commission institutionnelle en vue de l'audition du 18 mars 2010*, (disponible en <<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201003/20100324ATT71241/20100324ATT71241FR.pdf>>, última consulta 21.07.2013) y DE SCHUTTER, O., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation* (disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201003/20100324ATT71243/20100324ATT71243FR.pdf>>, última consulta 21.07.2013), ambas contribuciones disponibles entre los documentos presentados ante la Audiencia ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, 18 marzo 2010. Igualmente, *vide* JACQUÉ, J. P., «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, Vol. 48/4, 2011, pp. 995-1023; LOCK, T., «Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order», *Common Market Law Review*, Vol. 48/4, 2011, pp. 1025-1054; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *op. cit.*; GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.*, especialmente, pp. 161-296; GORDILLO, L. I., *Interlocking Constitutions*, Oxford, Hart, 2012, pp. 98-188 y GRAGL, P., *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart, 2013.

207 GORDILLO PÉREZ, L. I., «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *op. cit.*; GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.* especialmente, pp. 161-296; GORDILLO, L. I., *Interlocking Constitutions*, *op. cit.*

su recepción en el seno comunitario en tanto que principios generales), el choque o divergencia entre las jurisprudencias de los máximos tribunales (TJ y TEDH) era más que posible. Estas divergencias de criterio han llevado a pronunciamientos divergentes entre los distintos órganos de control, estableciendo una suerte de «diálogo en materia de derechos fundamentales», que casi siempre ha acabado con la adopción por parte del TJ del estándar de Estrasburgo, por ejemplo en materia de protección del domicilio de las personas jurídicas en la saga *Hoechst-Colas-Roquette*²⁰⁸. Este sistema del diálogo, sin embargo, también ha pasado por momentos delicados con motivo de demandas que los particulares presentaban ante el TEDH en las que se cuestionaba la compatibilidad de actos de la CE/UE con el Convenio, siendo el más famoso de los casos y el que ha aportado una solución provisional o «Derecho transitorio», en tanto se produce la esperada adhesión, es el caso *Bosphorus*²⁰⁹. La mayoría de los casos previos se resolvieron con la inadmisibilidad de la demanda (casi siempre argumentando en el fondo aquello de que ni la CE ni la UE eran miembros del Convenio).

Ya nos hemos ocupado del caso *Bosphorus* en otros trabajos y no es este el lugar de repetir lo ya dicho o profundizar en la cuestión²¹⁰. A los efectos de este estudio, simplemente cabe recordar que *Bosphorus* estableció una suerte de «doctrina de protección equivalente» *à la Solange II*. Es decir, analizó el sistema de protección de derechos de la CE/UE y concluyó que, en esencia, se otorgaba una «protección comparable» a la del Convenio, con lo que otorgaba una presunción general de compatibilidad al Derecho comunitario (garantizándose una vía para inadmitir el creciente número de demandas que involucraban a este Derecho) sujeto, sin embargo, a una posible destrucción de esta presunción si «atendiendo a las circunstancias de un caso particular, se considera que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue manifiestamente deficiente»²¹¹. Al establecer el TEDH, además, que por nivel de protección equivalente, entiende «comparable» pero no «idéntica», ya que ello jugaría en contra de la cooperación internacional (y la creación de organizaciones internacionales que ejerzan competencias cedidas por los Estados)²¹², la doctrina ha discutido largamente, si acaso el TEDH no ha establecido un «doble estándar», es

208 Asuntos acumulados 46/87 y 227/88, *Hoechst*, STJ 21 septiembre 1989, Rec. 1989, p. 2859; caso *Sociétés Colas Est et allii vs. France*, recurso núm. 37971/97, Sentencia del TEDH 16 abril 2002, *Reports of Judgments and Decisions* 2002-III; asunto C-94/00, *Roquette Frères*, STJ 22 Octubre 2002, Rec. 2002, p. I-9011. Sobre esta cuestión, *vide* MISCHO, J., «Hoechst, Colas, Roquette: illustration d'une convergence», COLNERIC, N.; PUISSOCHET, J. P.; RUIZ-JARABO-COLOMER, D.; EDWARDS, D. V. (coords.), *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts, Berlin, 2003, pp. 137-145; GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit., pp. 133-140; GORDILLO, L. I., *Interlocking Constitutions*, op. cit., pp. 80-85.

209 Caso *Bosphorus*, STEDH 30 junio 2005, cit. Entre los más recientes, cabe citar el caso *Senator Lines GmbH vs. 15 Estados de la CE/UE* (rec. núm. 56672/00), Decisión del TEDH 10 marzo 2004, *Reports* 2004-IV; Caso *Guérin* (rec. núm. 51717/99), Decisión del TEDH 4 julio 2000 [no publicada]; Caso *Emesa Sugarvs. Países Bajos* (rec. núm. 62023/00), Decisión 13 enero 2005 [no publicada].

210 GORDILLO PÉREZ, L. I., «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», op. cit.; GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit., especialmente, pp. 161-296; GORDILLO, L. I., *Interlocking Constitutions*, op. cit., pp. 98-188.

211 Caso *Bosphorus*, STEDH 30 junio 2005, cit., §155-156.

212 *Ibidem*, §155.

decir, a los Estados contratantes les exige el máximo nivel de protección, sin embargo, en el caso de la UE puede rebajar ese nivel, salvo que caiga en un estándar «manifiestamente deficiente». A estas alturas, es difícil negar este doble rasero, como ya avanzamos en otros trabajos²¹³.

La doctrina *Bosphorus*, establecida como se ha avanzado antes, a modo de Derecho transitorio hasta que se produzca la adhesión, ha sido mantenida por el TEDH sin cambios, permitiéndole inadmitir un buen número de recursos apelando a esa presunción de conformidad general. La «transitoriedad» de esta doctrina es evidente, y buena prueba de ello es que no se ha intentado «codificar» en todo o en parte en el Acuerdo de Adhesión²¹⁴. Sólo en fechas muy recientes, en el asunto *Michaud*, el TEDH vino a reconocer que en un caso determinado se ha podido romper esa protección equivalente, aunque la cuestión no tuvo la mayor trascendencia ya que se contestaba la validez de una medida nacional de implementación de una Directiva y al final el TEDH llevó a cabo su control sobre el medida nacional, entendiendo que este Estado actuaba al amparo del margen de apreciación²¹⁵. Es decir, aunque en el recurso se argumentó que no existía margen de maniobra (Francia transcribió tal cual los artículos de la Directiva en normas nacionales), en realidad esta situación no quedó probada que concurriese en el caso, dado que se trataba de una directiva (que permite —en teoría— un amplio margen de apreciación a la hora de implementar las medidas) y los tribunales nacionales no presentaron una cuestión prejudicial ante el TJ para que este aclarase si, efectivamente, en este caso que sería excepcional Francia carecía de dicho margen de maniobra a la hora de implementar la Directiva.

V.1.3 *La adhesión final, esperando noticias del País de las Hadas*

La labor de persuasión ejercida por el *establishment* europeo, unida a los desarrollos jurisprudenciales de ambos tribunales, abocaron a los líderes políticos a tomar una determinación sobre la adhesión o no al CEDH. Finalmente, el artículo 6.2 TUE-L establece que «[l]a Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». Los primeros análisis relativos

213 Entre otros, GORDILLO PÉREZ, L. I., «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *op. cit.*

214 Esta «transitoriedad» ha sido reconocida incluso por los responsables de Estrasburgo, si bien en el ámbito de la academia. *Vide*, POLAKIEWICZ, J., «EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?», Conferencia pronunciada en el Seminario *Fundamental Rights In Europe: A Matter For Two Courts Oxford Brookes University*, 18 enero 2013, disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Accession_documents/Oxford_18_January_2013_versionWeb.pdf>, última consulta: 21.07.2013.

215 Caso *Michaud v. France*, recurso núm. 12323/11, STEDH06 diciembre 2012, pendiente de publicación, especialmente §115. Un breve comentario puede verse en TULKENS, F., «EU Accession to the European Convention on Human Rights», Conferencia pronunciada en el Seminario *Effective Remedies, Lengthy Proceedings and Access to Justice in the EU: Ensuring the right to a fair trial under the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, National School of Judiciary and Public Prosecution (KSSIP), Krakow (Poland), 1 marzo 2013, pp. 3-5, disponible en <http://www.ejtn.net/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20and%20Access%20to%20Justice%20Seminar/Krakow_Tulkens_final.pdf>, última consulta: 21.07.2013.

a las implicaciones de la adhesión de la UE fueron hechas por el Comité Director en materia de Derechos Humanos del Consejo de Europa en 2002 (CDDH, en sus siglas en francés)²¹⁶. Posteriormente, tras la entrada en vigor de Lisboa, también los expertos consultados por el Parlamento Europeo en marzo de 2010 aportaron luz sobre la cuestión e incluso el TJ y el propio Parlamento intervinieron en el debate²¹⁷. Aprovechando que existía un amplio acuerdo entre las autoridades políticas en que la adhesión habría de operarse lo antes posible, las negociaciones comenzaron en julio de 2010. En julio de 2011 ya existía un borrador del Acuerdo de Adhesión, junto con un informe explicativo y en junio de 2013 se ha publicado el texto final de Acuerdo de adhesión, junto con una serie de anexos de interés, incluyendo un informe explicativo²¹⁸. El Acuerdo de Adhesión tendrá que ser ratificado por los 47 Estados miembros del CEDH, por una parte, y por la Unión Europea de acuerdo con lo establecido en el artículo 218 TFUE, además, se ha anunciado que el Acuerdo será sometido al TJ, con lo que la adhesión final se retrasará un tiempo aún.

El Acuerdo de Adhesión ha sido ya comentado por la doctrina, si bien en las versiones que circularon entre febrero y julio de 2011²¹⁹. El texto final de junio de 2013, que no varía en exceso de la versión de julio de 2011, incluye además de las previsiones propias de los tratados internacionales (ámbito de aplicación, reservas, firma y entrada en vigor, participación en los gastos del sistema, relaciones con otros acuerdos, etc.), al menos tres cuestiones de gran interés que han sido largamente discutidas: el mecanismo del co-demandado (se entiende a la UE junto con algún o algunos Estados miembros), un sistema que podríamos llamar de «cuestión preconvenional» (destinada a proteger la autonomía del Derecho de la UE y donde el TJ usará como parámetro de control los derechos protegidos en el ámbito comunitario coincidentes con los protegidos por el Convenio) y la elección del juez «comunitario». El acuerdo pretende realizar los ajustes necesarios que permitan el control de convencionalidad de los actos de contenido comunitario intentando, a la vez, preservar la autonomía del Derecho de la UE así como no afectar al reparto de competencias interno entre la UE y sus miembros, respetando siempre la naturaleza *sui generis* de la UE. Misión compleja, donde las haya, aunque el

216 COMITÉ DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, 28-6-2002, DG-II(2002)006, [CDDH(2002)010 Addendum 2].

217 Audiencia ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, 18 marzo 2010. De especial interés son las antedichas contribuciones de Jean Paul Jacqué y de Olivier De Schutter, *cit.*; *Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, publicado por el TJ el 5 mayo 2010 y disponible en <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64349/>, última consulta: 21.07.2013; y la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2009/2241(INI)), ref. P7_TA(2010)0184.

218 Véase especialmente, el *Final report to the CDDH*, 13 junio 2013, ref. 47+1(2013)008, que incluye como anexos todos los documentos finales (acuerdo, informe y otros textos), disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents_en.asp>, última consulta: 21.07.2013.

219 JACQUÉ, J. P., «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *op. cit.*; LOCK, T., «Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order», *op. cit.*; GRAGL, P., *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*

balance en general puede decirse que es positivo. Tiempo habrá de analizar esta cuestión con más detenimiento, sobre todo tras el dictamen del TJ sobre la adhesión, donde veremos cómo afronta el adalid de la autonomía y primacía del Derecho de la UE el que otro tribunal le imponga una determinada interpretación en materia de derechos. Esperamos, pues, con paciencia noticias provenientes del *País de las Hadas*.

V.2 La consolidación de la ciudadanía europea

La ciudadanía de la Unión fue introducida en el Tratado de Maastricht como un complemento a la nacionalidad de la que disfrutaban los súbditos de los Estados miembros sin pretender nunca sustituir a ésta, según el artículo 20 TFUE (ex artículo 17 TCE). El texto del Tratado codifica las reticencias de algunos Estados a que esta ciudadanía pudiese sustituir a la propia que conceden los Estados, asunto que fue discutido al más alto nivel, estableciéndose que «la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate»²²⁰. Esto no significa, sin embargo, que la ciudadanía de la UE carezca de influencia en el ámbito nacional, es más, tal y como el TJ ha dejado sentado en diversas decisiones (*Micheletti*, *Mesbah*, *Kaur* o *Zhu y Chen*) los Estados miembros, en el ejercicio de su competencia en materia de nacionalidad, deben respetar el Derecho de la Unión²²¹. Así, a propósito de una decisión de retirada de la nacionalidad, el TJ estimó que dado que la retirada de la nacionalidad podía desembocar en la pérdida de la ciudadanía europea, esta decisión había de ser conforme con el Derecho de la UE. En concreto, el Alto Tribunal estableció que «los Estados miembros son competentes para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, pero (...) cuando se trata de ciudadanos de la Unión, el ejercicio de esta competencia, en la medida en que afecte a los derechos conferidos y protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, como ocurre en particular en el caso de una decisión revocatoria de la naturalización como la del asunto principal, puede ser sometido a un control jurisdiccional realizado en función del Derecho de la Unión», en el que se compruebe si se ha respetado el principio de proporcionalidad²²².

Aunque la ciudadanía europea aparece configurada como una suerte de complemento a la nacionalidad de los Estados miembros, siendo su esencia la prohibición de discriminación por esa razón entre nacionales de Estados miembros (artículo 18 TFUE), no es menos cierto que en algunos Estados federales la nacionalidad se construyó sobre la base de la ciudadanía de los Estados federados junto con la prohibición de discrimi-

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

221 Asunto C-369/90, *Micheletti*, STJ 7 julio 1992, *Rec.* 1992, p. I-4239, §10; asunto C-179/98, *Mesbah*, STJ 11 noviembre 1999, *Rec.* 1999, p. I-7955, §29; asunto C192/99, *Kaur*, STJ 20 febrero 2001, *Rec.* 2001, p. I1237, §19; asunto C-200/02, *Zhu y Chen*, STJ 19 octubre 2004, *Rec.* 2004, I-9925, §37.

222 Asunto C-135/08, *Rottmann*, STJ 2 marzo 2010, *Rec.* 2010 p. I-1449, §48 y §55. Vide los comentarios en SHAW, J. (ed.), «Has the European Court of Justice Challenged Member State Sovereignty in Nationality Law?», *EUI Working Papers*, RSCAS 2011/62, disponible en <http://eudo-citizenship.eu/docs/RSCAS_2011_62.pdf>, última consulta: 21.07.2013.

nación (así sucedió en Suiza y en EE UU)²²³. Igualmente, la ciudadanía de la UE se encuentra en un estadio embrionario y en fase de construcción por parte del TJ, quien ha afirmado rotundamente el carácter «fundamental» de ésta en el caso *Grzelczyk* cuando estableció que «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»²²⁴.

La ciudadanía de la Unión aparece específicamente regulada en los artículos 18-25 del TFUE donde se recoge la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad contenida en el artículo 18 TFUE así como los derechos incluidos en el artículo 20.2 TFUE: libre circulación (desarrollado en el 21 TFUE); sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y al Parlamento Europeo; protección diplomática; derecho de petición al Parlamento, Defensor del Pueblo y otros órganos consultivos. Esta lista no es exhaustiva, dado que obvia otro contenido muy importante, como son los derechos fundamentales y las libertades públicas (codificados hoy en la Carta), el derecho de acceso a documentos (artículo 15 TFUE) o incluso el derecho de acceso al Tribunal de Justicia. El carácter constitucional de la ciudadanía de la UE puede verse, en la posible ampliación de este estatuto por parte del Consejo, quien por unanimidad (a propuesta de la Comisión y tras la consulta del Parlamento) y tras la ratificación de los Estados miembros, podría, cosa que aun no ha hecho, «adoptar disposiciones encaminadas a completar los derechos enumerados en el apartado 2 del artículo 20» (artículo 25 TFUE)²²⁵.

De los derechos enumerados en el artículo 20.2 TFUE, quizá el que ha sido más profundamente analizado por el TJ ha sido el de la libertad de «circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», derecho que es desarrollado en el artículo 21. La libre circulación fue inicialmente reconocida a los trabajadores, si bien fue extendida a los no activos a través de unas directivas de 1990. El artículo 21 parecería pues consagrar una situación existente, más que establecer una base para futuros desarrollos. El TJ ha recordado que si bien el ejercicio de este derecho ha de ajustarse a las condiciones y límites establecidos en el Tratado (artículo 21.1 TFUE), en todo caso «la aplicación de dichas limitaciones y condiciones debe realizarse respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario y de conformidad con los principios generales de éste, en particular, el principio de proporcionalidad. Ello significa que las medidas nacionales adoptadas a este respecto deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar la

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

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

225 Para una visión de conjunto, *vide* KADELBACH, S., «Union Citizenship», VON BOGDANDY, A. & BAST, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2ª ed., Hart, Oxford, 2010, pp. 443-478.

finalidad perseguida»²²⁶. En el caso *Martínez Sala*, el Tribunal entró de lleno en el análisis del efecto directo de las disposiciones del tratado relativas a la no discriminación por razón de la nacionalidad (entre ciudadanos comunitarios) cuando estableció que «un ciudadano de la Unión Europea que (...) reside legalmente en el territorio del Estado miembro de acogida puede invocar el artículo 6 del Tratado en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario»²²⁷. La libertad de circulación es, así, un derecho para todo ciudadano y sólo es posible establecer limitaciones proporcionadas y justificadas según los objetivos de los Tratados.

En cuanto al derecho de residencia, tradicionalmente ha beneficiado a los ciudadanos que ejercían la libertad de circulación. Ahora bien, en el caso *Ruiz Zambrano*, el TJ admitió que las garantías de este derecho podían ser invocadas en ciertos casos por ciudadanos que no hubiesen abandonado el Estado de origen. Se trataba del derecho de residencia de un nacional de un tercer Estado, padre de un niño nacional de un Estado miembro. En este caso, el TJ estimó que la expulsión del padre tendría como consecuencia la privación al niño de sus derechos básicos ligados a su estatus de ciudadano comunitario. Es decir, según el Tribunal «el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión (...). Pues bien, la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto»²²⁸. El Tribunal, no obstante, pareció limitar esta jurisprudencia en el caso *McCarthy*, en el que rechazó aplicar esa solución al caso de un matrimonio integrado por una ciudadana de la Unión y un nacional de un tercer Estado porque la mujer no estaba obligada a abandonar el territorio de la UE, obviando el trauma que supondría la separación del marido²²⁹. En el caso *Dereci*, el TJ clarificaría

226 Asunto C-413/99, *Baumbast*, STJ 17 septiembre 2002, *Rec.* 2002, p. I-7091. MENÉNDEZ, A. J., «La ciudadanía europea tras Martínez Sala y Baumbast: ¿La consecución de un derecho europeo más humano pero menos social?», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, pp. 289-336; SHAW, J., «A View of the Citizenship Classics: Martínez Sala and Subsequent Cases on Citizenship of the Union», MADURO, M. P.; AZOULAI, L., *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, Oxford, 2010, pp. 356-36.

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

228 Asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano*, STJ 8 marzo 2011, *Rec.* 2011, p. I-1177, §42-43. HAILBRONNER, K.; THYM, D., «Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011», *Common Market Law Review*, Vol. 48/4, 2011, pp. 1253-1270; VAN EIJKEN, H.; DE VRIES, S.A., «A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano», *European Law Review*, Vol. 36/5, 2011, pp. 704-721.

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

finalmente su jurisprudencia precisando que «[e]l Derecho de la Unión, y en particular sus disposiciones sobre la ciudadanía de la Unión, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en su territorio, cuando ese nacional pretende residir con un miembro de su familia, el cual es ciudadano de la Unión, reside en el referido Estado miembro –cuya nacionalidad posee– y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación, siempre que tal denegación no implique privar al mencionado ciudadano de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, extremo éste que corresponde comprobar al tribunal remitente [nacional]»²³⁰. Esta saga muestra como el Tribunal, yendo más allá del derecho de los derechos de residencia regulados por el Derecho derivado, extiende su ámbito con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos²³¹.

V.3 El caso *Kadi* o la madurez de la doctrina de la autonomía

El caso *Kadi*, que pasa por ser una de las grandes decisiones del Tribunal de Justicia, obligó a la Alta Instancia a controlar la validez de las llamadas «sanciones inteligentes» (*smart sanctions*) del Consejo de Seguridad en relación con el Derecho de la UE. El caso ha sido visto hasta en cuatro ocasiones por parte de las instancias judiciales de Luxemburgo: *Kadi I* (T-315/91), *Kadi II* (que resolvió el recurso frente a la anterior decisión y que es al que se refiere siempre la doctrina, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P), *Kadi III* (T-85/09, que confirma la anterior jurisprudencia de *Kadi II*) y *Kadi IV* (asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, que cierra la saga)²³².

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

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

232 Aunque fueron dos casos separados, las sentencias son idénticas y son comúnmente citadas por la doctrina como la primera decisión *Kadi* (o *Kadi I*): asunto T-306/01, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo y Comisión*, Sentencia del TPI de 21 septiembre 2005, Rec. 2005, p. II-3533 y Asunto T-315/01, *Kadi vs. Consejo y Comisión*, Sentencia del TPI de 21 septiembre 2005, Rec. 2005, p. II-3649. Las críticas a esta jurisprudencia (*Kadi I*) son numerosas y generalizadas en la doctrina. Así, entre otros, *vide* KUNOY, B., DAWES, A., «Plate tectonics in Luxembourg: The ménage à trois between EC law, international law and the European Convention on Human Rights following the UN sanctions cases», *Common Market Law Review*, Vol. 46/1, 2009, pp. 73-104. No obstante, para un comentario que califica esta jurisprudencia de «valiente» y que establece una «construcción equilibrada», *vide* TOMUSCHAT, C., «Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005; Case T-315/01, *Yassin Abdullab Kadi v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005», *Common Market Law Review*, Vol. 43/2, 2006, pp. 537-551, especialmente, p. 551. La sentencia que operó la auténtica revolución, *Kadi II*, fue la que resolvió los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat*, STJ 3 septiembre 2008 *cit.* La segunda parte de la saga, de menor importancia desde el punto de vista jurisprudencial (aunque vino a confirmar y matizar en parte la sentencia anterior), comienza con *Kadi III* o el asunto T-85/09, *Kadi v. Comisión*, STG 30

Tras una controvertida decisión por parte del entonces TPI (casos *Yusuf/Al Barakaat y Kadi*) en la que el Tribunal de instancia, entre otras cosas, se vino a declarar competente para controlar la validez del Derecho internacional usando como parámetro el propio *ius cogens*, el recurso que presentaron los afectados ante el TJ fue visto por la doctrina como una oportunidad de que el alto tribunal clarificara las complejas relaciones entre el Derecho internacional y el de la UE. Las diferencias de fondo entre el TJ y el TPI son evidentes. Allí donde el TPI no dudó en aventurarse en el terreno del Derecho internacional (lo que le valió importantes críticas, especialmente de la doctrina francesa), el TJ se ciñó voluntaria y exclusivamente al ámbito del Derecho comunitario²³³. Es decir, en la sentencia del TJ en *Kadi II* subyace la máxima de que el ordenamiento de la UE dispone de suficientes recursos jurídicos para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y que, en palabras de los autores más críticos, no tiene que «jugar» a ser «profesor de Derecho internacional»²³⁴.

La sentencia *Kadi II* del TJ, donde se recoge el auténtico razonamiento del Tribunal que merece destacar en este trabajo, aborda tres cuestiones de importancia y de distinta complejidad. Así, de menor a mayor dificultad, analiza la base jurídica para adoptar el reglamento controvertido (que operaba la transposición de la sanción del Consejo de Seguridad en la UE), a continuación, aborda el problema del control del fondo del acto recurrido y, finalmente, el de la competencia de la jurisdicción comunitaria para controlar la legalidad de un reglamento que implementa una decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas²³⁵.

septiembre 2010, *Rec.* 2010, p. II-5177; y acaba con la que aquí hemos llamado *Kadi IV* o los asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Comisión v. Kadi*, STJ 18 julio 2013, pendiente de publicación.

233 Para unos comentarios críticos a la sentencia del TPI, vide GUILLAUME, G., «*Jus cogens* et souveraineté», PUISOCHET J. P. *et alii*, *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui - Melanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Pedone, Paris, 2008, pp. 127-136; SIMON, D., MARIATTE, F., «Le Tribunal de première instance des Communautés: Professeur de droit international?», *Europe*, núm. 12, 2005, pp. 6-10, especialmente, pp. 9-10; JACQUÉ, J. P., «Le Tribunal de première instance face aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. "Merci Monsieur le Professeur"», *L'Europe des libertés*, núm. 19, 2006, pp. 2-6, especialmente, pp. 5-6.

234 Esta frase la emplearía el título de uno de los comentarios más tempranos y citados de las sentencias del TPI, así vide SIMON, D., MARIATTE, F., «Le Tribunal de première instance des Communautés: Professeur de droit international?», *op. cit.*, especialmente, pp. 9-10.

235 Los comentarios sobre esta sentencia son numerosos y seguirán aumentando, entre otros, vide TZANOU, M., «Case-note on Joined Cases C-402/05 P & C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council of European Union & Commission of European Communities», *German Law Journal*, Vol. 10/2, 2009, pp. 123-154; HALBERSTAM, D., STEIN, E., «The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic sanctions and individual rights in a plural world order», *Common Market Law Review*, Vol. 46/1, 2009, pp. 13-72; CASSIA, P., DONNAT, F., «Terrorisme international et droits fondamentaux: les leçons du droit communautaire Commentaire sous Cour de justice des Communautés européennes, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation, aff. C-402/05 P et C-415/05 P», *Revue Française de Droit Administratif*, Vol. 24/6, 2008, pp. 1204-1218; TRIDIMAS, T., «Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the EC legal order», *European Law Review*, Vol. 34/1, 2009, pp. 103-126; GRILLER, S., «International Law, Human Rights and the Community's Autonomous Legal Order. Notes on the European Court of Justice Decision in Kadi», *European Constitutional Law Review*, Vol. 4/3, 2008, pp. 528-553.

En lo que respecta a la primera cuestión, la de la base jurídica, baste decir aquí, para no volver sobre el tema en el análisis posterior, que el TJ «tiró de donde pudo»²³⁶. La sentencia estructura sus consideraciones sobre esta cuestión procedimental en tres puntos. En primer lugar, apunta que los artículos 60 TCE (75 TFUE) y 301 TCE (215 TFUE) no pueden constituir por sí mismos base jurídica suficiente de la medida restrictiva en tanto que dichas disposiciones se refieren, sustancialmente, a los movimientos de capitales o a las relaciones económicas en relación con terceros países, lo que no son ni Usama bin Laden ni la red Al-Qaida²³⁷. La sentencia constata, en segundo lugar, que el artículo 308 TCE (352 TFUE), que permite al Consejo adoptar las disposiciones pertinentes «[c]uando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto» no puede justificar la adopción de actos comunitarios relativos a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), que es un objetivo de la Unión Europea y no de la Comunidad²³⁸. Sin embargo, en tercer y último lugar, la base jurídica del Reglamento podría ser hallada en la combinación de los artículos 60 TCE (75 TFUE), 301 TCE (215 TFUE) y 308 TCE (352 TFUE). Para el TJ, la implementación de medidas restrictivas de naturaleza económica decididas en el marco de la PESC a través de la utilización de un instrumento comunitario presenta una conexión con el funcionamiento del mercado común, que es uno de los objetivos de la Comunidad en el sentido del artículo 308 TCE. Este artículo, además, permitiría sobrepasar lo límites del ámbito de aplicación *ratione personae* de los artículos 60 TCE (75 TFUE) y 301 TCE (215 TFUE) para hacer posible la imposición de medidas restrictivas a personas que no tengan ningún vínculo con el régimen dirigente de un tercer Estado²³⁹.

El TJ, a continuación, entró a examinar las otras cuestiones relativas, por una parte, a la competencia de la jurisdicción comunitaria para controlar la legalidad de un reglamento que implementa una decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, por otra, la relativa a la conformidad de las medidas restrictivas específicas (llamadas «inteligentes» en la jerga de la ONU) con los derechos fundamentales²⁴⁰. En este sentido, la Gran Sala, en la línea de lo establecido en sus conclusiones por el Abogado General Maduro, determinó que el TPI erró al concluir que los tribunales comunitarios no tienen jurisdicción para controlar la plena legalidad de las medidas comunitarias, incluso cuando dichas medidas constituyen la ejecución de obligaciones jurídicas emanadas del Derecho de Naciones Unidas que no concede a la Comunidad ningún «margen de apreciación autónomo» que le permitiera actuar en otro sentido²⁴¹. Así, el TJ reafirmó la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario en relación con todas las categorías del Derecho internacional y consagró a los tribunales comunitarios como los jueces últimos de la compatibilidad de la legislación comunitaria con los derechos fundamentales.

236 Vide CASSIA, P., DONNAT, F., «Terrorisme international et droits fondamentaux (...)», *op. cit.*, p. 1205.

237 Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat, (Kadi II) cit.*, §§163-193.

238 *Ibidem*, §§194-211, especialmente, §198.

239 *Ibidem*, §§212-236, especialmente, §227 y §§229-230.

240 Nótese como el TJ se cuida bien de utilizar la expresión «medidas restrictivas» y evita el término «sanción».

241 Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat, (Kadi II) cit.*, §84.

El hecho de que no se levantaran los efectos de la sanción para el Sr. Kadi y de que la Comisión volviera a incluirlo en la «lista negra» tras la reforma del reglamento comunitario que se operó tras *Kadi II*, hizo que el interesado volviese a recurrir a los tribunales de la UE. En esencia el demandante volvía a discutir la validez de la sanción, habida cuenta de que no dispuso de la oportunidad de contestar dicha imputación, presentar pruebas en contrario y, en definitiva, disponer de las garantías propias del derecho a un proceso. Además, se añadía la violación del respeto al principio de proporcionalidad. La compatibilidad entre el proceso sancionador de los comités de sanciones de la ONU y el Derecho de la UE ya ha sido analizado con detenimiento en otros trabajos²⁴². Baste aquí recordar, que el punto fundamental en el que existe una incompatibilidad manifiesta es en la ausencia de unas garantías mínimas en el procedimiento sancionador de la ONU: el Comité decide las sanciones sobre la base de informes (la mayoría de las veces de las agencias de inteligencia norteamericanas) que no suele compartir con otros países y mucho menos con el interesado. Tras las críticas al procedimiento (y en parte tras *Kadi II*), se llevó a cabo una reforma en el procedimiento sancionador mediante la cual se incluía la intervención de un *Ombudsperson*, que mediaba entre el sancionado y el comité. No obstante, el TG en *Kadi III* encontró que esta reforma, aunque pudiese ir en el buen camino, no bastaba para conceder un nivel de protección similar ni comparable con el que ha de otorgar la UE. En *Kadi IV*, el TJ hace suyas las argumentaciones del TG y confirma la necesidad de «borrar» el nombre del Sr. Kadi de la «lista negra».

La conclusión que cabe extraer de la saga *Kadi* es, además de las evidentes en materia de protección de derechos (incluso apoyándose más, en *Kadi IV* sobre todo, en la jurisprudencia de Estrasburgo) que el TJ ha considerado que el ordenamiento de la UE ha llegado a un nivel de madurez tal que ya no solo ha de proclamar su plena autonomía respecto de los ordenamientos de los Estados miembros, sino también respecto del Derecho internacional, operando una suerte de clásico dualismo, quizá poco compatible con la naturaleza internacional de la UE, tal y como suelen hacer en última instancia los tribunales constitucionales nacionales cuando han de preservar la esencia de sus respectivos ordenamientos.

CONCLUSIÓN

El objetivo de este artículo ha sido el de ofrecer una reflexión sobre el estado del Derecho constitucional europeo en el año del quincuagésimo aniversario de *Van Gend en Loos*, la histórica decisión del Tribunal de Justicia y a la luz de unas importantes asuntos como *Zambrano* y *Kadi*, entre otros. Para hacerlo hemos utilizado una dicotomía (constitucionalización como «federalización» y constitucionalización como «humanización» del Derecho de la UE) para explicar por qué seguimos hablando de Derecho

242 GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit., especialmente, pp. 353-398; GORDILLO, L. I., *Interlocking Constitutions*, op. cit., especialmente, 228-257; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del consejo de Seguridad de la ONU», *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 10, núm. 1, 2012, pp. 201-244; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Estado de Derecho, Sanciones «inteligentes» y Derecho Internacional», VV. AA., *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, Ed. Universitas, Madrid, 2012, pp. 3303-3315.

constitucional europeo tras el así llamado «fracaso constitucional» y para deconstruir el argumento de los que hemos llamado en este artículo los «descontentos» del constitucionalismo europeo. Esta distinción nos ha permitido evitar una panorámica meramente descriptiva de estos casos.

Estas páginas han confirmado la centralidad que el TJ ha tenido en la evolución del Derecho de la UE, funcionando como verdadero motor de la integración. Sin embargo, a pesar de esta consideración, es obvio que el TJ no ha actuado nunca de una manera aislada, sea cooperando con los otros actores políticos presentes a nivel supranacional, sea con otros jueces a través del procedimiento prejudicial. A veces, el TJ se ha embarcado en dinámicas que no se pueden describir como cooperativas sino conflictivas o, por lo menos, caracterizadas por la existencia de una competencia interpretativa muy fuerte entre el TJ y los tribunales nacionales. Éste es, por ejemplo, el caso de los tribunales constitucionales que durante mucho tiempo han evitado utilizar el mecanismo cooperativo de la cuestión prejudicial. Sin embargo, en estos casos esta competencia interpretativa y los conflictos a veces alimentados por ella han favorecido una dialéctica que (en muchas ocasiones) ha contribuido a la progresiva afirmación de los derechos fundamentales a nivel europeo.

Los últimos desarrollos jurisprudenciales (*Kadi* o *Zambrano*) contribuyen a apuntalar la tesis de que el TJ considera que el ordenamiento de la UE ha llegado a un punto de madurez tal y que ya goza de la legitimidad suficiente como para reafirmar su autonomía frente a los ordenamientos nacionales y el internacional. El TJ se comporta, pues, como un tribunal nacional que, celoso de la singularidad y autonomía de su Derecho, está dispuesto a rescatar construcciones clásicas (que no ha dudado en criticar en el pasado) como el dualismo para salvaguardar la esencia del Derecho de la UE. La «humanización» del Derecho ha sido, por tanto, utilizada por el TJ como instrumento legitimador de este comportamiento jurisprudencial defensivo. La próxima incorporación al CEDH contribuirá, en nuestra opinión, a acentuar este papel de la Alta Instancia de Luxemburgo. Observaremos, pues, atentos el desenlace de esta historia en el *País de las Hadas*.

TITLE: *The federalizing and humanistic case law of the ECJ. A tale from fairyland*

ABSTRACT: *This article reflects on the state of the art of the EU Constitutional Law on the 50th anniversary of Van Gend en Loos, the founding constitutional decision of the ECJ. After analyzing the fundamentals of EU constitutional theory, the authors move towards the constitutionalization process of the EU through the case law of the ECJ from a double perspective: constitutionalization as federalization and constitutionalization as «humanization of EU Law».*

RESUMEN: *El objetivo de este artículo es ofrecer una reflexión sobre el estado del Derecho constitucional europeo en el año del quincuagésimo aniversario de Van Gend en Loos, la histórica decisión del Tribunal de Justicia (TJ) que ha puesto las bases para la constitucionalización del Derecho de la Unión Europea. Para ello, y tras profundizar en la teoría del constitucionalismo comunitario, se analiza el proceso de constitucionalización de la UE a través de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo desde dos puntos de vista: constitucionalización como «federalización» y constitucionalización como «humanización».*

KEY WORDS: *Key words. Postnational constitutionalism, EU Law, primacy, direct effect, fundamental rights, Charter of Fundamental Rights of the EU, accession of the EU to the ECHR.*

PALABRAS CLAVE: *Constitucionalismo post-nacional, Derecho comunitario, primacía, efecto directo, derechos fundamentales, Carta de derechos de la UE, adhesión de la UE al TEDH, ciudadanía de la UE.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 21.06.2013.

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2013.