

Primacía del Derecho Europeo
y salvaguarda de las identidades
constitucionales.

Consecuencias asimétricas de la
europeización de los contralímites

FAUSTO VECCHIO



Derecho Público

PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO
Y SALVAGUARDA DE LAS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES

Consecuencias asimétricas
de la europeización de los contralímites

**PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO
Y SALVAGUARDA DE LAS IDENTIDADES
CONSTITUCIONALES**
**Consecuencias asimétricas
de la europeización de los contralímites**

FAUSTO VECCHIO



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2015

Primera edición: abril de 2015



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© Fausto Vecchio
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

NIPO: 007-15-047-0
ISBN: 978-84-340-2193-8
Depósito legal: M-9503-2015

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*A mi familia y a Irene,
mis primeras universidades*

ÍNDICE

	Páginas
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	17
PRÓLOGO	19
INTRODUCCIÓN. LA INTEGRACIÓN EUROPEA DESPUÉS DE LISBOA ..	25
 PRIMERA PARTE. PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO E IDENTIDADES CONSTITUCIONALES EN LOS PARADIGMAS DE LA INTEGRACIÓN	
1. El paradigma monista del Tribunal Europeo de Justicia: la primacía incondicionada como instrumento de garantía para la aplicación uniforme del derecho comunitario	31
1.1 El art. 177 del Tratado de Roma y la función del Tribunal Europeo de Justicia en el sistema de los Tratados comunitarios	31
1.2 Interpretación unánime y aplicación uniforme del derecho comunitario en la doctrina del efecto directo	33
1.3 La uniformidad y la progresiva extensión del ámbito de aplicación de la primacía del derecho comunitario	38
1.4 La uniformidad y las consecuencias procedimentales en la aplicación de la primacía del derecho comunitario	40
1.5 El paradigma monista del Tribunal Europeo de Justicia: la primacía incondicionada como instrumento de garantía para la aplicación uniforme del derecho comunitario	43

2.	El paradigma dualista de la <i>Corte Costituzionale</i>: la teoría de los contralímites como instrumento de garantía de la identidad constitucional italiana	45
2.1	La inexistencia de una cláusula europea y el rol del art. 11 de la Constitución	45
2.2	El carácter «permisivo» del art. 11 de la Constitución y el monismo estatalista de la <i>Corte Costituzionale</i>	47
2.3	La teoría dualista de los contralímites y el origen de la identidad constitucional italiana	49
2.4	Las consecuencias procedimentales de la teoría de los contralímites y las repercusiones identitarias implícitas en el dualismo de la <i>Corte Costituzionale</i>	52
2.5	El paradigma dualista de la <i>Corte Costituzionale</i> : la teoría de los contralímites como instrumento de garantía de la identidad constitucional italiana	54
3.	El paradigma dualista del <i>Bundesverfassungsgericht</i>: la rigidez del <i>Grundgesetz</i> como instrumento de garantía de la identidad constitucional alemana	56
3.1	Las analogías del sistema alemán y el sistema italiano con respecto a la recepción del derecho europeo	56
3.2	La interpretación «permisiva» del art. 24 del <i>Grundgesetz</i> y la cesión de cuotas de soberanía	58
3.3	El papel de los jueces comunes y la aceptación de la primacía de las normas ordinarias	61
3.4	Establecimiento de límites a la aplicación de la primacía y garantías de ejecución de la norma constitucional «identitaria» ..	64
3.5	El paradigma dualista del <i>Bundesverfassungsgericht</i> : la rigidez del <i>Grundgesetz</i> como instrumento de garantía de la identidad constitucional alemana	68
4.	La transformación gradual de los sistemas de relación entre los ordenamientos y la aceptación tácita del «monismo de hecho»: la identidad constitucional como contralímite teórico de la primacía	69
4.1	La confirmación de la teoría de los contralímites y la apertura de la jurisprudencia italiana a la inaplicación	69
4.2	La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la ley de ratificación «en la parte en la que...» lesiona la identidad constitucional italiana y la crisis en relación a la idea de separación entre los ordenamientos	71
4.3	La nueva actitud del <i>Bundesverfassungsgericht</i> y la suspensión del control de constitucionalidad del derecho comunitario	74

4.4	La extensión de la teoría de los contralímites y la superación de la doctrina <i>Solange II</i>	77
4.5	La gradual transformación de los sistemas de relación entre los ordenamientos y la aceptación del «monismo de hecho»: la identidad constitucional como contralímite teórico a la primacía	80
5.	Multilevel constitutionalism, pluralismo constitucional y la unidad material del ordenamiento jurídico integrado	81
5.1	La integral perspectiva constitucional del proceso de integración europea	81
5.2	Desde la unidad «ontológica» hasta la unidad «deontológica»: la «armonía entre diversos» y el funcionamiento materialmente unitario del sistema jurídico europeo	83
5.3	La función dialéctica de la identidad constitucional: límite hipotético a la primacía y la garantía de la «unidad en la diversidad»	85
SEGUNDA PARTE. PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO E IDENTIDADES CONSTITUCIONALES EN EL TRATADO DE LISBOA		
6.	Elementos de constitucionalidad en el Tratado de Lisboa	89
6.1	La transición constitucional: desde la Declaración de Laeken al segundo Tratado de Roma	89
6.2	El fracaso del Tratado constitucional y el nuevo Tratado de Lisboa	91
6.3	La tensión entre identidad europea e identidades nacionales y la posibilidad de interpretar en clave constitucional el nuevo Tratado de Lisboa	93
7.	La europeización de los contralímites en el Tratado de Lisboa	96
7.1	La primacía del derecho europeo y el sistema competencial según el art. I-6 del Tratado constitucional	96
7.2	La primacía del derecho europeo y tutela de las identidades constitucionales según el art. I-5 del Tratado constitucional	98
7.3	Las cláusulas horizontales sobre la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión en el Tratado constitucional	100
7.4	La europeización de los contralímites y la inaplicación de la primacía	102

	Páginas
8. Aspectos procedimentales del reconocimiento de la identidad constitucional y la dimensión constitucional del proceso de integración	104
8.1 Las interpretaciones asimétricas de la cláusula de salvaguarda de la identidad constitucional y el equilibrio entre las normas llevado a cabo por los jueces nacionales	104
8.2 La interpretación focalizada en la cláusula de salvaguarda de la identidad constitucional y el equilibrio entre normas llevado a cabo por el Tribunal de justicia	107
8.3 Las interpretaciones cooperativas de la cláusula de salvaguarda de la identidad constitucional y el reenvío prejudicial por parte de los tribunales constitucionales nacionales	109
8.4 La interpretación integrada de la cláusula de salvaguarda de la identidad constitucional y la tendencia hacia la «inversión del reenvío prejudicial»	110
8.5 El origen constitucional del ordenamiento europeo y la función dialéctica de la identidad constitucional	113

TERCERA PARTE. PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO E IDENTIDADES CONSTITUCIONALES EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA NACIONAL

9. Las identidades constitucionales en la reciente jurisprudencia europea sobre las leyes de ratificación del Tratado constitucional y sobre el acuerdo de adhesión a la Unión: los nuevos contendientes en la «guerra entre tribunales»	115
9.1 El límite del laicismo y el significado nacional del concepto de minorías según el <i>Conseil Constitutionnel</i> francés	115
9.2 Primacía y supremacía según el Tribunal Constitucional español	119
9.3 Las implicaciones de la supremacía formal de la Constitución nacional según el <i>Trybunał Konstytucyjny</i> polaco	123
9.4 Primacía e identidades constitucionales entre continuidad y discontinuidad con la tradición de los contralímites	125
10. Las identidades constitucionales de la jurisprudencia en relación a la constitucionalidad del Tratado de Lisboa: el triunfo de las interpretaciones asimétricas y la renacionalización de la primacía	127
10.1 El parámetro de constitucionalidad según la sentencia <i>Lisboa</i> del <i>Ústavní Soud</i> checo	127

10.2	Identidad constitucional y procedimientos internos de ratificación según el <i>Satversmes Tiesa</i> letón	132
10.3	Los poderes del Parlamento nacional según el <i>Bundesverfassungsgesicht</i> alemán	135
10.4	El parámetro de constitucionalidad según la sentencia <i>Lisboa II</i> del <i>Ústavní Soud</i> checo	142
10.5	Identidad constitucional y soberanía nacional según el <i>Trybunał Konstytucyjny</i> polaco	147
10.6	El triunfo de las interpretaciones asimétricas y el intento de renacionalizar la primacía	152

CUARTA PARTE. LOS NUEVOS INSTRUMENTOS PARA TUTELAR LAS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES

11.	Identidades constitucionales y disposiciones internas de ejecución del derecho comunitario secundario: la aplicación «sustancial» del contralímite identitario	155
	A) <i>La saga de la orden europea de detención</i>	155
11.1	La cooperación judicial en materia penal y la Decisión marco 2002/584/GAI	155
11.2	Orden europea de detención y tutela de los derechos fundamentales	157
11.3	La jurisprudencia constitucional nacional en materia de orden europea de detención: la anulación de las disposiciones adoptadas para la ejecución del derecho europeo	160
	B) <i>La saga de las cuotas azucareras</i>	166
11.4	La ampliación y los problemas relacionados con el ingreso en la Política Agrícola Común	166
11.5	Los problemas del ordenamiento comunitario y la intervención de las instituciones judiciales europeas	168
11.6	La jurisprudencia constitucional nacional en materia de cuotas azucareras y la primera anulación de una ley interna de ejecución del reglamento comunitario	169
	C) <i>La saga sobre protección de datos personales</i>	172
11.7	Las dificultades en la adopción de la Directiva 2006/24 y la primera intervención del Tribunal de justicia	172
11.8	Los problemas de constitucionalidad en el ámbito europeo y la intervención de los tribunales nacionales	173

	Páginas
11.9	La protección de datos personales como elemento de la identidad constitucional alemana 176
11.10	La protección de datos personales como elemento de la identidad constitucional checa 178
11.11	Identidades constitucionales y disposiciones internas de ejecución del derecho comunitario secundario: la aplicación «sustancial» del contralímite identitario 182
12.	Las identidades constitucionales y la técnica de la inversión sobre la obligación de interpretación conforme como nuevo instrumento judicial para la distinción a nivel nacional 185
12.1	La sentencia 199/2009 del <i>Tribunal Constitucional</i> español: el establecimiento de la primacía interpretativa como instrumento para resolver los conflictos ordinamentales y la apropiación de las competencias del legislador nacional 185
12.2	Las identidades constitucionales y la técnica de la inversión sobre la obligación de interpretación conforme como nuevo instrumento judicial para la distinción a nivel nacional 188
13.	Las identidades constitucionales según la jurisprudencia ordinaria .. 191
13.1	El caso <i>Arcelor</i> del <i>Conseil d'Etat</i> francés y la procedimentalización para tutelar la identidad constitucional 191
13.2	Identidad constitucional y la aplicación de los contralímites: el caso <i>Federfarma</i> del Consejo de estado italiano 194
13.3	Identidad constitucional y la aplicación de los contralímites por parte de la jurisprudencia ordinaria 197
14.	Las identidades constitucionales y la inversión de los reenvíos prejudiciales en el caso de doble prejudicialidad como nuevo instrumento normativo para la distinción a nivel nacional 199
14.1	La doble prejudicialidad y las reformas del sistema constitucional francés y de la <i>Cour d'Arbitrage</i> belga 199
14.2	Las consecuencias a nivel europeo debido a la guerra entre jueces: el caso <i>Chartry</i> y el caso <i>Melki</i> 203
14.3	Las identidades constitucionales y la inversión del reenvío prejudicial en caso de doble carácter prejudicial como nuevo instrumento normativo para la distinción a nivel nacional 206

15. La ambigüedad de la actitud del juez europeo y la asimetría constitucional como posible consecuencia de la europeización de los contralímites	208
15.1 La primera línea jurisprudencial: la agresiva propuesta de una específica acepción de la identidad nacional en los asuntos <i>Viking</i> y <i>Laval</i>	208
15.2 La segunda línea jurisprudencial: el juez europeo como juez de las identidades constitucionales en los asuntos <i>Sayn-Wittgenstein</i> , <i>Runevič-Vardyn</i> y <i>Wardyn</i> y <i>Comisión contra Luxemburgo</i>	214
15.3 La tercera línea jurisprudencial: las decisiones <i>Melki</i> y <i>Chartry</i> del Tribunal de Justicia y la nueva interpretación de la idea de «inmediata aplicación» del derecho europeo	216
15.4 La ambigüedad del Tribunal de Justicia y los riesgos de disgregación del actual orden jurídico europeo	219
CONCLUSIONES. LA ASIMETRÍA CONSTITUCIONAL COMO POSIBLE CONSECUENCIA DE LA EUROPEIZACIÓN DE LOS CONTRALÍMITES: ¿UNIDOS EN LA DIVERSIDAD O DIVERSOS EN LA UNIÓN?	223
BIBLIOGRAFÍA	227
SENTENCIAS CITADAS	251
ÍNDICE DE AUTORES	259

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<i>Amer. journ. comp. law</i>	<i>American journal of comparative law</i>
<i>Arena</i>	<i>Arena report</i>
<i>Ceps</i>	<i>Ceps – Policy brief</i>
<i>Col. journ. eur. law</i>	<i>Columbia journal of european law</i>
<i>Com. mark. law rev.</i>	<i>Common market law review</i>
<i>Crit. pen.</i>	<i>Critica penale</i>
<i>Cuest. const.</i>	<i>Cuestiones constitucionales</i>
<i>Dem. dir.</i>	<i>Democrazia e diritto</i>
<i>Dir. com. scam. int.</i>	<i>Diritto comunitario e degli scambi internazionali</i>
<i>Dir. cult.</i>	<i>Diritto e cultura</i>
<i>Dir. giur. agr. ali. e amb.</i>	<i>Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente</i>
<i>Dir. prat. trib.</i>	<i>Diritto e pratica tributaria</i>
<i>Dir. proc. amm.</i>	<i>Diritto processuale amministrativo</i>
<i>Dir. pubbl.</i>	<i>Diritto pubblico</i>
<i>Dir. pubbl. comp. eur.</i>	<i>Diritto pubblico comparato europeo</i>
<i>Dir. scam. int.</i>	<i>Diritto degli scambi internazionali</i>
<i>Dir. um. dir. int.</i>	<i>Diritti umani e diritto internazionale</i>
<i>Dir. Un. eur.</i>	<i>Diritto dell'Unione europea</i>
<i>Eur. const. law rev.</i>	<i>European constitutional law review</i>
<i>Eur. jour. leg. stud.</i>	<i>European journal of legal studies</i>
<i>Eur. law rew.</i>	<i>European law review</i>
<i>Eur. publ. law</i>	<i>European public law</i>
<i>Foro amm. C. d. S.</i>	<i>Foro amministrativo Consiglio di Stato</i>
<i>Foro amm. Tar</i>	<i>Foro amministrativo TAR</i>
<i>Foro it.</i>	<i>Foro italiano</i>

<i>Foro pad.</i>	<i>Foro padano</i>
<i>Gaceta</i>	<i>Gaceta jurídica de la Union europea y de la competencia</i>
<i>Giorn. dir. amm.</i>	<i>Giornale di diritto amministrativo</i>
<i>Giur. cost.</i>	<i>Giurisprudenza costituzionale</i>
<i>Giur. it.</i>	<i>Giurisprudenza italiana</i>
<i>Giust. civ.</i>	<i>Giustizia civile</i>
<i>Guida dir. – Dir. com. intern.</i>	<i>Guida al diritto – Diritto comunitario e internazionale</i>
<i>Int. and comp. law quarterly</i>	<i>International and comparative law quarterly</i>
<i>Iust.</i>	<i>Iustitia</i>
<i>Le reg.</i>	<i>Le regioni</i>
<i>Mat. stor. cult. giur.</i>	<i>Materiali per una storia della cultura giuridica</i>
<i>Mich. law rev.</i>	<i>Michigan law review</i>
<i>Nomos</i>	<i>Nomos – Attualità del diritto</i>
<i>Non profit</i>	<i>Non profit. Diritto management servizi di pubblica utilità</i>
<i>Quad. cost.</i>	<i>Quaderni costituzionali</i>
<i>Quad. fior.</i>	<i>Quaderni fiorentini</i>
<i>Quad. reg.</i>	<i>Quaderni regionali</i>
<i>Quest. giust.</i>	<i>Questione giustizia</i>
<i>Rass. dir. pubbl. eur.</i>	<i>Rassegna di diritto pubblico europeo</i>
<i>Rass. parl.</i>	<i>Rassegna parlamentare</i>
<i>Rev. eur. admin. law</i>	<i>Review of european administrative law</i>
<i>Rev. der. com. eur.</i>	<i>Revista de derecho comunitario europeo</i>
<i>Rev. der. const. eur.</i>	<i>Revista de derecho constitucional europeo</i>
<i>Rev. droit Un. eur.</i>	<i>Revue du droit de l'Union europeenne</i>
<i>Rev. esp. der. adm.</i>	<i>Revista española de derecho administrativo</i>
<i>Rev. esp. der. const.</i>	<i>Revista española de derecho constitucional</i>
<i>Rev. esp. der. eur.</i>	<i>Revista española de derecho europeo</i>
<i>Rev. est. pol.</i>	<i>Revista de estudios politicos</i>
<i>Rev. gen. der. publ. comp.</i>	<i>Revista general de derecho publico comparado</i>
<i>Rev. inst. com.</i>	<i>Revista de instituciones comunitarias</i>
<i>Riv. dir. agr.</i>	<i>Rivista di diritto agrario</i>
<i>Riv. dir. civ.</i>	<i>Rivista di diritto civile</i>
<i>Riv. dir. eur.</i>	<i>Rivista di diritto europeo</i>
<i>Riv. dir. int.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
<i>Riv. dir. proc.</i>	<i>Rivista di diritto processuale</i>
<i>Riv. it. dir. pubbl. com.</i>	<i>Rivista italiana di diritto pubblico comunitario</i>
<i>Riv. studi pol. intern.</i>	<i>Rivista di studi politici internazionali</i>
<i>Riv. trim. dir. pubbl.</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto pubblico</i>
<i>Studi int. eur.</i>	<i>Studi dell'integrazione europea</i>
<i>Studi parl. pol. cost.</i>	<i>Studi parlamentari e di politica costituzionale</i>
<i>Zeit. offent. recht</i>	<i>Zeitschrift fur offentliches recht</i>
<i>Zeitschrift</i>	<i>Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften</i>

PRÓLOGO

I

Es poco habitual, incluso en los tiempos de globalización en que vivimos, que un investigador universitario obtenga el título de Doctor en tres países diferentes. Esto es, sin embargo lo que ha conseguido el autor de este libro, que era ya Doctor en Derecho en Italia cuando comenzó a realizar el Máster en Derecho Constitucional Europeo de la Universidad de Granada. Un Máster con mención de calidad, que tengo el honor de coordinar, y que incorpora un gran número de profesores europeos (de Italia, Alemania, España, Francia, Portugal) así como americanos (de USA, Brasil o México). En ese Máster, que ha tenido hasta ahora alumnos procedentes de más de veinte países de todo el mundo, Fausto Vecchio ha sido de los pocos (tan pocos que se pueden contar con los dedos de una mano) que, en el conjunto de todos los años en que se ha impartido, han obtenido la máxima calificación de Matrícula de Honor.

La obra que hoy se ofrece al público italiano, y que en breve se publicará también en España, es en parte el resultado de la estancia de investigación que su autor realizara en Granada y en parte, el fruto de una posterior estancia de investigación en Lisboa bajo la dirección del Profesor Vasco Pereira da Silva. Es también destacable el hecho de que fue la primera Tesis Doctoral en cotutela en la historia de la Universidad de Lisboa, lo que me congratula especialmente por haber sido yo el codirector de la Tesis en la Universidad de Granada. El resultado de estos períodos de investigación de un italiano en Portugal y en España es este libro que fue valorado como Tesis Doctoral con la máxima calificación por decisión unánime de un tribunal también plurinacional, integrado por los Doctores Gregorio Cámara, que lo presidió, Antonio Cantaro, Vasco Pereira da Silva, Yolanda Gómez y José María Porras.

Con la mención de todos estos méritos del trabajo y de su autor, no pretendo, como es obvio, ni condicionar ni sustituir el juicio que cada lector podrá hacerse de la obra. Pero sí quisiera situarla en su contexto europeo e indicar que no es sólo –como fácilmente se puede percibir con su lectura– una obra europea por su ambición científica así como por el manejo de las fuentes tanto bibliográficas como jurisprudenciales, por el alcance de la investigación o por la relevancia de sus conclusiones. Lo es también porque su autor ha querido ser y lo ha conseguido –con los sacrificios y el esfuerzo que eso conlleva– un investigador europeo que no se limita a analizar la realidad desde la cómoda atalaya de su universidad de origen sino que se ha preocupado de sumergirse en la cultura constitucional de otros países europeos para abordar una temática, como la de la primacía y los contralímites, esencialmente europea.

II

Como han sido muchos los días en que hemos tenido ocasión de debatir sobre esta y otras materias vinculadas al Derecho Constitucional Europeo, no es de extrañar que comparta con el Doctor Vecchio gran parte de los planteamientos que desarrolla en su libro, así como sus conclusiones. El respeto a la identidad constitucional de los Estados, uno de los grandes logros del Tratado de Lisboa, la europeización de los «contralímites» –esa expresión italiana que ha hecho fortuna en toda Europa– presenta algunos inconvenientes notables desde el punto de vista de la lógica del principio de primacía y de la potenciación de una integración asimétrica que se percibe cada vez con mayor claridad –por este y por otros motivos– en la actual situación de Europa.

La operatividad de este principio plantea también algunos problemas. Desde el punto de vista de la lógica jurídica, podríamos decir que los límites constitucionales a la aplicación del Derecho europeo y, por tanto, la definición de un núcleo identitario nacional específico, sólo deberían ser viables en relación con aquellos contenidos de los textos constitucionales que estén sometidos a cláusulas de intangibilidad, las llamadas «cláusulas pétreas» o «cláusulas de eternidad» que impiden la reforma de determinados aspectos en algunas constituciones. En todo lo demás, existiendo posibilidad jurídica de reformar la Constitución, no debería existir impedimento para ajustar los preceptos constitucionales a las exigencias derivadas del Derecho europeo.

El problema es, sin embargo, que las disposiciones de reforma constitucional se han construido históricamente en los Estados atendiendo a las exi-

gencias de un Derecho constitucional «nacional» que nada tiene que ver con las exigencias del Derecho Constitucional Europeo en sentido amplio (esto es, el Derecho Constitucional de la Unión Europea y el Derecho Constitucional de los Estados miembros y, en su caso, de sus estructuras políticas de carácter territorial). No existe, por tanto, una configuración en sentido europeo del instituto de la reforma constitucional que sigue reflejando, por el contrario, el núcleo duro del constitucionalismo nacional asociado a la idea de soberanía y vinculado a las condiciones históricas y culturales de aprobación de la Constitución. Por ese motivo, encontramos un gran número de disposiciones intangibles en el Derecho constitucional de los Estados miembros (por ejemplo, en Portugal o en Rumania) que estaban destinadas a proteger a la Constitución frente a posibles tensiones involucionistas teniendo en cuenta las experiencias dictatoriales precedentes. Esas cláusulas no tienen sentido actualmente en el contexto europeo si tenemos en cuenta que el propio proceso de integración es la mejor garantía contra ese tipo de tensiones. Desde esa perspectiva, las cláusulas de intangibilidad de esta naturaleza no sólo son inútiles sino también disfuncionales, porque dificultan o impiden la reforma en materias que no expresan realmente la «identidad constitucional» frente a Europa sino la «identidad constitucional» frente a posibles intentos internos de desnaturalización antidemocrática de la Constitución.

En el otro lado, tenemos algunas constituciones que, como la española, carecen de este tipo de cláusulas, por lo que todo es –desde un punto de vista jurídico– modificable sin ningún límite preestablecido. A partir de ahí, resulta difícil establecer un núcleo identitario que impida la aplicación del principio de primacía, porque cualquier colisión constitucional con el Derecho europeo se puede resolver mediante la reforma constitucional. No podríamos decir que la Monarquía forma parte, por ejemplo, de la identidad constitucional española, ya que existen previsiones específicas de reforma en la Constitución de 1978 que permiten cambiar la forma de Estado sin que eso suponga ruptura constitucional de ningún tipo. Otras constituciones europeas tienen disposiciones intangibles que protegen sólo aspectos muy concretos del sistema constitucional (como la forma republicana de Estado, por ejemplo) con lo que la determinación de una identidad constitucional más allá de los límites constitucionales a la reforma se convierte en una operación complicada.

Complicada pero no imposible, como bien ha observado Fausto Vecchio, por cuanto los tribunales constitucionales terminan por establecer su propia concepción de la «identidad constitucional» más allá de las previsiones constitucionales, de acuerdo con una argumentación que resulta más que discutible y que puede terminar por renacionalizar el principio de primacía. Lo mismo se

puede decir, en otro orden de cosas, de los límites que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha establecido no ya al Derecho europeo actual sino a los posibles avances a la integración europea en un sentido federal apelando, en la Sentencia Lisboa, a las cláusulas de eternidad de la Ley Fundamental alemana. Resulta sorprendente que del europeísmo declarado de la Constitución alemana se extraigan límites a la integración que estaban pensados en clave nacional, para evitar involuciones internas, estableciendo de antemano una incompatibilidad jurídica que no está prevista en la propia Constitución más que como posibilidad (sin perjuicio de que la configuración concreta de una entidad federal europea pudiera resultar contraria, en su caso, a esas cláusulas de eternidad).

Por otro lado, los tribunales constitucionales tienen ahora, en virtud de la cláusula del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, un poderoso instrumento para garantizar el nivel constitucional de protección de los derechos fundamentales sin necesidad de apelar al respeto a la identidad constitucional del art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea. De ese modo, la identidad constitucional debería desempeñar una función más residual respecto de la tensión inevitable entre el Derecho Europeo y el Derecho interno de nivel constitucional. Otra cosa es que, el recurso a esta cláusula genérica resulte más fácil y ello conduzca, como advierte el libro de Fausto Vecchio, a una modulación del Derecho europeo en los ordenamientos nacionales que potencie una integración asimétrica.

III

El lector de esta obra notará seguro que, pese al rigor y la objetividad del estudio, que manifiestan una capacidad de análisis de los problemas plenamente inscrita en el ámbito de la ciencia jurídica, su autor es un federalista europeo. Quien escribe este Prólogo también lo es, a pesar de las dificultades extremas a las que se está viendo sometido el proyecto de integración en los últimos tiempos. La «construcción» de Europa se ha realizado hasta ahora a espaldas del Derecho constitucional, pretendiendo ofrecer fórmulas «originales» que resultaban incompatibles con nuestra cultura constitucional y democrática. La desactivación de las funciones históricas del Derecho constitucional: el control del poder, la garantía de los derechos y la articulación de los conflictos sociales y políticos de rango fundamental, nos ha conducido a la situación que estamos viviendo actualmente. Una Europa que ha transmutado

la hermosa divisa que la orientaba de «unida en la diversidad» a «dividida en la adversidad» porque ha dejado en manos del poder económico y de los intereses nacionales el gobierno de la crisis.

La «reconstrucción» de Europa debe partir de un cambio radical del modelo de integración. Un nuevo modelo que se inspire en la gran herencia cultural y filosófica del constitucionalismo europeo. Que no rompa el equilibrio entre la garantía de los derechos y la organización democrática del poder, como partes de un todo que no pueden sobrevivir la una sin la otra. Que no transforme ni disfrace el conflicto político interno en conflicto nacional frente a Europa para dotar de impunidad a las clases políticas nacionales frente a su ciudadanía. Que no impida la configuración real de una auténtica ciudadanía europea y de una identidad europea compatible con las identidades nacionales. Que no destruya la idea de Europa mediante la promoción de políticas económicas que favorecen a los especuladores financieros y a los mercados limitando los derechos constitucionales de la ciudadanía europea.

Desde la ciencia jurídica podemos hacer mucho para promover esa «reconstrucción» del proyecto de integración europea. La formulación de una teoría constitucional europea, que haga oír la voz de los constitucionalistas en el debate sobre la integración, debe ser una tarea prioritaria. Por eso, investigaciones como la de Fausto Vecchio, que se inscriben claramente dentro de la metodología del Derecho Constitucional Europeo, son fundamentales para poder avanzar hacia un nuevo modelo en el que una Europa solidaria y democrática haga honor a su lema de «unida en la diversidad».

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Granada
Catedrático Jean Monnet, ad personam

INTRODUCCIÓN

LA INTEGRACIÓN EUROPEA DESPUÉS DE LISBOA

La génesis de la primacía representa, aún hoy, uno de los misterios más fascinantes y controvertidos del derecho comunitario. En realidad, es difícil entender como fue posible que, en un contexto normativo (tanto nacional como comunitario) que ofrecía muy pocas posibilidades de anclaje y en un entorno cultural que, hasta los años sesenta, prefirió los esquemas del dualismo, la simple aplicación uniforme del derecho comunitario pudiese establecer un sistema en el que, comúnmente la aplicación de la norma comunitaria prevalezca sobre la aplicación de la norma nacional.

Por tal motivo, con la esperanza de poder ofrecer una explicación adecuada al misterio que indujo a establecer la doctrina de la *primauté*, sin limitarse a un reconocimiento simple y sobreestimado del rol de la doctrina federalista, las ciencias jurídicas han tratado de determinar diversas hipótesis (aunque sean estas complementarias) de reconstrucción. De hecho, una parte de la literatura especializada, indagando acerca de los ideales constitucionales, denota el emerger de una nueva tendencia «comunitarista» que, gracias a las condiciones históricas del momento muy a favor de la cooperación internacional y muy crítica con relación a cualquier tipo de pretensión de exclusivismo estatal, creó las condiciones adecuadas para desechar la rigidez de toda formalidad normativa y establecer las bases para un cambio de tendencia, respecto a la lógica tradicional, que hasta entonces habían regulado las relaciones entre los ordenamientos¹. Otros autores, sin embargo, analizando las consecuencias derivadas

¹ Así en WEILER, J. H. H., «L'Europa "fin de siècle": i vestiti nuovi hanno un imperatore?», en WEILER, J. H. H., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, pp. 475-510.

a nivel institucional, han puesto de manifiesto el sumiso silencio con el que los gobiernos nacionales han aprovechado las ventajas de la primacía para adoptar, en sede comunitaria, decisiones políticamente costosas o jurídicamente imposibles de ser ejecutadas a nivel nacional. Han evidenciado también el entusiasmo con el cual, los jueces ordinarios, acogieron el principio que les ha permitido no seguir el orden jerárquico de los ordenamientos judiciales internos y en un cierto sentido les ha permitido un margen de discrecionalidad². En fin, indagando sobre los efectos sociales producidos, como consecuencia del nuevo orden jurídico propuesto por el sistema institucional europeo, se destacó que, debido a que los Tratados habían previsto nuevas y apetecibles libertades económicas, el avance jurídico del proceso de integración involucró sectores importantes de las sociedades civiles nacionales que, a través de medios más o menos formales, han ejercido su poder para establecer un principio que por el momento es muy útil para la ejecución de sus propios intereses.

Más allá de las razones que llevaron a la consolidación de este principio, lo que realmente es cierto, es que el triunfo de la primacía ha tenido como consecuencia varios tipos de respuestas por parte de los sujetos que en manera directa o indirecta han padecido sus efectos. Desde el punto de vista jurídico, la reacción que ha suscitado mayor interés es, en realidad, la mostrada por parte de los tribunales constitucionales de los estados miembros que, preocupados por la pérdida de sus propias competencias (debido al avance de la integración jurídica), han aprovechado el rango ordinario de la ley de ratificación de los Tratados y han establecido la idea de identidad constitucional como contralímite del derecho comunitario. Precisamente, basándose en una concepción material de la constitución y en el carácter jerárquico de los valores tutelados por las cartas fundamentales, los jueces nacionales han individualizado una serie de normas que, por la capacidad que tienen de encarnar principios irrenunciables del ordenamiento constitucional, están destinadas a prevalecer sobre el «valor» de la integración europea y, por ende, resisten al poder de ejecución del derecho comunitario, por lo que terminan por asumir la competencia de su juicio.

Tomando en consideración, también, los diferentes poderes materiales y los distintos intereses que en estos últimos sesenta años de integración sostuvieron los dos principios, el antagonismo entre primacía y salvaguarda de las diferentes identidades constitucionales, alcanzó a nivel teórico diversos puntos de equilibrio relacionados con el momento histórico concreto y con la perspectiva adoptada: el monismo internacionalista del Tribunal de justicia, el dualis-

² Esta es la hipótesis sostenida en ALTER, K., *Establishing the supremacy of European law*, Nueva York, 2001.

mo de la Corte constitucional italiana y el dualismo del *Bundesverfassungsgericht* alemán adoptan diferentes medidas entre los dos principios divergentes, y los mismos jueces constitucionales, frente a la evolución normativa y jurisprudencial del orden jurídico supranacional, han revisado infinidad de veces sus propias posiciones, en base a la validez y eficacia del derecho nacional en contraste con el europeo, y en base al tipo de sujeto competente y las modalidades procesales a través de las cuales se pone en evidencia el contraste. De esta manera, el concepto de identidad constitucional se ha consolidado históricamente como límite a la teoría de la primacía incondicionada elaborada por los jueces de Luxemburgo.

Por otro lado, debido al sentido de responsabilidad de las instituciones involucradas y a la gran tensión producida por la integración en el proceso europeo, estas divergencias dogmáticas no se han traducido nunca en un peligroso, ni mucho menos embarazoso, contraste. Más bien, se ha observado que los jueces nacionales, prefiriendo no tener que pagar el costo de una posible ruptura judicial con las normas establecidas por el derecho comunitario, han evitado desmentir públicamente las sentencias de sus colegas europeos y nunca han querido activar la continua amenaza de aplicación del contralímite de la identidad constitucional. Incluso, si nos referimos a la falta total de aplicación práctica de la identidad constitucional y si le damos valor a la función «dialogica» y de «monitorización», una acreditada parte de las ciencias constitucionales se desvió de esta lógica de contraposición entre primacía y contralímite, para abarcar una perspectiva original según la cual, habría que considerar el sistema jurídico de la Unión y los sistemas jurídicos nacionales como partes que componen un único ordenamiento integrado europeo³. Las características de este sistema integrado serían la naturaleza constitucional, la pluralidad de niveles institucionales que lo conforman, la capacidad de permitir una hibridación feliz entre modelos institucionales federales y modelos institucionales confederados⁴.

³ Es oportuno aclarar, que la literatura a la que se alude cuando se habla de la unidad del ordenamiento es la que se refiere a un sentido específico de integración, por lo tanto en un sentido completamente diferente al utilizado por la ciencia jurídica kelseniana. Para mayor información sobre las diferencias entre unidad e integración leer BALAGUER CALLEJÓN, F., «Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista Española de derecho Constitucional*, 2003, 3, 69, pp. 181-213.

⁴ A tal propósito, WEILER, J. H. H., «Federalismo y constitucionalismo: el *Sonderweg* europeo», en WEILER, J. H. H., *op. cit.*, pp. 511-535, habla de *Sonderweg* (literalmente como la vía especial para la integración europea). Específicamente, conforme a lo escrito por el ilustre académico «Por superficial que pueda parecer —y según algunos, con bastante optimismo— la Comisión puede compararse a un gobierno federal, el Consejo a algo como un Senado de los Estados y el Parlamento a una Cámara de representantes populares, la realidad de una Europa básicamente intergubernativa está todavía firmemente en pie. Si usamos un lenguaje ya arcaico para describir las tipologías de Estado, desde un punto de vista institucional, Europa se parece más a una confederación que a una federación. Los órdenes constitucionales han llamado, además, mucho la atención al ser comparados, a causa de su aparente convergencia con la expe-

Desde este punto de vista, la identidad constitucional (y los contralímites en general) no representarían, hoy en día, un desafío creíble a la primacía sino que, más allá, de sus orígenes histórico-circunstanciales, serían el medio para consentir el diálogo perfecto entre las instituciones judiciales de los dos niveles del sistema integrado y para garantizar la unidad de un ordenamiento, tan fluido y dinámico que se ha comparado con el «modelo de placas tectónicas⁵» con el que las ciencias geológicas, aun en presencia de diferentes «líneas de falla» que dividen la superficie de la Tierra, confirman la unidad de la corteza terrestre.

En fin, un instrumento que, sin poner en peligro la unidad y la uniformidad del sistema europeo, le consentiría a los jueces constitucionales la participación en el desarrollo del proceso de integración.

Por otra parte, el tema de la relación entre primacía e identidades constitucionales se ha convertido en la actualidad, sobre todo en esta fase atormentada de reformas del sistema europeo, en una cuestión candente, que culmina con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

De hecho, ya sea el intento (fallido después del abandono del Tratado constitucional) de positivizar la primacía, ya sea el reconocimiento formal de la cláusula de salvaguarda de las identidades nacionales, tienen que ser interpretados como el esfuerzo de los redactores de los proyectos de reforma por conceptualizar lo más claramente posible las relaciones entre el sistema jurídico supranacional y los sistemas jurídicos de los estados miembros. Además, considerando que el tema de los derechos, por tradición, ha constituido el núcleo de las reivindicaciones de identidad de los jueces constitucionales, la introducción de una Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea,

riencia del Estado federal. Tradicionalmente las federaciones asignan ciertas potestades a las instituciones federales y las normas que vienen emanadas ejercitando tales poderes se transforman en leyes supremas del Estado, lo que quiere decir que vienen aplicadas directamente sin ninguna intermediación por parte de los gobiernos locales y que en el caso de contraste con otras normas prevalecen sobre ellas. [...] Como resultado de la combinación de disposiciones explícitas del Tratado [...] y con las interpretaciones del Tribunal de justicia europeo, se creó un conjunto de normas constitucionales que disciplinan la relación entre la Unión y sus Estados miembros (o lo contrario), muy parecido a conjuntos de normas análogas en vigor en la mayor parte de los Estados federales. [...] En otras palabras, la disciplina constitucional que Europa le pide a sus actores constitucionales [...] no puede, además, diferenciarse de la que está en vigor en los Estados federales maduros. Sin embargo, hay una enorme diferencia: [...] Dicho en manera muy simple, la arquitectura constitucional europea nunca ha sido convalidada por un procedimiento de adopción constitucional por parte de un *demos* europeo y, por lo tanto, desde un punto de vista de principios políticos normativos y de observación empírica social, la disciplina constitucional europea no goza del mismo tipo de autoridad que puede verse en los Estados federales donde el federalismo se basa en un ordenamiento constitucional típico. Se trata de una constitución sin ninguno de los requisitos clásicos del constitucionalismo».

⁵ La imagen del modelo de placas tectónicas en CARTABIA, M., «“Unità nella diversità”: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali», en www.giustamm.it. En el mismo sentido se expresa también CANNIZZARO, E., «Il pluralismo dell’ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità», *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, pp. 245-271.

que tiene la aspiración de definir una identidad europea autónoma, pone sobre la mesa un problema concreto, que es el de la coordinación con las identidades nacionales. Hay que decir también que, al pasar del plano de los cambios normativos al de las sentencias jurisprudenciales, habría que destacar sobre todo, considerando el (o mejor sería decir en respuesta al) nuevo contexto jurídico, que los tribunales nacionales, por un lado, han confirmado con determinación su competencia en los dictámenes sobre los contrastes entre el derecho europeo y el derecho interno «identitario», por el otro, al superar la costumbre precedente de la falta de la sustancial aplicación de los contralímites, elaboraron algunas técnicas jurídicas de control específico y en nombre de la identidad constitucional han privilegiado, en algunos casos, la aplicación de la norma que contrasta con la disposición comunitaria. Es precisamente este el momento de resaltar que esta jurisprudencia, enmascaradamente hostil al derecho comunitario, ha involucrado tanto a jueces constitucionales como a jueces ordinarios, lo que demuestra su poder de influencia.

Para tratar de comprender cómo, estas importantes novedades normativas y jurisprudenciales inciden en la actual posición de las relaciones entre primacía e identidades constitucionales, dentro del marco dogmático general, de las que estas forman parte, el presente trabajo de investigación, luego de haber reconstruido las interpretaciones de los dos principios que nos han ofrecido a lo largo de los años los varios paradigmas constitucionales, analizará las novedades más importantes introducidas en la materia por el Tratado de Lisboa, así como también, las varias interpretaciones hechas por los jueces europeos y nacionales. El objetivo es el de poner de relieve que, las recientes aplicaciones jurisprudenciales de la cláusula sobre la salvaguarda de la identidad constitucional, difieren de la tradicional interpretación que se le daba a la misma, lo que podría redimensionar concretamente (aunque siempre en forma excepcional) la aplicación de la primacía, poniendo en crisis también, los esquemas dogmáticos más actuales y dándole la razón, a todos los que han denunciado, en los últimos años, un cambio en el proceso de integración, de un paradigma multinivel a un paradigma de integración «asimétrica⁶». En

⁶ CANTARO, A., *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, Torino, 2010 desarrolla un verdadero paradigma de la asimetría. Sobre este punto ver también a AMATO, G., *Conclusioni del Congresso dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti 2005*, en www.associazionedeicostituzionalisti.it, que fue uno de los primeros en denunciar esta tendencia. En fin, ver TIBERI G., «Uniti nella diversità: l'integrazione differenziata e le cooperazioni rafforzate nell'Unione europea», en BASSANINI, F.-TIBERI, G., *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, pp. 287-308; KOWALSKY, M., «Comment on Daniel Thym – United in diversity or diversified in the Union?», en DANN, P.-RYNKOWSKI, M., *The unity of european Constitution*, Berlino, 2006, pp. 377-381; LEOTTA, F., «Asimmetria e processo di integrazione europea: soluzione transitoria o problema definitivo?», en CASTORINA, E., *Profili attuali e*

realidad, lo que se quiere demostrar es que, a través del control de las disposiciones normativas internas, relacionadas con la ejecución del derecho comunitario, a través de la inversión sobre la obligación de la interpretación conforme y a través de la inversión del orden de los reenvíos prejudiciales, los sistemas jurídicos nacionales (no solo los tribunales constitucionales) están lentamente y en forma definitiva vaciando la doctrina de la *primauté* llegando a la tutela (a veces en forma tácita) efectiva del contralímite identitario. En fin, en el momento en el cual, a través de un proyecto de oxigenación constitucional, se quiere de una manera definitiva no tomar en consideración el fuerte equilibrio entre confederalismo político y federalismo jurídico, que durante tiempo se encargó de mantener el equilibrio⁷, los tribunales constitucionales de los varios estados miembros parecen estar deseosos de utilizar la identidad constitucional como un instrumento para compensar la extensión de las competencias, la ampliación territorial y la agilización en la toma de decisiones por parte de la Unión, con un nuevo (y efectivo) poder de suspensión judicial de la eficacia de las normas comunitarias más problemáticas.

prospettive di diritto costituzionale europeo, Turín, 2007, pp. 142-149; LÓPEZ PINA, A.-MICCÙ, R., «La cooperazione rafforzata come forma europea di governo. Verso un diritto costituzionale asimmetrico?», en *Diritto e cultura*, 2003, 1-2, pp. 403-417; ROLLA, G., «Lo sviluppo del regionalismo asimmetrico e il principio di autonomia nei nuovi sistemi costituzionali: un approccio di diritto comparato», en *Quaderni regionali*, 2007, 1-2, pp. 387-399, y THYM, D., «United in Diversity-The integration of enhanced cooperation into the european constitutional order», en DANN P.-RYNKOWSKI, M., *op. cit.*, pp. 357-375, que bajo diversos aspectos se ocupan de las perspectivas ofrecidas y de los posibles riesgos debidos a la evolución asimétrica del ordenamiento europeo.

⁷ Con relación al híbrido entre confederalismo político y federalismo jurídico ver el ensayo de Weiler ya expuesto en la nota 5 (sobre el funcionamiento total de los equilibrios institucionales europeos véase también WEILER, J. H. H., «La trasformazione dell'Europa», en WEILER, J. H. H., *op. cit.*, pp. 33-173) que observa que algunas de las disposiciones que contiene el nuevo Tratado, como la extensión del procedimiento de codecisión y la eliminación de la estructura de pilares, parecen (prudentemente) orientarse hacia la destrucción de la lógica confederal del sistema decisional europeo.

PRIMERA PARTE

PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO E IDENTIDADES CONSTITUCIONALES EN LOS PARADIGMAS DE LA INTEGRACIÓN

1. EL PARADIGMA MONISTA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA: LA PRIMACÍA INCONDICIONADA COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA PARA LA APLICACIÓN UNIFORME DEL DERECHO COMUNITARIO

1.1 **El art. 177 del Tratado de Roma y la función del Tribunal Europeo de Justicia en el sistema de los Tratados comunitarios**

Si bien, el Tratado que instituyó la Comunidad económica europea, en una cierta forma, ampliaba los límites de intervención del Tribunal de Justicia, el objetivo real de los redactores del texto, probablemente, no fue el de establecer un ordenamiento jurídico directamente eficaz y capaz de predominar sobre el derecho nacional de los estados miembros, y ni mucho menos el de atribuirle a los jueces comunitarios el control exclusivo de las relaciones entre sistema europeo y ordenamientos nacionales⁸.

De hecho, desde este punto de vista, ni las disposiciones con las que se extiende el control del Tribunal de Justicia a la labor de los estados miembros, ni las disposiciones con las que se amplían las competencias prejudiciales del Tribunal de Justicia, tenían la intención de tergiversar el rol que el Tratado instituyente de la CECA quería atribuirle a la institución judicial europea.

⁸ Sobre este tema véanse las argumentaciones desarrolladas por ITZCOVICH, G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Turín, 2006, pp. 103-115.

Más bien, lejos de querer dar origen a las discrepantes novedades que se irán afirmando progresivamente a partir de los años sesenta, el Tratado de Roma, bajo la pauta del Tratado de París, se limitó a la creación de un sistema institucional de carácter internacional en el que la función jurisdiccional primaria del Tribunal de Justicia debía haber sido esencialmente la de garantizar el respeto de los Tratados por parte de los organismos comunitarios⁹. El eje normativo de esta original organización judicial, es la disposición contenida en el art. 173 del Tratado CEE de 1957, según la cual «el Tribunal de Justicia ejerce un control de legitimidad sobre las actas del Consejo y de la Comisión, que no sean ni recomendaciones ni dictámenes».

El control del respeto de las disposiciones comunitarias por parte de las instituciones de los estados miembros y la competencia para solucionar cuestiones ligadas a la interpretación y a la validez del derecho comunitario se habían previsto en un primer momento de una manera muy modesta¹⁰. De hecho, el Tribunal, con el límite de los criterios establecidos, tanto por parte de la Comisión como por parte de los estados miembros, tenía el problema del control sobre las probables infracciones, previstas por los arts. 169 y 170, ya que tropezaba con múltiples límites políticos y, por lo menos, según las intenciones de los redactores, habría tenido que ser más hipotético que real¹¹. Además, lejos de ser un instrumento que garantizase el acatamiento de las obligaciones comunitarias, el reenvío prejudicial previsto por el art. 177, había sido creado con la intención de ofrecer una interpretación auténtica de las normas comunitarias, lo que podría ser un auxilio para resolver alguna controversia pendiente ante un juez nacional y con la finalidad, sobre todo, de ofrecer una ulterior posibilidad de revisión de las acciones tomadas por parte de las instituciones comunitarias¹².

⁹ Sobre este punto, es interesante observar que el primer presidente del Tribunal de Justicia el 10 de diciembre de 1952, en la primera reunión del organismo judicial europeo declaró que: «Vasta y delicada, la misión delegada al Tribunal es la de garantizar a las partes interesadas, sean estos estados miembros, empresas privadas o simples ciudadanos, el respeto de los límites dentro de los cuales, tiene que estar contenida la acción de los organismos de la Comunidad».

¹⁰ Para mayor información ver ALTER, K., *op. cit.*, pp. 5-11.

¹¹ Según el *Annual report monitoring the application of community law* redactado por la Comisión europea en 1999, de los 1.604 casos de infracción denunciados entre 1960 y 1999 por la Comisión al Tribunal de Justicia, sólo 27 pertenecen al período comprendido entre 1960 y 1969. Es interesante observar, que en el mismo lapso de tiempo, los estados miembros nunca recurrieron al Tribunal de Justicia para un procedimiento de infracción. La inercia de los estados miembros y de la Comisión se puede explicar por una voluntad corporativa de los primeros y por prudencia política de la segunda que, preocupada sobre todo por implementar el derecho comunitario a través de procedimientos legislativos, no tenía la intención de poner en evidencia una posición contrapuesta a la de los miembros del Consejo.

¹² Es oportuno recordar ahora que, con relación a la interpretación de la norma comunitaria, había sido prevista en un segundo momento la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial con el

Aunque este planteamiento no dejase amplios márgenes de acción, a partir de los últimos años cincuenta y el inicio de los años sesenta, una parte de la doctrina comienza a poner en duda la posibilidad de recurrir a los métodos tradicionales de interpretación del derecho internacional. La ciencia jurídica, basándose en una interpretación constitucional del sistema supranacional, afirma la necesidad de darle un enfoque teleológicamente dirigido, que no se limite a las dimensiones textuales y que tome en consideración la voluntad de realizar un mercado común y cumplir con los objetivos complementarios contenidos en los tratados¹³. A partir de estos criterios exegéticos, esta doctrina avanza hasta establecerse la necesidad de una interpretación que le de valor al carácter ordinamental del sistema supranacional, que permita un efecto útil de las disposiciones comunitarias y que puedan aplicarse en forma plena y uniforme las normas europeas¹⁴.

1.2 Interpretación unánime y aplicación uniforme del derecho comunitario en la doctrina del efecto directo

El tema sobre la uniformidad elaborado ya, desde las fases iniciales de la creación del sistema comunitario, por cierta parte de la doctrina, representó realmente uno de los motores del proceso de integración y muy pronto asumió un valor materialmente constitucional. De hecho, a partir de la sentencia *Van Gend en Loos* con la que, en 1963, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas inauguró su jurisprudencia «constituyente», la lucha por la uniformidad ha representado una base de argumentación de gran solidez para sostener dos de los principios sobre los cuales se fundamenta la interpretación constitu-

Tratado CEE, ya que el Tratado CECA se había limitado solamente a la cuestión prejudicial sobre la validez de la disposición europea (retomada luego en el Tratado de Roma).

¹³ ITZCOVICH, G., *op. cit.*, p. 98, subrayando la importancia de la dogmática en el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal europeo, nos recuerda que según una doctrina consolidada, desde los tiempos de Grozio, el derecho internacional tenía cánones interpretativos específicos que, entre otras cosas, prevenían la necesidad de una interpretación restrictiva de las disposiciones de los Tratados (ya que las limitaciones de soberanía no se pueden suponer), la necesidad de observar la intención común de las partes contrayentes y el *favor debitoris*. Para una referencia del período ver SERENI, A., *Diritto internazionale*, Milán, 1956, p. 181, y CAPOTORTI, F., «Sull'interpretazione uniforme dei trattati europei», en *Rivista di diritto internazionale*, 1960, pp. 3-25.

¹⁴ Sobre este punto ver KUTSCHER, H., «Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario da parte di un giudice», en *Rivista di diritto europeo*, 1976, pp. 283-314 e *id.*, «Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario da parte di un giudice», en *Rivista di diritto europeo*, 1977, 1, pp. 3-24, cuando en la página 8 afirma que «el derecho comunitario no podría sobrevivir sin una interpretación y una aplicación uniforme en todos los estados miembros».

cional de la integración: la autonomía del ordenamiento supranacional y la directa aplicación de las normas comunitarias¹⁵.

Sin entrar en los detalles de un caso muy conocido, será suficiente recordar, que se le solicitó al Tribunal para que decidiera sobre dos cuestiones prejudiciales en base a lo establecido en el art. 177 del Tratado de Roma. Este aprovechó una posibilidad ya reconocida en casos anteriores¹⁶ (aprovechados sin pérdida de tiempo por parte de la jurisprudencia nacional alemana, italiana y francesa¹⁷) y en contra de las conclusiones del Abogado general Roemer y de los Gobiernos de Bélgica, Holanda y Alemania, confirmó la autonomía del ordenamiento comunitario para establecer la eficacia jurídica de las normas europeas *self executing* y la propia competencia para conocer, por vía exclusiva, los problemas relacionados con la interpretación del derecho comunitario¹⁸. De acuerdo con el planteamiento de este trabajo, es muy importante resaltar, que ese gran deseo de uniformidad, más que ser un simple auspicio expresado por las circunstancias, representa uno de los corolarios alrededor

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, C-26/62, *Van Gend en Loos* del 5 de febrero de 1963. Para un análisis reciente de la sentencia se reenvía a ITZCOVICH, G., *op. cit.*, pp. 117-125. GORI, P., «Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo», en *Giurisprudenza italiana*, 1963, 4, pp. 49-56, muestra haber entendido la importancia histórica de la decisión, ya en el período de la sentencia. Ver también HAY, P., «Federal jurisdiction of the Common Market Court», en *America journal of comparative law*, 1963, 12, pp. 404-408.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-20/59, *Italia c. Alta Autorità* del 15 de julio de 1960; C-25/59, *Paesi Bassi c. Alta Autorità* del 15 de julio de 1960, y C-6/60, *Humblet* del 16 de diciembre de 1960.

¹⁷ Comentando la sentencia en cuestión TRABUCCHI, A., «Un nuovo diritto», en *Rivista di diritto civile*, 1963, 1, pp. 259-272 describe una decisión adoptada el 26 de octubre de 1962 por el Tribunal Administrativo de Berlín, una decisión adoptada el 7 de noviembre de 1962 por el Consejo de Estado italiano y una decisión adoptada el 26 de enero de 1963 por parte del Tribunal de Gran Instance de París, con la que los jueces nacionales habían reconocido la aplicación directa de las normas de los Tratados comunitarios. STEIN, E., «Toward Supremacy of Treaty-Constitution by judicial fiat: on the margin of the Costa case», en *Michigan law review*, 1965, 63, pp. 491-518, además, relaciona el fallo con la sentencia en la que el Tribunal permanente de Justicia internacional, con un dictamen consultivo del 3 de marzo de 1928, había admitido la posibilidad de que el objetivo de un acuerdo internacional podría ser «la adopción de una de las disposiciones definitivas por una parte de los estados miembros, que establece derechos y responsabilidades individuales, las cuales pueden ser aplicadas por los jueces nacionales».

¹⁸ Para resolver una controversia que surgió entre un importador y la fiscalía holandesa, la *Tariefcommissie*, tribunal administrativo de última instancia, ejerce el reenvío previsto por el art. 177 del Tratado de Roma y le pide al tribunal de constatar en vía prejudicial si el art. 12 del mismo Tratado (que establece una cláusula de *standstill*) en materia de impuestos aduaneros, produce un efecto interno y puede ser hecho valer directamente por los ciudadanos. En la controversia principal, la sociedad *Van Gend en Loos* había sostenido que, siendo un producto de importación de Alemania, sometido a un impuesto del 3% en el momento de la entrada en vigor del Tratado CEE (aprobado con la ley del 5 de diciembre de 1957), la decisión de aumentar el impuesto sobre el mismo producto al 8% de acuerdo con Protocolo de Bruselas del 25 de julio de 1958 (transferido en el interior del ordenamiento holandés con la ley del 16 de diciembre de 1959) había sido adoptada en violación del art. 12 del Tratado de Roma según el cual, se le prohíbe a los estados miembros aumentar los impuestos aduaneros vigentes en el momento de la entrada en vigor de dicho Tratado.

del cual, dejando aparte todo lo inherente específicamente a las normas, gira el planteamiento general de la sentencia: según los jueces de Luxemburgo la voluntad de garantizar la uniforme aplicación del derecho comunitario contenida en el art. 177, muestra inexorablemente el deseo de construir un ordenamiento jurídico distinto al ordenamiento jurídico internacional¹⁹, capaz de reconocer los derechos de los ciudadanos y de ofrecer soluciones directamente eficaces a los sistemas interiores, sin tener en cuenta el contenido de las disposiciones nacionales de recepción²⁰.

Por otro lado, si desde un punto de vista normativo la interpretación dada por el Tribunal al art. 177, puede parecer arbitraria, el aspirar a una armonización efectiva del sistema europeo representó seguramente un problema que afectó en gran parte a la cultura jurídica de esos años. Como prueba de ello, basta observar que tanto la Comisión, que se expresó a favor del efecto directo del Tratado²¹, como el Abogado general para defender la solución opuesta,

¹⁹ A tal fin, ITZCOVICH, G., *op. cit.*, p. 117, habla de «proceso de desinternacionalización del derecho comunitario». Cuarenta años antes que él, BARILE, G., «Sulla struttura delle Comunità europee», en *Rivista di diritto internazionale*, 1964, 1, pp. 17-22, describiendo las relaciones entre derecho internacional y derecho comunitario, había sostenido que «los derechos comunitarios tienen su base en los Tratados instituyentes» y que una interpretación diferente «provocaría, dada la actual estructura de las Comunidades europeas, el final inmediato».

²⁰ Para confirmar que las disposiciones del Tratado de Roma tengan eficacia directa, los jueces de Luxemburgo, basándose en una interpretación teleológica, establecen que: «El objetivo del Tratado CEE, al instaurar un mercado común cuyo funcionamiento incide directamente en los miembros de la Comunidad, implica que éste va más allá de un simple acuerdo que se limita a crear obligaciones recíprocas entre los Estados contrayentes. Esto está confirmado por el Preámbulo del Tratado el cual, además de mencionar a los Gobiernos, se refiere a los pueblos y más concretamente a la instauración de organismos con poderes de soberanía institucional, que puedan ejercer su función sobre los estados miembros y sus ciudadanos. Hay que resaltar que los ciudadanos de los estados miembros de la Comunidad, colaboran con las actividades de la propia comunidad a través del Parlamento europeo y el Comité económico y social. Además de esto, la función atribuida al Tribunal de Justicia por el art. 177, función cuya finalidad es la de garantizar la interpretación uniforme del Tratado, por parte de los jueces nacionales, constituye una doble prueba del hecho, de que los estados le han reconocido al derecho comunitario una autoridad tal de hacer que los propios ciudadanos lo hagan valer ante dichos jueces. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones se puede concluir que la Comunidad constituye una nueva tipología de ordenamiento jurídico en el ámbito del derecho internacional, a favor del cual los estados renunciaron, aunque sólo en limitados sectores, a sus poderes soberanos, ordenamiento que reconoce como sujetos no sólo a los estados miembros sino también a sus ciudadanos». Comentando las posibles consecuencias de la decisión MIGLIAZZA, A., «Ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali», en *Rivista di diritto processuale*, 1963, 2, pp. 651-657, resalta que este paso, evidencia problemas de compatibilidad constitucional. En lo específico, refiriéndose al caso italiano y anticipándose a la *Corte Costituzionale*, vuelve a proponer la solución sugerida por Perrasí y acogida por el Parlamento italiano en sede de ratificación del Tratado de Roma: recurrir al art. 11 de la Constitución como base de legitimidad del derecho comunitario. La misma solución al problema fue propuesta en BERRI, M., «Sull'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia di interpretazione giurisprudenziale autentica ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE», en *Giustizia civile*, 1963, 1, pp. 1226-1231.

²¹ Conforme a la interpretación de la sentencia, la Comisión, para evitar la no homogeneidad y la no efectividad del derecho comunitario, propone el efecto directo de las normas comunitarias y, anticipando la solución adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Costa c. ENEL*,

vislumbran los problemas acarreados por una aplicación diferenciada del derecho comunitario²². Además, podemos destacar en el mismo sentido, las opiniones a favor, con las que la doctrina más destacada²³ ha rechazado la posibilidad de que los jueces nacionales, con plena autonomía, se puedan transformar en intérpretes del derecho europeo, conllevando los riesgos propios de una aplicación no homogénea de las normas supranacionales. De acuerdo con estas líneas seguidas por el Tribunal de Justicia, se les reservó a los jueces de Luxemburgo la competencia exclusiva de interpretar las normas del Tratado²⁴.

No sorprende, por ello, que las decisiones sucesivas hayan confirmado con firmeza la aspiración a la uniformidad de la interpretación del derecho comunitario en dos direcciones diferentes. En primer lugar, con la sentencia *Da Costa*, los jueces responden a un reenvío prejudicial sobre una cuestión casi idéntica a la que llevó al Tribunal de Justicia a establecer la autonomía del ordenamiento comunitario²⁵ y, con la distancia de, más o menos, un mes de la decisión *Van Gend en Loos*, apelan de nuevo al tema de la uniformidad, alegando la unidad interpretativa del ordenamiento comunitario²⁶. En esta misma

propone una interpretación a través de la cual los jueces estén obligados a aplicar el derecho comunitario, prefiriéndolo a las leyes nacionales, aun si hayan sido emanadas posteriormente. Concuera con esta interpretación GORI, P., *op. cit.*, p. 54.

²² MARSH, N., «Some reflections on legal integration in Europe», en *International and comparative law quarterly*, 12, pp. 1411-1416, dice que, el abogado general Roemer, aun exagerando con sus conclusiones, pone de relieve la cuestión de los diversos efectos producidos, en presencia de ordenamientos diferentes, por una eficacia inmediata de las normas comunitarias.

²³ Cfr. la interpretación parcialmente crítica de la decisión ofrecida por RONZITTI, N., «L'art. 12 del Trattato istitutivo della CEE ed i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento degli stati membri», en *Foro italiano*, 1964, 4, pp. 98-101, y la interpretación crítica dada por DURANTE, F., «Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee», en *Rivista di diritto internazionale*, 1963, pp. 415-421.

²⁴ Además, comentando una decisión adoptada el 7 de noviembre de 1962 por el Consejo de estado italiano, CATALANO, N., «L'inserimento diretto delle disposizioni contenute nel trattato istitutivo della Comunità Economica Europea negli ordinamenti giuridici degli Stati membri», en *Foro padano*, 1963, 5, pp. 33-42 señala los peligros de un control difuso del derecho comunitario y censura la elección del organismo judicial italiano de interpretar el significado de los arts. 31, 36, 224 y 226 sin haber previamente consultado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

²⁵ Con las sentencias, C-28-30/62, *Da Costa* del 27 de marzo de 1963, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas responde a una nueva cuestión prejudicial planteada por la *Tariefcommissie* holandés para verificar la eficacia directa del art. 12 del Tratado de Roma. Para mayor información sobre esta decisión ver GORI, P., «L'efficacia "ultra vires" delle decisioni pregiudiziali nel diritto comunitario», en *Giurisprudenza italiana*, 1963, 4, pp. 92-96.

²⁶ Con más detalles, en la decisión examinada, los jueces distinguen el enlace entre la aspiración a la uniformidad, según lo establecido en el art. 177 y la autonomía del ordenamiento comunitario, afirmando que «cuando, en el ámbito específico de una controversia pendiente ante un juez nacional, el Tribunal da una interpretación del Tratado, éste se tiene que limitar a interpretar al pie de la letra el espíritu del mismo, el significado de las normas comunitarias, mientras que la aplicación del hecho jurídico que se deduce de tal interpretación queda reservada a los jueces nacionales; esta concesión viene atribuida al Tribunal por el art. 177, que tiene el objetivo de garantizar la unidad de interpretación del derecho comunitario en los seis estados miembros».

sentencia, vale la pena señalar que –de acuerdo con lo revelado con prontitud por la doctrina del tiempo– los jueces, como si quisieran confirmar la eficacia *ultra vires* de las sentencias del Tribunal y como ulterior medida de garantía de la unidad interpretativa del ordenamiento europeo, corroboran la eficacia directa de las normas de los Tratados, aclarando a su vez que no ha sido «identificado ningún elemento nuevo» para modificar la orientación jurisprudencial establecida con la decisión precedente, y anticipan las decisiones de los años setenta y ochenta, con las que se afirma explícitamente el valor *erga omnes* de las sentencias luxemburguesas²⁷.

Además, la jurisprudencia sucesiva extiende la eficacia directa (y como consecuencia la prevalencia, como se verá mejor en los párrafos sucesivos) del derecho comunitario, a las normas de derecho derivado. Específicamente, el espíritu uniformador del Tribunal emerge con claridad y con una orientación jurisprudencial inaugurada por las sentencias, *Grad*, *Sace*, *Van Duyn* y *Ratti* con las que, los jueces europeos, reconociendo la eficacia directa del derecho comunitario y abarcando también algunas disposiciones de las directivas, constriñen la *ratio* del art. 189 del Tratado y, así mismo, gracias a una costumbre política invasiva de las instituciones comunitarias, transforman un instrumento de origen internacional (pensado para realizar una armonización mínima) en un instrumento de disciplina uniforme que al menos, en teoría, no se diferencia, de ninguna manera, de los reglamentos comunitarios²⁸.

²⁷ La relación entre eficacia *ultra vires* de las decisiones y unidad de interpretación viene resaltada por BERRI, M., *op. cit.*, pp. 1230-1231, que reportando el debate del tiempo evidencia cómo el establecimiento de una eficacia *erga omnes* de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia va más allá de lo escrito en el art. 177 del Tratado. Una explícita aserción del nexo entre uniformidad y eficacia *ultra vires* de las sentencias europeas está contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, C-66/80, *Spa International Chemical Corporation*, del 13 de mayo de 1981, con la que los jueces han declarado: «Las competencias atribuidas al tribunal por el art. 177 tienen la finalidad específica de garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario, por parte de los jueces nacionales. Esta aplicación uniforme es necesaria, no solo cuando el juez nacional está ante una norma de derecho comunitario cuyo sentido y ámbito necesiten estar muy bien definidos, sino que de igual forma, cuando éste se encuentre de frente a un reclamo sobre la validez de un acto de las instituciones. En el momento en el que el Tribunal esté obligado, de acuerdo con art. 177, a declarar la invalidez de un acto de una institución, entonces a los requisitos necesarios para la aplicación uniforme del derecho comunitario se le añaden requisitos muy importantes relacionados con la certeza del derecho. [...] Como consecuencia de todo esto tenemos que la sentencia del Tribunal que constate, según el art. 177 [234] del Tratado, la invalidez de un acto de una institución, o sobre todo un reglamento del Consejo o de la Comisión, aun si tenga como único destinatario, el juez que se dirigió al Tribunal, constituye un motivo suficiente, para cualquier otro juez, que tenga que emitir también un juicio, para considerar tal acto no válido».

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, C-9/70, *Grad*, del 6 de octubre de 1970; C-33/70, *Sace*, del 17 de octubre 1970; C-41/74, *Van Duyn*, del 4 de diciembre de 1974; C-148/78, *Ratti*, del 5 de abril de 1979. Para mayor información sobre estas decisiones ver GORI, P., «L'applicabilità diretta» delle decisioni e delle direttive della CEE nell'ordinamento degli Stati membri», en *Giurisprudenza italiana*, 1971, 1, pp. 337-344; CAPELLI, F., «L'applicabilità immediata della normativa comunitaria negli ordinamenti interni degli Stati membri», en *Foro padano*, 5, pp. 25-28; ASTOLFI, A. M., «Sulla diretta

1.3 La uniformidad y la progresiva extensión del ámbito de aplicación de la primacía del derecho comunitario

Además de los principios de autonomía y eficacia directa del ordenamiento comunitario, la idea de una uniforme aplicación del derecho comunitario ha representado un sólido fundamento para la consolidación, de otro principio fundamental, en la evolución constitucional del proceso de integración²⁹: la primacía del derecho europeo sobre el derecho nacional contrario. De hecho, después de un ulterior avance hacia la constitucionalización del sistema de los tratados, el Tribunal de Justicia, tras ratificar la eficacia automática del derecho comunitario³⁰, retoma el tema de la aplicación homogénea y en la sentencia *Costa c. ENEL* confirma el principio por el cual, en caso de contraste, el derecho europeo, así sea el secundario, prevalece sobre el derecho nacional, no teniendo en cuenta la fecha en la cual fueron emanadas las normas internas en conflicto³¹.

Limitando, aun más, el ámbito para el análisis de los puntos más importantes de este trabajo de investigación³², es interesante observar que, respondiendo a la excepción de «inadmisibilidad absoluta» propuesta por el Gobierno italiano³³, los jueces cambian una sentencia precedente de la *Corte*

applicabilità della direttiva comunitaria che dispone l'abolizione dei diritti per i servizi amministrativi», en *Dir. scam. int.*, 1971, pp. 239-249, y CORTESE RIVA PALAZZI, E., «L'applicabilità immediata delle direttive comunitarie», en *Foro padano*, 1971, 4, pp. 3-6. Para mayores detalles sobre la orientación jurisprudencial que determina las condiciones de eficacia directa del derecho europeo derivado, ver el análisis llevado a cabo por SCACCIA, G., «L'efficacia del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee», en www.cortecostituzionale.it.

²⁹ Según MANGIAMELLI, S., «Integrazione europea e diritto costituzionale», en PATTI, S., *Anuario di diritto tedesco*, Milán, 2001, pp. 25-98, la supremacía podría ser definida un *Grundprinzip* del ordenamiento europeo. STEIN, E., *op. cit.*, p. 517, define la sentencia *Costa c. ENEL* una *milestone* del derecho europeo.

³⁰ Para una clara exposición de las diferencias entre eficacia directa y primacía del derecho comunitario se reenvía a NERI, S., «Sulla natura giuridica delle Comunità europee», en *Rivista di diritto internazionale*, 1964, 2, pp. 231-265.

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, C-6/64, *Costa c. ENEL*, del 15 de julio de 1964. Para un análisis reciente ver ITZCOVICH, G., *op. cit.*, pp. 123-133 donde se sostiene que la sentencia representa un paso decisivo para la «desconstitucionalización» de los ordenamientos estatales.

³² Como consecuencia de un polémico caso que llevó a la formación del ENEL, el abogado Flaminio Costa, quejándose por el hecho de que la disposición legislativa en cuestión violaba numerosas normas comunitarias, se dirigió al juez conciliador de Milán para solicitar la revisión (entre otras cosas) de la compatibilidad entre la Ley 1643, del 6 de diciembre de 1962 (sucesiva a la ley de ratificación del Tratado de Roma) y el art. 11 de la Constitución. Además, solicitó al mismo juez constatar la compatibilidad comunitaria de la ley en cuestión. El juez conciliador, no teniendo en cuenta el origen ficticio del juicio, había acosado continuamente con cuestiones semejantes primero a la *Corte Costituzionale* y luego al Tribunal de Justicia. Para mayores detalles sobre este polémico caso ver STEIN, E., *op. cit.*, pp. 493-494.

³³ El Gobierno italiano había objetado que, el juez nacional estando sometido a la ley italiana, tiene el deber de aplicar las normas internas y conforme a la imposibilidad de la Corte de decidir en relación a

Costituzionale italiana³⁴ (ver *infra* las reflexiones hechas en el próximo capítulo) y establecen que, si se le permite a los estados miembros emanar ulteriores disposiciones unilaterales en oposición al ordenamiento comunitario, se pondría en peligro el cumplimiento de los objetivos previstos por el art. 5 del Tratado de Roma y se establecería una de las discriminaciones prohibidas por el art. 7 del mismo Tratado³⁵. En fin, según la lógica de los jueces «si la eficacia del derecho comunitario cambia de un estado a otro en función de las leyes internas ulteriores» se pone en riesgo la existencia de un ordenamiento comunitario³⁶. Además, las preocupaciones de no ampliar el grado de asimetría del sistema europeo, parecen reflejarse también, en la parte en la que la sentencia, a pesar de no reconocer la eficacia directa del art. 102 del Tratado, lleva a cabo una revalorización del procedimiento de previa consulta a la Comisión, estableciendo que dicha disposición tiene la finalidad de «evitar que aumenten las divergencias entre las varias legislaciones nacionales en función de los objetivos del Tratado³⁷».

Por otro lado, el nexo entre primacía y aplicación uniforme, viene en un primer momento aprobado y en un segundo momento confirmado. Como puede verse, con la sentencia *Walt Wilhelm*, se establece por parte de los jueces que, para evitar que «la fuerza vinculante del tratado y de los actos adoptados

la validez de las disposiciones que son la causa del debate, la cuestión debería ser considerada absolutamente inadmisibles. Resalta el desacuerdo del gobierno italiano STEIN, E., *op. cit.*, p. 496.

³⁴ Como se explicará mejor en el próximo capítulo la causa *Costa c. ENEL*, pocos meses antes de la sentencia por parte de la Corte europea, había sido ya objeto de un procedimiento decidido por la *Corte Costituzionale italiana* con sentencia 14/64, del 7 de marzo. En aquel caso los jueces nacionales, habiendo confirmado la constitucionalidad del derecho comunitario, habían excluido explícitamente la posibilidad de su primacía ante el derecho constitucional nacional.

³⁵ El Tribunal de Justicia corrobora el enlace entre la intervención estatal y el riesgo de la aplicación diferenciada del derecho comunitario con la sentencia, C-30/70, *Scheer*, del 17 de diciembre de 1970. Con esta decisión los jueces establecen, de acuerdo con un principio fundamental, que los reglamentos pueden definir los principios esenciales que regulan una materia, pidiéndole a los estados miembros, que ellos mismos establezcan, cómo deben ponerse en práctica e integrarse si es necesario, pero siempre teniendo en cuenta, que la intervención estatal, no debe comprometer bajo ningún aspecto la aplicación uniforme del derecho europeo. Tanto GORI, P., «La preminenza del diritto della Comunità europea sul diritto interno degli Stati membri», en *Giurisprudenza italiana*, 1964, 1, pp. 1073-1086 como BERRI, M., «Sulla priorità del diritto comunitario», en *Giustizia civile*, 1964, 1, pp. 1894-1898 destacan el rol jugado por el motivo de la relación entre la falta de reconocimiento de la primacía y la discriminación de los ciudadanos a nivel nacional.

³⁶ Sobre este tema ver ITZCOVICH, G., *op. cit.*, p. 132 donde se pone en evidencia que «Bajo el punto de vista del Tribunal, el predominio del derecho comunitario no se fundamenta en un principio de derecho constitucional estatal, ni mucho menos en un principio de derecho internacional: más bien en una característica específica del derecho comunitario –el hecho de ser, o de deber ser, según su propia “naturaleza”, derecho común, uniformemente eficaz en los estados miembros– la de imponer su predominio en caso de conflicto con el derecho estatal». También STEIN, E., *op. cit.*, p. 511 resalta el papel jugado por la voluntad de disciplinar de manera uniforme el ordenamiento europeo.

³⁷ Subraya este paso CATALANO, N., «Portata dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri», en *Foro italiano*, 1964, 4, pp. 152-160.

para su aplicación» pueda cambiar «dependiendo de los estados miembros, por efecto de las disposiciones internas», es necesario que «los conflictos entre normas comunitarias y normas nacionales en materia de acuerdos» vengan «resueltos aplicando el principio de la primacía del derecho comunitario³⁸».

Hay que añadir que, a partir de la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*³⁹, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, aun sin referirse directamente a la idea de uniformidad, establece el predominio del derecho comunitario sobre los principios fundamentales de los ordenamientos constitucionales nacionales, con un razonamiento que, sin lugar a dudas, parece estar inspirado en la voluntad de homogeneizar las modalidades de tutela de los derechos subjetivos. Por esto, frente a un delicado problema de relación entre libertades económicas y libertades fundamentales⁴⁰ los jueces excluyen la posibilidad de que al hacer referencia a disposiciones de rango constitucional pueda legitimarse la desaplicación del derecho europeo. Para evitar que la tutela de los derechos fundamentales permita «dañar la unidad y la eficacia del ordenamiento comunitario», resuelven la cuestión elevando las «tradiciones constitucionales comunes» a principios generales del sistema supranacional⁴¹.

1.4 La uniformidad y las consecuencias procedimentales en la aplicación de la primacía del derecho comunitario

Acorde con la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, también la sentencia *Commissione c. Italia* de 1972 dispone la primacía del derecho europeo sobre las normas constitucionales nacionales⁴². Pero en esta sentencia los jueces no sólo dictaminaron en base al principio según el cual el ámbito de eficacia de la primacía se extiende también a las normas constitucionales, sino que de igual forma sobrepasaron el límite anterior y, debido a la necesidad de

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-14/68, *Walt Wilhelm*, del 13 de febrero de 1969.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, del 17 de diciembre de 1970. Para un análisis reciente acerca de las diversas polémicas producidas por el dictamen ver ALTER, K., *op. cit.*, pp. 88-90.

⁴⁰ La orientación precedente del Tribunal de Justicia, expresado en el caso C-1/58, *Stork*, del 4 de febrero de 1959, preveía la irrelevancia de los principios fundamentales nacionales. La posibilidad de que en un juicio pudiese ser reconocida la protección de los derechos fundamentales, se propone accidentalmente en el caso C-29/69, *Stauder*, del 12 de noviembre de 1969.

⁴¹ Sobre el significado constitucional de las tradiciones constitucionales comunes ver HABERLE, P., «Derecho constitucional común europeo», en *Revista de estudios políticos*, 1993, 79, pp. 7-46.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, C-48/71, *Commissione c. Italia*, del 13 de julio de 1972. Para mayores detalles ver SCACCIA, G., *op. cit.*

una aplicación uniforme del derecho comunitario, dedujeron consecuencias procedimentales⁴³. Por ello, de acuerdo a la lógica por la cual es necesario garantizar la homogeneidad de las disposiciones europeas, el Tribunal de Justicia dispone que no es necesario una derogación parlamentaria⁴⁴ y en forma clara establece que «el cumplimiento de los objetivos de la Comunidad exige, que las normas del derecho comunitario contenidas en dicho tratado o adoptadas en razón de los mismos, se apliquen incondicionalmente, en el mismo momento y con igual eficacia, en todo el territorio de la Comunidad, sin que los estados miembros puedan oponer ninguna resistencia ya que las atribuciones de los derechos y poderes contempladas a favor de las Comunidades en las disposiciones del Tratado por los estados miembros, implican una limitación de sus poderes soberanos, sobre los cuales no puede predominar la referencia o invocación de disposiciones de derecho interno, sean del rango que sean».

El nexo entre el procedimiento de aplicación de la primacía y la uniformidad emerge con mayor claridad en la sentencia *Simmmenthal*⁴⁵ con la que el Tribunal de Justicia excluye a las jurisdicciones nacionales del control del derecho europeo y, junto a los jueces ordinarios, planifica un sistema difuso de control de la legitimidad comunitaria. Con esta histórica decisión, basándose una vez más en el tema de la uniformidad, los jueces dan un vuelco a la orientación precedente, según la cual se establecía que correspondía al sistema nacional determinar las modalidades concretas de garantías de la primacía⁴⁶ y sin tomar en consideración las opiniones de ilustres autores a favor del desarrollo y avance de la integración⁴⁷, se establece que el efecto directo del derecho

⁴³ Esta es la interpretación propuesta por BARILE, P., «Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1, pp. 641-653.

⁴⁴ Por este motivo ver la parte de la sentencia donde se declara que «la hipótesis según la cual se pudiera poner fin a la violación de una norma comunitaria sólo adoptando disposiciones idóneas desde un punto de vista constitucional, para derogar las disposiciones incompatibles con la misma, significaría confirmar que la eficacia de las normas comunitarias está subordinada al derecho de cada uno de los estados miembros y que su aplicación sería imposible cuando una ley nacional se oponga».

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-106/77, *Simmmenthal*, del 9 de marzo de 1978. Para mayor información sobre este caso y su compleja situación procesal ver la detallada reconstrucción efectuada por FRANCHINI, A., «Il diritto comunitario tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale», en *Giustizia civile*, 1978, 4, pp. 116-125, y ULSTER, J., «Legal order of the Communities», en *European law review*, 1978, 4, pp. 214-217.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-34/67, *Lüick*, del 4 de abril de 1968.

⁴⁷ También BERRI, M., «Brevi riflessioni sulla "lezione" della Corte comunitaria», en *Giurisprudenza italiana*, 1978, 1, pp. 1153-1156, y CATALANO, N., «Portata dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri», en *Foro italiano*, 1964, 4, pp. 152-160, tradicionalmente a favor de la aplicación de la primacía, se expresa en términos muy críticos acerca de la sentencia. Aunque con tonos menos rudos, MIGLIAZZA, A., «Il giudizio di legittimità costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità Europee», en *Rivista di diritto processuale*, 1978, 2, pp. 328-343, también MONACO, R., «Sulla recente giurisprudenza costituzionale e comunitaria in tema di rapporti fra diritto comu-

comunitario vincula también al juez interno e impone la inmediata desaplicación de las normas en conflicto⁴⁸. Para excluir los riesgos de una aplicación no homogénea y diferida, se tiene que impedir que la inmediata y plena puesta en marcha de la norma comunitaria esté subordinada a procedimientos confusos y discordantes, contemplados en los sistemas constitucionales nacionales. En fin, hay que reconocer que el derecho comunitario prevalece por sí mismo sobre el derecho interno, e impone también, desde un punto de vista procedimental, las propias reglas de conflicto⁴⁹. Inspirado en el deseo de garantizar una disciplina uniforme, además hay que notar el punto de la sentencia en la que el Tribunal de Justicia sostiene hasta, con un ambiguo *obiter dicta*, que las normas europeas «tienen el poder de impedir la creación de nuevos actos legislativos nacionales válidos, en la medida en que los mismos sean incompatibles con las normas comunitarias⁵⁰».

nitario e diritto interno», en *Rivista di diritto europeo* 1978, 1, pp. 287-298, expresan su perplejidad ante esta decisión. Crítico con la idea de la primacía por sí misma CONDORELLI, L., «Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1, pp. 669-676.

⁴⁸ Según el contenido de la sentencia «la directa aplicación debe entenderse en el sentido de que las normas de derecho comunitario tienen que ejercer la totalidad de sus efectos, de manera uniforme, en todos los estados miembros, a partir de su entrada en vigor y por todo el período de validez. Dichas normas son, por lo tanto, fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos que estas abarcan, sean estados miembros o particulares o sujetos de relaciones jurídicas disciplinadas por el derecho comunitario. Este efecto, tiene que ver también con los jueces, que de acuerdo con sus competencias, tienen la función, como organismo de un estado miembro, de tutelar los derechos que se le han atribuido a los particulares a través del derecho comunitario [...]. De todo el análisis hecho hasta ahora, se deduce que cualquier juez nacional, cumpliendo su deber, tiene que aplicar el derecho comunitario íntegramente y tutelar los derechos que se le atribuyen a los particulares, desaplicando las disposiciones que podrían contrastar con la ley interna, sean estas anteriores o sucesivas a la norma comunitaria».

⁴⁹ Esta es la interpretación propuesta por GORI, P., «Preminenza ed immediata applicazione del diritto comunitario per forza propria», en *Rivista di diritto civile*, 1978, 2, pp. 681-696. Sobre este punto, ver también el análisis crítico desarrollado por CARBONE, S.-SORRENTINO, F., «Corte di Giustizia o corte federale delle Comunità europee?», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1, pp. 654-668, cuando con relación a la decisión examinada habla del sistema que tiene la función de tutelar «aparentes exigencias de uniformidad procesal».

⁵⁰ A tal propósito en la versión italiana de la sentencia se lee que: «las disposiciones del tratado y las normas de las instituciones, cuando estas sean aplicables de una manera directa, tienen el efecto, conforme a su relación con el derecho interno de los estados miembros, no sólo de rendir, *ipso jure* inaplicable, por el mismo hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contrastante de la legislación nacional preexistente, sino también —en cuanto dichas disposiciones y dichas normas son parte integrante, con rango superior respecto a las normas internas, del ordenamiento jurídico vigente en el territorio de cada uno de los países miembros— de impedir la formación válida de nuevas normas legislativas nacionales, en la medida en que éstas fuesen incompatibles con normas comunitarias [...]. Es por esto incompatible, de acuerdo con el origen mismo del derecho comunitario, cualquier disposición que forme parte del ordenamiento jurídico de un estado miembro o cualquier maniobra, legislativa, administrativa o judicial, que lleve a una reducción de la eficacia concreta del derecho comunitario por el hecho de que se le niegue al juez competente para aplicar este derecho, el poder llevar a cabo en el mismo instante de tal aplicación, todo lo que sea necesario para desaplicar las disposiciones legislativas nacionales que podrían obstaculizar la plena eficacia de las normas comunitarias». En relación a la parte referida al «rango superior», interpre-

1.5 El paradigma monista del Tribunal Europeo de Justicia: la primacía incondicionada como instrumento de garantía para la aplicación uniforme del derecho comunitario

Esta breve investigación debería ser suficiente para evidenciar el papel activo jugado por el Tribunal de Justicia desde el inicio del proceso de integración. Al prescindir de lo establecido en un análisis literal y utilizando ampliamente la técnica de la interpretación sistemática y teleológica⁵¹ de las normas, los jueces de Luxemburgo retoman las indicaciones (*rectius*: los auspicios) de una doctrina de orientación federalista que, al aprovechar la colaboración de las jurisdicciones ordinarias y la complicidad de los gobiernos europeos⁵², reconstruyen el modelo normativo supranacional en términos de ordenamiento autónomo del derecho internacional y del derecho de los estados miembros.

De igual forma, basándonos en el análisis planteado (que bajo este perfil, debería haber sido integrado por otras sentencias del Tribunal⁵³) se hace evidente el valor constitucional adquirido por la idea de uniformidad para la consolidación de la línea de acción del Tribunal de Justicia. En ausencia de normas de referencia válidas, la interpretación teleológica del art. 177 del Tratado de Roma (según la cual la disposición expresa la voluntad de regular homogé-

tada junto a la idea según la cual el derecho comunitario obstaculiza la creación de actos internos válidos y contrastantes entre ellos, nos pudiera llevar a la idea de pensar en una reconstrucción de tipo jerárquico. Una tal interpretación, esta destinada a ser desmentida si tomamos en consideración que la versión inglesa del texto habla de *precedence of community law* y la misma sentencia, en otros puntos, se preocupa de establecer lo irrelevante del destino de la norma interna.

⁵¹ Con relación al significado de la interpretación teleológica y de la interpretación sistemática ver KUTSCHER, H., «Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario da parte di un giudice», en *Rivista di diritto europeo*, 1977, 1, pp. 3-19, y LECOURT, R., *L'Europe des juges*, Bruselas, 1976, p. 237.

⁵² Sobre este punto ver el análisis desarrollado por WEILER, J. H. H., «La trasformazione dell'Europa», en WEILER, J. H. H., *op. cit.*, pp. 33-173, y ALTER, K., *op. cit.*, pp. 33-62, y pp. 182-208, donde se pone en evidencia que los jueces ordinarios han sabido aprovechar la posibilidad prevista por el reenvío prejudicial para desvincularse de la jerarquía de los sistemas judiciales estatales y que para los gobiernos es cómodo el mecanismo de la primacía para tomar las decisiones, en sede comunitaria, que por razones políticas o constitucionales no hubiesen podido tomar en sede nacional.

⁵³ Por ejemplo con las decisiones C-19/67, *Sociale Verzekeringsbank*, del 5 de diciembre de 1967 y C-29/69, *Stauder*, del 12 de noviembre de 1969, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que la obligación de interpretar uniformemente el derecho comunitario le impone al juez nacional tener en cuenta las eventuales discordancias lingüísticas presentes en las varias versiones oficiales. Además, en las sentencias C-9/56, *Meroni*, del 13 de junio de 1958; C-6/60, *Humblet*, del 16 de diciembre de 1960; C-101/63, *Wagner*, del 12 de mayo de 1964 y C-108/63, *Officine elettromeccaniche*, del 21 de enero de 1965, el Tribunal afirma que el principio de la uniformidad del derecho comunitario exige la ausencia de contradicciones en el ámbito comunitario e impone una interpretación armonizada de los tres Tratados institutivos. El principio de la uniformidad está ratificado también en la sentencia C-49/71, *Ha-gen*, del 1 de febrero de 1972.

neamente el sistema jurídico europeo⁵⁴) lleva a los jueces a imaginar un sistema en el cual las normas de los tratados, las normas del derecho comunitario derivado y hasta las sentencias del Tribunal de Justicia tutelan posiciones jurídicas subjetivas y por lo tanto tienen aplicabilidad inmediata dentro de los ordenamientos nacionales.

El rol constitucional representado por la aspiración de aplicar uniformemente el derecho comunitario parece aun más evidente al referirnos a la doctrina de la *primauté*⁵⁵. Para garantizar la uniformidad del sistema institucional supranacional, los jueces europeos intentan establecer el principio de primacía, según el cual las normas de directa aplicación se imponen al derecho interno sin ningún tipo de límites. Desde este punto de vista, nos basta observar que directa o indirectamente el Tribunal de Justicia se asigna la tarea de aplicar homogéneamente el derecho europeo, sea en el momento en el que establece y extiende sucesivamente el principio de la prevalencia de la disciplina comunitaria sea cuando sostiene la irrelevancia de los principios fundamentales de los ordenamientos nacionales y asume la competencia exclusiva de decidir sobre las disposiciones de los ordenamientos que están en contraste, imponiéndole al juez la inmediata desaplicación de las disposiciones en conflicto⁵⁶.

⁵⁴ Sobre la relación entre el art. 177 y la uniformidad ver MERTENS DE WILMARS, J., «Il potere giudiziario nella Comunità europea», en *Foro padano*, 1976, 4, pp. 27-40 que en las pp. 33-34, para justificar la eficacia directa de las previsiones comunitarias afirma que «aun siendo derecho interno, solicitado por cualquiera que tenga interés en hacerlo respetar, el derecho comunitario tiene que ser aplicado en el mismo modo por todas las administraciones y por todas las magistraturas. Una aplicación diferenciada significaría la muerte del derecho comunitario, ahogado por la falta de dos elementos esenciales: no se cumpliría el principio de la igualdad, fundamental en un sistema democrático, ante la ley, que en el Tratado está definido con el término económico-técnico de no discriminación y además se fraccionaría en tantos derechos conforme a la cantidad de estados en los que se aplique. En un cierto sentido, éste vendría absorbido por los ordenamientos internos, pero este fenómeno aniquilaría el derecho comunitario. Esto ayuda a entender la función que el art. 177 le otorga al Tribunal». Una referencia similar también la tenemos en KUTSCHER, H., «Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario da parte di un giudice», en *Rivista di diritto europeo*, 1976, pp. 292-294.

⁵⁵ Resaltando el importante papel que juega el principio en el sistema europeo NETTESHEIM, M., «El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario de la Unión», en *Revista española de derecho europeo*, 2003, 6, pp. 279-289, vuelve a construir el predominio del derecho comunitario en términos de una verdadera supremacía. En cuanto a la relación que enlaza la uniformidad y la primacía véase también el análisis desarrollado en MANGIAMELI, S., «La clausola di omogeneità nel Trattato dell'Unione europea e nella Costituzione europea», en MANGIAMELI, S., *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milán, 2006, pp. 1-41.

⁵⁶ Comentando la sentencia *Van Gend en Loos*, DE WITTE, B., «Direct Effect, supremacy, and the nature of the legal order», en CRAIG P.-DE BURCA, G., *The evolution of EU law*, Oxford, OUP, 1999, pp. 177-213, afirma que «the crucial contribution of the judgment was rather that the question of direct effect was to be decided centrally by the Court of Justice, rather than by various national courts according to their own views on the matter». Según KOWALIK BAŃCZYK, K., «Should we polish it up? The polish constitutional tribunal and the idea of supremacy of EU law», en www.germanlawjournal.com la misma aserción pudiera referirse también a la primacía.

Al final de este *excursus* es lógico concluir que, el Tribunal, preocupado por garantizar la supervivencia del derecho comunitario⁵⁷, trata de construir un sistema monista⁵⁸ que con sus disposiciones y sobre todo con sus instituciones (el mismo Tribunal *in primis*) pretende predominar de una forma arbitral sobre los ordenamientos constitucionales y a su vez, no teniendo en cuenta, ningún límite externo. Como veremos más adelante, «la revolución» llevada a cabo por los jueces europeos, aun no siendo aceptada ni por sus consecuencias finales ni por no llegar a consolidar la norma europea, como condición de validez del derecho nacional, llegará a establecer una primacía aplicativa incondicional del derecho europeo y producirá transformaciones importantes en los procedimientos jurídicos de cada uno de los sistemas nacionales.

2. EL PARADIGMA DUALISTA DE LA *CORTE COSTITUZIONALE*: LA TEORÍA DE LOS CONTRALÍMITES COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL ITALIANA

2.1 La inexistencia de una cláusula europea y el rol del art. 11 de la Constitución

En el momento de la ratificación de los tratados institutivos de las tres Comunidades europeas⁵⁹, el fragmentado cuadro político italiano no ofrece las condiciones para un cambio en la Constitución que tome en consideración el proceso de integración europea: en primer lugar a la oposición del PCI y del PSI (que se transforma en abstención en el momento de la ratificación del Tratado CEE y del Tratado Euratom) se añade la hostilidad de una parte conservadora de la cultura italiana decididamente contraria a redimensionar la sobera-

⁵⁷ KUTSCHER, H., «Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario da parte di un giudice», en *Rivista di diritto europeo*, 1977, 1, p. 8, establece que «el derecho comunitario no podría sobrevivir sin una interpretación y una aplicación uniforme en todos los estados miembros».

⁵⁸ Aún de manera muy crítica, SPERDUTI, G., «Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana e della Corte di Giustizia delle comunità europee», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1, pp. 791-819, interpreta la jurisprudencia europea como un sistema monista. Contra MONACO, R., *op. cit.*, pp. 291-292.

⁵⁹ Por un largo tiempo el sistema político italiano mantuvo la posición de no introducir ninguna cláusula europea que tomase en consideración específicamente el proceso de integración europea: sólo después de la reforma del título quinto del 2001 se insertó en el art. 117 una mención especial de significado muy dudoso. Bajo este único perfil y sobre los intentos de reforma del art. 11 ver las consideraciones de PALERMO, F., «Nuove occasioni (mancate) per una clausola europea nella Costituzione italiana. Alcune osservazioni critiche», en *Diritto pubblico comparato europeo*, 2003, 3, pp. 1539-1550.

nía nacional⁶⁰. No sorprende, por lo tanto, que si bien la solución no fue nada pacífica, la mayoría parlamentaria optase por las modificaciones de la ratificación con una ley ordinaria.

Pero, aunque el mecanismo establecido por el sistema político italiano para la adhesión a las Comunidades llegó a capear los obstáculos políticos de la integración europea, fue claro desde el primer momento que el escoger la ratificación con ley ordinaria habría supuesto el problema de buscar una cobertura constitucional para un sistema institucional que, en un futuro inmediato, daría problemas significativos de constitucionalidad. Ya, en el momento del debate parlamentario sobre la ratificación del Tratado CECA, el relator de la ley de adhesión (que, al mismo tiempo, era el Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados) retoma algunas indicaciones propuestas por una parte de las ciencias jurídicas⁶¹ y en el art. 11 de la Constitución encuentra la base para la legitimidad constitucional del procedimiento de ratificación, y como consecuencia el fundamento para la participación de Italia en la integración europea⁶².

Según esta interpretación, el art. 11, disponiendo que «Italia [...] permite en condiciones de paridad con los otros estados, las necesarias limitaciones de soberanía para participar en un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones» es una disposición que, además de expresar los ideales pacifistas y de internacionalización del constituyente italiano, condiciona el sistema de fuentes. A su vez, al detectar un específico (y alternativo) procedimiento de producción jurídica, autoriza la ejecución de los tratados que limitan la soberanía nacional a través de una simple ley ordinaria⁶³. Sin embargo, nada

⁶⁰ Para una reconstrucción más detallada del sistema de los partidos italianos y sobre todo para una reconstrucción de la influencia del factor político en la elección de no ratificar los tratados con ley constitucional, se reenvía a ITZCOVICH, G., *op. cit.*, pp. 192-202.

⁶¹ Esta solución fue propuesta al inicio por PERASSI, T., *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Milán, 1952, p. 10, y por MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, 1952, p. 684, y criticada por CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padua, 1971, p. 128, basado en la tesis que si bien el art. 11 representa la única base de legitimidad para las leyes de ejecución, este parece referirse más a un ordenamiento tendencialmente universal que no al ordenamiento parcial representado por la Comunidad europea. Para una reconstrucción de las varias posiciones ver MONACO, R., «Diritto comunitario e diritto interno avanti la Corte Costituzionale», en *Giurisprudenza italiana*, 1964, 1, pp. 1312-1318.

⁶² Sobre este aspecto ver lo que argumenta MIGLIAZZA, A., *Ordinamento comunitario*, *cit.* En contra MAZZIOTTI DI CELSO, M., «Appunti sulla sentenza della Corte Costituzionale riguardante la legge istitutiva dell'ENEL», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 444-465, trata el aspecto político y los problemas relacionados con la cuestión prejudicial de constitucionalidad reclamada por la minoría, en sede de ratificación del Tratado CEE y del Tratado Euratom.

⁶³ LA PERGOLA, A., *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milán, 1961, p. 164, n. 28 resalta los múltiples significados de la norma. Aun si considera que el art. 11 consiente que disposiciones de Tratados internacionales impongan limitaciones a la soberanía nacional, que de otra forma serían imposibles, ESPOSITO, C., «Costituzione, leggi di revisione della Costituzione e "altre"»

viene dispuesto en relación a los diferentes problemas relacionados con la naturaleza ordinamental del sistema jurídico comunitario, sobre el rango y la eficacia de las normas europeas.

En el período de la ratificación, en Italia la opinión dominante interpreta el art. 11 de manera análoga al art. 24 del *Grundgesetz* alemán y, al no prevenirse los enormes problemas de constitucionalidad que se crearían, en breve tiempo, debido a las interpretaciones teleológicas del derecho comunitario, no toma ninguna posición en la espinosa cuestión de las relaciones entre los ordenamientos⁶⁴.

2.2 El carácter «permisivo» del art. 11 de la Constitución y el monismo estatalista de la *Corte Costituzionale*

En un primer momento, la interpretación dada por el Parlamento italiano, en sede de ratificación de los tratados, cuenta con el apoyo de la *Corte Costituzionale* italiana⁶⁵. De hecho, en la decisión en la que inauguran su «constitucionalismo autárquico⁶⁶» los jueces italianos intervienen en el mismo caso *Costa*, que sólo después de pocos meses llevará al Tribunal de Justicia al establecimiento de la primacía del derecho comunitario. A su vez, la *Corte*, confirmando la interpretación permisiva aflorada en sede parlamentaria⁶⁷, reconoce en el art. 11 de la Constitución italiana la base de legitimidad de la ley de ratificación⁶⁸.

leggi costituzionali», en ESPOSITO, C., *Diritto costituzionale vivente*, Milán, 1992, pp. 355-392, opuesto a lo dicho anteriormente, considera que esta disposición no permite tales limitaciones por vía ordinaria.

⁶⁴ Por lo que se refiere al significado del art. 24 del *Grundgesetz* se reenvía al análisis desarrollado en las páginas sucesivas.

⁶⁵ Es importante señalar que el Presidente de la Comisión de Asuntos Exteriores de la Cámara de diputados de aquella época, defensor de la teoría según la cual el art. 11 de la Constitución legitima la ratificación con ley ordinaria, había sido nombrado más tarde Presidente de la *Corte Costituzionale*.

⁶⁶ De constitucionalismo autárquico habla CANTARO, A., *Europa sovrana: la Costituzione dell'Europa tra guerra e diritti*, Bari, 2003, pp. 19 y 66.

⁶⁷ ITZCOVICH, G., *op. cit.*, pp. 210-214, evidencia, como todas las críticas de la época resaltaban, la función permisiva que la jurisprudencia constitucional le atribuía al art. 11. Cfr. MIGLIAZZA, A., «La nazionalizzazione dell'energia elettrica e il diritto delle Comunità europee», en *Foro padano*, 4, pp. 17-22, que, aunque de una manera no muy diferente, prefiere hablar de un principio instrumentalizado.

⁶⁸ Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana, 14/64, del 7 marzo de 1964. Para otro punto de vista ver la nota del abogado defensor del Señor Costa, STENDARDI, G. G., «La declaratoria di illegittimità di una legge nazionale ordinaria contraria alle norme del trattato istitutivo della CEE», en *Foro padano*, 5, pp. 18-22, y la nota de BON VALSASSINA, M., «Considerazioni sulla sentenza n. 14 della Corte Costituzionale», en *Giur. cost.*, 1964, pp. 133-144. Sobre posiciones diferentes de la interpretación del art. 11 ver PALADIN, L., «Il sindacato della Corte Costituzionale sull'utilità delle leggi», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 144-158, que resalta la importancia de la parte del dictamen relativa al art. 43.

De manera más detallada, y de acuerdo con el razonamiento llevado a cabo por la *Corte Costituzionale*, la norma en cuestión consentiría que, en presencia de ciertas condiciones, con una simple ley ordinaria se permita también la ejecución de tratados internacionales con los que se limita la soberanía nacional. Por su capacidad de salvar la validez formal de la ley de ejecución del Tratado instituyente de la CEE, el dictamen no puede ser considerado el reflejo de una orientación judicial en contra de la integración: consciente de las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad, la Corte declaró expresamente la constitucionalidad del procedimiento con el que fueron acogidos los acuerdos comunitarios dentro del ordenamiento interno⁶⁹.

A pesar de estas señales, desde el punto de vista de las relaciones sustanciales entre el sistema supranacional y el ordenamiento interno, la sentencia se caracteriza por un cierre total del derecho europeo y de las razones dadas por el Tribunal de Justicia. En primer lugar, la Corte constitucional, preocupada por defender sus propias posiciones, especifica lo irrelevante de una reconstrucción del origen del sistema jurídico comunitario y se niega a la posibilidad de recurrir al mecanismo del reenvío prejudicial previsto por el art. 177 del Tratado CEE⁷⁰. Se puede añadir también que, alarmada por las implicaciones «subversivas», que una parte del mundo de las ciencias jurídicas empieza a deducir de la doctrina del efecto directo, el Tribunal precisa que, si bien el Estado italiano está sujeto al cumplimiento de sus propias obligaciones internacionales, la relación entre ley de ejecución y leyes internas está íntimamente vinculada al «imperio de las leyes posteriores» porque, el art. 11, no llega hasta el punto de permitir que se altere el orden jerárquico establecido por el sistema de las fuentes⁷¹. En fin, a pesar del significado que se atribuya a las disposiciones supranacionales, la institución del ENEL, formalizada después de la ratificación del Tratado, es perfectamente válida, ya que el art. 11 no le

⁶⁹ Subraya este punto MAZZIOTTI DI CELSO, M., *op. cit.*, pp. 446-448.

⁷⁰ La solución del reenvío prejudicial viene propuesta tanto por MONACO, R., *Diritto comunitario*, *cit.*, p. 1318, como por MAZZIOTTI DI CELSO, M., «Postilla», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 465-468. Por otro lado, a raíz de las insistentes presiones de la doctrina constitucionalista más acreditada (en este sentido ver los aportes de AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Milán, 2008), la *Corte Costituzionale*, después de vislumbrar, en forma accidental, con la sentencia 168/91, del 8 de abril de 1991, la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial, con la ordenanza 103, del 13 de febrero de 2008, se decidió a ejercer concretamente el reenvío. Para un análisis sobre esta importantísima decisión ver BARTOLE, S., «Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” tra ordinamenti», en *Le regioni*, 2008, 4-5, pp. 897-904, y CANNIZZARO, E., «La Corte Costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE: l’ordinanza n. 103 del 2008», en *Rivista di diritto internazionale*, 2008, 3, pp. 789-793. CHITI, M., «La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo», en *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 9, pp. 961-967.

⁷¹ Para mayor información sobre la posibilidad de interpretar el art. 11 de una manera diferente respecto a la interpretación ofrecida por la Corte, ver MONACO, R., *Diritto comunitario*, *cit.*, pp. 1312-1313.

da un valor especial a la ley de ratificación y no autoriza ninguna derogación al criterio de la sucesión de las leyes.

En el caso *Costa*, por lo tanto, los jueces constitucionales retoman y convalidan la orientación de una interpretación «permisiva» a la luz de la ratificación de los tratados. Sin embargo, de acuerdo con una interpretación dogmática, que no le prohíbe al Estado italiano la posibilidad de cambiar su actitud con relación al proceso de integración, excluyen cualquier tipo de primacía del derecho comunitario y reconstruyen las relaciones entre sistema comunitario y sistema nacional según los esquemas del «monismo estatalista⁷²».

2.3 La teoría dualista de los contralímites y el origen de la identidad constitucional italiana

La respuesta inmediata del Tribunal de Justicia y la vibrante reacción del mundo de las ciencias jurídicas y de la jurisprudencia ordinaria sobre el caso *Costa* llevan a los jueces constitucionales italianos a un inmediato cambio de ruta⁷³.

Ya, después de un año de la tan discutida sentencia, la *Corte Costituzionale*, llamada a pronunciarse sobre una cuestión de constitucionalidad planteada por el Tribunal de Turín⁷⁴, interviene en una controversia, sobre la cual, el Tribunal de Justicia⁷⁵ había dado su parecer en más de una ocasión. Con el caso *Acciaierie San Michele* la Corte de Justicia expresa una posición decidi-

⁷² Para una reconstrucción de las diferencias entre monismo estatalista, monismo internacionalista, dualismo y pluralismo se reenvía una vez más al análisis de ITZCOVICH, G., *op. cit.*, pp. 42-49.

⁷³ Es interesante observar que la sentencia de la *Corte Costituzionale* con la que fue inaugurada la nueva orientación, fue adoptada después de que el Juez de Primera instancia de Roma con ordenanza del 11 de marzo de 1964, el Tribunal de Nápoles con sentencia del 22 de abril de 1964, el Tribunal de Roma con sentencia del 22 de septiembre de 1964, el Tribunal de Milán con sentencia del 28 de septiembre de 1964 y el Tribunal de Mondovì con sentencia del 24 de julio de 1964, consideraron la cuestión infundada rechazaron plantear una cuestión prejudicial, obteniendo el apoyo de las ciencias jurídicas. Ver con respecto a este punto los comentarios de BERRI, M., «Esecutività delle decisioni dell'Alta Autorità della CECA e problemi sull'inserimento del diritto comunitario nell'ordinamento italiano», en *Giustizia civile*, 1964, 3, pp. 131-135, y BILE, F., «Questioni di legittimità costituzionale e diritto comunitario», en *Giustizia civile*, 1965, 1, pp. 1249-1252. Entre los críticos de la orientación adoptada por la *Corte Costituzionale* en la decisión *Costa* ver también CATALANO, N., «Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee», en *Foro italiano*, 1964, 1, pp. 465-475.

⁷⁴ Ver la ordenanza del Tribunal de Turín del 11 de noviembre de 1964 y las notas del análisis hecho por BILE, F., «Orientamenti sulla legittimità costituzionale delle leggi di ratifica dei Trattati istitutivi delle Comunità europee», en *Giustizia civile*, 1965, 3, pp. 38-45, y de RIBOLZI, C., «Problemi costituzionali concernenti i Trattati delle Comunità europee», en *Foro padano*, 1965, 4, pp. 41-54.

⁷⁵ Ver las sentencias C-5-11 e 13-15/62, *Acciaierie San Michele*, del 14 de noviembre de 1962, y C-2-10/63, *Acciaierie San Michele*, del 16 de diciembre de 1963, con la que el Tribunal de Justicia rechaza los recursos de anulación de algunas medidas de la *Alta Autorità* CECA.

damente, más abierta y conforme con las razones de la integración⁷⁶. En primer lugar, los jueces constitucionales tratan de reconstruir en términos generales las relaciones entre derecho interno y derecho europeo, e inaugurando una conceptualización dualista, reconocen la naturaleza ordinamental del sistema jurídico comunitario⁷⁷. Incluso la Corte constitucional, aun especificando, que es la necesidad de proteger los derechos fundamentales la que impone la necesidad de un control constitucional que impida decisiones comunitarias «perjudiciales para el derecho individual a tutela jurisdiccional» y a la supervisión del funcionamiento del sistema institucional europeo «según la reglamentación del ordenamiento jurisdiccional» italiano, establece que el Tratado de París expone «un ordenamiento muy diferente del ordenamiento interno» y, basándose en la consideración de que «los organismos de la jurisdicción italiana y los de la jurisdicción comunitaria están situados [...] en órbitas jurídicas separadas», excluye la posibilidad de determinar el contraste entre los arts. 102, 113 y VI de la Constitución y los art. 33, 41 y 92 del Tratado CECA⁷⁸.

Esta nueva orientación dualista, sin perder de vista la tutela de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional reconoce el carácter ordinamental del sistema jurídico europeo lo cual viene confirmado y actuado en la decisión *Frontini* de 1973⁷⁹. Con esta medida, la Consulta responde a cuatro cuestiones prejudiciales puestas por los Tribunales de Turín y de Génova⁸⁰ tomando como modelo un planteamiento propio del derecho⁸¹ que exclu-

⁷⁶ Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana, 98/1965, del 16 de diciembre de 1965. Para una opinión reciente sobre la decisión ver ITZCOVICH, G., *op. cit.*, pp. 214-220. Para una opinión en el período en que fue tomada la decisión ver BERRI, M., «Ordinamento comunitario e ordinamento interno», en *Giustizia civile*, 1966, 3, pp. 3-7, y DURANTE, F., «Diritto interno e diritto comunitario», en *Rivista di diritto internazionale*, 1966, pp. 53-57.

⁷⁷ CATALANO, N., «Compatibilità con la Costituzione italiana della legge di ratifica del Trattato Ceca», en *Foro italiano*, 1966, 1, pp. 9-12 resalta el hecho de que, aun apoyando la interpretación permisiva, la Corte no se limitó sólo a un análisis del art. 11 de la Constitución, sino que trabajó para reconstruir el sistema general de las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional.

⁷⁸ MAZZIOTTI DI CELSO, M., «Osservazioni alla sentenza del 27 dicembre 1965», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, pp. 1329-1342, en la página 1332 con una acertada metáfora que expone la imagen ofrecida por los jueces, describe el sistema de relaciones establecido por la Corte, afirmando que el ordenamiento europeo y el ordenamiento italiano representan «cuerpos que pertenecen a diferentes sistemas planetarios».

⁷⁹ Conforme a lo que se sostiene en tal sentido cfr. SORRENTINO, F., «Regolamenti comunitari e riserva di legge», en *Diritto e pratica tributaria*, 1974, 2, pp. 245-263 que, además de hacernos ver una elegante reconstrucción de las relaciones entre los ordenamientos (basada en una interpretación de la reserva de ley), parece referirse, aunque de manera accidental, a una reconstrucción pluralista.

⁸⁰ Ver la ordenanza del Tribunal de Turín del 25 de mayo de 1972 y las tres ordenanzas del Tribunal de Génova del 15 de mayo de 1973. Para una opinión sobre estas disposiciones se reenvía a CAPELLI, F., «Il diritto della CEE e l'unità politica dell'Europa», en *Diritto degli scambi internazionali*, 1973, pp. 315-318, y GRANELLI, A., «Ancora sulla costituzionalità dei regolamenti comunitari», en *Diritto e pratica tributaria*, 1974, pp. 3-8.

⁸¹ Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana, 30/71, del 24 de febrero de 1971.

ye cualquier forma de contraste entre el art. 2 de la Ley n. 1203, del 14 octubre 1957 (en el sentido en que da ejecución al art. 189 del Tratado CEE) y los arts. 23, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77 de la Constitución. La idea de base es que «las disposiciones constitucionales disciplinan únicamente la actividad normativa de los organismos del Estado italiano»⁸². Por ello, tomando en consideración el cambio del contexto político interno y sobre todo las nuevas líneas argumentales iluminadas desde las más importantes autoridades judiciales de otros estados miembros⁸³, los jueces italianos, además de consolidar el origen autónomo del ordenamiento europeo, le confían al art. 11 de la Constitución, la función de ajuste de las relaciones entre los dos distintos sistemas jurídicos⁸⁴, y declarando que en las materias atribuidas a la organización comunitaria las instituciones supranacionales tienen una competencia normativa exclusiva que limita la potestad de «la Consulta» y de los otros organismos constitucionales nacionales, realizan un primer estudio fundamental para reconocer las pautas básicas de la *primauté*⁸⁵. Por otra parte, exactamente como en el caso de *Acciaierie San Michele*, la *Corte Costituzionale* declara el principio, según el cual, el ordenamiento europeo y su establecimiento no se encuentra incondicionado, sino más bien subordinado a específicas «contra-limitaciones»⁸⁶: los principios fundamentales del ordenamiento y los derechos inalienables del ser humano, representan obstáculos insuperables, que nuestro sistema constitucional se reserva, para oponerse a las limitaciones de soberanía consentidas por el art. 11.

⁸² Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana, 183/73, del 27 de diciembre de 1973. Para un comentario de la decisión ver ITZCOVICH, G., *op. cit.*, pp. 220-230. Ver también el análisis de MONACO, R. «La costituzionalità dei regolamenti comunitari», en *Foro italiano*, 1974, 1, pp. 314-324, y TOMMASI DI VIGNANO, A., «In margine alla sentenza della Corte Costituzionale del 27 dicembre 1973, n. 183», en *Rivista di diritto europeo*, 1974, pp. 18-30.

⁸³ MENGOZZI, P., «Un orientamento radicalmente nuovo in tema di rapporti tra diritto italiano e diritto comunitario», en *Rivista di diritto internazionale*, 1974, pp. 708-729, evidencia la influencia de la nueva actitud europeísta asumida por el PCI y la influencia de las estrategias utilizadas por el Procurador General del Tribunal de Casación belga.

⁸⁴ La afirmación según la cual el art. 11 aunque se refiera a la adhesión de Italia a las Naciones Unidas «se inspiraba en principios programáticos de valor general, de los que la Comunidad económica y los otros Organismos regionales europeos constituyen concreta actuación», era válida para despejar las dudas sobre la doctrina referida a la utilización de medidas para legitimar las limitaciones de soberanía impuestas por la participación italiana a la integración comunitaria.

⁸⁵ BERRI, M., «Legittimità della normativa comunitaria», en *Giurisprudenza italiana*, 1974, 1, pp. 513-518, sostiene que la normativa interna adoptada, violando esta distinción *ratione materiae*, tiene que ser declarada inconstitucional por la *Consulta*. Esta interpretación parece apoyarse también en lo establecido en la sentencia, en relación «a la interpretación dada al art. 189 de la jurisprudencia comunitaria».

⁸⁶ La expresión (que pasará a la historia de la integración europea como «contralímites») es de BARRILE, P., «Il cammino comunitario della Corte Costituzionale», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1, pp. 2406-2419.

Se observan entonces las modificaciones introducidas por la teoría de los contralímites: si en el caso *Costa* la Corte italiana había sostenido la indelegabilidad de las disposiciones (incluso las ordinarias) internas, a través del nuevo planteamiento dualista, esta empieza a considerar la integración supranacional *ex art. 11*, como un valor y según una lógica que tiende a calibrar los principios, introduce una distinción fundamental entre las normas constitucionales «ordinarias» (que están sometidas a una primacía «de hecho» de la norma comunitaria) y las normas constitucionales en las que está encerrado el núcleo identitario de nuestro ordenamiento (que por su función metaconstitucional no son susceptibles de ser limitadas por el ordenamiento supranacional en ningún caso, por lo que mantienen su función de parámetro de las normas internas que acogen el derecho europeo primario y derivado⁸⁷).

2.4 **Las consecuencias procedimentales de la teoría de los contralímites y las repercusiones identitarias implícitas en el dualismo de la *Corte Costituzionale***

Distinguir una cantidad de principios «ultra primarios» que no están condicionados por el ordenamiento comunitario, mientras se sostiene la primacía del derecho comunitario, provoca determinados efectos procedimentales.

En el caso *Frontini* la *Corte Costituzionale*, aunque salvó la norma comunitaria basándose en la aprobación del efecto directo y de la primacía, no sintió la necesidad de dar indicaciones útiles sobre los procedimientos que los jueces comunes habrían tenido que seguir en el caso de detectar un contraste entre la normativa europea y la normativa nacional. Probablemente ello se debió a que la Corte daba por descontado que la determinación del equilibrio entre los valores constitucionales y la interpretación del art. 11 imponían su intervención: según el modelo dualista y de acuerdo a la sentencia *Frontini*, en caso de contraste entre ordenamiento europeo y ordenamiento nacional, en tanto que conflicto entre diferentes normas constitucionales, el único órgano legitimado para determinar eventuales conflictos es (sólo después de haber impuesto que el juez común solicite un veredicto por parte del Tribunal de Justicia) sólo la Corte constitucional⁸⁸.

⁸⁷ Resalta esta distinción BERRI, M., *Legittimità, cit.*, p. 513.

⁸⁸ En contra CAPELLI, F., «Norme nazionali posteriori confliggenti con quelle comunitarie», en *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1975, pp. 640-653, según el cual la sentencia *Frontini*, autorizando al juez común a desaplicar el derecho interno secundario, en contraste con el derecho comunitario, habría producido una revolución en la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*.

A pesar de que este razonamiento tiene una coherencia intrínseca y ha sido compartido por la cultura jurídica dominante⁸⁹, la jurisprudencia ordinaria se ha sumado a los planteamientos de una aguerrida doctrina minoritaria⁹⁰ que, dejando aparte a la *Corte Costituzionale*, comenzará a confirmar por su cuenta la prevalencia del derecho comunitario⁹¹. Motivados por el deseo de afirmar su rol, los jueces constitucionales aprovechan las cuestiones prejudiciales planteadas por la corte de Apelación de Roma y las Secciones Unidas de la Corte de Casación⁹² y basándose en la sentencia *Frontini*, declaran que las disposiciones legislativas internas que reproducen, al pie de la letra, los reglamentos 120/67 y 473/67 CEE (en este caso la Ley n. 224, del 18 marzo de 1964, y la Ley n. 23, del 11 de febrero de 1970) son contrarias al derecho comunitario⁹³, y por lo tanto violan el art. 11 de la Constitución⁹⁴. Con el caso *ICIC* los jueces constitucionales, por una parte, reconocen las razones del ordenamiento comunitario y censuran un procedimiento legislativo que de manera inadvertida producía distorsiones en las normas europeas⁹⁵. Por la

⁸⁹ Entre los juristas que se expresaron a favor de la prevalencia del derecho comunitario, pero contrarios a la desaplicación ver BERRI, M., «Illegittimità costituzionale di norme legislative italiane che trasformano in legge interna regolamenti comunitari direttamente applicabili», en *Giurisprudenza italiana*, 1975, 1, pp. 425-430, y SORRENTINO, F., «Brevi osservazioni sulle leggi contrastanti con norme comunitarie: incostituzionalità e/o disapplicazione?», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, pp. 3239-3247.

⁹⁰ A favor de la inmediata desaplicación (que se considera un camino más rápido y eficaz para garantizar la uniforme aplicación del derecho comunitario) ver GORI, P., «L'applicabilità diretta», cit.; CAPURSO, M., «Criteri ermeneutici in ordine all'applicazione di norme comunitarie, convenzionali e derivate, configgenti con norme di diritto interno», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975, pp. 1057-1096; *id.*, «Le ideologie giuridiche dello Stato nazionale moderno e l'ordinamento comunitario nella giurisprudenza italiana», en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1970, 29-30, pp. 247-293, y CAPELLI, F., *Norme nazionali*, cit. Para un cuadro completo del problema ver el análisis comparativo entre los dos métodos procesales de garantía de la primacía desarrollado por MONACO, R., «Norma comunitaria e norma di legge interna successiva», en *Foro italiano*, 1975, 1, pp. 2662-2666.

⁹¹ Para una reseña de las decisiones de la jurisprudencia ordinaria que acoge el principio de la primacía se reenvía a ITZCOVICH, G., *op. cit.*, 205 n. p. 133.

⁹² Ver la ordenanza de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, 538/74, del 23 de diciembre de 1974, y las tres ordenanzas de la Corte de Apelación de Roma, del 10 de abril de 1975. Para mayores detalles ver BERRI, M., «Legittimità della normativa comunitaria», en *Giurisprudenza italiana*, 1974, 1, pp. 513-518.

⁹³ En contra de este procedimiento criticado en forma unánime por la doctrina, se había expresado, por petición de la Comisión europea, el Tribunal de Justicia, antes con la decisión C-39/72, *Commissione c. Italia*, del 7 de febrero de 1973, y después con la decisión C-34/73, *Commissione c. Italia*, del 10 de octubre de 1973, con las que se detectaron las infracciones cometidas por el Estado italiano.

⁹⁴ Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana, 232/75, del 30 de octubre de 1975. Para detalles de tal decisión ver COSTANZA, C. E., «Regolamenti comunitari e norme nazionali nella sentenza n. 232, del 30 ottobre 1975, della Corte Costituzionale», en *Rivista di diritto europeo*, 1976, pp. 132-140.

⁹⁵ CAPURSO, M., *Le ideologie giuridiche*, cit., pp. 261-262, especifica que la reproducción de un reglamento con ley nacional determinaba (o habría podido determinar) la posibilidad de intervención de las jurisdicciones nacionales en violación del art. 177 CEE y la posibilidad de que el juez interno se vea en la necesidad de recurrir al criterio temporal para resolver los contrastes entre la norma originaria y la norma posterior en conflicto.

otra, dan a conocer claramente las repercusiones procedimentales, ya supuestas en la teoría del núcleo de constitucionalidad y en pleno acuerdo con la momentánea indiferencia mostrada en el tema, por el Tribunal de Justicia⁹⁶, excluyen la legitimidad de la desaplicación⁹⁷ e imponen un complicado sistema de control centralizado⁹⁸.

La exigencia de garantizar que la *Corte Costituzionale*, en relación a la teoría de los contralímites, pueda ejercer su papel de filtro entre ordenamientos, fue tan fuerte que, los jueces constitucionales, teniendo dudas sobre la existencia de contrastes entre normas comunitarias y normas internas, y a su vez, rechazando plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, imponen el reenvío *ex art. 177 CEE* al juez *a quo* y le solicitan al mismo volver a proponer el accidente de constitucionalidad, sólo después del dictamen de sus colegas de Luxemburgo⁹⁹.

2.5 El paradigma dualista de la *Corte Costituzionale*: la teoría de los contralímites como instrumento de garantía de la identidad constitucional italiana

A partir de este breve análisis sobre la jurisprudencia constitucional italiana, se ha visto con mucha claridad, cómo a lo largo de la primera parte del «camino comunitario»¹⁰⁰ que llevó a la «*Consulta*» a revisar de una manera casi integral su actitud con respecto a la integración, el supremo organismo constitucional ha cubierto la ausencia del legislador constitucional e, intentando adecuarse al punto de vista de la Corte de Luxemburgo, ha elaborado una propia reconstrucción del fenómeno europeo¹⁰¹.

⁹⁶ Ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad europea, C-34/67, *Lüick*, del 4 de abril de 1968, después desmentida con la histórica sentencia C-106/77, *Simmenthal*, del 9 de marzo de 1978.

⁹⁷ SORRENTINO, F., *Brevi osservazioni*, *cit.*, pp. 3245-3246, pone de relieve que la orientación adoptada por el Tribunal determina lógicamente la imposibilidad de un sistema de control mixto.

⁹⁸ Prácticamente todas las opiniones de la época, no teniendo en cuenta la posición asumida con respecto al tema de la desaplicación, habían comprendido que el factor temporal representaba el principal límite de la orientación de la *Corte Costituzionale*. Para evitar la pérdida de tiempo implícita en el procedimiento establecido por la Corte, TIZZANO, A., «Sull'«incostituzionalità» delle leggi italiane incompatibili con i regolamenti comunitari», en *Foro italiano*, 1976, 1, pp. 2229-2315, retoma una teoría de Conforti y propone resolver los contrastes entre los ordenamientos por vía interpretativa refiriéndose a la distinción entre norma especial y norma general.

⁹⁹ Ordenanza de la *Corte Costituzionale* italiana, 206/76, del 28 de julio de 1976. Para un breve análisis sobre la decisión ver TIZZANO, A., *op. cit.*

¹⁰⁰ La expresión ha sido tomada de BARILE, P., *Il cammino comunitario*, *cit.*, p. 2406.

¹⁰¹ Como muestra de la nueva actitud filoeuropea asumida por la *Corte Costituzionale* en el período referido antes, podemos citar además de las decisiones examinadas en este trabajo, también la decisión 182/1976, del 22 de julio de 1976, con la que los jueces reconocen por primera vez la eficacia directa de las directivas no

Deteniéndonos en el momento histórico concreto y dejando a los párrafos sucesivos todas las conclusiones relacionadas con el ulterior desarrollo de la jurisprudencia italiana, parece adecuado sostener que, a mediados de los años sesenta y los años setenta, la *Corte Costituzionale* desarrolla un paradigma dualista de integración, focalizado en una interpretación que revaloriza el art. 11 de la Constitución, y en la utilización de técnicas de equilibrio entre la integración supranacional y los otros valores constitucionales¹⁰².

Debería quedar claro, también, la relación antagonista que en esta fase de gradual apertura proeuropeísta une la idea de identidad constitucional y la de primacía. De hecho, si fuese posible sostener que la interpretación sólo permisiva del art. 11, y el establecimiento en sus inicios de un monismo estatalista, han sido creados (también) por la voluntad de salvaguardar el criterio de las sucesiones temporales de las leyes (entendido como principio fundamental del ordenamiento), sería difícil negar la opinión general de que sólo a partir del establecimiento de la primacía y del histórico viraje dualista se requiere con mayor urgencia la necesidad de tutelar el núcleo identitario de la Constitución italiana: como se refleja en el análisis, la apertura (prudente) del ordenamiento originada al aceptar los efectos de la prevalencia de las normas comunitarias es el elemento que desencadena la preocupación de salvaguardar, al menos, la esencia normativa de la Constitución y el que lleva a los jueces a tener en consideración los principios fundamentales del ordenamiento y el respeto de los derechos inalienables de la persona humana como límites (*rectius*: contralímites) para el reconocimiento de la eficacia de las normas europeas. Además, es en nombre de esta exigencia que la *Consulta*, aun conociendo la validez de las razones «nomofilácticas» adoptadas por el Tribunal de Justicia y aun aceptando que el sistema europeo establezca limitaciones significativas de soberanía y derogaciones importantes a la Constitución nacional¹⁰³, se preocupa por construir un sistema de control centralizado, en el que a ella, le corresponde la tarea de «filtro» entre los ordenamientos y la función de garantizar una primacía condicionada por la existencia de contralímites.

ejecutadas (para un análisis, ver MONACO, R., «L'esecuzione delle direttive comunitarie nell'ordinamento italiano», en *Foro italiano*, 1976, 1, pp. 2326-2332) y la decisión 163/77, del 29 de diciembre de 1977, con la que los jueces establecen la inconstitucionalidad por violación del art. 11 de una norma nacional sucesivamente declarada (con decisión C-70/77, *Simmmenthal*, del 28 de junio de 1978) por los jueces de Luxemburgo no contrastante con el derecho comunitario (para mayor información sobre esta cuestión ver CAPELLI, F., «Conseguenze "prevedibili" di una sentenza», en *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, pp. 103-120).

¹⁰² Es lo que sostiene ITZCOVICH, G., *op. cit.*, pp. 195-196.

¹⁰³ No es irrelevante que tanto en la sentencia *Frontini* como en la sentencia *ICIC* la *Corte Costituzionale* italiana reconozca la necesidad de que el derecho comunitario deba aplicarse uniformemente.

Por eso, es perfectamente lícito concluir que, en la difícil tarea de tratar de encontrar un equilibrio entre las razones de la integración y las razones de la Constitución, la jurisprudencia constitucional italiana elabora la idea de un núcleo «ultra fundamental» de principios irrefutables y, en base a estos, fundamenta tanto su pretensión (excluyendo algunos ámbitos constitucionales) de aplicar la primacía como su competencia para enjuiciar por vía exclusiva algunos conflictos con el ordenamiento comunitario.

3. EL PARADIGMA DUALISTA DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*: LA RIGIDEZ DEL *GRUNDGESETZ* COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL ALEMANA

3.1 Las analogías del sistema alemán y el sistema italiano con respecto a la recepción del derecho europeo

Aun con diferencias y peculiaridades bastante significativas¹⁰⁴, el modo en el que el sistema constitucional alemán ha regulado sus relaciones con el derecho comunitario presenta muchas analogías con aquél seguido por Italia en los mismos años¹⁰⁵.

Tal paralelismo emerge ya, con claridad, en el plano normativo constitucional. El constituyente alemán, al igual que su homólogo italiano en la elección de los arts. 10 y 11¹⁰⁶, no consideró en un primer momento necesario tener que enfrentarse a la cuestión de la integración europea, de hecho, con los arts. 24 y 25, simplemente se limitó a prever la adecuación automática del derecho interno al derecho internacional general. Con vistas a una futura participación de la República Federal en la OTAN, se previó la posibilidad de que el legislador nacional cediese derechos de soberanía en favor de organizaciones

¹⁰⁴ Entre las diferencias más significativas señalamos el hecho de que mientras en Italia la total ejecución de los tratados comunitarios ha necesitado una simple ley ordinaria, en Alemania el perfeccionamiento del procedimiento de ratificación ha necesitado la autorización de ratificación (*Vertragsgesetz*) y la ley de adhesión (*Zustimmungsgesetz*).

¹⁰⁵ FEUSTEL, I., «Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza italiana e tedesca», en *Rivista di diritto europeo*, 1976, pp. 187-226.

¹⁰⁶ Es el caso de destacar que contrariamente a lo estipulado en el art. 11 de la Constitución italiana, el art. 24 de la Constitución alemana prevé abiertamente la posibilidad de cesión con ley ordinaria. Por otro lado, esta diferencia se ha minimizado a través de la interpretación «permisiva» propuesta por el Parlamento y por la *Corte Costituzionale*.

intergubernamentales¹⁰⁷. Más allá del posible paralelismo entre las disposiciones específicas, es la misma estructura constitucional en su totalidad la que coincide, al menos bajo este punto de vista. Como veremos mejor a lo largo de este trabajo, también en Alemania la existencia de una Constitución rígida, garantizada por un organismo judicial centralizado, tuvo un rol determinante en la creación del paradigma dualista elaborado por el Tribunal constitucional y por la doctrina jurídica¹⁰⁸.

Se puede añadir, de igual manera, que al no recurrir al procedimiento de revisión constitucional y a la ratificación de los tratados con ley ordinaria, se contribuyó al acercamiento del modelo alemán al sistema italiano y conjuntamente a la tradicional rigidez dualista de las respectivas doctrinas nacionales¹⁰⁹, lo que planteó problemas similares con relación a las repercusiones ligadas a la teoría de la *primauté* comunitaria: conforme a las tradiciones jurídicas establecidas, tanto en Italia como en Alemania, la norma del derecho internacional adquiere el valor del acto interno que la acata y en el conflicto con los otros actos normativas de tipo estatal no goza de privilegios específicos.

A estas reflexiones se tiene que agregar que, en forma análoga a lo que sucede en el mismo período en la recién nacida República italiana, la influencia «autárquica» de una parte de la jurisprudencia y de la literatura jurídica alemana —con una cierta continuidad con las doctrinas jurídicas que habían caracterizado la traumática experiencia de los años precedentes¹¹⁰— alimentó mitos de soberanía poco propensos (o más bien hostiles) a la apertura internacional.

Tomando en consideración estas circunstancias comunes, se puede entender cómo la trayectoria seguida por el sistema alemán, para reconocer los efectos del derecho comunitario es, en cierto sentido, paralela a la seguida por el modelo italiano.

¹⁰⁷ ALEN, A., «Le relazioni tra la Corte di giustizia delle comunità europee e le Corti costituzionali degli Stati membri», en CASTORINA, E., *op. cit.*, pp. 185-234.

¹⁰⁸ Resalta esta analogía y la importancia de las consecuencias producidas por la misma FEUSTEL, I., *op. cit.*, pp. 187-188. Nota que, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, el sistema alemán se diferencia de manera fundamental del italiano porque conoce el recurso directo de constitucionalidad y por ello le permite al *Bundesverfassungsgericht* un control que va más allá del ejercido por la Corte Constitucional. La diferencia es relevante ya que los jueces constitucionales alemanes, distintamente de los italianos, cuentan con un instrumento para verificar que sus disposiciones sean efectivamente seguidas por la magistratura ordinaria.

¹⁰⁹ FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 188, recordando que la tradición dualista había sido creada en Alemania por Triepel y en Italia por Anzillotti, señala la influencia que estas orientaciones dogmáticas tuvieron en sus respectivos países, en el momento en el que se planteó el problema de acoger el derecho comunitario.

¹¹⁰ ITZCOVICH, G., *op. cit.*, p. 164 señala la continuidad de la magistratura al pasar de una experiencia nacional socialista a una liberal democrática. El mismo autor puntualiza que también, dentro de los defensores de la integración podríamos haber encontrado personajes partidarios del régimen nazi.

A pesar de estas analogías, debido a que se tiene que razonar sobre la primacía y la identidad, es absolutamente necesario el análisis del camino seguido por el sistema alemán: la explícita tematización de la idea de identidad constitucional contenida en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, la influencia ejercida por la literatura y por la jurisprudencia teutónica hacia los otros países miembros, y la claridad conceptual con la que los jueces de Karlsruhe y la doctrina reconocen los límites del ordenamiento europeo, representan razones suficientes para un estudio específico.

3.2 La interpretación «permisiva» del art. 24 del *Grundgesetz* y la cesión de cuotas de soberanía

Ya a partir del momento en el que Alemania perfecciona su participación en el proceso de integración europea, entre la doctrina emerge una importante polémica entre la parte «federalista» que acoge la decisión *Van Gend en Loos* y apoya el efecto directo de las normas europeas y la parte «tradicionalista» que evalúa la estructura comunitaria en base a las disposiciones del *Grundgesetz* y, por lo tanto, llega a considerar anticonstitucional el sistema de los tratados instituyentes¹¹¹.

La ocasión perfecta para llevar este debate académico a las aulas judiciales se presenta cuando un juez de la Renania Palatinato, frente a un problema muy similar que llevará luego a la *Corte Costituzionale* a pronunciar la sentencia *Frontini*¹¹², rechaza solicitar el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia y, en un tono bastante provocador¹¹³, recurre al Tribunal de Karlsruhe para aclarar una controversia relacionada con impuestos de compensación en materia de importación agrícola. En lo específico, el juez *a quo*, preocupado por el riesgo de una lesión del principio de separación de poderes, le pide a los jueces constitucionales verificar si a través del art. 24 de la Ley fundamental fuese posible transferir poder legislativo a las instituciones comunitarias, y de este

¹¹¹ ALTER, K., *op. cit.*, p. 74.

¹¹² Es lo que afirma FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 198.

¹¹³ Se expresa en estos términos ALTER, K., *op. cit.*, pp. 74-76, donde evidencia cómo el juez, aun sabiendo la importancia del juicio en cuestión, remarcó los límites democráticos de la estructura comunitaria y, considerando los problemas no resueltos aun por las diversas interpretaciones efectuadas sobre el tema, sin formalidad alguna conforme a la Constitución de Weimer, hasta vislumbró la hipótesis de un dictador comunitario. La misma autora nos recuerda además que en una sucesiva decisión (Ordenanza del *Finanzgericht Rhineland Palatinate* del 25 de marzo de 1965) el magistrado polemizó con Ipsen quién, en base a la ordenanza que aquí se analiza, le impuso como apodo «guardián de la Constitución». Sobre esta peculiar polémica ver también el análisis desarrollado por ITZCOVICH, G., *op. cit.*, p. 165.

modo les confía la solución del conflicto a través de los arts. 20 y 129 (que prohíben al ejecutivo la modificación de normas legislativas) y el art. 1 de la ley interna que acoge el Tratado CEE junto con el art. 189 del mismo Tratado (que conjuntamente introducen en el ordenamiento nacional el art. 18 del reglamento CEE 19/62¹¹⁴).

Solo en 1967 (después de casi cuatro años desde el momento del reenvío), el segundo Senado del *Bundesverfassungsgericht* establece la inadmisibilidad del recurso¹¹⁵ y, con una ordenanza muy controvertida incluso dentro del propio Tribunal constitucional¹¹⁶, se pone fin a la furiosa dialéctica académica, política y judicial que se desencadenó por la decisión del juez¹¹⁷. Por otra parte, como temiendo comprometerse, los otros magistrados, en un primer momento, rechazan emitir sentencia en dicho caso, pero al mismo tiempo dan a entender que, en el momento en el que una norma de derecho comunitario se demostrase lesiva de los derechos fundamentales tutelados por el *Grundgesetz*, estos se reservan su derecho a intervenir¹¹⁸. Además, los jueces están muy atentos a posicionarse sobre la cuestión de si a través del art. 24 se haya podido transferir la soberanía a favor de las instituciones comunitarias y motivan su decisión, sosteniendo que la inadmisibilidad del reenvío es consecuencia de la irrelevancia de la cuestión planteada¹¹⁹. En resumen, contrariamente a lo establecido por sus colegas italianos en el caso *Costa* algunos años antes, los magistrados de Karlsruhe no se comprometen a emitir juicio de valor sobre la relación entre sistema jurídico nacional y sistema jurídico comunitario y, en espera de una definición más clara del cuadro político comunitario, dejan la puerta abierta a cualquier decisión futura¹²⁰.

¹¹⁴ Ordenanza del *Finanzgericht Rhineland Palatinate* del 14 de noviembre de 1963.

¹¹⁵ Ordenanza del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 22, 134, *Re tax on Malt Barley*, del 5 de julio de 1967.

¹¹⁶ La ordenanza ha sido juzgada como genérica e interlocutoria por FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 199 y fue aprobada con el voto a favor de cuatro jueces y con la oposición de tres jueces.

¹¹⁷ Proponiendo la opinión de Mann, ALTER, K., *op. cit.*, p. 75, sostiene que el Tribunal Constitucional se había tomado su tiempo a propósito, para así alimentar el debate doctrinal y obtener una opinión consolidada por parte del mundo académico. En realidad, el mundo de las ciencias jurídicas, casi por unanimidad, había criticado duramente la decisión antieuropea del juez. En espera de la sentencia por parte de los jueces constitucionales, en contra de la decisión del juez en cuestión, se pronuncia también el Gobierno alemán, el *Bundestag* y con la decisión *Hauptzollamt*, del 25 de abril de 1967, también el *Bundesfinanzhof* (organismo de apelación del *Finanzgericht Rhineland Palatinate*).

¹¹⁸ Para mayor información sobre este punto ver HERMIDA DEL LLANO, C., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, p. 167.

¹¹⁹ Es lo que resalta VIDAL, C., «Alemania», en DE MIGUEL J.-TAJADURA, J., *Justicia constitucional y Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 42-94.

¹²⁰ FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 200, después de señalar que para evitar tomar una posición desequilibrada el *Bundesverfassungsgericht* fue presionado para que modificara su anterior jurisprudencia (que no le atribuía al Tribunal federal la competencia de revisar la relevancia de la decisión con la finalidad de poder dictaminar sobre la cuestión) y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (que reivindica la competen-

Ya después de tres meses, el primer Senado del *Bundesverfassungsgericht*¹²¹, en respuesta a un *verfassungsbeschwerde*, expresará una posición claramente favorable al sistema jurídico comunitario¹²². Por ello, los jueces aprovechan un recurso presentado por un grupo de empresas alemanas que se quejan de la vulneración de sus derechos fundamentales provocada por algunos reglamentos comunitarios¹²³, pudiendo cumplir así con la primera reconstrucción de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho nacional. Según el razonamiento de los magistrados constitucionales, el art. 24 del *Grundgesetz*, al permitir la posibilidad de que la República Federal alemana ceda a las instituciones comunitarias el «ejercicio de los derechos de soberanía¹²⁴», admite también el efecto directo de la norma comunitaria y excluye la posibilidad de que la autoridad interna pueda de algún modo revocar actos de un ordenamiento distinto y autónomo.

Conforme a esta idea, es importante señalar que, si bien con este segundo pronunciamiento el Tribunal federal expresa su voluntad de no interferir en la vida del ordenamiento europeo y, a la vez, rechaza las implicaciones más rígidas de la «teoría de la congruencia» a favor de una interpretación «permissiva» del art. 24¹²⁵, los jueces también se preocupan de aclarar que la cesión de soberanía no es incondicionada, y desde el punto de vista de la doctrina dualista, queda siempre sometida a la insuperable barrera del respeto de los derechos fundamentales¹²⁶.

cia exclusiva de la interpretación de los reglamentos y que en un caso como éste, habría impuesto la primacía) evidencia que mientras los jueces constitucionales italianos estaban condicionados por el caso *Costa*, los jueces alemanes, gracias a la gran prudencia demostrada en la ordenanza examinada, quedaron libres de ataduras y pudieron aceptar de manera más simple el efecto directo y la primacía.

¹²¹ ALTER, K., *op. cit.*, p. 75 n. 18, explica el cambio radical de orientación (también) por la circunstancia de que de acuerdo con su distribución interna del *Bundesverfassungsgericht*, es por lo general el segundo Senado el encargado de conocer las cuestiones relacionadas con el proceso de integración europea.

¹²² Ordenanza del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 22, 293, *EWG-Verordnungen*, del 18 de octubre de 1967.

¹²³ En este caso específico, el recurso invoca la contradicción entre los art. 2, 3, 12, y 14 de la Constitución y las normas contenidas en el reglamento 135/62 y en el reglamento 159/66.

¹²⁴ La traducción de la ordenanza es de FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 200.

¹²⁵ Según la «teoría de la coherencia», una parte importante de la doctrina alemana, sostuvo que la transferencia de los derechos de soberanía *ex art.* 24 era legítima sólo si las instituciones a las cuales se ceden estas competencias se adecuan al modelo estatal y presentan los elementos de la separación de poderes, del control judicial, del principio democrático y la garantía de la tutela de los derechos fundamentales. Para mayor información acerca de esta teoría ver HERMIDA DEL LLANO, C., *op. cit.*, p. 166, que entre otras cosas muestra la influencia que tuvo esta teoría hasta el 1963 sobre algunas decisiones judiciales.

¹²⁶ A tal propósito el *Bundesverfassungsgericht* declara: «la decisión se limita a la declaración de que el Tribunal federal no puede ser invocado directamente [...] en contra de los reglamentos del Consejo y de la Comisión. Con esto no queda resuelta la cuestión de si, y en qué medida, el Tribunal federal puede en el ámbito de un juicio, en el cual la excepción sea admisible, controlar la conformidad del derecho comunitario con los principios fundamentales de la Constitución». La traducción de esta parte ha sido

3.3 El papel de los jueces comunes y la aceptación de la primacía de las normas ordinarias

Como hemos apenas visto, las dos ordenanzas de 1967 mantienen una actitud ambigua respecto del derecho europeo y, aunque acepten tanto la tesis de las limitaciones de soberanía como el origen *sui generis* del sistema institucional supranacional, en la práctica sólo reconocen un efecto directo circunstancial de la normativa comunitaria. Por otro lado, en relación a la doctrina de la *primauté*, que es la más problemática, hay que decir que la reconstrucción de las relaciones entre los ordenamientos se limita a garantizar una puntual y circunscrita prevalencia de las normas comunitarias. Sin negar la posibilidad de que la primacía sea acogida en un futuro estas decisiones no llegan sino a la aceptación teórica de la primacía, y no le imponen al juez ordinario ninguna disposición para la resolución de los conflictos normativos: la declaración de constitucionalidad de la ley de ratificación no comporta, en realidad, la subordinación de las normas nacionales a las previsiones supranacionales ¹²⁷.

Esta ambigüedad de fondo parece desaparecer en la decisión con la cual el Tribunal federal dictamina a favor de la primacía del derecho comunitario en una causa, muy discutida y controvertida, que se desencadenó a raíz de una audaz decisión por parte de Tribunal de Justicia europeo. Hay que destacar que en esta decisión el Tribunal federal no menciona la posibilidad de su intervención en el futuro, sino más bien, le delega al juez nacional la tarea de garantizar el predominio de la norma supranacional ¹²⁸.

Esta decidida toma de posición llegará al final de un caso judicial muy discutido e influenciado por las consecuencias políticas del litigio. A través de esta cuestión aparece la posibilidad de demostrar lo complejo de la dialéctica político-judicial, así como también la capacidad de mostrar el rol jugado por los jueces comunes en el establecimiento del principio de primacía, por lo que vale la pena reconstruir, aun de manera concisa, este enredado caso procesal.

La controversia se inicia cuando un grupo de importadores alemanes reclaman la ilegitimidad de un impuesto sobre la leche (que según ellos era discriminatoria en base al art. 95 del Tratado CEE) ante el *Finanzgericht* del Saarland. Llamado a intervenir en tal sentido, el juez nacional, le reenvía al

tomada de FEUSTEL, I., *op. cit.*, pp. 214-215. Ver también HERMIDA DEL LLANO, C., *op. cit.*, p. 167, que entiende el referirse a los principios fundamentales como el hacer referencia al tema de los derechos fundamentales.

¹²⁷ ALTER, K., *op. cit.*, p. 80, expone que las dos decisiones analizadas en el párrafo anterior no confirman la primacía del derecho comunitario.

¹²⁸ Ordenanza del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 31, 145, *Milchpulver*, del 9 de junio de 1971.

Tribunal de Justicia una demanda prejudicial con la que pregunta esencialmente la licitud del impuesto desde la perspectiva comunitaria. Dejando aparte el hecho de que la norma en cuestión fue el resultado de una negociación entre la Comisión europea y la República Federal alemana¹²⁹, el Tribunal europeo declaró que el art. 95 tenía efecto directo y, debido al vencimiento del plazo previsto para su ejecución, debía ser aplicado de forma directa¹³⁰.

Con esta decisión, aprovechando hábilmente las asociaciones de importadores de la categoría y por sus abogados, se dio la impresión de que a través de una demanda ante el Tribunal de Justicia fuese posible obtener la desaplicación de la normativa fiscal discriminatoria y, por lo tanto, incitó a los particulares a presentar una enorme cantidad de demandas en contra de la administración de finanzas alemana. Tratando de resolver el problema, que comenzó a adquirir proporciones gigantescas (200.000 demandas y 15.000 casos pendientes¹³¹), el gobierno dictará un decreto con el que declarará que la decisión del Tribunal de Justicia carecía de validez y, en este sentido, solicitará a los jueces ignorar la medida judicial y rechazar todas las demandas que se fundamentan en tal sentencia.

Sin embargo, el único efecto del decreto fue el de irritar a los jueces, empujarlos al análisis de los recursos y presentar las necesarias demandas prejudiciales al Tribunal de Justicia. En vista del fracaso de la estrategia política el gobierno decide aceptar el debate judicial e intervenir en uno de los casos pendientes delante del *Bundesfinanzhof* para solicitar un cambio de orientación por parte del Tribunal de Justicia. El Tribunal fiscal federal, después de haberse adherido a la orientación jurídica declarada por el gobierno alemán, pedirá a los jueces de Luxemburgo reconsiderar la posición tomada en el caso *Lütticke* o, por lo menos, excluir que el art. 97 del Tratado CEE (que al mismo tiempo, por la intervención de un nuevo decreto del gobierno se convirtió en la base legal de la tipología de impuesto reclamada en la mayoría de los recursos¹³²) tenga efecto directo. Debe señalarse que, a través de esta estrategia, los jueces del *Bundesfinanzhof* trataban de excluir a sus colegas del diálogo con la Corte europea y, así mismo, no darles la posibilidad de intervenir en un asunto tan delicado¹³³.

¹²⁹ Al final de la negociación la Comisión europea y la República Federal alemana establecieron el mantenimiento del impuesto y la reducción de la alícuota del impuesto del 4% al 3%.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-57/65, *Lütticke*, del 16 de junio de 1966.

¹³¹ El dato (relativo a la ordenanza de reenvío del *Bundesfinanzhof* de la que se hablará inmediatamente) ha sido tomado de ITZCOVICH, G., *op. cit.*, p. 166.

¹³² Para mayor información sobre la cuestión, en este sentido ver ALTER, K., *op. cit.*, p. 83.

¹³³ Es lo que afirma ALTER, K., *op. cit.*, p. 84.

Prudentemente el Tribunal de Justicia acepta la estrategia de «normalización» propuesta por el gobierno y avalada por el Tribunal fiscal federal por lo que niega que, el art. 97 del Tratado CEE tenga eficacia directa¹³⁴. No obstante, rechazará modificar la línea adoptada precedentemente y sobre todo, habiendo comprendido la importancia estratégica de los organismos judiciales ordinarios para la ratificación de su doctrina, responderá a las numerosas demandas prejudiciales de estos, preocupando por involucrar a los jueces comunes en el debate judicial, del cual sus colegas del *Bundesfinanzhof* habían intentado excluirlos¹³⁵.

Basándose en esta nueva orientación, el Tribunal fiscal federal circunscribirá por vía interpretativa los casos que podrían ser juzgados en base al art. 95 del Tratado CEE y, a través de la cobertura ofrecida por el art. 97 del mismo Tratado, comenzará a rechazar los recursos sobre el tema para de este modo desalentar el camino hacia la vía prejudicial.

Debe señalarse que, en sede de apelación del caso que condujo a la sentencia *Lütticke* del Tribunal de Justicia, el *Bundesfinanzhof* negó la posibilidad de recurrir al Tribunal de Justicia y ofreció una interpretación tan restrictiva de la sentencia comunitaria que impulsó a los recurrentes a acudir al Tribunal constitucional a través del recurso individual, recurso fundamentado en que precisamente el no planteamiento de cuestión prejudicial al juez europeo constituía una vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley (*ex art. 101 del Grundgesetz*)¹³⁶. De frente al planteamiento del recurso, los jueces de Karlsruhe, basándose en reflexiones no inmunes de cálculos de oportunidad política, niegan que la decisión del *Bundesfinanzhof* hubiese perjudicado el derecho del recurrente, pero al mismo tiempo, se preocupan de criticar las motivaciones adoptadas en la sentencia impugnada precisando que, conforme al art. 24, las decisiones del Tribunal de Justicia son obligatorias¹³⁷. Añadirá también, retomando el tema de la cesión de competencias realizada *ex art. 24*, que «el Tribunal federal no tiene competencia para decidir, si se les presenta el caso, si una norma interna ordinaria contrasta con una disposición predominante del derecho comunitario y por esta razón, a la primera, no haya que re-

¹³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-28/67, *Molkerei-Zentrale*, del 3 de abril de 1968.

¹³⁵ Ver a tal propósito las sentencias C-34/67, *Lück*, del 4 de abril de 1968; C-13/67, *Kurt A. Becher*, del 4 de abril de 1968; C-31/67, *August Stier*, del 4 de abril de 1968; C-20/67, *Kunstmühle Tivoli*, del 4 de abril de 1968; C-25/67, *Eierkontor GmbH*, del 4 de abril de 1968 y C-27/67, *Frucht GmbH*, del 4 de abril de 1968.

¹³⁶ Para mayor información con referencia a la violación del art. 101 ver VIDAL, C., *op. cit.*, p. 47.

¹³⁷ Ordenanza del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 31, 145, *Milchpulver*, del 9 de junio de 1971.

conocerle valor», y que por el contrario «la solución de este conflicto [...] se vuelve a poner en manos del juez ordinario ¹³⁸».

Como se demuestra textualmente en esta parte de la decisión, el *Bundesverfassungsgericht*, aun cercando el ámbito de aplicación de la ley ordinaria, no detecta sectores materiales que no hayan sido sometidos a la aplicación de la primacía del derecho europeo y, sin pensárselo dos veces, le otorga al juez común la tarea de desaplicar la norma que lesiona el ordenamiento comunitario ¹³⁹.

3.4 Establecimiento de límites a la aplicación de la primacía y garantías de ejecución de la norma constitucional «identitaria»

El reconocimiento de la primacía sobre las leyes ordinarias deja abierta la cuestión de la relación entre disposición comunitaria y disposición constitucional y, además, la cuestión conexas relativas a los márgenes dejados por el art. 24 para el control de constitucionalidad de las normas supranacionales ¹⁴⁰.

También con ocasión del debate sobre el establecimiento del efecto directo la doctrina científica alemana se encontrará dividida en dos sectores: por un lado la parte «federalista» que, ansiosa por llevar a cabo el proceso de integración y confiada en la capacidad de tutela ofrecida por el Tribunal de Justicia, opta por la superioridad de la norma comunitaria sobre la norma constitucional y excluye la posibilidad de un control del derecho europeo; por el otro, una parte «tradicionalista» que, preocupada por la tutela de los derechos fundamentales y deseosa de salvaguardar los dictámenes de la Constitución nacional, encuentra en la norma constitucional un límite al ordenamiento europeo y se apresura a garantizar un control de constitucionalidad (residual) sobre las disposiciones supranacionales ¹⁴¹.

¹³⁸ La traducción de esta parte ha sido tomada de FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 212. Es interesante observar que al igual que habían hecho Tizzano y Conforti por el sistema italiano (ver *infra* nota n. 92), el autor citado aquí reconstruye la relación entre norma ordinaria alemana y norma comunitaria bajo el aspecto de la relación entre ley especial y ley general.

¹³⁹ HERMIDA DEL LLANO, C., *op. cit.*, p. 167, puntualiza que por primera vez en la sentencia no se menciona por ninguna parte el tema de los derechos fundamentales.

¹⁴⁰ Así ALTER, K., *op. cit.*, p. 87.

¹⁴¹ Sobre la influencia que tuvo la doctrina en el desarrollo de la jurisprudencia ver ALTER, K., *op. cit.*, p. 88 que nos expone cómo en la ordenanza del juez de Frankfurt que lleva a la decisión *Solange I*, se encuentran informaciones sobre un importante discurso pronunciado solo un par de semanas antes por Ropp. Para una reconstrucción de las diferentes opiniones que emergen de este debate (y específicamente por ciertas referencias sobre la idea de uniformidad del ordenamiento europeo) ver también FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 213.

También en este caso, la ocasión para llevar el debate académico sobre los límites al derecho europeo a las aulas judiciales no tarda en llegar. Ya en 1970, de hecho, el *Wervaltungsgerrichtof* de Frankfurt planteará al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial con la que pregunta si tiene o no el deber de aplicar efectivamente algunas normas de un reglamento en materia de importaciones que, a su juicio, estarían en contra de ciertos principios fundamentales tutelados por el *Grundgesetz*. Con la célebre sentencia *Internationale Handełsgesellschaft* la Corte de Luxemburgo afirmará que el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante del ordenamiento comunitario y responderá que la exigencia de uniformidad garantizada por la primacía no puede estar subordinada ni a las normas constitucionales ni a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico¹⁴². Frente a tal respuesta el juez administrativo alemán decide dirigirse al Tribunal constitucional para aclarar si las interpretaciones del Tribunal de Justicia deben ser vinculantes aun cuando estructuren las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional y, a su vez, para comprobar si la decisión del Tribunal de Justicia es compatible con la Constitución¹⁴³.

Con una actitud novedosa respecto de las precedentes¹⁴⁴ en la decisión *Solange* los jueces constitucionales, aunque afirmen sólo tener la intención de aclarar las relaciones entre derecho comunitario derivado y las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, decidirán admitir la cuestión de constitucionalidad y entrar de lleno en el procedimiento¹⁴⁵.

En relación a la finalidad que se persigue con este trabajo, es interesante observar que el Tribunal confirma tanto la idea según la cual el fundamento constitucional del proceso de integración europea reposa en la cesión de soberanía consentida por el art. 24 de la Constitución nacional, como en la idea de la separación entre ordenamientos¹⁴⁶.

Sin embargo, con el objetivo de hacer notar la gravedad de las decisiones provenientes de Luxemburgo, los magistrados sostendrán que de tal separa-

¹⁴² A propósito de la sentencia ver las consideraciones desarrolladas en las páginas anteriores.

¹⁴³ Específicamente el juez solicitaba si con su interpretación el Tribunal de Justicia hubiese violado el principio de proporcionalidad.

¹⁴⁴ FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 215, refiere que como consecuencia de una discusión muy controversial se llegó a una votación que dio como resultado cinco a favor y tres contrarios.

¹⁴⁵ Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 37, 271, *Solange*, del 29 de mayo de 1974.

¹⁴⁶ De igual manera a lo que habían sostenido en ocasiones anteriores, también en esta ocasión los jueces mantuvieron la opinión de que «el derecho comunitario no representa ni una parte del ordenamiento jurídico nacional ni un derecho internacional, más bien un ordenamiento jurídico independiente que surge de una fuente de derechos autónomos». La traducción de este punto ha sido tomada de FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 216.

ción entre ordenamientos deriva, no sólo la incompetencia del Tribunal federal para conocer las cuestiones que conciernan al derecho comunitario, sino también la incompetencia del Tribunal de Justicia europeo para decidir sobre la validez o eficacia de las normas nacionales: cualquier referencia del Tribunal europeo relacionada con esta segunda cuestión deberá ser considerada como un simple *obiter dictum*, irrelevante desde un punto de vista jurídico¹⁴⁷.

Además, se considerará que, aunque la transferencia de soberanía haya sido prevista por una norma constitucional alemana, ésta tendría que ser interpretada conforme a las demás disposiciones constitucionales y, al menos, mientras («en tanto que») el ordenamiento europeo no garantice un nivel equivalente de protección de los derechos fundamentales y un adecuado estándar democrático de sus decisiones¹⁴⁸, dicha transferencia no podrá, en ningún caso, desnaturalizar la «identidad de la Constitución» de la República Federal

¹⁴⁷ En tal sentido los jueces, por una parte, sostienen que «las dos esferas jurídicas son independientes, la una de la otra y las dos son igualmente válidas, y [...] le corresponde específicamente a los organismos comunitarios competentes, incluso al Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, enjuiciar con relación a la obligatoriedad, a la interpretación y al respeto del derecho comunitario y a los organismos nacionales competentes sobre la interpretación y sobre el derecho constitucional de la República Federal de Alemania. Ni el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas puede decidir en forma vinculante si una norma del derecho comunitario es compatible con la Ley fundamental, ni el Tribunal federal puede decidir con cuál contenido una norma del derecho comunitario secundario es compatible con el derecho comunitario primario» y por otro lado establecen que «el Tribunal europeo de Justicia, en base a las disposiciones del tratado tiene la competencia para enjuiciar acerca de la validez jurídica de las normas de derecho comunitario (incluso aquellas que este considera vigentes de hecho, aunque no estén escritas), y además su propia interpretación. Pero cuando se trata de problemas relacionados al derecho nacional de la República Federal de Alemania (o de otro estado miembro) las decisiones del Tribunal Europeo de Justicia no tienen carácter vinculante para el estado en cuestión. Las consideraciones establecidas en sus sentencias, según las cuales el contenido de una determinada norma comunitaria sustancialmente corresponde o es compatible con una norma constitucional del derecho nacional –en este caso con una garantía sobre los derechos fundamentales– representan *obiter dicta* y no tienen carácter vinculante». La traducción de esta parte ha sido tomada de FEUSTEL, I., *op. cit.*, pp. 216-217.

¹⁴⁸ El *Bundesverfassungsgericht* sostiene que «La fase de integración con la cual nos ha llegado la Comunidad es a tal propósito de gran importancia. Esta no tiene todavía a su disposición un Parlamento con legitimidad democrática directa, o sea, elegido por sufragio universal, con competencias legislativas y al cual deban respetar plenamente, en campo político, todos los organismos comunitarios con funciones legislativas; además a esta, le falta sobre todo un elenco codificado de los derechos fundamentales, cuyo contenido quede sin lugar a dudas inmutable para el presente y para el futuro, como el de la Ley fundamental, y que por lo tanto consenta un enfrentamiento y una decisión con la finalidad de establecer todo lo que el complejo de las normas jurídicas vinculantes en la Comunidad se adecuen en el tiempo, al complejo de normas jurídicas de la Ley fundamental, a excepción de algunos cambios para no superar los límites impuestos por el art. 24 de la Ley fundamental. Hasta que tal certeza del derecho, la cual no está garantizada sólo por el Tribunal de Justicia europeo, a la cual hasta ahora, se le puede reconocer una concordancia con los derechos fundamentales, no será obtenida debido a las posteriores adhesiones comunitarias, vale la reserva de lo expuesto en el art. 24 de la Ley fundamental. Por lo tanto se trata de una dificultad de orden jurídico, originada sólo por el hecho, de que el proceso de integración de la Comunidad está todavía en acción y terminará con la actual fase de transición». La traducción de este punto ha sido tomada de FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 218.

alemana, que representa un límite insuperable para cualquier cambio en el sistema constitucional. Es oportuno observar que, siempre según el Alto Tribunal, este límite insuperable no termina en el respeto de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento constitucional, sino que también comprende el obligado respeto a las «estructuras fundamentales» de la Constitución ¹⁴⁹.

Por otro lado, con el objetivo de dar garantías a la efectividad de los límites establecidos con la sentencia, el segundo Senado, aun subrayando lo excepcional y transitorio del control y negando a su vez que una hipotética supervisión del derecho europeo pueda provocar problemas de funcionamiento a nivel supranacional ¹⁵⁰, establece un *iter* procesal detallado para resolver una posible contradicción entre norma constitucional y norma comunitaria: en caso de que se sospeche la existencia de un posible conflicto normativo, el juez ordinario, es el que en un primer momento tiene el deber de someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, y sólo si luego de una interpretación detallada sigue teniendo dudas sobre la constitucionalidad de la disposición europea, deberá

¹⁴⁹ Es muy importante resaltar desde ahora que el Tribunal federal, contrariamente a lo que hace la *Corte Costituzionale* italiana (que refiere sólo por vía tácita), en forma clara establece un propio concepto de identidad constitucional como límite a la cesión de soberanía *ex art. 24* a la primacía incondicionada del derecho comunitario. En tal sentido los jueces sostienen que «el artículo 24 de la Ley fundamental habla de transferencia de los derechos de soberanía a organizaciones interestatales. Esto no puede ser tomado en cuenta al pie de la letra ya que el art. 24, como todas las disposiciones constitucionales de principio y de similar naturaleza, tienen que ser entendidas e interpretadas en el contexto de toda la constitución. Lo que significa que lo dicho no abre el camino a un cambio de la estructura fundamental de la constitución, sobre la que se fundamenta su identidad, sin modificar la misma Constitución, a raíz de la legislación del organismo interestatal. Es cierto que los organismos comunitarios competentes pueden emanar un derecho que los organismos competentes alemanes no podrían hacerlo debido al derecho concedido por la Ley fundamental, aun vigente y aplicable en la República Federal de Alemania. Pero el art. 24 de la Ley fundamental limita tal posibilidad, ya que este no prevé una modificación del tratado, el cual cancelaría la identidad de la Constitución en vigor en la República Federal de Alemania minando las estructuras principales. Lo mismo se pudiese decir de disposiciones del derecho comunitario secundario, adoptadas en base a una interpretación análoga del tratado en vigor, que pueden de igual manera mermar la Constitución de sus estructuras fundamentales [...]. Un elemento inalienable de la Constitución actualmente en vigor en la República Federal de Alemania, basilar de la estructura constitucional de la Ley fundamental, está constituido por los derechos fundamentales. El artículo 24 no permite limitarlos sin reservas». La traducción de este paso ha sido tomada de FEUSTEL, I., *op. cit.*, pp. 225-226.

¹⁵⁰ Según el razonamiento de la Corte, la posible falta del reconocimiento de la primacía sobre la norma constitucional, no comporta por sí misma una excepción porque, «como el artículo 25 de la Ley fundamental no pone en discusión el derecho internacional, ya que este establece que las reglas generales del derecho internacional se anteponen a las leyes federales, y como no se ponen en discusión otros ordenamientos jurídicos (extranjeros) aunque sí pueden ser rechazados por la República Federal de Alemania por motivos de orden público, así también el derecho comunitario no viene puesto en discusión, aunque sí, en vía excepcional, este no puede hacerse valer por motivos de normas constitucionales taxativas. [...] por esto un tal conflicto no representa a priori una violación del tratado, sino que más bien pone en función el mecanismo previsto por el tratado, en el ámbito de los organismos europeos, con la finalidad de resolver el conflicto a nivel político». La traducción de esta parte fue tomada de FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 219.

consultar al Tribunal constitucional quien decidirá, según el caso, la aplicación de la primacía o sancionará la eventual violación de la norma constitucional «identitaria» con la desaplicación de la norma europea ¹⁵¹.

A través de este sincronizado mecanismo de control, el *Bundesverfassungsgericht* tratará de atemperar las razones de la uniformidad del derecho comunitario y las razones «identitarias» del derecho alemán, con un mecanismo complejo de cooperación judicial que le confía al juez ordinario la tarea de individuar el posible conflicto, al Tribunal de Justicia la función de interpretar la norma comunitaria, y al Tribunal federal la función de determinar de forma práctica la regla que provoca el conflicto entre los ordenamientos ¹⁵².

3.5 El paradigma dualista del *Bundesverfassungsgericht*: la rigidez del *Grundgesetz* como instrumento de garantía de la identidad constitucional alemana

En forma similar al sistema constitucional italiano, el *Bundesverfassungsgericht* alemán reconstruye las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento constitucional basándose en una visión dualista que deja en manos de la norma interna el reconocimiento del derecho comunitario. El eje de todo esto, es el art. 24 del *Grundgesetz* que, al igual de lo establecido en el art. 11 de la Constitución italiana, admite la posibilidad de que actos provenientes de ordenamientos jurídicos diferentes produzcan efectos dentro del ordenamiento nacional.

No sorprende, en relación a estas semejanzas, que aun basándose en un *iter* cuyo fundamento no coincide en su totalidad con el seguido por sus colegas italianos, los jueces del *Bundesverfassungsgericht*, se hayan preocupado también de determinar límites a la cesión de soberanía, consentidos en virtud de la cláusula europea y, de manera claramente contraria al principio de primacía del derecho europeo, hayan construido un concepto de identidad constitucional nacional. Además es oportuno resaltar que esta definición alemana de los contralímites, aunque no se diferencia sustancialmente de la versión italiana (que a tal propósito se limita sólo a hablar de la tutela de los derechos humanos y de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico), se refiere textualmente a la idea de identidad constitucional y, de una manera explícita,

¹⁵¹ Sobre la sanción de la desaplicación de la norma comunitaria ver FEUSTEL, I., *op. cit.*, p. 226.

¹⁵² Para una visión crítica de esta decisión, además de las tres opiniones contrarias, ver también VIDAL, C., *op. cit.*, p. 55.

da a entender que el fundamento de la Constitución alemana y la garantía de los derechos fundamentales representan la irrenunciable e incompresible esencia normativa de la Constitución nacional.

Por lo tanto, el paralelismo entre las estrategias procedimentales que las supremas jurisdicciones de ambos países proponen, para la tutela de las identidades constitucionales de los respectivos ordenamientos, no nos puede sorprender. De hecho, a pesar de que en Alemania un conflicto entre norma comunitaria y norma interna ordinaria puede ser resuelto fácilmente por el juez a través del instrumento de la no aplicación, hay que decir que según la doctrina del *Bundesverfassungsgericht* las diferentes hipótesis de contraste entre norma comunitaria y norma constitucional se traducen en un contraste entre principios constitucionales, por lo que se impone la intervención del Tribunal federal, el cual basándose en la concepción de equilibrio entre el valor de la integración y los otros valores fundamentales, establece la norma que debe aplicarse al caso específico¹⁵³.

De todo lo visto hasta ahora es lógico concluir que el Tribunal federal alemán preocupado por las consecuencias de una concepción incondicionada de la primacía, que el Tribunal de Justicia expone a causa de la idea de uniformidad y siguiendo las indicaciones de una cierta doctrina «tradicionalista» basada en la idea de identidad constitucional, se otorgue a sí mismo la función de defensor de la Constitución nacional.

4. LA TRANSFORMACIÓN GRADUAL DE LOS SISTEMAS DE RELACIÓN ENTRE LOS ORDENAMIENTOS Y LA ACEPTACIÓN TÁCITA DEL «MONISMO DE HECHO»: LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL COMO CONTRALÍMITE TEÓRICO DE LA PRIMACÍA

4.1 La confirmación de la teoría de los contralímites y la apertura de la jurisprudencia italiana a la inaplicación

No obstante el contundente posicionamiento de una gran parte de la doctrina, la primera reacción de la *Corte Costituzionale* italiana a la sentencia *Simmenthal* con la cual los jueces europeos han puesto en discusión todo el sistema del dualismo italiano es bastante prudente: sin desmentir abiertamente

¹⁵³ ALTER, K., *op. cit.*, p. 92, subraya que el Tribunal federal construye el sistema de control judicial de las relaciones entre derecho comunitario y derecho alemán de manera tal de reservarse siempre la posibilidad de intervenir después del Tribunal de Justicia y con la posibilidad de reservarse la última palabra sobre las reglas que deben aplicarse al caso concreto.

la jurisprudencia constitucional precedente, la «*Consulta*» se limita a constatar la inadmisibilidad de la cuestión por defecto de relevancia ¹⁵⁴.

La sucesiva sentencia *Granital* parece haber sido inspirada por una actitud de mayor consideración respecto del derecho europeo. En la misma decisión, los jueces constitucionales tienen en cuenta que los jueces ordinarios han comenzado a adherirse a las líneas trazadas por el Tribunal de Justicia y con el objetivo de disminuir la gran cantidad de procedimientos por infracción que involucraban a Italia deciden llevar a cabo el segundo viraje histórico de su jurisprudencia en materia comunitaria ¹⁵⁵. De hecho, teniendo que decidir sobre un problema de constitucionalidad planteado cinco años antes por el Tribunal de Génova sobre el pago de un impuesto por la importación de cebada ¹⁵⁶, el Tribunal sólo se limitará a garantizar de forma «ininterrumpida» e inmediata «la aplicación igual y uniforme» del derecho comunitario y considerará oportuno cambiar su orientación anterior con respecto a las relaciones entre normas europeas precedentes y disposiciones estatales sucesivas. Todo esto porque «no hay razones» para que se continúen sancionando las deformaciones de la ley interna con una declaración de inconstitucionalidad que, al menos bajo el perfil de la eficacia temporal, produce resultados bastante diferentes a los de la abrogación con los cuales se resuelve el contraste opuesto entre disposición interna precedente y norma comunitaria sucesiva. De tal manera y basándose en esta preocupación, la «*Consulta*» aceptará los perfiles del procedimiento impuestos por la doctrina *Simmenthal* y, alterando el mecanismo de control propuesto en el caso *Frontini*, reconocerá que sería la jurisprudencia ordinaria la institución judicial más adecuada para resolver los casos de «irreductible contraste» normativo ¹⁵⁷.

Por otro lado, el reconocimiento de lo lícito de la desaplicación no perjudica a la total estructura jurisprudencial asentada sobre las relaciones entre los ordenamientos. Los jueces se preocupan de corroborar la idea de la separación y, a pesar de la novedad del procedimiento propuesto, presentan la decisión como si fuese una aclaración de la jurisprudencia precedente. Partiendo de la confirmación de la doctrina dualista, en primer lugar deducen que el derecho

¹⁵⁴ Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana, 176/81, del 6 de octubre de 1981, y la sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana, 177/81. Para un comentario, ver TIZZANO, A., «Ancora sui rapporti tra norme comunitarie e norme nazionali: il caso di un conflitto sfumato», en *Foro italiano*, 1982, 1, pp. 360-362.

¹⁵⁵ Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana, 170/84, del 5 de junio de 1984. Para un comentario sobre la decisión, ver TIZZANO, A., «La Corte Costituzionale e il diritto comunitario: venti anni dopo...», en *Foro italiano*, 1984, 1, pp. 2063-2074.

¹⁵⁶ Ordenanza del Tribunal de Génova del 30 de abril de 1979.

¹⁵⁷ La Corte, aun reconociendo la institución de la desaplicación, se preocupa de darle valor a la solución hermenéutica que le permitiría al intérprete acomodar por vía interpretativa la disposición comunitaria y la disposición interna.

comunitario y el derecho nacional no tienen un sistema de fuentes integrado y que por lo tanto el mecanismo de la desaplicación, aun garantizando el predominio de la aplicación de la norma comunitaria, no establece consecuencias con relación a la validez de la norma interna contrastante. En segundo lugar, después de haber excluido la hipótesis por la cual el juez ordinario podría legítimamente desaplicar la norma europea que contraste con los principios fundamentales del ordenamiento italiano¹⁵⁸, los jueces constitucionales usan los viejos conceptos dualistas y confirman la posibilidad de intervenir con el objetivo de ejercer un control de constitucionalidad sobre el derecho comunitario que supere los límites de la cesión de competencias *ex art. 11*¹⁵⁹.

Como puede verse, una vez más, la identidad constitucional está concebida como un límite insuperable a la primacía del ordenamiento europeo. Sin embargo, en una situación en la que aceptar un modelo de control difuso pudiese determinar la derrota de la *Corte Costituzionale* y un importante fortalecimiento de las instancias comunitarias, la idea parecería más bien mostrar una orgullosa continuidad con la experiencia jurídica pasada más que una verdadera intención de uso¹⁶⁰: como consecuencia de la sentencia *Granital* la intervención de la jurisdicción constitucional, antes obligatoria, se transforma en residual y –teniendo en cuenta la actitud filoeuropea de los jueces comunes– con ello también se vuelve excepcional la posibilidad de una real prevalencia de la norma nacional.

4.2 **La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la ley de ratificación «en la parte en la que...» lesione la identidad constitucional italiana y la crisis de la idea de separación entre ordenamientos**

Por su capacidad de mostrar la contraposición entre la aplicación uniforme de la norma europea y la identidad constitucional y por su capacidad de

¹⁵⁸ La propuesta había sido apuntada después de la sentencia *Frontini* por BARILE, P., *Il cammino comunitario*, cit., p. 2416.

¹⁵⁹ TIZZANO, A., *La Corte Costituzionale*, cit., p. 2071 resalta que la intención de mantener por vía exclusiva el control sobre el respeto de los «contralímites» se deduce del hecho de que la Corte puntualizó que el juez puede desaplicar (sólo) la normativa interna que contraste con las disposiciones precedentes sin especificar ningún motivo que tenga que ver con la posibilidad de desaplicar la norma europea que perjudica los principios fundamentales.

¹⁶⁰ Según ITZCOVICH, G., *op. cit.*, p. 237 «la motivación de la sentencia, totalmente centralizada en la separación entre derecho interno y derecho comunitario, puede ser considerada como el canto del cisne del método sistemático». TIZZANO, A., *La Corte Costituzionale*, cit., p. 2071, por contra señala como, al contrario de los dictámenes pasados, la Corte en esta circunstancia se haya limitado a tener en cuenta los principios fundamentales del ordenamiento.

poner en evidencia la dimensión teórica que en el modelo italiano de apertura al derecho comunitario ha adquirido ya la amenaza de la aplicación de los contralímites, el caso *Fragd* se pone como modelo para poder llevar a cabo el análisis con más detalle¹⁶¹.

La controversia surge cuando el Tribunal de Venecia, frente a una sentencia *ex art. 177* con la que el Tribunal de Justicia limita la posibilidad de que una propia sentencia prejudicial de invalidez pueda tener efecto retroactivo hasta el punto que la lleve a resolver eficazmente la controversia que la generó¹⁶², denuncia a la *Corte Costituzionale* el contraste entre los arts. 23, 24 y 41 de la Constitución y los arts. 1 y 2 de la ley de ratificación del Tratado¹⁶³. Hay que notar que, según las indicaciones de una cierta línea doctrinal¹⁶⁴, el Tribunal no impugna la ley en su totalidad, pero se limita a impugnarla «en la parte en la que» le permite al art. 177 del Tratado CEE (como fue interpretado por el Tribunal de Justicia) producir el efecto jurídico reclamado.

Los jueces constitucionales aprovecharon la ocasión ofrecida por el reenvío y con una decisión que se caracterizó sobre todo por su ambigüedad, siguieron con su toma de posición respecto de las relaciones entre ordenamientos. De hecho, por un lado ellos rechazan la tesis de la inadmisibilidad por falta de respeto de los parámetros impuestos por la jurisprudencia constitucional precedente¹⁶⁵ y admitiendo la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la ley de ratificación «en la parte en la que...» sea lesiva de un principio fundamental, ampliaron enormemente el área de aplicación teórica de los contralímites. De esta manera se dotaron de un importantísimo instrumento judicial: la apertura a la posibilidad de un control sobre cada una de las disposicio-

¹⁶¹ Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana, 232/89, del 13-21 de abril de 1989. Para un análisis de la decisión, ver CARTABIA, M., «Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte Costituzionale», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pp. 1012-1023; DANIELE, L., «Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di giustizia comunitaria», en *Foro italiano*, 1990, 1, pp. 1855-1860, y GAJA, G., «La sentenza della Corte Costituzionale n. 232 del 1989 e i "controlimiti" alla superiorità del diritto comunitario», en AA VV, *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milán, 1991, pp. 81-86.

¹⁶² Con la decisión C-33/84, *Fragd*, del 22 de mayo de 1985, el Tribunal de Justicia aprobó que las normas del reglamento de la Comisión n. 2140/79, conforme a cómo fue modificado por el reglamento de la Comisión n. 1541/80, fueran declaradas inválidas por el veredicto anterior C-145/79, *Roquette Freres* del 15 de octubre de 1980, pero al mismo tiempo se atribuyó el derecho de constatar los efectos producidos debido a la anulación de un reglamento *ex art. 177 TCE* y concluyó que «la constatación de la invalidez de las normas del reglamento [...] no permite volver a poner en discusión el recaudo o pago compensatorio del importe compensatorio monetario efectuados por las autoridades nacionales basados en las normas citadas en el período anterior a la fecha de la sentencia que corrobora la invalidez».

¹⁶³ Ordenanza del Tribunal de Venecia del 13 de mayo de 1982.

¹⁶⁴ Así TIZZANO, A., *La Corte Costituzionale*, cit., p. 2071.

¹⁶⁵ La Abogacía del Estado que había intervenido en el procedimiento, había solicitado la inadmisibilidad del recurso (con fundamento en la presunción del respeto de los derechos fundamentales por parte de las instituciones europeas) o como alternativa la falta de fundamento.

nes (en vez del entero sistema normativo considerado en su totalidad) marcan sin lugar a dudas una extensión de los límites de intervención ¹⁶⁶. Siguiendo el mismo camino, precisan que «las exigencias primarias de la aplicación uniforme del derecho comunitario» no pueden ser acogidas legítimamente «frente a una posible violación de los principios fundamentales». Por el contrario, aun reconociendo que el derecho fundamental para la tutela jurisdiccional «se vaciaría de sus contenidos sustanciales» si se admitiese la posibilidad de que una norma inválida continúe produciendo efectos aun en el mismo caso que produjo su anulación, los magistrados constitucionales resolvieron el problema con una apresurada y poco convincente declaración de inadmisibilidad basada en la diferencia formal entre los varios procedimientos de la controversia y fundamentándose en la circunstancia de que la supuesta violación no representa una línea consolidada de la jurisprudencia europea.

Este último paso es de fundamental importancia para la comprensión de los equilibrios generales de la decisión: si bien se abre a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la ley de ratificación «en la parte en la que» lesiona un principio fundamental y si bien confirma inequívocamente la efectiva lesión, la «*Consulta*» vuelve a proponer el límite de la falta de consolidación de la línea jurisprudencial europea que había sido pensada para impedir que cualquier tipo de divergencia ocasional entre el derecho comunitario y los principios fundamentales del ordenamiento pudiesen tener como consecuencia la denuncia de los tratados. En fin, conscientes de la gravedad del asunto, que podría traer como consecuencia una «ruptura», aunque sólo circunstancial, con el Tribunal de Justicia, los jueces italianos prefieren desmentir la esencia y lo innovador de su razonamiento, aunque le envían una advertencia a sus colegas de Luxemburgo reconociendo de hecho la primacía de la norma comunitaria (*rectius*: de la interpretación de la norma comunitaria) sobre la norma constitucional, también en materia de derechos fundamentales ¹⁶⁷.

Aunque no se haya manifestado de una manera explícita, la idea de que a partir de la segunda mitad de los años ochenta la jurisprudencia constitucional

¹⁶⁶ En tal sentido, también ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, Bolonia, 1988, p. 118, cuando sostiene que la sentencia *Frontini*, habiendo elegido establecer que una posible acogida de la cuestión de constitucionalidad habría producido la anulación total de la ley de ejecución, llevaba a la elección entre todo o nada, lo cual rendía teatral el establecer los «contralímites»: «todo, porque la violación de los principios fundamentales constitucionales abre el camino aunque sólo en el caso extremo de una (improbable) denuncia de los tratados por parte de Italia; nada, porque, al mismo tiempo no se podría evitar la aplicación de reglamentos probablemente inconstitucionales en nuestro país».

¹⁶⁷ Parece interpretar la sentencia como una amonestación también VILLANI, U., «I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano», en www.europeanrights.com cuando resalta que la decisión de la *Corte Costituzionale* italiana ha producido realmente un cambio de ruta de la jurisprudencia comunitaria sucesiva.

italiana haya abandonado las matrices teóricas del modelo dualista (sólo de hecho) y la idea de que ésta haya terminado por aceptar, al menos en el plano de la aplicación práctica, las implicaciones de la doctrina comunitaria se confirman también con los acontecimientos sucesivos. Tanto en la jurisprudencia constitucional donde se declara la invalidez de las disposiciones contrastantes con el derecho comunitario¹⁶⁸ como en la jurisprudencia sobre, las así llamadas, discriminaciones inversas, el Tribunal Constitucional conforma el parámetro de constitucionalidad con la disposición comunitaria¹⁶⁹ y llega a una concepción integrada sobre las relaciones entre los ordenamientos que cada vez es más difícil de explicar bajo el principio dualista¹⁷⁰. Además, el Tribunal introduce una distinción entre la no aplicación y la desaplicación con la finalidad de subrayar la validez de la norma interna contrastante, y suponiendo una pluralidad de normas igualmente válidas, no se compagina bien con la idea dualista que, por el contrario, presupone la aplicación de la única norma legitimada por el ordenamiento para resolver en forma práctica el litigio¹⁷¹.

4.3 La nueva actitud del *Bundesverfassungsgericht* y la suspensión del control de constitucionalidad del derecho comunitario

Aunque no fuese una reacción como consecuencia del caso *Simmenthal*, también el *Bundesverfassungsgericht* entre el final de los años setenta y la mitad de los años ochenta fue protagonista de un gradual pero decidido cambio de posición: las vehementes críticas originadas por la sentencia *Solange*,

¹⁶⁸ A tal propósito, ver las sentencias 117/94, del 23-31 de marzo de 1994; 384/94, del 7-10 de noviembre de 1994, y 94/95, del 30 de marzo de 1995. Ver también la sentencia precedente 399/87, del 19 de noviembre de 1987.

¹⁶⁹ Ver las sentencias 249/95, del 16 de junio de 1995; 61/96, del 22-28 de febrero de 1996 y 443/97, del 16 de diciembre de 1997.

¹⁷⁰ Con tal fin, GROPPI, T., «Le norme comunitarie quale parametro nel giudizio (preventivo) di legittimità costituzionale delle delibere legislative regionali», en *Le regioni*, 1995, pp. 923-935, hasta llega a decir que es cada vez «más difícil apoyar la idea que entre normas internas y [...] normas comunitarias no existe una relación de jerarquía». Sobre este asunto ver lo que expone BALAGUER, F., *Fuentes del derecho*, vol. I, Madrid, p. 139, que sostiene que «La jerarquía supone (supuso al menos, en el Estado legal de Derecho) la imposición de una norma en base a su propia fuerza, a una característica permanente que no requiere de una especial regulación en el sistema jurídico. La competencia por el contrario implica la referencia a una norma sobre la producción jurídica habilitante y exige por ello una remisión al ordenamiento. Competencia y ordenamiento son así conceptos que se implican mutuamente»... «y que por ello excluyen de manera categórica que un ordenamiento fundamentado en la atribución de competencias pueda ser reconstruido en términos de jerarquía».

¹⁷¹ Ver la sentencia 168/91, del 8 de abril de 1991. Sobre la diferencia entre la no aplicación y la desaplicación, ver también CELOTTO, A., «Le “modalità” di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, 6, pp. 1473-1484, que recalca la utilización discontinua y no homogénea.

inducen al Tribunal federal a tomar en consideración todas las opiniones expresadas y sobre todo aquellas que estaban en desacuerdo en el año 1974 y de esta manera tratar de acomodar algunas posiciones adoptadas, en la tan contestada disposición.

Así, con la decisión *Vielleicht*, los magistrados de Karlsruhe convocados para resolver un conflicto entre algunas disposiciones del Tratado CEE y los arts. 19, 97, 1 y 20 de la Constitución nacional¹⁷², vuelven a proponer la dialéctica argumentativa seguida en el caso *Solange*, pero se atribuyen el poder de decidir sobre la posibilidad de admitir tales controversias al juicio de constitucionalidad¹⁷³. En la misma dirección «revisionista» también el dictamen relativo al caso *Eurocontrol* con el que los mismos jueces establecen que, debido a la legítima cesión de competencias *ex art. 24 del Grundgesetz*, es suficiente un sistema de protección de los derechos fundamentales que garantice la esencia de la identidad constitucional nacional y no es, por el contrario, imprescindible la existencia de un catálogo fundamental de derechos y la elección directa del Parlamento europeo¹⁷⁴.

Sólo con la decisión *Solange II* se supera la orientación de 1974 y básicamente se establece un viraje en la jurisprudencia constitucional alemana¹⁷⁵. La ocasión para la revisión aparece con una controversia en materia agrícola: un importador de champiñones, después de haberse quejado ante el Tribunal de Justicia sobre la posible invalidez de un reglamento comunitario, pretendió que el *Bundesverwaltungsgericht* llevase a cabo un nuevo reenvío *ex art. 177 CEE* o, en alternativa, sometiese la decisión que lo desfavorecía al *Bundesverfassungsgericht*. Tras el rechazo por parte del Tribunal administrativo, el mismo propone un recurso al Tribunal constitucional, donde se queja de que la falta del reenvío habría lesionado su derecho al juez predeterminado por la ley garantizado por el art. 101 de la Constitución alemana.

¹⁷² El caso inicia cuando el *Wervaltungsgerichtof* de Frankfurt, frente a un contraste entre las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de estado y algunas disposiciones alemanas en materia de desarrollo agrario, reclama una cuestión prejudicial *ex art. 177 CEE* y como respuesta obtiene la desaplicación de la norma interna a favor de la norma constitucional. Insatisfecho por la respuesta obtenida y con la esperanza de producir un contraste entre las jurisdicciones (a tal propósito, ver ALTER, K., *op. cit.*, p. 94), el juez administrativo alemán se dirige al *Bundesverfassungsgericht* para solicitar la revisión constitucional del dictamen.

¹⁷³ Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 52, 187, *Vielleicht*, del 25 de julio de 1979. Para un análisis a la decisión, ver VIDAL, C. *op. cit.*, pp. 55-58.

¹⁷⁴ Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 58, 1, *Eurocontrol*, del 23 de julio de 1981. Para un análisis a la decisión ver EMBID IRUJO, A. «Derechos fundamentales y protección jurídica contra actos de organizaciones internacionales. El caso *Eurocontrol*», en *Revista española de derecho administrativo*, 1983, 38, pp. 421-427.

¹⁷⁵ Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 73, 339, *Solange II*, del 22 de octubre de 1986.

Aparte del reconocimiento del Tribunal de Justicia como juez garantizado por la Ley fundamental, es interesante observar que, al rechazar la cuestión de constitucionalidad, los magistrados de Karlsruhe, aun convalidando la estructura teórica de la primera decisión *Solange*, revisan la teoría de la «congruencia» y vuelven a definir la estrategia procesal seguida para garantizar su control sobre el respeto de la identidad constitucional. De hecho, por un lado, ellos reconocen que pretender una absoluta identidad en las modalidades de tutela de los derechos fundamentales no hace más que dejar un vacío en la disposición del art. 24 y, abandonando la pretensión de congruencia según lo establecido en la decisión *Solange*, determinan la protección de estándares equivalentes como límite al ordenamiento comunitario¹⁷⁶. Por el otro, reconocen que desde 1974 han ocurrido hechos de gran importancia política y constitucional por lo que, teniendo en cuenta también el redimensionamiento de los ámbitos de identidad del derecho alemán, revisan su posición sobre el sistema comunitario para excluir la necesidad de un control de constitucionalidad¹⁷⁷: mientras el ordenamiento europeo mantenga adecuados estándares de protección de los derechos fundamentales, los jueces ordinarios no tendrán más la potestad de cuestionar la constitucionalidad de normas europeas y, luego de haber consultado al Tribunal de Justicia, tienen el deber de aplicar la primacía.

Mientras los jueces se preocupen de no desmentir manifiestamente sus propios precedentes y de igual forma se preocupen de reservarse la competencia de decidir sobre una reapertura del control de constitucionalidad¹⁷⁸, la presunta conformidad del derecho europeo reduce la cláusula de salvaguarda de la identidad a una simple hipótesis teórica que, a menos que no haya clamorosos *revirement*, no está garantizada por ningún mecanismo procesal. También, tomando en consideración el hecho de que con un sucesivo dictamen el *Bundesverfassungsgericht* llega a sancionar al *Bundesfinanzhof* por no respetar una decisión prejudicial¹⁷⁹, es lógico concluir que al igual que el verdadero

¹⁷⁶ Basados en este ámbito ver RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.-WOELKER, U., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad. La decisión del Tribunal constitucional federal alemán del 22 de octubre de 1986», en *Revista de instituciones comunitarias*, 1987, 3, pp. 667-681, que para sostener que el núcleo identitario de la constitucionalidad se ha reducido sólo al respeto de la dignidad humana, señala que entre las dos decisiones *Solange* se pudo constatar el paso de la tutela de los derechos fundamentales confirmados en la primera parte de la Constitución, a la tutela de los principios que inspiran los derechos fundamentales.

¹⁷⁷ Sobre este punto, ver BAÑO LEÓN, J. M., «Los derechos fundamentales en la Comunidad europea y la competencia del juez nacional», en *Revista española de derecho administrativo*, 1987, 54, pp. 277-286.

¹⁷⁸ Es lo que afirma RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.-WOELKER, U., *op. cit.*, pp. 679-681, aun reconociendo la importancia de las novedades introducidas por la sentencia.

¹⁷⁹ Ver la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 75, 223, *Kloppenburg*, del 8 de abril de 1987. Para mayor información sobre este caso, ver ALTER, K., *op. cit.*, pp. 98-104.

significado de la sentencia *Granital* en Italia, la decisión *Solange II* señala un triunfo (aunque potencialmente reversible) de las razones uniformadoras del derecho europeo sobre las razones identitarias del derecho constitucional alemán¹⁸⁰.

4.4 La extensión de la teoría de los contralímites y la superación de la doctrina *Solange II*

Los cambios históricos ligados a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, influyen inevitablemente en el sistema de relaciones entre el ordenamiento alemán y el ordenamiento comunitario y, dejando aparte, una aparente continuidad jurisprudencial, son también la causa de importantes cambios en las decisiones del *Bundesverfassungsgericht*.

Por este motivo, en primer lugar, hay que señalar que el nuevo art. 23 de la Constitución alemana modifica el procedimiento ordinario, previamente establecido por el art. 24 y, a través de una disposición sobre la ratificación de los tratados europeos con la participación del *Bundesrat* y con una mayoría parlamentaria de dos tercios, involucra también en el negociado político a los *Länder* y la participación de los partidos minoritarios¹⁸¹. Además, el mismo artículo, afirmando que «la República Federal alemana coopera en el desarrollo de una Unión europea» garante «de la protección de los derechos fundamentales» y respetuosa de los «principios del estado democrático, del estado federal,

¹⁸⁰ En contra de esta interpretación ALTER, K., *op. cit.*, pp. 96-98, que, aunque reconozca que la opinión referida en el texto es la dominante en la doctrina, sostiene que las dos decisiones *Solange* representaron una gran victoria del Tribunal constitucional porque además de imponer una actitud más prudente a las instituciones políticas comunitarias (e *in primis* al gobierno alemán), han puesto orden en el comportamiento de jueces ordinarios renuentes que habían vislumbrado en el Tribunal de Justicia un apoyo útil para poder capear la jerarquía judicial, imponiendo a los jueces de Luxemburgo la prescripción de la jurisprudencia constitucional y, a través del control de las condiciones de garantía de los derechos fundamentales se reservaron la posibilidad de pronunciar la última palabra en materia de relaciones entre ordenamientos. Por muy interesante que sea esta hipótesis no parece muy aceptada ya que no toma en consideración el hecho de que, suponiendo la presunta conformidad del derecho europeo, los jueces constitucionales alemanes relacionaban su poder legítimo de pronunciar la última palabra sobre el derecho comunitario al hecho de constatar una situación muy improbable.

¹⁸¹ Según KOKOTT, J., «Report on Germany», en SLAUGHTER, A. M.-STONE SWEET A.-WEILER, J. H. H., *The European Court and national Courts*, Oxford, Hart Pub., 1998, pp. 77-131, el cambio del procedimiento de ratificación de los tratados europeos es el emblema de la nueva fase histórica en la que se coloca la reforma constitucional: si –para salir del aislamiento internacional en el que se encuentra– Alemania que había apenas salido de la guerra se vio obligada a aceptar que se limitase la aplicación de la propia Constitución y no se pudo permitir ni el lujo de procedimientos sobrecargados de ratificación ni tampoco el lujo de declarar la inconstitucionalidad de las leyes de ratificación. La Alemania de los primeros años noventa, finalmente unida es uno de los motores de la integración europea y puede permitirse finalmente una actitud de mayor rigor constitucional respecto a los acuerdos internacionales.

del estado de derecho y del principio de subsidiariedad», reconoce la legitimidad de la orientación jurisprudencial según la cual existen límites a la cesión de soberanía nacional.

Orgullosa de este explícito reconocimiento de su doctrina y temerosa de que una interpretación evolutiva del nuevo Tratado pudiese ulteriormente disminuir el ámbito de sus privilegios¹⁸², el *Bundesverfassungsgericht* no deja escapar la ocasión de un recurso presentado en contra de la constitucionalidad de la ley alemana de ratificación y¹⁸³ dándole importancia a la idea de que la nueva Unión representa una «*staatenverbund*¹⁸⁴» basado en el principio de atribución de competencias, extiende nuevamente los límites de control de constitucionalidad¹⁸⁵. Particularmente, el Tribunal constitucional, renegando del *self-restraint* llevado a cabo en el caso *Solange II*¹⁸⁶ establece que cualquier disposición europea que viole los derechos fundamentales tutelados por la Constitución será sometida a revisión y declarada inaplicable. Sin embargo, esta fuerte voluntad de reafirmar la competencia sobre la aplicabilidad del derecho europeo no se limita sólo a la hipótesis de vulneración de los principios fundamentales sino que también los jueces de Karlsruhe especifican, que queda un margen para el control de constitucionalidad en el momento en el que las instituciones europeas violen la atribución de competencias prevista en los tratados¹⁸⁷.

Por ello se debe subrayar que, al igual que en Italia con el caso *Fragd*, el Tribunal constitucional, aun habiendo admitido que la privación del derecho de voto previsto por el art. 38 de la Constitución alemana en forma abstracta pudiese determinar una hipótesis de legítima aplicación de los contralímites¹⁸⁸, esta-

¹⁸² Con respecto a este argumento, ver ALTER, K., *op. cit.*, p. 105.

¹⁸³ El recurso que generó la sentencia fue presentado por cuatro parlamentarios alemanes en contra de la ley de ratificación del Tratado de Maastricht. En contra del Tratado había sido presentado también un recurso por parte de un particular que se quejaba sobre la compatibilidad constitucional de la ley de modificación del art. 23 del *Grundgesetz*. El *Bundesverfassungsgericht* considera este segundo recurso inadmisibles y admite el primero sólo en la parte en la que se queja sobre una posible vulnerabilidad del derecho al sufragio garantizado por el art. 38 de la Constitución nacional.

¹⁸⁴ La expresión significa exactamente asociación de estados y debe ser interpretada de manera diferente a la idea de estado federal. Para mayor información sobre la idea de *staatenverbund* se me permita remitirlos a VECCHIO, F., «Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?», en www.diritto.it.

¹⁸⁵ Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 89, 155, *Maastricht*, del 12 de octubre de 1993. Para un breve análisis a la decisión, entre tantos, ver GRIMM, D. «Una Costituzione per l'Europa?», en LUTHER, J.-PORTINARO, P. P.-ZAGREBELSKY, G., *Il futuro della Costituzione*, 1996, Bari, pp. 340-368, y HABERMAS, J., «Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Grimm Dieter», en LUTHER, J.-PORTINARO, P. P.-ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, pp. 369-375.

¹⁸⁶ Se expresa así ALTER, K., *op. cit.*, p. 106.

¹⁸⁷ Sobre la cuestión de la *kompetenz-kompetenz* en la sentencia *Maastricht* se reenvía al análisis de KOKOTT, J., *op. cit.*, pp. 92-107.

¹⁸⁸ Con respecto al significado que se le da al art. 38 *Grundgesetz* sobre los equilibrios generales se reenvía a ZEI, A., «Un colpo al cerchio e uno all'Europa: la Germania dopo la sentenza Lisbona», en

blece que el Parlamento alemán mantiene de todas formas privilegios significativos y excluye que las competencias atribuidas específicamente a las instituciones comunitarias produzcan una lesión similar. En resumen, aunque se regrese a un tono enérgico y a pesar de su profundo significado político y simbólico¹⁸⁹, el *Bundesverfassungsgericht* se limita sólo a circunscribir por vía interpretativa las disposiciones más problemáticas del nuevo Tratado europeo.

Lo ambiguo (y en ciertos aspectos contradictorio) de la línea jurisprudencial inaugurada en el caso *Maastricht* encuentra un sustento también en las sucesivas decisiones. De hecho, por un lado los jueces constitucionales siguen extendiendo y precisando el ámbito de la identidad constitucional alemana a través del establecimiento de hipótesis idóneas en forma abstracta para integrar el hecho jurídico de los contralímites: de tal manera, con una ordenanza del 2004 (que tenían que ver con las relaciones entre *Bundesverfassungsgericht* y Tribunal europeo de los derechos humanos), proponen el derecho de familia, el derecho de los extranjeros y los derechos de la personalidad como ámbitos privilegiados para su intervención¹⁹⁰. Por el otro –aunque volviesen a proponer las matrices teóricas de la decisión de 1993– consideran no admisible el caso propuesto¹⁹¹, o como ocurrió en el caso de la llamada «guerra de las bananas» evitan intervenir de manera efectiva declarando la no aplicación del derecho comunitario o la inconstitucionalidad de la ley alemana de ratificación¹⁹². Incluso llegan a sancionar a los jueces ordinarios que no acaten la obligación de vincularse a las sentencias del Tribunal de Justicia¹⁹³.

www.federalismi.it, que resalta que a propósito de esta nueva concepción del derecho de voto, habla de la solución de la contraposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo.

¹⁸⁹ Conforme a lo citado por PERNICE, I.-MAYER, F., «La costituzione integrata dell'Europa», en ZAGREBELSKY, G., *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, 2003, pp. 43-68, la sentencia del *Højesteret* danés, I-3611/1997, del 6 de abril de 1998, está claramente influenciada por la jurisprudencia constitucional alemana y por la sentencia *Maastricht*.

¹⁹⁰ Ordenanza del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 117, 307, *Görgülü*, del 14 de octubre de 2004. Para un comentario a la sentencia ver PALERMO, F., «Il Bundesverfassungsgericht e la teoria “selettiva” dei controlimiti», en *Quaderni costituzionali*, 2005, 1, pp. 181-188, y DI MARTINO, A., «Il Tribunale costituzionale tedesco delimita gli effetti nel diritto interno delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁹¹ Ver, por ejemplo, la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 97, 350, *Euro*, del 31 de marzo de 1998. Para mayores referencias sobre el caso ver VIDAL, C., *op. cit.*, p. 71.

¹⁹² Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 102, 147, *Bananenmarktordnung* del 7 de junio de 2000. Para una reconstrucción de la controversia y para un comentario ver ITZCOVICH, G., «L'integrazione europea tra principi e interessi. Giudici nazionali e Corte di Giustizia nella “guerra delle banane”», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2004, 2, pp. 358-424, y ALTER, K., *op. cit.*, pp. 110-117. En la misma dirección la sentencia *BVerfGE*, 92, 203, *Fernsehrichtlinie*, del 22 de marzo de 1995.

¹⁹³ Por ejemplo, con la decisión *BVerfG.*, I BVR 1036/99, *Teilzeitarbeit*, del 9 de enero de 2001, los jueces constitucionales alemanes anulan una sentencia que el *Bundesverwaltungsgericht* había dictaminado rechazando recurrir al Tribunal de Justicia. Para mayor información sobre esta disputa y sobre otros casos análogos ver VIDAL, C., *op. cit.*, p. 71.

4.5 La gradual transformación de los sistemas de relación entre los ordenamientos y la aceptación del «monismo de hecho»: la identidad constitucional como contralímite teórico a la primacía

Esta reseña de jurisprudencia italiana y alemana debería haber alumbrado la estrategia original con la cual, entre el inicio de los años ochenta y los primeros años del nuevo milenio, los jueces constitucionales siguieron el «camino comunitario» iniciado en los años sesenta y con la que gradualmente se repliegan a las peticiones de los jueces de Luxemburgo. Es así como, la orgullosa reconfirmación de las argumentaciones dualistas, no puede esconder las profundas transformaciones que en el tiempo han llevado a las dos supremas jurisdicciones a modificar su orientación y a aceptar una disciplina para las relaciones entre los ordenamientos que parece inspirada por un paradigma pluralista que renuncia al dogma de la exclusividad de la norma jurídica nacional¹⁹⁴. De igual forma nos encontramos con situaciones en que la *Corte Costituzionale* italiana reconoce el mecanismo de la desaplicación/no aplicación de la previsión interna o cuando reconoce la legitimidad de la convivencia de normas jurídicas que provienen de sistemas jurídicos diferentes y abstractamente idóneos para regular las propias normas. Lo mismo sucede cuando el *Bundesverfassungsgericht* supera su desacuerdo, reconociendo la primacía del derecho europeo en contraste con las normas constitucionales y rechaza declarar inaplicable la disposición comunitaria o cuando interviene para sancionar las decisiones judiciales que no respetan los dictámenes del Tribunal de Justicia.

Es más, algunas conclusiones de la jurisprudencia constitucional parecen ser la consecuencia de la adhesión a un paradigma monista «de hecho»¹⁹⁵ que,

¹⁹⁴ Sobre la superación del principio de exclusividad ver PINELLI, C., *Costituzione e principio di esclusività*, Milán, 1990. Además, según ITZCOVICH, G., *Teorie*, cit., p. 238, a partir de la sentencia *Granital*, la justificación de los jueces constitucionales italianos se acerca a las doctrinas pluralistas de las ciencias internacionales de los años sesenta (Durante y Barile, G.) y a las teorías del pluralismo institucional de Santi Romano [para un comentario reciente ver GROSSI, P., «Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, 1, pp. 1-22].

¹⁹⁵ Según PALERMO, F., *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 188, «Los jueces constitucionales [...] continúan apoyando todavía un dualismo despiadado y a practicar un monismo de hecho: mientras más se corroboran los contralímites en palabras menos consecuencias de los hechos en la práctica, se obtiene». La expresión «monismo de hecho» fue repropuesta recientemente por G. RAIMONDI, G., «L'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo», en www.astrid-online.it.

Según DEMURO, G., «La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di applicazione dei regolamenti comunitari», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, pp. 2366-2395, la *Corte Costituzionale* italiana parece «dualista en las premisas y monista en las conclusiones». En el mismo sentido también GUZZETTA, G., «Annullamento delle leggi regionali "anticomunitarie": crisi di un modello giurisprudenziale», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 4238-4266, cuando sostiene que las sentencias pro-

por razones de certeza jurídica, impone anular la disposición interna que contraste con la disposición comunitaria.

En este panorama una parte de la doctrina concluyó que, a pesar del tono áspero y polémico que ha caracterizado alguno de los dictámenes de las dos instituciones judiciales supremas y a pesar de la extensión (virtual) del control de constitucionalidad de las actas comunitarias dañinas para el principio de atribución de las competencias, todo lo referido a la identidad constitucional (y en general a la teoría de los contralímites) tiene que ser interpretado como llamamiento estilístico que expresa un poder excepcional para bloquear la eficacia del derecho europeo. En conclusión, estos se transformarían en un «arma desafilada¹⁹⁶» que, sin impedir el funcionamiento unitario del sistema, substancialmente dejarían a la primacía la tarea de resolver las contradicciones normativas y en la práctica, delega al Tribunal de Justicia la función de acomodar las exigencias identitarias de los sistemas constitucionales nacionales y las exigencias de uniformidad y de certeza jurídica requeridos para el correcto funcionamiento del mercado común europeo¹⁹⁷.

5. MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM, PLURALISMO CONSTITUCIONAL Y LA UNIDAD MATERIAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTEGRADO

5.1 La integral perspectiva constitucional del proceso de integración europea

Con la intención de desarrollar un marco conceptual capaz de ofrecer una cobertura teórica a las anomalías del proceso europeo, las ciencias jurídicas y las ciencias políticas propusieron leer la evolución jurisprudencial, ilustrada en las páginas precedentes, en el interior de un horizonte dogmático de mayor

nunciadas por vía directa del mismo Tribunal destituyen «de cualquier utilidad práctica la muy original reconstrucción de nuestro juez constitucional, fundamentada en la idea de dos sistemas de fuentes [...] paralelos y coordinados».

¹⁹⁶ La expresión, bastante difundida en el debate de los especialistas, entre estos es utilizada por RUGGERI, A., «Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali», en www.associazionedeicostituzionalisti.it, y por Pollicino, O., «Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato», en www.forumcostituzionale.it.

¹⁹⁷ Crítica esta actitud de «autoexclusión» de la *Corte Costituzionale* italiana, SALMONI, F., «La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità europee», en *Diritto pubblico*, 2002, 2, pp. 491-564.

respiro y de revisar a través de una visión constitucional, el fenómeno de la integración.

Así, a partir de una concepción «contractualista» del poder público que le confía a la constitución la tarea de fundar y definir los límites del sistema institucional¹⁹⁸ cuya orientación a diferencia del planteamiento monista (que encuentra el fundamento sólo en la previsión supranacional) y del planteamiento dualista (que encuentra el fundamento en la previsión nacional), considera que existe un ordenamiento europeo dotado de un fundamento dual que tiene que buscarse en una interpretación conjunta de la norma supranacional y de la norma interna permisiva de la participación estatal al proceso de integración. Además –siempre según esta reconstrucción– el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales, por lo menos a partir del momento en el que se afirmó el principio de la eficacia directa, han desarrollado una relación de recíproca limitación: por un lado, la aplicación de las normas nacionales pueden encontrar una limitación en las previsiones europeas y viceversa, a través de los contralímites, la aplicación de las normas europeas pueden ser obstaculizadas por algunas previsiones nacionales. Por el otro, la presencia de disposiciones de procedencia externa, cuando no impiden *tout court* la aplicación, interfieren en la interpretación de las disposiciones internas del ordenamiento analizado¹⁹⁹.

Tomando en consideración que en la fundación del ordenamiento jurídico supranacional se observa una función común y un origen parcial y abierto de los dos niveles del ordenamiento²⁰⁰, todo el material escrito que se refiere a los mismos considera que un análisis por separado del sistema normativo comunitario y de cada uno de los sistemas normativos nacionales es metodológicamente incorrecto. Más bien, se impone una reconstrucción, que en su totalidad, considerando la importancia de las relaciones que hay entre los di-

¹⁹⁸ Según PERNICE, I.-MAYER, F., *op. cit.*, pp. 44-45, la concepción contractual del poder público se distingue de la concepción naturalista porque, a diferencia de esta que sostiene que el estado es una organización dotada de finalidades propias ya preexistentes a cualquier forma de acuerdos políticos, considera que las instituciones públicas son funcionales para las colectividades que las constituyen y que están formadas por acuerdos constitutivos específicos (por ejemplo: constituciones o acuerdos internacionales).

¹⁹⁹ Dos orientaciones opuestas sobre los espinosos problemas creados por la interpretación conforme en el sistema europeo han sido expresados por LUCIANI, M., «Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"», en *Foro amministrativo TAR*, 2007, 7-8, pp. 87-101 y por RUGGERI, A., «Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative», en www.federalismi.it. Ruggeri ha corroborado una posición similar también en id., «Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme», en www.forumcostituzionale.it.

²⁰⁰ La idea de la constitución parcial y del ordenamiento abierto está desarrollada en HABERLE, P., «Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale», en *Diritto pubblico comparato europeo*, 2002, 2, pp. 455-462.

ferentes sistemas jurídicos, constate las funciones conjuntamente ejercidas por los sistemas normativos nacionales y por el sistema normativo comunitario y considere el orden jurídico europeo como una unión dinámica de constituciones, basada en la cooperación y en la interacción dialéctica entre una pluralidad de niveles institucionales no homogéneos²⁰¹: ordenamientos constitucionales nacionales y ordenamiento comunitario, que fundamenten y al mismo tiempo limiten el poder europeo, representan las dos caras inamovibles de una constitución material unitaria de Europa que juntas integran un innovador ordenamiento jurídico de origen mixto, dotado de unos propios criterios hermenéuticos²⁰².

5.2 Desde la unidad «ontológica» hasta la unidad «deontológica»: la «armonía entre diversos» y el funcionamiento materialmente unitario del sistema jurídico europeo

La principal ventaja de este revolucionario concepto metodológico –al menos según una parte de los autores que se inspiran en el mismo²⁰³– estaría en su capacidad de no dramatizar la cuestión de la unidad del ordenamiento jurídico y de superar definitivamente los peligrosos esquemas institucionales del *ius publicum europaeum* y sobre todo la teoría de la soberanía²⁰⁴. Según esta perspectiva, el valor guía del nuevo método constitucional estaría representado por un sincero y dinámico pluralismo institucional, basado en el valor de la «tolerancia constitucional²⁰⁵».

²⁰¹ Ver lo sostenido por PERNICE I.-MAYER, F., *op. cit.*, p. 52.

²⁰² Sobre el tema de la interpretación contextual y comparativa como quinto método de interpretación HABERLE, P., «La Costituzione nel contesto», en *Nomos*, 2002, 2, pp. 7-24 e *id.*, «Per una dottrina della costituzione europea», en *Quaderni costituzionali*, 1999, 1, pp. 3-30.

²⁰³ Para distinguir las varias posiciones adoptadas por la ciencia constitucional que se identifica en el modelo metodológico de la teoría haberliana y de igual manera en la doctrina de la constitución multinivel, se reenvía a Balaguer, F., en «Derecho constitucional europeo», en BALAGUER CALLEJÓN F., (coord.) BALAGUER CALLEJÓN, M.-CÁMARA VILLAR, G.-LÓPEZ AGUILLAR, J.-MONTILLA MARTOS, J., *Manual de derecho constitucional*, vol. I, Madrid, 2009, pp. 210-219. Además, permítase remitirme a lo expuesto en VECCHIO, F., «Costituzionalismo multilivello e unità interpretativa dell'ordinamento giuridico», en *Rassegna parlamentare*, 2010, 4, pp. 863-880.

²⁰⁴ Para una crítica a este intento por superar la teoría de soberanía ver de manera general CANTARO, A., *op. cit.*, pp. 36-38.

²⁰⁵ Si bien la encontraremos analizada en varios puntos de la implementación teórica de Joseph Weiler, la idea de la tolerancia constitucional ha sido formulada de forma muy concreta en WEILER, J., «Federalismo e costituzionalismo: il "Sonderweg" europeo», en WEILER, J., *op. cit.*, pp. 511-535, donde por otro lado se desarrolla también la idea de *Sonderweg* (literalmente la vía especial) europea. La misma idea se encuentra en GAMBINO, S., *op. cit.*

Basándose en el valor negativo de la pasada experiencia jurídica, se explica el por qué, frente a la cuestión de la unidad de un ordenamiento tan peculiar, los «constitucionalistas multinivel²⁰⁶» conscientes de la función unificadora e históricamente garantizada por la soberanía y de la inevitable unión entre la unidad y la misma existencia del ordenamiento, elaboren perfiles teóricos bastante distantes de la tradición política constitucional de la edad moderna. De hecho, por un lado rechazan con decisión, la perspectiva de una unidad «ontológica» garantizada, de antemano, por la definición de reglas precisas de conflicto, pero por el otro se apresuran a puntualizar que, ante la fuerte tensión unitaria que caracteriza las sentencias y ante la homogeneidad (no la identidad) de los puntos de vista que caracterizan el orden jurídico europeo y los sistemas estatales, la coexistencia de diferentes normas jurídicas igualmente válidas y la existencia de un sistema judicial bicéfalo no representan un obstáculo insuperable para dar una interpretación integrada del ordenamiento. En primer lugar, porque las numerosas referencias a la cooperación (o a la coordinación) entre los ordenamientos y las jurisdicciones contenidas en las sentencias jurisprudenciales precedentes muestran, claramente, tanto la existencia de un espíritu de colaboración entre los diferentes organismos judiciales como la absoluta excepción de una hipótesis de ruptura²⁰⁷. En segundo lugar, porque la ausencia estructural de una norma o de una autoridad de cierre, se compensa con el diálogo entre las instituciones judiciales nacionales, las instituciones judiciales comunitarias y las instituciones políticas comunitarias, que impiden que los conflictos degeneren en un embarazoso y peligroso contraste entre los enjuiciados. Además, más allá de la simple (pero, al menos al inicio, no predecible) unidad material del ordenamiento integrado (entendida como una no contraposición entre los enjuiciados), el enfrentamiento continuo entre las recíprocas y no siempre coincidentes «verdades» ha permitido un acercamiento progresivo entre las posiciones de los jueces de Luxemburgo y las posiciones de los otros jueces supremos europeos

²⁰⁶ Si bien está influenciado por la teoría haberliana y en parte de la teoría weileriana (ver a tal fin, en BALAGUER CALLEJÓN, F., «Derecho constitucional europeo», en BALAGUER CALLEJÓN F. (coord.): BALAGUER CALLEJÓN M.-CÁMARA VILLAR G.-LÓPEZ AGUILLAR J.-MONTILLA MARTOS, J., *op. cit.*, p. 213) la primera formulación explícita del concepto de *multilevel constitution* viene formulada en PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european Constitution-making revisited?», en *Common market law review*, 1999, 4, pp. 703-750 y que fue desarrollada antes en *id.*, «Multilevel constitutionalism in the European Union», en *European law review*, 2002, 5, pp. 511-529, y de reciente en *id.*, «The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action», en *Columbia journal of european law*, 2009, 3, pp. 349-408.

²⁰⁷ De hecho es el caso de recordar que la sentencia *Maastricht* habla de cooperación entre los Tribunales, la sentencia *Granital* habla de ordenamientos coordinados y la sentencia *Frontini* a propósito de una hipótesis de la vulnerabilidad de los derechos fundamentales por parte de las instituciones comunitarias habla de hipótesis aberrante.

y, a lo largo del tiempo, ha garantizado un desarrollo jurisprudencial homogéneo y coherente²⁰⁸. En resumen, este original sistema jurisdiccional ha mostrado la capacidad de empujar a los actores (no sólo judiciales) del proceso europeo hacia soluciones aceptables sea a nivel comunitario que a nivel nacional y con bastante frecuencia se ha dado que los compromisos propuestos por los organismos jurisprudenciales han sido acatados por los ordenamientos jurídicos y se han reducido las diferencias que había al inicio, creando las condiciones para un avance normativo en la integración política²⁰⁹.

Más que constituir un problema jurídico, esta forma «deontológica» y dinámica de unidad que delega el correcto funcionamiento del sistema, al sentido de responsabilidad de las instituciones involucradas en el proceso europeo se adaptan perfectamente con los esquemas institucionales del estado constitucional y conforme al juicio de los constitucionalistas que se reconocen en este método²¹⁰, se tiene también la ventaja de representar de forma auténtica el *ethos* original de una integración que ha tenido siempre como objetivo el llevar a cabo la «unidad en la diversidad²¹¹».

5.3 La función dialéctica de la identidad constitucional: límite hipotético a la primacía y la garantía de la «unidad en la diversidad»

Considerando las peculiaridades de la perspectiva propuesta, los autores que defienden el nuevo horizonte metodológico consideran reduc-

²⁰⁸ Sobre el tema de la unidad material del ordenamiento y de los criterios establecidos por el ordenamiento constitucional italiano ver RUGGERI, A., «Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti”», *cit.*, ONIDA, V. «“Armonia tra diversi” e problemi aperti», en *Quaderni costituzionali*, 2002, 3, pp. 549-557.

²⁰⁹ Más allá de las modificaciones constitucionales introducidas en materia de cláusula europea nos podemos referir al caso *Krejl* con el cual luego de la sentencia C-285/98, *Tanja Kreil*, del 11 de enero de 2000, del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas el legislador constitucional alemán retuvo oportuno modificar el art. 12A del *Grundgesetz* para adecuarlo al contenido de la sentencia. Para un análisis a tal decisión ver DI SALVATORE, E., «Forze armate e libertà di lavoro delle donne, tra diritto comunitario e *Grundgesetz*: il caso *Kreil*», en *Diritto pubblico comparato europeo*, 2000, 2, pp. 767-773. Para un acercamiento a las cláusulas europeas ver CELOTTO A.-GROPPI, T., «Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, 6, pp. 1309-1384.

²¹⁰ LUCIANI, M., «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polémico», en www.associazionedeicostituzionalisti.it, aun reconociendo la capacidad descriptiva de la estructura teórica que se le atribuye al constitucionalismo multinivel, critica la construcción dogmática a la cual se hace referencia e individualiza una distinción entre los constitucionalistas polémicos que utilizan el método constitucional tradicional y los constitucionalistas conciliadores que se basan en los dogmas del neoconstitucionalismo.

²¹¹ Queriendo resaltar el espíritu pluralista de la estructura institucional comunitaria, el lema oficial de la Unión europea habla de una Europa «unida en la diversidad». WEILER, J., *Federalismo e costituzionalismo*, *cit.*, p. 516, además pone en evidencia que el Preámbulo del Tratado de Roma está inspirado en una dimensión procesal [...] poner las bases de una Unión cada vez más unida [...] y plural [...] entre las poblaciones europeas [...].

cionista tomar, en forma aislada, cada una de las decisiones que distinguen la compleja evolución jurisprudencial que ha permitido confirmar la identidad constitucional, como excepción a la uniformidad del sistema jurídico europeo y como freno a la aplicación de la primacía del derecho comunitario.

Más bien, ellos piensan que esta jurisprudencia debería estar enmarcada en una perspectiva dinámica y que, junto a las cuestiones concretas del caso examinado, debería valorarse en su justa medida la lógica «monitoria» de cada una de las sentencias que en vez de limitarse a seguir el «camino comunitario» de los tribunales constitucionales nacionales evidencien también los efectos producidos en términos de interacción dialógica entre los varios niveles institucionales.

Bajo esta óptica, este particular sector de las ciencias jurídicas sostiene que, aun no tomando en consideración su falta de participación concreta, la reserva de jurisdicción nacional ligada a la cláusula sobre la identidad constitucional logró incidir en las decisiones de las instituciones comunitarias y, de forma más general, en el desarrollo de los acontecimientos de la integración.

Siguiendo esta línea, en primer lugar se afirma que la amenaza de un control constitucional determinó una mayor prudencia del Consejo de Ministros europeos: tomando en consideración los contralímites, los gobiernos nacionales –tradicionalmente acostumbrados a aprovecharse de los mecanismos decisionales comunitarios para adoptar disposiciones políticamente impopulares o jurídicamente vinculantes²¹²– han tratado de limitar el uso de los instrumentos normativos comunitarios o, por lo menos, han tratado de buscar remedios capaces de compensar los desequilibrios producidos. De la misma manera, se ha constatado que la oposición de la jurisprudencia constitucional nacional condicionó la orientación del Tribunal de Justicia: el caso de los derechos fundamentales que, en un primer momento, fueron negados por los magistrados de Luxemburgo y después reconocidos a través de la ingeniosa construcción de las tradiciones constitucionales comunes, representa sólo el primer y más importante ejemplo de la influencia ejercida por los jueces nacionales sobre sus colegas europeos. Este caso podría estar acompañado por otras situaciones similares²¹³.

²¹² Este perfil está destacado con fuerza por WEILER, J. H. H., *La trasformazione*, cit., pp. 75-76.

²¹³ Ver por ejemplo la dialéctica entre el Tribunal constitucional español y el Tribunal de Justicia en el caso FOGASA. Para un comentario sobre esta controvertida cuestión se reenvía a IZQUIERDO SANS, C., «Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)», en *Revista española de Derecho Europeo*, 2010, 34, pp. 193-233.

En esta dimensión de «constitucionalismo procesal»²¹⁴ la doctrina de la *primauté* adquiere un significado particular ya que, lejos de ser concebida de una manera totalmente incondicionada, se traduce en una primacía aplicativa que (respetando las condiciones a las cuales está sometida) tiene que ser entendida como *extrema ratio* y que no incide en la validez de la norma desaplicada²¹⁵. De igual forma, también la identidad constitucional y de manera más en general, los contralímites, adquieren un significado parcialmente nuevo, respecto al defensivo, que ellos deberían haber desarrollado según las previsiones del «constitucionalismo autárquico» de los tribunales constitucionales nacionales. De hecho, por un lado, este nuevo cuadro dogmático, consciente de las consecuencias derivadas de las tantas y tan difundidas tensiones entre el sistema comunitario y sistemas nacionales, no pone en tela de juicio lo excepcional (o pudiera decirse mejor lo hipotético) de su concreta aplicación. Por otro lado, los constitucionalistas multinivel reconocen que identidad constitucional y contralímites desenvuelven una función esencial de control y guía del sistema institucional y que su presencia tiene un valor fundamental, para garantizar que la dimensión unitaria del ordenamiento, siguiendo la experiencia histórica consolidada de las organizaciones federalistas²¹⁶, no se traduzca en una amenaza para la pluralidad de los valores que la componen²¹⁷.

²¹⁴ La categoría de la «constitución procesal» es utilizada por CANTARO, A. «La disputa sulla Costituzione europea», en AA. VV., *Verso la Costituzione Europea*, Milán, 2003, pp. 29-87.

²¹⁵ Con tal finalidad, las ciencias jurídicas han diferenciado entre primacía y supremacía. Sobre esta distinción ver MANGIAMELI, S., *La clausola di omogeneità*, cit., p. 34, y FIORAVANTI, M., «Per un nuovo federalismo europeo», en www.astrod-online.it. Sobre este punto ver también la distinción hecha por la declaración 1/2004 pronunciada el 13 de diciembre de 2004 por el Tribunal Constitucional español y referida en las páginas sucesivas.

²¹⁶ Reproponiendo la lección de Dan Elazar (por un comentario sobre el politólogo americano ver VESPAZIANI, A., «Federalismo (dir. comp.)», en *Enciclopedia Giuridica Treccani, Volume aggiornamento XV*, Roma, 2007, pp. 1-11) y de Pierre Pescatore, señala este riesgo WEILER, J., *Federalismo e costituzionalismo*, cit., p. 511.

²¹⁷ Sobre este punto ver por ejemplo CARTABIA, M.-CELOTTO, A., «La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 6, pp. 4477-4508.

SEGUNDA PARTE

PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO E IDENTIDADES CONSTITUCIONALES EN EL TRATADO DE LISBOA

6. ELEMENTOS DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL TRATADO DE LISBOA

6.1 **La transición constitucional: desde la Declaración de Laeken al segundo Tratado de Roma**

El nuevo contexto político internacional creado como consecuencia de la globalización y la percepción generalizada de los límites del Tratado de Maastricht y de sus modificaciones sucesivas, han llevado al Cuadro de mando institucional de los estados miembros y al Cuadro de mando de la Unión a una reflexión acerca del futuro de Europa. Sin duda, bajo la influencia del debate sobre el origen constitucional del ordenamiento comunitario, la cuestión de una nueva reforma del sistema europeo ha sido, de hecho, introducida en la agenda política por el Consejo europeo de Laeken. Específicamente, al constatar que en vista de la ampliación del 2004 la necesidad de mejorar la organización institucional comunitaria, se transforma en una absoluta prioridad y a su vez, al constatar el destacado valor dado a la Convención europea, que algunos años antes había realizado la Carta de Niza, los jefes de estado y de gobierno deciden convocar otra Convención. La función de esta nueva Convención es la de estudiar las reformas necesarias para mejorar el nivel de democracia y la transparencia del sistema comunitario y garantizarle al viejo continente un rol protagonista en el nuevo escenario global²¹⁸.

²¹⁸ Ver la denominada Declaración de Laeken aprobada el 15 de diciembre de 2001 por los 15 jefes de estado y de gobierno que en aquel entonces componían la Unión.

Ya sólo el haberle dado el nombre de Convención, trayendo a la memoria la mítica figura del órgano de Filadelfia, nos propone la imagen de un estado federal europeo e induce a los representantes de las instituciones de toda Europa²¹⁹ a interpretar su mandato bajo una forma constitucional²²⁰. Es más, a lo largo del debate que acompañó la redacción del borrador de reforma, la presencia de algunos temas específicamente constitucionales reforzó aun más las expectativas de todos aquellos que habían auspiciado la superación del origen internacionalista de la Unión y la inmediata constitucionalización del sistema institucional europeo²²¹: la atribución de pleno valor jurídico a la Carta de los Derechos Fundamentales, el elevar la codecisión a procedimiento decisonal ordinario, la introducción de instrumentos normativos de tipología legislativa, la definición de un auténtico sistema de distribución de competencias, las previsiones de los símbolos de la Unión, la reunificación de las disposiciones en un único tratado, la previsión de una futura adhesión a la Convención europea de los derechos del hombre, el dejar de lado la estructura de «templo griego²²²», la explícita positivación de la primacía del derecho comunitario, la admisión de la personalidad jurídica de la Unión, la contextual supresión de la Comunidad europea, el disponer de un presidente del Consejo estable y la creación de una política exterior y de seguridad común, delegada a un cuerpo diplomático supranacional y a un ministro europeo, son elementos que caracterizan la experiencia estatal y comparten materialmente un origen constitucional.

Si bien estas innovaciones tratan de indicar la superación definitiva del «confederalismo decisonal» que por un largo periodo caracterizó la integración europea²²³, y si además las mismas están relacionadas con algunas reivindicacio-

²¹⁹ Además del Presidente Valery Giscard D'Estaing y de los dos Vicepresidentes, la Convención fue promovida por los 15 representantes de los jefes de estado o de gobierno de los estados miembros (1 por estado miembro), 30 miembros de los Parlamentos nacionales (2 por estado miembro), 16 miembros del Parlamento europeo y dos representantes de la Comisión. Los países candidatos a la adhesión participarán de lleno en los trabajos de la Convención.

²²⁰ A tal propósito CANTARO A.-LOSURDO, F., «L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona», en LUCARELLI A.-PATRONI GRIFFI, A., *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Nápoles, 2010, pp. 53-82, incluyendo también la fase de formación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea hablan de «quinquenio constitucional».

²²¹ Con tal finalidad ver el célebre discurso que realizó en la Humboldt University FISCHER, J., «Dall'Unione di Stati alla federazione. Riflessioni sulle finalità dell'integrazione europea», en *Rivista di studi politici internazionali*, 2000, 4, pp. 603-612.

²²² Sobre el modelo de la Unión como un templo griego ver TIZZANO, A., *Introduzione*, en TIZZANO, A., *Codice dell'Unione Europea: il Trattato di Maastricht, il Trattato C. E. e i testi collegati*, Padua, 1995, pp. III, XXXVII.

²²³ Según WEILER, J., *Federalismo y constitucionalismo*, cit., p. 516, aun introduciendo el principio del voto por mayoría cualificada ante la sede del Consejo, también el Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht se inscriben en la lógica de un sistema híbrido entre modelo jurídico federal y modelo político confederal (o intergubernamental) y sólo con el debate constitucional de los últimos años se intentó abandonar «el sendero alternativo de Europa».

nes del federalismo de Altiero Spinelli de los años cincuenta²²⁴, los puntos focales de la Conferencia intergubernamental convocada para aprobar el proyecto de reforma y el temor de los procedimientos nacionales de ratificación²²⁵ orientan a los miembros de la Convención a elegir, a nivel general, políticas de bajo nivel. Esta situación tiene como resultado la elaboración de un texto que, bien rápido, desilusiona cualquier tipo de entusiasmo revolucionario de matriz federalista²²⁶.

Sin embargo, aunque la Convención mantenga esta actitud de prudente realismo político, no desmiente la idea de fortalecer la dimensión constitucional europea y, a pesar de querer superar la lógica decisional confederada, se tiende a propiciar las reconstrucciones inspiradas en las líneas del constitucionalismo multinivel.

De hecho, y de acuerdo con lo oficialmente sostenido, el modelo institucional seguido por los miembros de la Convención, inspirándose básicamente en la idea de realizar una federación de estados nación, que tiene su fundamento en la soberanía de los países miembros²²⁷, ha tratado de «armonizar el crecimiento en sentido federal y la defensa de las identidades nacionales²²⁸» por lo que puede ser considerado perfectamente acorde con el proyecto de una parte de los constitucionalistas multinivel que auspician el mantenimiento de la tensión entre los diferentes niveles institucionales de los que se compone el ordenamiento integrado²²⁹.

6.2 El fracaso del Tratado constitucional y el nuevo Tratado de Lisboa

El realismo político puesto en práctica por los miembros de la Convención y las transformaciones impuestas por la conferencia intergubernamental no impidieron el fracaso del Tratado constitucional: el «no» referendario ex-

²²⁴ Sobre este paralelismo ver CANTARO, A.-LOSURDO, F., *op. cit.*, pp. 57-62.

²²⁵ No será superfluo recalcar que la Conferencia Intergubernamental de Bruselas, encargada de evaluar las reformas presentadas por la Convención, el 12 y 13 de diciembre, declaraba el fracaso del proyecto y que solo el 17 y 18 de junio de 2004 se llegó al consenso necesario para someter el proyecto de tratado a las ratificaciones nacionales.

²²⁶ En este sentido AMATO, G., *op. cit.* cuando define el Tratado constitucional como un «hermafrodita» a mitad de camino entre varón (un tratado) y hembra (una constitución). Subrayando la ambigüedad del título oficial (Tratado que instituye una Constitución para Europa) del proyecto de reforma CANTARO, A., «Costituzione europea e partito americano», en *Democrazia e diritto*, 2003, 2, pp. 61-79, observa que «*in nomina sunt consequentia rerum*».

²²⁷ Para mayor información sobre este punto volver a ver el análisis desarrollado en CANTARO A.-LOSURDO, F., *op. cit.*, pp. 60-62.

²²⁸ BARBERA, A.-FUSARO, C., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001, p. 77.

²²⁹ Como se ha señalado en VECCHIO, F., *Costituzionalismo multilivello*, *cit.*, contrariamente a lo que normalmente se cree, no todos los constitucionalistas que se basan en el nuevo horizonte dogmático desean que se mantenga en forma indefinida la tensión entre los varios niveles del sistema.

presado por los ciudadanos franceses y por los ciudadanos holandeses retardó el desarrollo de la ratificación y desencadenó en Europa un largo camino de reflexión. No obstante el retraso, la exigencia de evitar la parálisis institucional llevó al Consejo europeo, celebrado en Bruselas en junio del 2007, a elaborar un nuevo proyecto de reforma que retoma los contenidos esenciales del Tratado constitucional²³⁰ de manera muy significativa.

Mientras las ciencias jurídicas se interrogaban acerca de todas las convergencias y divergencias entre el viejo y el nuevo texto, bajo la fuerte presión de la presidencia alemana²³¹, el borrador viene primero aprobado en Lisboa (el 13 de diciembre de 2007) y de acuerdo con la praxis ordinaria del sistema europeo, viene sometido a ratificación nacional. El fracaso del primer referéndum irlandés, la actitud hostil del presidente checo y las dificultades constitucionales del texto recalcadas por Alemania imponen anexar nuevas Declaraciones finales y retrasan hasta el 1 de diciembre de 2009 la entrada en vigor efectiva del Tratado.

La estrategia seguida por las instituciones europeas para seguir con el proceso de integración, no tomando en consideración el fracaso referendario, fue la de declarar abiertamente el abandono del proyecto constitucional y el de modificar las previsiones más problemáticas de la propuesta anterior²³². Así, por un lado, excluyendo la retórica constitucional y federal, y al mismo tiempo excluyendo las previsiones con relación a los símbolos de la Unión y la primacía del derecho comunitario, se utilizan de manera intensiva los Protocolos y las Declaraciones finales para conceder exoneraciones sobre las previsiones más incómodas y arduas²³³. Aún así, el fundamento de las innovaciones propuestas por el Tratado constitucional quedan, a nivel general, inalteradas o pudiera decirse que vienen pospuestas o sometidas a ajustes secundarios²³⁴.

²³⁰ Para mayor información sobre la transición entre el Consejo de Bruselas y el Tratado de Lisboa leer BALAGUER CALLEJON, F., «La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa», en *Revista europea Derecho Constitucional*, 2007, 8, pp. 11-41. También GAMBINO, S., *op. cit.* subraya esta transición.

²³¹ Sobre la influencia de la presidencia alemana y sobre los efectos asimétricos que esta ocasionó en el texto del nuevo Tratado, ver las consideraciones de VEROLA, N., «Convenzione, Conferenze intergovernative tradizionali e Conferenze intergovernative “asimmetriche”: i tre volti del processo di riforma delle istituzioni europee», en www.astrid-online.it.

²³² Sobre este argumento ver las Conclusiones del Consejo europeo de Bruselas. El sacrificio de la dimensión constitucional elegida parece que fue debido a la voluntad de volver a proponer en Francia y Holanda sustancialmente las mismas innovaciones no aprobadas antes por las dos.

²³³ Sobre el significado de este gran uso (o posiblemente abuso) de los Protocolos y de las Declaraciones finales ver una vez más CANTARO A.-LOSURDO, F., *op. cit.*, pp. 75-80, que deducen un nuevo paradigma de constitucionalismo asimétrico.

²³⁴ En tal sentido, las observaciones de ZILLER, J., «Il nuovo trattato europeo: un viaggio a Lilliput?», en BASSANINI, F.-TIBERI, G., *op. cit.*, pp. 489-494, cuando nos recuerda que «casi todas las innovaciones respecto a los tratados vigentes contenidas en el Tratado constitucional vienen consideradas en el

Contrariamente, con la intención de resaltar la continuidad de la experiencia anterior y reducir el impacto de la reforma a nivel constitucional, se decide seguir con la opción de la técnica normativa ya utilizada en Ámsterdan y en Niza: en lugar de un nuevo tratado unitario se prefiere recurrir a la técnica más segura de las enmiendas y de esta forma surgirá también el binomio Tratado de la Unión europea –el Tratado de la Comunidad europea se sustituye por el binomio Tratado de la Unión Europea– Tratado de funcionamiento de la Unión Europea²³⁵. De igual forma, basándose en la estructura normativa del nuevo sistema supranacional y con la finalidad de redimensionar el ámbito constitucional de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea, las disposiciones contenidas en el documento, tras ser sometidas a un *restyling* que (con la importante excepción del art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales) excluyó todo tipo de referencia a los términos ley y Constitución, no fueron incorporadas a los tratados, pero adquieren valor jurídico primario a través de una disposición contenida en el primer apartado del art. 6 de la nueva formulación del Tratado de la Unión Europea²³⁶.

6.3 La tensión entre identidad europea e identidades nacionales y la posibilidad de interpretar en clave constitucional el nuevo Tratado de Lisboa

La perspectiva, según lo expuesto en el capítulo precedente, sobre la visualización dogmática del Tratado de Lisboa fue en su mayor parte muy crítico. Por lo que, la decisión de eliminar cualquier tipo de alusión al constitucionalismo fue llevada a cabo por una concepción equivocada de la teoría constitucional que no siendo capaz de ir más allá del tradicional binomio estado-constitución, a través del abandono de la retórica constitucional, expresó su

Tratado modificado, añadiendo pocas cosas: algunos artículos nuevos rinden más difícil la aplicación de una o de otra modificación, o retrasan su entrada en vigor en algunos años. Hay también algunas cláusulas que compensan estas pérdidas con alguna innovación complementaria útil para la Unión Europea».

²³⁵ MANZELLA, A., «Un Trattato necessitato», en BASSANINI F.-TIBERI, G., *op. cit.*, pp. 431-450, en este sentido nos recuerda que «Ora, come può da un tale continuismo dei Trattati; da una tale tecnica meramente emendativa, da tali revisioni puntuali di testi tratatati, attuarsi il passaggio-slogan del 2004: “dal Trattato alla Costituzione”? Si è mai vista una costituzione che nasce per emendamenti? No. E così il premier britannico ha potuto, da un lato, smarcarsi dalla cerimonia di Lisbona e firmare dopo, in ritardo, come per una formalità senza importanza (come narrano i giornali del 14 dicembre 2007) e, dall’altro lato, avviare, tra i primissimi dell’Unione, la procedura di ratifica parlamentare (contro l’opposizione conservatrice che invocava il *referendum*). E così è andata, ancora più rapidamente, in Francia».

²³⁶ En este sentido, ZILLER, J., *op. cit.*, p. 491, sostiene que el Tratado «nasconde, o per lo meno non mette in evidenza, il carattere vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea».

rechazo a la idea de un estado federal europeo, tergiversando la real naturaleza del proceso de integración y no dándole el valor adecuado a la fuerza simbólica y a la dimensión «multifuncional» de la constitución europea²³⁷. Además –siempre de acuerdo con esta perspectiva– el intento de «depurar» completamente los elementos formales de constitucionalidad previstos por el Tratado constitucional, más que reproducir las peligrosas contradicciones contenidas en la vieja versión²³⁸, produjo un texto que tiene su fundamento en tres (o, considerando la futura adhesión al Convenio europeo de los derechos del hombre ya en forma explícita prevista por el art. 6, más bien cuatro²³⁹) bases jurídicas primarias y en un número, sin precedentes, de protocolos y declaraciones finales anexas, muy difíciles de comprender por el ciudadano común y caracterizado por una escasa capacidad sistemática²⁴⁰.

Aunque –al menos a nivel general– se considere discutible la elección de abandonar definitivamente la (en verdad bastante débil) retórica constitucional usada por el viejo proyecto de reforma²⁴¹, los constitucionalistas multinivel corroboran la posibilidad de interpretar en clave constitucional el sistema integrado supranacional. Es más, aunque sean conscientes del redimensionamiento llevado a cabo por el Consejo europeo de Bruselas, se interpreta como una decisión de reforzar decididamente la dimensión «proce-sal-constitucional» de la Unión europea. En primer lugar, respecto del sistema establecido por el Tratado de Niza, la elección de mantener la parte más significativa de las disposiciones propuestas por los miembros de la Conven-

²³⁷ La expresión y el juicio general se han tomado de HABERLE, P., «El Tratado de reforma de Lisboa de 2007», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, 9, pp. 11-22.

²³⁸ Volviendo a considerar una crítica que había sido hecha anteriormente en la época del Tratado constitucional, HABERLE, P., «El Tratado de reforma», *cit.*, p. 16 resalta que la decisión de no diferenciar el valor jurídico entre las disposiciones de los dos tratados ha aumentado significativamente la dificultad de interpretación y la complejidad del sistema jurídico europeo.

²³⁹ HABERLE, P., «El Tratado de reforma», *cit.*, p. 15 prevé que aun siendo deseable, la participación europea en el sistema supranacional de la Convención europea de los derechos del hombre dará grandes problemas jurídicos. Sobre las cuestiones técnicas ligadas a la adhesión de la UE a la CEDH ver también GUARINO, G., «Per una Costituente europea. Riflessioni sulla costruzione europea dopo la sentenza tedesca sul Trattato di Lisbona», en www.astrid-online.it; PINELLI C., «The agreement between the Council of Europe and the European Union and the future accession of the European Union to the ECHR», en www.europeanrights.eu, y Onida, V., «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», en www.astrid-online.it.

²⁴⁰ Según HABERLE, P., «El Tratado de reforma», *cit.*, p. 14 el Tratado es «poco leíble».

²⁴¹ Comparándolo con el anterior tratado constitucional HABERLE, P., «El Tratado de reforma», *cit.*, p. 13 sostiene que en el pasaje del Tratado constitucional al Tratado de Lisboa «los aspectos negativos son mayores que los aspectos positivos». Es de la misma opinión también BALAGUER CALLEJÓN, F., «Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'Unione europea», en LUCARELLI A.-PATRONI GRIFFI, A., *op. cit.*, pp. 13-52. Cfr., pero de acuerdo con lo sostenido por PERNICE, I., *The Treaty of Lisbon*, *cit.*, pp. 351-371, que tras haber reconstruido los varios pasos del proceso de integración europea interpreta el pasaje del Tratado constitucional al Tratado de Lisboa como un pasaje ordinario en la historia europea que confirma el origen contractual y no naturalista del proceso.

ción señala avances importantes en el camino de la integración política y constitucional²⁴². En segundo lugar, con referencia al proyecto constitucional naufragado, la misma depuración de los elementos de constitucionalidad es sólo nominal²⁴³. En realidad –de acuerdo a lo evidenciado por los autores que están de acuerdo con la nueva propuesta constitucional– aun refiriéndose a un texto diferente, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea adquiere de todas maneras un valor jurídico amplio, y el no volver a proponer los símbolos de la Unión, no impide que el euro continúe en circulación, que el himno de la alegría siga siendo tocado y que la bandera con las doce estrellas continúe ondeando²⁴⁴. Es más, como se verá mejor a lo largo de este trabajo, el no volver a proponer la cláusula de la primacía, por lo menos por escrito, no debería alterar de ninguna manera las modalidades de funcionamiento del sistema europeo²⁴⁵.

En resumen, según esta orientación dogmática, la sustancial identidad de contenido entre el viejo proyecto de reforma y el nuevo Tratado de Lisboa y la vocación inalterada de constituir y al mismo tiempo disciplinar un poder público supraestatal, no nos debería llevar a interpretar el actual momento histórico como una fase de «desconstitucionalización»: el pasaje de un acto jurídico con forma de tratado y nombre de constitución a un acto jurídico con forma y nombre de tratado se enmarca siempre dentro de los fenómenos constitucionales²⁴⁶. Más bien, sin humillar la dimensión constitucional del proceso de integración europea, el texto aprobado en Lisboa, por su continuidad con el fracasado intento de exteriorizar el origen constitucional de la Unión²⁴⁷, representa un tratado «crisálida» del cual es inevitable que nazca una constitución «mariposa»²⁴⁸ que, aunque no haya podido solucionar la tensión entre identidades

²⁴² Para informaciones más amplias y precisas sobre los contenidos materialmente constitucionales del nuevo Tratado HABERLE, P., «El Tratado de reforma», *cit.*, pp. 16-19.

²⁴³ BALAGUER CALLEJÓN, F., *La Constitución europea*, *cit.*, p. 20.

²⁴⁴ HABERLE, P., «El Tratado de reforma», *cit.*, p. 14 subraya que aunque Kosovo no forme parte de la Unión, durante la Declaración de independencia kosovar estaban presentes los símbolos europeos: bandera con doce estrellas e himno de la alegría. En el mismo sentido, BALAGUER CALLEJÓN, F., *La Constitución europea*, *cit.*, pp. 21-22, añade también que el solo hecho de que existan más de un texto de consulta y que no se hable más de constitución, no impide una interpretación constitucional porque si en realidad nadie pone en duda que Alemania sea un estado constitucional el *Grundgesetz* alemán es (en sentido literal) una ley fundamental y no una constitución.

²⁴⁵ En este sentido, ZILLER, J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bolonia, *cit.*

²⁴⁶ Subraya este paso BALAGUER CALLEJÓN, F., *La Constitución europea*, *cit.*, pp. 20-21.

²⁴⁷ A tal fin, HABERLE, P., «El Tratado de reforma», *cit.*, p. 13, habla del nuevo tratado como una «constitución parcial». Para mayor información ver el contenido de la nota 197.

²⁴⁸ La original imagen «zoológica» ha cambiado en ZILLER, J., *Il nuovo Trattato europeo*, *cit.*, p. 27, que con una metáfora se refiere a una célebre nota de Umberto Eco y equipara el paso del Tratado constitucional al Tratado de Lisboa con la actividad del traductor ya que en los dos casos se trata de decir «casi la misma cosa».

constitucionales nacionales e identidad europea, sin duda representa una señal de avance en el camino hacia una integración político-constitucional²⁴⁹ y toma la dirección de dejar definitivamente atrás el «confederalismo decisonal» que por tantos años caracterizó el proceso europeo²⁵⁰.

7. LA EUROPEIZACIÓN DE LOS CONTRALÍMITES EN EL TRATADO DE LISBOA

7.1 **La primacía del derecho europeo y el sistema competencial según el art. I-6 del Tratado constitucional**

Puede considerarse, desde la perspectiva específica de este trabajo de investigación, la utilidad de centrarnos en las modalidades con las que el sistema europeo ha tratado de llegar a un formal reconocimiento normativo de la primacía.

Como hemos dicho en los párrafos precedentes, la idea de una positivación del principio emerge ya durante el trabajo de la Convención. Originariamente contemplada en el marco del sistema de las disposiciones sobre las competencias de la Unión, en el proyecto definitivo presentado por los miembros de la Convención la cláusula sobre la primacía fue transferida a la parte de los principios fundamentales. Este pasaje ha llevado a la doctrina a subrayar el significado sistémico de la formalización de la *primauté*²⁵¹. Además, el cambio de posición de la cláusula de la primacía, fuera del Título de la parte I (dedicado a las competencias de la Unión) ha provocado el temor de que a través de la aclaración de la primacía se haya querido reconstruir de una manera jerárquica la relación entre ordenamiento europeo y ordenamientos nacionales; mientras que antes, con relación a la localización inicial del art. I-6 que le había asignado la Convención europea, era totalmente evidente que la primacía aplicativa se sometía a la correcta aplicación de las reglas acerca de las competencias. La colocación de la cláusula, fuera del

²⁴⁹ Con relación al tema de la tensión entre identidad europea e identidad nacional, ver MAYER, F., «European identities and the EU-The ties that bind the peoples of Europe», en www.whi-berlin.de.

²⁵⁰ Sostiene inoportuna y más bien peligrosa tal operación WEILER, J., *Federalismo y constitucionalismo*, cit., pp. 534-535.

²⁵¹ DÍEZ PICAZO, L. M., «Treaty or Constitution? The Status of the Constitution for Europe», en www.jeanmonnetprogram.org, ha evidenciado las analogías entre los sistemas federales (y el sistema americano) y el sistema institucional europeo que se hubiese creado en el caso de la entrada en vigor de la cláusula de la primacía.

contexto dedicado a las competencias, dejó un margen de incertidumbre y ambigüedad²⁵².

Por otro lado también, con relación a esta nueva posición, la doctrina más acreditada se preocupó inmediatamente de circunscribir los efectos de la primacía y basándose en una interpretación literal y sistemática del art. I-6 del proyecto de reforma y de igual forma, debido a los efectos derivados de la interpretación de la Declaración final n. 1²⁵³ concluyó que la posible entrada en vigor de la disposición no había supuesto ninguna modificación en la relación entre ordenamientos²⁵⁴. En primer lugar, analizando el acto de reconocimiento del mandato de la Convención instituida en Laeken, se puntualizó que, hasta donde fuera posible, los principios que hubiesen entrado en vigor antes del Tratado constitucional se tenían que interpretar conforme al *acquis communautaire* consolidado, por lo que la disposición del art. I-6 no produciría cambios que tuvieran que ver con la relación entre primacía y el sistema competencial²⁵⁵. En segundo lugar, en relación al mismo problema, se destacó que, sin tener en cuenta su posición ambigua, la formulación de la norma, muy cerca del concepto de primacía elaborado por el *Bundesverfassungsgericht* con ocasión de la sentencia *Maastricht*, se preocupaba de especificar que «el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el cumplimiento de las competencias a estas atribuidas preval[e]ce sobre el derecho de los estados miembros» y hubiese sido lícito tratar de aclarar cualquier duda sobre el tipo de relaciones entre jerarquía y competencia, que el Tratado constitucional hubiese querido instituir²⁵⁶. Incluso, bajo este punto de vista, algunos autores, apoyándose en las virtudes «antisoberanas» y «antijerárquicas» de la subsidiariedad²⁵⁷, llegaron a afirmar que la disposición analizada habría subordinado la

²⁵² Sobre este punto ver de nuevo el análisis hecho en tal sentido sobre la relación entre jerarquía y competencia por BALAGUER, F., *Fuentes del derecho*, vol. I, *cit.*, p. 201.

²⁵³ Según el texto que el gobierno inglés pretendía se anexara al Tratado como Declaración final, «la Conferencia constata que el art. I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas y del Tribunal de primera instancia».

²⁵⁴ Así CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*

²⁵⁵ Así CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*

²⁵⁶ Para mayor información sobre este punto ver nuevamente CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*, que puntualiza que «No hay duda de que el derecho derivado pueda gozar de la calidad de la supremacía sólo si y en la medida en la cual respete las delimitaciones de competencias estipuladas en el Tratado constitucional europeo. Condición de validez de la legislación derivada de la Unión europea es que esta pueda exhibir una específica base jurídica en el texto del Tratado, de manera que el problema de su predominio sobre el derecho nacional no se establece, ni siquiera si a priori se encuentra un vicio por incompetencia. [...] La primacía del derecho europeo derivado obra sólo en el interior del principio de atribución de competencias. Menos evidente es, sin embargo, la relación entre Constitución europea y derecho nacional».

²⁵⁷ La idea de que la esencia normativa de la subsidiariedad se sustente en su capacidad de regular las relaciones entre los ordenamientos según una lógica en contra de la soberanía y antijerárquica ha sido

aplicación de la primacía a la constatación del respeto de los parámetros impuestos por el principio de subsidiariedad²⁵⁸.

7.2 La primacía del derecho europeo y la tutela de las identidades constitucionales según el art. I-5 del Tratado constitucional

El límite del respeto de las competencias no podría, sólo por sí mismo, impedir que las normas del Tratado constitucional gozaran de una prevalencia incondicionada sobre las normas constitucionales nacionales. De hecho, suponiendo que haya sido verdaderamente el Tratado el acto con el cual los estados miembros han otorgado poderes a la Unión, con referencia a las disposiciones del mismo no tiene sentido plantearse el problema sobre el respeto de las reglas que rigen las competencias: como se observó de forma acreditada «el art. I-6 muy claramente se refiere sólo a la temática de las competencias con relación al derecho derivado» porque «por definición el *Tratado* actúa en el ámbito de las competencias de la Unión²⁵⁹», ya que es la fuente de las atribuciones comunitarias.

Todo esto no debe inducirnos a pensar que los miembros de la Convención hayan querido reconstruir las relaciones entre los ordenamientos²⁶⁰ basándose en la jerarquía. Por ello, para tratar de buscar un criterio alternativo

desarrollada desde varios puntos de vista por parte de la doctrina. Ver MILLON DELSOL, C., *Il principio di sussidiarietà*, Milán, 2003; GENTILE, F., «Che cosa si intende per sussidiarietà», en *Non profit*, 1999, 4, pp. 639-648; *id.*, «Sovranità e sussidiarietà nella prospettiva della riforma delle istituzioni italiane», en *Non profit*, 2001, 3, pp. 309-320; *id.*, «Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento dell'Unione europea e nell'ordinamento italiano», en *Critica penale*, 2004, 3-4, pp. 235-260; D'ATENA, A., «La sussidiarietà tra valori e regole», en *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2004, 2, pp. 69-71; *id.*, «Modelli federali e sussidiarietà nel riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri», en *Diritto dell'Unione europea*, 2005, 1, pp. 13-34, e MACCORMICK, N., *La sovranità in discussione*, Bologna, 2003.

²⁵⁸ En tal sentido, MORRONE, A., «Il principio di sussidiarietà e l'integrazione europea pluralistica», en CASTORINA, E., *op. cit.*, pp. 150-169. La misma opinión la sostiene BRIBOSIA, H., «Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et sus états membres», en *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, 1, pp. 25-64.

²⁵⁹ Así CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*

²⁶⁰ Según CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*, el Tratado constitucional no dispone del predominio incondicionado de sus normas porque si no «se producirían consecuencias inaceptables: la primacía del derecho constitucional europeo se enfrentaría a la supremacía absoluta y sin límites de la Constitución europea sobre las Constituciones nacionales que la primera doctrina esperaba evitar. Si el principio de las competencias no estuviese en grado de limitar de ninguna manera la supremacía de la Constitución europea esto significaría que los valores, los principios, las libertades fundamentales, y los derechos fundamentales de la Unión europea estarían siempre por encima de sus correlativos en las Constituciones nacionales. En el horizonte se vislumbra el fantasma de la tiranía de la Constitución europea, parafraseando la célebre expresión de Carl Schmitt». En tal sentido también RUGGERI, A., «Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)», en www.forumcostituzionale.it.

que permita resolver un posible contraste entre normas constitucionales internas y normas de derecho primario europeo, el Tratado constitucional ha reforzado la cláusula de la salvaguarda de las identidades nacionales de los estados miembros prevista por el art. 6 de la precedente formulación del Tratado sobre la Unión europea. Más detalladamente, mientras la vieja fórmula se limitó a disponer que «la Unión respeta la identidad nacional de sus estados miembros», el art. I-5 del Tratado constitucional ha reforzado el empeño de respetar las peculiaridades de los ordenamientos nacionales y, con un enunciado más significativo, ha previsto que «la Unión respeta la igualdad de los estados miembros ante la Constitución y su propia identidad nacional, implícita en su estructura fundamental, política y constitucional, incluyendo el sistema de las autonomías regionales y locales». Esta variación textual es decisiva ya que, gracias a la referencia a la estructura constitucional el ordenamiento europeo reconoció por primera vez la teoría de los contralímites. En fin, de una advertencia de respeto de las diferencias entre los estados miembros se pasa a la reincorporación de un principio muy consolidado en la tradición jurídica «autárquica» de los tribunales constitucionales, lleno de sugerencias e implicaciones prácticas: de manera diferente a como fue en el pasado «la identidad nacional a la cual se refiere el art. I-5 tiene ahora un propio núcleo captable, el cual está constituido por las declaraciones de valor expresadas por las Constituciones nacionales²⁶¹».

Según la interpretación dominante, con la combinación llevada a cabo entre el art. I-6 y el art. I-5, el Tratado constitucional tenía la intención de impedir una reconstrucción «puramente monista²⁶²» debido a la relación entre los ordenamientos y habría buscado una fórmula más respetuosa con «la unidad en la diversidad» que caracteriza al ordenamiento europeo. Precisamente, «europeizando los contralímites», los miembros de la Convención habrían querido codificar una primacía condicionada (o, según una fórmula que se hizo muy célebre, una «primacía invertida²⁶³») que, en contraste con algunas pretensiones contradictorias del Tribunal de Justicia, reconoce el límite de los

²⁶¹ Para una interpretación en la misma dirección leer una vez más CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*

²⁶² La idea de la «europeización de los “contralímites”» la expresa RUGGERI, A., «Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti”», *cit.* De «europeización de los contralímites» se habla también en GROPPI, T., «La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato», en www.astrid-online.it, y Balaguer Callejón, F., «Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁶³ La idea de la primacía invertida la expresa CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.* De primacía invertida se habla también en CELOTTO, A., «Primato del diritto europeo nel progetto di Costituzione», en www.giustamm.it; id., «Primato del diritto comunitario e funzione legislativa», en CASTORINA, E., *op. cit.*, pp. 321-333; id., «Una nuova ottica dei “controlimiti” nel Trattato costituzionale europeo», en

principios fundamentales y, sin aportar soluciones a priori para resolver los conflictos entre los ordenamientos, delega a las técnicas de ponderación (y lo que es lo mismo a la lógica del intérprete) el tratar de encontrar soluciones adecuadas al caso concreto²⁶⁴.

7.3 Las cláusulas horizontales sobre la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión en el Tratado constitucional

La idea de una primacía meramente aplicativa y condicionada no ha sido codificada sólo por el art. I-5. Dejando de lado algunas disposiciones, que podrían de una manera implícita estar relacionadas con esta misma concepción de las relaciones entre los ordenamientos²⁶⁵, el reconocimiento europeo de los contralímites encontró un gran apoyo en las cláusulas horizontales con las que se cierra la segunda parte del Tratado constitucional²⁶⁶.

Por lo tanto, con la intención de salvaguardar una competencia nacional que se considera de fundamental importancia aun hoy en día, el art. II-111 fue el que se preocupó de circunscribir el ámbito de aplicación de la tutela del sistema europeo. Así, con la única (e importante²⁶⁷) excepción de los actos estatales adoptados para cumplir con un requisito comunitario, la norma mantuvo inalte-

www.forumcostituzionale.it, y en GAMBINO, S., *op. cit.*. Sobre este tema ver lo que indiqué en VECCHIO, F., «Primato condizionato e asimmetria», en CANTARO, A., *Il costituzionalismo asimmetrico*, *cit.*, pp. 70-78.

²⁶⁴ A tal finalidad RUGGERI, A., «Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti”», *cit.*, observa que «en un contexto caracterizado por la coexistencia de dos Constituciones que pretendan ser aplicadas simultáneamente en las relaciones de la vida social, el campo en el que surgen y se materializan los conflictos y se intentan las soluciones más moderadas se alarga, extendiéndose a la entera área que abarcan los dos ordenamientos, de forma que debe tenerse en cuenta un posible balance entre principios-valores de los mismos ordenamientos».

²⁶⁵ CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*, se refiere al art. I-2 relacionado con los valores y al art. I-9 relacionado con la protección de los derechos fundamentales. Ver también la cláusula sobre la salvaguarda de las funciones esenciales del estado de la que se habla en CANTARO, A., *Il rispetto delle funzioni essenziali dello Stato*, en MANGIAMELI, S., *L'ordinamento europeo*, *cit.*, pp. 507-565.

²⁶⁶ Interpretan en función antijerárquica las cláusulas horizontales contenidas en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión adoptada en Niza (de las cuales, a excepción de algunas modificaciones, deriva prácticamente la segunda parte del Tratado constitucional), CARTABIA M.-CELOTTO, A., *op. cit.*, pp. 4482-4483, que, preocupados por las consecuencias jerárquicas que puede desencadenar una carta europea de los derechos, resaltan el origen esencialmente identificativo del texto y esperan una nueva actitud por parte del juez constitucional italiano. Para mayor información sobre las cláusulas horizontales ver también ALONSO GARCIA, R., «Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 1, pp. 1-30, y WEISS, W., «Human rights in the EU: rethinking the role of the European convention of human rights after Lisbon», en *European Constitutional law review*, 2011, 1, pp. 64-95.

²⁶⁷ En el mismo sentido también, CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*, cuando sostiene lo importante de la excepción prevista a través de la doctrina de la incorporación.

rado el ámbito de operatividad de los sistemas nacionales de tutela²⁶⁸, con la prevención de que «las disposiciones de la presente Carta se apliquen a las instituciones, órganos y organismos de la Unión respetando el principio de subsidiariedad, como también a los estados miembros exclusivamente cuando aplican el derecho de la Unión. Por lo tanto, los mencionados protagonistas respetan los derechos, cumplen con los principios y promueven la aplicación según sus respectivas competencias, respetando los límites de las competencias asignadas a la Unión en las otras partes de la Constitución²⁶⁹» y que «la [...] Carta no extiende el ámbito de aplicación del derecho de la Unión más allá de las competencias de la misma, ni introduce competencias nuevas o tareas nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y tareas establecidas en las otras partes de la Constitución²⁷⁰».

En segundo lugar, con un texto bajo tantos aspectos ambiguo y discutible²⁷¹, el art. II-113 ha previsto otra garantía a favor de las constituciones nacionales. Para ser más exactos, la previsión ha limitado la operatividad de las normas europeas, dictaminando que «ninguna disposición de la siguiente Carta debe ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales reconocidas, en el respectivo ámbito de aplicación: del derecho de la Unión, del derecho internacional, de las convenciones

²⁶⁸ Con esta finalidad CARTABIA M.-CELOTTO, M., *op. cit.*, p. 4483, se preocupan de especificar que «todo esto es verdad si nos ponemos a reflexionar sobre observaciones basadas en un punto de vista jurídico-formal que están focalizadas en la eficacia de la Carta y de su ámbito de aplicación, así como están definidas textualmente por las cláusulas finales. Esta interpretación textual no toma en consideración adecuadamente algunos factores que podrían llevar por un lado, siguiendo el camino del derecho interno, a una repercusión de la Carta sobre la actividad de la *Corte Costituzionale*; por el otro, siguiendo el camino del derecho comunitario, a una valoración del rol del Tribunal de Justicia y de los jueces comunes nacionales, en perjuicio de la *Corte Costituzionale*».

²⁶⁹ Art. II-111 par. 1 Tratado constitucional europeo.

²⁷⁰ Art. II-111 par. 2 Tratado constitucional europeo.

²⁷¹ Criticando duramente la filosofía que está detrás de esta norma LUCIANI, M., «Costituzione, integrazione europea, globalizzazione», en *Questione giustizia*, 2008, 6, pp. 65-79, afirma que «No se tiene en cuenta que la idea de la existencia de un nivel más elevado de protección de los derechos es a menudo falso [...]. Ni el problema se puede resolver imaginando que lo de los derechos sea un supermercado, en el cual se puede tomar algo del estante que está a nuestro nivel y algo de otro, porque (sin considerar los obstáculos teóricos que están involucrados en una operación de esta manera) el régimen de un derecho tiene su propia coherencia, que se destruiría por una tal desarticulación. No solo esto. Si al “supermercado de los derechos” se va también para encontrar nuevos derechos, que pudieran no ser conocidos por el ordenamiento de primera referencia [...], se termina por olvidar que la cantidad de los derechos y la pluralidad de los instrumentos de tutela no tienen una relación directa con la calidad de la protección de la persona. Cada reconocimiento de la protección de un nuevo derecho, se resuelve en una más reducida protección para los derechos que compiten con el mismo [...], por lo que, cada vez que un nuevo derecho se añade al catálogo, los dueños de los derechos “viejos” se ven de cierta manera perjudicados por la llegada de los derechos “nuevos”. De igual forma, cada derecho nuevo se opone a los intereses de la comunidad política que son los que determinan el límite, pero como (en una forma de gobierno democrática) esos intereses comunes no son, sino el compendio de los intereses de cada uno de los que forman parte de la comunidad, la llegada de un nuevo derecho no siempre representa para todos algo positivo».

internacionales de las cuales la Unión o todos los estados miembros forman parte, sobre todo la Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales así como también de las constituciones de los estados miembros». En fin, para cada circunstancia en la que haya una disposición capaz de garantizar un nivel de tutela mejor, no teniendo en cuenta el ámbito de proveniencia, esta prevalece sobre la aplicación de la disposición europea.

La razón de estos ulteriores obstáculos jurídicos a la *primauté* es bastante evidente: en el momento en el cual se le dio pleno valor jurídico a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea, los redactores del texto, conscientes de que entraban en un ámbito que los tribunales constitucionales han definido como identitario, quisieron cuidarse en salud adoptando medidas para evitar que las normas supranacionales le quitasen valor a las disposiciones fundamentales internas y reconstruyeron las relaciones entre los diferentes sistemas jurídicos de tutela según una lógica que no tenía nada que ver con la de la jerarquía según la cual de acuerdo a determinadas circunstancias puede primar el nivel nacional ²⁷².

7.4 La europeización de los contralímites y la inaplicación de la primacía

Los acontecimientos que impidieron la entrada en vigor del Tratado constitucional no parecen haber tenido repercusiones sobre los equilibrios normativos derivados de la europeización de los contralímites ²⁷³. Desde este punto de vista, ni siquiera el cambio de posición de la primacía de la parte relacionada con los principios fundamentales a la parte de la Declaración final n. 17 parece influir significativamente en la situación normativa relacionada con el límite de la identidad constitucional. Por eso, pareciera que con respecto al Tratado de Lisboa se pueden tranquilamente repetir las mismas reflexiones hechas para el Tratado constitucional.

Visto de esta manera, no parecen decisivas las afirmaciones con las cuales la doctrina constitucional, apoyándose en el hecho de que la Declaración se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en el hecho de que al menos indirectamente puntualiza la poca importancia jurídica de la falta de positivación del

²⁷² Así CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*

²⁷³ Es lo que profetiza RUGGERI, A., «Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti”», *cit.*

principio²⁷⁴, no le ha dado importancia al cambio de posición, sosteniendo que «la codificación de la regla de la primacía [...] que sale por la puerta [...] “entra por la ventana”²⁷⁵». Una conclusión similar sería no darle importancia a las consecuencias que se derivan, tanto a nivel formal como a nivel simbólico, de haber desclasado la primacía, por lo que parece un poco forzada y optimista²⁷⁶: una cosa es el pleno reconocimiento normativo de la primacía que se hubiese producido en el caso de una ratificación del Tratado constitucional, otra es, sin embargo, el sólo valor dado a la interpretación de las Declaraciones finales.

Además de las fórmulas de compromiso utilizadas para «compensar» la pérdida de una de las novedades constitucionales que se consideró entre las más significativas, y que debía haberse introducido en esta fase de la reforma del sistema de los tratados, lo que en realidad parece más importante es volver a proponer la cláusula de salvaguarda de las identidades de los estados miembros. Retomando al pie de la letra, las disposiciones del art. I-5, el Tratado de Lisboa introduce una nueva versión del art. 4 del Tratado sobre la Unión europea, que a tal propósito establece que «la Unión respeta la igualdad de los estados miembros ante la Constitución y su identidad nacional incluida en su propia estructura fundamental, política y constitucional [...]». Además, refiriéndonos a la Carta de los derechos fundamentales contenida en el art. 6 del Tratado sobre la Unión, el Tratado de Lisboa se refiere a dos disposiciones con el mismo contenido al previsto en arts. II-111, II-112 e II-113 del Tratado constitucional²⁷⁷.

²⁷⁴ Según la Declaración n. 17 «La conferencia recuerda que, para la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de la Unión europea, los tratados y el derecho adoptado por la Unión basado en los tratados prevalecen sobre el derecho de los estados miembros a las condiciones establecidas por la mencionada jurisprudencia». Además según la opinión del servicio jurídico del Consejo anexada a la Declaración n. 17 «De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que la preeminencia del derecho comunitario es un principio fundamental del mismo derecho comunitario. Según el Tribunal, tal principio forma parte de la propia naturaleza de la Comunidad europea. En la época de la primera sentencia de esta jurisprudencia consolidada [Costa en contra de ENEL, 15 de julio de 1964, causa 6/64] no existía ninguna mención de prevalencia en el tratado. La situación hoy en día no ha cambiado nada. El hecho de que el principio de primacía no será incluido en el futuro tratado no altera de ninguna manera la existencia del mismo principio y la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia».

²⁷⁵ Se expresa en tal sentido POLLICINO, O.-SCIARABBA, V., «La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona», en *Diritto pubblico comparato europeo*, 2008, 1, pp. 101-124.

²⁷⁶ Luego de haber constatado el valor político de la Declaración n. 17, CELOTTO, A., «La primauté nel Trattato di Lisbona», en www.giustamm.it, se preocupa de resaltar que «Constatar que la tan aclamada positivización de la primacía en el Tratado constitucional viene degradada a mera enunciación contenida en una Declaración no es para menospreciar, por lo menos a nivel formal, considerando que las disposiciones contenidas en los protocolos tienen el mismo valor jurídico que las disposiciones de los Tratados, no de igual manera las declaraciones».

²⁷⁷ Se trata de los arts. 51, 52 y 53 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea adoptada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y revisada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo.

Al menos aparentemente, el volver a proponer estas disposiciones confirma la voluntad normativa de formalizar un sistema de relaciones entre los ordenamientos que pone a salvo los principios nacionales en los que se sustenta la identidad constitucional del ordenamiento y que rechazando la lógica formal y jerárquica, parece estar inspirada en una idea dinámica del contralímite identitario, según la cual, en caso de contraste entre los sistemas de protección de los derechos fundamentales, prevalece la norma que garantice mejor los derechos individuales²⁷⁸.

8. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL Y LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN

8.1 Las interpretaciones asimétricas de la cláusula de salvaguarda de la identidad constitucional y el equilibrio entre las normas llevado a cabo por los jueces nacionales

La ruptura con el pasado inherente a estas innovaciones normativas es evidente: además de las tradiciones constitucionales comunes también los principios fundamentales de cada uno de los ordenamientos constitucionales vienen reconocidos como límites de actuación del poder normativo europeo²⁷⁹. Por otro lado, las novedades introducidas por la europeización de los contralímites no repercuten sólo a nivel sustancial, sino más bien, al contrario, producen efectos, también, a nivel procedimental con respecto a las relaciones existentes entre los ordenamientos²⁸⁰.

En lo específico, parecen importantes las consecuencias que la norma puede producir bajo el aspecto de las relaciones entre el Tribunal de Justicia europeo y los tribunales constitucionales nacionales²⁸¹. De hecho, a pesar de que el nuevo Tratado no contenga indicaciones detalladas a tal propósito, es de vital importancia individuar el órgano judicial competente que debe conocer de la violación de la cláusula de la identidad constitucional: si se acepta la perspectiva de que la norma no indica, a priori, soluciones basadas en el principio de la prevalencia jerárquica de uno de los dos ordenamientos, sino

²⁷⁸ Para una conclusión en tal sentido ver nuevamente CELOTTO, A., *La primauté*, cit.

²⁷⁹ Sobre el tema de las tradiciones constitucionales comunes ver DE VERGOTTINI, G., «Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea», en www.forumcostituzionale.it.

²⁸⁰ Así, RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, cit.

²⁸¹ Es lo que sostiene abiertamente CARTABIA, M., «Unità nella diversità», cit.

que más bien, delega la solución normativa a las técnicas de la ponderación entre las disposiciones en juego, se puede entender entonces la importancia estratégica de reconocer el órgano que legítimamente puede llevar a cabo tal equilibrio.

Desde este punto de vista, la ciencia constitucional ha planteado soluciones diferentes y por lo menos en algunos casos, no conciliables entre ellas.

En un primer momento, apoyándonos en la identidad constitucional, hecho históricamente utilizado por los jueces nacionales, para legitimar sus reivindicaciones y al mismo tiempo para conocer cuestiones relacionadas con el derecho europeo, podríamos afirmar, al menos de forma abstracta, la competencia de los tribunales constitucionales para conocer de forma exclusiva sobre el respeto al art. 4 del Tratado de la Unión europea, al igual que sobre el cumplimiento de las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales y también sobre el sistema competencial²⁸². Según tal interpretación, la nueva previsión alinearía el cuadro normativo comunitario con el cuadro normativo de los sistemas nacionales, porque –acorde con la jurisprudencia autárquica de los años sesenta y setenta– reconocería la primacía del derecho europeo con la condición de reservarle a los jueces constitucionales un margen de intervención que les consintiese no aplicar las disposiciones supranacionales contrarias a las normas que encarnan la identidad del ordenamiento interno²⁸³. En fin, según este análi-

²⁸² Como veremos mejor en el próximo capítulo, aun no teniendo el apoyo de la doctrina, esta es la orientación que se consolidó en la práctica. Contra una interpretación de esta tipología Díez PÍCAZO, L. M., «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», en CARTABIA M.-DE WITTE B.-GÓMEZ FERNÁNDEZ I.-PÉREZ TREMPES, P., *Constitución europea y constituciones nacionales*, Valencia, 2005, pp. 437-448, que excluye la posibilidad de que la cláusula de salvaguarda de las identidades constitucionales pueda ser interpretada como una legitimación de los «contralímites».

²⁸³ Por lo que se refiere al ámbito de las sanciones RÜGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, cit., distingue solamente a nivel teórico entre la anulación (que debería abarcar las normas derivadas) y la suspensión de la eficacia (que debería abarcar las normas primarias). A tal propósito establece que «como la anulación misma se convierte, a raíz de la relatividad subjetiva del enjuiciamiento constitucional, en la no aplicación de las normas, dentro del ordenamiento cuyos principios fundamentales hayan sido atacados, las dos formas de sanciones (y de efectos) terminan por confluir la una en la otra, sin poderse distinguir entre ellas ni en forma práctica ni en forma jurídica. En verdad se podría razonar de manera diferente, asumiendo que estamos refiriéndonos a un ordenamiento específico, la anulación podría adquirir un valor definitivo y por lo tanto pudiera valer para este, como para cualquier otro caso, a diferencia de la no aplicación, la cual estaría circunscrita sólo al caso en el cual se ha solicitado. Según mi punto de vista la distancia entre las dos hipótesis hechas antes, pudiera reducirse totalmente, si se considera que los “casos”, teniendo en cuenta indicaciones teóricas hechas para otros casos a los jueces constitucionales de derecho interno y las cuales puedan ser extendidas, también, a los jueces en el ámbito europeo, sean considerados en sentido objetivo y, por lo tanto, puedan universalizarse, lo que quiere decir ser controlados a lo largo del tiempo en todas sus características (factuales y normativas). De manera que al repetirse las mismas circunstancias (de la misma “situación normativa”, me gusta decir a mí) que ya, una primera vez, han dado como consecuencia la no aplicación de normas constitucionales europeas por violar los contralímites, nuevamente se puede (y debe) recurrir al mismo procedimiento como consecuencia de una uniformidad en línea a una ordenación axiológica preestablecida. Luego, la tal cosa, por su

sis, en el momento en el cual el ordenamiento europeo reconozca también las reivindicaciones de los altos tribunales nacionales será lógico que sean estas las que evalúen la conformidad constitucional de las disposiciones europeas.

Basado en este mismo modelo se proyecta también una segunda reconstrucción de las relaciones entre los ordenamientos que involucra a los jueces comunes. De hecho –en base a esta interpretación– si el juez ordinario tiene el deber de desaplicar la norma interna contraria al derecho comunitario y si a través del art. 4 del Tratado de la Unión la violación de un principio fundamental se traduce en una violación de los tratados, hay que concluir que existe una obligación de desaplicación inmediata de la ley nacional de ratificación, en la parte en la que establece un comportamiento que siendo contrario a los fundamentos del ordenamiento nacional es, por lo tanto, contrario a los principios europeos²⁸⁴. Es importante señalar que, al menos de una manera abstracta, se podría imaginar un discurso del mismo tipo pero relacionado con el no respeto de las competencias y se podría por lo tanto concluir que siguiendo esta orientación el juez ordinario tiene la responsabilidad de desaplicar el derecho europeo «*ultra vires*»²⁸⁵.

Por el momento puede bastar poner en evidencia, que las dos interpretaciones propuestas comparten la idea de una «primacía cultural»²⁸⁶ del ordenamiento y de los jueces (constitucionales o ordinarios, poco importa desde este punto de vista) nacionales sobre el ordenamiento y sobre los jueces europeos y a su vez que, previendo un control nacional sobre el mecanismo de la primacía y excluyendo o relativizando la función nomofiláctica del Tribunal de Justicia, introducen la posibilidad de interpretaciones diferenciadas y asimétricas de la norma europea.

parte confirma que la importancia interna –en el bien como en el mal– de las normas comunitarias no difiere por el tipo de fuentes (respectivamente, constitucional o no) que las produce, ni por el vínculo que deriva de las mismas (donde haya compatibilidad con los principios básicos del ordenamiento interno) o por insubsistencia de vínculo (si incompatible) sin presentar formas diferentes conforme a la posición que estas ocupan en el sistema al cual pertenecen».

²⁸⁴ Prospecta la posibilidad de una solución de este tipo RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, cit.

²⁸⁵ MORRONE, A., *op. cit.*, pp. 167-168, sostiene que: «si el principio de subsidiariedad determina el orden de las competencias, este se convierte en el criterio para establecer la validez del derecho comunitario y de consecuencia la efectividad del principio de la *primauté* comunitaria. Esta última, puede predicarse si y solo si subsiste la competencia de los organismos comunitarios según el principio de subsidiariedad. El test de subsidiariedad condiciona el juicio relacionado a la *primauté* del derecho comunitario: este último debe seguir, no anteceder, el experimento positivo del primero. Dicho de otro modo: no porque haya derecho comunitario hay derecho primario; pero hay prevalencia en la medida que sea respetado el principio de subsidiariedad». Además en la nota 44 se lee que como consecuencia de esta reconstrucción «los actos *ultra vires* no tienen primacía sobre los actos del derecho estatal». En el mismo sentido también el análisis de BRIBOSIA, H., *op. cit.*, pp. 58-59.

²⁸⁶ La metáfora es de RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, cit.

8.2 La interpretación focalizada en la cláusula de salvaguarda de la identidad constitucional y el equilibrio entre normas llevado a cabo por el Tribunal de Justicia

Preocupada por los efectos de un modelo de relaciones entre ordenamientos que le otorga la última palabra a los jueces nacionales²⁸⁷, la ciencia jurídica ha evidenciado lo obsoleto de la teoría de los contralímites y los riesgos de su perpetuación²⁸⁸.

En lo específico, según esta visión de las cosas, esta teoría tuvo su justificación en un momento en el que las relaciones entre las instituciones judiciales se caracterizaban por un gran caos que puso en peligro los principios fundamentales de la tutela de los derechos del hombre. Luego de reconocer las tradiciones constitucionales comunes y las ulteriores garantías consolidadas por el Tribunal de Justicia se cerró este específico capítulo de la historia de la integración, por lo que la defensa autárquica de los contralímites perdió su legitimación. Esto es cierto aun en mayor medida si tomamos en consideración el hecho de que el art. 6 del Tratado sobre la Unión europea menciona de manera explícita las tradiciones constitucionales comunes, prevé la posibilidad de una futura adhesión a la Convención europea de los derechos del hombre e introduce una mención a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión²⁸⁹.

De esta manera, para evitar que, a través de una legalización europea de la teoría de los contralímites, se desestime el principio de la primacía y se accionen fuerzas que disgreguen el ordenamiento europeo, las ciencias jurí-

²⁸⁷ Comentando una sentencia del Tribunal constitucional alemán con la que los jueces de Karlsruhe interpretan la cláusula sobre la identidad nacional en el sentido que se le dio en el párrafo anterior, CASSESE, S., «Intervento al seminario del 19 ottobre 2009 su “La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona”», en www.cortecostituzionale.it, afirma «¿Qué sucedería si esta sentencia fuese seguida por todos los Tribunales Nacionales? Si cada uno se pone a efectuar un control de la identidad nacional y de los diferentes elementos que la integran (cultura, medios de comunicación, normas fundamentales del Código Penal, etc.) puede suceder que cada uno de los Tribunales establezca criterios diferentes de identificación de las identidades nacionales. De esta manera se ha abierto el camino a la reinterpretación de cada una de las identidades nacionales y de sus relativos criterios identificativos. Todo esto puede llevar a una fragmentación de la Unión Europea ya que, conforme a lo observado recientemente por un profesor israelí y por un profesor americano, la ausencia o la debilidad de los tribunales supranacionales hace que los tribunales nacionales desempeñen también un rol de control del nivel supranacional, con el riesgo de una renacionalización del derecho comunitario».

²⁸⁸ En este sentido ver STROZZI, G., «Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario», en *Studi dell'integrazione europea*, 2009, 1, pp. 23-41, cuando define «con fecha de caducidad» la teoría de los «contralímites».

²⁸⁹ Ya en el momento de la aprobación del Tratado constitucional, la presencia de estos elementos indujo a CELOTTO A.-GROPPI, T., *op. cit.*, p. 1384, a señalar que «En este cuadro, la problemática *primauté vs. contralímites* refleja un planteamiento completamente diferente: *primauté* y contralímites».

dicas propusieron otras vías interpretativas. Según estas, la cláusula de salvaguarda de las identidades constitucionales no debería ser interpretada en un sentido tal que consienta a los jueces nacionales una reserva de jurisdicción para dictaminar sobre cuestiones relacionadas con el respeto de los principios fundamentales de los estados miembros y, eventualmente, sobre el respeto de las reglas sobre la competencia. Más bien, esta debería ser interpretada simplemente como una extensión de la teoría de las tradiciones constitucionales comunes que, en presencia de determinadas circunstancias, le permita al Tribunal de Justicia, impedir la aplicación de actos de derecho comunitario que pudieran perjudicar los principios fundamentales de uno solo de los ordenamientos nacionales²⁹⁰. En fin, según esta reconstrucción, las disposiciones en cuestión más que legitimar la intervención de los tribunales nacionales produciría un vaciado de los contralímites: de contralímites internos para contrarrestar las limitaciones de soberanía impuesta por el ordenamiento europeo que se transformarían en «autolímites» con los cuales el sistema jurídico supranacional limitaría la acción y los poderes de las propias instituciones²⁹¹.

La distancia que hay entre esta interpretación y la interpretación asimétrica es bastante evidente. De hecho, al volcar la primacía cultural de los Tribunales constitucionales en el Tribunal de Justicia esta reconstrucción corre el riesgo de disolverse debido a la posibilidad que tiene cada juez interno de interpretar, a su modo, el significado de la identidad constitucional y por ello, como alternativa, diseña un sistema de control centralizado.

²⁹⁰ Sobre el tema STROZZI, G., *op. cit.*, pp. 29-30, para dar ejemplos sobre el control de los principios identitarios de los ordenamientos nacionales se basa en las sentencias del Tribunal de Justicia C-112/00, *Schmidberger*, del 12 de enero de 2003; C-369/96, *Arblade*, del 23 de noviembre de 1999; C-159/90, *Grogan*, del 4 de octubre de 1991; C-379/87, *Groener*, del 28 de octubre de 1989 y C-36/02, *Omega*, del 14 de octubre de 2004. Aun sosteniendo una propia interpretación del caso *Omega* y aun demostrando una cierta desconfianza respecto al juez europeo también GROPPI, T., «I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza multilivello», en www.astrid-online.it, habla de la transformación de los contralímites en «autolímites». Se tiene que resaltar también, que recientemente con el caso, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, del 22 de diciembre de 2010, el juez europeo aprobó esta orientación jurisprudencial mencionando específicamente la cláusula sobre la salvaguarda de las identidades constitucionales.

²⁹¹ Participando en un seminario sobre «Problemas de los Tribunales nacionales como consecuencia de los acontecimientos del ulterior desarrollo de la Unión Europea y los relacionados con la jurisprudencia del Tribunal europeo de los derechos del hombre» CASSESE, S., «Ordine giuridico europeo e ordine nazionale», en www.cortecostituzionale.it, sostiene que «se vacían los contralímites, que vienen europeizados: no son los Tribunales nacionales sino el Tribunal europeo de Justicia el que tiene que verificar y hacer valer los límites. Por ello, no se tendrán tantos contralímites cuantos tribunales nacionales sino más bien, un sistema uniforme de límites».

8.3 Las interpretaciones cooperativas de la cláusula de salvaguarda de la identidad constitucional y el reenvío prejudicial por parte de los tribunales constitucionales nacionales

Aun compartiendo las preocupaciones por los resultados asimétricos del control difuso, las ciencias jurídicas han evidenciado tempranamente que, al haberle delegado al Tribunal de Justicia la competencia exclusiva de controlar el respeto de la cláusula de salvaguarda de la identidad constitucional podría ocasionar el vaciamiento judicial de una norma que tiene la finalidad de garantizar la subsistencia de las constituciones nacionales²⁹². Con la intención de realizar un procedimiento que sea útil para restablecer, de manera equilibrada, la tensión entre la uniformidad del ordenamiento europeo y el mantenimiento de las especificidades nacionales, la doctrina ha propuesto soluciones que prevén eliminar la atribución de una competencia exclusiva e involucrar, al mismo tiempo, a los jueces europeos y a los jueces nacionales.

En primer lugar, se propone una interpretación de la norma que pueda favorecer un reparto de la jurisdicción. De esta manera, por un lado se vuelve a proponer la posibilidad de que sean los jueces nacionales los que establezcan reglas sobre el respeto de la identidad constitucional pero, por el otro, con la clara intención de impedir los posibles abusos conectados a un esquema procesal de este tipo, se limita tal posibilidad, a las hipótesis de contraste con reglas constitucionales específicas y explícitas y se dejan los otros hechos o circunstancias a la competencia de los jueces europeos²⁹³.

Además, siempre según una lógica de cooperación judicial, la doctrina ha destacado la necesidad de superar el prejuicio que condujo a los tribunales constitucionales nacionales a obstaculizarse la vía del recurso prejudicial²⁹⁴. De hecho –según los promotores de esta reconstrucción– si los jueces naciona-

²⁹² Aunque su opinión se diferencie de las precedentes, expresa esta preocupación CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*, cuando sostiene que «Si por un lado pareciera contradictorio confiarle al Tribunal de Justicia la interpretación de las identidades constitucionales nacionales, por la otra, si se le concediese a los jueces nacionales el derecho a la última palabra, sobre los valores imprescindibles del propio ordenamiento constitucional y así, contraerla a la primacía del derecho europeo, el ordenamiento comunitario se expondría a un insostenible riesgo de disgregación».

²⁹³ Es lo que sostiene FERRERES COMELLA V.-KUMM, M., «The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty», en www.jeanmonnetprogram.org.

²⁹⁴ Es lo que sostiene CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*, y CARTABIA M.-CELOTTO, A., *op. cit.*, pp. 4504-4505. FERRERES COMELLA V.-KUMM, M., *op. cit.*, además de proponerle el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia le propone consultar a la Comisión.

les utilizaran el método que el ordenamiento europeo les propone para establecer un diálogo con sus colegas de Luxemburgo sobre los problemas relacionados con la identidad constitucional, se podría asistir a un enfrentamiento constructivo entre los puntos de vista de las dos instituciones judiciales y se podría lograr, por esta vía, volver a formar una unidad que respete realmente la diversidad, sin correr el riesgo de disoluciones ligadas a una resolución sólo nacional del conflicto normativo²⁹⁵.

8.4 La interpretación integrada de la cláusula de salvaguarda de la identidad constitucional y la tendencia hacia la «inversión del reenvío prejudicial»

La idea de que, a través de la colaboración entre los Tribunales, se pueda alcanzar un punto de equilibrio entre uniformidad y diferenciación, ha llevado a una parte de las ciencias constitucionales a aprovechar la oportunidad propiciada por el nuevo art. 4 del Tratado de la Unión europea y de esta forma proponer una ulterior y revolucionaria reconstrucción de las relaciones entre los ordenamientos.

Esta interpretación comparte con las demás la idea de que a través del art. 4 no se tiene la intención de plantear, a priori, la jerarquía normativa y le confía a la actividad hermenéutica *ex post* la delicada tarea de establecer qué norma prevalece en cada uno de los casos concretos: sólo a través de una prudente actividad de ponderación se puede llegar a la correcta solución²⁹⁶. Es obvio, que en este caso es de vital importancia el correcto reconocimiento del órgano legitimado para llevar a cabo tal operación de balance²⁹⁷.

²⁹⁵ A tal propósito observa CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.* «El semblante futuro de la Constitución europea dependerá sobre todo de las Cortes supremas. Todo dependerá de cómo se expresa la tradición constitucional del propio ordenamiento para construir un bien común, por lo que, más se hará con fervor y más el ordenamiento constitucional europeo se parecerá a la imagen ambiciosa que se nos quiere dar de Europa: unida en la diversidad. Pero, si las tradiciones constitucionales nacionales no encuentran un intermediario válido que las represente, entonces como consecuencia se disparará la riqueza del pluralismo cultural y constitucional de la futura Europa, abriéndole camino a una homologación cultural establecida por los que tienen mayor peso, o por improductivas batallas de retaguardia, enroscadas en la contraposición entre Constituciones nacionales y Europa, dignas de épocas no gloriosas, superadas hoy en día».

²⁹⁶ A tal propósito ver lo que sostiene RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, *cit.*

²⁹⁷ Expresamente en tal sentido RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, *cit.*

De manera diferente a la interpretación centralista y a la interpretación asimétrica, esta reconstrucción considera que el enredo entre las competencias del Tribunal de Justicia y las competencias de los tribunales constitucionales nacionales rinde muy inoportuno el reconocimiento de un sujeto competente en vía exclusiva para que decida sobre el respeto o no de la cláusula de salvaguarda²⁹⁸. De hecho, se determina una situación de contraste que podría ser resuelta sólo con un juicio cuyo parámetro de constitucionalidad está representado por una norma constitucional de competencia de los jueces internos y el objeto del juicio está representado por una norma europea de competencia de los jueces de Luxemburgo²⁹⁹. Según esta interpretación, a diferencia de la situación ordinaria en la que la norma europea constituye el parámetro de legitimidad de la norma interna y, por lo tanto, el «derecho a la última palabra» le corresponde al juez europeo, en un caso de esta tipología es el juez constitucional (justo por ser el juez del parámetro) el que debería dictaminar en vía definitiva sobre el conflicto, después de que el Tribunal de Justicia hubiese expresado, eventualmente, la propia interpretación acerca del significado de la disposición europea.

En tal situación, no sorprende que también la estrategia cooperativa que propone el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia, aun siendo reconocida útil para resolver casos similares³⁰⁰, haya sido considerada poco fructuosa o insuficiente³⁰¹. Por ello, en primer lugar, la dimensión unilateral del reenvío (del juez interno al juez europeo) sitúa a los organismos judiciales internos en

²⁹⁸ Escribe RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, cit., «ningún poder exclusivo, de interpretación auténtica, beneficiaría a unos o a otros jueces, más bien se admitiría el caso de un libre enfrentamiento entre opciones de reconstrucción llevadas a cabo en el interior de los dos ordenamientos, en el transcurso de un debate aparentemente abierto a cualquier tipo de resultado».

²⁹⁹ Escribe RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, cit., «Se constata que siempre son posibles los conflictos entre los Tribunales, desde el momento en el que sí, por un lado, el reconocimiento del parámetro interno violado viene sometido a la evaluación de los jueces nacionales, con inmediatas consecuencias a nivel comunitario, es igualmente cierto que, por otro lado, las interpretaciones de las disposiciones supranacionales, que se consideran estar en contraste con aquel parámetro no pueden evadir al Tribunal europeo; es más, sobre todo en el caso de que se considere que el hecho de remitir cuestiones, en vía prejudicial, al Tribunal mismo, está claramente confirmado por el Tratado. Sintetizando al máximo (con el coste de una forzada simplificación), se podría resumir lo dicho hasta ahora poniendo en evidencia ciertos términos normativos en la materia, por ejemplo: el asumido como parámetro sería confiado en última instancia a la interpretación de los jueces nacionales, aquel constitutivo del objeto a la interpretación de los jueces europeos: siempre claramente con posibles divergencias de orden reconstructivo entre ellos mismos».

³⁰⁰ Ver por ejemplo como RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, cit., resuelve la hipótesis de contraste entre un principio fundamental del ordenamiento europeo y un principio fundamental del ordenamiento nacional.

³⁰¹ Es lo que sostiene RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, cit.

una posición de pura ejecución de la decisión europea³⁰². En segundo lugar, la posibilidad de un recurso por incumplimiento contra las decisiones de los organismos judiciales internos, sitúa a los jueces europeos en una posición equiparable a la de un tribunal de apelación de las decisiones de los jueces constitucionales³⁰³. Además, conforme al actual panorama de las relaciones entre los tribunales, se podrían imaginar contextos procesales en los que las consultas podrían no ser tomadas en consideración y prácticamente eliminadas del juicio: por ejemplo, en la hipótesis en la que el juez ordinario lleve a cabo el reenvío a Luxemburgo, los tribunales constitucionales aun manteniendo el derecho teórico de última palabra, no serían interpelados sobre cuestiones de conflicto entre ordenamiento comunitario y ordenamiento nacional.

Más bien –según los promotores de esta reconstrucción– para reequilibrar la posición entre los Tribunales, sería necesario algo como una «inversión del reenvío prejudicial» que, con un espíritu de leal colaboración entre las instituciones judiciales del sistema integrado, le permita a los jueces europeos involucrar a sus colegas nacionales en las cuestiones en las que la presencia de un conflicto entre una norma identitaria y una norma europea le imponga garantizar a los Tribunales constitucionales la efectiva posibilidad de dictaminar en vía definitiva³⁰⁴.

³⁰² Cfr. CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*, que en tal sentido propone el establecimiento de modalidades especiales de reenvío.

³⁰³ RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, *cit.*, a tal propósito puntualiza que «una vez que se le dé la posibilidad al Tribunal de la Unión de tomar posición acerca del contraste de una norma de la misma Unión con el art. I-5, aun con la mediación referida al *tertium* nacional, parecería inevitable el abrazo sofocante por parte del mismo Tribunal, ya que se convertiría en una especie de juez de apelación con respecto a los dictámenes de los jueces (¡incluso constitucionales!) de derecho interno. No hay que olvidarse, por otro lado, que el incumplimiento del derecho comunitario puede producirse por cualquiera de los operadores de derecho interno (incluso Cortes constitucionales); y el incumplimiento podría ser provocado por una errónea percepción de la subsistencia de las condiciones para la activación de la cláusula de salvaguarda de identidad constitucional nacional establecida en el art. I-5».

³⁰⁴ Claramente en tal sentido RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti»*, *cit.*, según el cual «el reconocimiento de la violación de los contralímites compete exclusivamente o, por lo menos, prioritariamente (en sentido cronológico) a los jueces nacionales. Esta vez, podría ser el Tribunal de Luxemburgo el que solicitase a los jueces nacionales (y, señaladamente, a los jueces constitucionales) que dictaminasen en vía prejudicial sobre la cuestión: para que digan, sobre todo, si la norma de derecho interno asciende o no al rango de principio fundamental y, después, si es o no violada por la norma europea (reflexiónese conforme a la hipótesis hecha, si no debería discutirse la centralidad del tribunal constitucional del derecho interno respecto a los tribunales comunes, justo gracias al hecho de que las cuestiones hayan tenido que ver en un primer momento con el Tribunal de Luxemburgo, que a su vez pasa la pelota al juez nacional de las leyes). Una prejudicialidad de este tipo, todavía, como es bien sabido, no existe, o digamos mejor, en la actualidad no ha sido codificada. Podemos decir entonces que el Tribunal de Justicia podría (o ¿debería?) declarar la propia incompetencia para dictaminar sobre la cuestión misma, o mejor, para dictaminar en la primera ocasión sobre ella, por consecuencia rechazando por inadmisibilidad el recurso presentado ante la misma y no precedido por otro, idéntico (por objeto) recurso presentado delante del juez nacional y por lo tanto decidido por el mismo, en un sentido o en el otro». Un análisis de este tipo parece el que nos propone ONIDA, V., *op. cit.*, pp. 556-557.

8.5 El origen constitucional del ordenamiento europeo y la función dialéctica de la identidad constitucional

A pesar de su diversidad, ninguna de estas interpretaciones, al menos aparentemente, aspira a desmentir el origen constitucional y heterogéneo del ordenamiento europeo, establecido por el nuevo Tratado de Lisboa. De hecho, tanto el reenvío prejudicial propuesto por la interpretación cooperativa, como el original «vuelco de la cuestión prejudicial» propuesto por la interpretación integrada, sin tener en cuenta las divergencias de tipo procesal, aprovechan la ocasión para superar la retórica dualista por la cual está influenciada todavía la jurisprudencia constitucional, y ambas comparten la intención de hacer dialogar a las instituciones judiciales europeas con la finalidad de facilitar la circulación y el enfrentamiento de los argumentos constitucionales³⁰⁵. Desde este punto de vista, las interpretaciones que también se orientan a confiarle por vía exclusiva al Tribunal de Justicia o a los jueces nacionales la competencia de dictaminar acerca del respeto de la identidad constitucional, se basan en la dimensión constitucional y compleja del ordenamiento europeo tratando de lograr valorizar al máximo la mejor interpretación que logre atemperar la comprensión unitaria y la diferenciación³⁰⁶: si bajo la perspectiva monista se puede concebir la idea de un equilibrio entre normas pertenecientes a niveles diferentes del ordenamiento, esto es inconcebible en un sistema que continúa utilizando los típicos argumentos de la tradición dualista.

A pesar de lo dicho, estos argumentos no parecen ser decisivos, todavía, para sostener que la europeización de los contralímites es importante para darle definitivamente razón a todos los que han descrito el ordenamiento europeo como un sistema de constitución multinivel. Como hemos ya visto, la condición necesaria para poder definir el sistema europeo en términos de ordenamiento o en términos de constitución multinivel es su funcionamiento prácticamente unitario. Desde este punto de vista, es posible que, a excepción de la interpretación centralista, cada una de las reconstrucciones comentadas, con-

³⁰⁵ Según RUGGERI, A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti», cit.*, «Se refiere, en otras palabras, al poder permitir o facilitar la formación de verdaderas y reales costumbres interpretativas, idóneas a consolidarse en “mensajes” estables de producción-interpretación jurídica a raíz de los cuales los enunciados constitucionales, tanto en ámbito europeo como en ámbito nacional, se vuelquen los unos hacia los otros, alimentándose y renovando el sentido recíprocamente (de manera circular), tendiendo así, a la más amplia expansión y proyección, al servicio de los derechos de particulares y grupos, con la finalidad de su máxima satisfacción de las condiciones históricamente dadas. De modo similar también CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*

³⁰⁶ A tal propósito es el caso de señalar como STROZZI, G., *op. cit.*, p. 31, sostiene abiertamente que a raíz de la entrada en vigor del nuevo art. 4 del Tratado sobre la Unión europea «Al Tribunal de Justicia se le atribuyen, aun más, funciones típicas de un Tribunal constitucional de la Europa unida».

forme a una calificación constitucional, hagan renacer instintos autárquicos dormidos en los tribunales constitucionales y poniendo en crisis los delicadísimos procesos de «ósmosis jurisprudencial», en la práctica pudiese fracasar el intento de asegurar la solidez jurisprudencial necesaria para garantizar una unidad del ordenamiento que supere la simple coherencia de las decisiones judiciales.

Por lo tanto, con la intención de verificar las implicaciones dogmáticas conectadas al modelo de relaciones entre los tribunales, que se está concretamente consolidando en esta fase, en el próximo capítulo se tratará de analizar la jurisprudencia europea que, recientemente, se ha enfrentado con problemas sobre la identidad constitucional y la primacía.

TERCERA PARTE

PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO E IDENTIDADES CONSTITUCIONALES EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA NACIONAL

9. LAS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE LAS LEYES DE RATIFICACIÓN DEL TRATADO CONSTITUCIONAL Y SOBRE EL ACUERDO DE ADHESIÓN A LA UNIÓN: LOS NUEVOS CONTENDIENTES EN LA «GUERRA ENTRE TRIBUNALES»

9.1 El límite del laicismo y el significado nacional del concepto de minorías según el *Conseil Constitutionnel* francés

Aprovechando la tradicional rapidez con la que efectúa el control *a priori* de constitucionalidad³⁰⁷, el *Conseil Constitutionnel* fue el primer organismo interno que evaluó la conformidad entre la propia carta constitucional y la ley de ratificación del segundo Tratado de Roma, y fue también el primer organismo interno que dictaminó a favor de la existencia de un conflicto entre el proyecto de reforma de las instituciones europeas y la Constitución nacional³⁰⁸.

³⁰⁷ Conforme a lo dicho por DURANTI, F., «Il Conseil constitutionnel e la nuova Costituzione europea», en www.forumcostituzionale.it, el Presidente de la República sometió la cuestión de constitucionalidad, el mismo día de la firma del nuevo Tratado. Se debe tener presente que respecto del art. 61 de la Constitución francesa «el Consejo constitucional tiene que deliberar en un plazo de un mes. Sin embargo, a petición del Gobierno, en caso de urgencia, el plazo se reduce a ocho días», se puede entender entonces, que no sorprende la circunstancia de que la institución francesa haya sido la primera en dictaminar.

³⁰⁸ Decisión del *Conseil Constitutionnel*, 2004-505 DC, del 19 de noviembre de 2004. Para un comentario ver SCHILLACI, A., «Il Conseil Constitutionnel si pronuncia sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.

De acuerdo con nuestro razonamiento es esencial examinar el recorrido argumentativo seguido por el *Conseil* para explicar su punto de vista acerca de la conflictiva cuestión de las relaciones entre los ordenamientos y para declarar la constitucionalidad de la cláusula sobre la primacía y sobre la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea.

El punto de partida de la decisión fue excluir el origen constitucional del nuevo Tratado. A tal fin se consideran las disposiciones relacionadas con la entrada en vigor, con la revisión y la denuncia del Tratado, y dejando aparte la nomenclatura oficial, se corrobora la esencia internacional del proyecto de reforma. Una vez encuadrada la nueva etapa de la integración en el ámbito de los fenómenos internacionales y establecido el fundamento interno del proceso europeo, de acuerdo con la precedente jurisprudencia del *Conseil*³⁰⁹, se excluye que la primacía, ratificada por el art. I-6 del Tratado constitucional tenga cualesquiera de los tipos de pretensión jerárquica o pueda, de alguna manera, poner en duda la posición de cúspide que en el ordenamiento interno le corresponde a la Constitución francesa³¹⁰. Los componentes de la institución constitucional transalpina puntualizan que, además del art. 54 y el art. 88-1 del texto constitucional³¹¹, es el mismo Tratado de Roma el que se opone a una reconstrucción que someta, a los ordenamientos constitucionales nacionales al sistema jurídico europeo. De hecho, según los jueces, además de la (ambigua) declaración final sobre el art. I-6³¹², la necesidad de tutelar la identidad constitucional de los estados miembros, claramente reconocida por el texto del Tratado, impone que frente a un conflicto entre una disposición que expresa la identidad constitucional y una disposición europea, venga reconocida la prevalencia aplicativa de la norma interna³¹³.

³⁰⁹ Se refiere sobre todo a las decisiones del *Conseil Constitutionnel*, 2004-496 DC, del 10 de junio de 2004; 2004-497 DC, del 1 de julio de 2004; 2004-498 DC, del 29 de julio de 2004 y 2004-499 DC, del 29 de julio de 2004, tenidas en cuenta específicamente para el examen de la sentencia. Para un análisis sobre las dos primeras decisiones ver SCHILLACI, A., «Il Conseil Constitutionnel interviene sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno», en www.associazionedeicostituzionalisti.it. Para una reconstrucción global de la precedente jurisprudencia francesa ver DUTHEILLET DE LAMOTHE, O., «Il Conseil Constitutionnel ed il processo di integrazione comunitaria», en www.associazionedeicostituzionalisti.it, y ALEN, A., *op. cit.*, pp. 200-203.

³¹⁰ En tal sentido los jueces afirman claramente que la Constitución mantiene «su posición de ápice del ordenamiento jurídico interno».

³¹¹ Será útil recordar que «La República participa en las Comunidades europeas y en la Unión Europea, constituidas por estados que han elegido libremente, en base a los tratados que las han instituido, ejercer de manera compartida algunas de sus competencias».

³¹² Tal Declaración, solicitada por los representantes del Reino Unido, establece que «La conferencia constata que el art. I-6 refleja la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de primera instancia».

³¹³ En tal sentido los jueces franceses declaran que «primordialmente, de la combinación dispuesta por los arts. I-5 y I-6, resulta que el tratado no modifica, ni el origen de la Unión europea ni el alcance del

El interés que muestra también el ordenamiento europeo por el perfil identitario produce una serie de consecuencias que no hay que subestimar. En primer lugar, en todos los casos de contraste explícito con una norma constitucional, los jueces declaran la necesidad de perfeccionar el *iter* o tramitación de la ratificación nacional con apropiadas reformas de la Constitución, que sean válidas para sanar las divergencias entre el texto del proyecto de reforma y el texto constitucional vigente³¹⁴.

En segundo lugar, la preocupación por salvaguardar la identidad constitucional francesa lleva a la institución constitucional a reinterpretar (o a lo mejor a forzar³¹⁵) en clave nacional algunas previsiones de la Carta de los derechos fundamentales que se consideren potencialmente lesivas de principios fundamentales. Por lo que, dándole mayor importancia al principio de laicidad y prohibiendo que se reconozcan derechos a grupos colectivos como normas fundamentales del ordenamiento estatal, los jueces franceses proceden a la búsqueda de una solución que, mediante su interpretación, les permita armonizar las previsiones europeas con los principios identitarios franceses: basándose en las cláusulas horizontales de la Carta europea establecen que el ordenamiento europeo, aunque reconozca en el art. II-70 el derecho a manifestar públicamente la propia religión³¹⁶, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, le permite a los estados miembros un margen de apreciación dentro del cual se impone la tradición constitucional francesa en materia de laicidad del estado³¹⁷; de igual manera, los

principio de la primacía del derecho de la Unión que deriva, como fue sostenido por el *Conseil Constitutionnel* en las decisiones antes mencionadas, por el art. 88-1 de la Constitución; por lo tanto el art. I-6 sometido al análisis del *Conseil*, no rinde necesaria una revisión constitucional».

³¹⁴ En lo específico, en cuanto «nuevas materias» que influyen «sobre las condiciones esenciales de la ejecución de la soberanía», los arts. III-265 (control en las fronteras), III-269 (cooperación judicial en materia civil), III-270, III-271 (cooperación judicial en materia penal) y III-274 (instituciones de la fiscalía europea) requieren una modificación constitucional. Sin embargo, debido a que modifican las modalidades de la ejecución de competencias ya atribuidas por el ordenamiento constitucional francés, los arts. III-273, III-276 y III-300 (a causa del pasaje al criterio de la mayoría cualificada); los arts. III-191 y III-419 (para otorgarle la función decisional al Parlamento europeo); los arts. III-264, III-275 y III-277 (para la sustitución del poder de iniciativa autónoma –con anterioridad concedido a cada uno de los estados miembros– con el procedimiento de la iniciativa conjunta conferida a un cuarto de los estados) y el art. I-11 y todo el Protocolo n. 2 (en materia de poderes de los Parlamentos nacionales y de control sobre el principio de subsidiariedad) requieren una modificación constitucional. En fin, según el juez constitucional francés requieren una modificación constitucional todas las llamadas cláusulas pasarelas.

³¹⁵ Es la tesis sostenida por CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*, que aun juzgando favorablemente la operación hermenéutica hecha por el *Conseil* pone de relieve cómo algunos pasos de la decisión son un poco forzados.

³¹⁶ De acuerdo con la norma en cuestión se prevé «la libertad de manifestar la propia religión o el propio convencimiento individual o colectivo, en público o en privado, mediante el culto, la enseñanza, las prácticas y el cumplimiento de los ritos».

³¹⁷ A tal propósito ver las sentencias, *Leyla Sahin c. Turchia e Zeynep Tekin c. Turchia*, ambas pronunciadas el 29 de junio de 2004 por parte del Tribunal europeo de derechos humanos.

magistrados franceses, siempre basándose en las cláusulas finales de la Carta europea, afirman que el art. II-82 (y el art. I-2)³¹⁸, aun reconociendo que la tutela de las personas pertenecientes a las minorías es un objetivo de la Unión europea, no impone una tutela colectiva a los grupos minoritarios (claramente excluida del art. 1 de la Constitución francesa).

Al final, como era previsible, el *Conseil Constitutionnel*, basándose en una decisión de pocos meses antes, deduce de esta reconstrucción sobre las relaciones entre los ordenamientos una reserva de jurisdicción a su propio favor: con la finalidad de tutelar la identidad constitucional francesa, este reafirma el propio poder de controlar la conformidad constitucional de las leyes internas que permiten la ejecución de las directivas. Es evidente que la restricción es una consecuencia de las peculiaridades que, hasta algunos meses antes, habían caracterizado (y que por lo menos, en lo que tiene que ver con la aplicación de la primacía del derecho europeo, siguen caracterizando) al sistema francés de constitucionalidad³¹⁹: acorde con la consolidada experiencia judi-

³¹⁸ De acuerdo con el art. I-2 del Tratado constitucional la Unión debe tutelar los «derechos de las personas que pertenecen a una minoría». De acuerdo con el art. II-82, la Unión se propone respetar «la diversidad cultural, religiosa y lingüística».

³¹⁹ Es oportuno señalar que hasta el mes de marzo de 2010, Francia no tenía un sistema de control sucesivo de constitucionalidad, y esto, con la excepción del control preventivo sobre las leyes de actuación de las directivas y sobre las leyes de ratificación de los Tratados, le impedía al juez constitucional francés toda posibilidad de control de conformidad entre Constitución y norma europea y entre norma europea y norma interna ordinaria. Estos controles se le delegaban al juez ordinario. Con la ley de revisión constitucional n. 2008-724, del 23 de julio de 2008, y con la ley orgánica n. 2009-1523, del 10 de diciembre de 2009, se introdujo un mecanismo accidental de control de la constitucionalidad que produjo problemas de coordinación entre los varios tribunales involucrados en este tipo de inspecciones. Recientemente, bajo el estímulo de un reenvío prejudicial (Decisión 12003, del 16 de abril de 2010) con la que la Corte de Casación interpeló al Tribunal de Justicia acerca de la legitimidad del nuevo control de constitucionalidad a posteriori, el *Conseil Constitutionnel* tuvo que intervenir para aclarar las relaciones entre juicio ordinario, control (preventivo y sucesivo de constitucionalidad) de conformidad comunitaria y, con la decisión 2010-205 DC, del 12 de mayo de 2010, volvió a determinar su tradicional distinción entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad, estableciendo que a éste le queda el control sobre el respeto de los principios identitarios por parte de las leyes internas de actuación de las directivas y que le corresponde a los jueces ordinarios garantizar el respeto del principio de la primacía del derecho comunitario (y del derecho internacional). Para una reconstrucción de la trayectoria seguida por el proyecto de reforma constitucional se reenvía a FABBRINI, F., «Il progetto di riforma costituzionale del Comité Balladur e la proposta di introdurre in Francia un controllo di costituzionalità delle leggi a posteriori», en www.forumcostituzionale.it, e id., «Kelsen a Parigi. Il Parlamento francese approva in prima lettura il progetto di riforma costituzionale che introduce un controllo di costituzionalità a posteriori», en www.forumcostituzionale.it. Por lo que se refiere, al examen de los acontecimientos relacionados con la aprobación de la ley orgánica en examen ver SCOTTI, V., «Francia. Promulgata una legge organica per istituire la question prioritaire de constitutionnalité», en *Diritto pubblico comparato europeo*, 2009, 3, pp. 1139-1142, y FABBRINI, F., «La loi organique sul controllo di costituzionalità in via incidentale e lo scrutinio preventivo del *Conseil Constitutionnel*», en *Quaderni costituzionali*, 2010, 1, pp. 123-126. Para un comentario sobre la decisión 12003 de la Corte de Casación y sobre la decisión 2010-205 DC del *Conseil* ver COSTANZO, P., «Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)», en www.giurcost.org; ROVAGNATI, A., «Profili problematici di un ordinamento multilivello di protezione dei

cial francesa, la sentencia ciertamente no impide que sea controlada por un juez ordinario, para que de esta manera se pueda garantizar la aplicación de la norma identitaria contrastante con una norma europea que no sea una directiva (por ejemplo un reglamento).

Dejando para el final del capítulo consideraciones de orden más general, por el momento vale la pena señalar, teniendo en cuenta las diferencias que pueden justificarse por la diversidad de los sistemas de justicia constitucional, que la sentencia en cuestión vale para alejar al *Conseil Constitutionnel* de la jurisprudencia constitucional italiana y alemana en materia de contralímites porque tiende a considerar, cada violación de una disposición constitucional evidenciada (y no sólo los principios fundamentales del ordenamiento o del núcleo duro de las constituciones nacionales), como una lesión de la identidad francesa.

9.2 Primacía y supremacía según el Tribunal Constitucional español

A distancia de pocas semanas de la decisión francesa, el Tribunal Constitucional español, con una sentencia muy controvertida³²⁰, interviene en vía preventiva para controlar la conformidad del proyecto de reforma de las instituciones comunitarias con el ordenamiento constitucional nacional³²¹.

diritti fondamentali. I sistemi nazionali di giustizia costituzionale alla prova del diritto dell'Unione europea», en www.associazionedeicostituzionalisti.it; id., «Quale ruolo per le Corti costituzionali negli Stati membri dell'Unione europea? Brevi considerazioni a margine di una recente, complessa vicenda giudiziaria francese», en www.associazionedeicostituzionalisti.it; FABBRINI, F., «Corte di Cassazione francese, Corte di Giustizia Europea e diritto comparato», en www.astrid-online.it, y RATTO TRABUCCO, F., «Controllo di costituzionalità vs. controllo di compatibilità comunitaria, dopo la riforma francese del 2009», en www.forumcostituzionale.it. Por lo que se refiere al impacto que la reforma produce sobre el sistema francés de control de la constitucionalidad ver GROPPI, T., «Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia?», en www.astrid-online.it; CHELI, E., «La riforma del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia», en www.astrid-online.it, y CALAMO SPECCHIA, M., «Il Conseil Constitutionnel e l'exception d'inconstitutionnalité», en www.astrid-online.it. En fin, sobre las otras características de la reforma, ver también CECCANTI, S., «Revisione francese. La rivincita di Vedel e Duverger», en www.forumcostituzionale.it. Se me permita el reenvío a VECCHIO, F., «La decisione 2010-205 DC del Conseil Constitutionnel francese e la decisione C-188/10 della Corte di Giustizia: il superamento della dottrina Simmenthal e le possibili ricadute sul sistema italiano», en www.giustamm.it.

³²⁰ Hay que señalar que la decisión es adoptada con tres opiniones contrastantes. Para un análisis de los otros puntos de vista de los magistrados ver SCHILLACI, A., «Il Tribunale costituzionale spagnolo e la Costituzione europea», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.

³²¹ Declaración del Tribunal constitucional español, 1/2004, del 13 de diciembre de 2004. Para un comentario a la decisión ver ALONSO GARCÍA, R., «The spanish Constitution and the european Constitution: the script for a virtual collision and other observations on the principle of primacy», en www.german-lawjournal.com; DURANTI, F., «Il Tribunal Constitucional e la nuova Costituzione europea», en www.forumcostituzionale.it. Ver también la decisión 2544/2004 con la que, el 21 de octubre, el Consejo de Estado dictaminó acerca de la compatibilidad del Tratado constitucional con la Constitución española. Para un

Siguiendo una orientación ya consolidada en la sentencia sobre la conformidad constitucional del Tratado de Maastricht³²², los jueces constitucionales aprovechan la ocasión de seguir la idea del fundamento interno del proceso de integración y vuelven a confirmar que es el art. 93 de la Constitución española el que legitima la ejecución de competencias nacionales, por parte de las instituciones europeas³²³. De acuerdo a la lógica jurídica que sustenta tal decisión, esta disposición constitucional funciona como una especie de «bisagra» entre los ordenamientos y permite la integración del derecho comunitario en el marco constitucional³²⁴.

Sin embargo, de manera opuesta a lo sostenido en la sentencia *Maastricht*, en este caso los jueces se apresuran a establecer que las normas en cuestión, aun mostrando una actitud general a favor del proceso europeo y además permitiendo la autonomía del ordenamiento supranacional, ponen límites materiales al avance de la integración y no pueden permitir un indiscriminado predominio del criterio aplicativo del derecho comunitario³²⁵. En resumen, en la interpretación propuesta, el art. 93, además de los requisitos formales requeridos para reconocer los efectos producidos en ámbito interno por el derecho comunitario, hace referencia de manera implícita a una cláusula de salvaguarda de la identidad constitucional española que debería excluir la aplicación de normas europeas contrastantes con los principios y los valores fundamentales tutelados por la Constitución española³²⁶.

comentario a esta disposición ver BALAGUER CALLEJÓN, F., «Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en www.laley.es.

³²² Declaración del Tribunal Constitucional español, 1/1991, del 7 de febrero de 1991.

³²³ Específicamente el art. 93 de la Constitución española prevé que «Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional la cesión de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión».

³²⁴ Los jueces afirman que «El art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias».

³²⁵ En tal sentido el Tribunal Constitucional reconoce que «Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla. Aquélla, si bien la Constitución exige que el ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos».

³²⁶ En este sentido los jueces declaran que «Esa interpretación debe partir del reconocimiento de que la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implí-

Basándose en este marco general de referencia los jueces excluyen que el art. I-6 del Tratado constitucional pueda haber superado los límites materiales previstos por la Constitución española. De hecho, por un lado, la introducción de cláusulas de salvaguarda de la identidad constitucional y la declaración final acerca de la primacía, combinadas con los límites impuestos por el principio de atribución y el derecho a denunciar el Tratado³²⁷, valen para desmentir toda idea de subordinación de los ordenamientos nacionales al ordenamiento europeo y confirman también, desde un punto de vista supranacional, lo intangible del núcleo duro de las constituciones nacionales³²⁸. Por otro lado, el Tribunal confirma la propia tesis sobre la compatibilidad constitucional del art. I-6 y refiriéndose a argumentos de orden lógico-teórico, distingue entre la primacía aplicativa que, dentro de límites constitucionalmente previstos, le corresponde al derecho europeo y la supremacía que le corresponde a la Constitución nacional ya que representa la soberanía del pueblo español³²⁹. A partir de esta clara reconstrucción dog-

citamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia».

³²⁷ A propósito del principio de atribución y al retiro voluntario de la Unión los jueces declaran que «La primacía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el art. I-60 del Tratado».

³²⁸ Refiriéndose a los arts. I-2, I-6 y II-113, los jueces constitucionales establecen que «Dichos preceptos, entre otros, vienen a consagrar la garantía de la existencia de los estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal, garantía cuya ausencia o cuya falta de una proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos estados, en lo que ha dado en llamarse en la doctrina el diálogo entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En otros términos, los límites a que se referían las reservas de dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el propio Tratado sometido a nuestra consideración, que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los estados miembros».

³²⁹ En tal sentido, en la sentencia en cuestión se declara lo siguiente «Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la

mática, los jueces constitucionales, se adjudican una reserva de jurisdicción a su favor: en virtud de la supremacía de la Constitución y de los principios delegados por la primacía, la solución de un eventual conflicto entre los ordenamientos, traduciéndose en el conflicto entre dos normas constitucionales, estará a cargo del tribunal de Madrid³³⁰.

Utilizando una técnica análoga, la decisión excluye, por lo menos en forma abstracta, la posibilidad de un contraste entre las normas constitucionales y los arts. II-111 y II-112 del Tratado. De hecho, después de haber constatado que las disposiciones europeas, que disciplinan la convivencia entre los diferentes sistemas de tutela de los derechos fundamentales, prevén mecanismos de solución de conflictos complementarios con el dispuesto por el segundo apartado del art. 10 de la Constitución³³¹, los jueces establecen la importancia del propio rol, en la solución de probables controversias que pudieran surgir a partir de la entrada en vigor de la Carta de los derechos fundamentales³³².

previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado». Para un comentario sobre este punto ver C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G., «No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional», en *Revista de derecho comunitario europeo*, 2005, 20, pp. 5-17.

³³⁰ A tal propósito ver la parte donde se afirma que «En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-6 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6».

³³¹ De acuerdo con art. 10.2 de la Constitución española «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Aprovechando la interpretación tradicional de esta norma los jueces llegan a concluir que «no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos. Y las que resulten, según se ha dicho, sólo podrán apprehenderse y solventarse con ocasión de los procesos constitucionales de que podamos conocer».

³³² A tal propósito viene establecido que «Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. Como sucede con los que desde el primer momento viene planteando la integración del Convenio de Roma, su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española».

Por ahora, sólo se puede observar que contrariamente al *Conseil Constitutionnel* francés, el Tribunal constitucional español excluye a los jueces ordinarios y se reserva el control sobre el respeto de la identidad constitucional. Sin embargo, este sigue la línea de la decisión establecida por su homólogo transalpino y además de acogerse a su ordenamiento interno se basa en las normas europeas para legitimar su jurisdicción en materia de conflictos entre los ordenamientos.

9.3 Las implicaciones de la supremacía formal de la Constitución nacional según el *Trybunał Konstytucyjny* polaco

La distinción entre supremacía de la Constitución nacional y primacía aplicativa del derecho europeo, que distingue las decisiones apenas analizadas, viene establecida también por otra jurisdicción constitucional. Recientemente, el *Trybunał Konstytucyjny* polaco, llamado a sentenciar acerca de la compatibilidad constitucional del acuerdo de adhesión del 2004, retoma las argumentaciones jurídicas sobre la sentencia *Maastricht* del *Bundesverfassungsgericht* con tonos exasperados y duros, sin embargo salvando la adhesión polaca a la Unión europea³³³, se salvaguarda y circunscribe por vía interpretativa a los límites del derecho comunitario³³⁴.

³³³ El recurso, presentado por algunos grupos parlamentarios hostiles al ingreso polaco en la Unión, se quejaba de la violación de las normas constitucionales por parte del art. 1 del Tratado de Adhesión; del art. 2 del acta concerniente a las condiciones de acceso de la República polaca; del art. 8 del Tratado sobre la Comunidad europea acerca del sistema europeo de los Bancos centrales; del art. 12 del Tratado de la Comunidad europea sobre la prohibición de discriminación basada en la ciudadanía; del art. 13 del Tratado de la Comunidad europea sobre la prohibición de la discriminación por sexo, etnia, religión, opinión, inhabilidad, edad u orientación sexual; del art. 19 del Tratado de la Comunidad europea sobre el derecho de voto de los ciudadanos europeos; del art. 33 del Tratado de la Comunidad europea sobre la política agrícola comunitaria; del art. 190 del Tratado de la Comunidad europea sobre la elección del Parlamento europeo; del art. 191 del Tratado de la Comunidad europea sobre los partidos políticos europeos; del art. 202 del Tratado de la Comunidad europea sobre el Consejo de la Unión europea; del art. 203 del Tratado de la Comunidad europea sobre la composición del Consejo; del art. 234 del Tratado de la Comunidad europea sobre cuestiones preliminares; del art. 249 del Tratado de la Comunidad europea sobre el derecho secundario de la Unión; del art. 308 del Tratado de la Comunidad europea sobre la susodicha cláusula pasarela; del art. 6 del Tratado de la Unión y del art. 17 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión.

³³⁴ Sentencia del *Trybunał Konstytucyjny* polaco, K 18/04, del 11 de mayo de 2005. Para un comentario véase KOWALIK BAŃCZYK, K., «Should we polish it up? The polish constitutional tribunal and the idea of supremacy of EU law», en www.germanlawjournal.com. Para un análisis general del ordenamiento constitucional polaco se reenvía a BANASZAK, B. B., *Impact of european integration on the law and constitutional system in Poland, Varsavia*, 2009, POLICASTRO, P., «Costituzione della Repubblica Polacca del 2 aprile 1997», en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1998, pp. 121-122, 123-219, y a VECCHIO, F., «Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia», en vía de publicación.

Según los jueces constitucionales de Varsovia, el fundamento jurídico de la integración europea debería buscarse en el art. 90 de la Constitución nacional, según el cual Polonia, «en virtud de un acuerdo internacional puede, en ciertas materias, delegar a una organización internacional o a una institución internacional competencias estatales». Si bien, esta disposición (combinada con el art. 9³³⁵) permite garantizar la aplicación de las normas europeas con prevalencia respecto de las disposiciones ordinarias, un reconocimiento tal de la eficacia jurídica del derecho comunitario no llega sino a poner en tela de juicio la supremacía de la Constitución. De hecho, con una hipótesis de este tipo, la prevalencia en la aplicación de la disciplina europea debería excluirse absolutamente ya que entraría en juego el art. 8 según el cual la Constitución, representa la expresión de la identidad y de la recientemente recobrada soberanía de la nación polaca, «es la ley suprema de la República polaca»³³⁶.

Debe señalarse también que, al igual que el *Conseil Constitutionnel* francés, el *Trybunał Konstytucyjny* interpreta en clave formal las propias previsiones nacionales en materia de fuentes y afirma, de manera implícita, que todas las disposiciones constitucionales tienen un irrenunciable valor identitario que permite el predominio sobre el derecho europeo. Sin embargo, el nacionalismo que invade la sentencia impulsa a los jueces polacos a superar a sus homólogos parisienses³³⁷. De hecho, si por un lado se adhieren a la opinión de sus colegas de toda Europa y deducen del fundamento interno del derecho comunitario su competencia «subsidiaria» para intervenir en las relaciones entre los ordenamientos³³⁸, por el otro evidencia una actitud de prevención acerca de la inter-

³³⁵ De acuerdo con el art. 9 «The Republic of Poland shall respect international law binding upon it». Ver también lo referido a pertenecer a la *Human Family* contenido en el Preámbulo.

³³⁶ En el mismo sentido va la combinación de los arts. 87 y 91 que elaboran criterios de jerarquía formal del sistema de las fuentes.

³³⁷ Según KOWALIK BAŃCZYK, K., *op. cit.*, «The positive thing is that the Tribunal did not follow the arguments of anti European deputies, but the general conclusion stemming from this judgment is not a very optimistic one, at least from the point of view of European law specialists. The reasons for pessimism are twofold. First, the judgment will certainly inflate the discussion of the review of competences issue, without really giving the hope for uniformity of application of European law. The discussion as such is of course to be welcomed, but it seems that there would be a trend for confrontation rather than any constructive dialogue. Second, though the Tribunal does not uphold the arguments raised by anti-European deputies, its reasoning is also based on fears: losing sovereignty, or not retaining “enough” of it. From a historical point of view it might be understandable and even though the reasoning of Tribunal seems not the right place to fight with such fears, it could be acceptable. The worrying feature, however, is that the Tribunal limits itself to arguments showing that Poland retains its sovereignty and not arguments regarding why and how it retains sovereignty».

³³⁸ Hay que notar que conforme a la sentencia *Maastricht* del *Bundesverfassungsgericht*, a partir del fundamento interno del derecho comunitario se deduce la posibilidad de un *ultra vires review* a cargo del juez constitucional nacional.

pretación conforme³³⁹ y, basándose en argumentaciones exclusivamente formales (aun reconociendo el origen *sui generis* del orden jurídico europeo) se atreven incluso a excluir claramente el origen supranacional del proceso de integración europea³⁴⁰.

9.4 Primacía e identidades constitucionales entre continuidad y discontinuidad con la tradición de los contralímites

Más allá de las diferentes posiciones que, en su conjunto, caracterizan las sentencias examinadas en este capítulo, de tales dictámenes emergen algunos elementos comunes muy útiles para reflexionar sobre la relación entre primacía e identidad constitucional y sobre la actual configuración que está asumiendo progresivamente el contralímite identitario. Desde este punto de vista podemos afirmar que, al menos en un plano horizontal, el tema de la identidad constitucional representa una importante confirmación de la teoría de la propagación de los temas jurídicos y como veremos mejor, más adelante, con relación a la jurisprudencia sobre la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, está produciendo un refuerzo recíproco de las argumentaciones constitucionales y una homologación de las construcciones dogmáticas, elaboradas por los varios tribunales constitucionales.

Todo esto, no nos puede llevar a fáciles entusiasmos sobre el avance del proceso de integración. En primer lugar, es oportuno hacer notar que conforme a los últimos resultados de la teoría de los contralímites, las tres decisiones analizadas se asemejan por la dificultad que encuentran los Tribunales constitucionales nacionales para abandonar el concepto de soberanía: a pesar del reconocimiento común del derecho comunitario como orden jurídico *sui generis*, los jueces constitucionales siguen mostrando el ordenamiento europeo como un sistema de normas fundado en el derecho interno y como consecuencia de esta acción hermenéutica, aun reconociendo el rol del Tribunal de justicia, continúan con la defensa de su derecho a la última palabra sobre las cuestiones que tienen que ver con la identidad constitucional. Siguiendo una trayectoria de continuidad con la pasada tradición de los contralímites hay que subrayar las diferencias entre la prevalencia de la norma comunitaria y supremacía de las disposiciones referidas a la identidad constitucional nacional:

³³⁹ Los jueces exponen que, en ningún caso, la influencia de los principios europeos puede determinar la inaplicación sustancial de una norma constitucional.

³⁴⁰ A tal propósito los jueces se limitan a constatar que ni las actas relacionadas al ingreso polaco a la Unión ni los Tratados califican a la Unión como una organización supranacional.

exactamente igual que ocurrió con la jurisprudencia constitucional italiana y alemana de los años anteriores, estas nuevas sentencias también desarrollaron la idea de la convivencia legítima de una multitud de normas jurídicas actualmente válidas.

Junto a estas líneas de continuidad, pareciera que la normativización de la cláusula, sobre la salvaguarda de las identidades constitucionales haya introducido elementos innovadores destinados a llevar a cabo un debate sobre el equilibrio entre jurisprudencia comunitaria y jurisprudencia constitucional italiana y alemana, lograda con tanta fatiga en los pasados decenios. En primer lugar, sólo la simple aparición de nuevos actores que siguen la tradicional línea del *Bundesverfassungsgericht* y de la Corte constitucional italiana nos indica un escenario diferente en relación al pasado, fortificándose la posibilidad de una efectiva intervención de censura, por parte de los jueces constitucionales: dejando aparte la simple lógica probabilística, la presencia de una gran variedad de tribunales dispuestos a intervenir, en forma abstracta, para garantizar la salvaguarda de la identidad constitucional, sobre todo en el caso de que estos se apresuren a no dramatizar en la situación de no cumplir con lo establecido en las disposiciones comunitarias, fortalece la posición de cada uno de ellos y se promueve un uso efectivo (aunque circunscrito) del contralímite.

Además, el uso de la fórmula de la identidad constitucional, tradicionalmente utilizada por los jueces constitucionales, ha impulsado a los tribunales constitucionales a la interpretación del art. I-5 del Tratado constitucional como un reconocimiento de la reivindicación de su competencia y, por lo general, como una aprobación de sus doctrinas «nacional-soberanistas»: de manera diferente a lo que se hacía en el pasado, los jueces constitucionales ahora no fundamentan sus construcciones sólo en el orden jurídico interno, sino que buscan, también, fundamentos útiles en el ordenamiento comunitario.

En fin, como ulterior elemento que erosiona los equilibrios jurisprudenciales consolidados, la europeización de los contralímites determina una vuelta a la reconstrucción formal del sistema de las fuentes: sea el *Conseil Constitutionnel* francés como el *Trybunał Konstytucyjny* polaco, al alejarse clamorosamente de la jurisprudencia *Solange II* y *Granital* demuestran cómo, para ellos, la Constitución nacional es el texto jurídico en el cual se consagra la identidad de la nación por lo que extienden de una manera significativa el parámetro para el control de constitucionalidad del derecho comunitario. Tal mecanismo, por lo menos en el caso francés, viene acompañado por una especificación de los ámbitos, más sensibles, en cuanto a la aplicación de la *primaute*: dejando atrás el concepto que establecía que el único límite definido podía encontrarse en la cesión de la *kompetenz-kompetenz*, los jueces parisien-

ses establecieron los sectores sobre los cuales tenían la intención de concentrar su real atención. Es evidente que tanto la gran cantidad de circunstancias en las que se reivindica, aunque solo en forma abstracta, el predominio de la norma interna sobre la norma comunitaria, como una mejor identificación de las disposiciones nacionales consideradas irrenunciables, nos permite presagiar una actitud diferente en el uso del contralímite.

10. LAS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES DE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL TRATADO DE LISBOA: EL TRIUNFO DE LAS INTERPRETACIONES ASIMÉTRICAS Y LA RENACIONALIZACIÓN DE LA PRIMACÍA

10.1 El parámetro de constitucionalidad según la sentencia *Lisboa* del *Ústavní Soud* checo

El abandono del Tratado constitucional y la innegable redimensión efectuada sobre el Tratado de Lisboa no impidieron el planteamiento de nuevas cuestiones relacionadas con el control de constitucionalidad del nuevo proyecto de reforma de las instituciones europeas³⁴¹. Aunque parezca paradójico, en algunos casos (por ejemplo véase *infra* la sentencia *Lisboa* del *Bundesverfassungsgericht* alemán) hasta parece que en este punto, se hubiese producido una exasperación de los ánimos –bastante pacíficos por lo general (con la única excepción del juez polaco)– que caracterizaron las sentencias que hemos appena analizado en los párrafos anteriores.

En el ámbito de estas nuevas sentencias vale la pena mencionar el veredicto 19/08, del 26 de noviembre de 2008, del *Ústavní Soud* checo, con el cual el Tribunal constitucional, ejecutando por primera vez el procedimiento pre-

³⁴¹ Además de las sentencias comentadas en las próximas páginas ver también la sentencia del *Conseil Constitutionnel* francés de 2007-560 DC, del 20 de diciembre de 2007 (para un comentario ver ALLEGRI, G., «Il Consiglio costituzionale francese, il Trattato di Lisbona e le modifiche alla Costituzione francese», en www.europeanrights.com, la sentencia del *Verfassungsgerichtshof* austríaco del 30 de septiembre de 2008 y la sentencia 143/2010 (VII. 14), *Lisszabon*, pronunciada el 12 de julio de 2010 por el *Alkotmánybíróság húngaro*. Además, en este preciso momento el Tribunal supremo danés aceptó el recurso de un grupo de ciudadanos daneses que denuncian la inconstitucionalidad del procedimiento interno seguido para la ratificación del Tratado (para mayor información sobre este caso se reenvía a HARTIG DANIELSEN, J., «One of Many National Constraints on European Integration: Section 20 of the Danish Constitution», en *European public law*, 2010, 2, pp. 181-192).

visto por el art. 87.2 de la Constitución nacional³⁴², dictaminó de forma previa sobre la compatibilidad constitucional del acuerdo internacional; y confirmando, nuevamente, su visión condicionada de la primacía del derecho comunitario³⁴³, declaró la constitucionalidad del nuevo Tratado de Lisboa³⁴⁴.

Sobre este punto, el Senado checo en base al recurso presentado por el Presidente de la República Vaclav Klaus³⁴⁵, protesta por la violación del art. 10A³⁴⁶, leído conjuntamente al art. 1³⁴⁷ y al art. 9³⁴⁸ de la Constitución nacional. Según los recurrentes, la combinación de estas normas permite una limitada (y revocable unilateralmente) cesión de competencias a favor de organizaciones internacionales, y contempla mantener la soberanía nacional como límite insuperable. Según el punto de vista de los recurrentes el elenco de las competencias exclusivas y las disposiciones de medidas compartidas contenidas en el art. 2 par. 1 TFUE y en el art. 4 par. 2 TFUE, la introducción de nuevos valores adquiridos gracias al art. 2 TUE (especialmente con relación al

³⁴² El art. 87.2 sostiene que: «En vista de la ratificación de uno de los tratados previstos por el art. 10.a o por el art. 49, el Tribunal tiene además la competencia de sentenciar sobre la conformidad del tratado con el sistema constitucional. Un tratado no puede ser ratificado antes de que el Tribunal dictamine sobre su conformidad constitucional».

³⁴³ Véase *infra* la decisión sobre la orden de detención europea y la sentencia sobre las cuotas del azúcar adoptadas por el mismo tribunal constitucional.

³⁴⁴ Para un comentario de esta sentencia ver NEMEČKOVÁ, P., «La sentencia del Tribunal constitucional checo de 26 de noviembre de 2008 sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución de la República Checa», en *Revista de derecho comunitario europeo*, 2009, 32, pp. 239-257, e BRÍŽA, P., «The Czech Republic: The Constitutional Court on the Lisbon Treaty Decision of 26 November 2008», en *European constitutional law review*, 2009, 5, pp. 143-164. Referencias a tal sentencia en SŁOSARCİK, I., «The Treaty of Lisbon & the Czech Constitutional Court: Act II», en *Ceps*, 2009, 197, pp. 1-4, y HAMULÁK, O., «Some remark on the Czech Constitutional Court attitude towards application of EU law», en <http://papers.ssrn.com>.

³⁴⁵ Según el art. 71.C del Estatuto de la Corte constitucional checa (de acuerdo con el punto 13 de la sentencia examinada) en los juicios de acuerdo conforme al art. 87.2: «además del recurrente, el Parlamento, el Presidente de la República y el gobierno forman parte del procedimiento de cualquier modo». Con esta base el Presidente de la República intervino a favor del recurso del Senado. El Parlamento y el Gobierno contrastaron los motivos adoptados por el recurrente. Las razones contenidas en el memorial del presidente están entre los párrafos undécimo y vigésimo noveno de la sentencia. El párrafo trigésimo resume el memorial presentado por la Cámara de Diputados. Las razones contenidas en el memorial del gobierno se encuentran entre el trigésimo primero y el quincuagésimo tercer punto. Sobre las razones de los varios sujetos institucionales ver también el contenido de los párrafos 54-64 donde se encuentran los resultados de las audiencias orales previstas por el procedimiento.

³⁴⁶ El art. 10.A.1 de la Constitución checa contempla que: «A través de acuerdos internacionales es posible transferir algunos poderes de la República checa a una institución o a una organización internacional».

³⁴⁷ El art. 1.1 de la Constitución checa contempla que: «La República checa es un estado de derecho soberano, unitario y democrático, fundado en el respeto de los derechos y en las libertades del hombre y de los ciudadanos».

³⁴⁸ El art. 9 de la Constitución checa contempla que: «La Constitución puede ser modificada o enmendada sólo por leyes constitucionales. Está prohibido cualquier modificación relacionada a la estructura esencial del estado democrático de derecho. Las normas jurídicas no pueden ser interpretadas para destruir o poner en peligro los fundamentos democráticos del estado».

régimen sancionador *ex art. 7 TUE*), la ampliación de los objetivos de la Unión de acuerdo a lo previsto por el art. 352 TFUE, la juridificación de la Carta de los derechos fundamentales de Niza (y al mismo tiempo prever la participación futura a la Convención europea de los derechos humanos) llevada a cabo a través del art. 6 TUE, la formalización *ex art. 216 TFUE* del poder de las instituciones europeas para estipular acuerdos internacionales que vinculen a los países miembros y la creación *ex art. 48.6 y 48.7 TUE* de sistemas simplificados de control de los Tratados, deben ser interpretados como señales evidentes de la transformación de la Unión en un estado federal europeo y, por lo tanto, se concluye legítimamente que la ley nacional de ratificación del Tratado de Lisboa supera los límites establecidos por la Constitución checa.

Después de haber resuelto algunos aspectos procedimentales relacionados con los efectos de la sentencia, con el objeto y con los parámetros de juicio, el Tribunal, a pesar de reconocer el correcto sistema teórico propuesto, en su complejidad, por los recurrentes³⁴⁹, considera que de forma abstracta, los límites constitucionales no han sido violados por ninguna de las normas objeto de la denuncia ya que, aun luego de Lisboa, la Unión continúa siendo un ente institucional que persigue finalidades compatibles con el ordenamiento constitucional checo: fundamento interno, principio de atribución y ausencia de la *kompetenz-kompetenz* relativizan los efectos de la primacía y garantizan la constitucionalidad del orden europeo. Por lo tanto, el Tribunal considera infundados los motivos del recurso, reservándose de igual manera la posibilidad de intervención *ex post* en los casos (definidos excepcionales, pero de igual forma posibles) de aplicación del derecho comunitario, claramente lesivos del orden constitucional interno³⁵⁰.

³⁴⁹ Según el párrafo 97 «Art. 10a par. 1 of the Constitution indicates that not all, but only certain powers can be transferred by treaty to an international organization. This Article must be interpreted in connection with Art. 1 par. 1 and Art. 9 par. 2 of the Constitution. Thus the transfer of powers of Czech Republic bodies can not go so far as to violate the very essence of the republic as a sovereign and democratic state governed by the rule of law, founded on respect for the rights and freedoms of the human being and of citizens or to establish a change in the essential requirements for a democratic state governed by the rule of law». La idea de poner un límite a la posibilidad de transferir competencias se repite en varios puntos de la sentencia.

³⁵⁰ En el párrafo 120 los jueces afirman que: «In view of the foregoing, the Constitutional Court states (and repeats).

– The Constitutional Court generally recognizes the functionality of the EU institutional framework for ensuring review of the scope of the exercise of conferred competences; however, its position may change in the future if it appears that this framework is demonstrably non-functional.

– In terms of the constitutional order of the Czech Republic –and within it especially in view of the material core of the Constitution– what is important is not only the actual text and content of the Treaty of Lisbon, but also its future concrete application.

– The Constitutional Court of the Czech Republic will (may) also –although in view of the foregoing principles– function as an *ultima ratio* and may review whether any act of Union bodies exceeded the

Al igual que sus colegas alemanes e italianos, los jueces de Brno ofrecen una interpretación propia acerca de la teoría de los contralímites deduciendo la existencia de límites materiales para el proceso de integración (y su competencia de establecer disposiciones para el respeto de tales límites) en el fundamento interno del derecho europeo y en la existencia de una jerarquía interna de la Constitución nacional³⁵¹.

Dejando aparte las semejanzas, es oportuno reconocer que respecto a la tradicional concepción de la teoría de los contralímites, en la sentencia se reflejan dos diferencias importantes y completamente opuestas entre ellas. Por una parte, el Tribunal constitucional checo, con una apertura al derecho comunitario adopta una teoría «en vía de», basada en la soberanía³⁵², y mostrando una gran confianza en la interpretación «euro-conforme»³⁵³, rechaza la tarea de identificar en forma

powers that the Czech Republic transferred to the European Union under Art. 10a of the Constitution. However, the Constitutional Court assumes that such a situation can occur only in quite exceptional cases; these could be, in particular, abandoning the identity of values and, as already cited, exceeding the scope of conferred competences». La idea de un posible control de constitucionalidad de las actas de las instituciones comunitarias está repetida en varios puntos de la sentencia.

³⁵¹ Es interesante observar que los jueces checos citan en el párrafo 117 (y en el 139) la sentencia *Solange II*, en el párrafo 118 (y en el 139) la sentencia *Maastricht* y en el párrafo 139 una sentencia del Tribunal constitucional polaco y una sentencia del Tribunal de Justicia europeo. El párrafo 111, por otro lado, contiene un reconocimiento abierto al hecho de que la jurisprudencia constitucional de los otros países miembros y sobre todo la jurisprudencia constitucional alemana representó la fuente de inspiración de la sentencia analizada. En este punto se puede deducir claramente la idea de una constitución abierta y la idea del derecho comparado como quinto criterio de interpretación jurídica creada por Peter Haberle.

³⁵² En el párrafo 107 los jueces establecen que: «Thus, from a modern constitutional law viewpoint, sovereignty need not mean only “independence of the state power from any other power, both externally (in foreign relations), and in internal matters” [Dušan Hendrych and collective of authors, *Právnícký slovník (Legal Dictionary)*, Beck, C. H., 2nd edition 2003, p. 1007]. Sovereignty is (probably) no longer understood like this in any traditional democratic country, and *stricto sensu* no country, including the USA, would fulfill the elements of sovereignty. For example, David P. Calleo points out that if we understood sovereignty in the traditional concept, any international obligation deprives the state of part of its sovereignty. Therefore, in practice sovereignty should not be understood only as a rigid legal concept, but “also as a concept with a practical, moral, and existential dimension. In practice, national sovereignty is always limited by objective conditions, including the reactions of neighboring states. Under these conditions, national sovereignty means above all a legitimate government that has at its disposal the formal power to choose between available alternatives, and not to pursue an alternative dictated by a foreign power. In other words, for a nation-state just as for an individual within a society, practical freedom means being an actor, not an object. For a state that is in a tightly mutually interdependent system, practical sovereignty consists in being understood as a player to whom neighboring states listen, with whom they actively negotiate, and whose national interests are taken into consideration” (David P. Calleo, *Rethinking Europe’s Future*, Princeton/Oxford, pp. 141, 2001)».

³⁵³ En el párrafo 85 los jueces constitucionales establecen que «On the other hand, it is certain that after ratification of any international treaty the Constitutional Court is required to exercise considerable restraint and to regularly apply (in the case of European treaties) the principle of Euro-conforming interpretation. However, this principle cannot have the character of a kind of “implicit Euro-amendment” of the Constitution. In the event of a clear conflict between the domestic Constitution and European law that cannot be cured by any reasonable interpretation, the constitutional order of the Czech Republic, in particular its material core, must take precedence».

detallada los ámbitos «constitucionalmente» sensibles que deberían ser apartados, previamente, del campo de acción de los jueces europeos. Por la otra, desmintiendo un precedente del 2004³⁵⁴, respalda la lógica del juez constitucional francés y del juez constitucional polaco, rechazando la tesis proyectada por parte del gobierno según la cual los tratados europeos, una vez ratificados, entrarían a formar parte del ordenamiento constitucional³⁵⁵. Debido a esta operación hermenéutica los jueces se ven obligados a extender el parámetro de control de constitucionalidad (de manera preventiva y sobre todo sucesiva) partiendo de los principios identitarios de la Constitución nacional hasta todo el ordenamiento constitucional. Si pensamos en la complejidad del sistema constitucional checo, basado en una multitud de disposiciones, podemos entender con facilidad la amplitud del margen de intervención que el Tribunal obtuvo con esta operación.

³⁵⁴ Según lo establecido por los jueces constitucionales checos en la sentencia 50/04 «[...] In the Constitutional Court's view, this conferral of a part of its powers is naturally a conditional conferral, as the original bearer of sovereignty, as well as the powers flowing therefrom, still remains the Czech Republic, whose sovereignty is still founded upon Art. 1 par. 1 of the Constitution of the Czech Republic. It states that the Czech Republic is a sovereign, unitary, and democratic state governed by the rule of law, founded on respect for the rights and freedoms of man and of citizens. In the Constitutional Court's view, the conditional nature of the delegation of these powers is manifested on two planes: the formal and the substantive plane. The first of these planes concerns the power attributes of state sovereignty itself, the second plane concerns the substantive component of the exercise of state power. In other words, the delegation of a part of the powers of national organs may persist only so long as these powers are exercised in a manner that is compatible with the preservation of the foundations of state sovereignty of the Czech Republic, and in a manner which does not threaten the very essence of the substantive law-based state. Should one of these conditions for the transfer of powers cease to be fulfilled, that is, should developments in the EC, or the EU, threaten the very essence of state sovereignty of the Czech Republic or the essential attributes of a democratic state governed by the rule of law, it will be necessary to insist that these powers be once again taken up by the Czech Republic's state bodies; in such determination the Constitutional Court is called upon to protect constitutionalism [...]».

³⁵⁵ En el párrafo 90 los jueces constitucionales sostienen que: «[...] If we accepted the opinion that consent with the ratification of an international treaty under Article 10a by the same majority as is required to adopt a constitutional act reduces the present review only to the area of the "material core" of the Constitution, and otherwise rules it out, it would mean that the institution of preliminary review of constitutionality would to a large extent become meaningless. However, in this regard the Constitution does not distinguish between "ordinary" international treaties under Art. 49 and international treaties under Article 10a, and sets forth the same procedure for review of both by the Constitutional Court. Here we also can not overlook the dominant role that the executive branch plays in negotiating international treaties under Article 10a, in contrast to the process of adopting constitutional acts, where the Parliament and its individual members can actively participate and realistically influence the final form of an adopted norm. Although, of course, one could debate the individual provisions of an international treaty submitted for approval to the Parliament of the Czech Republic, Parliament has only the opportunity to approve or reject it as a whole. This also differs from the process of adopting a constitutional act, where the democratically authorized constitutional framer may directly affect its final form. Review by the Constitutional Court, and a possible finding of inconsistency between the constitutional order and an international treaty under Article 10a of the Constitution, then makes it necessary to state which provision of the constitutional order the international treaty is inconsistent with; here a space opens up for the constitutional framer to take active part in the creation of legal norms of fundamental importance for the entire legal order of the Czech Republic».

Como veremos mejor en el desarrollo de este capítulo, los jueces constitucionales, a pesar de que tratan de superar la ambigüedad de tal decisión, encontrarán las mismas contradicciones en la sentencia sucesiva *Lisbona II* con la cual la institución judicial checa permitirá la ratificación definitiva (y la entrada en vigor casi simultánea) del Tratado de Lisboa.

10.2 Identidad constitucional y procedimientos internos de ratificación según el *Satversmes Tiesa* letón

El tema de la identidad constitucional, utilizado para extender el parámetro de constitucionalidad por parte de los jueces checos, vuelve a ser un importante argumento de reflexión a través del cual el Tribunal constitucional letón ha podido examinar la constitucionalidad de la ley interna de ratificación del Tratado de Lisboa ³⁵⁶.

En el análisis de la sentencia hay que señalar las peculiaridades del recurso utilizado por los jueces bálticos. Algunos ciudadanos, tomando como base un tema utilizado con frecuencia por el *Bundesverfassungsgericht* (véase las observaciones planteadas *infra*), se quejaron por el procedimiento parlamentario adoptado para la ratificación del último Tratado europeo por su presunta contradicción con lo establecido por la Constitución nacional que exigiría consulta popular o referéndum, por lo que se determinaba una violación del derecho de participación democrática garantizada por el art. 101 del *Satversme* ³⁵⁷. Es importante destacar que, conforme a lo establecido por los recurrentes, la necesidad constitucional de la ratificación por referéndum y la sucesiva petición de anular la ratificación parlamentaria estarían motivadas por el hecho de

³⁵⁶ Sentencia del *Satversmes Tiesa* letón, 2008-35-01, del 7 de abril de 2009. Para un comentario a la sentencia ver BERZINA-ANDERSONE, I., «Case note on the judgement of the latvian Constitutional court in the case concerning the Treaty of Lisbon», en www.sorensen.com. Nociones de la sentencia también en KRUMA, K., «Constitutional courts and the Lisbon Treaty. The future based on mutual trust», en GUILD, E.-CARRERA, S.-EGGENSCHWILER, A., «The area of Freedom, Security and Justice. Ten years on successes and future challenges under the Stockholm programme», Bruxelles, 2010, pp. 38-48. Sobre el ordenamiento constitucional letón ver ROMANO, A., «Los ordenamientos constitucionales de Letonia, Estonia y Lituania», en vía de publicación. Algunas nociones sobre el sistema letón de recepción del derecho europeo y sobre algunos antecedentes del *Satversmes Tiesa*, también en KRUMA, K., «Constitutional Courts in the Europeanisation of National Constitutions», en *Arena*, 2009, 3, pp. 143-167.

³⁵⁷ En tal sentido es útil señalar que el art. 101 de la Constitución de Lituania establece que: «Every citizen of Latvia has the right, as provided for by law, to participate in the work of the State and of local government, and to hold a position in the civil service. Local governments shall be elected by Latvian citizens and citizens of the European Union who permanently reside in Latvia. Every citizen of the European Union who permanently resides in Latvia has the right, as provided by law, to participate in the work of local governments. The working language of local governments is the Latvian language».

que el nuevo Tratado europeo trata de suprimir la soberanía nacional y se entiende orientado al establecimiento de cambios significativos en la participación de Letonia en la Unión: la disciplina de la regresión, la previsión de la Carta de los derechos fundamentales, la posibilidad de adhesión a la Convención europea y otras novedades importantes darían vida a un estado federal de dimensiones continentales, subversivo desde el punto de vista constitucional del art. 2 del *Satversme*³⁵⁸ y, por ende (de acuerdo con el art. 77 de la misma Constitución nacional), necesitado de legitimación popular directa³⁵⁹.

Según un esquema ya consolidado en la praxis de las diferentes jurisdicciones constitucionales nacionales, los jueces letones reconocen que es posible, aunque sólo como una cuestión de principio, que una transformación de la Unión en estado federal (por sí misma no ilegítima) sobrepase los límites constitucionales previstos por la ratificación parlamentaria y por lo tanto admiten el asunto: si un tratado internacional pudiese representar un cambio sustancial del art. 2, conforme al art. 77 su ratificación necesitaría de un previo referéndum³⁶⁰.

Una vez establecida la admisibilidad del recurso, el *Satversmes Tiesa*, por un lado, confirmará la supremacía de las normas constitucionales y, aunque no haya entrado en vigor todavía³⁶¹, corroborará según el art. 85 de la Constitución su competencia para juzgar la conformidad constitucional del Tratado de Lisboa³⁶². Por otro lado, se le dará una interpretación meramente internacionalista al fenómeno comunitario³⁶³, rechazando toda sospecha de inconstitucio-

³⁵⁸ Según lo previsto en el art. 2 de la Constitución de Lituania «The sovereign power of the State of Latvia is vested in the people of Latvia».

³⁵⁹ Según lo previsto en el art. 77 de la Constitución de Lituania «If the Saeima has amended the first, second, third, fourth, sixth or seventy-seventh Article of the Constitution, such amendments, in order to come into force as law, shall be submitted to a national referendum». Los recurrentes de acuerdo con su potestad le solicitaron al juez constitucional que constatará la compatibilidad con el procedimiento de ratificación del derecho europeo previsto por el art. 68 de la Constitución.

³⁶⁰ Véase el párrafo 13 y el párrafo 15 de la sentencia.

³⁶¹ Bajo la acción de los efectos relacionados con los procedimientos de las otras ratificaciones internacionales (puestas a la luz por la intervención del Parlamento nacional) ver el punto 11 de la sentencia en examen.

³⁶² A tal propósito, en el punto 10 de la sentencia, los jueces establecen que «According to Article 85 of the *Satversme* and Article 16(1) of the Constitutional Court Law, the Constitutional Court shall review cases regarding compliance of laws with the *Satversme*. When interpreting the term “law”, it is necessary to consider the fact that the purpose of the legislator, when establishing the Constitutional Court, first of all was to create an effective mechanism for protecting supremacy of constitutional norms». En el párrafo 11 se sostiene la competencia para llevar a cabo el control de las normas del Tratado de Lisboa, sin tener en cuenta el hecho de que haya o no entrado en vigor.

³⁶³ Para destacar el origen internacional del proceso de integración europea, a través del párrafo 16 los jueces constitucionales letones se atreven a establecer que los tratados institutivos son *lex specialis* con respecto a la Convención de Viena. Al referirse a la Convención puede notarse en varios puntos del texto, y sobre todo respecto de la importancia que se le da al origen internacionalista de la Unión, que los jueces llegan hasta to-

nalidad y se limitará a circunscribir solamente por vía interpretativa (en verdad de una manera muy prudente) los efectos más problemáticos causados por el nuevo derecho originario europeo³⁶⁴. Si bien los jueces de Riga establecen las bases de su poder de revisión del derecho europeo en el ordenamiento jurídico interno, la clave de la calificación internacionalista salva la legitimidad del procedimiento de ratificación, fundamentándose, una vez más, en el art. 4 de la nueva concepción del Tratado de la Unión europea³⁶⁵. Por ello, sin tener en cuenta el hecho de que la Unión en ningún momento ha reivindicado su naturaleza estatal, la circunstancia por la cual el ordenamiento europeo reconoce tanto las identidades constitucionales nacionales como las funciones esenciales (relacionadas) de los estados miembros permite catalogar cada cuestión conforme a la naturaleza jurídica del sistema comunitario, garantizando que competencias como la salvaguarda de la seguridad nacional o el monopolio de la producción jurídica, así como el uso de la fuerza, no puedan ser atraídas hacia la órbita europea, por lo que se terminará por excluir cada supuesto ámbito de inconstitucionalidad³⁶⁶. Resumiendo, la construcción propuesta por *Satversmes Tiesa* plantea que, si en las fases de reforma de los últimos años, la Unión no se ha transformado en un estado federal, sino que más bien se ha preocupa-

mar como ejemplos algunos antecedentes del Tribunal de Justicia, para demostrar que la soberanía nacional no es incompatible con las restricciones producidas por pertenecer a organizaciones internacionales. Comparando la sentencia *Lisbona* de la *Ústavní Soudcon* con la sentencia *Lisbona* del *Satversmes Tiesa* y la sentencia *Lisbona* del *Bundesverfassungsgericht*, sobresale el gran énfasis con el que los jueces bálticos recurren a la denominación internacionalista EVAS, T.-LIEBERT, U., «Enhancing democracy through constitutional pluralism? The Czech, German, and Latvian Lisbon rulings in dialogue», en www.jhubc.it/ecpr-porto/

³⁶⁴ Véase por ejemplo la operación hermenéutica llevada a cabo en el punto 15 de la sentencia, con relación a la disciplina del derecho de regresión de la Unión.

³⁶⁵ Hay que notar que en el párrafo 16, tras haber analizado los efectos jurídicos relacionados con la cláusula de salvaguarda de las identidades constitucionales, los jueces bálticos hablan de la Unión Europea como una categoría jurídica de nuevo tipo. A la luz de las numerosas citas al ordenamiento internacional, este llamamiento no puede ser sobrevalorado y lo máximo que pudiera suceder es que nos conduzca hacia la conclusión de que los jueces bálticos sostienen que la Unión Europea es un ordenamiento jurídico de nueva tipología que no puede librarse de ser encuadrado como internacionalista.

³⁶⁶ En el párrafo 16 los jueces constitucionales establecen que «On the contrary, the CTEU expressis verbis provides for respect of the identity and sovereignty of the Member States, which is emphasized more so in this Treaty than in other EU Treaties which are currently in force. Article 4 (2) of the CTEU provides that the Union shall respect the equality of Member States as well as their national identities inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. The EU shall respect the essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. These functions remain the sole responsibility of each Member State. This norm in particular guarantees that henceforth there will be States and their fundamental constitutional structures, as well as their values, principles, and fundamental rights that cannot be lost by reinforcing a supranational organization. The national identities of Member States, being referred to by the treaties, have significant legal consequences. The exercise of power by the Union appears not as the will of a single sovereign, but rather as the common exercise of public power by various actors».

do por garantizar algunos espacios de soberanía nacional, no hay en realidad una necesidad constitucional de ratificación por referéndum³⁶⁷.

Dejando para la conclusión de este capítulo un análisis de orden más general, por el momento podemos sostener que, a pesar de que el predominio de la cuestión procedimental interna excluya la posibilidad de una reconstrucción en conjunto de las relaciones entre los ordenamientos, gracias al establecimiento de la europeización del contralímite identitario los jueces de Riga deducen la naturaleza internacionalista del sistema jurídico europeo y, basándose en tal reconstrucción, identifican los ámbitos que, sin ninguna duda, permanecen como competencia de los estados miembros pero, al mismo tiempo, dan por descontado el predominio aplicativo de todas las normas constitucionales internas sobre las normas europeas contrastantes³⁶⁸.

10.3 Los poderes del Parlamento nacional según el *Bundesverfassungsgericht* alemán

Después del *Ústavní Soud* y el *Satversmes Tiesa* es el *Bundesverfassungsgericht* el que vuelve a retomar el tema del Tratado de Lisboa y trata de dejar claras las consecuencias jurídicas relacionadas con la teoría de los contralímites y con el reconocimiento de la identidad constitucional³⁶⁹.

³⁶⁷ Véase también el punto 18 de la sentencia donde los jueces intervienen para excluir los otros perfiles de inconstitucionalidad denunciados.

³⁶⁸ Es interesante observar que los jueces no ponen de manifiesto los parámetros del juicio y se limitan a confirmar en el párrafo 11 que su trabajo es el de garantizar la supremacía de las normas constitucionales y el respeto de los acuerdos internacionales. En este sentido los jueces se limitan a establecer, sin ulteriores explicaciones que «The task of the Constitutional Court is, on the one hand, to ensure full protection of the Satversme as the supreme law of the State and, on the other hand, to ensure, within its scope of jurisdiction, that the Republic of Latvia enters into international obligations according to the procedures established in the Satversme. Namely, the Constitutional Court has the duty to ensure the supremacy of the Satversme and ensure that the procedures, according to which the State has undertaken certain international obligations, will not be contested post factum». Hay que notar que la sentencia no contiene, ni siquiera, una cita sobre la primacía del derecho comunitario.

³⁶⁹ Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 123, 267, *Lissabon*, del 30 de junio de 2009. Para un análisis de la sentencia ver BOTHE, M., «Integrazione europea e patriottismo parlamentare», en www.astrid-online.it; Cantaro, A., «Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”. La integración “protegida”», de próxima publicación; Cassese, S., «L’Unione europea e il guinzaglio tedesco», en *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 9, pp. 1003-1007; Cassetti, L., «Il “Si, ma” del Tribunale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell’integrazione europea», en www.federalismi.it; Chiti, M., *Am Deutschen Volke*. «Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsGericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania», en www.astrid-online.it; Di Salvatore E.-Mangiameli, S., «Il nuovo assetto dell’Unione europea e l’impatto sulla forma di governo italiana», en www.astrid-online.it; Grosser, A., «The Federal Constitutional Court’s Lisbon Case: Germany’s “Sonderweg”-An Outsider’s Perspective», en www.germanlawjournal.com; Halberstam D.-Möllers, C., «The German Constitutional Court says “Ja zu Deutschland!”», en www.germanlawjournal.com; Kiiver, P., «German Participation in EU Decision-Making after the

Por sus antecedentes, y sobre todo por la importancia del órgano que debe tomar la decisión, vale la pena exponer detalladamente el *iter* del razonamiento seguido por el Tribunal. En primer lugar, es necesario señalar que, tras un largo *excursus* histórico con el objetivo de reconstruir el origen del sistema europeo y después de haber analizado las disposiciones del nuevo Tratado así como las propias normas para adecuar el ordenamiento alemán, el Tribunal comienza a examinar las argumentaciones jurídicas de cada una de las partes implicadas y constata que los recursos comparten la idea de que el ulterior avance en el proceso de integración sobrepasaría los límites previstos por el ordenamiento alemán para la legítima atribución de competencias, establecería un inédito órgano estatal a nivel continental, y vulneraría el principio democrático; lo que se traduce en una violación del derecho individual a la participación democrática, garantizada por el art. 38 *Grundgesetz*.

Este derecho representa la identidad constitucional³⁷⁰ alemana por lo que viene considerado como fundamental³⁷¹ y no puede alterarse, ni siquiera, por las exigencias relacionadas con la cooperación europea.

Al final de esta fase de reconstrucción preliminar, los jueces vuelven a proponer la lógica general del análisis que inspiró el caso *Maastricht*³⁷². Establecen la compatibilidad constitucional entre las disposiciones contenidas en

Lisbon Case: A Comparative View on Domestic Parliamentary Clearance Procedures», en www.germanlawjournal.com; Leibfried S.-Van Elderen, K., «“And they shall Beat their Swords into Plowshares”». The Dutch Genesis of a European Icon and the German Fate of the Treaty of Lisbon», en www.germanlawjournal.com; Luther, J., «Il Trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe: Just law in the Book?», en www.astrid-online.it; Manzella, A., «80 giorni dopo», en www.astrid-online.it; Niedobitek, M., «The Lisbon Case of 30 June 2009-A Comment from the European Law Perspective», en www.germanlawjournal.com; Palermo F.-Woelk, J., «“Maastricht reloaded”: il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona», en *Diritto pubblico comparato europeo*, 2009, 3, pp. 1027-1037; Schönberger, C., «Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones At Sea», en www.germanlawjournal.com; Schorkopf, F., «The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon», en www.germanlawjournal.com; Tomuschat, C., «The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon», en www.germanlawjournal.com; Tosato, G. L., «L’integrazione europea è arrivata al capolinea? A propósito del reciente “Lissabon Urteil”», en www.astrid-online.it; Verola, N., «Volk, patriottismo parlamentare e sovranità Osservazioni sulla “Lissabon-Entscheidung” della Corte Costituzionale tedesca», en www.astrid-online.it, y Wohlfahrt, C., «The Lisbon Case: A Critical Summary», en www.germanlawjournal.com.

³⁷⁰ En el párrafo 208 el *Bundesverfassungsgericht* afirma que «The standard of review of the Act Approving the Treaty of Lisbon is determined by the right to vote as a right that is equivalent to a fundamental right (Article 38.1 sentence 1 in conjunction with Article 93.1 no. 4a of the Basic Law “Grundgesetz-GG”). The right to vote establishes a right to democratic self-determination, to free and equal participation in the state authority exercised in Germany and to compliance with the principle of democracy including the respect of the constituent power of the people. In the present combination of procedural circumstances, the review of a violation of the right to vote also comprises encroachments on the principles which are codified in Article 79.3 of the Basic Law as the identity of the constitution».

³⁷¹ Véase lo referido en la sentencia del Tratado de Maastricht contenido en el párrafo 128.

³⁷² Sostiene la analogía entre la sentencia *Maastricht* y la sentencia *Lisbona* HABERLE, P., «La regresiva “Sentencia Lisboa” como “Maastricht-II” anquilosada», en *Revista de derecho constitucional europeo*, 2009, 12, pp. 398-428.

el Tratado de Lisboa y la Constitución alemana, con la condición de someter las normas más conflictivas, contenidas en el nuevo texto, a una interpretación fuertemente restrictiva. De hecho, según el razonamiento propuesto, transferir competencias a las instituciones europeas, aun siendo legítimo conforme al art. 23 de la Constitución, es potencialmente capaz de provocar una lesión al derecho de participación democrática garantizado por la constitución a través del art. 38³⁷³. Teniendo en cuenta la importancia de los poderes ya cedidos a la Unión existe el riesgo de que una atribución ulterior de competencias, a un sujeto político con un déficit estructural de democraticidad³⁷⁴, pueda «vaciar de contenido» el derecho de voto³⁷⁵.

A pesar de esta ruda interpretación del principio democrático y del interés del *Bundesverfassungsgericht* de dejar claro que las atribuciones en materia de derecho penal, de defensa y seguridad, de fiscalidad, de políticas sociales, de derecho de familia, de libertad religiosa y de instrucción pueden incidir

³⁷³ En el párrafo 175 se lee: «The act of voting would lose its meaning if the elected state body did not have a sufficient degree of responsibilities and competences in which the legitimised power to act can be realised. In other words: Parliament has not only an abstract “safeguarding responsibility” for the official action of international or supranational associations but bears specific responsibility for the action of its state. The Basic Law has declared this legitimising connection between the person entitled to vote and state authority inviolable by Article 23.1 sentence 3 in conjunction with Article 79.3 and Article 20.1 and 20.2 of the Basic Law. Article 38.1 sentence 1 of the Basic Law excludes the possibility, in the area of application of Article 23 of the Basic Law, of depleting the content of the legitimisation of state authority, and the influence on the exercise of that authority provided by the election, by transferring the responsibilities and competences of the Bundestag to the European level to such an extent that the principle of democracy is violated (see *BVerfGE* 89, 155 “172”)».

³⁷⁴ En los párrafos 284-297 es posible observar la crítica generalizada a la carencia democrática de las instituciones europeas. Basándose en la reflexión de que las instituciones comunitarias están conectadas con el principio de nacionalidad, el Parlamento europeo no es un representante de los pueblos europeos, la Comisión no es un verdadero gobierno y el Consejo no es un verdadero senado federal. Para un punto de vista crítico, sobre esta reconstrucción leer HALBERSTAM, D.-MÖLLERS, C., *op. cit.*, pp. 1247-1249, donde se evidencia que, paradójicamente, ni siquiera el sistema constitucional alemán responde de manera integral a los requisitos requeridos por la *Bundesverfassungsgericht*.

³⁷⁵ En el párrafo 177 se lee: «Those entitled to vote can challenge constitutionally relevant shortcomings concerning the democratic legitimisation of the European Union under the same right as shortcomings of democracy on the national level, which is affected by European integration as regards the extent of its competences. The interrelation between Article 38.1 sentence 1 and Article 20.1 and 20.2 of the Basic Law, which originally was only significant on the national level, is gradually extended by the progressing European integration. As a consequence of the transfer of sovereign powers pursuant to Article 23.1 sentence 2 of the Basic Law, decisions which directly affect the citizen are shifted to the European level. Against the backdrop of the principle of democracy, which is made a possible subject-matter of a challenge by Article 38.1 sentence 1 of the Basic Law as an individually assertable right under public law, it can, however, not be insignificant, where sovereign powers are transferred to the European Union, whether the public authority exercised on the European level is democratically legitimised. Because the Federal Republic of Germany may, pursuant to Article 23.1 sentence 1 of the Basic Law, only participate in a European Union which is committed to democratic principles, a legitimising connection must exist in particular between those entitled to vote and European public authority, a connection to which the citizen has a claim according to the original constitutional concept, which continues to apply, set out in Article 38.1 sentence 1 of the Basic Law in conjunction with Article 20.1 and 20.2 of the Basic Law».

en ámbitos que, aun siendo expresión de las identidades constitucionales, tienen que seguir siendo competencias de las instituciones nacionales³⁷⁶, el Tribunal lo único que hizo fue declarar la inconstitucionalidad de la ley de ratificación del Tratado de Lisboa³⁷⁷ y de la ley de enmienda de la Constitución alemana³⁷⁸ relacionada con la misma. Los jueces en realidad prefieren intervenir ratificando con firmeza el planteamiento de internacionalización del proceso de integración europea y limitando, por criterio interpretativo, la posibilidad de que la Unión pueda extender sus competencias a ámbitos que por tradición pertenecen a los Estados nacionales³⁷⁹.

Al intentar detener las posibles consecuencias del desarrollo del proceso europeo, el Tribunal, revisando y dándole valor a la idea del *staatenverbund* cuya base es la sentencia *Maastricht*, ratifica el fundamento interno del derecho comunitario y confirma que la Unión es sólo una simple asociación entre entes soberanos, basada en la atribución de competencias, privada de *kompetenz-kompetenz* y caracterizada por ser reversible³⁸⁰. Además, y en concordancia con la

³⁷⁶ En el párrafo 252 los jueces especifican que «What has always been deemed especially sensitive for the ability of a constitutional state to democratically shape itself are decisions on substantive and formal criminal law (1), on the disposition of the police monopoly on the use of force towards the interior and of the military monopoly on the use of force towards the exterior (2), the fundamental fiscal decisions on public revenue and public expenditure, with the latter being particularly motivated, inter alia, by social-policy considerations (3), decisions on the shaping of circumstances of life in a social state (4) and decisions which are of particular importance culturally, for instance as regards family law, the school and education system and dealing with religious communities (5)». Los párrafos 253-260 contienen detalles ulteriores. Para un punto de vista crítico acerca de esta reconstrucción se reenvía a HALBERSTAM, D.-MÖLLERS, C., *op. cit.*, pp. 1249-1252, donde se constata que al referirse a la teoría de las funciones necesarias para el estado, parece llevado a cabo conforme a un proceso donde el resultado ha sido ya preestablecido.

³⁷⁷ En el párrafo 274 los jueces establecen que «The Act Approving the Treaty of Lisbon is compatible with the requirements of the Basic Law, in particular with the principle of democracy. The right to vote under Article 38.1 of the Basic Law is not violated. In the free and equal election of the Members of the German Bundestag and in corresponding acts of voting in the Länder, the German people still decides on essential political issues in the Federation and in the Länder. The election of the German contingent of Members of the European Parliament opens up to the right to vote of the citizens of the Federal Republic of Germany a complementary possibility of participation in the system of European institutions, a possibility that provides a sufficient level of legitimisation in the system of conferred powers». Los párrafos sucesivos están dedicados a adecuar por interpretación la Constitución alemana con las disposiciones contenidas en el acto de ratificación y en el párrafo 420 donde los jueces sostienen que «[...] the Act Approving the Treaty of Lisbon is compatible with the Basic Law only taking into account the provisions that are specified in this decision [...]».

³⁷⁸ En el párrafo 401, los jueces establecen que «The Act Amending the Basic Law (Articles 23, 45 and 93) (Amending Act), which is a constitution-amending Act, meets neither with formal nor with substantive objections and is hence constitutional».

³⁷⁹ Según CHITL, M., *op. cit.*, el *Bundesverfassungsgericht* se empeña «en debilitar las competencias europeas».

³⁸⁰ El párrafo 1 de la sentencia afirma que «With its Article 23, the Basic Law grants powers to participate and develop a European Union which is designed as an association of sovereign national states (*Staatenverbund*). The concept of *Verbund* covers a close long-term association of states which remain sovereign, an association which exercises public authority on the basis of a treaty, whose fundamental

sentencia *Maastricht*, lo jueces identifican las condiciones impuestas por el *Grundgesetz* para transferir los poderes soberanos, respetando el núcleo duro de la soberanía estatal, la identidad constitucional alemana, las condiciones de autonomía del Estado³⁸¹ y las reglas sobre competencia (y en primer lugar sobre el principio de subsidiariedad). Esta obra imponente de «nacionalización»³⁸² del sistema europeo, claramente no podía dejar de involucrar a la primacía y a los corolarios del procedimiento del principio, que trataba de poner en manos del Tribunal de justicia el ajuste de las relaciones entre los ordenamientos³⁸³. La primacía, de hecho, encontraría su último fundamento en la ley de ejecución de los tratados y, por lo tanto, estaría sometida a una constatación de su aplicación por parte del Tribunal federal alemán que, por vía excepcional, podría llevar a Alemania a no cumplir con las obligaciones comunitarias³⁸⁴. Incluso el Tribunal

order, however, is subject to the disposal of the Member States alone and in which the peoples of their Member States, i.e. the citizens of the states, remain the subjects of democratic legitimisation». En el párrafo 233 por el contrario, se sostiene que el *Grundgesetz*: «prohibits the transfer of competence to decide on its own competence».

³⁸¹ El párrafo 226 dice que «It is true that the Basic Law grants the legislature powers to engage in a far-reaching transfer of sovereign powers to the European Union. However, the powers are granted under the condition that the sovereign statehood of a constitutional state is maintained on the basis of an integration programme according to the principle of conferral and respecting the Member States constitutional identity, and that at the same time the Member States do not lose their ability to politically and socially shape the living conditions on their own responsibility».

³⁸² De tal manera CHITI, M., *op. cit.*, donde se sostiene que «la sentencia nacionaliza el principio».

³⁸³ En el párrafo 339 los jueces sostienen que «The primacy of application of European law remains, even with the entry into force of the Treaty of Lisbon, an institution conferred under an international agreement, i.e. a derived institution which will have legal effect in Germany only with the order to apply the law given by the Act Approving the Treaty of Lisbon. This connection of derivation is not altered by the fact that the institution of the primacy of application is not explicitly provided for in the Treaties but has been obtained in the early phase of European integration in the case-law of the Court of Justice by means of interpretation. It is a consequence of the continuing sovereignty of the Member States that at any rate if the mandatory order to apply the law is evidently lacking, the inapplicability of such a legal instrument to Germany is established by the Federal Constitutional Court. This establishment must also be made if within or outside the sovereign powers conferred, these powers are exercised with effect on Germany in such a way that a violation of the constitutional identity, which is inalienable pursuant to Article 79.3 of the Basic Law and which is also respected by European law under the Treaties, namely Article 4.2 sentence 1 TEU Lisbon, is the consequence». Además en el párrafo 341 se sostiene que: «the Federal Constitutional Court's reserve competence is not affected by Declaration no. 17 on Primacy annexed to the Final Act of the Treaty of Lisbon. The Declaration points out that in accordance with well settled case law of the Court of Justice of the European Union, and under the conditions laid down in this case law, the Treaties and the secondary law adopted by the Union on the basis of the Treaties have primacy over the law of Member States». Según la interpretación de CHITI, M., *op. cit.*, «Es evidente que la primacía del derecho comunitario se convierte, de esta manera, en una simple simulación; dado que el principio viene interpretado en una perspectiva de derecho nacional e internacional, completamente diferente de la asumida por el Tribunal de Justicia a partir de los primeros años sesenta del siglo pasado. Falta también la interpretación monista de la integración europea en la que, según los jueces comunitarios, el ordenamiento comunitario se integra con los ordenamientos de los estados miembros, de manera que están garantizados por los jueces europeos y nacionales, de acuerdo con las respectivas competencias».

³⁸⁴ En el párrafo 340 el Tribunal sostiene: «The Basic Law aims to integrate Germany into the legal community of peaceful and free states, but does not waive the sovereignty contained in the last instance in

llega a pedir al legislador que intervenga para producir una legislación específica relacionada con la *identity review* y a la *ultra vires review*³⁸⁵.

Por otro lado, al intentar limitar los posibles acontecimientos futuros del sistema europeo no se queda sólo en un plano interpretativo. De hecho, aunque sea solamente en el ámbito de un juicio preventivo, los jueces de Karlsruhe declararon la inconstitucionalidad de una disposición interna ligada a la norma supranacional con la finalidad de impedir la inmediata eficacia de esta última en el territorio alemán. De esta manera, la disposición que extiende los poderes del Parlamento alemán viene declarada inconstitucional³⁸⁶ en la medida en que esta se basa en el Acto de Cooperación entre *Bund* y *Länder* para las cuestiones relacionadas con la Unión europea³⁸⁷, y en la

the German constitution. There is therefore no contradiction to the aim of openness to international law if the legislature, exceptionally, does not comply with the law of international agreements-accepting, however, corresponding consequences in international relations-provided this is the only way in which a violation of fundamental principles of the constitution can be averted... Factually at any rate, it is no contradiction to the objective of openness towards European law, i.e. to the participation of the Federal Republic of Germany in the realisation of a united Europe (Preamble, Article 23.1 sentence 1 of the Basic Law), if exceptionally, and under special and narrow conditions, the Federal Constitutional Court declares European Union law inapplicable in Germany».

³⁸⁵ Sobre este punto ver el párrafo 241 de la sentencia donde los jueces afirman que: «The ultra vires review as well as the identity review can result in Community law or Union law being declared inapplicable in Germany. To preserve the viability of the legal order of the Community, an application of constitutional law that is open to European law requires, taking into account the legal concept expressed in Article 100.1 of the Basic Law, that the ultra vires review as well as the establishment of a violation of constitutional identity is incumbent on the Federal Constitutional Court alone. It need not be decided here in which specific types of proceedings the Federal Constitutional Court's jurisdiction may be invoked for such review. Availing oneself to types of proceedings that already exist, i.e. the abstract review of statutes (Article 93.1 no. 2 of the Basic Law) and the concrete review of statutes (Article 100.1 of the Basic Law), Organstreit proceedings (Article 93.1 no. 1 of the Basic Law), disputes between the Federation and the Länder (Article 93.1 no. 3 of the Basic Law) and the constitutional complaint (Article 93.1 no. 4a of the Basic Law) is a consideration. What is also conceivable, however, is the creation by the legislature of an additional type of proceedings before the Federal Constitutional Court that is especially tailored to ultra vires review and identity review to safeguard the obligation of German bodies not to apply in Germany, in individual cases, legal instruments of the European Union that transgress competences or that violate constitutional identity».

³⁸⁶ En el párrafo 406 los jueces dictaminan que «The Act Extending and Strengthening the Rights of the Bundestag and the Bundesrat in European Union Matters (Extending Act) infringes Article 38.1 in conjunction with Article 23.1 of the Basic Law insofar as rights of participation of the German Bundestag and the Bundesrat have not been elaborated to the extent required».

³⁸⁷ En el párrafo 410 los jueces establecen que «The Extending Act has the function of reflecting the constitutionally required rights of participation of the legislative bodies in the process of European integration on the level of ordinary law and to lend them concrete shape. The Agreement between the Federal Government and the Länder Pursuant to § 9 of the Act on the Cooperation of the Federation and the Länder in European Union Matters (Vereinbarung zwischen Bundesregierung und den Ländern nach § 9 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union) of 28 September 2006 [Federal Law Gazette I p. 2177] is not sufficient for this due to its ambiguous legal nature (see Hoppe, Drum prüfe, wer sich niemals bindet-Die Vereinbarung zwischen Bundesregierung und Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union, DVBl 2007, p. 1540 "1540-1541") and due to its content (see inter alia the resolution of the German Bundestag of 24 April 2008 accompanying the Treaty

medida en la que se pronostica una intervención tácita, en blanco y (al menos en las materias de competencia concurrente) conjunta³⁸⁸ del *Bundesrat* y del *Bundestag* para dar ejecución a las previsiones del art. 48.6³⁸⁹ (procedimiento de revisión simplificado de la parte III) y del art. 48.7³⁹⁰ (cláusula pasarela) del Tratado de Lisboa.

Esta línea decisional no viene desmentida ni por la sucesiva sentencia *Honeywell* con la cual el juez constitucional alemán cuestiona la aplicación de esta nueva actualización de su doctrina³⁹¹. Aunque el *Bundesverfassungsgericht* se preocupe por demostrar todos los elementos tradicionales de su

of Lisbon “Bundestag document 16/8917, p. 6, Minutes of Bundestag plenary proceedings-BTPlenarprot 16/157, p. 16482 B”). The Bundestag and the Bundesrat must therefore have the opportunity of newly deciding on procedures and forms of their participation taking into account the provisos that are specified in this decision».

³⁸⁸ En el párrafo 415 los jueces prevén: «Article 1 § 4.3 no. 3 of the Extending Act contradicts the function of the right to make known one’s opposition to effectively protect the Member States against further, unpredictable treaty amendments to the extent that it provides for these clauses that the decision-making competence on the exercise of the right to make known one’s opposition in cases of concurrent legislation shall only be incumbent on the Bundestag where the Bundesrat does not object. A differentiated elaboration of the exercise of the right to make known one’s opposition as can be found in Article 1 § 4.3 no. 3 of the Extending Act, does not do justice to the general responsibility of integration of the German Bundestag. It is therefore constitutionally required that the Bundestag be accorded the decision-making competence on the exercise of the right to make known one’s opposition in these cases independently of a decision of the Bundesrat».

³⁸⁹ En el párrafo 412 los jueces especifican que «While the ordinary treaty amendment procedure (Article 48.2 to 48.5 TEU Lisbon) is subject to the classical requirement of ratification for international agreements, also amendments of primary law in the simplified procedure (Article 48.6 TEU Lisbon) constitutionally requires an Approving Act pursuant to Article 23.1 sentence 2 and if necessary pursuant to sentence 3 of the Basic Law. The same requirement applies to the amendment provisions which correspond to Article 48.6 TEU Lisbon [Article 42.2(1) TEU Lisbon; Article 25.2, Article 218.8(2) sentence 2, Article 223.1(2), Article 262 and Article 311.3 TFEU]».

³⁹⁰ El *Bundesverfassungsgericht* en el párrafo 414 expone la idea por la cual «To the extent that the general bridging procedure pursuant to Article 48.7(3) TEU Lisbon and the special bridging clause pursuant to Article 81.3(3) TFEU grant the national parliaments a right to make known their opposition, this is not a sufficient equivalent to the requirement of ratification. It is therefore necessary that the representative of the German government in the European Council or in the Council may only approve the draft Resolution if empowered to do so by the German Bundestag and the Bundesrat within a period yet to be determined, which takes the purpose of Article 48.7(3) TEU Lisbon as an orientation, by law within the meaning of Article 23.1 sentence 2 of the Basic Law».

³⁹¹ Con la sentencia *BVerfG.*, 2 *BvR* 2661/06 del 6 de julio de 2010 (para un análisis de la sentencia ver. CAPONI, R., «Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del *Mangold-Beschluss* della Corte Costituzionale tedesca)», en www.astrid-online.it, y Faraguna, P., «Il Mangold-Urteil del BverfG. Controllo ultra-vires sì, ma da maneggiare europarechtsfreundlich», en www.forumcostituzionale.it) el tribunal federal alemán da respuesta a la orientación jurisprudencial europea en materia de discriminación por razones de edad, inaugurada por la sentencia C-144/04, *Mangold*, del 22 de noviembre de 2005 (para un análisis ver Mastroianni, R., «Efficacia “orizzontale” del principio di eguaglianza e mancata attuazione nazionale delle direttive comunitarie», en *Dir. lav. merc.*, 2006, 2, pp. 442-458, y Calvano, R., «Il caso “Mangold”: la Corte di giustizia afferma (senza dirlo) l’efficacia orizzontale di una direttiva comunitaria non scaduta?», en www.associazionedeicostituzionalisti.it) y ribadito dalla pronuncia C-555/07, *Kücükdeveci*, del 19 de enero de 2010 (para un análisis de la sentencia ver Sciarabba, V., «La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea», en www.astrid-online.it).

doctrina, la sentencia no parece repercutir en el ámbito de la identidad constitucional: tanto la idea de un control constitucional *europarechtsfreundlich* como la idea de un margen de apreciación, afectados por la cuestión de la elaboración de las relaciones entre los ordenamientos, parecen circunscribirse al *ultra vires review*.

De igual modo, a la espera de verificar el ulterior desarrollo de la doctrina sobre el margen de apreciación en la identidad constitucional, nos interesa destacar, por la finalidad de nuestra reflexión, que exactamente igual que el *Conseil Constitutionnel* en el caso *Lisbona*, el *Bundesverfassungsgericht* declara la no conformidad constitucional de disposiciones internas ligadas a la ratificación, pero salva el principio de la primacía y la Carta de los derechos fundamentales³⁹². Sin embargo, distintamente al órgano de control francés, el Tribunal de Karlsruhe identifica un elemento de la identidad constitucional nacional en la propia concepción de la democracia representativa, e incluso al referirse a los principios fundamentales del ordenamiento se esfuerza por elencar (de una manera no categórica) materias que considera constitucionalmente sensibles.

10.4 El parámetro de constitucionalidad según la sentencia *Lisboa II* del *Ústavní Soud* checo

La primera sentencia *Lisboa* del *Ústavní Soud* no condujo a la ratificación checa del Tratado. Por ello, a finales de septiembre de 2009 un grupo de senadores, representados por el Senador Jiri Oberfalzer y apoyados una vez más por el Presidente de la República, presentará un nuevo recurso con el cual (sin importarle la sentencia del *Bundesverfassungsgericht*) le solicitarán al Tribunal de Brno, un nuevo veredicto sobre la conformidad constitucional del Tratado de Lisboa y sobre las enmiendas que este introdujo en el Tratado de Maastricht (hoy en día el Tratado de la Unión europea) y en el Tratado de Roma (hoy en día el Tratado del funcionamiento de la Unión europea)³⁹³.

³⁹² Para una comparación con la sentencia *Lisbona* del *Ústavní Soud* checo ver KRÄMER, R. U., «Looking through Different Glasses at the Lisbon Treaty: The German Constitutional Court and the Czech Constitutional Court», en FISCHER-LESCANO, A.-JOERGES, C.-WONKA, A., *The German Constitutional Court's Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives*, Brema, 2010.

³⁹³ Ver la sentencia del *Ústavní Soud* checo, *Pl. US 29/09, Lisbon II*, del 3 de noviembre de 2009. Para un comentario a la decisión ver HAMULÁK, O., «Doble “yes” to Lisbon Treaty-Doble “yes” to the pooled sovereignty concept. Few remarks on two decision of the Czech Constitutional Court», en <http://papers.ssrn.com>.

Aprovechando el razonamiento adoptado por el Tribunal para justificar la elevación a parámetro de control de todo el ordenamiento constitucional³⁹⁴, los recurrentes, al intentar soslayar la eficacia del precedente fallo, ante todo piden el control y revisión de la estructura de los tratados tras los cambios aportados por el Tratado de Lisboa. Lo que en realidad solicitan es controlar si el nuevo Tratado, de conformidad con las condiciones impuestas por la combinación del art. 10A y del art. 1 para la cesión de competencias, establece un sistema institucional inspirado en los principios del «estado de derecho», del «estado democrático de derecho», del «estado democrático» y del «estado de derecho soberano y democrático».

La intervención requerida, no finaliza con el control genérico de constitucionalidad por lo que los recurrentes denuncian la violación del ordenamiento constitucional generada por el art. 7 TUE, por el art. 8.1 TUE, por el art. 10.1 TUE, por el art. 17.1 y 17.3 TUE, por el art. 20 TUE, por el art. 21.2 letra H TUE, por el art. 42.2 TUE, por el art. 50.2 y 50.4 TUE, y por la combinación del art. 78.3 y el art. 79.1 TFUE solicitando al Tribunal la autorización para integrar la petición en un segundo momento. A través de esta integración los senadores recurrentes extienden también el propio recurso al art. 2.4 TFUE, al art. 3 TFUE, al art. 4 TFUE, al art. 83 TFUE y al art. 216 TFUE.

Aun a sabiendas de los objetivos políticos que perseguían los recurrentes y la clara finalidad obstruccionista del recurso, los jueces constitucionales aprovechan la ocasión para desplegar su propio punto de vista sobre el proceso de integración. De hecho, a través de la solución de tres importantes cuestiones preliminares, el Tribunal en primer lugar define el objetivo del propio juicio y establece que los motivos del recurso, con los cuales se solicita constatar la constitucionalidad de los arts. 2, 4 y 216 TFUE son infundados, ya que tales cuestiones han sido objeto de juicio en la sentencia 19/08. En segundo lugar,

³⁹⁴ Según el razonamiento aplicado por los jueces checos en la sentencia 19/08 «Another substantial argument for the selected approach is the generally recognized principle for interpretation of constitutional law, usually called the principle of unity in the constitutional code, or of the constitutional order. This means that it is always necessary to take all provisions of the constitutional order and interpret their functioning together, not to take them out of the context of the functioning of the entire constitution; all the more so because the generally and often briefly formulated constitutional texts are related in meaning and lean on each other like individual building elements of a whole that creates a new quality, sometimes different from its individual parts. The limit is always the ban on abuse of an interpretation that would lead to removing or endangering the foundations of a democratic, law-based state provided by Art. 9 par. 3 of the Constitution. It is the obligation of all bodies interpreting the legal order of the Czech Republic to use an interpretation that is based on material, constitutionally constituted values that are fundamentally unchangeable and non-amendable. The usual method that helps overcome possible contested places is the principle of a constitutional interpretation under which, if the reviewed text permits several interpretations, it is necessary to use the one that most corresponds to the Constitution or to the constitutional order as a whole».

establece que es posible recurrir la total conformidad constitucional de los tratados, por lo que finalmente, los jueces aceptan la petición con la cual los contendientes piden integrar el recurso.

Al finalizar estos primeros análisis, el Tribunal, en uso de su competencia, retoma la estructura teórica utilizada en la primera sentencia sobre el Tratado de Lisboa y determina que ni siquiera en las nuevas hipótesis formuladas en la denuncia de los recurrentes se constata violación de los límites y de las condiciones previstas por la Constitución checa.

Sin detenernos en las variadas respuestas dadas por el Tribunal, lo que en realidad hay que destacar es el razonamiento seguido para afirmar que el art. 42 TUE, el art. 78.3 TFUE, el art. 79.1 TFUE y el art. 83 TFUE respetan el parámetro impuesto por el art. 1 de la Constitución checa. Los Magistrados, refiriéndose específicamente al concepto de soberanía expresado en el precedente 19/08, realizan una interpretación funcional del art 1 y sostienen que la soberanía no es por sí misma una finalidad sino un medio para obtener los objetivos propuestos por la Constitución³⁹⁵. Por lo tanto, lo que se evidencia en el juicio de constitucionalidad, no es tanto el ámbito de competencia cedido a la Unión, sino más bien las modalidades concretas de uso de la competencia por parte de las instituciones comunitarias. Lo que quiere decir que, por más que pueda ser importante la cesión de competencias en materia penal y de defensa, estas no son por sí mismas decisivas, lo que es decisivo es la efectiva aplicación de esas disposiciones. Por lo tanto, el Tribunal, aunque tenga la posibilidad de resolver por vía interpretativa un eventual contraste real entre la norma constitucional y el derecho europeo, se reserva la posibilidad de intervenir *ex post*³⁹⁶.

Hay que resaltar también, el hecho de que los jueces retoman la cuestión sobre la extensión del parámetro de constitucionalidad. Según la opinión de

³⁹⁵ En el párrafo 147, «The Court points out (as it stated in point 209 of judgment Pl. ÚS 19/08) that, in a modern democratic state governed by the rule of law, the sovereignty of the state is not an aim in and of itself, that is, in isolation, but is a means for fulfilling the fundamental values on which the construction of a democratic state governed by the rule of law stands. In point 107 it then concluded (with reference to the considerations stated in points 98 to 107 of the same judgment), that the transfer of certain state competences, that arises from the free will of the sovereign, and will continue to be exercised with the sovereign's participation in a manner that is agreed upon in advance and is subject to review, is not a conceptual weakening of sovereignty, but, on the contrary, can lead to strengthening it within the joint actions of an integrated whole. The Constitutional Court also stated in point 104 of that judgment that the European Union has advanced by far the furthest in the concept of shared –“pooled”– sovereignty, and today already forms an entity sui generis, which is difficult to classify in classical political science categories. A key manifestation of a state's sovereignty is the ability to continue to manage its sovereignty (or part of it), or to cede certain powers temporarily or permanently».

³⁹⁶ Ver el párrafo 150 donde los jueces aluden a las reflexiones hechas para pronunciarse en la sentencia 19/08.

los magistrados checos, el hipotético conflicto que motiva las dos medidas preventivas de constitucionalidad, distintamente a lo ocurrido con la sentencia 50/04, es provocado (probablemente) por normas de derecho primario de la Unión que debían entrar en vigor solamente en una fase sucesiva a la sentencia. Por lo tanto no puede existir un conflicto. El elevar el ordenamiento constitucional nacional, en su totalidad, a parámetro de control, no induce al conflicto con la primacía, ya que no se puede garantizar el predominio de normas como las del nuevo Tratado que no hayan entrado todavía formalmente en vigor³⁹⁷. Según la opinión de los jueces, la ampliación del parámetro, considerando la naturaleza previa del control, ofrece posibilidad de adecuar el sistema nacional de manera clara y no traumática³⁹⁸.

Como también testimonian los detallados antecedentes del veredicto del año anterior, de todos estos pasajes se vislumbra nuevamente la peculiar concepción checa sobre la relación entre ordenamiento europeo y ordenamiento nacional. Por ello, por un lado el Tribunal vuelve a proponer la versión original de la soberanía, que en la sentencia anterior le llevó a no cerrar las puertas a una disciplina europea y a tratar de ampliar al máximo el espacio para una interpretación euroconforme de la Constitución nacional. Por otro lado, los jueces de Brno confirman la importancia de un control *ex post* sobre la aplicación práctica del derecho europeo y, aun con algunas observaciones, parecen confirmar la hipótesis de todas las normas constitucionales (y no sólo el *cd.* núcleo duro de constitucionalidad) representan la identidad constitucional checa, y la

³⁹⁷ En el párrafo 173 los jueces afirman que «In other words, priority of Community law will not be applied in the event of review of treaties that are not yet in force (and thus cannot even be applied, or, on the level of application, be inconsistent with provisions of domestic law)».

³⁹⁸ Ver el párrafo 122 donde los jueces escriben que «However, this claim directly contravenes the conclusion that the Constitutional Court stated in its judgment Pl. ÚS 19/08, in point 94, when it concluded that it was necessary to use the entire constitutional order as a point of reference for review of the Treaty of Lisbon, and not only its essential core. The Constitutional Court first pointed out that in judgment Pl. ÚS 66/04 it did not rule out the fundamental priority of application of community law, whose limits, as it stated, are only in the essential core of the Constitution, which is stated in judgment Pl. ÚS 50/04. At the same time, however, the Constitutional Court implicitly admitted the possibility of removing any potential inconsistency not only through priority application of the norms of Community law, but also through constitutional amendments. From the point of view of the grounds alleged by the petitioner for conflict between Article 19(1) of the TEU and Article 87(2) of the Constitution the following is a key passage: “It is appropriate to adhere that, in order for the constitution framers to be able to recognize the need for them, it is necessary for the Constitutional Court to have an opportunity to examine European law provisions in terms of their conformity with the constitutional order as a whole, not only with the essential core. In such a review it can then define those provisions of the constitutional order that cannot be interpreted consistently with the requirements of European law by using domestic methodology, and which it would be necessary to amend. Preliminary review gives it a suitable opportunity for this, because it does not raise problems on the application level. Moreover, the Constitutional Court thereby acquires an opportunity to evaluate to a certain extent the constitutionality of the interpretation of already existing EU law norms by the Court of Justice, without coming into direct conflict with it”».

idea de que todo el ordenamiento constitucional es parámetro de control futuro de conformidad constitucional con los tratados.

Es obvio que esta nueva tendencia adoptada por la jurisprudencia constitucional checa abre el camino a múltiples reflexiones. De hecho, si se expresa una opinión basada en las consecuencias materiales producidas por la sentencia, es legítimo afirmar que los jueces de Brno, contrariamente a lo hecho por sus colegas de Karlsruhe³⁹⁹, no establecieron ámbitos de inconstitucionalidad en el procedimiento de ratificación y a través de dos sentencias interpretativas de desestimación o rechazo, abrieron el camino para una inmediata ratificación del Tratado⁴⁰⁰. Basándonos en lo expuesto hasta ahora, conforme al célebre paradigma de la «armonía entre diversos», y pese a la distancia teórica entre Tribunal europeo y tribunales nacionales, la diversidad no ha producido rupturas en la unidad material del ordenamiento.

Si se tiene en consideración lo complejo de la construcción teórica que tuvo como resultado los veredictos analizados y no se tienen en cuenta las consecuencias materiales, hay que notar que la extensión del parámetro de constitucionalidad en el ámbito del control preventivo indica un cambio firme, aunque con probabilidad (todavía) no decisivo, en la actitud de apertura mostrada hasta ahora por los jueces checos. Desde este punto de vista, ni siquiera las sugerencias hechas en esta segunda intervención valen para atenuar estas conclusiones. Es el momento de observar que debido al hecho de que la mayoría parlamentaria necesaria para la ratificación coincide con la requerida

³⁹⁹ Es interesante observar dos puntos de vista diferentes entre la sentencia alemana y la segunda sentencia checa sobre el Tratado de Lisboa, con relación a el rol de los respectivos parlamentos nacionales. Mientras los jueces de Karlsruhe «congelan» el procedimiento nacional de ratificación solicitando una nueva ley que discipline, según las directivas del *Bundesverfassungsgericht*, los poderes del Parlamento alemán en el marco del proceso de integración, sus colegas de Brno establecen lo ausplicable pero al mismo tiempo lo innecesario de una medida análoga. De hecho en el párrafo 134 escriben «Regarding the question of a “democratic deficit” in the decision-making process in the European Union, and its conflict with the principles of a democratic state and the separation of powers, which the petitioners seek in Article 1(1) of the Constitution, and the possibility of removing it through a “special mandate” (regarding this alleged ground see point 7 of this judgment), we must first point out that the Treaty of Lisbon in no way prevents Member states from regulating these institutions on a domestic level, which is also proved by the practices of individual Member states in questions of inspection of government conduct in the European Union by domestic legislative assemblies (cf. e.g. Kiiver, P. *The National Parliaments in the European Union: A Critical View on EU Constitution-Building*. Kluwer Law International, Haag, 2006). just as the Constitutional Court did not condition the constitutionality of ratifying the Treaty of Lisbon on the adoption of domestic procedures on decisions that may be adopted on the basis of Article 48(6) and (7) of the TEU (although it expressly formulated its concerns about the absence of them), the absence of control mechanisms that the Treaty of Lisbon does not limit in any way cannot be grounds from conflict of the Treaty of Lisbon itself with the constitutional order of the Czech Republic».

⁴⁰⁰ Aunque la República checa ha sido la última nación en ratificar el Tratado de Lisboa hay que destacar que la firma del Presidente llegó el 3 de noviembre de 2009, el mismo día del pronunciamiento del Tribunal.

para llevar a cabo una enmienda constitucional, y debido a que (en el caso 50/04) el Tribunal utilizó ya el derecho europeo como elemento de integración del parámetro de constitucionalidad, la duplicación potencial de pasajes relacionados con el rechazo de la implícita constitucionalización de las disposiciones del Tratado, aunque no sea impugnabile formalmente, no tiene ningún tipo de explicación posible desde un punto de vista sustancial, lo que sitúa a los jueces en condición de agravar seriamente el proceso de ratificación. Además, sin tener en cuenta cómo podría afectar a la ratificación esta teoría, no se puede excluir *a priori* una aplicación de la misma al control de constitucionalidad *ex post*. A tal propósito, el Tribunal, sin explicar (sólo de manera vaga y poco convincente⁴⁰¹) las razones por las cuales se utiliza un parámetro diferente en los diversos tipos de juicio y, sobre todo, sin dar indicaciones sobre los criterios que adoptará para un control futuro, se limita a establecer que la primacía es uno de los canales para resolver los contrastes entre el ordenamiento nacional y el ordenamiento europeo y que, por lo tanto, en caso de contradicción entre norma comunitaria y cualquier norma constitucional, en sede de rendición de cuentas, impondrá un mecanismo que permita la modificación constitucional.

10.5 Identidad constitucional y soberanía nacional según el *Trybunał Konstytucyjny* polaco

La idea de la identidad constitucional como un férreo límite del derecho europeo la volvemos a encontrar en la sentencia con la cual el *Trybunał Konstytucyjny* polaco se expresa acerca de la constitucionalidad del Tratado de Lisboa y esencialmente reconfirma su concepto sobre la relación entre los ordena-

⁴⁰¹ Conforme a la implementación del control preventivo por parte de los jueces, en realidad, se considera muy poco la posibilidad de futuros contrastes. De hecho, según la reconstrucción efectuada por las dos sentencias analizadas, un conflicto entre una norma europea controlada en vía preventiva y una norma constitucional que no forma parte del núcleo duro de la Constitución podría darse aun luego de la fecha en la cual se perfeccione la fase de ratificación. Una vez finalizada la fase *ex ante* del control, la necesidad de certeza, conforme a lo propuesto por el Tribunal, exigiría la eliminación de los contrastes de forma previa a través de una enmienda constitucional. Por lo que o se admite (cosa muy improbable) que una vez que se haya constatado el conflicto en sede de control *ex post*, la norma europea, en virtud de la primacía, produce la anulación (y no la simple desaplicación) de la norma constitucional ajena al núcleo duro de soberanía, o se tendrá que afirmar que, de acuerdo con la Constitución checa, la misma cuestión constitucional produce efectos jurídicos diferentes. Hay que notar, además, que la falta de parámetros concretos para la aplicación, tantas veces solicitada por los jueces constitucionales, no parece ser muy importante para llevar a cabo una propuesta alternativa.

mientos⁴⁰². Como veremos de inmediato, a pesar de que la sentencia evita declarar la inconstitucionalidad de la ley interna que regula la participación de las dos cámaras parlamentarias en el proceso de integración⁴⁰³, en su estructura general la misma no se aleja de la sentencia *Lissabon* del *Bundesverfassungsgesicht*.

La controversia jurídica se inaugura con un recurso muy claro propuesto por algunos grupos parlamentarios insatisfechos por la ratificación del nuevo Tratado europeo y por la aprobación de la ley interna que de acuerdo con el nuevo derecho primario de la Unión, disciplina los poderes de las dos cámaras en los procedimientos para la toma de decisiones comunitarias. Los jueces polacos intervienen en la cuestión de una manera parcial y tomando como ejemplo el esquema argumentativo que por mucho tiempo caracterizó la posición de la jurisprudencia con relación al tema de las relaciones con el ordenamiento europeo⁴⁰⁴, decretan lo infundado de las cuestiones propuestas sólo después de haber hecho sus propias reflexiones sobre la esencia jurídica de la Unión⁴⁰⁵. Una vez más el punto de partida de la sentencia es la cuestión de la competencia del *Trybunał* para juzgar sobre la conformidad constitucional de las normas jurídicas europeas y sobre las disposiciones nacionales relacionadas con ellas: aunque venga confirmado que los tratados europeos gozan (debido al control ejercido por el Presidente de la República y a su vez por el procedimiento especial de ratificación dispuesto por el art. 90) de una presunción de constitucionalidad⁴⁰⁶, las normas jurídicas relacionadas con la integra-

⁴⁰² También a través de las críticas a la decisión K 18/04, en la sentencia del *Trybunał Konstytucyjny* polaco, K 32/09, del 24 de noviembre de 2010, parece que se ha aprobado la reconstrucción formal de las relaciones entre los ordenamientos. Cfr. la parte de la decisión en la cual los jueces parecen sugerir una reconstrucción pluralista de las relaciones entre los ordenamientos.

⁴⁰³ A tal fin los jueces se esfuerzan por exaltar las diferencias constitucionales entre el ordenamiento polaco y el ordenamiento alemán y establecen los límites con relación a sus intervenciones para declarar la omisión constitucional del legislador, precisando que individualizar las modalidades correctas de participación de las cámaras es una responsabilidad del legislador. Además, los mismos aprueban el hecho de que en breve, con relación a esta compleja materia, entrará en vigor una nueva y más estricta disciplina.

⁴⁰⁴ La sentencia *Lissabon* (junto a las demás sentencias que intervinieron para establecer la constitucionalidad del Tratado de Lisboa) está expuesta claramente en el párrafo 3 de la tercera parte de la sentencia.

⁴⁰⁵ Los puntos 1.2 y 1.3 de la tercera parte de la sentencia están dedicados a la reconstrucción del objeto de juicio de constitucionalidad. En realidad jueces, excluyendo cualquier posibilidad de contraste, concentran su atención en la compatibilidad constitucional de los varios procedimientos de enmienda de los Tratados y del art. 352 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión europea.

⁴⁰⁶ En el punto 1.1.2 de la tercera parte de la sentencia los jueces polacos deducen una presunción de conformidad constitucional del derecho europeo debido al procedimiento de ratificación establecido por el art. 90 de la Constitución, porque el Presidente de la República (que tiene el deber, si tiene la sospecha de que la medida de ratificación sea anticonstitucional, de solicitar en vía preventiva una cuestión de constitucionalidad) no pidió la intervención de los jueces. Conforme a la opinión contraria del juez Granat, estas argumentaciones son, desde un punto de vista jurídico, poco fundamentadas: el agravar el procedimiento de

ción europea están sometidas, de igual manera, al control previsto por el art. 188 de la Constitución nacional⁴⁰⁷. Tal competencia deriva directamente de las modalidades con las que el constituyente polaco a través de la combinación del art. 90, del art. 4 y del art. 5⁴⁰⁸, estructuró las relaciones entre el ordenamiento nacional y el ordenamiento europeo. En lo específico la misma tiene la finalidad de garantizar que la soberanía nacional (aun inclinada hacia un significado realmente evolutivo⁴⁰⁹) no se ponga en discusión a través de cesiones de competencias indebidas a favor de las instituciones europeas⁴¹⁰.

Además, al igual que lo hecho recientemente por sus colegas alemanes (aunque también de otros países), los jueces constitucionales polacos sostienen que tal interpretación estaría confirmada también por el análisis de los textos jurídicos que tienen la función de referencia en el proceso de integración. De hecho, la Unión, lejos del haberse acoplado en las tentaciones federalistas, representa sólo una asociación internacional de estados soberanos, privados de la competencia para decidir sobre la repartición de los poderes y cuyos fundamentos son las competencias atribuidas por los ordenamientos nacionales de conformidad con las respectivas constituciones de referencia⁴¹¹.

ratificación implica o una constitucionalización implícita del derecho europeo (por lo que la presunción de conformidad no tiene ningún sentido) o no incide a nivel formal sobre el acto normativo adoptado que sigue manteniendo su valor de ley de recepción de un tratado internacional; de la misma manera la no intervención del Presidente de la República no tiene ninguna repercusión ya que al tener previsto el mismo poder de intervenir de una manera previa por los jueces constitucionales sobre las leyes ordinarias, si se aplica igualmente el mismo razonamiento a la actividad legislativa habría que concluir con una inaceptable presunción de conformidad de todas las disposiciones parlamentarias.

⁴⁰⁷ En tal sentido se expresa claramente el 1.1.1 de la tercera parte de la sentencia en cuestión.

⁴⁰⁸ El art. 90 contiene la llamada cláusula europea, mientras el primer apartado del art. 4 establece en forma clara que «Supreme power in the Republic of Poland shall be vested in the Nation». El art. 5 dispone que «The Republic of Poland shall safeguard the independence and integrity of its territory and ensure the freedoms and rights of persons and citizens, the security of the citizens, safeguard the national heritage and shall ensure the protection of the natural environment pursuant to the principles of sustainable development».

⁴⁰⁹ En el punto 2.1 de la tercera parte de la sentencia los jueces aprovechan la ocasión ofrecida por los últimos debates doctrinales en materia de soberanía y, reconociendo los profundos cambios debidos a las transformaciones políticas y sociales, reconocen que formar parte de la Unión europea fortalece a las instituciones nacionales, ya que atenuar su absoluto poder en la toma de decisiones esta compensado por una eficiente capacidad de proyección internacional y de un fortalecimiento de la eficacia de sus propias disposiciones.

⁴¹⁰ En el párrafo 2.1 de la tercera parte de la sentencia los jueces establecen el mantenimiento de la soberanía nacional como límite insuperable de las atribuciones a favor del ordenamiento europeo.

⁴¹¹ En el párrafo 2.1 de la tercera parte de la sentencia en cuestión se establece que «The Constitutional Tribunal shares the view expressed in the doctrine that, as regards the conferred competences, the states have renounced their powers to take autonomous legislative actions in internal and foreign relations, which however does not lead to permanent limitation of sovereign rights of these states; as the conferral of competences is not irrevocable, and the relations between exclusive and competitive competences have a dynamic character, the Member States merely assumed the obligation to jointly conduct state duties in areas of cooperation, and as long as they maintain full ability to specify the forms of conducting state duties, which is concurrent with the competence to “determine competences”, they remain—in the light of

Una interpretación similar del ordenamiento europeo encuentra un apoyo en el Tratado de Lisboa ya que, en el mismo, además de ser corroborado el principio de atribución, fueron tomadas todas las precauciones para impedir la emersión de una gobernanza europea y sobre todo se pusieron de manifiesto las cláusulas de salvaguarda de la identidad nacional y una cláusula de salvaguarda de las funciones esenciales del estado⁴¹² que representan la antesala de las varias disposiciones nacionales que limitan la cesión de competencias a favor de las instituciones europeas⁴¹³.

Los ideales «autárquicos» que inspiran la reconstrucción del concepto de identidad constitucional vienen apoyados, también, por las modalidades con las cuales la sentencia enfrenta la cuestión de la primacía. Es un hecho que, aun reconociendo la aplicabilidad directa de las disposiciones europeas y la primacía de estas últimas sobre las normas internas de rango ordinario⁴¹⁴, el *Trybunał* se aleja de la teoría tradicional de los contralímites y luego de haber establecido que el preservar la soberanía nacional (con el significado de valor identitario insuprímible⁴¹⁵) impone la salvaguarda de todo el ordenamiento constitucional⁴¹⁶, llega hasta declarar que (no tomando en cuenta los casos en

international law— sovereign subjects. There are complicated processes of mutual dependences among the Member States of the European Union, related to conferring part of the competences of state organs on the Union. However, these states remain the subjects of the integration process, maintain “the competence of competences”, and the model of European integration retains the form of an international organisation».

⁴¹² Véase lo referido a las funciones esenciales contenidas hacia el final del punto 2.2 de la tercera parte de la sentencia.

⁴¹³ En el cierre del párrafo 2.1 de la tercera parte de la sentencia los jueces constitucionales establecen claramente que «An equivalent of the concept of constitutional identity in the primary EU law is the concept of national identity. The Treaty of Lisbon in Article 4(2), first sentence, of the Treaty on European Union, stipulates that: “The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional (...)”. The constitutional identity remains in a close relation with the concept of national identity, which also includes the tradition and culture». Además, en la misma dirección, los mismos añaden que «One of the objectives of the European Union, indicated in the Preamble of the Treaty on European Union, is to satisfy the desire “to deepen the solidarity between their peoples while respecting their history, their culture and their traditions”. The idea of confirming one’s national identity in solidarity with other nations, and not against them, constitutes the main axiological basis of the European Union, in the light of the Treaty of Lisbon».

⁴¹⁴ En el párrafo 2.6 de la tercera parte de la sentencia los jueces sostienen que «the Constitutional Tribunal has pointed out that, by approving the binding Constitution, the Nation itself decided that it agrees to the possibility of binding the Republic of Poland with the law enacted by an international organisation or international institution, i.e. with the law other than the treaty law. This is carried out within the limits provided for in ratified international agreements. Moreover, the Nation also granted its consent, in the said referendum, to the fact that the said law would be directly binding in the territory of the Republic of Poland, taking precedence over statutes in the event of a clash of laws».

⁴¹⁵ Para ser más exactos en el párrafo 2.2 de la tercera parte de la sentencia se habla de «value of sovereign and democratic determination of our Homeland’s fate».

⁴¹⁶ En el párrafo 1.3 de la tercera parte de la sentencia, a tal propósito, se afirma que «In the opinion of the Constitutional Tribunal, the norms of the Constitution constitute “the manifestation of the sovereign

los cuales sea posible superar los conflictos por vía interpretativa⁴¹⁷) los contrastes entre disposición constitucional y disposición europea deben ser resueltos excluyendo el uso de las técnicas del equilibrio y garantizando en cualquier caso la aplicación de la primacía de la primera sobre la segunda⁴¹⁸. De hecho, aunque los jueces se preocupen por ejemplificar (una vez más en forma no perentoria) los ámbitos incluidos en la cláusula de salvaguarda de las identidades constitucionales⁴¹⁹, esta operación hermenéutica, que debería tener la finalidad de delimitar los ámbitos de cada uno de los ordenamientos, parece referirse al momento de las cesiones de las competencias estatales, pero (en forma opuesta a lo establecido por los magistrados de Karlsruhe) no parece estar

will of the nation”, and therefore “they may not lose their binding force or undergo a change due to an irremovable contradiction between certain provisions (EU legal acts and the Constitution)” (as stated in the statement of reasons for the judgement dated 11 May 2005, Ref. No. K 18/04, OTK ZU No. 5/A/2005, item 49). The view of the relation between the primacy of the Constitution and the principle of sovereignty is concurrent with the stance of the doctrine, according to which the preservation of the primacy of the Constitution in the context of European integration must be considered tantamount to preservation of the sovereignty of the state (as in K. Wójtowicz, “Suwerenność w procesie integracji europejskiej”, [in:] *Spór o suwerenność*, W. Wołpiuk (ed.), Warszawa 2001, p. 174), and Poland’s accession to the European Union changes the point of view as regards the principle of the supreme legal force of the Constitution (its primacy), but it does not challenge it (cf. K. Działocha, *op. cit.*, p. 22)».

⁴¹⁷ A tal propósito, teniendo en cuenta las reflexiones acerca la inversión de la interpretación conforme que se desarrollarán en las siguientes páginas, pudiera ser útil señalar que los jueces (en el párrafo 2.3 de la tercera parte de la decisión), aun poniendo de manifiesto algunas dudas sobre cómo poder resolver los posibles conflictos por vía interpretativa, hablan de «principle of mutually friendly interpretation and cooperative coexistence».

⁴¹⁸ En el párrafo 2.5 de la tercera parte de la decisión se lee que «The Constitutional Tribunal maintains its stance presented in the statement of reasons for the judgement in the case K 18/04, pursuant to which neither Article 90(1) nor Article 91(3) may constitute the basis for conferring the competence to enact legal acts or adopt decisions which would be inconsistent with the Constitution of the Republic of Poland upon an international organisation or international institution. In particular, the provisions indicated here may not be used to confer competences within the scope which would prevent the Republic of Poland from functioning as a sovereign and democratic state. As it has been stated in the statement of reasons for the judgement in the case K 18/04, guaranteed in Article 91(2) of the Constitution, precedence of agreements on conferral of competences “in relation to certain matters” over the provisions of statutes if such statutes cannot be reconciled with such agreements, does not lead to recognising analogical precedence of those agreements over the provisions of the Constitution. Thus, the Constitution remains –due to its unique status– “the supreme law of the Republic of Poland” with regard to all international agreements which are binding for the Republic of Poland. This also concerns ratified international agreements about conferral of competences “in relation to certain matters”. Due to the primacy of the binding force of the Constitution, which arises from its Article 8(1), the Constitution enjoys precedence as to the binding force and application in the territory of the Republic of Poland».

⁴¹⁹ En el párrafo 2.1 de la tercera parte de la sentencia los jueces puntualizan que «Regardless of the difficulties related to setting a detailed catalogue of inalienable competences, the following should be included among the matters under the complete prohibition of conferral: decisions specifying the fundamental principles of the Constitution and decisions concerning the rights of the individual which determine the identity of the state, including, in particular, the requirement of protection of human dignity and constitutional rights, the principle of statehood, the principle of democratic governance, the principle of a state ruled by law, the principle of social justice, the principle of subsidiarity, as well as the requirement of ensuring better implementation of constitutional values and the prohibition to confer the power to amend the Constitution and the competence to determine competences».

destinada a influir en la regulación de un eventual conflicto entre disposición europea y disposición constitucional⁴²⁰.

De acuerdo con estas reflexiones, ni la confirmación de una afinidad axiológica sustancial entre los dos ordenamientos⁴²¹, ni la prudencia que ha impedido una nueva declaración de inconstitucionalidad de una disposición conectada al proceso de integración⁴²², valen para ofuscar la conclusión a la cual se llega, afirmando que la europeización de los contralímites fue aprovechada también por el Tribunal constitucional polaco para tratar de encontrar nuevos equilibrios entre identidad constitucional y *primauté*, mucho más favorables, para las normas y para las instituciones (*in primis* el mismo *Trybunał*) nacionales.

10.6 El triunfo de las interpretaciones asimétricas y el intento de renacionalizar la primacía

A partir del análisis de las decisiones con las que los tribunales constitucionales nacionales dictaminaron sobre la constitucionalidad del Tratado constitucional y el Tratado de Lisboa, se pueden observar dos tendencias diferentes, pero estrechamente interconectadas.

En primer lugar, se pone de manifiesto la tendencia de los jueces internos a respaldar la interpretación asimétrica de la identidad constitucional y la voluntad de volver a poner en discusión los equilibrios ordinamentales y jurisdiccionales que habían sido establecidos entre el final de los años setenta (*Simmenthal*) y la mitad de los años ochenta (*Granital* y *Solange II*)⁴²³. De hecho, sobre la

⁴²⁰ Justo antes del pasaje citado en la nota precedente los jueces, de forma muy clara, establecen que «Therefore, constitutional identity is a concept which determines the scope of “excluding –from the competence to confer competences– the matters which constitute (...) ‘the heart of the matter’, i.e. are fundamental to the basis of the political system of a given state” (cf. Działocha K., *op. cit.*, s. 14), the conferral of which would not be possible pursuant to Article 90 of the Constitution».

⁴²¹ El referirse a la homogeneidad axiológica entre identidad europea e identidad nacional polaca se ha venido repitiendo muchas veces. En el mismo sentido va también el pasaje de la decisión (ver el punto 2.2 de la tercera parte) en la cual se afirma que «Generally, the process of European integration meets the standards of constitutionality as well as the requirements related to the democratic legitimacy of such actions. They also have a historical dimension and context, connected with the European roots of our national identity».

⁴²² Con su aprobación, los jueces polacos fueron convocados, luego de ultimar los últimos detalles de la ratificación y con el Tratado ya en vigor, de manera opuesta a sus colegas alemanes (que intervinieron en el ámbito de un juicio preventivo). Como consecuencia de estas reflexiones, una posible declaración de inconstitucionalidad habría podido crear problemas mucho más graves de los que provocó la sentencia alemana.

⁴²³ En tal sentido, PALERMO, F.-WOELK, J., *op. cit.*, pp. 1032-1033, afirman que «el Tribunal le vislumbra al legislador una propuesta interesante. Quizás porque está consciente de lo poco fiable del Parlamento (que votó con una gran mayoría por la ratificación del Tratado) en materia de control sobre el derecho inalienable de la soberanía nacional, el *BVerfG* propone la posibilidad de introducir una nueva y

base de la jurisprudencia analizada es difícil negar que a partir del momento en el que el ordenamiento supranacional acepta la norma sobre la salvaguarda de las identidades constitucionales el mismo termina por reforzar las reivindicaciones de competencia de los tribunales constitucionales y abre el camino a la legitimación de mecanismos procedimentales que tienen como finalidad el control nacional sobre la aplicación del derecho comunitario⁴²⁴.

En segundo lugar, sobre la idea de fortalecer el control nacional sobre el derecho europeo, la presencia de unos fundamentos normativos comunitarios para la identidad constitucional involucra nuevos tribunales en la *querelle* teórica con el Tribunal de justicia e incita a los tribunales constitucionales a volver a establecer las relaciones entre los ordenamientos y las relaciones entre las instituciones judiciales que propaga la misma teoría de los contralímites. De tal manera que, por un lado algunos jueces constitucionales (sobre todo los alemanes y los polacos) se preocuparon de informar y elencar, en manera no exhaustiva, los ámbitos sustraídos a la *primauté* y referirlos al juez comunitario; por otro lado, otros jueces constitucionales (polacos, letones, y en un cierto sentido los checos) volvieron a retomar las líneas ofrecidas por el *Conseil Constitutionnel*, y con un grado de confianza no uniforme sobre la posible solución de los conflictos normativos, reconstruyeron, básicamente de manera formal, las relaciones entre todo el ordenamiento constitucional interno y las disposiciones europeas.

específica forma de control de constitucionalidad, que se limite, al respeto por parte de las normas comunitarias (*rectius*: de su traducción interna) del principio de atribución y de la identidad nacional (control *ultra vires*): la norma que viole estos principios, podría simplemente no ser aplicada en Alemania, sin que por ello tenga que ser puesta en discusión la total participación de Alemania en el proceso de integración. La “sugerencia” parece darle valor, a nivel del procedimiento, a las potencialidades de diferenciación que el derecho comunitario ya conoce, y que, en los últimos años, han sido utilizadas cada vez más, tanto por el legislador comunitario como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». También CANTARO, A., *Democracia e identidad constitucional*, *cit.*, interpreta la sentencia *Lisboa* del *Bundesverfassungsgericht* como señal de la emersión del paradigma de la asimetría. Incluso el mismo autor interpreta algunos pasos del dictamen como si estuviesen hechos para prevenir las oportunidades jurídicas que se podrían crear en el caso de que los jueces ordinarios se erigieran en árbitros de las relaciones entre los ordenamientos. Cfr., esta perspectiva con la propuesta por LUTHER, J., *op. cit.*

⁴²⁴ Esta interpretación se confirma también por la sentencia *Lisbona* del Tribunal constitucional polaco en la cual los jueces concluyen su análisis comparado de los dictámenes estableciendo que «A common characteristic of those adjudications is the emphasis on the openness of the constitutional order with regard to European integration, and the focus on the significance of constitutional and systemic identity –and thus sovereignty– of the Member States, the respect for which excludes the possibility of any presumed amendment to a national constitution and, in particular, as regards the rules of conferral of competences which arise from a given constitution. On the basis of those Treaty provisions which regard the Union as an international organization, and not as a federal state, they stress the significance of the principle of conferral, and the principle of subsidiarity; they refer to granting the Parliaments of the Member States the final word, the absence of which hinders the EU activities; and moreover, they make the effectiveness of the Union conditional on internal constitutional procedures of its Member States. European constitutional courts confirm the significance of the principle of sovereignty reflected in the provisions of the state’s constitution, due to which the assessment of the Treaty of Lisbon is carried out in the regard indicated by the applicants».

Estas dos operaciones hermenéuticas asociadas a una especie de idea que minimiza las consecuencias de una hipótesis de ruptura de la armonía entre los ordenamientos⁴²⁵, vuelve a reactivar la amenaza del uso del contralímite identitario y nos refleja, de manera muy sutil, los perfiles ideológicos que están detrás de la interpretación pacífica que continúa reconstruyendo las relaciones entre los ordenamientos según el paradigma de la armonía⁴²⁶. Más bien, si se tiene presente lo vago (no casual) del parámetro normativo establecido en la identidad constitucional y las diferentes interpretaciones que (como ya hemos visto) le han sido atribuidas por los diversos jueces constitucionales⁴²⁷, debería entenderse el gran riesgo que se corre, ya que a través de la nacionalización de la identidad constitucional se puede llegar a una renacionalización de la primacía y (como consecuencia) a una renacionalización del fenómeno comunitario⁴²⁸.

Además, conforme a lo dicho en la introducción, en estos últimos años los sistemas constitucionales nacionales (y no solo a través de sus tribunales constitucionales) no se limitaron, sólo, a una reivindicación teórica de sus competencias sino que en nombre de la salvaguarda de la identidad constitucional elaboraron algunas técnicas específicas de intervención que le permitieron actuar concretamente sobre disposiciones relacionadas con el ordenamiento europeo y que han dejado espacio a futuras intervenciones judiciales. Con la finalidad de rendir cuentas sobre la incidencia de la europeización del contralímite identitario sobre estos nuevos acontecimientos constitucionales, la parte final del presente trabajo analizará algunas sentencias recientes en materia de control nacional de las normas de aplicación del derecho europeo y tomará en consideración algunas reformas constitucionales recientes que han permitido reescribir importantes corolarios de la doctrina de la *primauté*. Al final, se mostrará la posición que recientemente ha asumido el Tribunal de justicia en materia de relaciones entre primacía e identidad constitucional.

⁴²⁵ Desde este punto de vista es emblemático lo establecido en la sentencia *Lisbona* del *Bundesverfassungsgericht* señalado en la nota 347 del presente trabajo. De igual forma pasajes similares pueden ser extraídos en los otros veredictos citados.

⁴²⁶ Aun siendo optimista, de un riesgo de este tipo, también está consciente CARTABIA, M., «Unità nella diversità», *cit.*

⁴²⁷ Como ejemplo podemos evidenciar que, según el juez constitucional polaco, la identidad constitucional nacional se establece en las atribuciones mínimas conectadas al principio de soberanía, mientras que según el juez constitucional alemán la misma se determina en las atribuciones en materia de derecho penal, de defensa y seguridad, de fiscalidad, de políticas sociales, de derecho de familia, de libertad de religión y de instrucción. Se puede recordar también que el juez constitucional francés había retenido que el principio de laicidad y el de la tutela individual de los derechos de las minorías representaban una expresión de la identidad constitucional nacional.

⁴²⁸ De renacionalización de la primacía se habla en el pasaje de Chiti citado en la nota 343. De forma análoga CANTARO, A., *Democracia e identidad constitucional*, *cit.*, habla de «renacionalización de la identidad constitucional». También VEROLA, N., *Volk, patriottismo parlamentare*, *cit.*, aunque en manera indirecta, se refiere a la idea de renacionalización.

CUARTA PARTE

LOS NUEVOS INSTRUMENTOS PARA TUTELAR LAS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES

11. IDENTIDADES CONSTITUCIONALES Y DISPOSICIONES INTERNAS DE EJECUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO SECUNDARIO: LA APLICACIÓN «SUSTANCIAL» DEL CONTRALÍMITE IDENTITARIO

A) LA SAGA DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN

11.1 **La cooperación judicial en materia penal y la Decisión marco 2002/584/GAI**

Nuestro análisis sobre las disposiciones adoptadas por los sistemas constitucionales para detener el avance del ordenamiento comunitario, se inicia con el examen de aquella jurisprudencia con la cual las instituciones judiciales nacionales intervinieron para decretar la inconstitucionalidad de las disposiciones de ejecución del derecho europeo. De manera muy particular se tomarán en consideración los problemas que surgieron para ejecutar la orden de detención europea, para implementar el mecanismo sancionatorio relacionado con la política agrícola comunitaria y el amplio sistema de garantía de los datos personales. Con la finalidad de facilitar la comprensión de cuestiones que presentan una estructura y términos muy técnicos, cada caso será analizado de acuerdo con un esquema preestablecido. Es por ello que, tras mostrar el cuadro normativo de referencia, se indicarán los puntos de fricción más importantes entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento nacional y se llevará a cabo

un recorrido de las decisiones judiciales que se han dictaminado con respecto a este tema. Lo que se busca es tratar de demostrar que en cuestiones tan diferentes, los jueces han recurrido a la idea de la identidad constitucional para codificar una técnica que les permitiese flexibilizar la disciplina europea y reapropiarse de los ámbitos de competencia perdidos, manifestando en todo ello una cierta intolerancia hacia las instituciones de la Unión.

Con relación a los problemas ligados a la ejecución de la orden de detención europea se puede iniciar recordando que el Tratado de Ámsterdam introdujo un título VI con el fin de fortalecer la cooperación penal, aduanera y policial, que contiene medidas dirigidas a promover la equiparación de las normas estatales en materia penal y la lucha contra la delincuencia organizada. Hay que señalar, sobre todo, que entre las varias disposiciones elaboradas con la finalidad de asegurar una verdadera cooperación, se ha previsto que la Unión pueda adoptar medidas para «facilitar la extradición entre los estados miembros⁴²⁹».

Bajo este marco normativo, conscientes del fracaso de las Convenciones del 1995 y del 1996⁴³⁰, progresivamente se ha considerado la idea de sustituir el mecanismo de extradición por un procedimiento general simplificado de entrega, y como consecuencia de los trágicos episodios del 11 de septiembre, se llegó por fin a la Decisión marco 2002/584/GAI con la cual, a partir del 1 de enero de 2004, se instituyó la orden de detención europea.

Las novedades introducidas por esta Decisión son muy importantes. En primer lugar se debe observar el art. 1.1 que define la orden de detención europea como «una resolución judicial emitida por un estado miembro con vistas a la detención y la entrega, por parte de otro estado miembro, de una persona reclamada para ser sometida a un proceso penal o a la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativa de libertad»; y el art. 2.2 que, estableciendo que el nuevo procedimiento es de aplicación «a los hechos punibles por las leyes del estado miembro que emita una pena o con una medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima no inferior a 12 meses o si ha sido

⁴²⁹ De tal manera el art. 31 letra *b*) del TUE.

⁴³⁰ La Convención sobre el procedimiento simplificado de extradición entre los estados miembros de la Unión europea, adoptado con el acta del Consejo del 10 de marzo de 1995, limitaba la aplicación del principio de especialidad y establecía un específico procedimiento para el caso en que, tanto el estado de extradición como el estado solicitante, estuviesen de acuerdo en interponer un recurso a la Convención. La Convención sobre la extradición entre los estados miembros de la Unión europea, adoptada con el acta del Consejo del 27 de septiembre de 1996, ampliaba los hechos respecto a los cuales una petición de extradición podía ser presentada, limitando los motivos por los cuales, la misma, podía ser rechazada, aboliéndose la posibilidad de invocar el valor político del delito y limitando la aplicación del principio de la doble incriminación. Los dos instrumentos normativos nunca entraron en vigor porque no fueron ratificados por los contrayentes.

emitida la condena o ha sido emanada una medida de seguridad para condenas emitidas de duración no inferior a cuatro meses», establece un procedimiento, sin referencias a una evaluación política y muy distante de la concepción tradicional de la extradición.

En segundo lugar, presumiendo un elenco de 32 delitos (específicamente de asociación de carácter transnacional como el terrorismo internacional, la trata de seres humanos y la criminalidad organizada) que son castigados con penas de privación de libertad de al menos tres años (según la ley del estado emisor) están exentos de la aplicación del principio de doble incriminación; el art. 2.2 representa una muestra ulterior del alejamiento del procedimiento de extradición⁴³¹.

En fin, el establecimiento de una duración máxima de noventa días para perfeccionar el procedimiento, la aplicación redimensionada del principio de especialidad y el presuponer la posibilidad de extradición de un ciudadano, completan el cuadro de las novedades introducidas por el instituto.

11.2 Orden europea de detención y tutela de los derechos fundamentales

La cuestión de los problemas provocados por esta simplificación normativa en términos de posible lesión de los derechos fundamentales ha sido considerada desde el mismo momento en el que fue aprobada la Decisión marco. En tal sentido, sobre todo hay que tener en cuenta el décimo considerando del Preámbulo cuando dispone que la ejecución de una orden de detención europea «sólo puede ser suspendida en caso de graves y persistentes violaciones, por parte de un estado miembro, de los principios ratificados en el art. 6 par. 1, del Tratado de la Unión europea, avalada por el Consejo, en aplicación del art. 7 par. 1 del mismo Tratado y con las consecuencias previstas por el mismo artículo».

Junto a esta disposición hay que tener en cuenta también el duodécimo considerando que, anticipándose en forma parcial a la disposición contenida en el art. 1.3⁴³², afirma claramente que la Decisión marco «respeto los derechos fundamentales y cumple tanto con los principios establecidos por el art. 6

⁴³¹ Ver también el art. 2.3 de la Decisión analizada, donde se prevé que el Consejo europeo, de forma unánime y previa consulta al Parlamento europeo, pueda decidir la ampliación del elenco de delitos bajo el control del régimen especial del nuevo procedimiento.

⁴³² El art. 1.3 de la Decisión analizada establece que «la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales ratificados por el art. 6 del Tratado de la Unión europea no puede ser modificada debido a la presente decisión marco». La diferencia con el duodécimo considerando se puede explicar, probablemente, por la ambigua posición jurídica de la Carta de los derechos

del Tratado de la Unión europea como con los contenidos de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea», y puntualiza que la misma «no impide a los estados miembros que apliquen sus normas constitucionales con relación al justo proceso, al respeto de la libertad de asociación, la libertad de prensa y a la libertad de expresión en los demás medios de comunicación». Igualmente la misma disposición contempla el principio de la no discriminación.

Además, el décimo tercero considerando afirma que «ninguna persona debería ser alejada, expulsada o extraditada hacia un estado si subsiste un serio riesgo de que la misma venga sometida a pena de muerte, tortura o a otros tratos o penas inhumanas y degradantes».

Sin embargo, a pesar de las disposiciones en cuestión, la tutela de los derechos fundamentales asegurada por las normas del Preámbulo parece bastante débil y puesto que no representa una segura garantía, da la impresión de ser confiada a la «buena voluntad» de las instituciones judiciales involucradas en el proceso de extradición⁴³³. De hecho, por un lado, lo excepcional de la potestad sancionadora *ex art. 7* y la consideración de que, en cualquier caso, el décimo considerando dispone una causa de no ejecución generalizada, muestran la poca idoneidad de esta última disposición para garantizar situaciones individuales que, aunque no contemplan el requisito de la persistencia, merecen igualmente ser tutelados.

Se puede añadir a lo dicho, que la doctrina ha puesto en duda el valor jurídico del duodécimo y décimo tercero considerando. De hecho, no teniendo en cuenta la cuestión de la incomprensibilidad de una norma de derecho secundario que pone a salvo la aplicación de las disposiciones de los Tratados institutivos, se ha especificado que, al menos de acuerdo con lo establecido literalmente por las dos disposiciones, contrariamente al no respeto del décimo considerando, el no respetar las disposiciones mencionadas no integra una causa de no ejecución de la orden europea de detención⁴³⁴. Además, en el décimo tercero considerando, la situación es más grave todavía por el uso del

fundamentales de la Unión en el momento de la entrada en vigor de la Decisión marco acerca de la orden europea de detención.

⁴³³ Para una visión general de los problemas conectados a la tutela de los derechos fundamentales se reenvía a las observaciones hechas por DA BARONE, G., *Diritti fondamentali*, Acireale, 2008.

⁴³⁴ Con la exclusión del ámbito de la no discriminación, ya que está previsto en forma clara que la decisión marco no comporta que «no se permita rechazar la ejecución de la orden europea de detención cuando la misma ha sido emitida objetivamente con la finalidad de perseguir penalmente o castigar a una persona por motivo de sexo, de raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones».

condicional «debería» (que por sí mismo hace no vinculante la disposición) y por contemplar requisitos o circunstancias que obstaculizan la entrega, de una manera mucho más estricta respecto a la homóloga disciplina contemplada en el ámbito del CEDH⁴³⁵.

Con relación a las otras partes del texto normativo, y de acuerdo con el art. 3, art. 4 y art. 5, se apoya la exclusión de la violación de los derechos fundamentales de las causas de no ejecución de la orden de detención⁴³⁶, hay que considerar aquí, sobre todo, el art. 14, que refiriéndose al caso en el cual el demandado no dé su propio consentimiento a la entrega, se prevé que el mismo tenga que ser escuchado por las autoridades de ejecución. Tal disposición se encuentra muy frágilmente sustentada, ya que no especifica ni la naturaleza ni la función ni las modalidades de tal audición y, al menos de acuerdo con lo contemplado literalmente por el texto, no parece que la misma tenga la finalidad de verificar la legalidad del estado de detención. A críticas similares se

⁴³⁵ Analizando la decisión marco, para una primera orientación se señala BAZZOCCHI, V., «Il mandato di arresto europeo e le Corti supreme nazionali», en *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 3, pp. 661-690. Además la jurisprudencia del TEDH, consideró que entre las causas que impiden la entrega se tienen el riesgo de la violación de los derechos de libertad, de los derechos procesales, del derecho al respeto de la vida privada y familiar.

⁴³⁶ Entre las causas de no ejecución obligatoria de la orden de detención el art. 3 prevé: la medida de amnistía emanada por el estado de ejecución, por el delito al cual se refiere la orden de detención; el hecho de que la persona haya sido juzgada por los mismos hechos con sentencia firme por un estado miembro y la pena establecida haya sido descontada, o en ejecución o en base a las leyes del estado de las que emana, no sea perseguible; el hecho de que por su edad, la persona no pueda ser penalmente responsable de los hechos que originaron la orden de detención, en base a la ley del estado de ejecución. Entre las causas de no ejecución facultativa de la orden de detención el art. 4 prevé: la falta de la doble incriminación (salvo el elenco de acuerdo con el art. 2); la pendencia, en el estado de ejecución, de una acción judicial en contra de la misma persona y por los mismos hechos impugnados en la orden de detención; la decisión de las autoridades judiciales; la decisión de la autoridad judicial del estado miembro de ejecución de no ejercer la acción penal por el delito objeto de la orden de detención o de cesarla; la existencia en un estado miembro, de una sentencia definitiva que represente un obstáculo para ejercer ulteriores acciones; la prescripción de la pena en el estado de ejecución; el hecho de que la persona haya sido juzgada por los mismos hechos con sentencia definitiva por un estado no miembro y la pena establecida haya sido descontada en ejecución o, con base a las leyes del estado que la ha proclamado, no es perseguible; la garantía dada por el estado de ejecución para desempeñar la ejecución, conforme a su derecho interno, la pena o la medida de seguridad sentenciada por el estado emisor; la circunstancia de que los delitos objeto de la orden de detención se consideren, por las leyes del estado de ejecución, cometidos en todo o en parte del territorio o en lugares asimilados al mismo; la circunstancia de que, por los hechos objeto de la orden de detención, la ley del estado de ejecución no permita la acción penal fuera del propio territorio. En fin, el art. 5 (actualmente derogado) prevé que los estados miembros puedan, mediante ley, establecer condiciones para la ejecución de la orden de detención: en el caso de condena *in absentia* se tiene previsto que la entrega pueda estar subordinada a la condición de que el estado emisor garantice la posibilidad de solicitar un nuevo proceso; en el caso de que los delitos objetos de la orden de detención sean punibles con la privación vitalicia de la libertad, la ejecución de la orden de detención puede estar subordinada a la condición de que el ordenamiento del estado emisor de la pena contemple una revisión de la pena sentenciada o la aplicación de medidas de clemencia; en el caso de una orden de detención con la finalidad de ejercer la acción penal la entrega puede estar subordinada a la condición de que la pena contemplada sea descontada en el estado miembro de ejecución.

exponen también el art. 11 (apuntado como «derechos de la persona reclamada») y el art. 12 que imponen acoger algunas garantías procesales como el derecho a ser informado del procedimiento y el derecho de ser asistido por un abogado y por un intérprete. Todas estas disposiciones confirman lo frágil de la estructura garantista que integra la orden europea de detención, ya que, no tomando en consideración el estándar mínimo de garantía procesal, encomiendan a la orden del estado de ejecución el reconocimiento de ulteriores derechos de la persona reclamada.

11.3 La jurisprudencia constitucional nacional en materia de orden europea de detención: la anulación de las disposiciones adoptadas para la ejecución del derecho europeo

El análisis de los problemas que la materia de la orden europea de detención crea con relación a la protección de los derechos fundamentales debería ser suficiente para poner de relieve la relación existente entre esta controvertida cuestión procesal-penal con el tema de la identidad constitucional. Además, el Tribunal de justicia al dictaminar en presencia del sistema de los pilares (superado ya por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) sobre las decisiones marco adoptadas en el ámbito de la cooperación judicial que en materia penal pueden producir efectos indirectos y en cualquier caso obligan al intérprete a una interpretación conforme, creó las condiciones aptas para un inmediato y prolongado enfrentamiento con las jurisprudencias constitucionales nacionales⁴³⁷.

A tal propósito es útil señalar las sentencias con las cuales el Tribunal constitucional de la República checa y el Tribunal constitucional belga, llamados a realizar un control propio sobre la orden europea de detención, manifestaron su confianza respecto del derecho europeo. El elemento común de las dos sentencias es la apertura a la utilización del instrumento del reenvío prejudicial. Sin embargo, aun considerando la posibilidad de preguntar al Tribunal de justicia mediante una cuestión prejudicial, el *Ustavni Soud* checo prefirió resolver directamente el presunto contraste entre la ley nacional de recepción de la normativa europea y el art. 14 de la propia Constitución que impedía objetivamente la extradición del ciudadano. De esta manera, con la deci-

⁴³⁷ Sentencia C-105/03, *Pupino*, de 16 de junio de 2005. Para un comentario ver BAZZOCCHI, V., «Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro», en *Quaderni costituzionali*, 2005, 4, pp. 884-886.

sión *Pl 66/04*, del 3 de mayo de 2006, los jueces de Brno dictaminaron sobre la constitucionalidad de la normativa europea, que conforme a una interpretación histórica y, sobre todo, conforme a la obligación de una interpretación conforme al Derecho europeo dispuesta conjuntamente por el art. 1 de la Constitución nacional, y por el art. 10 del Tratado de la Unión europea, el art. 14 de la Carta de los derechos fundamentales de la República Checa tiene que ser interpretado, no literalmente, como permisivo de la ejecución de una orden europea de detención ⁴³⁸.

Como de costumbre, según la buena acogida dada al derecho europeo por parte de la *Cour d'Arbitrage* belga, con la decisión 124 del 13 de julio de 2005, abordó al Tribunal de justicia con dos cuestiones prejudiciales de validez. Con la primera cuestión se les preguntó a los jueces de Luxemburgo si para producir la orden europea de detención debía ser utilizado el instrumento de la Decisión marco (formalmente previsto para acercar las disposiciones legislativas y reglamentarias) o si por el contrario era necesario utilizar el instrumento de la convención entre los estados miembros. Con la segunda cuestión, los jueces constitucionales de Bélgica pidieron información sobre si no volver a proponer el mecanismo de la doble incriminación podría violar la disposición del art. 6 del Tratado de la Unión europea. Conforme a la respuesta dada con la sentencia C-303/05, de 3 de mayo de 2007, por parte del Tribunal de justicia, la Corte belga (con la sentencia 128/2007, del 10 de octubre de 2007) establece que le corresponde al Consejo, a través de un análisis discrecional, elegir el instrumento normativo adecuado y que no subsiste la presunta violación del art. 6 del Tratado de la Unión europea ⁴³⁹.

Sin embargo, a pesar del espíritu de colaboración mostrado por estos dos jueces constitucionales, no faltaron situaciones de conflicto. De hecho, inmediatamente después de las conclusiones del abogado general que allanaron el camino a la sentencia *Pupino* del Tribunal de justicia, el *Trybunał Konstytu-*

⁴³⁸ Para un análisis más detallado de esta sentencia se reenvía a MAZZA, M., «Il mandato di arresto europeo davanti alla Corte Costituzionale della Repubblica Ceca», en *Diritto pubblico comparato europeo*, 2007, 4, pp. 1955-1967, y a POLLICINO, O., «Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo: la saga del mandato d'arresto europeo come modello di analisi», en *European journal of legal studies*, 2008, 1, pp. 220-268.

⁴³⁹ Para una reconstrucción de la compleja situación procesal que involucró al Tribunal de Justicia europeo y la *Cour d'Arbitrage* belga ver CASTELLANETA, M., «La Consulta belga assolve il mandato d'arresto: non esiste un contrasto con l'equo processo», en *Guida dir.-Diritto comunitario internazionale*, 2007, 6, pp. 94-95. Para una reseña de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal constitucional belga ver ALEN, A., *op. cit.*, pp. 185-234, donde se pone en evidencia como, con la decisión n. 125 del 13 de julio de 2005 (sobre la ley interna de recepción de la Decisión-marco sobre la lucha contra el terrorismo), el mismo Tribunal consideró superfluo presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de justicia europeo.

cyjny polaco rompe un tabú, dando inicio a una serie de sentencias constitucionales que anulan las disposiciones adoptadas en ejecución de la Decisión marco sobre la orden europea de detención⁴⁴⁰. Detallando lo dicho anteriormente, con la sentencia P1/05, del 27 de abril de 2005, el tribunal polaco, como respuesta a las dudas de constitucionalidad planteadas por la IV sección penal del Tribunal regional de Gdańsk⁴⁴¹, se distancia de las indicaciones propuestas por la jurisprudencia del Tribunal de justicia y, al respecto, establece que, debido a que el caso concreto sometido a evaluación versaba sobre la ciudadanía (y por lo tanto pertenecía al ámbito de la identidad constitucional), el mismo no le permitía llegar a una solución, por vía interpretativa, que fuese capaz de armonizar la disposición interna, considerada inconstitucional, con las disposiciones de la Constitución⁴⁴². En otras palabras, el *Trybunał*, aun teniendo a su disposición amplios márgenes de interpretación para llevar a cabo una operación hermenéutica de reconciliación⁴⁴³, rechaza distinguir entre la orden europea de detención y el mecanismo de la extradición, y por lo tanto, de acuerdo con el art. 55 de la propia constitución nacional (que en forma clara prohíbe la posibilidad de extraditar a un ciudadano polaco), declara inconstitucional toda la normativa de recepción de la Decisión marco⁴⁴⁴. En este contexto, por muy importante que haya sido, los jueces de Varsovia no aprovecharon ni siquiera la posibilidad ofrecida por el art. 190 de la Constitución polaca, y por lo tanto decidieron suspender por un año y medio la eficacia de su propia sentencia, ya

⁴⁴⁰ Para un análisis más detallado de la sentencia examinada ver SAWICKI, J., «Incostituzionale, ma efficace: il mandato di arresto europeo e la Costituzione polacca», en www.federalismi.it.

⁴⁴¹ En otras palabras, los jueces se preguntaban si, no obstante se sospechase la violación del art. 55 de la Constitución (o sea, una norma que aunque esté relacionada con el tema de los derechos fundamentales tiene que ver con el ámbito de la identidad constitucional), las normas relativas al orden jurídico comunitario podrían servir para salvar el procedimiento de entrega previsto por el art. 607 del Código de procedimiento penal nacional.

⁴⁴² En el punto 4.3 de la tercera parte de la sentencia los jueces establecen que «The above indicated circumstance ought to constitute a significant Al punto 4.3 della terza parte della sentenza argument in favour of the justified nature of the derogation of the prohibition of extradition of our own citizens to other EU Member States. Nevertheless it cannot constitute a sufficient premise for the derivation of the existence of such limitation of the scope of normative regulation of Article 55 Paragraph 1 of the Constitution only by means of dynamic interpretation of this provision». En otro pasaje de la misma decisión «It should be recognised, therefore, that regardless of the observable universal phenomenon of limitation of the role of state citizenship in determining the legal status of individuals (both in systems of national law and on the international plane), without an appropriate change of the provisions of the Constitution, which attaches certain legal consequences to Polish citizenship, it is not possible to modify the latter only by means of interpretation».

⁴⁴³ En el punto 3.2 de la tercera parte de la sentencia los mismos jueces reconocen que «One of the arguments pointed out by the representatives of academic research, intended to call for the recognition that surrender under the EAW is a different institution than extradition, refers to linguistic interpretation».

⁴⁴⁴ A la diferencia conceptual entre el procedimiento de entrega y el procedimiento de extradición esta dedicado el párrafo 3 de la tercera parte de la decisión.

que podría ser excesivamente sobreestimada⁴⁴⁵. Aun reconociendo la utilidad de evitar el incumplimiento comunitario, el margen de tiempo estimado para permitirle a las instituciones políticas nacionales enmendar el art. 55 de la Constitución no cancela la fuerte tendencia hacia la supremacía de las normas constitucionales que animan la disposición, y no obstaculizan la idea a través de la cual, además de imponer la anulación de una norma de ejecución de una disposición europea⁴⁴⁶, al involucrar una norma identitaria interna llega también a excluir la posibilidad de una interpretación que la ajuste.

Tras dos meses, también el *Bundesverfassungsgericht*, con la sentencia *BVerfGE* 113, 273, del 18 de julio de 2005, dictamina sobre la espinosa cuestión de la compatibilidad constitucional de la orden europea de detención⁴⁴⁷. De una manera diferente a la de sus colegas polacos, los jueces alemanes se enfrentan a un contexto normativo en el cual, para prevenir posibles controversias, se tomaron medidas para enmendar el art. 16 del *Grundgesetz* (que de acuerdo con la anterior disposición, prohibía inequívocamente la extradición del ciudadano) antes de adoptar la medida de ejecución. A pesar de estas especificidades constitucionales, la trayectoria argumentativa llevada a cabo por los magistrados de Karlsruhe no se aleja de la de sus homólogos de Varsovia. Igual que en el precedente polaco, el enlace entre el objeto del recurso y el ámbito de los derechos fundamentales (sobre todo el derecho a no ser entregado y el derecho a un recurso contra la actuación de los poderes públicos) parece tener un rol decisivo⁴⁴⁸: al igual que el reconocimiento dado, tanto por el

⁴⁴⁵ Para evitar la responsabilidad relacionada con el incumplimiento de una norma comunitaria, los jueces apelan a las obligaciones establecidas en el art. 9 de la Constitución y en el punto 5 de la sentencia deciden avalarse del poder especial de suspensión previsto por el art. 190.

⁴⁴⁶ Cfr. las conclusiones a las cuales llega sobre este caso KOWALIK BAŃCZYK, K., *op. cit.*

⁴⁴⁷ Para un comentario más detallado de la decisión examinada se reenvía a PALERMO, F., «La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo», en *Quaderni costituzionali*, 2005, 4, pp. 897-904; WOELK, J., «Parlare a nuora perché suocera intenda: il *BVerfG* dichiara incostituzionale la legge di attuazione del mandato d'arresto europeo», en *Diritto pubblico comparato europeo*, 2006, 1, pp. 160-168, y RANALDI, G., «Il caso Darkanzali: "a margine" della sentenza del tribunale costituzionale tedesco in tema di mandato di arresto europeo e diritti fondamentali», en www.federalismi.it.

⁴⁴⁸ En tal sentido hay que señalar la estrecha relación que une el concepto de ciudadanía y la sentencia en cuestión: «el derecho fundamental garantizado por la ciudadanía y por la permanencia en el ámbito del propio ordenamiento jurídico de alto rango». En otra parte de la sentencia, además, se afirma que: «El art. 16 de la Constitución al contemplar la prohibición de privar de la ciudadanía y de la extradición garantiza el nexo entre los ciudadanos y el ordenamiento jurídico asumido por los mismos. La ciudadanía es la condición jurídica para ser titular del estatus de ciudadano, que por un lado fundamenta los deberes asumidos y por el otro le atribuye, sobre todo, sus propios derechos, que a través de su tutela, la potestad del estado viene legitimada por la democracia. Los derechos y deberes del ciudadano, relacionados con el poseer la ciudadanía forman, al mismo tiempo, los fundamentos que constituyen la entera comunidad. Con respecto a la relación del ciudadano con una sociedad liberal democrática, el ciudadano tiene el derecho de no ser excluido de tal relación». La traducción de estas partes de la sentencia ha sido señalada por CALVANO, R., *Legalità costituzionale e mandato di arresto europeo*, Nápoles, 2007, p. 322.

derecho europeo vigente en el momento de la reforma como por los proyectos de reforma correspondientes, a la identidad constitucional de los estados miembros, ésta no puede ser puesta en discusión por el proyecto de construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia⁴⁴⁹. Al referirnos específicamente al ordenamiento alemán, debemos hacer referencia a la imposibilidad (también para el legislador constitucional) de superar los límites establecidos por la combinación de los siguientes artículos: el art. 79, el art. 1 y el art. 20 del *Grundgesetz*⁴⁵⁰. Aún con las diferencias relacionadas con el diverso contexto constitucional, la técnica para la toma de decisiones utilizada por el *Bundesverfassungsgericht* es semejante a la utilizada por el *Trybunał Konstytucyjny* polaco⁴⁵¹. Sin tener en cuenta las referencias, de forma general,

⁴⁴⁹ Con relación a este motivo el *Bundesverfassungsgericht* es claro al establecer que «La posibilidad de imponer límites a la prohibición de la extradición de un ciudadano alemán, que hasta ahora había sido totalmente tutelado, no viola el ordenamiento constitucional, ordenamiento que ni siquiera el legislador constitucional podría modificar debido a los principios inviolables establecidos en el art. 20 de la Constitución (...). En realidad el principio de ciudadanía estatal, con todo esto, no viene ni abolido ni disminuido en su valor o sustituido por el de la ciudadanía de la UE, por lo que, en esta sede no es necesario profundizar su significado respecto a los principios democráticos de la Constitución, independientemente de cualquier otro contenido jurídico (...); también el art. I-10 apartado 1 parte 2 del Tratado respecto a una Constitución para Europa lo confirma en la parte donde prevé que la ciudadanía de la UE se añade a la nacional, sin sustituirla. Como consecuencia tenemos también que al no consentir a nivel general la discriminación basada en la nacionalidad, permite que la misma no venga formulada de una manera absoluta, sino según el principio de la atribución de poderes específicos, con valor relacionado con los objetivos establecidos en los Tratados, sobre todo los que tienen que ver con las libertades fundamentales. Todo ello permite que los estados miembros tengan el derecho de tutelar la propia identidad nacional, reconocida también por el derecho de la UE (art. 6 apartado 3 Tratado UE), conforme a cada una de las estructuras políticas y constitucionales fundamentales». Inmediatamente después los jueces, siguiendo con la definición propia de identidad constitucional como límite al derecho europeo, excluyen cualquier tipo de problema de compatibilidad con la Decisión marco afirmando que «No sólo se le asigna al estado tareas de vital importancia; en el caso de los límites impuestos a la defensa para la extradición, no se trata de la renuncia de estado a una función por sí misma esencial. La cooperación llevada a cabo en el ámbito del tercer pilar de la UE con relación a un limitado y recíproco reconocimiento no prevé ninguna armonización de los ordenamientos jurídicos de los estados miembros y es también, con respecto al principio de subsidiariedad (art. 3, apartado 1, de la Constitución), un modo para preservar la identidad nacional y el estado nacional en el ámbito de un espacio jurídico unitario europeo». La traducción de esta parte de la sentencia esta citada por CALVANO, R., *Legalità costituzionale*, cit., p. 325.

⁴⁵⁰ Confirmando la idea de que la identidad constitucional representa un muro insuperable también para el legislador constitucional, los jueces establecen que «La introducción de tal posibilidad de intervención sobre el derecho de los ciudadanos alemanes a no ser extraditados, que hasta entonces era ilimitado, no representó una contradicción con respecto a los valores constitucionales. El cambio de la Constitución no hubiera sido admisible si hubiese superado los límites impuestos por el art. 79, apartado 3, de la misma Constitución. Tomando en consideración los límites constitucionales, la extradición de un ciudadano alemán en cualquiera de los casos no viola los principios impuestos por los artículos 1 y 20. En este caso una extradición que responda a los principios del estado de derecho no viola ni la dignidad humana del ciudadano alemán ni los principios relacionados con la estructura del Estado de acuerdo con el art. 20». La traducción de esta parte de la sentencia esta citada por CALVANO, R., *Legalità costituzionale*, cit., pp. 323-324.

⁴⁵¹ Mucho más fuerte es la opinión con respecto a la sentencia expresada por el juez Broß. En este caso, de hecho, se entiende que la ley de ejecución tiene que ser declarada nula por violación del principio

a las obligaciones comunitarias y a algunas pujantes polémicas sobre las instituciones europeas, el Tribunal constitucional enmarca la controversia como un caso esencialmente de derecho interno y, redimensionando el origen supranacional de la cuestión jurídica examinada, establece que el legislador alemán debía haber aprovechado el margen de discrecionalidad concedido por el instrumento normativo europeo para adecuarse a las condiciones impuestas por la nueva versión del art. 16 y del art. 19 de la Constitución nacional. Por lo tanto, excluyendo la posibilidad de la anulación parcial o de una solución interpretativa, la inconstitucionalidad de la entera ley de ejecución, en nombre de la Constitución, le impone al legislador los criterios que tendrán que seguir en un futuro para una correcta ejecución⁴⁵².

Dejando para el próximo capítulo el análisis de otro caso en el cual los jueces detectan problemas de constitucionalidad sobre la materia de la orden europea de detención, por el momento se puede completar este *excursus* mencionando una norma adoptada por el Tribunal supremo de Chipre. En lo específico, conforme a un esquema ya conocido, con la sentencia 294, del 7 de noviembre de 2005, los jueces de Nicosia incorporan la línea dura seguida por las sentencias de los jueces de Varsovia y de Karlsruhe⁴⁵³. De hecho, al declarar la inconstitucionalidad de la ley interna de acatamiento por violación del art. 11 (también relacionado con la prohibición de la extradición de un ciudadano) de la propia Constitución, el tribunal de Chipre censura al legislador nacional que no aprovechó totalmente los márgenes de discrecionalidad concedidos por la normativa europea, acorde con la línea seguida por el antecedente polaco y el antecedente alemán, que dieron valor (y sobrestimaron) sólo la dimensión interna de la controversia. En realidad, los jueces chipriotas, exactamente igual que sus colegas continentales, aun reconociendo en forma

de subsidiariedad previsto como condición de legitimidad de la nueva reformulación del art. 16 de la Constitución. La consecuencia de este planteamiento sería la de impedir la cobertura constitucional a la cual tienen derecho las disposiciones europeas (que de acuerdo con art. 23 del *Grundgesetz* esta subordinada al respeto del principio de subsidiariedad) y hacer mucho más complicado (si no constitucionalmente imposible) el volver a proponer una nueva ley de ejecución.

⁴⁵² En este sentido se establece de forma explícita que «La ley de actuación del MAE es nula (art. 95, apartado 3, segunda parte de la ley instituyente del Tribunal constitucional); una interpretación conforme a la constitución o las condiciones para una declaración de inconstitucionalidad, solamente parcial, no subsisten ya que el legislador alemán tiene que poder decidir, nuevamente, acerca del uso de la reserva de ley prevista por el art. 16, apartado 2, parte 2, de la Constitución por un lado, ejerciendo la propia discrecionalidad pero por el otro, acatando los principios constitucionales». La traducción de esta parte de la sentencia esta señalada por CALVANO, R., *Legalità costituzionale, cit.*, p. 339.

⁴⁵³ Para un análisis de la decisión en cuestión ver KYRIAKOU, N., «National judges and supranational laws on the effective application of the EC law and the ECHR: The case of Cyprus», en <http://papers.ssrn.com>, y LAULHÉ SHAELOU, S., *The EU and Cyprus: Principles and Strategies of Full Integration*, Leiden, 2010, pp. 134-140.

explícita la primacía del derecho comunitario⁴⁵⁴, se atreven a anular la ley interna de ejecución y llegan hasta no contemplar la posibilidad de la interpretación conforme establecida por el Tribunal de justicia⁴⁵⁵.

B) LA SAGA DE LAS CUOTAS AZUCARERAS

11.4 La ampliación y los problemas relacionados con el ingreso en la Política Agrícola Común

Según lo anunciado en la apertura de este capítulo, el tema de la orden europea de detención no es la única materia motivo de discrepancias (*rectius*: enfrentamiento) entre las instituciones judiciales nacionales y las europeas. Los años en los cuales se decide desarrollar la cooperación en materia de justicia penal son los mismos en los que, como respuesta a una serie de disposiciones normativas relacionadas con el proceso de ampliación hacia los países de Europa centro-oriental, se fortalece otra dura toma de posición de los tribunales constitucionales nacionales. Siguiendo el orden de la exposición utilizado para describir la «saga de la orden europea de detención», en las páginas siguientes, luego de haber descrito de manera breve las disposiciones motivo de tantas polémicas y después de tratar de aclarar los varios problemas de constitucionalidad que los mismos pueden acarrear, se analizarán las reacciones de algunos tribunales constitucionales (sobre todo el húngaro) para tratar de evidenciar la existencia de un nexo que relacione la identidad constitucional con la anulación de una norma nacional adoptada en ejecución de las disposiciones europeas.

⁴⁵⁴ Señalando que el caso en cuestión representa la primera oportunidad del Tribunal supremo de Chipre para enfrentarse a la doctrina de la *primauté* del derecho de la Unión, también KYRIAKOU, N., *op. cit.*, evidencia la contradicción entre el planteamiento teórico y la falta de aplicación práctica de la primacía.

⁴⁵⁵ Conforme a los objetivos del análisis que se pretenden desarrollar con el presente trabajo, pudiera ser útil señalar que para prevenir nuevos conflictos con el ordenamiento europeo, las instituciones políticas chipriotas demostraron una particular atención a los problemas de la integración y con la ley de reforma constitucional 127/06 modificaron el texto de la Constitución, contemplando en el nuevo art. 1A que «No provision of the Constitution is deemed to invalidate laws which are promulgated, acts effected or measures taken by the Republic which are rendered necessary due to its obligations as a member state of the European Union, nor does it prevent Regulations, Directives or other acts or binding measures of legislative character promulgated by the European Union or by the European Communities or by their institutions or competent bodies on the basis of the treaties founding the European Communities or the European Union from having legal force in the Republic». El art. 179 (las primeras relacionadas con la supremacía de las normas constitucionales) con relación a la enmienda establece que «Provided the dispositions of Article 1A are abided by, the Constitution is the supreme law of the Republic». Sobre la interpretación de éstas y de las otras dos enmiendas constitucionales adoptadas por las instituciones políticas chipriotas en esta ocasión se reenvía a LAULHÉ SHAELOU, S., *op. cit.*, pp. 138-140.

De una manera más detallada es oportuno iniciar el análisis de esta serie de controversias puntualizando que el objeto de la nueva disputa entre las instituciones judiciales en este caso tiene que ver específicamente con la materia agrícola comunitaria y los poderes de la Comisión para dirigir la fase de ampliación. En realidad, los problemas surgen cuando, con el objetivo de prevenir posibles especulaciones financieras y distorsiones del mercado común de los productos agrícolas, la Comisión aprovecha el poder especial previsto por el art. 2 del Tratado de adhesión y adopta dos reglamentos (el reglamento 1972/2003, del 10 de noviembre de 2003, en materia de productos agrícolas y el reglamento 60/2004, del 14 de enero de 2004, sobre la regulación del sector azucarero) que, entre otras cosas, obligan a los nuevos estados miembros, con vistas a la casi segura entrada en la Unión, a otorgar cierta seguridad para los años posteriores de que no se contemplará un incremento de los *stocks* de azúcar⁴⁵⁶. Tal limitación de cupo respecto al mercado del azúcar está acompañada, además, de un problemático régimen sancionatorio a través del cual los excedentes tienen que ser eliminados ya que si no se respeta la norma, los países miembros que no la acaten tienen que pagar una ingente suma de dinero. Los países miembros, conforme al sistema establecido por los reglamentos citados, adoptan disposiciones de actuación interna que obligan a las empresas a eliminar los excedentes de azúcar y que les permite, legítimamente, dirigirse a los operadores nacionales del sector que no se hayan comprometido con los preceptos europeos. Para el análisis que se está realizando es importante señalar que el Reglamento de la Comisión 232/2005, del 31 de mayo de 2005, (adoptado para poder ejecutar los dos reglamentos anteriores), al establecer realmente las cantidades excedentes de azúcar, se distancia del proceso llevado a cabo en las precedentes adhesiones y del Reglamento 60/2004 (que en este caso sólo se refiere a las cantidades poseídas por los operadores económicos del sector), tomando en consideración las cantidades de azúcar poseídas, también, por las familias y por cada uno de los integrantes del sector privado. El resultado práctico de este mecanismo es el incremento significativo de la cantidad de dinero que tienen que pagar los seis estados miembros más recientes

⁴⁵⁶ Debe señalarse que según el art. 2 del Tratado de adhesión, la Comisión tiene el poder de adoptar medidas transnacionales para facilitar la transición desde el sistema de reglamentación nacional hasta el sistema de la política agrícola común. Conforme a lo expuesto en el preámbulo del Reglamento 1972/2003 tal poder especial, que en un cierto sentido anticipa los efectos de la ampliación a una fecha anterior a la de la entrada en vigor del Tratado (1 de mayo de 2004), fue ideada para evitar una costumbre especulativa bien establecida: es posible beneficiarse dos veces de los subsidios europeos para exportar productos fuera del mercado común permitiendo que los productos agrícolas hagan un «alto» en un país que está por acceder a la Unión y que serán llevados al destino final luego que la adhesión se haya realizado.

(Estonia, Letonia, Chequia, Eslovaquia, Chipre y Malta) por incumplimiento de la Decisión de la Comisión 2006/776, del 20 de marzo de 2006⁴⁵⁷.

11.5 Los problemas del ordenamiento comunitario y la intervención de las instituciones judiciales europeas

La dureza de las sanciones previstas determinó la reacción judicial inmediata de los sujetos institucionales involucrados, los cuales, como primer paso se dirigieron al juez comunitario para pedir la anulación de las medidas europeas. De esta forma, con dos recursos diferentes, uno por parte del gobierno polaco y el otro por parte del gobierno chipriota, en contra de las medidas sancionatorias previstas por la imposibilidad real de poder cumplir con las mismas, al igual que por el exceso de poder de la Comisión europea y la violación del principio de proporcionalidad, recurren al Tribunal de primera instancia y le piden que se anule el Reglamento 60/2004⁴⁵⁸. Es interesante observar que el gobierno chipriota se queja, en realidad, del principio de proporcionalidad porque, a su juicio, la Comisión habría podido obtener el mismo resultado contemplado por el reglamento, motivo de la discordia, a través de la adopción de medidas menos restrictivas: debido a que el azúcar poseído por los chipriotas es la consecuencia de las importaciones hechas a otros países de la Unión, subsidiados por las instituciones europeas, la manera menos invasiva de impedir la acumulación de existencias excedentes habría sido el no subsidiar el *export* hacia Chipre. Los recurrentes se quejan también de la retroactividad de la medida sancionadora impuesta: con un reglamento que formalmente entró en vigor en la misma fecha de la entrada de los nuevos miembros (1 de mayo de 2004) se pretende disciplinar la situación jurídica de almacenamiento de azúcar que se acumuló, de manera absolutamente legal, en los años precedentes a la adhesión.

Viene cuestionada también la validez del Reglamento 832/2005 ante el Tribunal de primera instancia. Entre los tantos motivos de queja, en este caso el gobierno de Chipre y de Estonia (todavía con dos recursos diferentes⁴⁵⁹),

⁴⁵⁷ Conforme a lo referido por ALBI, A., «From the Banana saga to a sugar saga and beyond: could the post-communist constitutional courts teach the EU a lesson in the rule of law?», en *Common market law review*, 2010, 47, pp. 791-829, la multa establecida para Estonia representa casi el 1,34% del budget del estado anualmente.

⁴⁵⁸ Tribunal de primera instancia de las Comunidades europeas, T-258/04, *Polonia c. Comisión*, del 10 de junio de 2009, y T-300 y 316/05, *Chipre c. Comisión*, del 2 de octubre de 2009.

⁴⁵⁹ Tribunal de primera instancia de las Comunidades europeas, T-324/05, *Estonia c. Comisión*, del 2 de octubre de 2009, y T-300 y 316/05, *Chipre c. Comisión*, del 2 de octubre de 2009.

junto a las quejas por violación del principio de proporcionalidad y de no retroactividad de las sanciones⁴⁶⁰, le añaden otras relativas a la falta de respeto del derecho de propiedad: el esfuerzo de librarse de los excedentes de azúcar que pertenecen a los particulares, ciudadanos que (en vista de una posible triplicación del precio) almacenaron excedentes, significaría actuar en contra del derecho de propiedad y exponer a la ciudadanía a una expropiación forzosa contraria a toda idea de proporcionalidad. De acuerdo con el razonamiento jurídico que fundamentó los recursos, con el reglamento en cuestión la Comisión europea usurpó mayores competencias de las previstas por el sistema de los tratados⁴⁶¹ y, alejándose del mecanismo seguido en las ampliaciones de 1986 y de 1995 en circunstancias análogas, en el cálculo de las existencias excedentes incluyó también, de forma ilegítima, discriminatoria e impredecible las cantidades de azúcar poseídas por los operadores no económicos.

A pesar de la gravedad de las cuestiones denunciadas por los gobiernos, el Tribunal de primera instancia, siguiendo algunos precedentes judiciales⁴⁶², estableció que no hubo violación del derecho comunitario y, en espera de que el Tribunal de justicia dictaminase sobre los recursos de apelación pendientes, las normas impugnadas y el sistema de sanciones diseñadas por ellos continúan formando parte del ordenamiento comunitario⁴⁶³.

11.6 La jurisprudencia constitucional nacional en materia de cuotas azucareras y la primera anulación de una ley interna de ejecución del reglamento comunitario

Junto a la iniciativa de las sedes judiciales europeas, se activan también las vías judiciales internas y se les pide a los jueces nacionales que controlen

⁴⁶⁰ Según la opinión del gobierno de Estonia, frente a un exceso estimable en, más o menos, el 0,32% del azúcar en exceso presente en el mercado europeo las instituciones estatales tuvieron que enfrentar una sanción que representaba el 1,34% de su *budget* anual.

⁴⁶¹ Los recurrentes reclaman sobre todo la ausencia de una base textual para incluir a los sujetos que no son operadores económicos en el cálculo del superávit y la violación del principio de colegialidad: al delegar al Comisario de agricultura la redacción del reglamento en cuestión, la Comisión violó la regla que subordina la delegación a la circunstancia de que el acto delegado no produzca graves consecuencias o cambios importantes a nivel jurídico.

⁴⁶² En otros casos basados en los mismos problemas, el Tribunal de justicia (con las sentencias C-30/00, *William Hinton & Sons*, del 11 de octubre de 2001, y C-179/00, *Gerald Weldacher*, de 15 de enero de 2002), interpelado con reenvío prejudicial, excluyó tanto la violación de las reglas de competencia como la lesión del principio de proporcionalidad y a su vez la retroactividad de la disposición motivo del reclamo.

⁴⁶³ Para un análisis muy crítico sobre los argumentos jurídicos usados por el Tribunal de primera instancia véase ALBI, A., *op. cit.*, pp. 797-809.

si las disposiciones de ejecución de los reglamentos europeos son conformes a las Constituciones de los países involucrados en el problema.

Desde la finalidad del análisis planteado sobre el uso de la identidad constitucional, entre las varias sentencias que se han venido dictando sobre este tema hay que destacar la del Tribunal constitucional de Hungría, que pocos días después de la sentencia de Polonia sobre la orden europea de detención, intervino y volvió a proponer el mismo esquema argumentativo seguido en los párrafos anteriores⁴⁶⁴. Implicados en una cuestión de constitucionalidad, en la que el Presidente de la República se interroga sobre la legalidad constitucional de una disposición tributaria adoptada en un plazo de *vacatio legis*⁴⁶⁵, los jueces húngaros efectúan un control preventivo sobre una serie de disposiciones internas que sólo reproducen las disposiciones emanadas por la Comisión y, sin tener en cuenta el origen supranacional ni la jurisprudencia comunitaria consolidada en materia de actos normativos adoptados en vista de la entrada de nuevos países miembros, declaran la violación del principio constitucional de la seguridad jurídica. Conforme al razonamiento que sustenta la sentencia, la ausencia de eficacia directa de las disposiciones normativas dispuestas por la Comisión con vistas a la ampliación⁴⁶⁶, excluye la posibilidad de que la medida interna adoptada pueda gozar de un régimen jurídico privilegiado por su relación con el ordenamiento jurídico comunitario, y la somete a la reglamentación constitucional fundamental según la cual las normas tributarias entran en vigor sólo cuarenta y cinco días después de su publicación. En fin, sin tomar una posición completamente contraria a la primacía

⁴⁶⁴ Sentencia del *Alkotmánybíróság húngaro*, AB 17/04, del 25 de mayo de 2005. Para un comentario sobre la sentencia véase también UITZ, R., «Eu Law and the Hungarian Constitutional Court: Lessons of the First Post-accession Encounter», en SADURSKI W.-ZILLER, V.-ŽUREK, K., *Après Enlargement: Legal and Political Responses in Central and Eastern Europe*, Firenze, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2006, pp. 41-63, e SAJO, A., «Learning Co-operative Constitutionalism the Hard Way: the Hungarian Constitutional Court Shying Away from EU Supremacy», en *Zeitschrift*, 2004, 3, pp. 351-371. Se refiere al tema también HARMATHY, A., «The Presentation of Hungarian experience», en *Zeitschrift für öffentliches recht*, 2005, 3, pp. 517-524. Se refiere en forma general al ordenamiento constitucional húngaro SAJO, A., «Republic of Hungary», en KORTMANN C.-FLEUREN J.-VOERMANS, W., *Constitutional law of 10 EU member states*, Kluwer, 2006, pp. IV1-IV54, a DEZSO, M., *Hungary. Alphen aan den Rijn*, 1999, y VECCHIO, F., *Los ordenamientos*, cit.

⁴⁶⁵ Es importante señalar el hecho de que en Hungría, conforme a una consolidada jurisprudencia constitucional (establecida por razones esencialmente histórico-políticas), las disposiciones fiscales pueden entrar en vigor solo después de un periodo de cuarenta y cinco días de *vacatio legis*.

⁴⁶⁶ En una sentencia precedente [sentencia del *Alkotmánybíróság húngaro*, AB 30/04 (VI. 25) del 22 de junio de 1998] muy discutida, el Tribunal constitucional húngaro, en nombre de una posición, claramente, dualista, dictaminó declarando la ausencia de eficacia directa de las normativas dispuestas por las instituciones europeas, en vista de la adhesión a la UE e imponiendo la obligación de recepción del derecho comunitario de segundo grado. Siguiendo la misma línea, en el quinto párrafo del punto III, la sentencia del 2004 llega a sostener la tesis sobre los reglamentos de la política agrícola común «specify obligations for the new Member States rather than for their citizens».

del derecho comunitario⁴⁶⁷, los jueces húngaros le dan valor a la particularidad del caso en cuestión y escondiéndose detrás de argumentaciones formales (y no inmune a una actitud proteccionista respecto de la soberanía nacional)⁴⁶⁸, plantean la *quaestio iuris* como una cuestión que tiene una relevancia sólo interna, para que de este modo prevalezca la aplicación del principio fundamental húngaro. El resultado final de esta operación hermenéutica es la de impedir el funcionamiento de un mecanismo comunitario ideado para evitar prácticas especulativas infames, así como efectuar la primera declaración de inconstitucionalidad (aunque en forma preventiva) de una norma relacionada con la ejecución de un reglamento comunitario. Los motivos por los cuales esta decisión tiene que ser considerada de manera más alarmante que la de la orden europea de detención son totalmente evidentes: extendiendo al ámbito comunitario un mecanismo que en su origen había sido ideado conforme al pilar de la cooperación judicial en materia penal, obstaculiza la aplicación de la primacía (y no sólo interpretativa) de la norma europea.

No obstante la gravedad, la sentencia de Hungría, entre otras cosas, no cierra de forma definitiva la «saga del azúcar» porque no hay que excluir que los recursos actualmente pendientes ante los varios tribunales constitucionales nacionales puedan reservar ulteriores sorpresas y puedan terminar provocando nuevas violaciones del derecho comunitario⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ A tal propósito ver el quinto párrafo del punto III de la sentencia en cuestión, en la cual los jueces constitucionales se apresuran en puntualizar que «In view of the above, the question about the provisions challenged in the petition concerns the constitutionality of the Hungarian legislation applied for the implementation of the EU regulations rather than the validity or the interpretation of these rules».

⁴⁶⁸ En tal sentido también URTZ, R., *op. cit.*, p. 48, que sobre esto escribe: «In the case, the Hungarian Constitutional Court emphasized that it was not testing the validity of the European rules (i.e. European Commission Regulations), nor was it concerned about their interpretation. Instead, for the Constitutional Court the issue in the case was the validity of the Hungarian regulation (i.e. the challenged bill) seeking to enforce the Regulations passed by the European Commission. In this respect the Constitutional Court adopted the position exposed in the President's challenge. Considering that the bill did little more than repeat the words of a set of European Commission Regulations, the Hungarian Constitutional Court's attempts at pretending that the constitutionality of Community law was not at issue in the case might appear almost futile».

⁴⁶⁹ A tal propósito hay que señalar que ante las instituciones judiciales de Estonia y de Chipre hay una serie de recursos pendientes y que el juez de Estonia de primer grado (después de haber consultado el Tribunal de justicia en el proceso C-560, *Balbiino*, del 4 de junio de 2009) estableció la no validez del mecanismo implementado por los reglamentos. El Tribunal supremo de Estonia en el caso *Hadleri* n. 3-3-1-33-06, del 5 de octubre de 2006, le dio la razón a los operadores económicos que habían presentado recurso, pero sin dictaminar sobre la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas. El marco de las decisiones nacionales sobre los problemas conectados con el mercado del azúcar fue completado por la sentencia *Pl. US 50/04, Sugar quote*, del 8 de marzo 2006 (para un comentario ver POLLICINO, O., «Dall'Est una lezione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto comunitario (a proposito di una recente sentenza della Corte Costituzionale ceca)», en *Diritto dell'Unione europea*, 2006, 4, pp. 819-852, con el cual el Tribunal constitucional checo anuló la disposición normativa nacional porque era contraria a la normativa comunitaria.

C) LA SAGA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

11.7 **Las dificultades en la adopción de la Directiva 2006/24 y la primera intervención del Tribunal de justicia**

El marco general que nos muestra los puntos de fricción entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento europeo tiene que completarse al referirnos a las cuestiones que se produjeron como consecuencia de la ejecución de algunas disposiciones europeas en materia de control sobre datos personales. En realidad, el sistema introducido por la Directiva 2006/24, del 15 de marzo de 2006, fue la que desencadenó un enfrentamiento entre las instituciones judiciales europeas y las instituciones judiciales de los varios países miembros.

Con este acto normativo, las instituciones comunitarias, deseosas de tomar medidas de prevención sobre la posible repetición de los atentados, de matriz islámica, que ensangrentaron Londres y Madrid, predispusieron para los *provider* informáticos la obligación de conservar y hacer públicos, para una hipotética investigación, los datos relacionados con las comunicaciones por vía informática (por ejemplo e-mail, llamadas telefónicas, actividad de comunicación conectadas a los *cd. social network*). Hay que señalar, en manera especial, que entre los datos sujetos a la obligación de ser conservados están incluidos las informaciones relacionadas al remitente y destinatario de las comunicaciones y las que tienen que ver con el tiempo y la duración de la correspondencia, pero se excluyen las informaciones de contenido de correo electrónico o de una conversación telefónica⁴⁷⁰.

Debido a lo delicado de este tema, la Directiva ha sido objeto de duros ataques por parte de las instituciones europeas. De hecho, con la aprobación de la misma en un tiempo récord⁴⁷¹, la Directiva ha sido objeto de una dura moción de censura por parte del Parlamento europeo que reclamó las lesiones del principio de proporcionalidad, la violación del art. 8 de la Convención europea de los derechos del hombre y la elección de la base jurídica de la adopción del

⁴⁷⁰ Para un análisis más detallado sobre la Directiva se reenvía a FEILER, L., «The Legality of Data Retention Directive in Light of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection», en www.lawstanford.edu.

⁴⁷¹ El acto adoptado, al final, con el procedimiento de codecisión tuvo un *iter procedural* de dos meses y medio a partir de la presentación de la propuesta de carácter legislativo. Sobre los tiempos que ordinariamente se emplean para el procedimiento de codecisión en la producción de un acto normativo se reenvía al análisis efectuado en VECCHIO, F., «Codecisione e principio di sussidiarietà: un "cortocircuito" democratico?», en www.giustamm.it.

acto⁴⁷². Sobre todo, refiriéndonos a este último punto, las instituciones europeas fueron inducidas a aprobar el acto, en el marco del procedimiento de toma de decisiones previsto por el pilar comunitario (procedimiento de codecisión) y a renunciar a la idea inicial de recurrir al procedimiento de toma de decisiones previsto por la cooperación policial (procedimiento de consulta). La posición de codecisor del Parlamento europeo indujo al Consejo a revisar algunas de las posiciones asumidas, como reducir el plazo para la conservación obligatoria de los datos y delimitar, de una mejor manera, la posibilidad del uso de los datos recolectados⁴⁷³.

La elección del procedimiento provocó, también, ulteriores polémicas, lo que determinó una primera sentencia por parte del Tribunal de justicia⁴⁷⁴: como respuesta a un recurso a través del cual el gobierno irlandés se quejó de la elección de la base jurídica para la adopción de la disposición, los jueces de Luxemburgo confirmaron la legalidad del acto sobre el fundamento de que siendo esta una materia propia del establecimiento del mercado interno, se adoptó correctamente con base al art. 95 del Tratado de la Comunidad europea.

11.8 Los problemas de constitucionalidad en el ámbito europeo y la intervención de los tribunales nacionales

Ni las modificaciones llevadas a cabo a lo largo de la fase de conciliación del procedimiento de codecisión, ni el primer control sobre la conformidad de la Directiva 2006/24 con el sistema implementado por los tratados fueron suficientes para aplacar las polémicas relacionadas con la introducción del acto normativo. De hecho, las ciencias jurídicas y las asociaciones de la sociedad civil denunciaron duramente los límites de la disposición⁴⁷⁵. En primer lugar

⁴⁷² Para un comentario sobre las opiniones consultadas por las instituciones a lo largo del procedimiento decisional se reenvía a DE SIMONE, C., «Pitting Karlsruhe Against Luxembourg? German Data Protection and the Contested Implementation of the EU Data Retention Directive», en www.german-lawjournal.com.

⁴⁷³ En realidad luego de la fase de consultación, la directiva, hoy en día, dispone que los estados miembros tienen que establecer un plazo obligatorio para la conservación que va desde los seis meses hasta los veinticuatro meses. Además, la posibilidad de consultación de los datos recolectados, inicialmente previsto para la prevención y la persecución de cualquier tipo de crimen, fue limitada a la persecución de los crímenes más graves.

⁴⁷⁴ Sentencia del Tribunal de justicia de la Comunidad europea, C-301/06, *Irlanda c. Parlamento europeo e Consiglio*, del 25 de febrero de 2009.

⁴⁷⁵ Tanto DE SIMONE, C., *op. cit.*, como FEILER, L., *op. cit.*, comparten muchas perplejidades sobre los mecanismos de control establecidos por la Directiva 2006/24. Sobre cómo afecta la Directiva sobre la sociedad civil se reenvía a las consideraciones desarrolladas en el próximo párrafo.

se evidenció el contraste entre las nuevas disposiciones y algunos artículos de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión: por lo que se hizo uso del art. 7 (en el cual se tutela el «respeto de la [...] vida privada y familiar, del [...] domicilio y de las [...] comunicaciones»), del art. 8 (en el cual se tutela el derecho individual a la «a la protección de datos de carácter personal») y del art. 52 (que expresamente se basa en el principio de proporcionalidad). En segundo lugar, tanto el art. 8 de la Convención europea de los derechos del hombre (relacionado con la protección de la *privacy*) como la rica jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo fueron analizados conforme al sistema europeo de recolección de datos personales⁴⁷⁶. No sorprende, por ello, que de frente a estas manifestaciones, el Tribunal supremo irlandés haya decidido acudir al Tribunal de justicia con una cuestión prejudicial cuya finalidad esencial es la de verificar nuevamente la conformidad con los preceptos del sistema europeo de protección de los derechos⁴⁷⁷.

Una vez más, entre otras cosas, las protestas generadas por el sistema implementado por las instituciones europeas no se limitaron, sólo, a involucrar a las instituciones europeas sino que a través de los recursos presentados en contra de las disposiciones internas, ligadas al derecho comunitario, fueron involucrados también varios jueces nacionales. De esta manera, al final del 2008, el Tribunal supremo administrativo de Bulgaria decidió declarar la inconstitucionalidad parcial de un reglamento nacional de transposición de la directiva 2006/24, reclamando el acceso a los datos que tiene el Ministro del interior y comprobando la ausencia de un procedimiento jurisdiccional de control sobre el uso de las informaciones obtenidas⁴⁷⁸.

En menos de un año, la *Curtea Constituțională* de Rumania declaró la inconstitucionalidad de la disposición de ejecución de la Directiva y bloqueó la aplicación de las disposiciones europeas⁴⁷⁹. Como respuesta a una cuestión

⁴⁷⁶ A tal propósito véase con especial atención las decisiones del Tribunal europeo de los derechos humanos, *Malone c. United Kingdom*, del 2 de agosto de 1984 y *Copland c. United Kingdom*, del 3 de abril de 2007.

⁴⁷⁷ El 5 de mayo de 2010, en el ámbito del caso 2006/3785P, los jueces irlandeses interpellaron a los jueces de Luxemburgo.

⁴⁷⁸ En el caso 13627, del 11 de diciembre de 2008, el Tribunal supremo administrativo búlgaro anuló el art. 5 del Reglamento 40 que parcialmente acoge las indicaciones de la Directiva impugnada. Se refieren al caso en cuestión BELLANOVA, R.-DE HERT, P.-DE VRIES, K.-GUTWIRTH, S., *The German Constitutional Court Judgement on data retention: proportionality overrides unlimited surveillance (doesn't it?)*, y DE HERT P.-GUTWIRTH S.-LEENES R.-POULLET, Y., *Computers, Privacy and Data Protection: an Element of Choice*, Berlino, 2011. Una descripción del sistema constitucional búlgaro se tiene en CELOTTO, A., *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Torino, 2010, pp. 47-55.

⁴⁷⁹ Sentencia de la *Curtea Constituțională* rumana, 1.258/2009, del 8 de octubre de 2009. Para un comentario ver MURPHY, C., «Romanian Constitutional Court, Decision No. 1258 of 8 October 2009», en *Common market law review*, 2010, 3, pp. 933-941, y MARCOCCIO, G., «La direttiva europea per la conser-

de constitucionalidad señalada por una organización no gubernamental, los jueces de Rumania establecen que la conservación de los datos viola tanto la Constitución nacional como la Convención europea de los derechos del hombre y censuran la ley 298/2008: por permitir también el acceso a los «datos conectados» a los previstos por la Directiva 2006/24, por permitir la posibilidad de utilizar las informaciones con fines de «salvaguardar la seguridad nacional», por la ausencia de «adecuadas medidas de garantías»⁴⁸⁰ y por su carácter genérico, la normativa impugnada vulnera irremediamente el derecho constitucional de la libertad de expresión y el derecho constitucional a la *privacy*. Como observaron los analistas de la sentencia⁴⁸¹, no obstante el esfuerzo de encuadrar la cuestión como un caso interno y el torpe intento de imputarle las lesiones constitucionales a la legislación nacional, la sentencia, de una manera diferente a su homóloga sentencia búlgara y a otras sentencias ya examinadas en este capítulo⁴⁸², contiene una crítica implícita a las disposiciones de la propia Directiva y, abiertamente, pone en duda la primacía del derecho europeo: sosteniendo que el sistema de conservación de los datos de tráfico, crea una presunción de culpabilidad que recae sobre todos los que utilizan los sistemas electrónicos de comunicación, los jueces rumanos de una manera muy clara cambiaron el objeto de sus críticas de la ley nacional a la disposición europea de la cual esta tuvo origen⁴⁸³. Hay que señalar también, que contraria-

vazione dei dati di traffico telefonico e telematico per finalità di giustizia e le attuali perplessità sui recepimenti nei paesi UE», en www.diritto.it. Para una descripción del sistema constitucional de Bulgaria ver CELOTTO, A., *op. cit.*, pp. 329-341.

⁴⁸⁰ Es interesante observar que, para fortalecer su sentencia sobre este punto específico, los jueces rumanos se apoyan en la jurisprudencia del Tribunal europeo de los derechos del hombre y sobre todo a la sentencia *Klass c. Alemania*, del 6 de septiembre de 1978, y a la sentencia *Popescu c. Rumania*, del 26 de julio de 2007.

⁴⁸¹ A tal propósito MURPHY, C., *op. cit.*, p. 939 plantea abiertamente que «the Romanian Constitutional Court judgement goes beyond criticizing Romanian implementation and instead undermines the validity of the system as a whole».

⁴⁸² Para una, breve, pero efectiva y clara comparación sobre la sentencia búlgara y la sentencia rumanas ver BELLANOVA R.-DE HERT P.-DE VRIES K.-GUTWIRTH, S., *op. cit.*

⁴⁸³ Hay que señalar, a tal propósito, que no considerando la procedencia europea de la disposición general, los jueces dictaminan que «The Constitutional Court underlines that the justified use, under the conditions regulated by law 298/2008, is not the one that in itself harms in an unacceptable way the exercise of the right to privacy or the freedom of expression, but rather the legal obligation with a continuous character, generally applicable, of data retention. This operation equally addresses all the law subjects, regardless of whether they have committed penal crimes or not or whether they are the subject of a penal investigation or not, which is likely to overturn the presumption of innocence and to transform a priori all users of electronic communication services or public communication networks into people susceptible of committing terrorism crimes or other serious crimes. Law 298/2008, even though it uses notions and procedures specific to the penal law, has a large applicability –practically to all physical and legal persons users of electronic communication services or public communication networks–so, it can't be considered to be in agreement with the provisions in the Constitution and Convention for the defence of human rights and fundamental freedoms regarding the guaranteeing of the rights to private life, secrecy of the corres-

mente a lo que habían dictaminado los jueces polacos y los jueces chipriotas, el gran contraste con la Convención europea parece tener la finalidad de no permitir la posibilidad de que una enmienda constitucional futura pudiera volver a introducir la materia anulada⁴⁸⁴.

11.9 La protección de los datos personales como elemento de la identidad constitucional alemana

En el marco de las sentencias nacionales que anulan disposiciones relacionadas con el ordenamiento europeo, se debe hacer una mención especial a la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán sobre la constitucionalidad de la ley que dispone las modalidades de conservación y acceso a los datos personales grabados por los *provider* informáticos⁴⁸⁵. En realidad, contrariamente a lo establecido por las otras sentencias donde las relaciones entre las modalidades de intervención del juez nacional y la identidad constitucional queda, en un cierto sentido, indefinida; con esta sentencia los jueces de Karlsruhe ponen de manifiesto claramente el nexo entre el contraste con un principio identitario del ordenamiento estatal y la anulación de una norma interna correspondiente al derecho de la Unión europea.

El intrincado caso judicial se inicia, cuando, tras una gran manifestación de protesta por parte de la sociedad civil alemana, 34.000 ciudadanos presentan recursos individuales en contra de la ley a través de la cual, para poder ejecutar las disposiciones europeas, se introducen dos nuevas disposiciones en el *Telekommunikationsgesetz* y se modifica el código de procedimiento penal⁴⁸⁶. Debido al objetivo de nuestro análisis es esencial señalar las razones de los recursos. En realidad, aun protestando por las violaciones constitucionales producidas por la ejecución de la Directiva 2006/24, las partes recurrentes, conscientes de la interacción entre la norma interna y la norma europea, consideran que para poder anular la disposición alemana es necesario que el Tri-

pondence and freedom of expression». Addirittura, proseguendo, essi arrivano a sostenere che «It is also true, as the ECHR has remarked in the case *Klass and others vs Germany*, 1978, that taking surveillance measures without adequate and sufficient safeguards can lead to destroying democracy on the ground of defending it». La traducción de la sentencia se tiene en el correo electrónico www.legi-internet.ro.

⁴⁸⁴ En tal sentido MURPHY, C. *op. cit.*, p. 940.

⁴⁸⁵ Sentencia *BVerfG 1 BvR 256/08, Data retention*, del 2 de marzo de 2010. Para un comentario del caso ver KAISER, A. B., «German Federal Constitutional Court. German Data Retention Provisions Uncositutional In Their Present Form: Decision of 2 March 2010», *NJW* 2010, p. 833, en *European constitutional law review*, 2010, 6, pp. 503-517.

⁴⁸⁶ Para una evaluación de los problemas de constitucionalidad producidos por la ley de ejecución ver DE SIMONE, C., *op. cit.*

bunal constitucional interpele el Tribunal de justicia y, por este camino, permita anular la disposición europea. En resumen, ellos consideran que sólo después de haber eliminado la cobertura ofrecida por la norma europea, es posible sancionar las violaciones constitucionales con la anulación de la norma interna. Una solución similar, además de estar en línea con lo establecido por la jurisprudencia constitucional alemana⁴⁸⁷, habría podido tener la virtud de confiarle al Tribunal de Luxemburgo la tarea de resolver la cuestión y de garantizar una disciplina uniforme en todo el territorio de la Unión⁴⁸⁸.

Probablemente desanimado por el juicio anterior del tribunal europeo, el *Bundesverfassungsgericht* no sigue el camino recomendado en el recurso y escoge una vía bastante discutible. Los jueces constitucionales, en realidad, comienzan puntualizando que un reenvío al Tribunal de justicia no es necesario, en primer lugar, porque las disposiciones utilizadas como parámetro del juicio tienen que ver con la identidad constitucional nacional y, por lo tanto (según la orientación consolidada de la jurisprudencia *Solange*) por sí mismas, excluyen todo margen de evaluación por parte del juez comunitario⁴⁸⁹; y en segundo lugar porque, en el caso concreto, las mismas tienen la intención de limitarse sólo, a verificar si el legislador ha aprovechado los márgenes de discrecionalidad concedidos por el ordenamiento europeo, para conformarse al *Grundgesetz*. Una vez establecido el marco de referencias de la cuestión, entran en el análisis y discusión del problema y basándose en su consolidada tradición jurisprudencial en materia de protección de datos personales⁴⁹⁰, tratan, una vez más, de encuadrar la *quaestio* como un caso que tiene, sólo, importancia interna. Hay que subrayar, que el tribunal federal establece que la recolección de datos por parte de unos *provider* informáticos no sea *a priori* inconstitucional, pero al mismo tiempo, tomando en consideración el test de proporcionalidad, considera que, la ausencia de instituciones específicas para la garantía de los datos, la ausencia de un adecuado sistema de sanciones para el acceso abusivo a los datos, el no prever un control por las autoridades judiciales sobre el uso de los datos, y el no establecer las finalidades que permitan

⁴⁸⁷ Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 118, 79, *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*, del 13 de marzo de 2007.

⁴⁸⁸ Esta es la opinión expresada por KAISER, A. B., *op. cit.*, pp. 511-512.

⁴⁸⁹ A tal propósito los jueces, basándose en su pasada jurisprudencia sobre los contralímites, establecen que la conclusión por la cual «exercise of civil freedoms cannot be totally recorded belongs to the German constitutional identity, which Germany must seek to preserve in European and international contexts». La traducción inglesa de esta parte de la sentencia esta presentada por DE SIMONE, C., *op. cit.*

⁴⁹⁰ Para la jurisprudencia constitucional alemana en materia de protección de datos personales ver la sentencia *BVerfGE*, 65, 1, *Population census*, del 25 de marzo de 1982, y la sentencia *BVerfGE*, *Preventive telephonic surveillance*, del 27 de julio de 2005. Para un análisis de estas dos importantes decisiones ver DE SIMONE, C., *op. cit.*

el acceso a los datos por parte de las instituciones estatales, configuran lesiones constitucionales. De acuerdo con este análisis el *Bundesverfassungsgericht* declara inconstitucional toda la legislación impugnada y ordena a los *provider* la inmediata destrucción de los datos recolectados por orden de los mismos magistrados⁴⁹¹.

Sin embargo, aunque los jueces constitucionales se esfuerzan, una vez más, en demostrar la relevancia que tiene su acción de control solamente a nivel nacional, la originalidad de este planteamiento está a la vista de todos. En realidad, al disponer, en primer lugar, la completa anulación de la legislación impugnada como (sobre todo) la destrucción de los datos recolectados, la sentencia impide que sean perseguidos los objetivos establecidos por la Directiva y, por lo tanto, se determina un incumplimiento del derecho de la Unión, abriendo una (ulterior) brecha de uniformidad de la disciplina europea. En segundo lugar –y es lo que en realidad nos evidencia– a pesar de la aparente continuidad, la misma, se distancia también de la consolidada jurisprudencia *Solange* por el nuevo rol que juega, en ella, el tema de la identidad constitucional⁴⁹²: al constatar que la sentencia no mantiene la promesa de limitar sus efectos al ámbito interno, la identidad constitucional, no representará sólo una referencia estilística, sino que será el único fundamento jurídico sobre el cual se basará la decisión de no tomar en consideración el juicio de los jueces europeos, y se transformará en el concepto fundamental que sustenta toda la construcción de los jueces alemanes.

11.10 La protección de los datos personales como elemento de la identidad constitucional checa

Al declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones normativas internas que permitían la ejecución de las normas contenidas en la Directiva 2006/24/CE, el *Ústavní soud* de la República Checa aumentó el número de jurisdicciones constitucionales que detectaron los problemas de constitucionalidad al ejecutar las disposiciones europeas en materia de *data retention*⁴⁹³: después de los veredictos de sus colegas búlgaros, rumanos y alemanes, los

⁴⁹¹ Sobre la recolección cautelar de los datos se reenvía a *BVerfGE* 121, 1 del 11 de marzo de 2008; *BVerfGE* 121, 391, del 1 de septiembre de 2008; *BVerfGE* 122, 120, del 28 de octubre de 2008; *BVerfGE* 123, 89, del 22 de abril de 2009; *BVerfGE* 124, 299, del 15 de octubre de 2009, con las que el Tribunal por el retraso del juicio dispuso repetidamente la conservación cautelar de los datos personales.

⁴⁹² Este es el juicio de KAISER, A. B., *op. cit.*, pp. 510-511.

⁴⁹³ Ver la sentencia *Pl. US 24/10, Data retention*, pronunciada el 22 de marzo de 2011 por el *Ústavní Soud* checo.

jueces de Brno también acogieron las razones de todos los que habían advertido los peligros relacionados con un sistema masivo de recolección preventiva de datos informáticos y electrónicos. La sentencia checa es muy interesante ya que al reconfirmar las argumentaciones propuestas por el *Bundesverfassungsgericht*, muestra de que manera se está fortaleciendo una determinada concepción respecto de las relaciones entre los ordenamientos⁴⁹⁴.

En la reconstrucción de los hechos que llevaron a la sentencia de los jueces checos, es útil evidenciar que el acontecimiento se desarrolla en el ámbito de un procedimiento de control inaugurado por un grupo de cincuenta y un diputados, que se quejan de la inconstitucionalidad de la ley 125/2005 (Ley de comunicaciones electrónicas), y del decreto conexo 485/2005. La parte recurrente sostiene que imponerle a los gestores de los *network* de telecomunicaciones la obligación de grabar todos los datos relativos a las comunicaciones efectuadas con los sistemas de nueva generación, y al mismo tiempo la obligación de poner estas informaciones a la disposición de las autoridades policiales, es una razón válida para que la República Checa se aleje de los esquemas institucionales propios del estado de derecho: el sistema formado por las normas impugnadas representa una clara violación del art. 8 de la Convención europea de los derechos del hombre y, sin formar parte del ámbito de las limitaciones establecidas por el art. 4 de la Carta de los derechos y de las libertades fundamentales (que en el sistema checo tiene rango constitucional), viola los arts. 2, 3, 7 y 13 de la Carta checa (de la cual la jurisprudencia nacional generalmente deduce la obligación constitucional de no interferir en la vida privada). Además, conscientes de la relación que hay entre las disposiciones objeto de la sentencia y la Directiva 2006/24/CE, los recurrentes le piden al juez constitucional suspender el procedimiento, y le solicitan que el Tribunal de justicia cambie la orientación interpretativa: al denunciar posibles violaciones de los Tratados, los mismos le piden a los magistrados de Luxemburgo revisar el dictamen según el cual, la *data retention* sería conforme al derecho comunitario. Según el análisis jurídico que sustenta el recurso, las normas impugnadas, sin considerar el apoyo ofrecido por el principio de proporcionalidad, vulneran algunos derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento constitucional, por el ordenamiento internacional y por el ordenamiento comunitario, por lo que, después del control prejudicial por parte del juez europeo, tienen que ser declaradas inconstitucionales.

⁴⁹⁴ Nota que también el juez constitucional húngaro y el juez constitucional chipriota dictaminaron en contra de la disposición de recepción de la tan criticada Directiva. Además, en varios países europeos hay pendientes todavía, algunos recursos.

Esta toma de posición no viene impugnada, con vigor, por parte de los representantes institucionales de la Cámara de Diputados y del Senado que intervienen en el procedimiento de acuerdo al art. 42 y al art. 69 del reglamento del Tribunal. En particular, el *speaker* del Senado, tras haber constatado formalmente lo correcto del *iter* normativo seguido por las dos disposiciones se expresa a favor de la constitucionalidad de las normas impugnadas porque considera que las violaciones denunciadas no subsisten: la grabación de los datos relativos a las comunicaciones (horario, duración, interlocutores, etc.) conceptualmente, hay que mantenerlas separadas de las interceptaciones de los contenidos de las comunicaciones, y no en el ámbito de las normas apeladas.

Con relación a la controversia basada específicamente en la obligación constitucional de no interferir en la vida privada de los ciudadanos, el Tribunal constitucional muestra una gran sensibilidad respecto a la comparación jurídica y, además de referirse a su propia jurisprudencia constitucional, cita las referencias normativas y los antecedentes jurisprudenciales del Tribunal europeo de los derechos del hombre y de otros sistemas constitucionales (principalmente de Alemania y de los Estados Unidos). El resultado de este análisis comparado concluye que «*apart from the traditional definition of privacy in its space dimension (protection of the home in a broader sense) and, in connection with the autonomous existence and public authority, undisturbed creation of social relationships (in a marriage, family or society), the right to respecting private life also includes the guarantee of self-determination in the sense of primary decision-making of an individual about themselves*». Tomando como punto de partida este concepto tan amplio, los jueces constitucionales reconocen que, sin considerar la falta de una norma que reconozca, de forma explícita, la posibilidad de establecer las informaciones sensibles que pueden ser accesibles a terceros, el constituyente checo no se limitó solamente a identificar los derechos típicos de la integridad psicofísica y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sino que de acuerdo con un consolidado esquema de experiencia democrática, le reconoció un derecho a la «*informational self-determination*», y garantizó la posibilidad de disponer de informaciones sobre las propias comunicaciones.

Tras haber desmentido la reconstrucción propuesta por el *speaker* del Senado y, tras haber aclarado que la Carta checa de los derechos fundamentales no se limita a garantizar solamente el contenido de las comunicaciones, el Tribunal escoge una vía procedimental diferente a la sugerida por los recurrentes, y prefiere seguir el camino indicado por la jurisprudencia constitucional alemana. De esta manera, para resolver la cuestión sobre las modalidades de

intervención en normas originadas por una disposición europea, los jueces de Brno dictaminan (sin ninguna explicación ulterior) que el hecho es relevante sólo a nivel interno, ya que la Directiva europea le deja al legislador nacional los márgenes necesarios para poder cumplir con los objetivos constitucionales. En realidad, al contrario de sus colegas rumanos, los jueces checos sólo llegan a censurar abiertamente la Directiva y, limitándose a criticar una parte importante de la misma considerada *obiter dictum*, justifican su intervención estableciendo medidas para el legislador nacional: las disposiciones de ejecución son inconstitucionales sólo en la medida en que éstas no definan claramente las modalidades de intervención por parte del poder público, no contemplen la obligación de informar al interesado del acceso a sus informaciones personales, no especifiquen de manera unívoca los términos dentro de los cuales los *provider* están obligados a cancelar los datos recolectados, no limiten el uso de los datos para prevenir determinados tipos (particularmente graves) de crímenes, y no contemplen medidas específicas de prevención de abusos. En fin, no obstante las dudas y las perplejidades expresadas a través de los *obiter dicta*, la inconstitucionalidad no deriva del pronóstico abstracto de un mecanismo de *data retention*, sino que, más bien, es la consecuencia de las modalidades concretas con las cuales el legislador efectuó la transposición del acto normativo europeo.

A pesar de la atención puesta por el juez checo y a pesar de que el dictamen se inspire en una real voluntad (y desde este punto de vista muy apreciable) de evitar que el origen europeo de las normas impugnadas se transforme en un pretexto para bajar los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, la sentencia ofrece motivos para una reflexión crítica sobre la configuración de las relaciones entre los ordenamientos.

De hecho, por un lado es cierto que debido a lo delicado de las medidas de la Directiva y debido a la actitud demasiado indulgente del Tribunal de Luxemburgo, la declaración de inconstitucionalidad resulta útil para bloquear (al menos por el momento) y revisar la aplicación de una normativa que objetivamente presenta argumentos bastantes inquietantes. Se constata que, más allá del hecho de que los fundamentos jurídicos insistan en el carácter formal (la importancia de las disposiciones impugnadas exclusivamente a nivel interno) que no se imbrica demasiado bien con la idea de constitución material y con el concepto evolutivo de soberanía anteriormente usado por el mismo juez constitucional para justificar la construcción europea, resulta bastante discutible la elección de cambiar la estructura argumental de la sentencia alemana sobre la *data retention* y no utilizar el instrumento del reenvío prejudicial: siguiendo las huellas de la sentencia del *Bundesverfassungsgericht*, el *Ústavní*

soud desmiente el espíritu de colaboración que, de acuerdo con la opinión de muchos comentaristas, ha distinguido hasta aquí su jurisprudencia «europea» y se expone a las mismas críticas que la doctrina le hizo al Tribunal federal.

A la luz de esta rápida evaluación es posible concluir que aun desde un sincero deseo de garantismo, la solución a la cual se llegó en el caso en cuestión, no es muy satisfactoria. Como primer punto, declarando la inconstitucionalidad total de los actos impugnados, los jueces de Brno impiden la ejecución de una normativa comunitaria que, por muy problemática que sea, formalmente está vigente, y al menos teóricamente, exponen a su propio país al riesgo de un procedimiento de infracción. Además, al mostrar tal desconfianza en la jurisdicción de Luxemburgo, los mismos rompen con la obligación del principio de colaboración leal, que debería inspirar las relaciones entre los jueces, y desacatan las obligaciones impuestas por la jurisprudencia europea en base al art. 267 TFUE. En fin, siendo probablemente este el punto más importante, los mismos fracasan con respecto al objetivo de garantizar estándares adecuados de protección de los derechos ya que para limitar sus censuras sobre la actividad legislativa interna, los mismos acabaron, de todas maneras, abriendo un camino a un procedimiento que, en realidad, es muy discutible. Preferible hubiese sido acosar al Tribunal de justicia hasta que se decidiera a declarar la invalidez de una directiva que presenta problemas evidentes de constitucionalidad, y hasta que no escribiese el último capítulo de una vicisitud jurisprudencial que ha creado ya demasiada confusión.

11.11 **Identidades constitucionales y disposiciones internas de ejecución del derecho comunitario secundario: la aplicación «sustancial» del contralímite identitario**

Como muestra de manera ejemplar la sentencia alemana sobre la recolección de datos personales, el control de constitucionalidad sobre las modalidades con las cuales el legislador nacional ha permitido la ejecución de un acto europeo, más allá de las promesas de los jueces constitucionales, puede fácilmente acarrear lesiones a las reglas preestablecidas del ordenamiento comunitario y, por lo tanto, sin tener en cuenta la referencia a los paradigmas de la antigua jurisprudencia, puede ser configurada como una sustancial aplicación de la teoría de los contralímites: basándose (solamente) en la necesidad de garantizar la identidad constitucional, los jueces de Karlsruhe excluyen la competencia de las instituciones judiciales europeas y determinan la prevalencia de la aplicación de la norma interna sobre la norma comunitaria.

Además, desde la perspectiva de este análisis, esta sentencia es importante también desde la perspectiva de que en ella se evidencia el importante rol jugado por la identidad constitucional nacional en la apertura de un camino diferenciado del estatuto de ciudadanía a nivel nacional: aun en presencia de una disposición europea que aspira a disciplinar de una manera, tendencialmente, uniforme una determinada situación, los ciudadanos alemanes, al estar simplemente sujetos a la ley constitucional alemana, se salvarán del riesgo que acecha a los ciudadanos de los estados miembros que aceptaron la directiva sin poner objeciones.

Sin embargo, el mismo razonamiento puede ser aplicado con facilidad a casi todas las sentencias consideradas en este capítulo⁴⁹⁵. Sin necesidad de llegar a los extremos a los que llegó la *Curtea Constituțională* rumana, cuando el Tribunal supremo de Chipre rechazó cumplir una orden europea de detención, y de igual forma cuando el juez constitucional húngaro no aprobó el mecanismo sancionatorio predispuesto por la Comisión, para prevenir operaciones especulativas conectadas con el mercado del azúcar, se aplica el mismo esquema que el seguido por los jueces alemanes. En primer lugar, todas las sentencias en cuestión se unen en su voluntad de continuidad con la pasada jurisprudencia: esforzándose en ser fieles con la construcción dogmática elaborada por el *Bundesverfassungsgericht* y por la Corte constitucional italiana a partir de la mitad de los años ochenta, las instituciones judiciales nacionales configuran como cuestiones únicamente internas los controles de constitucionalidad de las leyes de ejecución de obligaciones comunitarias, y se empeñan en no interferir en los objetivos impuestos por la norma europea. Sin embargo –siendo éste el segundo punto que liga las sentencias analizadas en este capítulo– aun tratando de callar sobre la compatibilidad de tal control con la doc-

⁴⁹⁵ No pueden ser consideradas como aplicaciones de contralímites ni la sentencia del Tribunal supremo administrativo búlgaro, ni la sentencia de la Corte constitucional italiana 227/2010, del 29 de junio de 2010 (para un comentario a este ulterior dictamen sobre la orden europea de detención ver AMALFITANO, C., «Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta», en www.forumcostituzionale.it, e Calvano, R., «Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed un vecchia obiezione, nota a sentenza n. 227 del 2010», en www.associazionedeicostituzionalisti.it). La elección, común a las dos sentencias, de proceder a una anulación parcial (en el caso italiano se llega hasta a invocar la sentencia del Tribunal de justicia C-123/08, *Wolzenburg*, del 6 de octubre de 2009) no censura toda la norma de actuación, y sin impedir la ejecución de la disposición europea, se limita a la reformulación de las modalidades. Sin embargo, tiene que evidenciarse el hecho de que las dos instituciones judiciales, olvidándose la dimensión europea de las cuestiones examinadas, rechazaron la adhesión en vía prejudicial, y los jueces europeos prefirieron resolver el juicio de constitucionalidad sin el apoyo de las instituciones judiciales luxemburguesas. Además las dos sentencias en cuestión no se libran de la objeción según la cual cualquier intervención del juez constitucional sobre un acto de ejecución de una disposición comunitaria podría ser considerado por sí misma lesiva del orden jurídico comunitario (ver a tal propósito las reflexiones desarrolladas en la próxima nota).

trina *Simmenthal* y con las nuevas cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión⁴⁹⁶, las mismas demuestran ser incapaces de mantener tal prudencia⁴⁹⁷: a través de la declaración de inconstitucionalidad de toda la disposición de ejecución se termina inevitablemente maquinando la aplicación sustancial de un contralímite, y justificando (de una forma mas o menos explícita) tal operación hermenéutica en la importancia del valor constitucional de la norma invocada, como parámetro de juicio, distanciándose significativamente de la línea jurisprudencial elaborada por *Granital* y *Solange II*.

Es obvio, que también para estos casos hay que considerar que la aplicación del contralímite abrió el camino para una distinción a nivel nacional de la disciplina de referencia.

A pesar de lo preocupante de su frecuencia, éstas «infracciones» llevadas a cabo por las jurisdicciones nacionales pueden ser interpretadas, todavía, como pasajes de asentamiento de los importantes cambios sufridos por el ordenamiento comunitario en estos últimos años. Por tal motivo es posible, y hasta muy probable, que las instituciones políticas nacionales y europeas, y hasta las mismas instituciones judiciales, propongan para el futuro soluciones de compromiso compartidas por todos los sujetos institucionales⁴⁹⁸. Sin embargo, es difícil negar que la jurisprudencia examinada confirma los deseos de diferenciación y de flexibilidad, que es un reflejo del análisis de las sentencias sobre la constitucionalidad de los proyectos de reforma del ordenamiento europeo⁴⁹⁹. Es más, podría afirmarse que, justo en los años en los cuales los autores del procedimiento de integración introducen a nivel europeo una cláusula sobre el reconocimiento de la teoría de los contralímites, los jueces nacionales, desmintiendo la idea de la función esencialmente monitoria de la

⁴⁹⁶ Ver a tal propósito las reflexiones desarrolladas en el último capítulo del presente trabajo.

⁴⁹⁷ Comentando la sentencia del Tribunal federal alemán sobre la orden europea de detención PALERMO, F., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 901, dando por descontado que el caso forma parte de la aplicación de un contralímite, afirma que «Los contralímites se aplican en realidad con extrema prudencia y con suma delicadeza para no minar el proceso de integración. Si en los precedentes dictámenes sobre este punto el *BVerfG* había usado palabras fuertes para apoyar a los contralímites para luego no darles actuación en la concreta sentencia, esta vez hace lo opuesto: aplica la teoría usando un tono decididamente más conciliador».

⁴⁹⁸ A tal propósito hay que evidenciar que las diferentes cuestiones mostradas se prestan a juicios diferentes. Por ello, mientras que con respecto a la cuestión de la conservación de los datos personales, la Comisión europea, ya manifestó su disponibilidad a revisar la Directiva 2006/26, por lo que respecta a la cuestión de la orden europea de detención los vínculos para los estados miembros han sido corroborados y hasta fortificados por la Decisión marco 2009/299/GAI.

⁴⁹⁹ Como puede verse todas las sentencias analizadas en este capítulo tienen que ver con las cuestiones ligadas a la tutela de los derechos fundamentales y, por lo tanto, también bajo este punto de vista, pueden ser consideradas como aplicaciones de aquella reserva de control de identidad constitucional establecida, en vía abstracta, por las sentencias analizadas en el capítulo precedente.

identidad constitucional, empiezan a dar una concreta ejecución al contralímite identitario y, a través de puntuales rechazos de la primacía, quiebran la idea del establecimiento uniforme del derecho comunitario.

12. LAS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES Y LA TÉCNICA DE LA INVERSIÓN SOBRE LA OBLIGACIÓN DE INTERPRETACIÓN CONFORME COMO NUEVO INSTRUMENTO JUDICIAL PARA LA DISTINCIÓN A NIVEL NACIONAL

12.1 **La sentencia 199/2009 del Tribunal Constitucional español: el establecimiento de la primacía interpretativa como instrumento para resolver los conflictos ordinamentales y la apropiación de las competencias del legislador nacional**

De acuerdo con lo ya anticipado en el capítulo anterior, el variado cuadro jurisprudencial en materia de orden europea de detención tiene que ser completado con la reciente sentencia 199/2009, pronunciada el 28 de septiembre de 2009 por el *Tribunal Constitucional* español. Conviene comenzar diciendo que, contrariamente a los otros dictámenes sobre la orden europea de detención, con esta sentencia los jueces de Madrid no consideraron importante tener que declarar la inconstitucionalidad de la ley de recepción de la Decisión marco 2002/584/GAI⁵⁰⁰. Sin embargo, recurriendo a una técnica constitucional distinta llegaron, de todas maneras, a obstaculizar la aplicación de la norma europea y, a través de una vía diferente, consiguieron el mismo resultado que el obtenido por otros jueces constitucionales⁵⁰¹. Es así, que el *Tribunal Constitucional* dictaminó a favor del recurso de *amparo* presentado por un ciudadano británico en contra de la ejecución de la orden europea de detención solicitado por las autoridades rumanas y forzando la interpretación de la ley, anuló

⁵⁰⁰ Ley 3, del 14 de marzo de 2003.

⁵⁰¹ Conforme a lo citado por la misma decisión, la sentencia en examen no impidió la entrega del imputado, por el simple hecho, de que la misma había sido estipulada en el momento de la sentencia. Aunque esta circunstancia sea válida para excluir que estamos de frente a la aplicación de un contralímite, la misma no le quita importancia al asunto en cuestión. En primer lugar, porque esta no excluye que la propia intervención del juez constitucional español, en tanto que intervención sucesiva a un acto conectado al derecho comunitario, pueda ya, por sí mismo, ser contrario a las prescripciones de la doctrina *Simmenthal*. Además de expresar una hostilidad al sistema institucional europeo, este crea, de todas maneras, un precedente punible a futuras aplicaciones por parte de las autoridades administrativas, de la autoridad jurisdiccional ordinaria y del mismo juez constitucional.

la sentencia con la cual la *Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional* había dispuesto la entrega⁵⁰².

Recurriendo la sentencia de la autoridad judicial española, el recurrente se apoya en las sentencias precedentes de los jueces constitucionales y sostiene que, al haber rechazado el recurso en el cual el mismo se quejaba sobre el riesgo de ser sometido a un tratamiento carcelario inhumano y degradante como consecuencia de una condena en rebeldía dictaminada por parte de las autoridades judiciales rumanas, el acto que contenía la orden de entrega habría violado su derecho constitucional a la efectiva tutela judicial y a su derecho constitucional a un proceso justo con todas las garantías, respectivamente garantizados por el primero y el segundo apartado del art. 24 de la Constitución española⁵⁰³.

De acuerdo a la supuesta violación del art. 24.1, el Tribunal reconoce que el no haber contemplado una norma que prohíbe la entrega en caso de riesgo de tratos inhumanos y degradantes no impide que tal prohibición, prevista en la Decisión marco, pueda ser deducida de la disposición constitucional. Sin embargo, siguiendo las indicaciones del *Ministerio Fiscal*, los jueces de Madrid no consideran que, bajo este ámbito, la decisión de la *Audiencia Nacional* haya violado la Constitución ya que las protestas alegadas son genéricas e insuficientes para demostrar un verdadero perjuicio⁵⁰⁴.

Con relación a la violación del art. 24.2 el *Tribunal* considera que, de conformidad con la propia jurisprudencia, la obligación de someter la entrega a la condición de que el recurrente condenado en rebeldía tenga la posibilidad de pedir la revisión de la sentencia, aun en ausencia de una mención específica en la ley de recepción o en lo contemplado por la materia europea, tiene que ser deducida de una interpretación constitucionalmente orientada por los dos actos normativos. Entre otras cosas, los jueces constitucionales consideran que una interpretación de esta tipología es perfectamente compatible con la normativa europea ya que el n. 1 del primer apartado del art. 5 de la Decisión marco dispone que, en caso de una orden de detención como consecuencia de una

⁵⁰² *Auto* 46 del 27 de abril de 2007.

⁵⁰³ En base a sus razones el recurrente apela a la sentencia 91, de 30 de marzo del 2000, con la cual el mismo Tribunal había sostenido que acoger una solicitud de extradición concedida, sin la seguridad de que el acuerdo pudiese impugnar la condena dictaminada en rebeldía, constituye una violación del derecho al justo proceso garantizado por el art. 24.2 y la sentencia 177, del 5 de julio de 2006, con la cual el Tribunal estableció que también en el caso de una orden europea de detención, el decreto de entrega tenga que prever como *conditio sine qua non* la posibilidad de solicitar la revisión de la sentencia en el país emisor.

⁵⁰⁴ El recurrente se limitó a lamentar que su condición de homosexual era incompatible con la detención carcelaria en Rumania.

condena en rebeldía, el estado de ejecución puede subordinar la entrega a la condición de que la autoridad judicial emisora dé suficientes garantías respecto de una posible revisión de la sentencia. Por lo tanto, al limitarse (solamente) a comprobar que el recurrente hubiese nombrado efectivamente a un propio representante legal en el proceso rumano en el cual estaba involucrado, sin respetar la obligación constitucional de subordinar la entrega a la posibilidad de una revisión de la sentencia de condena, la *Audiencia Nacional* violó en realidad el derecho al justo proceso y como consecuencia el acto impugnado tenía que ser declarado nulo⁵⁰⁵.

Hay que observar enseguida que el mecanismo argumentativo es tortuoso y muy poco persuasivo. De hecho, la deducción interpretativa sobre la obligación de someter la entrega del condenado, en rebeldía, a la condición de una revisión del proceso no le atribuye el justo valor al hecho, ciertamente, no secundario sobre que el art. 5 de la Decisión marco no se dirige a todas las instituciones estatales, sino que se limita a dictaminar algunas reservas de ley que el legislador español no consideró tener que aprovechar⁵⁰⁶. En fin, contrariamente a sus colegas alemanes, los jueces constitucionales españoles no se limitan a invalidar el dictamen lesivo del derecho fundamental, sino que en un claro uso de sus atribuciones como legisladores, deciden llegar hasta el punto de volver a escribir materialmente la normativa. Además, la deducción interpretativa que llevó a acoger el recurso de *amparo*, desnaturaliza la esencia misma de la Decisión marco, ya que aprovecha la ocasión de ese sentimiento de desconfianza en los sistemas de tutela de los otros países miembros que la disciplina europea había creído poder superar⁵⁰⁷, por lo que termina por sustituir el margen de apreciación que en los procedimientos de extradición le corresponde al poder ejecutivo con otra amplia discrecionalidad del poder jurisdiccional⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ En esta parte el Tribunal Constitucional, contrariamente a lo afirmado por la Audiencia Nacional, sostiene que la simple presencia de un defensor no es una garantía suficiente, requiriéndose en la finalidad de un justo proceso la presencia física del imputado. Es interesante notar que para apoyar su decisión el Tribunal se vale del art. 6.3 letra c) de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, de acuerdo con el cual «cada imputado tiene el derecho de defenderse personalmente o a tener la asistencia de un defensor escogido por él mismo».

⁵⁰⁶ La interpretación propuesta está confirmada por el voto particular expresado por el juez constitucional Pablo Pérez Tremps. Para ver el contenido del art. 5 de la Decisión marco ver el capítulo anterior de este trabajo, y nótese que el mismo, hoy en día, está derogado por la Decisión marco 2009/299/GAI.

⁵⁰⁷ Tanto el magistrado Jorge Rodríguez Zapata Pérez como el magistrado Pablo Pérez Tremps en sus opiniones discordantes evidencian que la decisión de la mayoría de los jueces constitucionales pone en discusión la confianza recíproca entre las autoridades judiciales de los diferentes estados que representa uno de los elementos fundamentales de la Decisión marco 2002/584/GAI.

⁵⁰⁸ En la opinión discordante expresada, el juez constitucional Pablo Pérez Tremps subraya la necesidad de recurrir al reenvío prejudicial. En el sentido de una degradación de la esencia de la Decisión

12.2 Las identidades constitucionales y la técnica de la inversión sobre la obligación de interpretación conforme como nuevo instrumento judicial para la distinción a nivel nacional

Una propuesta madura de *multilevel constitutionalism* que no niega la dimensión del conflicto y no remueve los problemas relacionados con la orientación multinivel⁵⁰⁹, podría tentar de restarle importancia al significado de la sentencia 199/2009. La sentencia en cuestión podría ser interpretada como otro de los tantos capítulos de la interesante saga que ha visto el enfrentamiento entre el Tribunal de justicia y los Tribunales constitucionales nacionales, y a veces discrepar en la búsqueda de un equilibrio sobre el delicadísimo tema de la cooperación judicial en materia penal⁵¹⁰. Bajo este punto de vista, la decisión adoptada por los jueces españoles no es para escandalizarse, y la gran cantidad de técnicas de interpretación, de *reasoning* y de soluciones materiales planteadas por los distintos tribunales podrían estar encuadradas en el ordinario mecanismo procesal-comparativo que crea la solución más «justa», y en la dialéctica judicial inherente, que desde el inicio ha distinguido el proceso de integración. Una vez más, la misma podría ser interpretada como una simple fase de transición en espera de llegar a una solución compartida por los dos niveles ordinamentales que forman el sistema europeo. Es más, la doctrina multinivel más sensible a las razones del proceso de integración podría impugnar como censurable la elección de no recurrir a los mecanismos del reenvío prejudicial y de no someterse de esta forma al enfrentamiento con el Tribunal de Luxemburgo y al prolífico diálogo jurisprudencial⁵¹¹.

Si se observan las motivaciones del dictamen nos podemos dar cuenta que la sentencia no es un simple ejemplo de dialéctica judicial, sino que la misma se enmarca plenamente en la matriz del fermento jurisprudencial asimétrico que, bajo una interpretación –en muchos casos forzada– del derecho europeo, pretende anclar la prevalencia del derecho constitucional nacional a las normas y a los institutos del ordenamiento comunitario. Como se puede

marco véase la opinión de FONTANELLI, F., «La decisione quadro sul mandato di arresto europeo e la tutela dei diritti fondamentali», en *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 2, pp. 194-200.

⁵⁰⁹ Por ejemplo tanto RUGGERI, A., *Dimensione europea, cit.*, como CARTABIA, M., «Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali», en *Iustitia*, 2008, 4, pp. 399-409 reconocen que la propuesta del multinivel permite que el conflicto no encuentre una solución concreta.

⁵¹⁰ Esta parece ser la conclusión a la cual llegó, antes de la sentencia española, POLLICINO, O., *Incontri e scontri tra ordinamenti, cit*

⁵¹¹ Esta es la idea propuesta por la opinión discrepante del juez Pablo Pérez Tremps. A tal propósito es muy importante señalar que, con al *Auto*, 86/2011, del 9 de junio de 2011, el juez constitucional español finalmente modificó su actitud en contra del juez europeo y llevó a cabo efectivamente el reenvío prejudicial.

ver, en realidad, si los jueces constitucionales hubiesen querido, simplemente imponer la propia voluntad en el caso concreto habrían podido expresar su contrariedad con los esquemas jurisprudenciales europeos, volviendo a proponer la (cómoda) solución de la declaración de inconstitucionalidad de las normas de recepción utilizada por el *Bundesverfassungsgericht* alemán. De otra manera, en base al modelo del *Trybunał Konstytucyjny* polaco, habrían podido invitar al legislador constitucional español a llevar a cabo algún cambio constitucional. En cualquier caso, sin comprometer su real objetivo de polemizar, los jueces habrían podido aprovechar una gran cantidad de técnicas constitucionales que le hubiesen consentido, verdaderamente, ser más respetuosos con la norma europea y con el papel judicial desempeñado por el Tribunal de justicia.

De acuerdo con un modelo ya experimentado con ocasión de la *Declaración 1/2004*, el *Tribunal Constitucional* prefiere imponer la prevalencia de los valores constitucionales españoles, desarrollando una inédita supremacía interpretativa de la Constitución nacional, rechazando en clave asimétrica otro de los principios que el Tribunal de justicia había creado para garantizar la aplicación uniforme de las normas comunitarias sin eficacia directa. Esta aserción fuerte, dificulta una interpretación multinivel del dictamen y pone de manifiesto una inequívoca voluntad de transformar el principio de interpretación conforme en un principio interpretativo, abstractamente idóneo para darle valor a las diferencias constitucionales: de manera opuesta a lo hecho por los jueces constitucionales checos para salvar la normativa de actuación de la orden europea de detención, los jueces de Madrid, en este caso, interpretan la norma en base al derecho constitucional interno y le dan un vuelco total a la lógica de uniformidad de la interpretación conforme. Por otro lado, el preferir no establecer límites exactos para el ámbito de aplicación de esta nueva declinación del principio, traiciona el deseo de crear un instrumento de flexibilidad potencialmente universal y capaz de confirmar (por lo menos en teoría) la solución constitucional nacional, al igual que lo que sucede en casos diferentes a los relacionados con la orden europea de detención o, de manera más general, con la cooperación judicial en materia penal⁵¹².

En interés de este análisis, no será superfluo señalar que si bien la sentencia sigue una técnica constitucional diferente a la seguida por los dictámenes

⁵¹² Si no hubiesen sido estimulados por la intención de confirmar un principio interpretativo capaz de establecer las diferencias, los jueces habrían podido sacarle provecho a las peculiaridades del caso concreto (no puede volverse a proponer en los mismos términos por la comunitarización de la cooperación penal y de la nueva disciplina sobre la orden europea de detención) y limitar el ámbito de aplicación del principio al ámbito de la orden europea de detención o al ámbito de la cooperación judicial en materia penal.

analizados en el capítulo anterior, es importante el hecho de que también ésta se justifica con la idea de la identidad constitucional: a tal propósito, la sentencia, sin establecer el ámbito material de aplicación del principio, se limita a especificar que la prohibición de llevar a cabo la entrega del condenado a países donde existe el riesgo de tratos inhumanos o degradantes debe su tácito reconocimiento a ser uno de los «valores fundamentales de las sociedades democráticas», y que la condición que subordina la entrega a la posibilidad de una revisión del proceso se deduce por «ser la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución»⁵¹³. Además, si seguimos analizando las analogías con las sentencias analizadas en el capítulo anterior, hay que destacar que, a pesar de la diferente técnica constitucional utilizada por el *Tribunal Constitucional* en este caso, el dictamen en cuestión produce las mismas distinciones producidas por las otras sentencias respecto a la orden europea de detención: de igual manera a sus colegas alemanes o chipriotas, los jueces españoles obtienen el resultado práctico de no permitir que a los residentes en el territorio nacional le sea aplicada una norma a la cual están sometidos los demás ciudadanos europeos.

A la espera de una decisión por parte del Tribunal de justicia que confirme o desmienta el planteamiento elaborado por los jueces constitucionales españoles⁵¹⁴, y por las reflexiones desarrolladas hasta el momento, es posible sostener que debido a la comprobada voluntad de construir un instrumento interpretativo que ejecute la primacía interpretativa de la norma constitucional con respecto a la norma europea, la sentencia 199/2009 del *Tribunal Constitucional*, lejos de ser un simple episodio de «guerra» entre tribunales, constituye una prueba importante del fermento jurisprudencial que atraviesa actualmente Europa por las recientes evoluciones del ordenamiento europeo, y representa una señal de avance hacia el establecimiento de un derecho constitucional europeo, caracterizado por diferencias profundas en los estatutos normativos y en la aplicación jurisprudencial⁵¹⁵.

⁵¹³ Es interesante observar, sobre todo, que las dos fórmulas no coinciden y que por lo tanto es muy posible un uso extensivo de los dos conceptos. Además, por más que las fórmulas evoquen un lenguaje, en un cierto sentido clásico, respecto de la jurisprudencia constitucional nacional, la apertura a los valores fundamentales de las sociedades democráticas (al plural) es algo que ya por sí mismo, va más allá de la idea de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional (al singular) y por la indeterminación de su contenido se acerca más a las tradiciones constitucionales comunes que a la tradicional teoría de los contralímites.

⁵¹⁴ En su opinión discrepante, el magistrado Pablo Pérez Tremps expresa el temor a que, debido a las novedades introducidas en materia de cooperación judicial por el Tratado de Lisboa, la decisión de la mayoría pueda ser objeto de procedimiento de infracción.

⁵¹⁵ Además hay que añadir que las querellas sobre la conservación de los datos personales no se han concluido aun, ya que en Hungría queda pendiente un juicio ante el juez constitucional.

13. LAS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA

13.1 El caso *Arcelor del Conseil d'Etat* francés y la procedimentalización para tutelar la identidad constitucional

Los jueces constitucionales no han sido los únicos sujetos institucionales nacionales que han intentado utilizar la idea de identidad constitucional para elaborar técnicas argumentales que limiten la primacía del derecho europeo. Recurriendo a técnicas similares, los jueces ordinarios se acogieron al concepto de identidad constitucional para garantizar la aplicación de la norma interna contrastante con la norma europea.

Desde este punto de vista, es importante citar la ambigua decisión con la cual el *Conseil d'Etat* francés, por un lado superó su tradicional hostilidad contra el derecho comunitario y, por el otro, reivindicó su propia competencia para sancionar las violaciones de la identidad constitucional⁵¹⁶.

En el caso específico, el problema se origina por el recurso presentado por un grupo de empresas siderúrgicas (capitaneadas por la empresa *Arcelor*) que se quejaron del hecho de que algunas normas reglamentarias de ejecución de una directiva europea eran contrarias a las disposiciones de la Constitución francesa en materia de igualdad y de libertad económica⁵¹⁷. A juicio de los recurrentes, la reglamentación de las emisiones contaminantes vulneraban el derecho de propiedad y la libertad de empresa, y si no se tomaban las mismas medidas que

⁵¹⁶ Sentencia del *Conseil d'Etat* francés, 28/110, del 8 de febrero de 2007. Para un comentario sobre la sentencia ver ALONSO GARCÍA, R., «El Conseil d'Etat ante la encrucijada constitucional: ¿Waterloo para la soberanía francesa o triunfo de la confianza recíproca europea? (asunto Arcelor, 8 de febrero de 2007)», en *Gaceta*, 2007, 247, pp. 3-8; POLLICINO, O., «Tanto rumore per (quasi) nulla? Sobre la decisión Arcelor del Conseil d'Etat en tema de relaciones entre derecho interno y derecho comunitario», en *Diritto dell'Unione Europea*, 2007, 4, pp. 895-916; GROUSSOT, X., «EU Law Principles in French Public Law: Un Accueil Réservé», en *Review of european administrative law*, 2007, pp. 9-49; SCHILLACI, A., «Camino de la integración material: la "comunitarización" de los "contralímites" en la sentencia "Société Arcelor Atlantique et Lorraine" del "Conseil d'État"», en *Revista de derecho constitucional europeo*, 2007, 8, pp. 323-352.

⁵¹⁷ Los recurrentes se refieren a la Directiva 2003/87/CE, adoptada el 13 de octubre de 2003 por el Parlamento europeo y por el Consejo, para dar actuación al Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático. El acto normativo en cuestión tiene el objetivo de lograr, antes del 2012, una reducción del 8% de las emisiones de gases de efecto invernadero, conforme a los datos de 1990, y a tal fin, pretende crear en el interior del espacio jurídico europeo un sistema para el intercambio de cuotas de emisión de gases. A nivel interno esta disposición ha sido acogida por la *Ordinance* del 15 de abril de 2002 y del *Decret* n. 2004-832 del Presidente de la República, del 19 de agosto de 2004. Estos actos reglamentarios determinaron la modificación del Código Ambiental y la introducción en el IX Capítulo del Título II del segundo libro de los artículos que van desde el L. 229-5 hasta el L. 229-19. El plan nacional de asignación de cuotas para el período 2005-2007 (previsto por el art. 9 de la Directiva) fue aprobado por el *Decret* n. 2005-190, del 25 de febrero de 2005.

limitasen las emisiones de otros sectores igualmente contaminantes en competencia con el sector siderúrgico (por ejemplo la industria de sustancias plásticas), sería injustamente discriminatorio⁵¹⁸. Es necesario subrayar que de manera diferente a los casos sobre la orden europea de detención o el de conservación de datos personales, en esta circunstancia, se recurren las normas reglamentarias que transponen literalmente la disposición europea y que, por ello, no contienen ninguna evaluación discrecional por parte de los organismos internos.

Al encontrarse de frente a un contraste entre algunos principios constitucionales fundamentales y normas internas que sólo reproducen el derecho de la Unión, el órgano máximo de la jurisprudencia francesa elabora una reconstrucción articulada de las relaciones entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento nacional, y establece su competencia para intervenir sólo en el caso en que el sistema de protección comunitario no suministre una protección equivalente a la reconocida por las normas constitucionales que se crean violadas. Por otro lado, con la finalidad de revalorizar las disposiciones de derecho interno, el juez francés traza un *iter* procedimental que, a su juicio, tiene que ser seguido para llegar a una decisión que, sin aportar cambios a las disposiciones del texto constitucional, sea respetuosa con las responsabilidades asumidas por Francia en sede comunitaria. De esta manera, llevando a cabo algo parecido a una translación del parámetro de constitucionalidad interno a nivel supranacional⁵¹⁹, el *Conseil* dictamina que, para controlar las relaciones entre los ordenamientos, el juez ordinario tiene que constatar en primer lugar que a nivel europeo se preste (normativamente o jurisprudencialmente) una protección que equivalga a la de los principios constitucionales que se consideran por los recurrentes violados por parte de la ley de transposición de la directiva. Esta convergencia transforma la violación de la Constitución francesa en una violación del ordenamiento jurídico comunitario, por lo que el juez nacional, sobre la base de las disposiciones europeas, tendrá que constatar que la disposición normativa nacional sea conforme a los principios fundamentales del ordenamiento de la Unión: si la conformidad es evidente, podrá rechazar, sin ninguna demora, la cuestión de constitucionalidad; si la conformidad es dudosa, tendrá que recurrir al Tribunal de justicia y adecuarse a sus previsiones. En el caso en que el juez nacional reconozca que el principio constitucional, del cual se reclama la lesión, no tiene una correspondiente tutela en el ordenamiento europeo, solamente el juez francés tendrá la función de evaluar la conformidad constitucional de

⁵¹⁸ Para mayor información sobre el caso en cuestión ver POLLICINO, O., *Tanto rumore per (quasi) nulla?*, cit., pp. 895-897, y SCHILLACI, A., *Caminos de la integración material*, cit., pp. 325-326.

⁵¹⁹ De «translación del parámetro» habla POLLICINO, O., *Tanto rumore per (quasi) nulla?*, cit., 905.

las normas internas de actuación del derecho europeo. Esto quiere decir que, todas las veces en las cuales el principio que se invoque para su protección represente para el sistema francés una especificidad constitucional, el juez nacional tendrá competencia exclusiva para juzgar sobre el derecho comunitario.

En base a esta reconstrucción sobre las relaciones entre los ordenamientos, el *Conseil* reconoce la equivalencia de la tutela dada a las libertades económicas y al derecho de propiedad por el sistema jurídico comunitario y, por lo tanto, luego de haber controlado que las disposiciones impugnadas sean conformes al derecho comunitario primario, rechaza directamente la cuestión de constitucionalidad. Al mismo tiempo, al reconocer que el principio de igualdad se encuentra tutelado por el ordenamiento jurídico comunitario y dudando sobre la conformidad comunitaria de la normativa impugnada, el máximo tribunal administrativo francés decide suspender el procedimiento y poner en manos del juez de Luxemburgo la decisión concreta sobre este caso⁵²⁰.

Aunque las opiniones de la ciencia constitucional se han centrado en el espíritu de colaboración que caracterizó la sentencia y en la voluntad del juez administrativo francés de acabar con su hostilidad respecto del proceso de integración⁵²¹, hay que observar, que el planteamiento de los jueces franceses tiene muchos puntos críticos y que, por lo tanto, es posible incluir esta sentencia en el ámbito de los dictámenes que tienen el objetivo de relativizar la primacía y establecer márgenes de diferenciación a nivel nacional. En primer lugar, aun cuando la sentencia no supone un efectivo contralímite, se basa en la presunción de que (toda) la Constitución francesa, como expresión de la identidad constitucional nacional, goza de una indiscutible primacía sobre las disposiciones europeas: si sólo se considera el hecho de que tanto el control de la equivalencia de la tutela ofrecida como la aplicación de las decisiones provenientes de Luxemburgo tienen siempre que ser sometidas a la evaluación del juez nacional, se puede entender cómo la afirmación de que el ordenamiento

⁵²⁰ Debe señalarse que los jueces franceses, aun sabiendo que el principio de igualdad puede acarrear la aplicación de normas ideadas para regular situaciones diferentes, y observar que, frente a un equivalente potencial contaminante, la inclusión de las industrias de producción de plástico y del aluminio prevista por la norma europea sólo a condición de que las instalaciones superen la potencia térmica de veinte *megawatt*, puede considerarse discriminatoria y lesiva del correcto funcionamiento de las reglas de la competencia.

⁵²¹ ALONSO GARCÍA, R., *El Conseil d'Etat*, cit., pp. 3-4, habla de una nueva actitud del *Conseil d'Etat* francés y basándose también en la sentencia 279522, del 8 de febrero de 2007, habla de «decisiones de extraordinaria importancia». También SCHILLACI, A., *Caminos de la integración material*, cit., p. 324 habla de una sentencia que se caracteriza por «una línea argumentativa sensible a las tendencias más recientes desarrolladas por el Derecho comunitario –en cooperación con las supremas jurisdicciones nacionales– con respecto al problema de los conflictos normativos que impliquen principios o normas de rango constitucional». POLLICINO, O., *Tanto rumore per (quasi) nulla?*, cit., p. 895, destaca el hecho de que la sentencia sigue una línea de continuidad con otros dictámenes jurisprudenciales del sistema francés.

comunitario tiene competencia cuando resuelve el caso conforme al ordenamiento constitucional francés, y viceversa en los casos en que se pongan de relieve las particularidades constitucionales del ordenamiento constitucional nacional, que se requiera aplicar la norma interna significa, en realidad, ratificar el incondicionado predominio de las propias disposiciones constitucionales. En segundo lugar, la introducción de esta modalidad procedimentalizada de tutela de la identidad constitucional pone en la misma posición tanto al *Conseil d'Etat* como al *Conseil Constitutionnel*, y vale para inscribir al juez administrativo francés entre los jueces que, por lo menos en teoría, reclaman el poder de controlar los actos de ejecución del derecho comunitario. Sin embargo, si vamos, más allá de las disposiciones con las cuales los jueces constitucionales se reservaron la posibilidad de bloquear las normas de aplicación del derecho europeo, en este caso, aunque solamente de forma abstracta, los magistrados franceses, en nombre de un concepto amplio de identidad constitucional, no se limitaron a establecer su poder de evaluación de las modalidades con las que los sujetos institucionales internos ejercieron su poder normativo, sino que han llegado hasta reivindicar su poder de cuestionar directamente la conformidad constitucional de las disposiciones contenidas en las directivas.

13.2 Identidad constitucional y la aplicación de los contralímites: el caso *Federfarma* del Consejo de estado italiano

Junto a la sentencia con la cual el *Conseil d'Etat* se parangonó con la jurisprudencia constitucional francesa y, de forma abstracta, reivindicó su competencia para dar actuación al contralímite identitario, merecen atención también aquellas sentencias con las que los tribunales ordinarios, sin involucrar ni al Tribunal de justicia, ni a los tribunales constitucionales nacionales, se asignaron el papel de árbitros de las relaciones entre ordenamientos, y realizaron una «brutal» aplicación directa de la teoría de los contralímites⁵²².

De forma especial hay que mencionar en este trabajo una sentencia muy criticada con la que el Consejo de Estado italiano pone fin a una controversia en materia de sociedades para la gestión de farmacias⁵²³. En detalle, la vicisi-

⁵²² Además de la sentencia examinada en este párrafo se puede hacer referencia a la sentencia (citada por DE SIMONE, C., *op. cit.*) con la cual, el 16 de marzo de 2009, el *Verwaltungsgericht* de Wiesbaden estableció la anulación de la ley alemana sobre la conservación de los datos personales.

⁵²³ Sentencia del Consejo de estado italiano, 4207/2005, del 8 de agosto de 2005. Para un comentario a la sentencia ver RUGGERI, A., «Le pronunzie della Corte Costituzionale come “controlimiti” alle cessioni di sovranità a favore dell’ordinamento comunitario?», en www.forumcostituzionale.it; Celotto, A., «I controlimiti “presi sul serio”», en www.giustamm.it; Morbidelli, G., «Controlimiti o contro la pregiu-

tud inicia con el recurso judicial con el que la Federación de los titulares de farmacias italianas (Federfarma) le solicita al TAR de Milán anular las disposiciones administrativas con las que la administración municipal de Milán transformó en sociedad por acciones la empresa municipalizada que gestiona las farmacias locales y cedió el control, del paquete accionario, a una sociedad privada de capital extranjero (Admenta)⁵²⁴. Los recurrentes, al quejarse por la violación del derecho a la salud y del principio de igualdad, establecidos en la Constitución italiana, provocan que el tribunal administrativo decida suspender el juicio y recurrir a la Corte constitucional para verificar la legitimidad de la disposición en base a los actos reclamados (sobre todo el primer apartado letra a art. 8 de la ley n. 362/1991). Una vez constatado que *la Consulta* declara que la norma impugnada es ilegítima «en la parte, en la que no contempla que la participación en las sociedades de gestión de farmacias comunales fuese incompatible con cualquier otra actividad del sector de la producción, distribución, intermediación e información científica del fármaco», el juez, en un primer momento, reconoce las razones de los recurrentes y anula las disposiciones administrativas impugnadas⁵²⁵.

El Municipio de Milán y la sociedad Admenta objetan que la disciplina planteada por los jueces constitucionales es contraria al ordenamiento comunitario, porque vulnera el principio de no discriminación, el de libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales garantizados por el sistema de los Tratados, de forma que se pasa a una segunda instancia del procedimiento, en la que sitúan al Consejo de Estado italiano en la difícil condición de tenerse que enfrentar con la primacía del derecho comunitario después del dictamen de la Corte constitucional. En una situación tan incómoda, los jueces romanos, aun reconociendo la existencia de un contraste con el derecho comunitario⁵²⁶, consideran justo, de todas maneras, garantizar la aplicación de la disposición interna y, a tal fin, elaboran todo un camino argumental ca-

diziale comunitaria», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, pp. 3404-3407; Itzcovich, G., «I diritti fondamentali come 'libertà dello Stato. Sovranità dello Stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma», en *Diritto umani e diritto internazionale*, 2008, 2, pp. 267-290; Schillaci, A., «Un (discutibile) caso di applicazione dei "controlimiti"», en *Giurisprudenza italiana*, 2006, 11, pp. 2026-2033; Lignani, G. M., «Giudicato della Corte Costituzionale e questione di pregiudizialità alla Corte di Giustizia: limiti e controlimiti», en *Foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2005, pp. 2652-2661, y VALAGUZZA, S., «La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la primauté del diritto nazionale», en *Diritto processuale amministrativo*, 2006, pp. 816-847. Ver las informaciones contenidas en GAMBINO, S., «La Carta e le Corti costituzionali. "Controlimiti" e "protezione equivalente"», en *Politica del diritto*, 2006, pp. 411-460.

⁵²⁴ Sentencia del Tribunal administrativo regional de Milán, 4195/2004, del 29 de septiembre de 2004.

⁵²⁵ Sentencia de la Corte constitucional italiana, 275/03, del 24 de julio de 2003.

⁵²⁶ Ver a tal propósito el punto 3.3 de la sentencia.

racterizado por un tono que podría parecer provocador⁵²⁷. Es importante señalar el hecho de que los magistrados administrativos, después de haberse referido (y en una cierta forma forzado⁵²⁸) a las más importantes sentencias constitucionales sobre las relaciones entre ordenamientos (sobre todo a *Frontini* y *Granital*), y después de haber citado los antecedentes relevantes del Tribunal de justicia⁵²⁹, excluyen la aplicación directa de las normas comunitarias invocadas por los recurrentes⁵³⁰ y dictaminan lo irrelevante del reenvío prejudicial al Tribunal de justicia ya que, debido al ámbito constitucionalmente delicado que implica la cuestión, ni siquiera un dictamen de los jueces de Luxemburgo podría subvertir la sentencia constitucional⁵³¹. Dicho en otras

⁵²⁷ Concluyendo el punto 3.4 de su sentencia, casi queriendo justificar las opresiones hermenéuticas llevadas a cabo, los jueces llegan hasta afirmar que «El Colegio no ignora la tendencia que ha invadido al derecho comunitario, y a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, sobre todo después de la firma del Tratado de Niza, a salvaguardar los derechos subjetivos en ámbitos cada vez más amplios, sin tener que ver con la vocación únicamente económica que ha caracterizado los inicios y una gran parte de la historia de la Comunidad y ahora de la Unión. No es controvertido, sin embargo, que se trate todavía de situaciones de tipo casi experimentales debido a la aspiración a una unión más estrecha entre los Países miembros, pero que no han asumido, todavía hoy en día, un significado jurídico vinculante tal para determinar la superación de las soberanías nacionales y de sus prerrogativas constitucionales». Tanto SCHILLACI, A., *Un (discutibile) caso*, cit., p. 2027, como POLLICINO, O., *Il difficile riconoscimento*, cit., subrayan esta parte de la sentencia.

⁵²⁸ Por ejemplo en el punto 3.4 reconstruye las relaciones entre el ordenamiento nacional y el ordenamiento comunitario sosteniendo que «la Corte constitucional ha seguido de forma inflexible la tesis dualista, fundamentada en la separación entre ordenamiento comunitario y ordenamiento nacional». Pone en evidencia esta cuestión SCHILLACI, A., *Un (discutibile) caso*, cit., p. 2029.

⁵²⁹ RUGGERI, A., *Le pronunzie della Corte Costituzionale*, cit., señala el cambio de la lógica que justifica la sentencia del Tribunal de justicia C-283/81, *Cilfit*, del 6 de octubre de 1982.

⁵³⁰ A tal propósito en el punto 3.3 de la sentencia se lee «Observa en primer lugar la tipología del Colegio en la que se proyecta el conflicto de una norma del ordenamiento interno, que disciplina hipótesis específicas de incompatibilidad entre el desarrollo contemporáneo de dos actividades diferentes con principios generales del Tratado, y no con una normativa sectorial emitida por los órganos comunitarios competentes. En tal situación la hipótesis de la inaplicación por parte del juez nacional no parece transitable por falta de una disciplina comunitaria directamente aplicable».

⁵³¹ Después de haber citado la jurisprudencia constitucional italiana en materia de contralímites los jueces administrativos en el párrafo 3.4 afirman «De esta manera fue y se concibe conservar un espacio jurídico estatal, alejado completamente de la influencia del derecho comunitario, un espacio en el cual el Estado continúa siendo soberano, o sea, independiente, y por lo tanto libre para disponer de sus propias fuentes normativas. Es justamente el área de los derechos fundamentales, cuya tutela representa un insuperable contralímite a las limitaciones espontáneas aceptadas con el Tratado. Conforme a la consideración del Colegio, en este contexto se tiene que colocar la sentencia constitucional n. 257 del 2003, según la cual es indispensable para la tutela de un derecho fundamental del ordenamiento, el derecho a la salud, la modificación indicada del art. 8, apartado 1 letra a) de la Ley n. 362/1991. El Tribunal intervino, de hecho, en un ámbito reservado a su jurisdicción que no fue alterado por la transferencia a favor del Tribunal de justicia de las competencias interpretativas sobre el Tratado CEE, y por lo tanto, permanece insensibile al temido contraste por las modificaciones introducidas con principios comunitarios. Podría objetarse que la Corte constitucional no analizó el problema del posible conflicto entre la modificación introducida y el Tratado y que, por lo tanto, el requisito propuesto por los apelantes espera todavía la solución por parte de la Autoridad comunitaria competente, y a la misma tiene que ser remitido. En este sentido el Colegio no tiene motivo para pronunciarse sobre la posibilidad de que se desarrolle en el futuro, también próximo, un juicio del Tribunal de justicia sobre la compatibilidad de la norma italiana con el

palabras, el Consejo de Estado italiano, sin tener en cuenta el hecho de no estar legitimado para ponderar los diversos valores constitucionales⁵³², aplica efectivamente la amenaza del contralímite identitario y, con argumentos falsos, excluye la aplicación de los principios fundamentales (podríamos decir identitarios⁵³³) del ordenamiento comunitario⁵³⁴.

13.3 Identidad constitucional y la aplicación de los contralímites por parte de la jurisprudencia ordinaria

Los casos analizados en este capítulo tendrían que ser útiles para demostrar que, de igual forma que las cortes constitucionales nacionales, también los jueces ordinarios se transforman en defensores de la identidad constitucional, lo que les permite, además de consolidar de manera teórica su competencia, darle aplicación concreta al contralímite identitario como han venido haciendo en el último periodo. Al Consejo de Estado italiano, ni siquiera la implicación de algunos principios fundamentales del ordenamiento comunitario, le impidió aplicar la norma interna contrastante.

Sin dejarse llevar por pronósticos catastróficos, debe señalarse que, al estar involucradas las jurisdicciones nacionales, se permite un avance, tanto cualitativo como cuantitativo, en el camino hacia la aplicación asimétrica de las disposiciones supranacionales.

Por un lado, la ejecución de los contralímites por parte de los tribunales ordinarios, con relación a la competencia territorial y material de cada juez,

Tratado, como consecuencia del ejercicio de las propias competencias de los órganos comunitarios. No se permite que el juez nacional en presencia de un dictamen de la Corte constitucional que lo vincula a la aplicación de la norma, específicamente modificada en función de la tutela de un derecho fundamental, pueda reenviar al Tribunal de Luxemburgo un requisito prejudicial cuya solución no podrá tener en cuenta, ya que fue absorbida por la sentencia del Tribunal italiano, accidente en el ámbito de la tutela de los derechos a ella reservada».

⁵³² SCHILLACI, A., *Un (discutibile) caso, cit.*, pp. 2028-2029 resalta la incompetencia del juez.

⁵³³ Como señala RUGGERI, A., *Le pronunzie della Corte Costituzionale, cit.*, uno de los puntos de interés sobre este caso específico tiene que ver con el hecho que en el mismo «se encuentran bajo *estrés* los valores de base de los dos ordenamientos».

⁵³⁴ POLLICINO, O., *Il difficile riconoscimento, cit.*, cita a la jurisprudencia europea en materia de directa aplicación de los principios contenidos en los tratados institutivos y afirma que los jueces habían tenido amplios márgenes para proceder a la inaplicación. En el mismo sentido SCHILLACI, A., *Un (discutibile) caso, cit.*, pp. 2030-2033, señala la posibilidad de recurrir a una interpretación que permita la adecuación. Contrarios a la sentencia también GAMBINO, S., *La Carta e le Corti, cit.*, p. 437 (según el cual la sentencia es «la expresión posiblemente de aquel "malestar" nacional con respecto al proceso de integración europea seguido por los dos referéndum en contra de la ratificación del Tratado»), y VALAGUZZA, S., *op. cit.*, p. 816. Al contrario, CELOTTO, A., *I «controlimiti» presi, cit.*, p. 895, define «de valor y significativa» el elegir inaplicar las normas comunitarias sin pasar por la Corte constitucional. En general, expresa un juicio positivo de la sentencia RUGGERI, A., *Le pronunzie della Corte Costituzionale, cit.*

abre el camino al riesgo de aplicaciones diferenciadas también en cuanto a *ratione locii y ratione materiae*. Por el otro, aunque sea innegable que las cautelas contempladas por los ordenamientos constitucionales nacionales y por el ordenamiento europeo nos hagan creer que los jueces ordinarios aplican (relativamente) de manera limitada el contralímite identitario, es igualmente cierto que la sentencia *Arcelor* y la sentencia *Federfarma* manifiestan un gran interés en la utilización de la idea de la salvaguarda de las identidades constitucionales para no someterse a la obligación del reenvío prejudicial al Tribunal de justicia y a la Corte constitucional, ampliándose así el grupo de sujetos que reivindicán la competencia para juzgar sobre las relaciones entre ordenamientos, permitiendo que la hipótesis de ruptura de la armonía judicial sea mucho más verídica. En fin, si la doctrina de la *primauté* fue aprovechada por los magistrados de nivel inferior para «desbancar» a los de nivel superior, la sentencia del Consejo de Estado italiano muestra que no es sólo un riesgo potencial, sino que los jueces ordinarios de última instancia utilizan de forma instrumental la teoría de los contralímites para «desbancar» la jurisdicción constitucional y la jurisdicción europea⁵³⁵. Es más, si observamos detenidamente, es fácil suponer que en todos aquellos ordenamientos que no contemplan la inaplicación de las disposiciones comunitarias por la violación de un derecho fundamental directamente invocable ante el juez constitucional interno⁵³⁶, aplicaciones de este género, relacionadas con la teoría de los contralímites, pueden, en un cierto modo, volver a proponerse.

⁵³⁵ Esta voluntad del juez administrativo italiano de utilizar de forma instrumental el derecho supranacional para eludir las competencias de la Corte constitucional parece confirmarse también por la sentencia 1220/2010 del 2 de marzo de 2010, con la cual el Consejo de Estado, no respetando las indicaciones de la jurisprudencia constitucional (a tal propósito se reenvía a las decisiones de la Corte constitucional 348-349/2007, del 24 de octubre de 2007, y a las notas comentadas por RUGGERI, A., «Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali», en www.associazionedeicostituzionalisti.it, y de Cartabia, M., «Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, pp. 3564-3574), aprovechó el reenvío al Convenio Europeo de Derechos Humanos contenido en el art. 6 del Tratado sobre la Unión y dio aplicación inmediata a la norma convencional. Para un comentario sobre la sentencia ver Celotto, A., «Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)», en www.giustamm.it; Sestini, R., «Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano? (al margen de la nota del prof. Alfonso Celotto sobre la sentencia n. 1220/2010 del Consejo de Estado)», en www.giustamm.it; Colavitti G.-Pagotto, C., «Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso? Nota a Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2010, n. 1220», en www.associazionedeicostituzionalisti.it, y Villani, M. C., «La rinnovata battaglia dei giudici comuni a favore della diretta applicabilità della CEDU. Tra presunta “comunitarizzazione” dei vincoli convenzionali e crisi del tradizionale modello di controllo accentrato della costituzionalità», en www.federalismi.it. Con respecto a este mismo acontecimiento ver la sentencia del tribunal administrativo regional del Lazio, 11984/2010, del 18 de mayo de 2010.

⁵³⁶ Siguiendo un *iter* argumental análogo al del caso *Kloppenbug* del *Bundesverfassungsgericht* (ver las páginas precedentes), el *Tribunal Constitucional* español (con la sentencia 58/2004, del 19 de abril

14. LAS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES Y LA INVERSIÓN DE LOS REENVÍOS PREJUDICIALES EN EL CASO DE DOBLE PREJUDICIALIDAD COMO NUEVO INSTRUMENTO NORMATIVO PARA LA DISTINCIÓN A NIVEL NACIONAL

14.1 La doble prejudicialidad y las reformas del sistema constitucional francés y de la *Cour d'Arbitrage* belga

En el marco de un proceso general en el que se acrecientan las competencias y los poderes de los tribunales constitucionales nacionales, en los últimos años los legisladores –y en muchos casos hasta los legisladores constitucionales– intervinieron para fortalecer las posiciones de los jueces internos respecto de las instituciones judiciales europeas. Entre otras cosas acometieron reformas, por semejanza significativas, y en nombre de la salvaguarda de la declinación nacional de los derechos fundamentales, tratarán de propiciar un desvanecimiento de la primacía de la norma comunitaria y un reajuste del juez europeo. Por lo tanto, basándonos en este breve análisis, la capacidad de estos legisladores (probablemente potencial) de imponer futuros límites a la aplicación material del derecho comunitario permitirá discutir acerca de una interpretación armónica de los ordenamientos y, por ello, sostendrán aquellas sentencias jurisprudenciales que en los últimos años llevaron a la sustancial inaplicación de las disposiciones europeas.

A tal propósito se propone en primer lugar la ley de revisión constitucional n. 2008-724, del 23 de julio de 2008⁵³⁷, con la cual también Francia –en el ámbito de una total reorganización del equilibrio entre poderes en la V Repúbli-

de 2004), el *Ústavní Soud* checo (con la sentencia *ÚS* 1009/08, del 8 de enero de 2009) y el *Ústavný súd* eslovaco (con la sentencia *ÚS* 206/08-50, *N. P.*, del 28 de julio de 2009), decidieron considerar la falta del reenvío prejudicial al Tribunal de justicia como una violación de un derecho constitucional directamente invocable ante la jurisdicción constitucional. Este procedimiento de control constitucional reduce el riesgo de casos como los que acabamos de analizar. Para un comentario a la sentencia española ver HERRERA GARCÍA, A., «Tribunal constitucional y Unión Europea. El caso español a propósito de la sentencia 58/2004 y de la fase actual de la integración constitucional de Europa», en *Cuestiones constitucionales*, 2007, 16, pp. 405-434; para un comentario a la sentencia eslovaca y a la sentencia checa STEHLIK, V.-ZBIRAL, R., «EU procedural rules and Czech constitutional order: the case of preliminary ruling procedure», en www.juridicas.unam.mx.

⁵³⁷ Para una reconstrucción del camino seguido por el proyecto de reforma constitucional ver FABBRINI, F., «Il progetto di riforma costituzionale del Comité Balladur e la proposta di introdurre in Francia un controllo di costituzionalità delle leggi a posteriori», en www.forumcostituzionale.it, e id., «Kelsen a Parigi. El Parlamento francés aprueba en primera lectura el proyecto de reforma constitucional que introduce un control de constitucionalidad a posteriori», en www.forumcostituzionale.it.

ca⁵³⁸– superó en forma parcial el llamado «excepcionalismo⁵³⁹» transalpino y, aun contemplando límites cronológicos precisos, sustanciales y procedimentales introdujo un sindicato de constitucionalidad a posteriori y casual⁵⁴⁰. Se señala esta reforma debido a que, al constatar la necesidad de enlazar el nuevo control con las competencias anteriores del *Conseil Constitutionnel* y, sobre todo, constatando la necesidad de conectar el nuevo control con la acción de los jueces ordinarios y con la de los jueces europeos, a través de la ley orgánica n. 2009-1523, del 10 de diciembre de 2009 (citada claramente por el segundo apartado del art. 61-1⁵⁴¹) se dispuso un procedimiento bastante articulado⁵⁴². Así, para coordinar el análisis de constitucionalidad a posteriori con el control preventivo y con la jurisdicción ordinaria, la ley prevé que, en el caso en el que una de las partes de un procedimiento jurisdiccional decida someter ante el juez (por escrito y con instancia *ah hoc*⁵⁴³) una duda relacionada con la conformidad entre una disposición legislativa y los derechos y libertades garantizados por la Constitución nacional, éste último, tras haber efectuado un primer control sobre la importancia, la novedad y la seriedad de la cuestión⁵⁴⁴, reenvía los actos judiciales al juez de última instancia (según los casos al Consejo de Estado o Corte de Casación) el cual, después, de un control ulterior y antes de los tres meses⁵⁴⁵, se los reenviará al *Conseil Constitutionnel*⁵⁴⁶. Para regularizar las re-

⁵³⁸ Para un análisis de las reformas relacionadas con los perfiles de los nuevos órdenes institucionales que la misma genera se reenvía a CECCANTI, S., «Revisione francese. La rivincita di Vedel e Duverger», en www.forumcostituzionale.it, y FABBRINI, F., «Francia: poteri e contropoteri nel nuovo assetto costituzionale della V Repubblica», en www.forumcostituzionale.it.

⁵³⁹ La expresión utilizada was en GROPPi, T., «Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia?», en www.astrid-online.it, para indicar algunas cosas anómalas, no completamente superadas por la reforma, que tradicionalmente han caracterizado el sistema francés de justicia parlamentaria.

⁵⁴⁰ De acuerdo con el primer apartado del art. 61-1 de la Constitución francesa «En el momento en el cual, debido a un procedimiento jurisdiccional se sostiene que una disposición de ley va en contra de los derechos y libertades garantizados por la Constitución, el Consejo constitucional puede acoger tal cuestión por reenvío del Consejo de Estado o de la Corte de Casación, que dictamina en un plazo preestablecido».

⁵⁴¹ De acuerdo con el segundo apartado del art. 61-1 de la Constitución francesa «Las condiciones de aplicación del presente artículo fueron establecidas con ley orgánica».

⁵⁴² Con respecto al análisis de los acontecimientos relativos a la aprobación de la ley orgánica en examen se reenvía a SCOTTI, V., «Francia. Promulgata una legge organica per istituire la question prioritaire de constitutionnalité», en *Diritto pubblico comparato europeo*, 2009, 3, pp. 1139-1142, y FABBRINI, F., «La loi organique sul controllo di costituzionalità in via incidentale e lo scrutinio preventivo del Conseil constitutionnel», en *Quaderni costituzionali*, 2010, 1, pp. 123-126.

⁵⁴³ Ver los arts. 23-1 y 23-5 de la Ordonnance n. 58-1067 (introducido por la ley orgánica n. 2009-1253).

⁵⁴⁴ Ver el art. 23-2 de la *Ordonnance* n. 58-1067. Sobre los problemas relacionados al ámbito de la novedad –claramente introducido para coordinar el control de constitucionalidad *a posteriori* con el control *a priori*– ver lo sostenido por FABBRINI, F., *La loi organique*, cit., p. 125.

⁵⁴⁵ Ver en tal sentido los arts. 23-4 y 23-5 de la *Ordonnance* n. 58-1067.

⁵⁴⁶ Es oportuno señalar que de acuerdo con el art. 23-10 de la *Ordonnance* n. 58-1067, el *Conseil Constitutionnel* dispone de un tiempo de tres meses para dictaminar.

laciones con la jurisdicción europea y con el control de conformidad de los acuerdos internacionales (*in primis* la Convención europea de los derechos del hombre), que de acuerdo al art. 55 de la Constitución lo ejercen los jueces ordinarios⁵⁴⁷, los arts. 23-2 e 23-5 del *Ordonnance* n. 58-1067 (introducidos por la ley orgánica n. 2009-1253), sin contemplar más la reserva de las exigencias que derivan de la afiliación de Francia a la Unión europea⁵⁴⁸, se limitan a disponer la prioridad procedimental del control de constitucionalidad⁵⁴⁹.

Si se tiene en consideración que el nuevo tercer apartado del art. 62 dispone que «en contra de los dictámenes del Consejo constitucional no se admite ningún recurso y *que* los mismos son obligatorios para los poderes públicos y para todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales», nos podemos dar cuenta de inmediato de los tantos problemas de conformidad con el derecho europeo que se generan con esta reforma. Por ello, siguiendo las indicaciones que emergen de la combinación dispuesta a través del art. 62 de la Constitución y de los arts. 23-2 y 23-4 del *Ordonnance* podría parecer que, si en el caso hipotético de que contextualmente se le de importancia al parámetro comunitario y al parámetro constitucional (hipótesis de «doble prejudicialidad⁵⁵⁰»), el juez está obligado a plantear inmediatamente la cuestión de cons-

⁵⁴⁷ Conforme a lo establecido por el art. 55 «A condición de reciprocidad, los Tratados y los acuerdos aprobados o ratificados, en forma regular, una vez que hayan sido publicados tienen una eficacia superior a la de las leyes». El Conseil constitutionnel, como de costumbre, se ha negado siempre a realizar el control de convencionalidad para verificar si las leyes son conformes a los acuerdos internacionales asumidos por Francia: argumentando que la norma en cuestión sólo impone que en el sistema de fuentes los tratados gocen de un rango superior al de la ley ordinaria, los jueces constitucionales sostuvieron que de esto, no deriva la ilegitimidad constitucional de un control ejercido por jueces comunes en lugar de un control centralizado llevado a cabo por el mismo Conseil. Para mayor información sobre este elemento que caracteriza al sistema francés en la adecuación del ordenamiento francés al derecho comunitario y al derecho internacional ver CALAMO SPECCHIA, M., «Il Conseil Constitutionnel e l'exception d'inconstitutionnalité», en www.astrid-online.it.

⁵⁴⁸ FABBRINI, F., *La loi organique*, *cit.*, p. 125, señala que al pasar el texto al Parlamento no fue tomada en consideración la referencia –presente en el proyecto de ley presentado por el gobierno– establecida en el art. 88-1 de la Constitución. Será útil recordar que la norma en cuestión viene reconocida regularmente como base de los efectos del derecho europeo en Francia y que la misma establece textualmente que «La República participa en la Comunidad europea y en la Unión europea, constituidas por Estados que eligieron libremente, en virtud de los tratados que las instituyeron para ejercer en común algunas de sus competencias. La misma puede participar en la Unión europea conforme a las condiciones previstas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado institutivo de las Comunidades europeas».

⁵⁴⁹ A tal propósito ver los arts. 23-1 y 23-5 de la *Ordonnance* n. 58-1067.

⁵⁵⁰ Para mayores referencias respecto a los problemas de la doble prejudicialidad ver sobre todo CARTABIA, M., «Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, comunitaria e costituzionale», en *Foro italiano*, 1997, 5, pp. 222-225. Sobre el tema ver también GHERA, F., «Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 2, pp. 1193-1223; SORRENTINO, F., «È veramente inammissibile il doppio rinvio?», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 2, pp. 781-787; CELOTTO, A., «Legittimità costituzionale e legittimità comunitaria», en *Rassegna di diritto*

titudinalidad y, una vez obtenida la sentencia por parte del *Conseil*, el mismo tendrá que adecuarse, sin ulteriores retrasos, al dictamen del órgano constitucional nacional. En fin, de acuerdo con lo planteado literalmente en la reforma, se autoriza una reconstrucción totalmente contraria a lo establecido en la sentencia *Simmenthal*, el control de constitucionalidad de la medida excluye el control de conformidad a través de los acuerdos internacionales y por ello –de una manera mucho más audaz que la sentencia *Frontini* (que en tal sentido se limitó a disponer, solamente, la intervención obligatoria de la *Consulta* italiana)– obstaculiza el camino para la intervención del Tribunal de justicia cada vez que se detecte un ámbito de constitucionalidad⁵⁵¹.

Los problemas de enlace con el ordenamiento europeo parecen tener origen también en la nueva reformulación de la ley sobre la *Cour d'Arbitrage* belga, en la cual el legislador recientemente volvió a reescribir las disciplinas o materias de los casos que determinan la «doble prejudicialidad» basándose, sobre todo, en las disposiciones francesas⁵⁵²: al disponer que, en el caso de contextual relevancia del parámetro comunitario y del parámetro constitucional, la *Cour de Cassation* está obligada a recurrir a la *Cour d'Arbitrage* antes de poder dirimir sobre la legitimidad comunitaria (y convencional) del acto, el nuevo art. 26 de la *Loi speciale* del 6 de enero de 2009 interrumpe la tradicional apertura del ordenamiento belga a la Unión Europea y pone de manifiesto las mismas perplejidades reveladas por su homóloga normativa francesa⁵⁵³. Es más, en este caso se tiene el agravante de haber deliberadamente obrado para limitar la posibilidad del juez ordinario de dar inmediata aplicación de la norma

pubblico europeo, 2002, 1-2, pp. 47-61; *id.*, «Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di "comunitarietà"», en *Giurisprudenza costituzionale* 2004, 3, pp. 1732-1735; MARZUCCHI, S., «"Residui" di incostituzionalità nel rapporto fra norme comunitarie e norme nazionali», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, 2, pp. 663-671; SEMENTILLI, F., «Brevi note sul rapporto tra la Corte Costituzionale italiana e la Corte di Giustizia delle Comunità europee», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 6, pp. 4771-4786. Se me permita remitirlos también a VECCHIO, F., «Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di "doppia pregiudizialità": differenti prospettive di tutela e pericoli di pronunce incoerenti», en www.giustamm.it.

⁵⁵¹ Destacan la posibilidad, por los menos teórica, de una interpretación de esta tipología FABBRINI, F., *La loi organique*, *cit.*, p. 125, y SCIARABBA, V., *La sentenza Küçükdeveci*, *cit.*

⁵⁵² La analogía entre el sistema francés y el sistema belga sobre este punto específico de las relaciones con el ordenamiento comunitario la evidencia también ROVAGNATI, A., «Profili problematici di un ordinamento multilivello di protezione dei diritti fondamentali. I sistemi nazionali di giustizia costituzionale alla prova del diritto dell'Unione europea», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵⁵³ El contenido del cuarto párrafo del artículo 26 de la *Loi Speciale* sobre la *Cour d'Arbitrage* del 6 de enero de 1989 fue modificada por la ley del 12 de julio de 2009. El nuevo contenido de la disposición prevé que: «Lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution».

supranacional en el caso de doble prejudicialidad. De hecho, de acuerdo con lo definido por la doctrina belga, la reforma se inspira en la voluntad de impedir que en un futuro la magistratura ordinaria pueda perpetuar un mecanismo judicial, conforme al cual, en los casos de «doble prejudicialidad» el reenvío al juez constitucional sería superfluo debido a la prevalencia de las normas convencionales y de las normas comunitarias sobre el derecho constitucional interno⁵⁵⁴.

14.2 Las consecuencias a nivel europeo debido a la guerra entre jueces: el caso *Chartry* y el caso *Melki*

La gran cantidad de interpretaciones como las apenas mostradas explican el motivo por el cual las nuevas normas con las que Francia y Bélgica disciplinaron el control de constitucionalidad han sido objeto de una real *querelle* judicial que tuvo como protagonistas a los jueces nacionales.

Iniciando con el análisis de los problemas planteados por la reforma del ordenamiento belga, hay que destacar que, aunque las ciencias jurídicas se hayan apresurado a especificar que aun después de la reforma el juez ordinario mantiene inalterado su poder de inaplicar la norma ordinaria que contrasta con el derecho supranacional⁵⁵⁵, el *Tribunal de première instance* de los Liège, continúa con una actitud de hostilidad hacia la jurisdicción constitucional y, respecto del caso *Chartry*, decidió interpelar al Tribunal de justicia para solicitar que se constatará la conformidad de la nueva reformulación del art. 26 de la ley sobre la *Cour d'Arbitrage* con el sistema comunitario⁵⁵⁶. Precisamente en este caso, a través del recurso prejudicial solicitado, se demuestra, por un lado, el malestar del juez ordinario ante la nueva obligación de involucrar al

⁵⁵⁴ Según lo referido por STORME, M., «The Struggle over Interpretative Authority concerning Human Rights-the Belgian Experience», en <http://webh01.ua.ac.be/storme/> la reforma tuvo origen por la constatación de que en casos de una contextual importancia del parámetro constitucional y del parámetro supranacional (ver por ejemplo la sentencia 10/2008, del 23 de enero de 2008) la *Cour de Cassation* consideró que la cuestión de prejudicialidad fue absorbida de una manera implícita por la aplicación de la norma comunitaria.

⁵⁵⁵ STORME, M., *op. cit.*, «When in last instance, the violation of as well a constitutional provision as an applicable rule of international law is invoked, the Court of Cassation is obliged to refer the constitutional question to the Constitutional Court before judging the conformity with international law, unless it is clear that the statute is unconstitutional (this does not exclude that the Court may at the same time interrogate the ECJ on the interpretation of EU law if such a preliminary question is also relevant)».

⁵⁵⁶ El caso, todavía pendiente ante el Tribunal de justicia, se encuentra inscrito en el registro C-457/09. Hay que notar también que el caso es muy interesante ya que el Tribunal tendrá que resolver también la cuestión de las relaciones entre el derecho interno y el derecho convencional a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y el reconocimiento comunitario del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

juez constitucional y, por el otro, el no haber considerado las indicaciones establecidas por la doctrina para evitar una interpretación de la reforma contrastante ya, a nivel teórico, con el derecho europeo.

A pesar de que las semejanzas que aglutinan el contexto normativo francés y el contexto normativo belga hayan determinado un desarrollo de los acontecimientos judiciales sobre el orden a seguir en los reenvíos prejudiciales, en un cierto sentido paralelo, en Francia se asiste a un fuerte enfrentamiento entre la magistratura ordinaria y la magistratura constitucional. De tal manera, incluso antes de la entrada en vigor de la ley orgánica n. 2009-1523, el *Conseil Constitutionnel*, consciente de los problemas existentes sobre su compatibilidad con el derecho comunitario, no se deja escapar la oportunidad ofrecida por el control preventivo de constitucionalidad de la misma ley, y se limitan de inmediato los efectos antieuropeos de la nueva reforma⁵⁵⁷. Detallando lo dicho, aunque el órgano constitucional francés haya declarado la constitucionalidad de la medida –reintroduciendo, de hecho, la cláusula de salvaguarda de los acuerdos internacionales, prevista en el proyecto de reforma presentado al inicio por el Gobierno– reconoce que la prioridad atribuida al control de constitucionalidad tiene, sólo, la finalidad de ratificar la superioridad de la Constitución con respecto a la jerarquía de las fuentes y no puede conducir, de ninguna manera, al incumplimiento de las responsabilidades asumidas internacionalmente por el país⁵⁵⁸.

Las garantías ofrecidas por el *Conseil Constitutionnel* no convencieron mucho al Tribunal Supremo francés que, con la sentencia del 16 de abril de 2010, siguió el ejemplo dado por el juez ordinario belga y puso en tela de juicio todo el sistema estructural de la justicia constitucional francesa⁵⁵⁹. Con la función de controlar la pertinencia de una cuestión de constitucionalidad planteada por el Tribunal de Lille, el supremo órgano jurisdiccional transalpino dictamina sobre el fundamento del reclamo (como previsto por el art. 23-4 de la *Ordonnance* n. 58-1067), prefiriendo recurrir al instrumento procesal

⁵⁵⁷ Ver la sentencia 595 DC del 3 de diciembre de 2009.

⁵⁵⁸ En la sentencia se lee: «imponiendo la prioridad del control de constitucionalidad sobre el control y conformidad de la ley a los empeños internacionales asumidos por Francia, la ley orgánica se ha responsabilizado de garantizar el respeto de la Constitución y su posición de superioridad en el ordenamiento jurídico interno; que la prioridad tiene sólo la finalidad de garantizar el orden del análisis de las cuestiones presentadas ante el Tribunal; que, una vez efectuado el control de constitucionalidad, este no limite la posibilidad de garantizar el respeto y la superioridad sobre las leyes de los tratados y de los acuerdos regularmente ratificados o aprobados o de las normas de la Unión; es posible concluir que las disposiciones en examen no violan ni el artículo 55 de la Constitución, ni el artículo 88-1 [...]».

⁵⁵⁹ Sentencia 12003, del 16 de abril de 2010. Para un comentario a la disposición en cuestión ver COSTANZO, P., «Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)», en www.giurcost.org, y FABBRINI, F., «Corte di Cassazione francese, Corte di Giustizia Europea e diritto comparato», en www.astrid-online.it.

previsto por el art. 267 TFUE y solicitando información al Tribunal de justicia sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de una disposición nacional que le limita al juez ordinario la posibilidad de utilizar el reenvío prejudicial al juez europeo. Si bien, por un lado es indudable que el Tribunal Supremo utilizó este reenvío, para poder aprovechar las ventajas ofrecidas por el «uso alternativo de la competencia prejudicial⁵⁶⁰», es igualmente cierto que, aun después, de la intervención correctiva del órgano constitucional, el sistema representado se destaca por las tantas ambigüedades de fondo.

Con una situación tal, no nos sorprende que la voluntad de aclarar los puntos de la normativa, antes de la intervención concreta del Tribunal de Luxemburgo, haya llevado al *Conseil Constitutionnel* a volver, con un dictamen más incisivo, sobre los problemas creados por la reforma constitucional y por la ley orgánica⁵⁶¹. Así, aprovechando la ocasión dada por un control preventivo relacionado con la constitucionalidad de una ley en materia de liberalización de la gestión de los juegos de azar, la institución francesa intentó dar respuesta, en forma anticipada, a las perplejidades señaladas por el tribunal Supremo y aclaró su concepto sobre la relación entre el control de constitucionalidad y el control de conformidad de los tratados internacionales y comunitarios. Según el *Conseil*, en modo distinto a lo que ocurre en Italia y en Alemania, los problemas ligados a los eventuales conflictos entre una norma legislativa y las obligaciones que derivan de un acuerdo internacional o comunitario no pueden enmarcarse como cuestiones de constitucionalidad⁵⁶² y, por lo tanto, éstos (con la importante excepción, del control sobre la correcta actuación de las directivas⁵⁶³) permanecen bajo la competencia del juez ordinario⁵⁶⁴, el cual, en línea

⁵⁶⁰ Se expresa en estos términos COSTANZO, P., *op. cit.*

⁵⁶¹ Ver la sentencia 2010-605 DC, del 12 de mayo de 2010.

⁵⁶² Según la sentencia «se puede por lo tanto concluir que, si respetando las condiciones previstas, esta disposición (art. 55 de la Constitución) le confiere a los tratados una eficacia superior a la de la ley, la misma no prescribe ni implica que el respeto de este principio tenga que ser garantizado por el control de conformidad de la ley a la Constitución». En el mismo sentido, poco después se dice que «se puede de tal manera afirmar que la incompatibilidad de la normativa con las responsabilidades internacionales y europeas de Francia no puede ser considerada como una violación de la Constitución».

⁵⁶³ Después de haber puntualizado que «la transposición de una directiva no puede ir en contra de una regla o un principio inherente a la identidad constitucional francesa» y que «teniendo este que dictaminar entre un plazo previsto por el art. 61 de la Constitución, el Consejo constitucional no puede recurrir al mecanismo de reenvío prejudicial», la institución constitucional francesa concluye que «el Consejo puede declarar la inconstitucionalidad de una disposición legislativa que se manifiesta incompatible con la directiva que la misma se propone transponer» mientras es una responsabilidad del juez ordinario recurrir al mecanismo del reenvío prejudicial. Es interesante observar que con estas disposiciones el *Conseil* se alinea con las jurisdicciones que en nombre de la identidad constitucional ejercen un control sobre los actos de actuación de las disposiciones comunitarias.

⁵⁶⁴ Según la sentencia «es responsabilidad del juez ordinario y del juez administrativo la competencia de controlar una eventual violación del derecho de la Unión europea».

con las previsiones de la doctrina *Simmenthal*, tiene la libertad de atribuir también la prevalencia de las disposiciones internacionales sobre las disposiciones internas que hayan superado el control de constitucionalidad⁵⁶⁵. Además, conforme a lo planteado por el juez constitucional francés, los plazos cortos del control y el hecho de que, aun en espera de los resultados de un control de constitucionalidad, el juez ordinario disponga de todos los instrumentos idóneos para garantizar las posiciones subjetivas tuteladas por el derecho comunitario, deberían contribuir a la exclusión de toda posibilidad de conflicto⁵⁶⁶.

14.3 Las identidades constitucionales y la inversión del reenvío prejudicial en caso de doble carácter prejudicial como nuevo instrumento normativo para la distinción a nivel nacional

No obstante los numerosos intentos de la doctrina belga y la jurisprudencia constitucional francesa por resolver las contradicciones creadas por los cambios efectuados en los sistemas constitucionales, las modalidades de recepción que las mismas proponen continúan presentado muchos lados oscuros. A pesar de que tanto el *Conseil* como la doctrina constitucional belga especifican que la intervención del juez constitucional no excluye la posibilidad de un margen de acción del juez comunitario no se logran dar soluciones alentadoras a todos los problemas relacionados con las nuevas disposiciones.

No hay que olvidarse del hecho de que, en el sistema propuesto por la jurisprudencia *Solange* y *Granital* (bien aceptado por la jurisprudencia de Luxemburgo) el juez ordinario *tiene la obligación*, so pena de restitución de los actos, de consultar anticipadamente al Tribunal europeo; en el sistema propuesto por las reformas en cuestión, luego de las intervenciones correctivas examinadas en el párrafo anterior, parece que todo juez ordinario que se enfrente a un caso de contextual relevancia tanto del parámetro comunitario como del parámetro constitucional *tenga sólo la posibilidad* de recurrir preventivamente al reenvío *ex art. 267 TFUE*. En este sentido, estableciendo que «el art. 61-1 de la

⁵⁶⁵ En tal sentido la sentencia es muy clara al afirmar que «la eficacia conferida por el artículo 62 de la Constitución a las decisiones del Consejo constitucional no obstaculizan al juez administrativo ni al juez ordinario a garantizar la prevalencia de los empeños internacionales sobre las leyes internas, aun en el caso en el que la ley haya sido declarada constitucional».

⁵⁶⁶ En tal sentido, se sostiene claramente que «el mismo juez puede suspender todas las consecuencias eventuales producidas por la ley incompatibles con el derecho de la Unión, que pueden asegurar los derechos reconocidos a los recurrentes conforme a las responsabilidades internacionales y europeas asumidas por Francia y que pueden garantizar la plena eficacia de su sentencia».

Constitución y el art. 23-1, y sucesivos, no le impiden a los jueces *en el momento que les parezca oportuno* la posibilidad (o según el caso, el deber) de utilizar el reenvío previsto por el art. 267 del TFUE», el *Conseil* permite (o por lo menos eso aparenta) que el juez escoja el orden del reenvío. La misma ambigüedad la encontramos también en lo expresado por la doctrina belga cuando afirman que, a pesar de la reforma, el juez ordinario puede plantear una cuestión de doble carácter prejudicial cada vez que lo considere oportuno.

Bien, sin tener en cuenta el hecho de que interpretaciones de este tipo provocan sólo incertidumbres jurídicas y llegan hasta a legitimar el «uso alternativo de la competencia prejudicial» que condujo a los jueces ordinarios a la protesta, es difícil imaginar que un sistema en el cual un tribunal constitucional nacional pueda intervenir primero en una cuestión de doble carácter prejudicial no forme parte de una violación del ordenamiento comunitario. De hecho, si se tiene presente la importancia que históricamente ha jugado el orden de los reenvíos en la consolidación de la doctrina de la *primauté*, se entiende cómo, a pesar de todas las cautelas interpretativas que acompañaron las reformas, las mismas continúan suscitando temores: en los casos en los que el reenvío a la jurisdicción constitucional debería llevarse a cabo antes del reenvío a la jurisdicción europea y considerando el hecho de que no hay ninguna seguridad de que los futuros juicios del *Conseil* y de la *Cour d'Arbitrage* se limiten a evaluaciones sobre la abstracta constitucionalidad de la norma y no quieran la solución efectiva, es fácil prever que el juez ordinario pueda intentar aplicar, directamente, el dictamen establecido por el juicio de constitucionalidad y, en la práctica, termine por excluir al Tribunal de Luxemburgo. En fin, se tiene el riesgo de que proliferen situaciones procesales similares a las que llevaron a la sentencia *Federfarma*, del Consejo de Estado italiano.

Sin considerar los puntos críticos que impregnan el sistema francés y el sistema belga, lo que aquí nos interesa señalar es el nexo que relaciona las reformas examinadas con la idea de identidad constitucional. Desde este punto de vista poco importa que ninguna de las nuevas disposiciones se refieran específicamente al concepto. Aun sin tener en cuenta el hecho de que ambas reformas se basan en una indiscutible primacía del derecho constitucional interno y sin considerar tampoco que la segunda sentencia del *Conseil* se basa en el tema de la identidad constitucional, para legitimar su poder de bloquear las normas internas de ejecución de las directivas, es evidente que la apertura a la posibilidad de invertir los reenvíos prejudiciales (no es una casualidad que haya sido limitada al ámbito de la tutela de los derechos fundamentales) fue ideada para favorecer la aplicación de los principios fundamentales internos y la competencia del juez

constitucional nacional⁵⁶⁷. Lo importante en realidad, es el hecho de que, contrariamente a lo ocurrido en otras circunstancias, en este caso es el mismo legislador (y no las instituciones judiciales) el que interviene para restringir la apertura al ordenamiento comunitario, al igual que para relativizar la primacía y los requisitos conectados a la aplicación uniforme de las disposiciones europeas⁵⁶⁸.

15. LA AMBIGÜEDAD DE LA ACTITUD DEL JUEZ EUROPEO Y LA ASIMETRÍA CONSTITUCIONAL COMO POSIBLE CONSECUENCIA DE LA EUROPEIZACIÓN DE LOS CONTRALÍMITES

15.1 **La primera línea jurisprudencial: la agresiva propuesta de una específica acepción de la identidad nacional en los asuntos *Viking* y *Laval***

Frente a las diversas posturas tanto innovadoras como duras, el juez europeo no ha dado una respuesta fácilmente encuadrable sino que ha elaborado, más bien, una jurisprudencia aparentemente fragmentada, en la que se pueden determinar (al menos) tres líneas de acción distintas.

En primer lugar se observan aquellas decisiones en las que el juez europeo ha manifestado una neta actitud de cerrazón (por no decir de indiferencia) frente a las previsiones de las constituciones nacionales. Desde esta perspectiva, se observa el célebre caso *Viking* en el que el Tribunal de Luxemburgo ha resuelto un delicadísimo conflicto entre la libertad de establecimiento y el derecho constitucional a la huelga⁵⁶⁹. Sin adentrarnos en la exposición de un

⁵⁶⁷ Cfr. con cuanto sostiene COSTANZO, P., *op. cit.*

⁵⁶⁸ A tal propósito es oportuno señalar que habrá que tener bajo control también, el reciente desarrollo del ordenamiento holandés. De hecho, superando una tradicional hostilidad al *judicial review*, fue aprobada una modificación de la Constitución con la finalidad de introducir un control de constitucionalidad sobre la obra del legislador. Para mayores indicaciones del *iter* seguido por la reforma holandesa ver VAN DER SCHYFF, G., «Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Bridge Too Far?», en www.germanlawjournal.com, y VAN ROOSMALEN, M., «Constitutional review in the Netherlands», en *Revista general de derecho público comparado*, 2010, 7, pp. 1-6. Como señala CHITI, M., «Il tramonto della sovranazionalità? Il caso esemplare dell'European Union Act 2011», en www.astrid-online.it, a través de la ley sobre el *Referendum lock* el ordenamiento inglés está por establecer textualmente que las disposiciones europeas se apliquen en el interior del sistema jurídico nacional en virtud de las normas internas que lo reconocen lo que prácticamente acabaría por desconocer por vía normativa el efecto directo y la misma idea de supranacionalidad.

⁵⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, C-438/05, *Viking*, del 11 de diciembre 2007.

caso ampliamente discutido por la doctrina⁵⁷⁰, será útil recordar que el caso parte del planteamiento de una cuestión de un juez inglés, que en un largo reenvío prejudicial, pregunta al Tribunal de Justicia acerca de la eficacia horizontal del art. 43 del Tratado de la Comunidad Europea y pide una respuesta sobre la relación expresada en el ordenamiento europeo entre la autonomía colectiva tutelada en las constituciones nacionales y las libertades económicas fundamentales⁵⁷¹. Preguntados por la cuestión, los jueces de Luxemburgo establecen en primer lugar que, pese a que el artículo 43 del Tratado de la Comunidad Europea sólo tiene eficacia vertical, éste, por la particular naturaleza de las partes litigantes, debe encontrar aplicación. Precizando más, tras haber recordado que la norma en cuestión no se aplica sólo a los actos de la autoridad pública, sino en relación a todos los actos normativos, el Tribunal precisa que la no inclusión de la negociación colectiva entre los procedimientos de tipo normativo podría determinar una aplicación disforme del derecho comunitario. Según el razonamiento del Tribunal, de estas consideraciones se sigue que, incluso si la negociación colectiva entra dentro del ámbito de la autonomía jurídica propia de los sujetos sindicales, el procedimiento sindical, por sus vínculos con las conclusiones de los convenios colectivos y por su naturaleza «casi normativa», entra ciertamente en el ámbito de aplicación del art. 43. Desde este punto de vista, ni la exclusión de la aplicación del art. 81 a la contratación colectiva (establecida en el caso *Albany*⁵⁷²) ni la exclusión de la com-

⁵⁷⁰ La controversia principal nace cuando, con el claro intento de regular a los trabajadores conforme a los más «cómodos» parámetros previstos por los convenios colectivos estonios, un gestor finlandés de ferries (*Viking*) pretende matricular sus embarcaciones en Estonia. Tras esta decisión, la Federación marítima finlandesa se moviliza y, para evitar el cambio de bandera, invoca la intervención de la potente federación internacional de transportes. Esta última, conforme al propio estatuto tratará de bloquear el procedimiento y a través de una circular impone a sus afiliados la prohibición de estipular acuerdos con la sociedad finlandesa. Aprovechando el ingreso de Estonia en la Unión Europea, el gestor marítimo propone un recurso con el que solicita a la *Commercial Court* de Londres que imponga a los sindicatos la retirada de la circular por ser lesiva de la libertad de establecimiento, de la libertad de circulación de los trabajadores y la libre prestación de servicios. Impugnando la decisión con la que el tribunal inglés da la razón al propietario del ferri, las siglas sindicales apelan al derecho fundamental a la negociación colectiva y, sobre la base del art. 136 del Tratado de la Comunidad Europea, requieren a la *Court of Appeal* la revisión de la decisión judicial. El juez inglés, teniendo en cuenta los perfiles del Derecho comunitario perjudiciales para la resolución de la controversia, suspende el procedimiento principal para cuestionar una serie de preguntas al juez europeo. Para más información ver VECCHIO, F., «Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?», en BASILE, F.-PILATO, M., *Studi sull'Italia e l'integrazione europea di fronte alla nuova governance mondiale in occasione del 150.º anniversario dell'Unità d'Italia*, Bari, 2012.

⁵⁷¹ Debe señalarse que BALLESTRERO, M. V., «Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero», en *Lavoro e diritto*, 2008, 2, pp. 371-392, discute que cuestión se centre en las hipótesis relativas a la libertad de establecimiento y considera que podrían centrarse más bien en la hipótesis de la violación de la libertad de prestación de servicios.

⁵⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, C-67/96, *Albany*, del 21 de septiembre de 1999.

petencia comunitaria en materia de huelga (prevista por el apartado quinto del art. 137 del Tratado de la Comunidad europea⁵⁷³) permiten excluir la aplicación de la norma. El hecho de que los estados miembros tengan libertad para determinar las condiciones de existencia y el ejercicio de derechos no reservados a la competencia europea, no implica que puedan sustraerse a las demás disposiciones del Tratado. Del mismo modo, la exclusión de la contratación colectiva de la aplicación de las reglas sobre la competencia no conlleva una automática exención de la obligación de respetar las demás reglas del derecho comunitario. En segundo lugar, una vez que se determina que el ejercicio de la autonomía colectiva puede incluirse en los ámbitos abstraídos a la aplicación de la norma comunitaria y una vez que se ha precisado que la acción colectiva amenazada por las organizaciones sindicales tienen el efecto de frustrar (o al menos limitar) el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte del gestor marítimo, los jueces tratan de indagar la relación existente entre las libertades económicas y los derechos fundamentales. Específicamente, tras establecer que, en tanto que perteneciente a las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros, el derecho a la huelga y a la autonomía colectiva son derechos considerados en el art. 28 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión europea y reconocidos por el sistema jurídico supranacional, estos se preguntan si la simple consideración de la huelga y la autonomía colectiva como derechos fundamentales puede justificar la restricción del art. 43 y concluyen la necesidad de una operación de ponderación de derechos de igual rango jurídico. Ahora, si bien es verdad que la relativización de los derechos fundamentales llevada a cabo en esta operación hermenéutica⁵⁷⁴, las modalidades concretas con las que los jueces han realizado la ponderación de derechos nos dejan un poco perplejos. De hecho, en este caso se desvían de la experiencia jurídica de los sistemas nacionales y, aplicando a la acción colectiva los parámetros propios del principio de proporcionalidad, consideran los derechos sociales tutelados por las constituciones nacionales como límites al ejercicio de las libertades económicas. Así el Tribunal, aunque invita al juez competente a realizar la valoración concreta del caso, sustancialmente llega a la conclusión de que la acción colectiva es ilegítima. Esta, aun si es idónea para realizar una ulterior finalidad reconocida por el derecho comunitario (la tutela

⁵⁷³ Según en apartado quinto del art. 137 del Tratado de la Comunidad europea las disposiciones en materia de política «no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal».

⁵⁷⁴ Es lo que señala a propósito CARUSO, B., «I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)», en *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, 2, pp. 11-59, señalando que también los ordenamientos nacionales han realizado en este modo ponderaciones entre derechos igualmente fundamentales.

de los trabajadores), no parece respetar ni el test de necesidad (conforme al cual la postura tomada debe ser la menos invasiva del bien jurídico concurrente), ni el test de proporcionalidad en sentido estricto (conforme al cual el sacrificio impuesto a un derecho fundamental por una medida vulneradora debe ser razonablemente equilibrado en relación al grado de satisfacción de ésta última)⁵⁷⁵. Según los jueces, resulta ser decisiva la circunstancia por la cual, conforme a su estatuto, el sindicato internacional interviene a petición de uno de sus afiliados «independientemente de la eventualidad de que el ejercicio por parte de este último de su derecho a la libertad de establecimiento pueda o no tener consecuencias dañosas por los puestos o las condiciones de trabajo de sus dependientes».

A una sola semana, con el caso *Laval*, el Tribunal de Justicia europeo tiene la oportunidad de rebatir la discutible orientación afirmada en el caso *Viking*⁵⁷⁶. En este caso es el juez de lo social de Estocolmo el que tratando de remover una posible medida de efecto equivalente a la libre prestación de servicios, decide suspender el juicio y plantear cuestión prejudicial a sus colegas europeos⁵⁷⁷. Los jueces de Luxemburgo reproponen un *iter* argumentativo parcialmente análogo a aquel propuesto pocos días antes y, considerando la objetiva diferencia del caso, llegan a endurecer incluso los términos de su decisión⁵⁷⁸. De hecho, puede sostenerse que el dispositivo de la sentencia *Laval* suena como una cruda condena del fundamento constitucional sueco que legitima la acción colectiva en situaciones de este tipo y, considerando el parámetro ofrecido por las normas de la Directiva 96/71 (sobre el desplazamiento de trabajadores en una prestación de servicios transnacional⁵⁷⁹), la

⁵⁷⁵ Para mayor información sobre los criterios impuestos al principio de proporcionalidad se reenvía a ALEXY, R., «Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità», en *Ars*, 2002, pp. 131-144.

⁵⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, C-341/05, *Laval und Partneri, Ltd.*, del 18 de diciembre de 2007.

⁵⁷⁷ En este caso la controversia principal comienza cuando una empresa constructora letona que debe cumplir con un contrato en Suecia reivindica, en abierto contraste con los sindicatos nacionales, la aplicación de los mínimos retributivos y de los parámetros establecidos por el convenio colectivo estipulado en Letonia. Debe señalarse que la empresa constructora es jurídicamente una empresa sueca íntegramente controlada por una sociedad letona que emplea a trabajadores de la república báltica. Las reivindicaciones de las organizaciones sindicales, más que a la tutela de los contratados envueltos en la cuestión, parecen centrarse en evitar que a través de la contratación de trabajadores *low cost* sociedades extranjeras puedan (*in primis* bálticas) disfrutar de una ilícita ventaja competitiva y puedan determinar una situación de *dumping* social, penalizando a los trabajadores suecos mejor tutelados. Tras una prolongada fase de tensión social que envuelve a tres organizaciones sindicales y que se traduce en un mes de acciones colectivas, la sociedad controlada quiebra y la sociedad controladora se ve obligada a renunciar al contrato y a dirigirse al juez de lo social de Estocolmo para pedir que declare la ilegitimidad de las iniciativas sindicales y que condene a los sujetos responsables al pago de los daños causados.

⁵⁷⁸ Comparte esta idea BALLESTRERO, M. V., *op. cit.*, p. 384.

⁵⁷⁹ Para mayor información sobre el problema del *dumping* social creado con la Directiva 96/71 se reenvía a las observaciones de PALLINI, M., «Il caso *Laval-Vaxholm*. Il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkenstein?», en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, 2, pp. 239-249.

sentencia no permite a la autoridad judicial nacional ningún margen de apreciación autónoma⁵⁸⁰. Más allá de las diferencias contingentes, lo que debe subrayarse es el camino paralelo seguido en ambas sentencias⁵⁸¹. Más específicamente, para definir el ámbito de aplicación del art. 49 del Tratado de la Comunidad europea, el Tribunal de Justicia propone la argumentación ya utilizada para precisar la dimensión del art. 43: que establece que el límite competencial dispuesto por el apartado quinto del art. 137 del Tratado no impide que, en vía de principio, los conflictos colectivos como los que han llevado a los hechos que se juzgan en la causa principal puedan ser de su competencia. Según el razonamiento desarrollado, el hecho de que la Unión no tenga competencia directa en materia de huelga y de cierre patronal no comporta que este tipo de acciones puedan violar legítimamente otras disposiciones del Tratado. Una vez reconocida la reconducción teórica de la acción colectiva al campo del art. 49, el Tribunal continúa sobre la línea inaugurada en *Viking* y excluye que la cualificación de la huelga y de la autonomía colectiva como derechos fundamentales de relevancia constitucional puedan por sí mismos comportar la legitimidad de la acción sindical. De hecho, si bien el derecho comunitario reconoce estos derechos, para evitar que a través de entes u organizaciones de naturaleza no pública se puedan producir situaciones lesivas prohibidas a los estados o entes públicos, «si deve [...] verificarse se il fatto che talune organizzazioni sindacali di uno Stato membro possano intraprendere un'azione collettiva alle predette condizioni costituisca una restrizione alla libera prestazione dei servizi e, in caso affermativo, se la stessa possa essere giustificata». En suma, de nuevo, el derecho constitucional (ciertamente expresivo de la identidad constitucional sueca) al conflicto colectivo en defensa de los derechos de los trabajadores debe «sufrir» la ponderación con un derecho de matriz económica y mercantilista. Sobre la base de esta valoración, los jueces fallan en primer lugar que la actividad sindical ha conllevado una restricción a la libertad económica, y siguiendo este esquema argumentativo, valoran la legitimidad de la acción colectiva sobre la base del principio de proporcionalidad. Diversamente al precedente examinado, en este caso el control judicial se interrumpe en el primero de los tres parámetros impuestos por el principio de proporcionalidad: la medida de la restricción a la libertad de circulación de servicios, teniendo la finalidad de imponer un estándar de

⁵⁸⁰ Confrontando *Viking* y *Laval* BALLESTRERO, M. V., *op. cit.*, pp. 384-385, subraya que mientras el dispositivo de la primera «appare più aperto e possibilista [...] quello di *Laval* [...] giudica senz'altro l'azione collettiva intrapresa dai sindacati svedesi come ingiustificata restrizione della libertà di circolazione».

⁵⁸¹ Concentra su atención sobre las diferencias BALLESTRERO, M. V., *op. cit.*, pp. 384-388.

tutela social superior a la determinada por la Directiva 96/71, no es idónea para realizar objetivos merecedores de tutela por el derecho comunitario y por tanto, para resolver el caso, no es necesario experimentar con el test de necesidad y el test de proporcionalidad en sentido estricto. Prescindiendo de este detalle, también el caso *Laval* confirma la idea de una ponderación «desequilibrada» en favor de las libertades económicas. También en este ámbito los jueces extienden su propio ámbito de competencia y, recurriendo a argumentos jurídicos discutibles⁵⁸², concretamente subordinan un derecho social constitucionalmente reconocido a la libertad de empresa. Como si ello no bastase, también en este caso los jueces, en nombre de las exigencias superiores de certeza y uniformidad, se preocupan de garantizar la predeterminación económica de los efectos de la contratación colectiva y «olvidan» que la peculiaridad de la autonomía sindical no permiten la equiparación con las reglas que gobiernan el sector público⁵⁸³.

Reenviando a las conclusiones de este capítulo de orden más general, por el momento será suficiente señalar cómo estos casos se caracterizan por una cierta (y decididamente censurable) agresividad del juez europeo: además de garantizar la aplicación uniforme de uno de los derechos (las distintas libertades de circulación invocadas) del ordenamiento europeo, el Tribunal no duda en acudir a precisos obstáculos normativos y a través del rígido marco de la proporcionalidad, no se preocupa por subestimar el valor de los derechos constitucionales invocados. Es decir, ignorando todo el debate sobre la necesidad de armonizar el respeto de los tratados europeos y el respeto de las constituciones nacionales, lo jueces de Luxemburgo reiteran centralidad de algunos derechos ligados a la identidad del ordenamiento europeo escapando de otros vinculados a las identidades constitucionales nacionales.

⁵⁸² Ver también las consideraciones de BALLESTRERO, M. V., *op. cit.*, p. 388.

⁵⁸³ En este sentido ANGIOLINI, V., «Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le Chapelier», en <http://w3.uniroma1.it/masterlavoro/>, señala que «Il fatto che (anche) il privato sia tenuto al rispetto della libertà altrui non significa, automaticamente, che egli abbia al riguardo gli stessi obblighi o doveri di un titolare di pubblici poteri: l'equiparazione del diritto allo sciopero ed alla contrattazione collettiva a misure autoritarie natura di libertà attinenti all'“autonomia privata” delle “parti sociali”; poiché, non solo in Europa bensì in tutto il moderno costituzionalismo occidentale pubblicistiche non solo non è coerente ma è in contraddizione con l'asserita loro, pubblico e privato sono differenti ed hanno discipline diverse. E confondendo tra loro pubblico e privato, sino a sovrapporli, si rischia di perdere di vista completamente la distinzione, irrinunciabile per il costituzionalismo, tra il potere e la libertà». En otro pasaje el mismo autor pone en evidencia que «E va aggiunto, perché anche questo fa parte del bagaglio di esperienze acquisito, che ogniqualevolta si è coltivato il tentativo di assorbire ed esaurire il compito di tenere in equilibrio il rapporto di lavoro solo con strumenti pubblici, demandandolo direttamente alla legge ed a meccanismi amministrativi, come è accaduto con l'“ordinamento corporativo” italiano, all'eclissi della libertà sindacale, come libertà privata, si è accompagnata un'eclissi di libertà assai più vasta».

15.2 La segunda línea jurisprudencial: el juez europeo como juez de las identidades constitucionales en los asuntos *Sayn-Wittgenstein*, *Runevič-Vardyn y Wardyn* y *Comisión contra Luxemburgo*

Como era fácilmente imaginable, la formalización de la cláusula de salvaguardia de las identidades constitucionales (en conjunción a las críticas recibidas) ha impuesto al juez europeo un replanteamiento de la durísima línea jurisprudencial seguida en los asuntos *Viking* y *Laval*.

La nueva dirección decisoria (en cierto modo anticipada por la jurisprudencia *Schmidberger* y *Omega*⁵⁸⁴) arranca en el momento en que, en el curso de un procedimiento prejudicial⁵⁸⁵, el gobierno austríaco y la Comisión invocan la protección del art. 4 del Tratado de la Unión Europea sosteniendo que la normativa sobre la prohibición de uso de títulos nobiliarios en el apellido expresa la idea nacional de igualdad y que es directamente reconducible a la concepción austríaca del orden republicano⁵⁸⁶. Llamados explícitamente a confrontarse con la cuestión de la identidad constitucional, los jueces de Luxemburgo por un lado presumen su competencia para pronunciarse y por otro lado se esfuerzan por reducir el impacto que la nueva formulación de la cláusula de salvaguardia podría tener sobre su jurisprudencia. Mas concretamente éstos, volviendo sobre algunos precedentes⁵⁸⁷, establecen que la evocación de la identidad constitucional puede tener relevancia como causa de justificación del orden público y que como tal debe ser sometida (evidentemente por el propio Tribunal de Justicia) a una rigurosa aplicación del principio de proporcionalidad⁵⁸⁸. Por tanto, una vez verificada la subsistencia de los requi-

⁵⁸⁴ Antes de la entrada en vigor de la nueva formulación de la cláusula sobre la salvaguardia de la identidad constitucional el juez europeo, con las decisiones, C-112/00, *Schmidberger*, de 12 de junio de 2003; C-369/96, *Ardblade*, de 23 de noviembre de 1999; C-159/90, *Grogan*, de 4 de octubre de 1991; C-379/87, *Groener*, de 28 de octubre de 1989 y C-36/02, *Omega*, de 14 de octubre de 2004 había considerado principios constitucionales de particular trascendencia. En concreto, en el asunto *Omega* estableció que la relevancia que el *Grundgesetz* atribuye a la dignidad humana excluye legítimamente la aplicación de una norma europea que de lo contrario permitiría la venta de un juego en el que se simula la matanza de seres humanos.

⁵⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, de 22 de diciembre de 2010. Para un comentario ver DI SALVATORE, E., «Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro», en *Quaderni costituzionali*, 2, 2011, pp. 435-436.

⁵⁸⁶ Véase el párrafo 74 y el párrafo 80 de la decisión.

⁵⁸⁷ En este sentido véase la sentencia citada en el párrafo 86.

⁵⁸⁸ En el párrafo 81 de la decisión el Tribunal establece que «Ai sensi di una costante giurisprudenza, un ostacolo alla libera circolazione delle persone può essere giustificato solo se è basato su considerazioni oggettive e se è proporzionato all'obiettivo legittimamente perseguito dalla normativa nazionale». La idea de que el juez europeo adquiera una acepción restrictiva de la identidad constitucional se desprende también del pasaje contenido en el párrafo 86 donde los jueces, tras haber definido la identidad constitucional como una expresión del orden público, afirman que «La Corte ha ripetutamente ricordato che la nozione di ordine pubblico, in quanto giustificazione di una deroga ad una libertà fondamentale, deve essere intesa

sitos de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, los jueces no pueden sino reconocer las razones de Austria y admitir la aplicabilidad concreta de una normativa abstractamente limitativa del derecho europeo.

Siempre en sede de cuestión prejudicial, la idea de que la identidad constitucional sea (sólo) una causa abstractamente legítima de restricción y que deba sin embargo condicionarse al respeto de los parámetros impuestos por la proporcionalidad ha sido, algunos meses después, rebatida en el asunto *Runevič-Vardyn y Wardyn*⁵⁸⁹. En relación con una cuestión relativa a la normativa lituana con la que se dictan las indicaciones relativas a las correctas modalidades de transcripción de un apellido, el juez europeo, incluso reconociendo que «lo scopo perseguito da una normativa nazionale come quella controversa nella causa principale, diretta a proteggere la lingua ufficiale nazionale con l'imposizione delle regole di grafia previste da tale lingua, costituisce, in via di principio, uno scopo legittimo idoneo a giustificare restrizioni ai diritti di libera circolazione e di soggiorno» e incluso reconociendo que dicha normativa «può essere presa in considerazione nella ponderazione dei legittimi interessi con i [...] diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione», han puntualizado inmediatamente que «eventuali misure restrittive di una libertà fondamentale, come quella di cui all'art. 21 TFUE, possono essere giustificate da considerazioni oggettive solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che esse mirano a garantire e solo nella misura in cui tali obiettivi non possano essere raggiunti mediante misure meno restrittive»⁵⁹⁰.

Finalmente, debe observarse que el esquema analizado ha sido recientemente revisado también en sede de recurso por incumplimiento⁵⁹¹. Concretamente, el *iter* argumentativo reaparece cuando, para sancionar una norma con

in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione europea [...]. Ne consegue che l'ordine pubblico può essere invocato soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività». Finalmente, para una ulterior confirmación de esta idea, en el párrafo 90 se puede leer que «Eventuali misure restrittive di una libertà fondamentale possono essere giustificate da motivi attinenti all'ordine pubblico solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che esse mirano a garantire e solo nella misura in cui tali obiettivi non possano essere raggiunti mediante misure meno restrittive». Puede entenderse que esta es la lectura sugerida por la doctrina en relación con la interpretación centralista del art. 4 del Tratado de la Unión Europea.

⁵⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-391/09, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, de 12 de mayo de 2011. Algunas referencias a la decisión también en GUASTAFERRO, B., «Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"», en www.forumcostituzionale.it.

⁵⁹⁰ Nótese que también el párrafo 83 precisa que «ai sensi di una costante giurisprudenza, un ostacolo alla libera circolazione delle persone può essere giustificato solo se è basato su considerazioni oggettive e se è proporzionato all'obiettivo legittimamente perseguito dalla normativa nazionale».

⁵⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, C-51/08, *Comisión contra Luxemburgo*, del 24 de mayo de 2011. Algunas referencias a la decisión también en GUASTAFERRO, B., *op. cit.*

la que se limitaba sólo a los ciudadanos nacionales el acceso a la profesión notarial, el Tribunal de Justicia responde al razonamiento con el que el gobierno de Luxemburgo invocaba la protección de la cláusula de salvaguardia y de manera manifiesta establece que «benché la salvaguardia dell'identità nazionale degli Stati membri costituisca uno scopo legittimo rispettato dall'ordinamento giuridico dell'Unione, come del resto riconosciuto dall'art. 4, n. 2, TUE, l'interesse menzionato dal Granducato può tuttavia essere utilmente salvaguardato con mezzi diversi dall'esclusione in via generale dei cittadini degli altri Stati membri».

Puede señalarse que, aunque no completamente coincidente, no se separa demasiado de la línea argumentativa similar mostrada en los casos precedentemente analizados y, en cierto modo, representa una actualización al nuevo contexto normativo. De hecho, más allá del hecho de que estas últimas decisiones toman abiertamente en consideración las nuevas referencias normativas de la identidad constitucional, no se debe dejar de observar que éstas revisan sustancialmente la lógica argumentativa de *Viking* y *Laval* y la elección de enmarcar el art. 4 entre las causas de justificación confirma la debilidad del papel reconocido a las normas que expresan las identidades constitucionales nacionales⁵⁹².

15.3 La tercera línea jurisprudencial: las decisiones *Melki* y *Chartry* del Tribunal de Justicia y la nueva interpretación de la idea de «inmediata aplicación» del derecho europeo

La dureza expresada por las decisiones antes analizadas encuentra una confirmación parcial en la tercera línea jurisprudencial seguida por el Tribunal de Justicia en materia de relaciones entre ordenamientos.

Por un lado, aprovechando la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal de Casación francés en el caso *Melki*, el juez europeo ha aprovechado la ocasión para dirigir algunas críticas a la orientación dada por la jurisprudencia constitucional francesa⁵⁹³. Sobre todo, comprensiblemente preocupado por los efectos del control de constitucionalidad de las leyes internas de aplicación

⁵⁹² Sobre la posibilidad de equiparar la nueva jurisprudencia sobre la identidad constitucional a los casos *Viking* y *Laval* ver también lo argumentado en VECCHIO, F., *La clausola di salvaguardia delle identità costituzionali*, *cit.*

⁵⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-188/10, *Melki*, de 22 de junio de 2010. Para un comentario de la decisión ver BOSSUYT M.-WERRIJDT, W., «The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the *Melki* Judgment», en *European constitutional law review*, 2011, 3, pp. 355-391.

derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ha precisado que la declaración de inconstitucionalidad de una normativa de aplicación de disposiciones europeas excluye el control de validez que le correspondería en vía exclusiva y por tanto, ha afirmado que esta práctica no es conforme al derecho comunitario⁵⁹⁴. Además, en evidente contraste con la hipótesis de una vulneración de las obligaciones derivadas con la interpretación conforme, los jueces rebaten que, conforme a constante jurisprudencia del Tribunal, sus colegas nacionales están obligados a elegir, entre los distintos significados atribuibles a la norma, aquel que mejor satisfaga las prescripciones del ordenamiento europeo. Por lo demás, continuando sobre la misma línea monitoria, los jueces rechazan la argumentación propuesta por los jueces franceses y muestran cierta intransigencia al afirmar que, prescindiendo de los plazos establecidos por la disciplina del control incidental⁵⁹⁵, el *Conseil constitutionnel*, al igual que cualquier otro órgano jurisdiccional, se encuentra obligado a plantear el reenvío prejudicial al Tribunal de Luxemburgo⁵⁹⁶: ciertamente –como muestra la propia decisión en cuestión⁵⁹⁷– la rapidez del procedimiento de urgencia debería valer para excluir la posible incompatibilidad de los términos entre el juicio de constitucionalidad (incluso en el caso de cuestión preventiva) y el reenvío prejudicial.

Sin embargo, en referencia a la cuestión de legitimidad comunitaria de las nuevas disposiciones constitucionales francesas, el juez europeo prefiere no posicionarse y, aun precisando que no es admisible en ningún caso una normativa

⁵⁹⁴ En los párrafos 55-56 el Tribunal de Justicia explícitamente afirma «Qualora, infatti, il carattere prioritario di un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale si concluda con l'abrogazione di una legge nazionale che si limita a recepire le disposizioni imperative di una direttiva dell'Unione, a causa della contrarietà di detta legge alla Costituzione nazionale, la Corte potrebbe, in pratica, essere privata della possibilità di procedere, su domanda dei giudici del merito dello Stato membro interessato, al controllo della validità di detta direttiva con riguardo agli stessi motivi relativi alle esigenze del diritto primario, segnatamente dei diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla quale l'art. 6 TFUE conferisce lo stesso valore giuridico che riconosce ai Trattati. Prima che si possa effettuare il controllo di legittimità costituzionale di una legge, il cui contenuto si limita a trasporre le disposizioni imperative di una direttiva dell'Unione, con riguardo agli stessi motivi che mettono in discussione la validità della direttiva, gli organi giurisdizionali nazionali, avverso le cui decisioni non possono essere proposti ricorsi giurisdizionali di diritto interno, sono, in linea di principio, tenuti, in virtù dell'art. 267, terzo comma, TFUE, a chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla validità di detta direttiva e, successivamente, a trarre le conseguenze derivanti dalla sentenza pronunciata dalla Corte a titolo pregiudiziale, a meno che il giudice che dà avvio al controllo incidentale di costituzionalità non abbia esso stesso adito la Corte di giustizia con tale questione in forza del secondo comma di detto articolo. Infatti, nel caso di una legge nazionale di trasposizione avente detto contenuto, la questione se la direttiva sia valida, alla luce dell'obbligo di trasposizione della medesima, riveste un carattere preliminare».

⁵⁹⁵ Ver las notas 549 y 565 del presente trabajo.

⁵⁹⁶ En la parte final del párrafo 56 de la sentencia, los jueces son muy claros a la hora de establecer que «la fissazione di un termine rigido per la durata dell'esame da parte dei giudici nazionali non può rendere vano il rinvio pregiudiziale relativo alla validità della direttiva in causa».

⁵⁹⁷ Debe señalarse que gracias al procedimiento de urgencia el Tribunal ha pronunciado la decisión en menos de tres meses desde el momento en que el juez francés ha ejercido el reenvío prejudicial.

nacional que impida o limite el reenvío prejudicial, no cierra la puerta de forma definitiva a la modalidad normativamente prevista por el nuevo control incidental de constitucionalidad⁵⁹⁸. Concretamente y según el razonamiento desarrollado, la obligación de interpretación conforme impone la adhesión a la lectura más al derecho europeo. Por tanto, siendo posibles diversas interpretaciones (como muestra el propio conflicto interpretativo entre Tribunal de Casación y *Conseil Constitutionnel*⁵⁹⁹), El Tribunal de Justicia, probablemente consciente del impacto político de una declaración de ilegitimidad, se limita a establecer que en abstracto la normativa denunciada no produce problemas de compatibilidad con el derecho comunitario⁶⁰⁰. Nada, sin embargo, se especifica en relación a los problemas conectados con la falta de coordinación de reenvíos prejudiciales y así, implícitamente, se confirma la teoría por la que el ordenamiento de la Unión, destacándose la interpretación de la «inmediata aplicación» (y por tanto la idea uniformidad que a esta se vincula) del derecho europeo ofrecida por la jurisprudencia *Simmenthal* y descontando los equilibrios consolidados en la jurisprudencia *Granital e Solange*, permite un sistema en el que el reenvío al tribunal constitucional nacional precede (quizás sobre la senda de lo que ocurrió en el caso *Federfarma* y las reticencias de los jueces a plantear el doble reenvío, se podría incluso decir que «absorbe») el reenvío al Tribunal de Justicia.

La idea de un replanteamiento de la interpretación de la «inmediata aplicación» del derecho europeo encuentra confirmación también en la decisión *Chartry* con la que el Tribunal responde a las dudas planteadas por el juez belga sobre la introducción de la cuestión prioritaria de constitucionalidad⁶⁰¹. De hecho, teniendo

⁵⁹⁸ Debe señalarse que BOSSUYT M.-WERRIJDT, W., *op. cit.*, tras vincular expresamente las nuevas reformas sobre la cuestión prioritaria de constitucionalidad con la necesidad de salvaguardar las identidades constitucionales nacionales, y tras haber expresado la idea de que los nuevos sistemas constitucionales son en sí mismos una expresión de la identidad, parecen considerar que la decisión con la que el juez europeo parece establecer la (abstracta) legitimidad de los sistemas nacionales debe reconducirse (también) a la necesidad de respetar el nuevo art. 4 del Tratado de la Unión Europea.

⁵⁹⁹ Debe subrayarse que para confirmar la plausibilidad de la interpretación propuesta por los jueces constitucionales el Tribunal de Justicia apela a la decisión 12305 con la que el 14 de mayo de 2012 el *Conseil d'Etat* expresó su posición sobre la interpretación de las normas.

⁶⁰⁰ Véase el párrafo 57 de la decisión. Critica esta postura BOSSUYT M. –WERRIJDT, W., *op. cit.*, p. 391 entendiendo que la preocupación por la salvaguardia de su doctrina podría llevar al juez europeo a no respetar las decisiones de otras jurisdicciones que componen el sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales. El mismo autor presiente que el juez europeo muestra una nueva y más flexible actitud en materia de relaciones entre ordenamientos.

⁶⁰¹ Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-457/09, *Chartry*, de 1 de marzo de 2011. Para un comentario sobre el asunto ver VECCIO, F., «Il sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali alla luce del caso Chartry della Corte di giustizia», en *Quaderni costituzionali*, 2011, 3, pp. 687-689. Más allá del perfil tomado en consideración, el auto señala también por qué, anticipando lo establecido en la decisión C-571/10, *Kamberaj*, de 24 de abril de 2012 [para un análisis ver RUGGERI, A., «La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la Cedu ed offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust. Grande

la oportunidad de corregir sus planteamientos, también en esta hipótesis los jueces aceptan la impronta general de la nueva reforma belga y se contentan con establecer (solamente) que el procedimiento incidental de control de constitucionalidad es legítimo siempre que el «carattere prioritario di siffatto procedimento *non* abbia l'effetto di impedire –tanto prima della trasmissione di una questione di legittimità costituzionale all'organo giurisdizionale nazionale incaricato di esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi quanto, eventualmente, dopo la decisione di tale organo giurisdizionale su detta questione– a tutti gli organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte⁶⁰²».

15.4 La ambigüedad del Tribunal de Justicia y los riesgos de disgregación del actual orden jurídico europeo

Aunque podríamos integrar igualmente otras líneas decisorias, la orientación jurisprudencial considerada en este capítulo parece suficiente para mostrar la complejidad del panorama general de referencia. A pesar de estas consideraciones, parece posible sostener que, en respuesta a los desafíos de la aplicación concreta de la cláusula de salvaguarda de las identidades constitucionales, el Tribunal de Justicia ha elaborado una jurisprudencia en la que la dureza del tono y la cerrazón a las decisiones de los tribunales nacionales se encuentran inextricablemente ligadas a la apertura y las concesiones.

Por un lado, tanto el absoluto desinterés por el tema que caracteriza *Viking* y *Laval*, como las sucesivas relativizaciones de la cuestión identitaria que (salvando los precedentes desde *Schmidberger* a *Omega*⁶⁰³) parten de *Sayn-Wittgenstein* testimonian una escasa voluntad por parte del Tribunal de Justicia de apartarse de la jurisprudencia con la que se ha auto atribuido la misión de garantizar la unidad y la uniformidad del ordenamiento europeo: conforme a lo que emerge desde una lectura de estos casos en cuestión, la exigencia de tutelar la homogénea aplicación de las normas europeas no puede ser discutida ni siquiera en el caso en que esta termine por determinar una comprensión de las prerrogativas (o al menos de algunas prerrogativas concretas) de la persona.

Por el contrario, no se puede dejar de poner de manifiesto que, si se tienen en la debida consideración la importancia de los mecanismos procesales para

sez., 24.4.2012)», en www.giucost.org], parece excluir que la adhesión al CEDH impone la desaplicación de las normas internas contrarias al derecho convencional.

⁶⁰² Ver párrafo 20 de la decisión donde se cita el precedente *Melki*.

⁶⁰³ Al respecto ver la nota 586.

concreta afirmación de la primacía, la prudencia que distingue las decisiones *Melki e Chartry* es una señal clara de debilidad y, conduciendo a un vaciamiento sustancial de la doctrina de la *primauté*, extiende (más allá de los confines de Francia y Bélgica⁶⁰⁴) los márgenes para actuaciones jurisprudenciales conducentes a crear una diferenciación de base nacional. Por otro lado, más allá de los efectos determinados por las dos sentencias recién citadas, parece ir en la misma dirección la timidez (si no el silencio) con el que el juez europeo se enfrenta a algunas decisiones cruciales: tanto la falta de sanción de los casos en los que la intervención jurisprudencial nacional se traduce en la aplicación de un contralímite material (o como hemos visto en las líneas anteriores incluso formal)⁶⁰⁵, como la elección al reafirmar sólo por vía incidental algunos principios históricamente vinculados a la uniformidad del sistema (interpretación conforme del derecho europeo, obligación de planteamiento de cuestión prejudicial por la jurisdicción nacional de última instancia y prohibición de intervención nacional en los ámbitos regulados por la directiva) son incentivos extraordinarios para las conductas jurisprudenciales antieuropeas y ciertamente representan testimonios del éxito de próximas diferenciaciones nacionales.

Sin aventurarnos en reconstrucciones generales que, por lo novedoso y delicado del tema tratado, prematuras, parece posible concluir que las tendencias expresadas hasta ahora por el juez europeo parecen en todo caso criticables y que en todo caso se desvían de la jurisprudencia «heroica» de los años sesenta y setenta⁶⁰⁶. De hecho, parece casi que, una vez comprendido que las exigencias de uniformidad pueden contrastar con la tutela de los derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia, olvidándose de que el fundamento principal de su base de acción reside (no tanto en la letra de los Tratados, sino más bien) en la necesidad de intervenir para garantizar la uniforme aplicación de los derechos individuales reconocidos por el ordenamiento supranacional, no aproveche completamente el «potencial» constitucional contenido en las actuales disposiciones europeas (por ejemplo las disposiciones de la Carta de derechos fundamentales, de las disposiciones sobre no discriminación o de las disposiciones en materia de ciudadanía

⁶⁰⁴ Por ejemplo, al menos en abstracto se podría pensar que, sobre la senda de las indicaciones que emergen de las dos decisiones, los jueces constitucionales italianos y alemanes podrían ser inducidos a modificar las orientaciones consolidadas hasta ahora en *Granital* y *Solange II*. Debe decirse que por el momento, al menos, TESAURO, G., «Relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia», en www.cortecostituzionale.it, en relación al Tribunal italiano excluye tal eventualidad.

⁶⁰⁵ Puede señalarse que en el asunto C-224/01, *Köbler*, del 30 settembre 2003, el Tribunal de Justicia ha establecido expresamente que es posible recaer en una condena por incumplimiento por actuaciones de órganos jurisdiccionales internos.

⁶⁰⁶ BIFULCO R.-CARTABIA M.-CELOTTO, A., «Introduzione», en BIFULCO R.-CARTABIA M.-CELOTTO, A., *L'Europa dei diritti*, 2001 define «heroica» la jurisprudencia de los años sesenta del Tribunal de Justicia aunque tema los riesgos de nuevas escapadas del juez europeo.

europea⁶⁰⁷): es sólo la precavida y discutible renuncia a conciliar (o al menos a tratar seriamente de conciliar) uniformidad y garantía de derechos a través de la definición de un estándar supranacional común lo que empuja al juez europeo a elaborar una jurisprudencia ambigua que en ciertos casos, en nombre del respeto a la identidad constitucional, sacrifica las exigencias de uniformidad (o al menos tácitamente asume, *pro bono pacis*, ciertos inconvenientes) y en otros casos mortifica la afirmación de prerrogativas individuales. Por otro lado, más allá del hecho de que ambas opciones produzcan efectos altamente indeseados, la impresión es que a la larga pueda ser la segunda tendencia la que prevalezca sobre la primera: es bastante realista considerar que la insostenibilidad política y social de orientaciones jurisprudenciales que sistemáticamente comprimen los derechos fundamentales (especialmente, pero no exclusivamente, los derechos sociales) en nombre de las libertades económicas, pueda, antes o después, terminar por abrir el camino a intervenciones nacionales correctoras (o según los casos, de preven-

⁶⁰⁷ En este sentido es muy importante señalar que, en materia de derecho a reunificación familiar, el Tribunal de Justicia había empezado a expresar una orientación auténticamente progresista a través de la cual comienza a individualizar los derechos de la Carta de derechos fundamentales. Por ejemplo en el asunto C-34/09, *Zambrano*, del 8 de marzo de 2011 (véanse también las conclusiones del abogado general Sharpstone), el Tribunal extiende la lógica sostenida a las argumentaciones utilizadas en el asunto C-200/02, *Chen*, del 19 de octubre de 2004 y a través del reclamo de la ciudadanía europea impone a las autoridades nacionales la tutela de un derecho previsto en la Carta (en este caso el artículo 7) independientemente de cualquier ejercicio de la libertad de circulación. Una orientación parecida que, en caso de consolidarse, daría relevancia autónoma a las disposiciones contenidas en la Carta de derechos fundamentales y, por tanto, revolucionaría el orden jurídico europeo, pero que ha sido desmentida recientemente en el asunto C-256/11, *Dereci*, del 15 de noviembre de 2011. Para más detalles sobre el asunto *Zambrano* véase VECCHIO, F., «Il caso Ruiz Zambrano tra cittadinanza europea, discriminazioni a rovescio e nuove possibilità di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione», en *Diritto pubblico comparato europeo*, 2011, pp. 1249-1251. Para una reconstrucción compleja de este asunto jurisprudencial véase VAN DEN BRINK, M. J., «EU Citizenship and EU Fundamental Rights: Taking EU Citizenship Rights Seriously?», en *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, 2, pp. 273-289, que parece sostener la tesis propuesta en esta sede.

Conforme a otra orientación el Tribunal de Justicia podría arrogarse la competencia en relación a la discriminación inversa producida por la aplicación del derecho europeo. Esta interesante propuesta (realizada por PISTORIO, G., «Le discriminazioni a rovescio derivanti dall'applicazione del diritto comunitario», en www.europeanrights.eu) tendría la ventaja de determinar una solución uniforme a algunos problemas concretos de la aplicación del derecho de la Unión europea.

Se podría obviamente objetar que planteamientos de este tipo terminan por no considerar los vínculos de competencia del sistema europeo. No obstante, aunque fundamentada, esta objeción no parece insuperable. De hecho, por un lado se puede rebatir que, desde el origen del proceso de integración, el límite de las competencias atribuidas ha mostrado cierta «porosidad»: basta pensar en la desventura con la que las instituciones jurisdiccionales y normativas europeas intervienen en ámbitos que en rigor estaría cerrados a su actuación. Por otro lado es fácil observar cómo en los casos *Viking* y *Laval* el juez europeo no ha tenido escrúpulos a la hora de activar los límites de competencia explícitamente establecidos por el derecho originario de la Unión y no se entiende por qué deberíamos sorprendernos si tratase de superarlos con la finalidad de reequilibrar los desequilibrios producidos por su jurisprudencia en materia de tutela de derechos distintos a las libertades económicas. A decir verdad, a pesar de las apariencias, intervenciones de este tipo parecen más legítimas a las adoptadas en otras circunstancias por la jurisprudencia de Luxemburgo.

ción) y por obligar al juez europeo a una actuación más derrotista. En resumen, si no quiere perder las bases de su legitimación, el juez europeo debe buscar caminos alternativos a los que ha seguido para consolidar el mercado único, de lo contrario se materializa el riesgo de que una jurisprudencia nacional más seductora (que en nombre de la identidad constitucional se preocupe por proteger atractivos derechos en el nuevo contexto social) adquiera un mayor consenso que la jurisprudencia europea (sustancialmente deslegitimada en tanto que considerada perniciosa para la plena afirmación de derechos considerados esenciales) y termine por limitar su radio de acción.

CONCLUSIONES

LA ASIMETRÍA CONSTITUCIONAL COMO POSIBLE CONSECUENCIA DE LA EUROPEIZACIÓN DE LOS CONTRALÍMITES: ¿UNIDOS EN LA DIVERSIDAD O DIVERSOS EN LA UNIÓN?

El análisis normativo y jurisprudencial realizado en las páginas precedentes debería ser suficiente para mostrar cómo las nuevas normas introducidas por el Tratado de Lisboa están progresivamente creando las condiciones para determinar nuevos equilibrios en las relaciones entre ordenamientos. Como se ha visto, preocupados por las exigencias de tutela de la identidad constitucional los diferentes actores del sistema integrado europeo están poniendo en discusión algunos postulados básicos de la doctrina de la *primauté*: desde la vertiente interna, a través de la inversión de la obligación de la interpretación conforme, a través de la inversión del orden del reenvío prejudicial en la hipótesis de la doble prejudicialidad y a través del control de constitucionalidad de los actos de ejecución del derecho europeo, las instituciones nacionales (no sólo la jurisdicción constitucional, sino también los jueces ordinarios, los legisladores y redactores de las reformas constitucionales) se dotan de instrumentos que pueden materialmente (o, cuando no se tiene la sensibilidad de guardar al menos las apariencias, incluso formalmente) integrar la determinación de verdaderos contralímites; desde la vertiente europea, la inquietante sensación de una tendencia a la renacionalización se alimenta también por las primeras señales del Tribunal de Justicia (en materia de doble reenvío) y, más en general, por los ambiguos silencios con los que la institución jurisdiccional ha acogido las provocaciones y los «golpes» provenientes de los sistemas nacionales.

Por sí mismo, como nos muestra la historia del proceso de integración y la historia de las relaciones entre tribunales, el tono polémico que en ocasiones

usan los distintos actores que componen el panorama institucional europeo no es una novedad y hoy día no debería escandalizar a nadie. Del mismo modo, es cierto que tampoco un cambio en la modalidad de las relaciones entre ordenamientos representa un problema trágico: a cada fase de revisión normativa y política del equilibrio europeo –y, entre ampliaciones, nuevos Tratados y la crisis como la que estamos viviendo en estos años– han correspondido siempre revisiones y reconfiguraciones estructurales y como se ha visto en el transcurso de las negociaciones los puntos de equilibrio entre primacía e identidad han evolucionado a lo largo del tiempo. Continuando con la evocadora metáfora geológica utilizada en la introducción, incluso los corrimientos de tierra revelados podrían entenderse como movimientos telúricos de asentamiento perfectamente compatibles con el modelo teórico de la unidad en la diversidad. Sin embargo, aunque se pretenda sostener que la «armonía entre diversos» se basa sobre un equívoco metodológico que vincula la interpretación material de las normas constitucionales a consideraciones (sólo) formales de los contralímites y aunque se pretende redimensionar el significado que puede tener la respuesta de la propia conflictividad de un sistema que debería basarse en el diálogo interinstitucional, no se podría extender esta visión al contexto socio político actual si se observa inmediatamente cómo se han debilitado los factores sociales que históricamente legitimaron la primacía y lo fuertes que son las razones para preocuparnos por los actuales derroteros de la integración europea. Sobre todo, como hemos visto, es por la espantosa crisis económica y financiera de estos años por lo que Europa se encuentra llamada a afrontar lo que se ha traducido en una crisis de legitimidad de las instituciones europeas y de las jurisdiccionales en particular: en un contexto político en el que es la propia idea de la globalización económica la que se pone en discusión no es de sorprender que las libertades de circulación económicas (sobre las que obstinadamente el Tribunal de Justicia continua fundando su intervención) se consideren de forma más problemática de lo que se hacía en el pasado y se encuentren ahora menos apetecibles que las demás prerrogativas personales que los jueces nacionales prometen defender a través de la invocación de la identidad nacional. En segundo lugar, también las razones institucionales que han favorecido la afirmación de la primacía parecen haberse aguado: por un lado, la introducción de la regla del voto de la mayoría en el Consejo de ministros priva a todos los gobiernos del control que cada uno de ellos ha ejercido (de forma individual) en el proceso de integración; por otro lado, en muchos casos las jurisdicciones superiores (sobre todo las jurisdicciones constitucionales) se han apoderado del control ejercido por los jueces de nivel inferior (sólo a título de ejemplo se puede indicar el ejercicio de control directo de constitucionalidad en los casos

en los que no se haya dado correcta aplicación a las prescripciones supranacionales) y han deshecho uno de los principales intereses de la utilización del reenvío prejudicial. Finalmente, a todo ello se une que la «vieja» concepción del federalismo europeo no parece tener ya la relevancia que tenía al principio de los años sesenta: aplastada entre las voces de quienes propugnan una vuelta a los esquemas institucionales del estado nación y las voces de los que, por el contrario, sostienen el mantenimiento de una indefinida perpetuación de la integración funcionalista, la idea de una Europa federalista parece haber perdido la atracción de hace algunos decenios.

En resumen, del cuadro representado emergería cómo existen numerosos factores para dudar que los «seísmos» registrados sean simples «movimientos telúricos de asentamiento». Por el contrario, considerando la capacidad que tiene la identidad constitucional de asumir contenidos tan distintos y teniendo en cuenta el hecho de que las fuerzas sociales que tradicionalmente han legitimado la *primauté* parecen haber perdido interés en un ulterior avance (cuando no son abiertamente hostiles) del proceso de integración, sería incluso legítima la hipótesis de que, con el consenso del Tribunal de Justicia, los instrumentos analizados en los párrafos precedentes estén destinados a encontrar aún aplicación.

Si tal hipótesis debiera confirmarse sería preciso volver a reflexionar sobre la configuración general del modelo ordinamental europeo. En particular, por basarse en la dimensión hipotética de los límites al ordenamiento europeo y sobre la función dialéctica de la identidad constitucional, la imagen de una constitución compuesta y multinivel que hasta ahora ha sido tan útil para explicar el funcionamiento materialmente unitario del sistema europeo, a medida que se continuasen aplicando más o menos explícitamente las cláusulas de salvaguardia, comenzaría a hacerse cada vez menos satisfactoria. Se concluiría entonces en una situación en la que el reconocimiento europeo de la teoría de los contralímites tendría una lectura de continuidad con la filosofía que ha inspirado estos últimos años la integración comunitaria y que, en nombre de la persecución de una nueva etapa del camino europeo ha sacrificado la aspiración de la uniformidad. Incluso, en una hipótesis similar, por su capacidad (al menos potencial) de «domesticar» un principio (la primacía) específicamente pensado para garantizar la homogeneidad del ordenamiento supranacional, las nuevas normas introducidas con el Tratado de Lisboa y la correlativa construcción dogmática y jurisprudencial que las interpretan deberían ser leídas como una perfecta traducción de lo que, según autorizadas opiniones, parece haber sido el compromiso político fundamental que ha guiado a los redactores de los últimos proyectos de reforma: un avance en el

proceso europeo a cambio de la concesión de formas flexibles y diferenciadas de integración. En particular, proyectando la aspiración a la asimetría de una dimensión dinámica, ello contribuiría a controlar, además de las normas originarias, también las normas derivadas y permitiría la introducción de márgenes, significativos, de diferenciación en relación a toda la producción jurídica de las instituciones comunitarias.

En definitiva, podría sostenerse que, por muy paradójico que puede parecer, la aplicación de una cláusula que ha sido celebrada como un paso adelante en la senda de la unidad en la diversidad pueda, en la práctica, convertirse en una táctica para alimentar las diferencias dentro del sistema europeo y para continuar configurando la Unión europea como un mero espacio compartido, irremediabilmente señalado por las diferencias identitarias de cada uno de los actores partícipes.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milán, 1991.
- AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Milán, 2008.
- ALBI, A., «From the Banana saga to a sugar saga and beyond: could the post-communist constitutional courts teach the EU a lesson in the rule of law?», *Common market law review*, 2010, 47, pp. 791-829.
- ALLEGRI, G., «Il Consiglio costituzionale francese, il Trattato di Lisbona e le modifiche alla Costituzione francese», en www.europeanrights.com.
- ALONSO GARCÍA, R., «El Conseil d'Etat ante la encrucijada constitucional: ¿Waterloo para la soberanía francesa o triunfo de la confianza recíproca europea? (asunto Arcelor, 8 de febrero de 2007)», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 2007, 247, pp. 3-8.
- «Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 1, pp. 1-30.
- «The Spanish Constitution and the European Constitution: the script for a virtual collision and other observations on the principle of primacy», en www.germanlawjournal.com.
- ALTER, K., *Establishing the supremacy of European law*, Nueva York, 2001.
- AMALFITANO, C., «Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta», en www.forumcostituzionale.it.
- AMATO, G., «Conclusioni del Congresso dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», 2005, en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- ANZON, A., «Relazione al seminario della Corte costituzionale su "Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona"», en www.cortecostituzionale.it.
- ASTOLFI, A. M., «Sulla diretta applicabilità della direttiva comunitaria che dispone l'abolizione dei diritti per i servizi amministrativi», *Diritto degli scambi internazionali*, 1971. pp. 239-249.

- BALAGUER CALLEJÓN, F., «El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea», *Revista española de derecho constitucional*, 2008, 83, pp. 57-92.
- «Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista española de derecho constitucional*, 2003, 3, 69, pp. 181-213.
- *Fuentes del derecho*. Vol. I, Madrid, 1991.
- «Il principio di sussidiarietà nella Costituzione spagnola e negli Statuti di autonomia, nella prospettiva europea» en www.amministrazioneincammino.luiss.it.
- «La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa», *Revista de derecho constitucional europeo*, 2007, 8, pp. 11-41.
- «Le Corti Costituzionali e il processo di integrazione europea», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- «Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en www.laley.es.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coordinador)-BALAGUER CALLEJÓN, M.-CÁMARA VILLAR, G.-LÓPEZ AGUILLAR, J.-MONTILLA MARTOS, J., *Manual de derecho constitucional*. Vol. I, Madrid, 2009.
- *Manual de derecho constitucional*. Vol. I, Madrid, 2011.
- BALDASSARRE, A., «La normatività della Costituzione ed i suoi nemici», *Rivista di diritto costituzionale*, 2007, 1, pp. 3-51.
- «Costituzione e teoria dei valori», *Politica del diritto*, 1991, 1-4, pp. 639-658.
- «La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo», *Diritto pubblico comparato europeo*, 2006, 2, pp. 983-991.
- BANASZAK, B. B., *Impact of european integration on the law and constitutional sistem in Poland*, Varsovia, 2009.
- BAÑO LEÓN, J. M., «Los derechos fundamentales en la Comunidad europea y la competencia del juez nacional», *Revista española de derecho administrativo*, 1987, 54, pp. 277-286.
- BARBERA, A.-FUSARO, C., *Corso di diritto pubblico*, Bolonia, 2001.
- BARILE, G., «Sulla struttura delle Comunità europee», *Rivista di diritto internazionale*, 1964, 1, pp. 17-22.
- BARILE, P., «Il cammino comunitario della Corte costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1, pp. 2406-2419.
- «Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana», *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1, pp. 641-653.
- BARONE, G., *Diritti fondamentali*, Acireale, 2008.
- BARTOLE, S., «Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” tra ordinamenti», *Le regioni*, 2008, 4-5, pp. 897-904.
- BASSANINI, F.-TIBERI, G., *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bolonia, 2008.

- BAZZOCCHI, V., «Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro», *Quaderni costituzionali*, 2005, 4, pp. 884-886.
- «Il mandato di arresto europeo e le Corti supreme nazionali», *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 3, pp. 661-690.
- BELLANOVA, R.-DE HERT, P.-DE VRIES, K.-GUTWIRTH, S., «The German Constitutional Court Judgement on data retention: proportionality overrides unlimited surveillance (doesn't it?)», en DE HERT, P.-GUTWIRTH, S.-LEENES, R.-POULLET, Y., *Computers, Privacy and Data Protection: an Element of Choice*, Berlino, 2011.
- BERNARDINI, M. G., «L'Unione Europea e il Trattato di Lisbona: nuove frontiere per la tutela multilivello dei diritti», *Diritto e società*, 2010, 3-4, pp. 411-449.
- BERRI, M., «Brevi riflessioni sulla "lezione" della Corte comunitaria», *Giurisprudenza italiana*, 1978, 1, pp. 1153-1156.
- «Esecutività delle decisioni dell'Alta Autorità della CECA e problemi sull'inserimento del diritto comunitario nell'ordinamento italiano», *Giustizia civile*, 1964, 3, pp. 131-135.
- «Il preteso potere del giudice di disapplicare leggi interne illegittime, perché riprodotte di regolamenti comunitari», *Giustizia civile*, 1976, 4, pp. 3-6.
- «Illegittimità costituzionale di norme legislative italiane che trasformano in legge interna regolamenti comunitari direttamente applicabili», *Giurisprudenza italiana*, 1975, 1, pp. 425-430.
- «Legittimità della normativa comunitaria», *Giurisprudenza italiana*, 1974, 1, pp. 513-518.
- «Ordinamento comunitario e ordinamento interno», *Giustizia civile*, 1966, 3, pp. 3-7.
- «Sull'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia di interpretazione giurisprudenziale autentica ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE», *Giustizia civile*, 1963, 1, pp. 1226-1231.
- «Sulla priorità del diritto comunitario», *Giustizia civile*, 1964, 1, pp. 1894-1898.
- BERZINA-ANDERSONE, I., «Case note on the judgement of the Latvian Constitutional court in the case concerning the Treaty of Lisbon», en www.sorensen.com.
- BIFULCO, R., «La riforma costituzionale del federalismo tedesco del 2006», en www.astrid-online.it.
- BILE, F., «Orientamenti sulla legittimità costituzionale delle leggi di ratifica dei Trattati istitutivi delle Comunità europee», *Giustizia civile*, 1965, 3, pp. 38-45.
- «Questioni di legittimità costituzionale e diritto comunitario», *Giustizia civile*, 1965, 1, pp. 1249-1252.
- BIN, R., «Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto?», en BRUNELLI, G.-PUGIOTTO, A.-VERONESI, P., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, pp. 35-60.
- BIONDI, A., «Principio di supremazia e costituzione inglese», en www.forumcostituzionale.it.

- BLANCO DE MORAIS, C., «A sindicabilidade do direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional Português», en AA.VV., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coímbra, 2010, pp. 221-255.
- BLANKE, H., «The protection of fundamental rights in Europe», en www.europeanpubliclaw.eu.
- BOGGERO, G., «La co-responsabilità per l'integrazione europea dei Länder tedeschi e del Bundesrat», en www.federalismi.it.
- BOGNETTI, G., *Federalismo*, Turín, 2005.
- BON VALSASSINA, M., «Considerazioni sulla sentenza n. 14 della Corte Costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 133-144.
- BOTHE, M., «Integrazione europea e patriottismo parlamentare», en www.astrid-online.it.
- BOULANGER, C., «Europeanization Through Judicial Activism? The Hungarian Constitutional Court's Legitimacy and the "Return to Europe"», en CZARNOTA, A.-KRYGIER, M.-SADURSKI, W., *Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement for the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*, Dordrecht, 2006, pp. 263-280.
- BRIBOSIA, H., «Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et sus états membres», *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2005, 1, pp. 25-64.
- BŘÍZA, P., «The Czech Republic: The Constitutional Court on the Lisbon Treaty Decision of 26 November 2008», *European constitutional law review*, 2009, 5, pp. 143-164.
- BRUNNER, G.-SOLYOM, L., *Constitutional judiciary in a new democracy*, Ann Arbor, 2000.
- CALAMO SPECCHIA, M., «Il Conseil Constitutionnel e l'exception d'inconstitutionnalité», en www.astrid-online.it.
- CALVANO, R., «Il caso "Mangold": la Corte di giustizia afferma (senza dirlo) l'efficacia orizzontale di una direttiva comunitaria non scaduta?», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- *Legalità costituzionale e mandato di arresto europeo*, Napoli, 2007.
- «Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed un vecchia obiezione, nota a sentenza n. 227 del 2010», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de derecho constitucional europeo*, 2005, 4, pp. 9-42.
- «Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo», *Revista de derecho constitucional europeo*, 2009, 11, pp. 209-227.
- CAMISÃO, I.-LOBO-FERNANDES, L.-MADEIRA FROUFE, P.-SILVEIRA, A., «Reflexão sobre o "tratado de Lisboa"», *Scientia Iuridica*, 2008, 1, pp. 117-129.

- CANNIZZARO, E., «Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità», *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, pp. 245-271.
- «La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008», *Rivista di diritto internazionale*, 2008, 3, pp. 789-793.
- CANTARO, A., «Costituzione europea e partito americano», *Democrazia e diritto*, 2003, 2, pp. 61-79.
- «Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”. La integración “protegida”», *Revista de derecho constitucional europeo*, 2010, 13, pp. 121-164.
- *Europa sovrana: la Costituzione dell'Europa tra guerra e diritti*, Bari, 2003.
- *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, Torino, 2010.
- «La disputa sulla Costituzione europea», en AA.VV., *Verso la Costituzione Europea*, Milano, 2003, pp. 29-87.
- CAPELLI, F., «Conseguenze “prevedibili” di una sentenza», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, pp. 103-120.
- «Il diritto della CEE e l'unità politica dell'Europa», *Diritto degli scambi internazionali*, 1973, pp. 315-318.
- «L'applicabilità immediata della normativa comunitaria negli ordinamenti interni degli Stati membri», *Foro padano*, 1970, 5, pp. 25-28.
- «Norme nazionali posteriori confliggenti con quelle comunitarie», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1975, pp. 640-653.
- CAPONI, R., «Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del *Mangold-Beschluss* della Corte costituzionale tedesca)», en www.astrid-online.it.
- «Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)», *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 403.
- CAPOTORTI, F., «Sull'interpretazione uniforme dei trattati europei», *Rivista di diritto internazionale*, 1960, pp. 3-25.
- CAPURSO, M., «Criteri ermeneutici in ordine all'applicazione di norme comunitarie, convenzionali e derivate, configgenti con norme di diritto interno», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975, pp. 1057-1096.
- «Le ideologie giuridiche dello Stato nazionale moderno e l'ordinamento comunitario nella giurisprudenza italiana», *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1970, 29-30, pp. 247-293.
- CARBONE, S.-SORRENTINO, F., «Corte di Giustizia o corte federale delle Comunità europee?», *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1, pp. 654-668.
- CARTABIA, M., «Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, comunitaria e costituzionale», *Foro italiano*, 1997, 5, pp. 222-225.
- «El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia», *Revista española de derecho europeo*, 2007, 22, pp. 231-236.
- «Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali», *Iustitia*, 2008, 4, pp. 399-409.

- «I parlamenti nazionali nell'architettura costituzionale dell'Unione europea. Che cosa resta in caso di mancata ratifica?», en www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.
- «Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici», *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, pp. 3564-3574.
- «L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti», *Quaderni costituzionali*, 2009, 3, p. 537.
- «Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pp. 1012-1023.
- «“Unità nella diversità”: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali», en www.giustamm.it.
- CARTABIA, M.-CELOTTO, A., «La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza», *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 6, pp. 4477-4508.
- CARTABIA, M.-DE WITTE, B.-GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.-PÉREZ TREMP, P., *Constitución europea y constituciones nacionales*, Valencia, 2005.
- CARUSO, C., «La Decisione “El Dridi” della Corte di Giustizia secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato: dall'interpretazione pregiudiziale al sindacato di legittimità comunitaria?», en www.forumcostituzionale.it.
- CASSESE, S., «Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?», *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, pp. 141-167.
- «Intervento al seminario del 19 ottobre 2009 su “La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona”», en www.cortecostituzionale.it.
- «L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea», *Foro italiano*, 2005, 5, pp. 374-376.
- «L'Unione europea e il guinzaglio tedesco», *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 9, pp. 1003-1007.
- «Ordine giuridico europeo e ordine nazionale», en www.cortecostituzionale.it.
- CASSETTI, L., «Il “Si, ma” del Tribunale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea», en www.federalismi.it.
- CASTORINA, E., *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2007.
- CATALANO, N., «L'inserimento diretto delle disposizioni contenute nel trattato istitutivo della Comunità Economica Europea negli ordinamenti giuridici degli Stati membri», *Foro padano*, 1963, 5, pp. 33-42.
- «Portata dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri», *Foro italiano*, 1964, 4, pp. 152-160.
- «Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee», *Foro italiano*, 1964, 1, pp. 465-475.
- «Compatibilità con la Costituzione italiana della legge di ratifica del Trattato Ceca», *Foro italiano*, 1966, 1, pp. 9-12.

- CATALANO, N., «I mezzi per assicurare la prevalenza dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento interno», *Giustizia civile*, 1978, 1, pp. 816-821.
- CATELANI, A., «Costantino Mortati e le Costituzioni moderne», *Diritto e società*, 2010, 3-4, pp. 305-331.
- CASTELLANETA, M., «La Consulta belga assolve il mandato d'arresto: non esiste un contrasto con l'equo processo», *Guida al diritto-Diritto comunitario e internazionale*, 2007, 6, pp. 94-95.
- CECCANTI, S., «Revisione francese. La rivincita di Vedel e Duverger», en www.forum-costituzionale.it.
- CELOTTO, A., «Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di "comunitarietà"», *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 3, pp. 1732-1735.
- «Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione e interpretazione conforme», en www.giustamm.it.
- «I controlimiti "presi sul serio"», en www.giustamm.it.
- «Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDH direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)», en www.giustamm.it.
- «La primauté nel Trattato di Lisbona», en www.giustamm.it.
- «Legittimità costituzionale e legittimità comunitaria», *Rassegna diritto pubblico europeo*, 2002, 1-2, pp. 47-61.
- «Le "modalità" di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, 6, pp. 1473-1484.
- *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Turín, 2010.
- «Primato del diritto europeo nel progetto di Costituzione», en www.giustamm.it.
- «Una nuova ottica dei "controlimiti" nel Trattato costituzionale europeo», en www.forumcostituzionale.it.
- CELOTTO, A.-GROPPI, T., «Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, 6, pp. 1309-1384.
- CHELI, E., «La riforma del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia», en www.astrid-online.it.
- CHITI, M., Am Deutschen Volke. «Prime note sulla sentenza del *BundesVerfassungsgericht* del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania», en www.astrid-online.it.
- «Il tramonto della sovranazionalità? Il caso esemplare dell'European Union Act 2011», en www.astrid-online.it.
- «La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo», *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 9, pp. 961-967.
- COHEN-ELIYA, M.-PORAT, I., «Proportionality and the culture of justification», *American journal of comparative law*, 2011, 2, pp. 463-489.

- COLAVITTI, G.-PAGOTTO, C., «Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDH grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso? Nota a Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2010, n. 1220», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- CONDORELLI, L., «Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto», *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1, pp. 669-676.
- CORTESE RIVA PALAZZI, E., «L'applicabilità immediata delle direttive comunitarie», *Foro padano*, 1971, 4, pp. 3-6.
- COSTANZA, C. E., «Regolamenti comunitari e norme nazionali nella sentenza n. 232 del 30 ottobre 1975 della Corte Costituzionale», *Rivista di diritto europeo*, 1976, pp. 132-140.
- COSTANZO, P., «Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)», en www.giurcost.org.
- COSTATO, L., «Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed efficacia in Italia del diritto comunitario», *Rivista di diritto agrario*, 1979, 2, pp. 3-21.
- CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padua, 1971.
- DANIELE, L., «Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di giustizia comunitaria», *Foro italiano*, 1990, 1, pp. 1855-1860.
- DANN, P.-RYNKOWSKI, M., *The unity of european Constitution*, Berlino, 2006.
- D'ATENA, A., «Costituzione e principio di sussidiarietà», *Quaderni costituzionali*, 2001, 1, pp. 13-34.
- «Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, 3-4, pp. 603-628.
- «La sussidiarietà tra valori e regole», *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2004, 2, pp. 69-71.
- «Modelli federali e sussidiarietà nel riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri», *Diritto dell'Unione europea*, 2005, 1, pp. 13-34.
- DEGNI, M.-IOVINELLA, G., *Federalismo modello Germania*, Roma, 1995.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen - La déclaration du Tribunal constitutionnel du 13 décembre 2004», *Cahiers de droit europeenn*, 2005, pp. 5-6.
- DE MATTEIS, L., «L'adesione dell'UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il dibattito in corso», en www.europeanrights.com.
- DE PETRIS, A., «L'affare Guttember, ovvero andare lander, andare sitten», en www.rivistaaic.it.
- DEMURO, G., «La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di applicazione dei regolamenti comunitari», *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, pp. 2366-2395.
- DE SIMONE, C., «Pitting Karlsruhe Against Luxembourg? German Data Protection and the Contested Implementation of the EU Data Retention Directive», en www.germanlawjournal.com.

- DE STEFANO, M., «Dopo la Corte di Strasburgo, la revisione del processo penale in Italia: una sentenza epocale della Corte costituzionale», en www.european-rights.eu.
- DE VERGOTTINI, G., «Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea», en www.forumcostituzionale.it.
- DE WITTE, B., «Direct Effect, supremacy, and the nature of the legal order», en CRAIG, P.-DE BURCA, G., *The evolution of EU law*, Oxford, 1999, pp. 177-213.
- DEZSO, M., *Hungary*, Alphen aan den Rijn, 1999.
- DÍEZ PICAZO, L. M., «Treaty or Constitution? The Status of the Constitution for Europe», en www.jeanmonnetprogram.org.
- DI MARTINO, A., «Il Tribunale costituzionale tedesco delimita gli effetti nel diritto interno delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- DI SALVATORE, E., «Forze armate e libertà di lavoro delle donne, tra diritto comunitario e *Grundgesetz*: il caso *Kreil*», *Diritto pubblico comparato europeo*, 2000, 2, pp. 767-773.
- DI SALVATORE, E.-MANGIAMELI, S., «Il nuovo assetto dell'Unione europea e l'impatto sulla forma di governo italiana», en www.astrid-online.it.
- DUPRÈ, C., *Importing the law in post communist traditions: the hungarian constitutional court and the right to human dignity*, Oxford, 2003.
- DURANTE, F., «Diritto interno e diritto comunitario», *Rivista di diritto internazionale*, 1966, pp. 53-57.
- «Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee», *Rivista di diritto internazionale*, 1963 pp. 415-421.
- DURANTI, F., «Il Conseil constitutionnel e la nuova Costituzione europea», en www.forumcostituzionale.it.
- «Il Tribunal Constitucional e la nuova Costituzione europea», en www.forumcostituzionale.it.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE, O., «Il Conseil constitutionnel ed il processo di integrazione comunitaria», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- EMBID IRUJO, A., «Derechos fundamentales y protección jurídica contra actos de organizaciones internacionales. El caso Eurocontrol», *Revista española de derecho administrativo*, 1983, 38, pp. 421-427.
- ESPOSITO, C., «Costituzione, leggi di revisione della Costituzione e "altre" leggi costituzionali», en ESPOSITO, C., *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992, pp. 355-392.
- EVAS, T.-LIEBERT, U., «Enhancing democracy through constitutional pluralism? The Czech, German, and Latvian Lisbon rulings in dialogue», en www.jhubc.it/ecprporto/.

- FABBRINI, F., «Corte di Cassazione francese, Corte di Giustizia Europea e diritto comparato», en www.astrid-online.it.
- «Francia: poteri e contropoteri nel nuovo assetto costituzionale della V Repubblica», en www.forumcostituzionale.it.
- «Il progetto di riforma costituzionale del Comité Balladur e la proposta di introdurre in Francia un controllo di costituzionalità delle leggi a posteriori», en www.forumcostituzionale.it.
- «Kelsen a Parigi. Il Parlamento francese approva in prima lettura il progetto di riforma costituzionale che introduce un controllo di costituzionalità a posteriori», en www.forumcostituzionale.it.
- «La loi organique sul controllo di costituzionalità in via incidentale e lo scrutinio preventivo del Conseil constitutionnel», *Quaderni costituzionali*, 2010, 1, pp. 123-126.
- FARAGUNA, P., «Il *Mangold-Urteil* del *BverfG*. Controllo *ultra-vires* sì, ma da maneggiare *europarechtsfreundlich*», en www.forumcostituzionale.it.
- FASONE, C., «La procedura sperimentale per la partecipazione della Camera dei Deputati alla “fase ascendente”: quali margini di intervento per le assemblee legislative regionali?», en www.amministrazioneincammino.it.
- FEILER, L., «The Legality of Data Retention Directive in Light of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection», en www.lawstanford.edu.
- FERRERES COMELLA, V.-KUMM, M., «The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty», en www.jeanmonnetprogram.org.
- FEUSTEL, I., «Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza italiana e tedesca», *Rivista di diritto europeo*, 1976, pp. 187-226.
- FIORAVANTI, M., «Il processo costituente europeo», *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, pp. 273-299.
- «Per un nuovo federalismo europeo», en www.astrid-online.it.
- FISCHER, J., «Dall’Unione di Stati alla federazione. Riflessioni sulle finalità dell’integrazione europea», *Rivista di studi politici internazionali*, 2000, 4, pp. 603-612.
- FISCHER-LESCANO, A.-JOERGES, C.-WONKA, A., *The German Constitutional Court’s Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives*, Brema, 2010.
- FLICK, M., «I diritti fondamentali alla prova dell’emergenza», en www.astrid-online.it.
- FONTANELLI, F., «La decisione quadro sul mandato di arresto europeo e la tutela dei diritti fondamentali», *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 2, pp. 194-200.
- FRANCHINI, A., «Il diritto comunitario tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale», *Giustizia civile*, 1978, 4, pp. 116-125.
- GAMBINO, S., «I diritti fondamentali dell’Unione europea tra Trattati di Lisbona e Costituzione», en www.federalismi.it.
- «La Carta e le Corti costituzionali. “Controlimiti” e “protezione equivalente”», *Politica del diritto*, 2006, pp. 411-460.

- GENTILE, F., «Che cosa si intende per sussidiarietà», *Non profit. Diritto management servizi di pubblica utilità*, 1999, 4, pp. 639-648.
- «Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento dell'Unione europea e nell'ordinamento italiano», *Critica penale*, 2004, 3-4, pp. 235-260.
- «Sovranità e sussidiarietà nella prospettiva della riforma delle istituzioni italiane», *Non profit. Diritto management servizi di pubblica utilità*, 2001, 3, pp. 309-320.
- GHERA, F., «Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia», *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 2, pp. 1193-1223.
- GORI, P., «L'“applicabilità diretta” delle decisioni e delle direttive della Cee nell'ordinamento degli Stati membri», *Giurisprudenza italiana*, 1971, 1, pp. 337-344.
- «L'efficacia “ultra vires” delle decisioni pregiudiziali nel diritto comunitario», *Giurisprudenza italiana*, 1963, 4, pp. 92-96.
- «La Corte di Cassazione si mette al passo con l'Europa», *Rivista di diritto civile*, 1973, 2, pp. 186-204.
- «La preminenza del diritto della Comunità europea sul diritto interno degli Stati membri», *Giurisprudenza italiana*, 1964, 1, pp. 1073-1086.
- «Preminenza ed immediata applicazione del diritto comunitario per forza propria», *Rivista di diritto civile*, 1978, 2, pp. 681-696.
- «Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo», *Giurisprudenza italiana*, 1963, 4, pp. 49-56.
- GRANELLI, A., «Ancora sulla costituzionalità dei regolamenti comunitari», *Diritto e pratica tributaria*, 1974, pp. 3-8.
- GRIMM, D., «L'Europa ha bisogno di una Costituzione?» *Nomos*, 2000, 2-3, pp. 7-11.
- «Autonomia e libertà. Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la “commercializzazione”» *Nomos*, 2001, 1, pp. 9-18.
- «Trattato o Costituzione?», *Quaderni costituzionali*, 2004, 1, pp. 163-166.
- GROPPI, T., «I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza multilivello», en www.astrid-online.it.
- «La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato», en www.astrid-online.it.
- «Le norme comunitarie quale parametro nel giudizio (preventivo) di legittimità costituzionale delle delibere legislative regionali», *Le regioni*, 1995, pp. 923-935.
- «Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia?», en www.astrid-online.it.
- GROSSER, A., «The Federal Constitutional Court's *Lisbon Case*: Germany's “Sonderweg” An Outsider's Perspective», en www.germanlawjournal.com.
- GROSSI, P., «Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, 1, pp. 1-22.
- «Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?», *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, pp. 39-57.

- GROSSOT, X., «EU Law Principles in French Public Law: Un Accueil Réservé», *Review of european administrative law*, 2007, pp. 9-49.
- GUARINO, G., «Per una Costituente europea. Riflessioni sulla costruzione europea dopo la sentenza tedesca sul Trattato di Lisbona», en www.astrid-online.it.
- GUZZETTA, G., «Annullamento delle leggi regionali “anticomunitarie”: crisi di un modello giurisprudenziale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 423-426.
- HABERLE, P., «Consecuencias jurídicas y políticas del doble “no” francés y holandés a la Constitución Europea», *Revista de derecho constitucional europeo*, 2005, 4, pp. 431-441.
- «Dallo Stato nazionale all’Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale», *Diritto pubblico comparato europeo*, 2002, 2, pp. 455-462.
- «Derecho constitucional común europeo», *Revista de estudios políticos*, 1993, 79, pp. 7-46.
- «El Tratado de reforma de Lisboa de 2007», *Revista de derecho constitucional europeo*, 2008, 9, pp. 11-22.
- «El Estado Constitucional Europeo», *Revista de derecho constitucional europeo*, 2009, 11, pp. 413-434.
- «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», *Revista de derecho constitucional europeo*, 2004, 1, pp. 11-24.
- «¿Existe un espacio público europeo?», *Revista de derecho comunitario europeo*, 1998, 3, pp. 113-136.
- «La Costituzione nel contesto», *Nomos-Attualità del diritto*, 2002, 2, pp. 7-24.
- «La regresiva “Sentencia Lisboa” como “Maastricht-II” anquilosada», *Revista de derecho constitucional europeo*, 2009, 12, pp. 398-428.
- «Per una dottrina della costituzione europea», *Quaderni costituzionali*, 1999, 1, pp. 3-30.
- HABERMAS, J., «Diritto internazionale o pax americana?», *Micromega*, 2003, 4, pp. 277-285.
- «Europa: istruzioni per realizzare un sogno», *Reset*, 1998, 49, pp. 46-49.
- «¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?», *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2002, 105, pp. 947-978.
- «La fondazione discorsiva del diritto», *Ragione pratica*, 1998, 10, pp. 153-159.
- HALBERSTAM, D.-MÖLLERS, C., «The German Constitutional Court says “Ja zu Deutschland!”», en www.germanlawjournal.com.
- HAMULÁK, O., «Double “yes” to Lisbon Treaty-Double “yes” to the pooled sovereignty concept. Few remarks on two decision of the Czech Constitutional Court», en <http://papers.ssrn.com>.
- «Some remark on the Czech Constitutional Court attitude towards application of EU law», en <http://papers.ssrn.com>.
- HARMATHY, A., «The Presentation of Hungarian experience», *Zeitschrift fur offentliches Recht*, 2005, 3, pp. 517-524.

- HARTIG DANIELSEN, J., «One of Many National Constraints on European Integration: Section 20 of the Danish Constitution», *European public law*, 2010, 2, pp. 181-192.
- HARTMANN-VAREILLE, S. F.-MESSINA, M., «The lacunae of the EU legal system and the role of the Court of Justice of the EU: two selected examples», *Era Forum*, 2011, 1, pp. 1-9.
- HAY, P., «Federal jurisdiction of the Common Market Court», *American journal of comparative law*, 1963, 12, pp. 404-408.
- HERMIDA DEL LLANO, C., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 2005.
- HERRERA GARCÍA, A., «Tribunal constitucional y Unión Europea. El caso español a propósito de la sentencia 58/2004 y de la fase actual de la integración constitucional de Europa», *Cuestiones constitucionales*, 2007, 16, pp. 405-434.
- IADICICCO, M. P., «Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, 2, pp. 393-446.
- ITZCOVICH, G., «I diritti fondamentali come libertà dello Stato. Sovranità dello Stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 2, pp. 267-290.
- «L'integrazione europea tra principi e interessi. Giudici nazionali e Corte di Giustizia nella "guerra delle banane"», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 2, pp. 358-424.
- *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Turín, 2006.
- IZQUIERDO SANS, C., «Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)», *Revista española de derecho europeo*, 2010, 34, pp. 193-233.
- KAISER, A. B., «German Federal Constitutional Court. German Data Retention Provisions Unconstitutional In Their Present Form: Decision of 2 March 2010», *NJW* 2010, p. 833, en *European constitutional law review*, 2010, 6, pp. 503-517.
- KELEMEN, K., «Ungheria: primi appunti sull'adozione della nuova Costituzione», en www.forumcostituzionale.it.
- KIIVER, P., «German Participation in EU Decision-Making after the Lisbon case: a German Comparative View on Domestic Parliamentary Clearance ProCED-Hres», en www.germanlawjournal.com.
- KOKOTT, J., «German constitutional jurisprudence and european integration», *European public law*, 1996, 2, pp. 237-269.
- «Report on Germany», en SLAUGHTER, A. M.-STONE SWEET, A.-WEILER, J. H. H., *The European Court and national Courts*, Oxford, Hart Pub., 1998, pp. 77-131.
- KORTMANN, C.-FLEUREN, J.-VOERMANS, W., *Constitutional law of 10 EU member states*, Kluwer, 2006, pp. IV1-IV54.
- KOWALIK BAŃCZYK, K., «Should we polish it up? The polish constitutional tribunal and the idea of supremacy of EU law», en www.germanlawjournal.com.

- KRUMA, K., «Constitutional Courts in the Europeanisation of National Constitutions», *Arena*, 2009, 3, pp. 143-167.
- «Constitutional courts and the Lisbon Treaty. The future based on mutual trust», en GUILD, E.-CARRERA, S.-EGGENSCHWILER, A., *The area of Freedom, Security and Justice. Ten years on successes and future challenges under the Stockholm programme*, Bruxelles, 2010, pp. 38-48.
- KUTSCHER, H., «Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario da parte di un giudice», *Rivista di diritto europeo*, 1976, pp. 283-314.
- «Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario da parte di un giudice», *Rivista di diritto europeo*, 1977, 1, pp. 3-24.
- KWIECIEN, R., «The primacy of european Union law over national law under the constitutional Treaty», en www.germanlawjournal.com.
- KYRIAKOU, N., «National judges and supranational laws on the effective application of the EC law and the ECHR: The Case of Cyprus», en <http://papers.ssrn.com>.
- LA PERGOLA, A., *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milán, 1961.
- «Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio», *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 4, pp. 2419-2442.
- LAULHÉ SHAELOU, S., *The EU and Cyprus: Principles and Strategies of Full Integration*, Leiden, 2010.
- LECOURT, R., *L'Europe des Juges*, Bruxelles, 1976.
- LEIBFRIED, S.-VAN ELDEREN, K., «“And they shall Beat their Swords into Plowshares”. The Dutch Genesis of a European Icon and the German Fate of the Treaty of Lisbon», en www.germanlawjournal.com.
- LIGNANI, G. M., «Giudicato della Corte costituzionale e questione di pregiudizialità alla Corte di Giustizia: limiti e controlimiti», *Foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2005, pp. 2652-2651.
- LÓPEZ PINA, A.-MICCÙ, R., «La cooperazione rafforzata come forma europea di governo. Verso un diritto costituzionale asimmetrico?», *Diritto e cultura*, 2003, 1-2, pp. 403-417.
- LUCARELLI, A.-PATRONI GRIFFI, A., *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Nápoles, 2010.
- LUCIANI, M., «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- «Costituzione, integrazione europea, globalizzazione», *Questione giustizia*, 2008, 6, pp. 65-79.
- «Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- «Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”», *Foro amministrativo TAR*, 2007, 7-8, pp. 87-101.

- LUTHER, J., «Il Trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe: Just law in the Book?», en www.astrid-online.it.
- LUTHER, J.-PORTINARO, P. P.-ZAGREBELSKY, G., *Il futuro della Costituzione*, Bari, 1996.
- MACCORMICK, N., *La sovranità in discussione*, Bologna, 2003.
- MAK, E., «Why do Dutch and UK judges cite foreign law», *Cambridge law journal*, 2011, 2, pp. 420-450.
- MALANDRINO, C., «Sovranità nazionale e pensiero critico federalista. Dall'Europa degli Stati all'Unione federale possibile», *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, pp. 169-244.
- MANGIAMELI, S., «Integrazione europea e diritto costituzionale», en PATTI, S., *Annuario di diritto tedesco*, Milán, 2001, pp. 25-98.
- *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milán, 2006.
- MANZELLA, A., «Il parlamento federatore», *Quaderni costituzionali*, 2002, 1, pp. 35-50.
- «80 giorni dopo», en www.astrid-online.it.
- MARCOCCIO, G., «La direttiva europea per la conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico per finalità di giustizia e le attuali perplessità sui recepimenti nei paesi UE», en www.diritto.it.
- MARSH, N., «Some reflections on legal integration in Europe», *International and comparative law quarterly*, 12, pp. 1411-1416.
- MARZUCCHI, S., «“Residui” di incostituzionalità nel rapporto fra norme comunitarie e norme nazionali», *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2004, 2, pp. 663-671.
- MASSA, A., Agrati: «Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività», en www.forumcostituzionale.it.
- MASTROIANNI, R., «Efficacia “orizzontale” del principio di eguaglianza e mancata attuazione nazionale delle direttive comunitarie», *Dir. lav. merc.*, 2006, 2, pp. 442-458.
- MAYER, F., «European identities and the EU-The ties that bind the peoples of Europe», en www.whi-berlin.de.
- MAYER, F.-PERNICE, I.-WERNICKE, S., «Renewing the european social contract: the challenge of institutional reform and enlargement in the light of multilevel constitutionalism», *King's college law journal*, 2001, 1, pp. 61-74.
- MAZZA, M., «Il mandato di arresto europeo davanti alla Corte costituzionale della Repubblica Ceca», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 4, pp. 1955-1967.
- MAZZIOTTI DI CELSO, M., «Appunti sulla sentenza della Corte costituzionale riguardante la legge istitutiva dell'ENEL», *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 444-465.
- «Osservazioni alla sentenza del 27 dicembre 1965», *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, pp. 1329-1342.
- «Postilla», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 465-468.
- MENGOZZI, P., «Un orientamento radicalmente nuovo in tema di rapporti tra diritto italiano e diritto comunitario», *Rivista di diritto internazionale*, 1974, pp. 708-729.

- MERTENS DE WILMARS, J., «Il potere giudiziario nella Comunità europea», *Foro padano*, 1976, 4, p. 33.
- MIGLIAZZA, A., «Il giudizio di legittimità costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità Europee», *Rivista di diritto processuale*, 1978, 2, pp. 328-343.
- «La nazionalizzazione dell'energia elettrica e il diritto delle Comunità europee», *Foro padano*, 4, pp. 17-22.
- «Ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali», *Rivista di diritto processuale*, 1963, 2, pp. 651-657.
- MILLON DELSOL, C., *Il principio di sussidiarietà*, Milán, 2003.
- MODUGNO, F., «È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- MONACO, R., «Diritto comunitario e diritto interno avanti la Corte costituzionale», *Giurisprudenza italiana*, 1964, 1, pp. 1312-1318.
- «L'esecuzione delle direttive comunitarie nell'ordinamento italiano», *Foro italiano*, 1976, 1, pp. 2326-2332.
- «La costituzionalità dei regolamenti comunitari», *Foro italiano*, 1974, 1, pp. 314-324.
- «Norma comunitaria e norma di legge interna successiva», *Foro italiano*, 1975, 1, pp. 2662-2666.
- «Sulla recente giurisprudenza costituzionale e comunitaria in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno», *Rivista di diritto europeo*, 1978, 1, pp. 287-298.
- MORBIDELLI, G., «Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria», *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, pp. 3404-3407.
- MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, 1952.
- MOSCARINI, A., *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori*, Padua, 2003.
- MURPHY, C., «Romanian Constitutional Court, Decision No. 1258 of 8 October 2009», *Common market law review*, 2010, 3, pp. 933-941.
- MUSSGNUG, R., «L'evoluzione del federalismo nella Repubblica federale tedesca», *Le istituzioni del federalismo*, 1998, 5, pp. 889-916.
- NEMECKOVA, P., «La sentencia del Tribunal constitucional checo de 26.11.2008 sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución de la República Checa», *Revista de derecho comunitario europeo*, 2009, 32, pp. 239-257.
- NERI, S., «Sulla natura giuridica delle Comunità europee», *Rivista di diritto internazionale*, 1964, 2, pp. 231-265.
- NETTESHEIM, M., «El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario de la Unión», *Revista española de derecho constitucional*, 2003, 6, pp. 279-289.
- NIEDOBITEK, M., «The Lisbon Case of 30 June 2009-A Comment from the European Law Perspective», en www.germanlawjournal.com.

- ONIDA, V., «“Armonia tra diversi” e problemi aperti», *Quaderni costituzionali*, 2002, 3, pp. 549-557.
- «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», en www.astrid-online.it.
- PACE, A., «A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea? Appunti preliminari», *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 1, pp. 193-208.
- «La sentenza Granital ventitre anni dopo», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- PALADIN, L., «Il sindacato della Corte costituzionale sull’utilità delle leggi», *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 144-158.
- PALERMO, F., «Il Bundesverfassungsgericht e la teoria “selettiva” dei controlimiti», *Quaderni costituzionali*, 2005, 1, pp. 181-188.
- «Il nuovo riparto delle competenze legislative nell’ordinamento federale tedesco», *Diritto pubblico comparato europeo*, 2007, 1, pp. 98-112.
- «La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo», *Quaderni costituzionali*, 2005, 4, pp. 897-904.
- «Nuove occasioni (mancate) per una clausola europea nella Costituzione italiana. Alcune osservazioni critiche», *Diritto pubblico comparato europeo*, 2003, 3, pp. 1539-1550.
- PALERMO, F.-WOELK J., «“Maastricht reloaded”: il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona», *Diritto pubblico comparato europeo*, 2009, 3, pp. 1027-1037.
- PAONE, P., «Primato del diritto comunitario e disapplicazione del diritto degli Stati membri», *Rivista di diritto internazionale*, 1978, 2, pp. 429-468.
- PERASSI, T., *La Costituzione e l’ordinamento internazionale*, Milán, 1952.
- PÉREZ, R., «La nuova disciplina del bilancio in Germania», en www.astrid-online.it.
- PERLINGIERI, P., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Nápoles, 2008.
- PERNICE, I., «Coalition of the willing: avantgarde or threat?», en whi-berlin.de.
- «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european Constitution-making revisited?», *Common market law review*, 1999, 4, pp. 703-750.
- «Multilevel constitutionalism in the European Union», *European law review*, 2002, 5, pp. 511-529.
- «Salvaging the Constitution for Europe. A reform treaty for the EU», en whi-berlin.de.
- «The Treaty of Lisbon and fundamental rights», en GRILLER, S.-ZILLER, J., *The Lisbon Treaty. EU constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, New York, 2008, pp. 235-256.
- «The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action», *Columbia journal of European law*, 2009, 3, pp. 349-408.
- PINELLI, C., *Costituzione e principio di esclusività*, Milán, 1990.
- «The agreement between the Council of Europe and the European Union and the future accession of the European Union to the ECHR», en www.europeanrights.eu.

- PISANI, M., «Problemi costituzionali relativi all'applicazione del mandato di arresto europeo negli stati membri», en www.federalismi.it.
- PISTORIO, G., «Le discriminazioni a rovescio derivanti dall'applicazione del diritto comunitario», en www.europeanrights.eu.
- PIZZORUSSO, A., «È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- POLICASTRO, P., «Costituzione della Repubblica Polacca del 2 aprile 1997», *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1998, pp. 121-122, 123-219.
- POLLICINO, O., «Dall'Est una lezione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto comunitario (a proposito di una recente sentenza della Corte costituzionale ceca)», *Diritto dell'Unione europea*, 2006, 4, pp. 819-852.
- «Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato», en www.forumcostituzionale.it.
- «Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo: la saga del mandato d'arresto europeo come modello di analisi», *European journal of legal studies*, 2008, 1, pp. 220-268.
- «Tanto rumore per (quasi) nulla? Sulla decisione Arcelor del Conseil d'Etat in tema di rapporti tra diritto interno e diritto comunitario», *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 4, pp. 895-916.
- POLLICINO, O.-SCIARABBA, V., «La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona», *Diritto pubblico comparato europeo*, 2008, 1, pp. 101-124.
- RAIMONDI, G., «L'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo», en www.as-trid-online.it.
- RANALDI, G., «Il caso Darkanzali: "a margine" della sentenza del tribunale costituzionale tedesco in tema di mandato di arresto europeo e diritti fondamentali», en www.federalismi.it.
- RANDAZZO, A., «Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale», en www.giurcost.org.
- RATTO TRABUCCO, F., «Controllo di costituzionalità vs. controllo di compatibilità comunitaria, dopo la riforma francese del 2009», en www.forumcostituzionale.it.
- RIBOLZI, C., «Problemi costituzionali concernenti i Trattati delle Comunità europee», *Foro padano*, 1965, 4, pp. 41-54.
- RIVOSECCHI, G., «La riforma dei regolamenti parlamentari dopo il Trattato di Lisbona: un'occasione mancata?», en www.osservatoriosullefonti.it.
- «Le assemblee legislative regionali nel processo decisionale europeo», en www.forumcostituzionale.it.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional», *Revista de derecho comunitario europeo*, 2005, 20, pp. 5-17.

- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.-WOELKER, U., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad. La decisión del Tribunal constitucional federal alemán del 22 de octubre de 1986», *Revista de instituciones comunitarias*, 1987, 3, pp. 667-681.
- ROLLA, G., «Lo sviluppo del regionalismo asimmetrico e il principio di autonomia nei nuovi sistemi costituzionali: un approccio di diritto comparato», *Quaderni regionali*, 2007, 1-2, pp. 387-399.
- RONZITTI, N., «L'art. 12 del Trattato istitutivo della C.E.E. ed i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento degli stati membri», *Foro italiano*, 1964, 4, pp. 98-101.
- ROVAGNATI, A., «Nuove scelte giurisprudenziali in materia di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale)?», *Quaderni costituzionali*, 2009, 3, pp. 717-718.
- «Profili problematici di un ordinamento multilivello di protezione dei diritti fondamentali. I sistemi nazionali di giustizia costituzionale alla prova del diritto dell'Unione europea», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- «Quale ruolo per le Corti costituzionali negli Stati membri dell'Unione europea? Brevi considerazioni a margine di una recente, complessa vicenda giudiziaria francese», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- RUGGERI, A., «Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme», en www.forumcostituzionale.it.
- «Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDH (lineamenti di un modello internamente composito)», en www.forumcostituzionale.it.
- «Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative», en www.federalismi.it.
- «Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive di interpretazione autentica, e domani? (A margine di Corte EDU, 7 giugno 2011)», Agrati ed altri c. Italia, en www.forumcostituzionale.it.
- «Le pronunzie della Corte costituzionale come “contro limiti” alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario?», en www.forumcostituzionale.it.
- «Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- «Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)», en www.forumcostituzionale.it.
- SAITTO, F., «Il Tribunale costituzionale respinge due richieste di sospensione di altrettante leggi volte a garantire maggiore stabilità economica nell'area euro», en www.dpce.it/online.
- «Regno Unito. Il Parlamento approva il Constitutional Reform and Governance Act 2010», en www.dpce.it/online.

- SAJO, A., «Learning Co-operative Constitutionalism the Hard Way: the Hungarian Constitutional Court Shying Away from EU Supremacy», *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, 2004, 3, pp. 351-371.
- SALMONI, F., «La Corte costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità europee», *Diritto pubblico*, 2002, 2, pp. 491-564.
- SANDRO, P., «Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione europea», en www.europeanrights.eu.
- SANTAMARÍA DACAL, A., «Una reflexión más sobre la primacía del derecho comunitario con ocasión de la sentencia Michaniki y a la luz del Tratado de Lisboa», *Revista española de derecho europeo*, 2009, 31, pp. 223-241.
- SAWICKI, J., «Incostituzionale, ma efficace: il mandato di arresto europeo e la Costituzione polacca», en www.federalismi.it.
- SCACCIA, G., «L'efficacia del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee», en www.cortecostituzionale.it.
- SCARCIGLIA, R., «Federalismusnovelle, limitazione del potere di veto e nuovo ruolo del Bundesrat», *Diritto pubblico comparato europeo*, 2007, 1, pp. 113-119.
- SCHEFOLD, D., «Federalismo, regionalismo e la riforma del federalismo tedesco», en www.astrid-online.it.
- SCHEPPELE, K., «The New Hungarian Constitutional Court», *East european constitutional review*, 1999, 4, pp. 1-9.
- SCHILLACI A., «Caminos de la integración material: la “comunitarización” de los contralímites en la decisión “Société arcelor atlantique et lorraine” del “Conseil d'État”», en *Revista de derecho constitucional europeo*, 2007, 8, pp. 323-352.
- «Il Conseil Constitutionnel interviene sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- «Il Conseil constitutionnel si pronuncia sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- «Il Tribunale costituzionale spagnolo e la Costituzione europea», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- «Un (discutibile) caso di applicazione dei “controlimiti”», *Giurisprudenza italiana*, 2006, 11, pp. 2026-2033.
- SCHÖNBERGER, C., «Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea», en www.germanlawjournal.com.
- SCHORKOPF, F., «The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon», en www.germanlawjournal.com.
- SCIARABBA, V., «La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea», en www.astrid-online.it.
- «La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano», en www.forumcostituzionale.it.

- SCOTTI, V., «Francia. Promulgata una legge organica per istituire la question prioritaire de constitutionnalité», *Diritto pubblico comparato europeo*, 2009, 3, pp. 1139-1142.
- SEMENTILLI, F., «Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia delle Comunità europee», *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 6, pp. 4771-4786.
- SERENI, A., *Diritto internazionale*, Milán, 1956.
- SESTINI, R., «Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDH direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla nota del prof. Alfonso Celotto sulla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)», en www.giustamm.it.
- SILVESTRI, G., «Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali», en www.astrid-online.it.
- «Lo stato di diritto nel XXI secolo», en www.rivistaaic.it.
- SLOSARCIK, I., «The Treaty of Lisbon & the Czech Constitutional Court: Act II», *Ceps-Policy brief*, 2009, 197, pp. 1-4.
- SORDA, E., «Ungheria. Approvato un emendamento alla Costituzione per limitare i poteri della Corte costituzionale in materia di tassazione e fondi pubblici», en www.dpce.it/online.
- SORRENTINO, F., «Brevi osservazioni sulle leggi contrastanti con norme comunitarie: incostituzionalità e/o disapplicazione?», *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, pp. 3239-3247.
- «È veramente inammissibile il doppio rinvio?», *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 2, pp. 781-787.
- «Regolamenti comunitari e riserva di legge», *Diritto e pratica tributaria*, 1974, 2, pp. 245-263.
- SPADACINI, L., «Integrazione e ordinamenti regionali: la debolezza dei consigli», *Le istituzioni del federalismo*, 2007, 3-4, pp. 353-430.
- SPERDUTI, G., «Diritto comunitario e diritto interno nella Giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e della Corte di Giustizia delle comunità europee», *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1, pp. 791-819.
- STEHLIK, V.-ZBIRAL, R., «EU proCEDUral rules and Czech constitutional order: the case of preliminary ruling proCEDUre», en www.juridicas.unam.mx.
- STEIN, E., «Toward Supremacy of Treaty-Constitution by judicial fiat: on the margin of the Costa case», *Michigan law review*, 1965, 63, pp. 491-518.
- STENDARDI, G. G., «La Declaratoria di illegittimità di una legge nazionale ordinaria contraria alle norme del trattato istitutivo della C.E.E.», *Foro padano*, 5, pp. 18-22.
- STORME, M., «The Struggle over Interpretative Authority concerning Human Rights—the Belgian Experience», en <http://webh01.ua.ac.be/storme/>.
- STROZZI, G., «Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario», *Studi dell'integrazione europea*, 2009, 1, pp. 23-41.

- TIZZANO, A., «Ancora sui rapporti tra norme comunitarie e norme nazionali: il caso di un conflitto sfumato», *Foro italiano*, 1982, 1, pp. 360-362.
- *Codice dell'Unione Europea: il Trattato di Maastricht, il Trattato C. E. e i testi collegati*, Padua, 1995.
- «La Corte costituzionale e il diritto comunitario: venti anni dopo...», *Foro italiano*, 1984, 1, pp. 2063-2074.
- «Sull'“incostituzionalità” delle italiane incompatibili con i regolamenti comunitari», *Foro italiano*, 1976, 1, pp. 2229-2315.
- TOMMASI DI VIGNANO, A., «In margine alla sentenza della Corte costituzionale del 27 dicembre 1973, n. 183», *Rivista di diritto europeo*, 1974, pp. 18-30.
- TOMUSCHAT, C., «The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon», en www.germanlawjournal.com.
- TOSATO, G. L., «L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente “Lissabon Urteil”», en www.astrid-online.it.
- TRABUCCHI, A., «Un nuovo diritto», *Rivista di diritto civile*, 1963, 1, pp. 259-272.
- UITZ, R., «Eu Law and the Hungarian Constitutional Court: Lessons of the First Post-accession Encounter», en SADURSKI, W.-ZILLER, J.-ŽUREK, K., *Après Enlargement: Legal and Political Responses in Central and Eastern Europe*, Florencia, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2006, pp. 41-63.
- ULSTER, J., «Legal order of the Communities», *European law review*, 1978, 4, pp. 214-217.
- VALAGUZZA, S., «La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la primauté del diritto nazionale», *Diritto processuale amministrativo*, 2006, pp. 816-847.
- VAN DER SCHYFF, G., «Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Bridge Too Far?», en www.germanlawjournal.com.
- VAN ROOSMALEN, M., «Constitutional review in the Netherlands», *Revista general de derecho publico comparado*, 2010, 7, pp. 1-6.
- VECCHIO, F., «Codecisione e principio di sussidiarietà: un “cortocircuito” democratico?», en www.giustamm.it.
- «Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?», en www.diritto.it.
- «Corte di giustizia europea e tribunali costituzionali nazionali secondo la prospettiva della Corte costituzionale ceca», en www.diritto.it.
- «Costituzionalismo multilivello e unità interpretativa dell'ordinamento giuridico», *Rassegna parlamentare*, 2010, 4, pp. 863-880.
- «Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di “doppia pregiudizialità”: differenti prospettive di tutela e pericoli di pronunce incoerenti», en www.giustamm.it.
- «La decisione 2010-205 DC del Conseil constitutionnel francese e la decisione C-188/10 della Corte di Giustizia: il superamento della dottrina Simmenthal e le possibili ricadute sul sistema italiano», en www.giustamm.it.

- VEROLA, N., «Convenzione, Conferenze intergovernative tradizionali e Conferenze intergovernative “asimmetriche”: i tre volti del processo di riforma delle istituzioni europee», en www.astrid-online.it.
- «Volk, patriotismo parlamentare e sovranità Osservazioni sulla “Lissabon-Entscheidung” della Corte Costituzionale tedesca», en www.astrid-online.it.
- VESPAZIANI, A., «Federalismo (dir. comp.)», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Volume aggiornamento XV, Roma, 2007, pp. 1-11.
- VICIANO PASTOR, R., «La Comisión mixta para la Unión Europea: algo más que un instrumento de control parlamentario», *Parlamento y constitución*, 1999, 3, pp. 69-96.
- VIDAL, C., «Alemania», en TAJADURA, J.-DE MIGUEL, J., *Justicia constitucional y Unión europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 42-94.
- VILLANI, M. C., «La rinnovata battaglia dei giudici comuni a favore della diretta applicabilità della CEDH. Tra presunta “comunitarizzazione” dei vincoli convenzionali e crisi del tradizionale modello di controllo accentrato della costituzionalità», en www.federalismi.it.
- VILLANI, U., «I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e progetto di Costituzione europea», *Diritto dell’Unione europea*, 2004, 1, pp. 73-116.
- «I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano», en www.europeanrights.com.
- WEILER, J. H. H., «Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e fe-ticismo», *Quaderni costituzionali*, 2002, 3, pp. 521-536.
- *La Costituzione dell’Europa*, Bologna, 2003.
- «L’Unione e gli stati membri: competenze e sovranità», *Quaderni costituzionali*, 2000, 1, pp. 5-14.
- WEIß, W., «Human rights in the EU: rethinking the role of the European convention of human rights after Lisbon», *European constitutional law*, 2011, 1, pp. 64-95.
- WOELK, J., «Parlare a nuora perché suocera intenda: il BVerfG dichiara incostituzionale la legge di attuazione del mandato d’arresto europeo», *Diritto pubblico comparato europeo*, 2006, 1, pp. 160-168.
- WOHLFAHRT, C., «The Lisbon Case: A Critical Summary», en www.germanlawjournal.com.
- ZAGREBELSKY, G., *Diritti e Costituzione nell’Unione europea*, Bari, 2003.
- *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.
- ZAGREBELSKY, V., «La prevista adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo», en www.europeanrights.com.
- ZEI, A., «Un colpo al cerchio e uno all’Europa: la Germania dopo la sentenza Lisbona», en www.federalismi.it.
- ZILLER, J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.

SENTENCIAS CITADAS

- Dictamen consultivo de la Corte permanente de Justicia internacional del 3 de marzo de 1928.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-9/56, *Meroni*, del 13 de junio de 1958.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-1/58, *Stork*, del 4 de febrero de 1959.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-20/59, *Italia c. Alta Autorità*, del 15 de julio de 1960.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-25/59, *Paesi Bassi c. Alta Autorità*, del 15 de julio de 1960.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-6/60, *Humblet*, del 16 de diciembre de 1960.
- Sentencia del Tribunal Administrativo de Berlín del 26 de octubre de 1962.
- Sentencia del Consejo de Estado del 7 de noviembre de 1962.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-5, 11 e 13-15/62, *Acciaierie San Michele*, del 14 de noviembre de 1962.
- Sentencia de la Corte de Apelación de París del 26 de enero de 1963.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-26/62, *Van Gend en Loos*, del 5 de febrero de 1963.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-28-30/62, *Da Costa*, del 27 de marzo de 1963.
- Ordenanza del *Finanzgericht Rhineland Palatinate* del 14 de noviembre de 1963.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-2-10/63, *Acciaierie San Michele*, del 16 de diciembre de 1963.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 14/64, del 7 de marzo de 1964.
- Ordenanza del Pretor de Roma del 11 de marzo de 1964.
- Sentencia del Tribunal de Nápoles del 22 de abril de 1964.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-101/63, *Wagner*, del 12 de mayo de 1964.

■ PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO Y SALVAGUARDA DE LAS IDENTIDADES...

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-6/64, *Costa c. ENEL*, del 15 de julio de 1964.
- Sentencia del Tribunal de Mondovi del 24 de julio de 1964.
- Sentencia del Tribunal de Roma del 22 de septiembre de 1964.
- Sentencia del Tribunal de Milán del 28 de septiembre de 1964.
- Ordenanza del Tribunal de Turín del 11 de noviembre de 1964.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-108/63, *Officine elettromeccaniche*, del 21 de enero de 1965.
- Ordenanza del *Finanzgericht Rhineland Palatinate* del 25 de marzo de 1965.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 98/1965, del 16 de diciembre de 1965.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-57/65, *Lütticke* del 16 de junio de 1966.
- Sentencia del *Bundesfinanzhof, Hauptzollamt*, del 25 de abril de 1967.
- Ordenanza del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 22, 134, *Re tax on Malt Barley* del 5 de julio de 1967.
- Ordenanza del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 22, 293, *EWG-Verordnungen* del 18 de octubre de 1967.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-19/67, *Sociale Verzekeringsbank*, del 5 de diciembre de 1967.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-28/67, *Molkerei-Zentrale*, del 3 de abril de 1968.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-34/67, *Lück*, del 4 de abril de 1968.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-13/67, *Kurt A. Becher*, del 4 de abril de 1968.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-31/67, *August Stier*, del 4 de abril de 1968.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-20/67, *Kunstmühle Tivoli*, del 4 de abril de 1968.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-25/67, *Eierkontor GmbH*, del 4 de abril de 1968.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-27/67, *Frucht GmbH*, del 4 de abril de 1968.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-14/68, *Walt Wilhelm*, del 13 de febrero de 1969.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-29/69, *Stauder*, del 12 de noviembre de 1969.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-9/70, *Grad*, del 6 de octubre de 1970.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-33/70, *Sace*, del 17 de octubre de 1970.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, del 17 de diciembre de 1970.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-30/70, *Scheer*, del 17 de diciembre de 1970.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 30/71, del 24 de febrero de 1971.
- Ordenanza del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 31, 145, *Milchpulver*, del 9 de junio de 1971.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-49/71, *Hagen*, del 1 de febrero de 1972.
- Ordenanza del Tribunal de Turín del 25 de mayo de 1972.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-48/71, *Commissione c. Italia*, del 13 de julio de 1972.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-39/72, *Commissione c. Italia*, del 7 de febrero de 1973.
- Ordenanzas del Tribunal de Génova del 15 de mayo de 1973.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-34/73, *Commissione c. Italia*, del 10 de octubre de 1973.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 183/73, del 27 de diciembre de 1973.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 37, 271, *Solange*, del 29 de mayo de 1974.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-41/74, *Van Duyn*, del 4 de diciembre de 1974.
- Ordenanza de las *Sezioni unite della Corte di cassazione* italiana, 538/74, del 23 de diciembre de 1974.
- Ordenanzas de la Corte de Apelación de Roma del 10 de abril de 1975.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 232/75, del 30 de octubre de 1975.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 182/76, del 22 de julio de 1976.
- Ordenanza de la *Corte costituzionale* italiana, 206/76, del 28 de julio de 1976.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 163/77, del 29 de diciembre de 1977.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-106/77, *Simmenthal*, del 9 de marzo de 1978.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-70/77, *Simmenthal*, del 28 de junio de 1978.
- Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos, *Klass c. Germania*, del 6 de septiembre de 1978.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-148/78, *Ratti*, del 5 de abril de 1979.
- Ordenanza del Tribunal di Génova del 30 de abril de 1979.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 52, 187, *Vielleicht*, del 25 de julio de 1979.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-145/79, *Roquete Frères* del 15 de octubre de 1980.

■ PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO Y SALVAGUARDA DE LAS IDENTIDADES...

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-66/80, *Spa International Chemical Corporation*, del 13 de mayo de 1981.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 58, 1, *Eurocontrol*, del 23 de julio de 1981.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 176/81, del 6 de octubre de 1981.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 177/81, del 6 de octubre de 1981.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 65, 1, *Population census*, del 25 de marzo de 1982.
- Ordenanza del Tribunal de Venecia del 13 de mayo de 1982.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-283/81, *Cilfit*, del 6 de octubre de 1982.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 170/84, del 5 de junio de 1984.
- Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos, *Malone c. United Kingdom*, del 2 de agosto de 1984.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-33/84, *Fragd*, del 22 de mayo de 1985.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 73, 339, *Solange II*, del 22 de octubre de 1986.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 75, 223 *Kloppenburg*, del 8 de abril de 1987.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 399/87, del 19 de noviembre de 1987.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 232/89, del 13-21 de abril de 1989.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-379/87, *Groener*, del 28 de octubre de 1989.
- Declaración del Tribunal constitucional español, 1/1991, del 7 de febrero de 1991.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 168/91, del 8 de abril de 1991.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-159/90, *Grogan*, del 4 de octubre de 1991.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 89, 155, *Maastricht*, del 12 de octubre de 1993.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, del 23-31 de marzo de, 1994.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 384/94, del 7-10 de noviembre de 1994.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 92, 203, *Fernsehrichtlinie*, del 22 de marzo de 1995.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 94/95, del 30 de marzo de 1995.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 249/95, del 16 de junio de 1995.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 61/96, del 22-28 de febrero de 1996.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 443/97, del 16 de diciembre de 1997.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 97, 350, *Euro*, del 31 de marzo de 1998.
- Sentencia del *Højesteret* danés, I-361/1997, del 6 de abril de 1998.
- Sentencia del *Alkotmánybíróság* húngaro, AB 30/04, (VI. 25) del 22 de junio de 1998.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-369/96, *Arblade*, del 23 de noviembre de 1999.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-285/98, *Tanja Kreil*, del 11 de enero de 2000.
- Sentencia del Tribunal constitucional español, 91/00, del 30 de marzo de 2000.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 102, 147, *Bananenmarktordnung* del 7 de junio de 2000.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfG.*, 1 *BVR* 1036/99, *Teilzeitarbeit*, del 9 de enero de 2001.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-30/00, *William Hinton & Sons*, del 11 de octubre de 2001.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-179/00, *Gerald Weldacher*, del 15 de enero de 2002.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-112/00, *Schmidberger*, del 12 de enero de 2003.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 275/03, del 24 de julio de 2003.
- Sentencia del Tribunal Constitucional español, 58/2004, del 19 de abril de 2004.
- Sentencia del *Conseil constitutionnel* francés, 2004-496 *DC*, del 10 de junio de 2004.
- Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos, *Leyla Sahin c. Turchia*, del 29 de junio de 2004.
- Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos, *Zeynep Tekin c. Turchia*, del 29 de junio de 2004.
- Sentencia del *Conseil constitutionnel* francés, 2004-497 *DC*, del 1 de julio de 2004.
- Sentencia del *Conseil constitutionnel* francés, 2004-498 *DC*, del 29 de julio de 2004.
- Sentencia del *Conseil constitutionnel* francés, 2004-499 *DC*, del 29 de julio de 2004.
- Sentencia del *Tribunale amministrativo regionale* de Milán, 4195/2004, del 29 de septiembre de 2004.
- Ordenanza del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 117, 307, *Görgülü*, del 14 de octubre de 2004.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-36/02, *Omega*, del 14 de octubre de 2004.
- Decisión del Consejo de Estado español, 2544/2004, del 21 de octubre de 2004.
- Sentencia del *Conseil constitutionnel* francés, 2004-505 *DC*, del 19 de noviembre de 2004.
- Declaración del Tribunal constitucional español, 1/2004, del 13 de diciembre de 2004.
- Sentencia del *Trybunał Konstytucyjny* polaco, *PI/05*, del 27 de abril de 2005.
- Sentencia del *Trybunał Konstytucyjny* polaco, *K* 18/04, del 11 de mayo de 2005.
- Sentencia del *Alkotmánybíróság* húngaro, *AB* 17/04 (V. 25), del 25 de mayo de 2005.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-105/03, *Pupino*, del 16 de junio de 2005.
- Sentencia de la *Cour d'Arbitrage* belga, 125/07, del 13 de julio de 2005.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 113, 273, *Darkanzali*, del 18 de julio de 2005.

- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, *Preventive telephonic surveillance*, del 27 de julio de 2005.
- Sentencia del *Consiglio di Stato* italiano, 4207/2005, del 8 de agosto de 2005.
- Sentencia del Tribunal supremo de Chipre, 294/2005, del 7 de noviembre de 2005.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-144/04, *Mangold*, del 22 de noviembre de 2005.
- Sentencia del *Ústavní Soud* checo, *PI. US 50/04*, *Sugar quote*, del 8 de marzo de 2006.
- Sentencia del *Ústavní Soud* checo, *PI. US 66/04*, *European arrest warrant*, del 3 de mayo de 2006.
- Sentencia del Tribunal constitucional español, 177/06 del 5 de julio de 2006.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-145/04, *Spagna c. Regno Unito*, del 12 de septiembre de 2006.
- Sentencia del Tribunal supremo estonés, *Hadleri*, n. 3-3-1-33-06, del 5 de octubre de 2006.
- Sentencia del *Conseil d'Etat* francés, 279522, del 8 de febrero de 2007.
- Sentencia del *Conseil d'Etat* francés, 287110, del 8 de febrero de 2007.
- Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos, *Copland c. United Kingdom*, del 3 de abril de 2007.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, del 3 de mayo de 2007.
- Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos, *Popescu c. Romania*, del 26 de julio de 2007.
- Sentencia de la *Cour d'Arbitrage* belga, 128/2007, del 10 de octubre de 2007.
- Sentencia del *Conseil constitutionnel* francés, 2007-560 DC, del 20 de diciembre de 2007.
- Sentencia de la *Cour de Cassation* belga, 10/2008, del 23 de enero de 2008.
- Ordenanza de la *Corte costituzionale* italiana, 103/08, del 13 de febrero de 2008.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE* 121, 1, *Data retention*, del 11 de marzo de 2008.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE* 121, 391, *Data retention*, del 1 de septiembre de 2008.
- Sentencia del *Verfassungsgerichtshof* austríaco del 30 de septiembre de 2008.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE* 122, 120, *Data retention*, del 28 de octubre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Administrativo Supremo búlgaro, 13627, de 11 de diciembre de 2008.
- Sentencia del *Ústavní Soud* checo, *PI. US 19/08*, *Lisboa*, del 26 de noviembre de 2008.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-213/07, *Michaniki*, del 16 de diciembre de 2008.
- Sentencia del *Ústavní Soud* checo, *ÚS 1009/08*, *Pfizer*, del 8 de enero de 2009.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-301/06, *Irlanda c. Parlamento europeo e Consiglio*, del 25 de febrero de 2009.
- Sentencia del *Verwaltungsgericht* de Wiesbaden, del 16 de marzo de 2009.
- Sentencia del *Satversmes Tiesa* letón, 2008-35-01, del 7 de abril de 2009.

- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE* 123, 89, *Data retention*, del 22 de abril de 2009.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-560, *Balbiino*, del 4 de junio de 2009.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE*, 123, 267, *Lissabon*, del 30 de junio de 2009.
- Sentencia del *Ústavný súd* esloveno, *ÚS* 206/08-50, del 28 de julio de 2009.
- Sentencia del Tribunal constitucional español, 199/2009, del 28 de agosto de 2009.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-123/08, *Wolzenburg*, del 6 de octubre de 2009.
- Sentencia de la *Curtea Constituțională* rumano, 1.258/2009 del 8 de octubre de 2009.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfGE* 124, 299, *Data retention*, del 15 de octubre de 2009.
- Sentencia del *Ústavní Soud* checo, *PI. US* 29/09, *Lisboa II*, del 3 de noviembre de 2009.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, C-555/07, *Küçükdeveci*, del 19 de enero de 2010.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfG.*, 1 BvR 256/08, *Data retention*, del 2 de marzo de 2010.
- Sentencia del *Consiglio di Stato* italiano, 1220/2010, del 2 de marzo de 2010.
- Ordenanza de la Corte de Casación francés, 12003, del 16 de abril de 2010.
- Sentencia del *Conseil constitutionnel* francés, 2010-205 *DC*, del 12 de mayo de 2010.
- Sentencia del Tribunal administrativo regional del Lazio, 11984/2010, del 18 de mayo de 2010.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, C-188-189/10, *Melki*, del 22 de junio de 2010.
- Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana, 227/2010, del 28 de junio de 2010.
- Sentencia del *Alkotmánybíróság* húngaro, 143/2010 (VII. 14) *AB*, *Lisszabon*, del 12 de julio de 2010.
- Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, *BVerfG.*, 2 BvR 2661/06, *Honeyweel*, del 6 de julio de 2010.
- Sentencia del *Trybunał Konstytucyjny* polaco, *K* 32/09, del 24 de noviembre de 2010.

ÍNDICE DE AUTORES

- ALEN, A.: n.107; n.309.
ALLEGRI, G.: n.341.
ALONSO GARCÍA, R.: n.266; n.321.
ALTER, K.: n.2; n.10; n.39; n.52; n.111;
n.113; n.117; n.121; n.127; n.132;
n.133; n.140; n.141; n.153; n.172;
n.179; n.180; n.182; n.186; n.192.
AMATO, G: n.6; n.226.
ASTOLFI, A. M.: n.28.
BALAGUER CALLEJÓN, F.: n.3; n.170;
n.203; n.206; n.230; n.241; n.243;
n.244; n.246; n.252; n.262; n.321.
BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: n.203;
n.206.
BANASZAK, B.: n.334.
BAÑO LEÓN, J. M.: n.177.
BARBERA, A.: n.228.
BARILE, G.: n.19.
BARILE, P.: n.43; n.86; n.98; n.100; n.158.
BARTOLE, S.: n.70.
BASSANINI, F.: n.6; n.234; n.235; n.366.
BERRI, M.: n.20; n.27; n.35; n.47; n.73;
n.76; n.85; n.87; n.89; n.92.
BERZINA-ANDERSON: n.356.
BILE, F.: n.73; n.74.
BON VALSASSINA, M.: n.68.
BOTHE, M.: n.369.
BRIBOSIA, H: n.258; n.280.
BŘÍZA, P.: n. 344.
CALAMO SPECCHIA, M.: n.319.
CALVANO, R.: n.391.
CÁMARA VILLAR, G.: n.203; n.206.
CANNIZZARO, E.: n.5; n.70; n.275.
CANTARO, A.: n.6; n.66; n.204; n.214;
n.220; n.224; n.226; n.227; n.233;
n.263; n.265; n.369; n.428.
CAPELLI, F.: n.28; n.80; n.88; n.90; n.101.
CAPONI, R.: n.391.
CAPOTORTI, F.: n.13.
CAPURSO, M.: n.90; n.95.
CARBONE, S.: n.49.
CARRERA, S.: n.356.
CARTABIA, M: n.5; n.161; n.217; n.254;
n.255; n.256; n.259; n.260; n.261;
n.263; n.265; n.266; n.267; n.268;
n.272; n.281; n.282; n.292; n.294;
n.295; n.302; n.305; n.315; n.426.
CASSESE, S.: n.287; n.291; n.369.
CASSETTI, L.: n.369.
CASTORINA, E.: n.6; n.107; n.258; n.263.
CATALANO, N.: n.24; n.37; n.47; n.73;
n.77.
CECCANTI, S.: n.319.
CELOTTO, A.: n.171; n.209; n.217; n.263;
n.266; n.268; n.276; n.278; n.289;
n.294.

- CHELI, E.: n.319.
 CHITI, M.: n.70; n.369; n.379; n.382; n.383.
 CONDORELLI, L.: n.47.
 CORTESE RIVA PALAZZI, E.: n.28.
 COSTANZA, C. E.: n.94.
 COSTANZO, P.: n.319.
 CRAIG, P.: n.55.
 CRISAFULLI, V.: n.61.
 DANIELE, L.: n.161.
 DANN, P.: n.6.
 D'ATENA, A.: n.257.
 DE BURCA, G.: n.54; n.56.
 DE MIGUEL, J.: n.119.
 DEMURO, G.: n.195.
 DE VERGOTTINI, G.: n.279.
 DE WITTE, B.: n.56; n.282.
 DÍEZ PICAZO, L. M.: n.251; n.282.
 DI MARTINO, A.: n.190.
 DI SALVATORE, E.: n.209; n.369; n.347.
 DURANTE, F.: n.76.
 DURANTI, F.: n.307; n.321.
 DUTHEILLET DE LAMOTHE, E.: n.309.
 EGGENSCHWILER: n.356.
 EMBID IRUJO, A.: n.174.
 ESPOSITO, C.: n.63.
 EVAS, T.: n.363.
 FABBRINI, F.: n.319.
 FARAGUNA, P.: n.391.
 FERRERES COMELLA, V.: n.293; n.294.
 FEUSTEL, I.: n.105; n.108; n.109; n.112; n.116; n.120; n.124; n.126; n.138; n.141; n.144; n.146; n.147; n.148; n.149; n.150; n.151.
 FIORAVANTI, M.: n.215.
 FISCHER-LESCANO, A.: n.392.
 FISCHER, J.: n.221.
 FRANCHINI, A.: n.45.
 FUSARO, C.: n.228.
 GAJA, G.: n.161.
 GAMBINO, S.: n.195; n.205; n.230; n.242; n.263.
 GENTILE, F.: n.257.
 GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: n.282.
 GORI, P.: n.15; n.21; n.25; n.28; n.35; n.49; n.90.
 GRANELLI, A.: n.80.
 GRIMM, D.: n.185.
 GROPPI, T.: n.170; n.209; n.262; n.289; n.290; n.319.
 GROSSER, A.: n.369.
 GROSSI, P.: n.194.
 GUARINO, N.: n.239.
 GUILD, E.: n.356.
 GUZZETTA, G.: n.195.
 HALBERSTAM, D.: n.369; n.374; n.376.
 HABERLE, P.: n.41; n.200; n.202; n.237; n.238; n.239; n.240; n.241; n.242; n.244; n.247; n.372.
 HABERMAS, J.: n.185.
 HAMULÁK, O.: n.344; n.393.
 HARTIG DANIELSEN: n.341.
 HAY, P.: n.15.
 HERMIDA DEL LLANO, C.: n.118; n.125; n.126; n.139.
 ITZCOVICH, G.: n.8; n.13; n.15; n.19; n.31; n.36; n.60; n.67; n.72; n.76; n.82; n.91; n.102; n.110; n.113; n.131; n.160; n.192; n.194.
 IZQUIERDO SANS, C.: n.213.
 JOERGES, C.: n.392.
 KIIVER, P.: n.369.
 KOKOTT, J.: n.181; n.187.
 KOWALIK BAŃCZYK, K.: n.56; n.324; n.337.
 KOWALSKY, M.: n.6.
 KRÄMER, U.: n.392.
 KRUMA, K.: n.356.
 KUMM, M.: n.293; n.294.
 KUTSCHER, H.: n.14; n.51; n.54; n.57.
 LA PERGOLA, A.: n.63.
 LECOURT, R.: n.51.
 LEIBFRIED, S.: n.369.
 LEOTTA, F.: n.6.
 LIEBERT, U.: n.363.

- LÓPEZ AGUILLAR, J.: n.203; n.206.
 LÓPEZ, PINA A.: n.6.
 LOSURDO, F.: n.220; n.227; n.234; n.233;
 n.365; n.367.
 LUCIANI, M.: n.199; n.210; n.271.
 LUCARELLI, A.: n.220; n.241.
 LUTHER, J.: n.185; n.369; n.423.
 MACCORMICK, N.: n.257.
 MASTROIANNI, R.: n.391.
 MANGIAMELI, S.: n.29; n.55; n.215; n.265;
 n.369; n.347.
 MANZELLA, A.: n.235; n.369.
 MARSH, N.: n.22.
 MAYER, F.: n.189; n.198; n.201; n.249.
 MAZZIOTTI DI CELSO, M.: n.62; n.69;
 n.70; n.78.
 MIGLIAZZA, A.: n.20; n.47, n.62; n.67.
 MILLON DELSOL, C.: n.257.
 MENGOZZI, P.: n.83.
 MERTENS DE WILMARS, J.: n.54.
 MICCÙ, R.: n.6.
 MÖLLERS, C.: n.369; n.374; n.376.
 MONACO, R.: n.47; n.58; n.61; n.70;
 n.71; n.82; n.90; n.101.
 MONTILLA MARTOS, J.: n.203; n.206.
 MORRONE, A.: n.258; n.285.
 MORTATI, C.: n.61.
 NEMECKOVA, P.: n.344.
 NERI, S.: n.30.
 NETTESHEIM, M.: n.55.
 NIEDOBITEK, M.: n.330.
 ONIDA, V.: n.208; n.239; n.304.
 PALADIN, L.: n.68.
 PALERMO, F.: n.59; n.190; n.195; n.369;
 n.423.
 PATRONI GRIFFI, A.: n.220; n.241.
 PATTI, S.: n.29.
 PÉREZ TREMPES, P.: n.282.
 PERASSI, T.: n.61.
 PERNICE, I.: n.189; n.198; n.201; n.206;
 n.241.
 PINELLI, C.: n.194; n.239.
 POLICASTRO, P.: n.334.
 POLLICINO, O.: n.196; n.275; n.363.
 PORTINARO, P. P.: n.185.
 RAIMONDI, G.: n.195.
 RANALDI, G.: n.362.
 RATTO TRABUCCO, F.: n.319.
 RIBOLZI, C.: n.74.
 RYNKOWSKI, M.: n.6.
 RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: n.176; n.178;
 n.329.
 ROLLA, G.: n.6.
 ROMANO, A.: n.356.
 RONZITTI, N.: n.23.
 ROVAGNATI, A.: n.319.
 RUGGERI, A.: n.196; n.199; n.208; n.260;
 n.262; n.264; n.273; n.280; n.283;
 n.284; n.286; n.296; n.297; n.298;
 n.299; n.300; n.301; n.303; n.304;
 n.305.
 SALMONI, F.: n.197.
 SANDRO, P.: n.262.
 SANTAMARIA DACAL, A.: n.359.
 SCACCIA, G.: n.28; n.42.
 SCIARABBA, V.: n.275; n.391.
 SCHILLACI, A.: n.308; n.309; n.320.
 SCHÖNBERGER, C.: n.369.
 SCHORKOPF, F.: n.369.
 SCOTTI, V.: n.319.
 SERENI, A.: n.13.
 SLAUGHTER, A. M.: n.181.
 SLOSARCIK, I.: n.344.
 SORRENTINO, F.: n.49; n.79; n.89; n.97.
 SPERDUTI, G.: n.58.
 STEIN, E.: n.17; n.29; n.32; n.33; n.36.
 STENDARDI, G. G.: n.68.
 STONE SWEET, A.: n.181.
 STROZZI, G.: n.288; n.290; n.306.
 TAJADURA, J.: n.119.
 THYM, D.: n.6.
 TIBERI, G.: n.6; n.234; n.235; n.366.
 TIZZANO, A.: n.98; n.99; n.154; n.155;
 n.159; n.160; n.164; n.222.

■ PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO Y SALVAGUARDA DE LAS IDENTIDADES...

- TOMMASI DI VIGNANO, A.: n.82.
TOMUSCHAT, C.: n.369.
TOSATO, G. L.: n.369.
TRABUCCHI, A.: n.17.
ULSTER, J.: n.45.
VAN ELDEREN, K.: n.369.
VECCHIO, F.: n.184; n.202; n.229; n.263;
n.319; n.334; n.360; n.363.
VEROLA, N.: n.231; n.369; n.428.
VESPAZIANI, A.: n.216.
VIDAL, C.: n.119; n.136; n.152; n.173;
n.191; n.193.
- VILLANI, U.: n.167.
WEILER, J. H. H.: n.1; n.4; n.7; n.52;
n.181; n.205; n.211; n.212; n.216;
n.223; n.250.
WOELK, J.: n.369; n.353; n.362; n.423.
WOELKER, U.: n.176; n.178.
WOHLFAHRT, C.: n.369.
WONKA, A.: n.392.
ZAGREBELSKY, G.: n.166; n.185; n.189.
ZEI, A.: n.188.
ZILLER, J.: n.234; n.236; n.245; n.248.

Esta obra es el resultado de la tesis Doctoral presentada por el Profesor Fausto Vecchio en el ámbito de un Doctorado en cotutela entre la Universidad de Granada (España) y la Universidad de Lisboa (Portugal).

El autor se aproxima al proceso de integración europea desde sus anomalías y contradicciones, a partir de la tensión dialéctica entre el respeto de la identidad constitucional de los Estados Miembros de la UE, en virtud de la cláusula de europeización de los contralímites (art. 4.2 TU), esto es, de los límites impuestos por las Constituciones nacionales a las restricciones de la soberanía nacional aceptadas en virtud de la adhesión a la UE, y la primacía del derecho de la UE.

La obra analiza ordenadamente las relaciones entre ese principio de primacía y el respeto de las identidades nacionales desde todos los niveles y espacios constitucionales que integran la UE, y expone la jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia de la UE como de los tribunales constitucionales nacionales que más impacto ha tenido en la definición de las relaciones entre la UE y sus Estados Miembros.

Del estudio jurisprudencial desarrollado en esta obra, se puede concluir que la tradicional tensión, que desde siempre ha caracterizado la UE, se ha visto acentuada por la actitud de «los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, que preocupados por la erosión de las propias competencias (determinada por la expansión de la integración jurídica)» y «sobre la base de una jerarquía entre los valores tutelados por las cartas fundamentales», «ha individualizado un núcleo de normas que, por su capacidad de encarnar los principios irrenunciables del ordenamiento constitucional, son destinadas a prevalecer sobre el –valor– de la integración europea».

En antítesis a esta tendencia, el autor señala con claridad la necesidad de encontrar un equilibrio entre las contradicciones y tensiones que caracterizan la UE.

ISBN 978-84-340-2193-8



9 788434 021938