



UNIVERSIDAD DE CHILE  
Facultad de Derecho  
Departamento de  
Derecho Internacional Público

**LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA COMUNIDAD  
EUROPEA Y EL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS:  
Aproximación teórica y la revisión de los casos de Alemania, España y  
Francia.**

Memoria para Optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**CECILIA ANDREA DOMINGUEZ VALVERDE  
PROFESORA GUÍA: XIMENA FUENTES TORRIJO**

Santiago, Chile

Julio de 2008

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I: RELACIÓN ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA COMUNIDAD</b> .....	<b>20</b>
<b>1. Consideraciones previas</b> .....	<b>20</b>
<b>2. Competencias de los órganos comunitarios en la creación de Derecho</b> .....	<b>20</b>
2.1 Teoría de los poderes implícitos. ....	22
2.3 Competencias legislativas de la Comunidad .....	24
<b>3. Principios que informan el Derecho Comunitario</b> .....	<b>26</b>
3.1 Principios que informan la creación del derecho comunitario .....	26
3.2 Principios que informan la aplicación del Derecho Comunitario. ....	30
<b>4. El papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</b> .....	<b>50</b>
4.1 Primera etapa: Actuación limitada del TJCE y deferencia respecto de los Tribunales Nacionales.....	51
4.2 Segunda etapa: La transformación del sistema comunitario. ....	56
<b>CAPÍTULO II: RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADO Y EL DERECHO COMUNITARIO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS ESTADOS MIEMBROS</b> .....	<b>62</b>
<b>1. La Cuestión prejudicial comunitaria: principal forma de relación entre Tribunales domésticos y de la comunidad</b> .....	<b>62</b>
1.1 Normas comprendidas en el artículo 234. ....	63
1.2 Cortes comprendidas en el artículo 234. ....	67
1.3 Requisitos básicos para promover la cuestión prejudicial comunitaria.	69

1.4 Requisitos específicos del artículo 234 TUE.....	71
1.5 Cuestión prejudicial de validez. ....	73
1.6 Cuestión prejudicial de interpretación.....	73
<b>2. Soluciones Teóricas a la Relación entre los ordenamientos jurídicos internos y el Sistema Legal de la Comunidad Europea. ....</b>	<b>75</b>
2.1 Monismo .....	76
2.2 Dualismo .....	76
2.3 Pluralismo .....	78
<b>3. Ejemplos prácticos de interacción entre el ordenamiento jurídico comunitario y los derechos internos. El caso de Francia, Alemania y España. ....</b>	<b>85</b>
3.1. El caso Alemán.....	86
3.2 El caso Francés .....	116
3.4 El Caso Español. ....	146
3.4 Algunas comparaciones de los casos prácticos. ....	171
<b>CAPÍTULO III: CONFERACIÓN, UNIÓN FEDERAL O FEDERACIÓN, DE QUÉ DA CUENTA LA RELACIÓN ENTRE EL TJCE Y LAS CORTES NACIONALES. ....</b>	<b>174</b>
<b>1. Consideraciones previas. ....</b>	<b>174</b>
<b>2. Definiciones conceptuales: Confederación, Unión Federal y Federación. ....</b>	<b>175</b>
<b>3. Estructura funcional de la CE ¿Es posible catalogarla de forma indubitada? .....</b>	<b>180</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>197</b>

*A mis hermanas por su apoyo incondicional,*

*A mi Negro, por todo.*

## **RESUMEN EJECUTIVO**

Esta memoria analiza el proceso de *integración a través del derecho* entendido como la expansión y penetración del derecho europeo en el dominio nacional, es decir, el proceso de negociación entre los actores políticos y legales a nivel nacional y supranacional<sup>1</sup>, que ha tenido lugar en la Comunidad Europea. Para ello, entiende la relación entre el derecho comunitario europeo y el derecho nacional, principalmente como la relación entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas y los tribunales nacionales, lo que se analiza en tres partes:

**En primer lugar**, se analiza la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno de los países miembros desde la perspectiva de la CE, para lo que se revisan las áreas de competencia en la creación del Derecho Comunitario distinguiendo entre las de competencia exclusiva y compartida y las teorías que han intentado explicarlas. Además se analizan los principios que guían la creación del derecho comunitario (principio de subsidiaridad y proporcionalidad) y aquellos que guían su aplicación a nivel nacional como el principio de efecto directo, aplicación inmediata y supremacía del derecho comunitario. En este contexto se estudia el papel del TJCE, reparando en su rol político, creador de derecho y su evolución histórica, distinguiendo los hitos que lo transforman en una judicatura cuasi federal *sui géneris*.

**En segundo lugar**, se examina la relación desde la perspectiva inversa, o sea, la recepción que los tribunales nacionales hacen del Derecho Comunitario. Para ello se considera, la forma de comunicación entre los tribunales domésticos y el TJCE, es decir, la cuestión prejudicial comunitaria, reparándose en su evolución y en especial en su transformación a test de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho comunitario. Luego, se explican las opciones teóricas existentes respecto de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el Derecho Internacional distinguiéndose entre monismo, dualismo y el pluralismo constitucional, señalándose la importancia de la opción respecto a la recepción de los principios que imperan la aplicación del derecho comunitario. Inmediatamente y tomando en cuenta las opciones teóricas de cada Estado, se observa los casos de España, Francia y Alemania. Que fueron escogidos en el caso de Francia y Alemania, por su calidad de miembros originarios que, por tanto, se hicieron parte de ésta antes del establecimiento de los principios de efecto directo y supremacía del derecho comunitario. Además, de presentar diferencias entre sí que enriquecen este estudio. España se eligió porque al momento de su ingreso estos principios ya formaban parte del *acquis comunitario*, razón por la que el objeto del debate es distinto y por la posición especialmente pasiva frente a la acción de la TJCE, calificable de cuasi federal.

**En tercer lugar y por último**, se hace una revisión general de los puntos ya mencionados intentando vislumbrar qué es lo que nos dice la interacción entre los ordenamientos jurídicos interno y comunitario acerca de la naturaleza misma de la comunidad como entidad jurídica. En este campo, se consideran las similitudes y diferencias que presenta con una confederación, una sociedad o asociación de estados, y organismo *sui géneris*.

---

<sup>1</sup> ALTER, K. J. Establishing the Supremacy of European Law, Reino Unido, Oxford University Press, 2001, p.44

## **INTRODUCCIÓN**

En general, cuando se hace referencia al “Derecho Comunitario Europeo”, se suele entender por éste al conjunto de normas que regulan *la* Comunidad Europea. Esta afirmación, no obstante, no es del todo precisa toda vez que, además de la Comunidad Económica Europea (en adelante “CEE”) -principal entidad europea hasta la fecha-, existe también la Comunidad Europea de Energía Atómica (en adelante “CEEA”) y existió hasta el año 2002 una tercera comunidad europea conocida como la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (en adelante “CECA”).

Esta última, fue la primera comunidad europea en establecerse, naciendo a través del Tratado de París el 18 de abril de 1951 con un plazo limitado a 50 años de vida, lo que explica su posterior terminación. Los países que formaron parte de este acuerdo fueron los mismos que más tarde fundaron la CEE es decir, Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, y fue el buen funcionamiento de la entidad lo que posteriormente hizo posible el consenso para la creación de las dos comunidades europeas posteriores.

La Comunidad Económica Europea fue creada a través del Tratado de Roma firmado el 25 de marzo de 1957, no estableciéndose en éste una fecha de vencimiento. Las principales instituciones que se crearon para su operatividad fueron: el Consejo, la Comisión, además del Parlamento y el Tribunal de Justicia, siendo los dos últimos compartidos por las tres comunidades. Sin embargo, la creación de una red triplicada de Consejos y Comisiones hacía demasiado engorroso y dispendioso el funcionamiento de las Comunidades, por lo que más tarde se firmó un tratado de fusión<sup>2</sup> de los tres consejos, y tres comisiones, simplificándose la labor de las entidades europeas en cuestión.

Los originales seis miembros de las CEE fueron acrecentándose con los años pasando en enero de 1973 a ser nueve, a través de la inclusión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. En cuanto a Noruega, pese a la afirmativa de su gobierno, su

---

<sup>2</sup> Este tratado fue firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965, entrando en vigencia el 1 de julio de 1967.

entrada no se hizo efectiva, pues los votantes de este país rechazaron la opción en el referéndum que se realizó posteriormente a fin de confirmar la decisión gubernamental. Grecia pasó a ser el décimo integrante de la Comunidad a través del Tratado de adhesión del 28 de mayo de 1979. España y Portugal siguieron en junio de 1985, teniendo efecto su membresía el primero de enero de 1986.

Más tarde, en junio de 1994<sup>3</sup> entraron a formar parte de las comunidades: Austria, Finlandia y Suecia. Noruega y Suiza también participaron de las negociaciones, sin embargo, sus electorados no apoyaron la inclusión.

Ya en el siglo XXI, la CEE comenzó a negociar con los antiguos países comunistas, concretándose el 1 de mayo de 2004 la inclusión de Lituania, Letonia, Estonia, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría y Eslovenia. Además, en este acuerdo se estableció la membresía de las islas mediterráneas de Malta y Chipre. Los últimos miembros en ser incluidos fueron Bulgaria y Rumania. Su membresía se hizo efectiva el primero de enero de 2007.

De esta manera la CEE tiene 27 miembros a la fecha, y existen tres que aun están en situación de candidatos, como es el caso de Turquía, Croacia y la Antigua República Yugoslava de Macedonia.

La estructura de la CEE también ha sufrido variados cambios durante su historia. Cambios de importancia se produjeron con el Primer y Segundo Tratado Presupuestario de 1970 y 1975, así como a través de la Acta Única Europea de 1986.

No obstante, el mayor cambio institucional dentro de la historia de la Comunidad lo constituye el **Tratado de Maastricht**<sup>4</sup>, oficialmente conocido como el Tratado de la Unión Europea (en adelante "TUE"). Este fue, entre todos los tratados de enmienda hasta ese momento, el que más problemas tuvo para llegar a puerto. De esta forma, fue rechazado en Dinamarca (aunque en un segundo referéndum fue

---

<sup>3</sup> Es preciso señalar que desde 1993, los estados candidatos a miembro deben compartir los valores estatuidos en el Consejo Europeo de Copenhague de 1993, siendo éstos: la democracia, el capitalismo y el respeto a los derechos humanos.

<sup>4</sup> Firmado en los Países Bajos el 7 de febrero de 1992.

admitido) y casi rechazado en el referéndum en Francia. Además, la opinión pública alemana y británica mostraba una oposición considerable.

Los cambios que postulaba el Tratado de Maastricht fueron más bien conceptuales, así, la Comunidad Económica Europea fue renombrada como Comunidad Europea (“CE”) simplemente y se creó una entidad nueva: La Unión Europea (“UE”). Además, al ya existente pilar comunitario consistente en la política social y económica, se agregaron los pilares de política exterior y de seguridad, y la política de justicia y asuntos domésticos. En este último pilar se creó la *ciudadanía europea*<sup>5</sup>, institución a través de la cual se establecieron virtualmente dos niveles de extranjería dentro de los países pertenecientes a la UE, pues por un lado existiría la categoría de los no nacionales pero ciudadanos europeos (caso de los habitantes de los países miembros), y por el otro la de los extranjeros tanto al país como a la Comunidad.

No obstante, el logro que mayor impacto ha causado durante el funcionamiento de la CE y que se instituyó en este tratado, fue el establecimiento de una moneda común: el euro. Esta moneda no se ha implementado en todos los países miembros. De hecho, sólo 12 de los 27 miembros la utilizan actualmente. Las razones de esta no generalización son distintas. En países como Gran Bretaña, Dinamarca y Suecia se debe a una posición de parte de sus gobiernos, en cambio, en los países antiguamente comunistas, por ejemplo, se debe a que en opinión de la CE sus economías no están preparadas para hacer frente a un cambio de moneda.

Otra figura importante de este tratado es la “carta social”, la cual fue diseñada para desarrollar la dimensión social de la Comunidad. De hecho, se ha señalado por algunos autores que gracias a ella se pasó de la integración meramente económica a la integración social europea<sup>6</sup>. Como Gran Bretaña se opuso a la carta social durante la redacción del TUE, ésta se consignó en forma separada. No obstante, fue incorporada al Tratado de Maastricht, luego de la ratificación británica en 1997.

---

<sup>5</sup> Artículo 17 (1) TUE.

<sup>6</sup> CAMPBELL, F. Federal arrangements, Negarchy and International Security, En: HEINEMANN-GRÜDER, A., Federalism doomed?, Estados Unidos, Berghahn Books, 2002, p.49



El **Tratado de Ámsterdam**, por su parte, es otro de los tratados de enmienda importantes pues, a través de él se puso fin a los controles aduaneros entre los países de la CE y se creó el pasaporte europeo como documento único para los ciudadanos comunitarios. Este instrumento internacional se enmarca en un proceso de mayor entidad que comenzó 1985 con el primer tratado Schengen al que el siguió el tratado de 1990. Los estados firmantes en estos acuerdos originarios fueron Francia, Alemania y los países pertenecientes a Benelux, es decir: Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. De hecho, estos tratados pasaron a formar parte del cuerpo del Tratado de la Unión Europea<sup>7</sup>.

Por otra parte, el Tratado de Ámsterdam introdujo en el TUE un nuevo título conocido como “cooperación ampliada”<sup>8</sup> que permite que los países que forman parte de la comunidad puedan integrarse de manera variable, lo que significa que pueden algunos llegar a mayor integración que otros.

El siguiente paso importante dentro del desarrollo de la Comunidad lo constituye el **Tratado de Niza**. El acuerdo fue firmado el 26 de febrero de 2001, entrando en vigor el 1 de febrero de 2003. Su principal propósito fue reformar las instituciones comunitarias para una posterior ampliación de la CE. Además, durante las negociaciones de este Tratado se proclamó la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (año 2000), sin embargo, ésta carece de efecto vinculante al no tener forma de tratado. Pese a ello, algunos la consideran el contenido de la ciudadanía europea creada en el Tratado de Maastricht.<sup>9</sup>

La senda, aparentemente natural, a seguir era el establecimiento de una Constitución para Europa. Las negociaciones de este Tratado comenzaron en el año 2003 bajo la dirección del ex presidente francés Valéry Giscard d'Estaing. Los gobiernos nacionales finalmente aprobaron el texto del futuro Tratado en octubre de 2004, no obstante, por la especial naturaleza de este acuerdo, en muchos de los

---

<sup>7</sup> Gran Bretaña e Irlanda pese a ser países miembros de la CE, firmaron los protocolos respectivos que permanentemente no los hacen parte de este tratado. Véase Protocolo sobre la aplicación de ciertos aspectos del artículo 14 del tratado que establece la Comunidad Europea, para Gran Bretaña e Irlanda.

<sup>8</sup> Del inglés *enhanced co-operation*.

<sup>9</sup> PEÑA, ETCHEVERRÍA, J., La Carta de Derechos Fundamentales y la Ciudadanía Europea, España, Revista de Estudios Europeos n.33, Ene/abr 2003, pp. 63-83.

países miembros era necesario un referéndum. El proceso comenzó con referéndums afirmativos en algunos países, empero, el proceso se vio truncado cuando la Constitución Europea fue rechazada primero en Francia y luego en los Países Bajos, momento en el cual se decidió suspender el proceso de ratificación. Después de ello, este tratado no ha vuelto a discutirse.

El 13 de diciembre de 2007, los jefes de Estado de los países miembros de la UE aprobaron el Tratado de Lisboa, el cual recoge los principios más importantes del Tratado que establece una Constitución para Europa que no se llegó a aprobar. Al momento que escribo (13 de junio de 2008) este tratado está en pleno proceso de ratificación, habiendo sido confirmado a la fecha por Portugal, Austria, Dinamarca, Lituania, Letonia, Alemania y Luxemburgo. En Irlanda, país en que se requería referéndum, el Tratado fue rechazado por lo que la situación de la Unión Europea en este momento es incierta.

En cuanto a la **estructura institucional** de la CE, sus principales órganos son, como se indicó: la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante "TJCE").

La **Comisión** es el órgano que vela por los intereses de la Comunidad. Sus actividades más importantes son: formular propuestas para nuevas políticas comunitarias; mediar entre los estados para asegurar la adopción de estas propuestas, coordinar las políticas comunitarias con las nacionales y supervisar la ejecución de las políticas comunitarias existentes. Cada Estado miembro está representado por un comisionado elegido por él, en cambio, el presidente de la Comisión es nombrado en un procedimiento en que participa el Consejo, el Parlamento y la Comisión. Aquello no es menor, si se considera que la Comisión actúa bajo la dirección de su presidente.

En cuanto a los poderes legislativos de la Comisión, se los pueden calificar como limitados, lo que se acentúa con la interpretación restringida que de éstos ha hecho el TJCE. Además, la Comisión goza de poderes legislativos que les son delegados por el Consejo.

El **Consejo** es el órgano ejecutivo y legislativo principal de la CE. Este órgano toma la decisión final sobre la mayoría del derecho comunitario (algunas limitadas veces en conjunto con el Parlamento), concluye acuerdos con naciones extranjeras y, junto al Parlamento, decide el presupuesto de la Comunidad. La mayoría de las veces los estados miembros son representados en el Consejo por sus ministros de relaciones exteriores (caso en el que se le denomina Consejo General). No obstante, ministros de otras carteras pueden intervenir en el Consejo cuando se tratan de materias propias de esas secretarías de Estado.

En cuanto al funcionamiento, pese al cumplimiento de la igualdad formal entre Estados en lo que se refiere a la cantidad de representantes por país miembro, en la toma de decisiones se le asigna a cada consejero un número de votos dependiendo de la cantidad de población de su país.

Además del Consejo existe el denominado **Consejo Europeo**. Este órgano que forma parte oficialmente de la CE desde 1986<sup>10</sup>, fue creado en 1974 cuando las cabezas de Estado europeas junto a sus ministros de relaciones exteriores decidieron reunirse en intervalos regulares de tiempo para establecer las directrices políticas generales de la Unión Europea. A sus sesiones tiene derecho a asistir el presidente de la Comisión y cualquiera de sus comisionados.

El **Parlamento Europeo**, tiene como cometido la representación de los pueblos de la CE. Hasta 1979<sup>11</sup>, sus miembros eran elegidos por las legislaturas de los estados miembros, posteriormente a ello se establecieron las elecciones directas. La cantidad de miembros que representa a cada país es distinta dependiendo de su población, no obstante, la proporción entre los países grandes y pequeños se rompe en algún punto produciendo distorsiones contrarias a la democracia<sup>12</sup>. En cuanto a los poderes del

---

<sup>10</sup> Fue reconocido por el artículo 2 del Acta Única Europea, actual artículo 4 del TUE.

<sup>11</sup> WESTLAKE, M., L'Union européenne au-delà d'Amsterdam, Bélgica, Presses interuniversitaires européennes, 1998, p.44.

<sup>12</sup> Por ejemplo, la población de Gran Bretaña es 130 veces la población de Luxemburgo. Dado que Luxemburgo tiene 6 representantes, Gran Bretaña debería tener 780, sin embargo tiene 78, lo que produce que el voto de un luxemburgués valga aproximadamente 10 veces más que el voto de un británico. Al respecto ver, HARTLEY, TC. The Foundations of European Community Law, Reino Unido, Oxford University Press, 2007 p.28.

Parlamento, debe señalarse que la mayoría de ellos son consultivos no vinculantes<sup>13</sup>, dentro de un procedimiento legislativo con iniciativa en el Consejo o en la Comisión. El Parlamento por sí mismo no tiene iniciativa legislativa.

Posee además, en casos limitados, derecho a veto respecto de ciertas acciones tomadas por el Consejo, ejemplos de estos casos son las sanciones que el Consejo impone a un Estado miembro bajo el artículo 7 TUE por serio y persistente abuso de derechos fundamentales o la admisión de nuevos estados miembros.

Asimismo, el Parlamento tiene una función que se ha denominado “preguntas parlamentarias”<sup>14</sup> y que consiste en preguntas que el Parlamento, o alguno de sus miembros, realiza de forma oral o escrita a la Comisión. El Consejo también puede ser consultado, pero como ello no tiene base normativa, depende de su voluntad contestar, excepto en lo que se refiere a la política común de asuntos externos y seguridad, caso en que es obligatoria su respuesta. Sobre este tópico también puede realizar preguntas a los estados miembros<sup>15</sup>.

Por último, este órgano tiene una función denominada Ombudsman<sup>16</sup> que consiste en la recepción de reclamos de parte de cualquier ciudadano de la Comunidad respecto a mala administración en actividades de cualquier institución o cuerpo comunitario (ello a excepción del Tribunal de Justicia y la Corte de primera instancia actuando en roles judiciales).

Empero, la facultad más importante del Parlamento Europeo en cuanto al poder que de ella se deviene, es aquella que tiene dentro del procedimiento presupuestario europeo. Dentro de este procedimiento el Parlamento tiene el poder para aceptar el presupuesto, enmendarlo o rechazarlo. Si lo acepta, es entonces adoptado, pero si no toma acción en los 45 días posteriores a su recepción, el texto deberá adoptarse. Como vemos, el Parlamento Europeo tiene un conjunto de poderes no esencialmente legislativos, lo que lo distancia del modelo tradicional de los parlamentos de los estados miembros.

---

<sup>13</sup> No obstante, el Tribunal Europeo ha señalado que el trámite de consulta al Parlamento debe realizarse, puesto que de no hacerse la medida sería inválida. Ver Sentencia TJCE del 19 de octubre de 1982, *Roquette Frères contra Consejo*, C-179/80. Sobre el mismo tema, WESTLAKE, M., *L'Union européenne au-delà d'Amsterdam*, Bélgica, Presses interuniversitaires européennes, 1998.

<sup>14</sup> Artículo 197 TUE

<sup>15</sup> Artículos 39 y 21 TEU.

<sup>16</sup> Ombudsman es una institución de origen sueco que fue recogida en el derecho comunitario y que se ha traducido al español como defensor del pueblo o del ciudadano.

**El Tribunal Europeo de Justicia** fue creado como una institución con jurisdicción limitada en su regulación normativa original. En cuanto a sus funciones, la primera distinción que es preciso hacer es aquella entre fallos y opiniones. Estas últimas se producen en un número limitado de situaciones, por ejemplo, cuando el Consejo o un Estado Miembro consultan al tribunal respecto de la compatibilidad entre un acuerdo internacional y el derecho comunitario. Las opiniones, en todo caso, tienen consecuencias legales, pues si éstas resultan adversas, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor si se enmienda la normativa comunitaria en ese punto. En cuanto a las sentencias o fallos, la distinción que debe realizarse es entre los procedimientos que se inician en el Tribunal Europeo (acciones directas) y aquellos que se inician en un tribunal nacional (acciones indirectas). En este último caso estamos frente a una cuestión prejudicial comunitaria.

La cuestión prejudicial comunitaria, a grandes rasgos, consiste en la petición que realiza una corte nacional al TJCE para que se pronuncie en abstracto sobre un punto de derecho. Este procedimiento es de suma importancia pues a través de su ejercicio se produce una relación directa entre el derecho comunitario y el derecho nacional y, en su cumplimiento, el TJCE ha instaurado importantísimos principios que no tenían base legal, constituyéndose en una fuente de doctrina dentro del derecho comunitario.<sup>17</sup>

Como es posible deducir de la estructura institucional de la Comunidad Europea, los órganos no se identifican con el ejercicio de una determinada potestad pública<sup>18</sup> sino que, más bien, pueden ser catalogados como órganos híbridos, en la medida que comparten funciones ejecutivas y legislativas (caso del Consejo, la Comisión y el Parlamento) o funciones judiciales y legislativas (caso de la Comisión y del TJCE<sup>19</sup>). En definitiva, la CE no acoge, o por lo menos no satisfactoriamente, el principio de separación de poderes.

---

<sup>17</sup> Este es el caso, como veremos más adelante, de la generalización del principio de efecto directo de la norma comunitaria así como el establecimiento de la supremacía del derecho de la Comunidad Europea.

<sup>18</sup> Entiéndanse por éstos el poder judicial, legislativo y ejecutivo.

<sup>19</sup> En este sentido, es necesario afirmar que la función legislativa de la TJCE no tiene fuente normativa, sino que ha sido resultado del ejercicio de sus facultades jurisdiccionales. Sobre este punto volveremos más adelante.

Por otra parte, tampoco existe balance de poderes entre las instituciones comunitarias, pues como se puede concluir de la limitada descripción de sus facultades precedentemente realizada, el balance de poder es favorable al Consejo<sup>20</sup>.

Otro problema del que se ha discutido abundantemente desde la creación de la CE, es el **déficit democrático** que ésta parece presentar. En este sentido, es posible identificar carencias democráticas en distintas áreas.

En primer lugar en lo que se refiere al proceso de ratificación y enmienda de los tratados, pues en la mayoría de los casos sólo requieren la aprobación de los jefes de gobierno de los estados miembros, lo que en principio no debiese causar problemas, sin embargo, al producirse los “noes” del Tratado de Maastricht<sup>21</sup> y las no ratificaciones finales por referéndum del Tratado que establece una Constitución para Europa, pareciera que hay una cierta “descoordinación” entre lo que los votantes quieren para el futuro de la UE y lo que los gobernantes aprueban en discusiones cerradas entre cabezas de Estado.

En segundo lugar, en lo que se refiere al diseño institucional de la CE, se deduce claramente de la descripción dada que éste no responde los requerimientos de la democracia, toda vez que los órganos de mayor poder, son aquellos en que menos influencia tienen los pueblos de los estados miembros, siendo órganos de carácter predominantemente ejecutivo (como el Consejo) los que crean la mayoría del derecho comunitario.

En tercer lugar, también puede verse este déficit en la toma de decisiones dentro de los órganos de la CE, pues las cuotas de representantes por Estado miembro como lo tratamos más arriba, no responde a un criterio ni de igualdad formal entre estados propia del Derecho Internacional Público<sup>22</sup>, ni a proporción por población. Lo mismo se produce respecto a la cantidad de votos que tiene cada consejero en el Consejo.

---

<sup>20</sup> HARTLEY, TC. The Foundations of European Community Law, Reino Unido, Oxford University Press, 2007

<sup>21</sup> En estricto rigor, se puede hablar del primer no danés y “*le petit oui*” de Francia.

<sup>22</sup> Ver ELEFThERiADiS, P., The standing of the states in European Union, En: TSAGOURIAS, N., Transnational Constitutionalism, Reino Unido, Cambridge University Press, 2007, p.50

Por último, existe también irrespeto a los principios propios de la democracia en lo referente al rol del TJCE, pues es él el que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales ha tomado un rol creador de derecho. Éste es el único problema relacionado con este punto del que nos haremos cargo dentro del cuerpo de este trabajo, pues las anteriores observaciones exceden la materia objeto de esta investigación.

De este modo, la creación de la Comunidad Económica Europea más tarde denominada simplemente Comunidad Europea, da cuenta de un proceso de integración<sup>23</sup> y también inicia un proceso de integración jurídica entendiéndose ésta como: “el proceso por el cual se produce un acercamiento entre ordenamientos inicialmente separados, de modo que las normas y los principios inspiradores de cada uno de ellos encuentren en el otro un territorio fértil para su aplicación”<sup>24</sup>.

No obstante lo anterior, existe un concepto ya no meramente descriptivo, sino que representativo de una de las interpretaciones del proyecto que los tratados constitutivos de la CE propician, que es el de *Integración a través del Derecho*<sup>25</sup>. Esta concepción implica, en primer lugar, el objetivo básico del ordenamiento jurídico comunitario, es decir, promover una “unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”<sup>26</sup> y, en segundo lugar, que la función concomitante del ordenamiento jurídico comunitario es avanzar y consolidar este proceso de convergencia a través de la creación de un cuerpo uniforme de normas vinculantes con la garantía de ser aplicadas efectivamente por todos los estados miembros<sup>27</sup>.

Como vemos, son dos los conceptos que parecen tomar relevancia dentro del marco de la “Integración a través del derecho,” siendo éstos, los imperativos de uniformidad y de efectividad.

---

<sup>23</sup> De hecho existen definiciones de integración en este sentido. Así en BURGUESS, M., *Federalism and European Union: the building of Europe, 1950-2000*, Reino Unido, Ed. Routledge, 2000 se define como “un proceso a través del cual un grupo de gente, inicialmente organizada en dos o más naciones estado independientes, viene a constituir una entidad política que en algún sentido se describe como una comunidad” (Del inglés: “*A process whereby a group of people, organized initially in two or more independent nations-states, come to constitute a political whole which can in some sense be describe as a Community*”). Traducción propia).

<sup>24</sup> RODRIGUEZ, A, *Integración Europea y Derechos Fundamentales*, España, Ed. Civitas, 2001, p.53

<sup>25</sup> Del inglés: *Integration through Law*.

<sup>26</sup> Preámbulo del Tratado de la Unión Europea.

<sup>27</sup> DOUGAN, M. *National Remedies before the Court of Justice*, Reino Unido, Hart Publishing, 2004, p.69.

Estas nociones han sido primariamente concebidas desde la perspectiva económica. Dado que el objetivo inmediato del Tratado de Roma consistía en la creación de un mercado común europeo de bienes, personas y servicios (más tarde capitales) se establecieron una serie de normas que tenían por objetivo desincentivar cualquier actitud por parte de los estados que pudiese dañar la competencia. Ello, puesto que cualquier tratamiento diferenciado por parte de un miembro de la CE desplazaría los capitales a terrenos más favorables. Sin embargo, fue evidente más tarde que no era necesario que un Estado tomara la decisión conciente de diferenciarse, sino que la sola existencia de distintas regulaciones en cada nación bastaba para distorsionar la competencia, por lo que se hizo necesaria la creación de una normativa comunitaria común. Para la creación de esa normativa se optó, como resulta evidente, por la creación de derecho por parte de las instituciones comunitarias y la derogación expresa de las normativas nacionales que abiertamente fueran incompatibles con la nueva regulación. En este sentido, el artículo 95 TUE facultó a la CE para adoptar medidas de aproximación de normas de derecho nacional que tenían por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado común.

Empero, aunque la creación de la nueva normativa satisface teóricamente el imperativo de uniformidad, su efectividad dependerá de los medios de ejecución que el derecho europeo posea. En este sentido, es posible ver dos mecanismos para su ejecutabilidad. Por una parte están los procedimientos centralizados de aplicación, siendo éstos los que implican la capacidad que tienen las instituciones comunitarias, estados miembros y privados de traer una acción ante los tribunales de la CE. Este instrumento no goza de gran poder toda vez que la jurisdicción del TJCE es extremadamente limitada.

En segundo lugar y frente a la debilidad de los dispositivos centralizados, el Tribunal de Justicia Europeo ha construido un sistema suplementario descentralizado de aplicación del derecho comunitario. El razonamiento fue el siguiente: si el derecho comunitario es capaz de tener efecto directo en el orden legal nacional, entonces será aplicado y ejecutado por tribunales domésticos. Nació, así, el principio de efecto directo.

De esta forma, el imperativo de uniformidad pasó a depender en un 100% del papel que los tribunales nacionales jugaran en este proceso. Si bien, en términos



estrictamente legales la validez de la norma comunitaria e inclusive su existencia dentro de la esfera nacional depende del cumplimiento de los requerimientos del orden legal comunitario en el primer punto, y de la norma nacional de recepción en el segundo, su aplicación estribaría, en este contexto, en la interpretación que los tribunales nacionales hagan de las mismas.

Y, por otra parte, frente a colisión entre normas nacionales y normas comunitarias (situación que pone en juego la efectividad de la norma comunitaria) la solución a favor o en contra de la supremacía del derecho comunitario obedecerá también a la interpretación que los tribunales, tanto nacionales como comunitarios, realicen.

En definitiva, el concepto de integración a través del Derecho no significa sino la expansión y penetración del derecho europeo en el dominio nacional, lo que es en el fondo un proceso de negociación entre los actores políticos y legales a nivel nacional y supranacional.<sup>28</sup> Y, dado lo señalado en los párrafos anteriores, la relación entre el derecho comunitario europeo y el derecho nacional es, principalmente, la relación entre los tribunales europeos y los tribunales nacionales.

De hecho, algunos autores definen integración jurídica aplicada a la CE como aquel proceso que se estructura a partir de las resoluciones de los principales tribunales nacionales, por una parte, y el Tribunal de Justicia, por otra, mediante el cual las doctrinas y las concepciones jurídicas que se contienen en las decisiones judiciales por ellos adoptadas son aceptadas por los otros tribunales y, en consecuencia, por los operadores jurídicos y políticos de los estados miembros.<sup>29</sup>

Luego de esta breve introducción a la Comunidad Europea, es preciso determinar cuales serán específicamente los asuntos que se tratarán en el presente trabajo.

---

<sup>28</sup> ALTER, K. J. *Establishing the Supremacy of European Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2001, p.44

<sup>29</sup> GÓMEZ SANS, X., y RIPOL CARULLA, S. *Cuestiones de política judicial y proceso europeo de integración jurídica*, En: UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, *Integración europea y Poder judicial: Ponencias presentadas a las jornadas celebradas en Bilbao los días 23, 24 y 25 de febrero de 2005*, España, Ed. Oñati, 2006, p.29

En primer lugar, se analizará la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno de los países miembros, para lo cual se revisarán las áreas de competencia en la creación del derecho comunitario, los principios que informan la creación del derecho comunitario y, también, aquellos principios que guían su aplicación en arenas nacionales. En este contexto se estudiará el papel del Tribunal de Justicia Europeo, reparando en especial en su rol político y creador de derecho.

En segundo lugar, se examinará la relación desde la perspectiva inversa, es decir, la recepción que los tribunales nacionales hacen del derecho comunitario. Para este cometido se considerará, en primer lugar, la forma de comunicación entre los tribunales domésticos y el TJCE: la cuestión prejudicial comunitaria. Luego, se explicarán las opciones teóricas que es posible tomar respecto de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el Derecho Internacional Público. Inmediatamente y tomando en cuenta las opciones teóricas de cada Estado, se observará los casos particulares de tres países miembros, como son: España, Francia y Alemania. Estos países fueron elegidos por razones diversas. En el caso de Francia y Alemania, se consideró, en especial, el hecho de que fueran miembros originarios de la CE que, por lo tanto, se hicieron parte de ésta antes de que se establecieran de forma definitiva los principios que más debate han suscitado en la historia de la CE<sup>30</sup>. Además, entre los seis países fundadores se ha elegido a Francia y a Alemania, en particular, porque además de ser los países más poderosos al momento de la fundación, presentan diferencias que podían enriquecer este estudio. La situación española es diferente, pues al momento de su ingreso estos principios ya formaban parte del *acquis comunitario*, razón por la que los debates no giraron en torno a su legitimidad, sino que a su aplicación en los casos concretos. Este país ha tenido, además, una posición especialmente pasiva frente a la acción de la TJCE, produciéndose una relación entre sus tribunales y la misma calificable de cuasi federal.

Por último, se hará una revisión general de los puntos tratados en este trabajo intentando vislumbrar qué es lo que dice la interacción entre los ordenamientos jurídicos interno y comunitario acerca de la naturaleza misma de la comunidad como

---

<sup>30</sup> Me refiero a los principios de supremacía del derecho comunitario y efecto directo.

entidad jurídica. En este campo, se considerarán las similitudes y diferencias que presenta con una confederación, entidad federativa, unión federal y organismo *sui generis*.

## **CAPÍTULO I: RELACIÓN ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA COMUNIDAD.**

### **1. Consideraciones previas.**

A lo largo de este capítulo se estudiará la relación entre el derecho comunitario y el derecho interno desde la perspectiva de la CE. En este sentido, se observará, en primer lugar, las áreas en que la comunidad es competente para crear derecho analizando someramente los problemas que existen para configurar una definición de “lo nacional” y las teorías que se han elaborado para establecer cuando las instituciones comunitarias realizan actos legislativos lícitos.

En segundo lugar, se analizarán los principios que guían la creación del Derecho Comunitario respecto de las competencias ya atribuidas a los Estados miembros en cuanto a creación normativa.

Posteriormente se examinarán los principios que informan la aplicación del derecho comunitario para finalmente caracterizar el rol que la Tribunal Europeo de Justicia ha jugado respecto de la creación y aplicación del Derecho Comunitario y, en especial, su evolución en lo que se refiere la relevancia de su actuación desde la creación de la CE.

### **2. Competencias de los órganos comunitarios en la creación de Derecho.**

Antes de entrar de lleno a la descripción y análisis de la competencias que la CE tiene en el ámbito legislativo, es preciso señalar que la sola existencia de la Comunidad Europea produce un cambio general de perspectiva respecto del análisis respecto de los estados miembros, puesto que a partir de su nacimiento, las competencias que se encomendaron a la CE van a escapar de la decisión autónoma del Estado pasando a ser ejercidas por las instituciones comunitarias. El Estado, entonces, respecto de esas competencias deja de ser la instancia decisoria suprema<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup>PÉREZ, A. Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa Comunitaria, Chile, Revista de Estudios Públicos, N° 99, Ene/Mar 1998, p.12

En este sentido, debe recordarse que los estados miembros participan de forma indirecta en las instituciones de decisión comunitaria, toda vez que representantes suyos tienen presencia en el Consejo y la Comisión, por ejemplo. La diferencia es que en estos órganos no se tomarán las decisiones de manera aislada sino que en cooperación con los demás estados. En palabras de Alberto Pérez Calvo: “el Estado sigue manteniendo sus fines históricos, pero algunos de ellos los va a realizar a través del instrumento comunitario creado al efecto”<sup>32</sup>. Además, con el paso de los años la Comunidad Europea ha acentuado la integración, lo que se refleja en el aumento del volumen de la legislación con origen comunitario. De acuerdo con el reporte realizado por el *Conseil d’État* francés en 1992, el derecho europeo incluía 22.445 regulaciones europeas, 1.675 directivas, 1.198 acuerdos y protocolos, 185 recomendaciones de la Comisión o del Consejo, 291 resoluciones del Consejo y 678 comunicaciones, transformándose en la mayor fuente de derecho nuevo con el 54% de todas las nuevas leyes francesas<sup>33</sup>. De hecho, más del 70% de la legislación que gobierna los negocios en Gran Bretaña emana de instituciones comunitarias<sup>34</sup>.

Se señala a menudo que los poderes legislativos de la CE están basados en el principio de los poderes limitados o poderes conferidos. A este respecto Hallstein señaló categóricamente en 1972 que la Comunidad no era un Estado toda vez que:

“Un Estado es competente en todas las materias referentes a política pública y, a diferencia del Estado, nuestra Comunidad es competente sólo en ciertas limitadas esferas ya establecidas en el tratado”<sup>35</sup>.

A través del concepto “poderes limitados”, se quiere señalar que las instituciones comunitarias no tienen poderes inherentes, sino que poseen sólo aquellos que se le han conferido no pudiendo exceder los límites de esas facultades. De esta manera, el 5 TUE establece: “La Comunidad actuará dentro de los límites de las

---

<sup>32</sup>Ibidem, p.13

<sup>33</sup>AILTER, K. J., *Establishing the Supremacy of European Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2001, p.56

<sup>34</sup>CAMPBELL, F. *Federal arrangements, Negarchy and International Security*, En: HEINEMANN-GRÜDER, A., *Federalism doomed?*, Estados Unidos, Berghahn Books, 2002, p.47

<sup>35</sup>HALLSTEIN, W. *Europe in the making*, Estados Unidos, Ed. Norton, 1973, p.39

competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.”

Esta norma, tiene plena concordancia con el principio general que guía el Derecho Internacional Público *pacta sunt servanda* puesto que, dado que los estados sólo se obligan a lo que han aceptado de forma expresa, es natural que los tratados internacionales consten de cláusulas que gocen de especial claridad respecto a estos temas.

No obstante, aunque es indudable que la comunidad no tiene poderes inherentes y debe actuar dentro de sus poderes atribuidos, el significado práctico de esta norma se ha visto atenuado por dos factores: primero, por la interpretación expansiva que el TJCE ha hecho de ella, en parte basada en la teoría de los poderes implícitos y; en segundo lugar, porque algunas normas de los Tratados confieren sobre la Comunidad lo que se ha descrito como “*open-ended powers*”.

## **2.1 Teoría de los poderes implícitos.**

Esta teoría fue desarrollada originalmente en Estados Unidos y el Reino Unido y ha sido reconocida como un principio de Derecho Internacional<sup>36</sup>. Para su explicación existen dos formas de entenderla: una limitada y una amplia. De acuerdo a la primera interpretación, la existencia de un poder dado implica también la existencia de cualquier otro poder que es razonablemente necesario para el ejercicio del primero. Según la formulación amplia, la existencia de un objetivo o función dada implica la existencia de cualquier poder que sea razonablemente necesario para conseguirlo.

La formulación limitada de esta teoría fue adoptada por el Tribunal de Justicia Europeo desde 1956 hasta 1987, momento que respecto a la Comisión se adoptó la formulación amplia.<sup>37</sup>

En este caso, denominado *Alemania v. Comisión*<sup>38</sup> la discusión se produjo respecto del artículo 137 TUE que señala: “La Comisión tendrá por misión promover

---

<sup>36</sup> Ver, Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la reparación de daños sufridos en el servicio de las Naciones Unidas [1949] CIJ174 a 182.

<sup>37</sup> HARTLEY, TC. *The Foundations of European Community Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2007, p.105

<sup>38</sup> Sentencia TJCE, de 9 de julio de 1987, *Alemania con Comisión*, C-281, 283-5, 287/85 [1987] ECR 3203

una estrecha colaboración entre los Estados Miembros en el ámbito social, particularmente en las materias relacionadas con (...).” Como se observa, esta norma da a la Comisión una tarea pero en ningún momento le confiere a un poder legislativo. Sin embargo, en 1985 la Comisión, en virtud de este artículo, adoptó una decisión en que obligaba a los estados miembros a consultarle respecto a ciertas materias y a informarle los borradores de las medidas y acuerdos relacionados con estos temas. Esta decisión fue cuestionada por algunos estados miembros, quienes llevaron el asunto a la TJCE. Pronunciándose sobre el tema el Tribunal señaló que, siempre que una norma del TUE le confiere una tarea específica a la Comisión, esta norma debe entenderse como que implícitamente confiere los poderes indispensables para llevarla a cabo.

De esta manera, el TJCE abre un terreno potencialmente ilimitado para las instituciones comunitarias, puesto que los “poderes atribuidos” ahora serán complementados con los “poderes implícitos” que al no estar establecidos de manera taxativa en ningún cuerpo legal comunitario dotan de inusitado poder a órganos de la CE.

## **2.2 *Open-ended powers.***<sup>39</sup>

En segundo lugar, y como objeción más severa a la integridad del principio de los poderes atribuidos como informador de las competencias de los órganos comunitarios, se constata que no todas las normas de los tratados de la CE tienen la naturaleza que esta teoría señala.

El artículo 94TEU contiene una norma en este sentido que faculta al Consejo para adoptar directivas que tengan por objeto la “aproximación” de leyes y otras normas de derecho interno que incidan en el establecimiento y funcionamiento del mercado común. Las directivas que han sido adoptadas en virtud de esta norma han versado sobre una amplísima variedad de temas lo que claramente se escapa de la supuesta naturaleza limitada de poderes de las instituciones comunitarias.

Otra norma catalogable en el mismo sentido es el artículo 308 TEU que señala:

---

<sup>39</sup> HARTLEY, TC., *The Foundations of European Community Law*, Sexta Edición, Reino Unido, Oxford University Press, 2007, p.106

“Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, (...) adoptará las disposiciones pertinentes”.

Este artículo puede considerarse como una expresa aceptación de la teoría amplia de los poderes implícitos pues lo único que exige es que se trate de unos de los objetivos de la Comunidad y que responda a un criterio de necesidad, aumentando de manera nuevamente ilimitada la capacidad de acción legislativa del Consejo, lo que podría inclusive “bypassiar” los procedimientos formales de enmienda.

No obstante, a mi parecer el artículo 308 TEU no puede ser entendido de manera tan amplia como para autorizar al Consejo a tomar medidas legislativas que enmienden los tratados de la CE, puesto que existe un procedimiento para tal propósito. En definitiva, el TJCE ha señalado que cualquier modificación que realizara el Consejo en virtud de este artículo que pudiese tener “significación constitucional” podría realizarse sólo previa enmienda del tratado. Como veremos en repetidas ocasiones, al final del día es el TJCE quien determina la interpretación correcta del derecho comunitario cuando éstas suscitan interpretaciones debatidas.

### **2.3 Competencias legislativas de la Comunidad**

Dado que no existe una guía general en el TUE que señale cuales son las competencias de la CE, académicamente se utiliza la categorización propuesta en la Convención sobre el futuro de Europa del 2003.<sup>40</sup>

Esta categorización distingue entre competencias exclusivas y competencias compartidas, y según algunos autores la categorización misma puede decirnos algo sobre la relación entre la Comunidad y los estados miembros en lo que se refiere a la creación de derecho.<sup>41</sup>

El concepto de *competencia exclusiva* se refiere a la idea de que sólo las instituciones comunitarias están legalmente capacitadas para realizar una acción (legislativa o de otro tipo) independiente dentro de un área política relevante, y

---

<sup>40</sup> DOUGAN, M. *National Remedies before the Court of Justice*, Reino Unido, Hart Publishing, 2004, p.116

<sup>41</sup> *Ibidem*.



cualquier acción por parte de un Estado miembro, está proscrita. Este tipo de competencia es extremadamente escasa. Casos de este tipo son, por ejemplo, lo concerniente a la política comercial común basada en el artículo 133 TUE. La competencia en esta materia es exclusiva puesto que, como señalamos más arriba, cualquier acción de los estados, como la creación de legislación especial, podría desvirtuar la competencia<sup>42</sup>. En todo caso el Tratado de Niza enmendó este artículo calificando el principio de exclusividad sólo respecto a los nuevos aspectos de la política concerniente al mercado común. De esta forma, partes específicas de este artículo pasaron de ser competencia exclusiva comunitaria a ser de competencia compartida.

Otro ejemplo de competencia exclusiva es la afirmada por el TJCE respecto a la preservación de recursos biológicos marinos dentro del contexto de la política de pesca.<sup>43</sup>

También es ampliamente aceptado que la Comunidad posee competencia exclusiva en materia monetaria desde que se adoptó el euro.

Sin embargo, el TJCE<sup>44</sup> es reacio a establecer que una determinada materia es de competencia exclusiva, puesto que al hacerlo de forma inmediata se produce un efecto en el poder regulatorio de los estados miembros.

En cualquier evento, existe una evidente armonía entre el precedentemente explicado imperativo de uniformidad y las competencias exclusivas, ya que estas últimas son una efectiva contribución legal a la consecución del primero. Pero la armonía dista de ser absoluta, pues la sola adopción de un sector como de competencia exclusiva no redundará necesariamente en que los estados actúen acorde al derecho comunitario, por lo que toman relevancia los mecanismos descentralizados de control, explicados en la parte introductoria de este trabajo y que volverán a ser tratados posteriormente.

---

<sup>42</sup> Así lo señaló la TJCE en opinión 1/75 (Understanding a local cost Standard) [1975] ECR 1355, pp. 1363-5.

<sup>43</sup> Sentencia TJCE 3-4 & 6/76 Kramer [1976] ECR 1279; Sentencia 804/79 Comisión contra Gran Bretaña [1981] ECR.

<sup>44</sup> Nuevamente es la Corte quien determina que materias son de competencia exclusiva y cuales no. Sobre este punto volveremos más adelante.

El concepto de *competencia compartida* se refiere a la idea de que tanto la CE como los estados miembros son legalmente capaces de realizar acciones independientes dentro de un área política relevante. La mayoría de las áreas de política relevante son retenidas por los estados miembros para actuar en ellas, empero el poder regulatorio que tiene la Comunidad Europea puede crear nuevas obligaciones que serán vinculantes respecto de los estados, modificando la realidad normativa creada por los mismos. Ejemplos de este tipo de competencia son: el mercado interno, el área de libertad justicia y seguridad, la política social, la política del consumidor, ciertos aspectos de la política de salud pública, la política de transporte y la política de agricultura. En cada caso en el tratado se contienen las bases legales relevantes y se elaboran en gran detalle el impacto que la competencia de la comunidad tendrá en la esfera nacional.

### **3. Principios que informan el Derecho Comunitario.**

En este apartado revisaremos dos conjuntos de principios que tienen distinta naturaleza y ámbito de aplicación. En primer lugar analizaremos los principios que guían la creación de normas jurídicas por parte de las instituciones comunitarias, de manera tal que establecen la forma de ejercicio de esta facultad creadora dentro de sus competencias compartidas exclusivamente.<sup>45</sup>

En segundo lugar, examinaremos los principios que rigen la aplicación del derecho comunitario ya creado. Sobre este asunto pondremos especial atención, toda vez que son los principios en cuestión los que han producido la mayor reacción por parte de los estados miembros.

#### **3.1 Principios que informan la creación del derecho comunitario**

Además de las teorías explicamos más arriba en cuanto a la creación de Derecho Comunitario, existen dos principios que guían esta creación independientemente de la materia sobre la cual se trate.

---

<sup>45</sup> ELEFTHERIADIS, P., *The standing of states in the European Union*, En: TSAGOURIAS, N., *Transnational Constitutionalism*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2007, p.60

Los principios en comento son: proporcionalidad y subsidiaridad y tienen en común que fueron reconocidos legalmente en el Tratado de Maastricht el que, en el caso del principio de proporcionalidad, hizo la recepción de un criterio instaurado anteriormente por el TJCE.

Por último y a modo de advertencia, cabe señalar que los principios que serán explicados son aplicables también a las acciones ejecutivas, pero aquella aplicación no será tratada en este trabajo.

### **a) Proporcionalidad**

Este principio encuentra su fuente en el derecho alemán<sup>46</sup> donde se entiende implícito en ciertos artículos de la Constitución germana. En su aspecto constitucional se le conecta con la protección de los derechos fundamentales y por eso fue en esos términos que tuvo su aplicación original.

De acuerdo con este principio, una autoridad pública no podrá imponer obligaciones a un ciudadano sino que en la medida en que sea estrictamente necesario en atención al interés público a alcanzar con aquella medida<sup>47</sup>. Si la carga impuesta es claramente fuera de proporción respecto al objetivo a alcanzar, la medida debe ser anulada. En este sentido, este principio exige que la medida sea apropiada y necesaria para alcanzar sus objetivos. El principio de proporcionalidad es, según la definición precedente, en algún sentido similar al principio de razonabilidad del derecho inglés.

En principio fue incorporado al derecho comunitario por el TJCE<sup>48</sup>. En esos fallos el estándar que utilizó el tribunal para su aplicación era si la medida empleada correspondía a la importancia del objetivo, por una parte, y si era necesaria para alcanzar este objetivo, por la otra. Había dos dimensiones claramente establecidas a nivel jurisprudencial: el llamado criterio de idoneidad, y el criterio de necesidad. En el corazón de este segundo criterio se tomaban en consideración la libertad individual y los demás intereses que pudieran ser comprometidos. El test de proporcionalidad era,

---

<sup>46</sup>Del alemán *Verhältnismässigkeit*.

<sup>47</sup> HARTLEY, TC., Op. Cit. p.152

<sup>48</sup> Ver Sentencias TJCE 279/84, 280/84 y 286/84 Walter Rau Lebensmittelwerke y otros contra Comisión [1987] ECR1069.

en definitiva, el balance entre distintos objetivos en competencia.<sup>49</sup> Con su posterior reconocimiento legal se dejó firme la doctrina creada por el TJCE.

Así, el tercer inciso del artículo 5 TUE lo define como sigue:

“Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.”

Como vemos, la definición establecida en la norma no va más allá de lo que ya había estatuido el TJCE, sin embargo enfatiza la importancia del compromiso que deben tener con este principio los estados miembros, al acogerla en la cláusula del actual TUE.

El principio de proporcionalidad es particularmente importante en la esfera del derecho económico, puesto que frecuentemente envuelve obligaciones tributarias, imposiciones, cargas o derechos que se exigen a los comerciantes con la esperanza de obtener beneficios económicos.

El asunto más debatido respecto de la utilización del principio de proporcionalidad es el amplio campo de discrecionalidad que éste deja al TJCE, pues las dimensiones a las que aludimos más arriba suscitan frecuentemente opiniones opuestas. El tribunal no podrá interferir a menos que haya una clara y obvia infracción al principio, no obstante, tampoco es fácil predecir cuando el TJCE lo considerará de esta manera. Nuevamente tiene este tribunal un poder muy extenso en lo que se refiere a anular o no una medida haciendo uso de este criterio.

## **b) Subsidiaridad**

El principio de subsidiaridad es definido y establecido por el segundo inciso del artículo 5 del Tratado de Maastricht (TUE) que señala:

“En las áreas que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiaridad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, y, por

---

<sup>49</sup> ELEFTHERIADIS, P., Op. Cit. pp. 56-62.

consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.”

El Tratado de Ámsterdam adhirió un protocolo para la aplicación de los principios de proporcionalidad y de subsidiaridad<sup>50</sup>, el que respecto del principio de subsidiaridad precisa ciertos criterios de aplicación. Así, exige para que la acción de la Comunidad sea justificada, tanto que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros como que la acción pueda lograrse mejor a nivel comunitario.

El protocolo establece criterios guía para determinar cuando estas condiciones están satisfechas, estos son:

- El asunto bajo consideración tiene aspectos transnacionales que no pueden ser satisfactoriamente regulados a través de la acción de un Estado miembro.
- Las acciones realizadas por un Estado miembro únicamente o con carencia de la acción de la Comunidad podrían conflictuar con los requerimientos del tratado o bien podrían dañar significativamente los intereses de los estados miembros.
- La acción a nivel comunitario podría producir claros beneficios en razón a su escala o efectos comparada con la acción a nivel de estados miembros<sup>51</sup>.

El problema central respecto de este principio es su ámbito de aplicación, puesto que como es posible deducir de la lectura de la norma, este principio tiene aplicación sólo respecto de las materias que son de competencia compartida. El conflicto se produce especialmente en al determinación de cuándo estamos frente a una materia de competencia compartida, pues la Comunidad considera que está frente a un área de competencia exclusiva si los tratados imponen una obligación de actuación a la Comunidad, pues en ese caso tendría la responsabilidad sobre la ejecución de esa tarea en particular<sup>52</sup>. De hecho la Comisión ha identificado una serie de materias donde tendría competencia exclusiva, señalando además que éstas se harían más extensas a medida que la integración progresa.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Protocolo sobre la aplicación de los principios de Subsidiaridad y Proporcionalidad [2004] C310/207.

<sup>51</sup> HARTLEY, TC. Op. Cit., p.113. Texto original en inglés, traducción propia.

<sup>52</sup> Ver COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “The principle of Subsidiarity”, Documento Sección (92) 1990, 27 de octubre de 1992, p.5.

<sup>53</sup> Ibídem.

Lo anterior se acentúa por la manera en que el TJCE se ha pronunciado sobre esta materia, pues pareciera ser que basta que el TUE confiera a la Comunidad un poder interno para tomar medidas vinculantes y que la Comunidad ejercite ese poder adoptando una legislación o celebrando un acuerdo internacional, para que no esté permitido a los estados miembros celebrar tratados que pudiesen afectar lo realizado por la Comunidad.<sup>54</sup>

Si este principio se aplica a “raja tabla” por el TJCE y de forma masiva, parece evidente que el principio de subsidiaridad verá restringida su aplicación a los casos en que la Comunidad legisla por primera vez, pues sólo en ese caso estaríamos frente a una competencia no exclusiva.

Este asunto no es menor, si se considera que la acción de tanto, la Comisión como el Consejo, estará determinada por la previsión que ellos harán respecto de la actitud que tomará el TJCE, pues si prevén que éste la anulará por incumplimiento del principio de subsidiaridad, entonces se abstendrán de realizar la medida. No obstante, será difícil que el TJCE rechace una medida invocando este principio, dado que las medidas que estas instituciones comunitarias realizan tienen, por lo general, gran cantidad de objetivos y seguramente si alguno de ellos cumple los requerimientos ya descritos, el tribunal la considerará suficientemente en regla respecto del principio en comento. Por otra parte, es claro que serán los mismos organismos quienes redactarán los preámbulos con miras a facilitar el razonamiento del TJCE.

En definitiva, la conclusión parece obvia: la aplicación del principio de subsidiaridad dependerá casi absolutamente de la política que el TJCE sostenga a este respecto y podríamos aventurarnos a sostener que ésta es más sensible a los requerimientos de los órganos legislativos comunitarios que a la potestad de igual carácter de los estados miembros, puesto que es extremadamente raro que el TJCE declare la invalidez de una medida haciendo uso del principio de subsidiaridad.<sup>55</sup>

### **3.2 Principios que informan la aplicación del Derecho Comunitario.**

---

<sup>54</sup> HARTLEY, TC., Op. Cit., p.114.

<sup>55</sup> Ibídem, p.116.

Los principios que serán tratados en este apartado permiten y guían la aplicación del Derecho comunitario por parte de los jueces de los Tribunales internos de los estados miembros, sin embargo, serán explicados en este capítulo porque su fuente e interpretación se encuentra en la CE. Constituyen, en definitiva, la visión que la Comunidad sostiene sobre como deben ser las reglas del juego en la relación entre el derecho comunitario y el derecho nacional con el objeto de cumplir con los imperativos de eficacia y uniformidad ya explicados. Sobre la aplicación misma de estos principios y las reacciones que los tribunales nacionales han tenido frente a ellos, tratará el capítulo II.

#### **a) Aplicabilidad Inmediata.**

Este principio, que se diferencia del principio de efecto directo que veremos a continuación, implica que “la norma comunitaria adquiere automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros desde el momento de su publicación en el Diario oficial de las comunidades europeas.”<sup>56</sup> La norma integra ipso iure el ordenamiento jurídico nacional, a tal punto que el TJCE condenó la práctica del Estado Italiano de reproducir los reglamentos comunitarios para adoptar normas de ejecución a nivel interno.<sup>57</sup>

De la formulación de este principio, se sigue una obligación en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los jueces nacionales, siendo ésta, la de aplicar las normas de derecho comunitario en los litigios de que conozcan a propósito de relaciones jurídicas directamente reguladas o indirectamente afectadas por el derecho comunitario.

Este principio comparte ciertas similitudes con el principio de efecto directo, que trataremos a continuación, sin embargo es más amplio que éste, pues el segundo tiene que ver con la posibilidad de invocar una norma de derecho comunitario por parte de

---

<sup>56</sup> GIMÉNEZ, SÁNCHEZ, I. La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE, España, Ed. Thomson Aranzadi, 2003.

<sup>57</sup> Sentencia TJCE del 7 de febrero de 1973, Comisión contra Italia C-39/72

los particulares y el Estado, mientras que éste se relaciona con la reflexión que el juez realiza para determinar el derecho aplicable a un determinado asunto litigioso.<sup>58</sup>

## **b) Efecto Directo**

Este principio se refiere a la capacidad que tiene la norma comunitaria para originar, en ciertas condiciones, derechos y obligaciones, no solo para los Estados miembros, sino que también para los litigantes particulares<sup>59</sup>, los que puedan ser invocados frente a las cortes nacionales.

La sentencia *Van Gend & Loos*<sup>60</sup> fue la primera decisión en que el TJCE reconoció este principio. El caso se produjo cuando una empresa privada intentó invocar el derecho comunitario en contra de las autoridades de aduana holandesas en un procedimiento ante un tribunal holandés. En el derecho holandés, los acuerdos internacionales como el Tratado de Roma tienen preeminencia sobre el derecho nacional en la medida en que sean “auto-ejecutables”. En vista de ello el tribunal hizo una referencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, estableciéndose como asunto principal si el artículo 12 del Tratado de Roma (hoy recogido en el TUE) era directamente efectivo, pese a la inexistencia de implementación legislativa.

El artículo 12 del Tratado de Roma señala:

“Los estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya están aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas.”

Como es posible ver, la norma está dirigida a los estados miembros imponiéndoles una obligación y en ninguna parte garantiza el derecho correlativo a los individuos a importar bienes libres de cualquier impuesto establecido con posterioridad

---

<sup>58</sup> SÁENZ SANTA MARÍA, P. Desarrollos recientes de la eficacia directa de las normas comunitarias, En: UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, Integración europea y Poder judicial, Op. Cit., p.132

<sup>59</sup> En tanto que ciudadanos de la Europa comunitaria.

<sup>60</sup> Sentencia TJCE del 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos* contra *Nederlanse Administratie Belastingen*, C- 26/62.



al Tratado de Roma. Por ello, podría haberse pensado que la norma no era directamente efectiva.

El TJCE, sin embargo, consideró las cosas de un modo distinto al señalar:

“La redacción del artículo 12 contiene una clara e incondicional prohibición, la cual no es positiva, sino una obligación negativa. Esta obligación, además, no está calificada por ninguna reserva por parte de los Estados que pudiera hacer su implementación condicional a una medida legislativa promulgada bajo el derecho nacional. La naturaleza misma de esta prohibición la hace “idealmente adaptada” para producir efectos directos en las relaciones legales entre los estados miembros y sus súbditos.”<sup>61</sup>

Cabe señalar que esta sentencia es revolucionaria en varios aspectos. En primer lugar, porque supuso una alteración de la presunción de Derecho Internacional Público relativa a que las obligaciones jurídicas internacionales están dirigidas únicamente a los estados. Y, en segundo lugar, porque la interpretación que realiza el tribunal para llegar al establecimiento del principio del efecto directo es más cercana a los métodos de interpretación legal que a los métodos propios del Derecho Internacional Público. Una interpretación restrictiva como la que hasta ese momento exigía el derecho internacional no podría haber dado lugar a una conclusión de este tipo, precisamente porque los acuerdos internacionales al crear obligaciones para estados tienen el fundamento de su obligatoriedad en el principio *pacta sunt servanda* y, por ello, solo obligan a lo expresamente aceptado.

En casos posteriores este test se ha modificado y refinado. La exigencia de que las obligaciones de los estados miembros sean negativas se abandonó, estableciéndose como requisitos de aplicación los siguientes:

- (i) La norma comunitaria debe ser clara y no ambigua o suficientemente precisa;
- (ii) Su mandato debe ser incondicional, y;

---

<sup>61</sup> Del texto original en inglés: “*The wording of article 12 contains a clear and unconditional prohibition which is not a positive, but a negative obligation. This obligation, moreover, is not qualified by any reservation on the part of states which would make its implementation conditional upon positive legislative measure enacted under national law. The very nature of this prohibition makes this ideally adapted to produce direct effects in the legal relationship between Member States and their subjects.*” *Ibidem*.

(iii) Su operatividad no debe depender de que otra acción sea tomada por la Comunidad o las autoridades nacionales.<sup>62</sup>

### **Claro y no ambiguo**

Aunque en la redacción de toda norma se busca la claridad y no la ambigüedad, muchas veces aquello es difícil de lograr, lo que se vuelve particularmente frecuente en aquellos casos en que estamos frente a un instrumento internacional, toda vez que en la búsqueda de la ratificación de varios estados con intereses contrapuestos se sacrifica la claridad en pos del consenso.

Sin embargo, el TJCE ha entendido que inclusive a una norma comunitaria poco clara y ambigua es posible otorgarle efecto directo si a través de la interpretación se le configura un sentido que cumple con el requerimiento de claridad.

En jurisprudencia reciente el TJCE ha ido más lejos, abandonando la exigencia de claridad e interpretando este requisito como asociado al efecto imperativo o efecto útil.<sup>63</sup>

La mayoría de las veces el problema se produce por la generalidad de la norma más que por su falta de claridad, pues difícilmente un objetivo general producirá un derecho invocable frente a un tribunal. El grado de precisión necesario variará de acuerdo a la situación. Por ejemplo, una norma que impone obligaciones a los ciudadanos debiera tener un mayor grado de precisión que una medida que les garantiza derechos. En el caso del derecho penal el grado de precisión es esencial para cumplir los requisitos que el derecho penal exige (legalidad). Sobre este punto volveremos más adelante.

### **Incondicional**

Este requerimiento significa que la norma comunitaria no debe depender de la acción de otra autoridad, como una institución comunitaria o de un Estado miembro. En definitiva, no debe depender del juicio o discreción de ninguno de esos cuerpos.

---

<sup>62</sup> HARTLEY, TC., Op. Cit., p.193

<sup>63</sup> Sentencias TJCE de 1 de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld C27/95; de 19 de septiembre de 2000, Linster C-287/98.

Un ejemplo de obligación condicional y, por tanto, no directamente ejecutable, es aquella norma que requiere a los estados miembros para que le den efecto al principio de igual tratamiento para hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, (artículo 141 TUE). Entre otras cosas este artículo obliga a los estados miembros a dar una reparación legal a las víctimas de discriminación.

En el caso *Von Colson*<sup>64</sup> una mujer que había sido rechazada en un trabajo por su sexo, argumentó que el derecho comunitario le daba un derecho directamente efectivo para exigir al Tribunal que ordenara al empleador que le diera el puesto. El tribunal alemán pidió al TJCE que se expresara sobre el efecto directo de la norma, ante lo que éste señaló que existían varias formas en las que el Estado miembro podía satisfacer su obligación de dar una reparación legal. Dado que cualquier remedio efectivo constituiría cumplimiento de la obligación, la discreción conferida al Estado impedía que la norma fuese directamente efectiva.

En opinión de Paz Andrés Sáenz<sup>65</sup>, se ha producido una relajación en la interpretación del requisito de incondicionalidad a la hora de apreciar el efecto directo. Basa esta afirmación en lo señalado por el TJCE en sentencia de 17 de septiembre de 2002<sup>66</sup>, donde fallando una cuestión prejudicial comunitaria referente a la aplicación directa del artículo 18.1 TUE<sup>67</sup> afirmó:

“...la aplicación de las limitaciones y condiciones admitidas en el artículo 18 (TUE), apartado 1, para el ejercicio de este derecho de residencia puede ser objeto de control judicial. Por consiguiente, las eventuales limitaciones y condiciones de este derecho no impiden que las disposiciones del 18.1, otorguen a los particulares derechos que éstos pueden alegar ante los tribunales nacionales y que estos deben tutelar (...) la aplicación de dichas limitaciones y condiciones debe realizarse respetando los límites impuestos por el derecho comunitario y de conformidad con los principios generales de éste, en particular, el principio de proporcionalidad.”

---

<sup>64</sup> Sentencia TJCE de 10 de abril de 1984, Sabine Von Colson contra Land Nordrhein-Westfalen C 14/83.

<sup>65</sup> SÁENZ SANTA MARÍA, P. Desarrollos recientes de la eficacia directa de las normas comunitarias, En: UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, Integración europea y Poder judicial, Op. Cit., p.132.

<sup>66</sup> Sentencia de 17 de septiembre de 2002, Baumbast C-413/02.

<sup>67</sup> Artículo 18.1 TUE: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

De esta forma, el TJCE se alejaría del requisito básico de incondicionalidad, subordinándolo a los principios generales del derecho comunitario.

### **No dependiente de otra acción**

Si la norma comunitaria establece que los derechos que garantiza tendrán efecto cuando una acción de naturaleza ejecutiva o legislativa sea realizada por la Comunidad o un Estado miembro, es razonable concluir que ésta no tendrá efecto directo hasta que aquella acción sea tomada.

A pesar de ello, el TJCE ha limitado este requisito hasta dejarlo en su mínima expresión. Así, ha señalado que si la norma comunitaria establece un tiempo límite para su implementación, ésta se transformará en directamente aplicable una vez que se cumpla el plazo, aunque ninguna acción haya sido tomada. En la práctica esta interpretación aumenta exponencialmente los casos de normas con efecto directo, puesto que la gran mayoría de los artículos que exigen una acción posterior tienen un plazo máximo para que sea tomada.

### **Ámbito de aplicación del principio**

Pero, ¿qué tipo de norma comunitaria puede tener efecto directo? Esta pregunta ha tenido distintas respuestas a medida que la integración se profundiza, pudiendo afirmarse que en la actualidad casi cualquier norma legal puede tener este efecto.

En cuanto a las **normas de los tratados**, es preciso señalar que no existe ningún artículo que señale que sus reglas son directamente ejecutables. Probablemente los redactores supusieron que serían los derechos internos los llamados a resolver este tema.

En lo que se refiere a los **reglamentos** comunitarios, el inciso segundo del artículo 249 TEU señala: “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y *directamente aplicable* en cada Estado miembro”<sup>68</sup>.

Como lo han establecido algunos autores es posible que los autores del tratado hayan querido significar con “directamente aplicable” directamente efectivo<sup>69</sup>. Dado que no existe otra norma en este mismo sentido dentro del TUE, se ha sostenido que sólo los reglamentos son directamente efectivos. El TJCE, como ya hemos observado, ha ampliado este criterio a otros instrumentos comunitarios lo que ha dado lugar a un debate no menor sobre el tema.

Habrían así dos interpretaciones en competencia, por un lado, podemos interpretar directamente aplicable como directamente efectivo llegando a la conclusión ya señalada, o bien, entender que estos conceptos son distintos y, por lo tanto, los reglamentos tendrían un efecto diferente al resto de los instrumentos comunitarios<sup>70</sup>. No obstante, todo el debate es estéril desde que cualquiera de las interpretaciones redundaría en una acusación al TJCE, pues de una o forma u otra habría actuado en contra de los tratados.

Dado que los reglamentos son directamente efectivos, el TJCE ha establecido una regla general en el sentido de que, excepto que sea necesario, las medidas de implementación para un reglamento son impropias.<sup>71</sup> La razón que pareciera estar subyaciendo este razonamiento es la intención de cumplir con el imperativo de uniformidad que exige la Integración a través del Derecho como concepto guía en la construcción de la CE. En este sentido, la creación de cualquier regulación explicativa de los reglamentos daría lugar a obscuridades y divergencias entre los estados, por lo que la norma comunitaria dejaría de significar lo mismo dependiendo del Estado en que nos encontremos, lo que es contrario a la uniformidad pretendida.

Las **directivas** han sido objeto de fuerte debate a la hora de determinar su efectividad directa. Ello se debe a que éstas tienen por destinatarios a los estados y

---

<sup>68</sup> El destacado es nuestro.

<sup>69</sup> HARTLEY, TC. Op. Cit., p.198

<sup>70</sup> Este cuestionamiento fue planteado por primera vez por JA Winter en su artículo titulado: “Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in community law”, Common Market Law Review, N°9, 1972.

<sup>71</sup> HARTLEY, TC. Op. Cit., p.199

requieren la adopción por parte de éstos de las medidas de ejecución que sean necesarias para alcanzar el resultado previsto en la directiva.

Así lo establece el inciso tercero del artículo 249 TUE:

“La directiva obligará al Estado Miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.”

La jurisprudencia del TJCE se ha caracterizado por no dar soluciones categóricas al tema, pero ha proporcionado algunas guías generales al respecto. Es, de hecho, en este caso en que se aplica lo sostenido más arriba respecto del tercer requisito del principio en comento, en lo que se refiere a que si existe un plazo para la ejecución de las acciones por parte de la autoridad llamada a realizarlas, una vez que este se haya cumplido la norma se torna directamente aplicable.

En todo caso, no podemos decir que todas las directivas sean directamente aplicables, pues si el Estado ha tomado las medidas exigidas por la norma, se estará a esas medidas y no a la directiva que concretiza.<sup>72</sup>

El primer fallo en que se estableció esta doctrina fue el caso *Van Duyn* en 1974<sup>73</sup>. En este caso el Tribunal Europeo estableció que el artículo 39 TUE era directamente efectivo. Ello era, sin embargo, solo un aspecto del caso pues el juez nacional también le había consultado si era directamente efectivo el artículo 3 de la Directiva 64/221. El propósito de esta directiva era limitar la discreción de los Estados Miembros cuando invocaban una política pública bajo el artículo 39 TUE. En este caso, el artículo 3 de la Directiva 64/221 establecía que estas medidas debían basarse exclusivamente en la conducta personal del individuo envuelto.

Se argumentó que el artículo 3 era directamente efectivo y, dado que la razón que esgrimió la Oficina de Asuntos internos de Inglaterra para negarle la entrada a Gran Bretaña a una persona era su pertenencia a la Iglesia cientológica y ello no

---

<sup>72</sup> El tribunal, sin embargo, falló en dos ocasiones de forma diferente respecto a este punto en el año 1970. Así ocurrió en los casos *Grad* y *S.A.C.E.* en los cuales el rol de la directiva se limitaba a señalar la fecha en el que la norma entraría en fuerza, la TJCE, previno en todo caso, que aquello no impedía que la otra norma fuese directamente efectiva. Ver *S.A.C.E.* Rec. 1970-9 cuaderno 5 y Sentencia TJCE del 6 de octubre de 1970.

<sup>73</sup> Sentencia TJCE de 4 de diciembre de 1974, *Ivonne Van Duyn* contra Home Office.

constituía “conducta personal” en los términos de ese artículo, entonces debía revocarse la decisión por parte del tribunal Inglés.

La referencia al TJCE fue realizada y éste tenía que pronunciarse estando ahora frente a un caso “no especial”, por lo que lo que fallara sería más tarde tomado como precedente.

El Tribunal de Justicia Europeo sostuvo que las directivas podían ser directamente efectivas, basándose en los siguientes argumentos:

- Sería incompatible con el efecto vinculante atribuido a las directivas en el artículo 249 TUE excluir el efecto directo. Ello se ha criticado por algunos autores pues es posible que una norma sea completamente vinculante a nivel internacional sin que sea ejecutable en arenas nacionales<sup>74</sup>.
- El segundo argumento tiene carácter político y no legal: la efectividad de la norma (*“effet utile”* en francés) sería mejor lograda si los individuos tuvieran la facultad de invocarla en los tribunales internos.
- El tercer argumento tiene directa relación con el artículo 234, que regula el sistema de las cuestiones prejudiciales comunitarias<sup>75</sup> dando al TJCE jurisdicción para fallar sobre, entre otras cosas, la validez e interpretación de los actos de las instituciones de la Comunidad, lo que incluye las directivas y en opinión del TJCE, implica su efectividad directa.<sup>76</sup>

Lo que ocurría en este caso, era que las autoridades británicas no habían realizado gestión alguna para implementar la directiva, pues de haberlo hecho, la señora Van Duyn podría haberse acogido a ella sin necesidad de acudir al derecho comunitario y, por lo tanto, a la cuestión prejudicial comunitaria. El TJCE afirmaba, entonces, que no podía la señora Van Duyn encontrarse en peor situación que en la que se encontraría si Gran Bretaña hubiese cumplido su obligación. Más tarde, se señaló un argumento de equidad consistente en que el efecto directo de las directivas se justificaba en la medida que evitaba que los estados miembros tomaran ventaja de

---

<sup>74</sup> HARTLEY, TC. Op.Cit., p. 202

<sup>75</sup> Sobre la cuestión prejudicial comunitaria volveremos en profundidad en el Capítulo III

<sup>76</sup> No obstante, como veremos más adelante, también es posible generar una cuestión prejudicial comunitaria que no verse sobre efecto directo, incluso el TJCE así lo ha entendido.

sus propios incumplimientos, que fue adoptado por el TJCE en 1979<sup>77</sup> abandonándose los argumentos del Caso *Van Duyn*.

Sin embargo, puesto que el punto central dentro del argumento de equidad es el incumplimiento por parte de los estados miembros, se torna especialmente relevante el plazo que las directivas establecen para su implementación, pues antes de ello no podemos hablar propiamente de incumplimiento. Así, la directiva será directamente efectiva sólo cuando el término para su implementación haya expirado. Ello no significa que antes del vencimiento del plazo la directiva no produzca efecto alguno, pues en ese periodo los estados miembros deben abstenerse de crear legislación que pudiera seriamente comprometer el cumplimiento del resultado requerido por la directiva.<sup>78</sup>

En definitiva, en el caso de una directiva, la eficacia directa de la norma comunitaria no está en función de la precisión e incondicionalidad de los derechos reconocidos, sino de que el Estado miembro haya reconocido los márgenes de apreciación de que disponía para alcanzar sus resultados.<sup>79</sup>

Respecto de las **decisiones comunitarias** que tienen efecto legislativo, el TJCE ha señalado que éstas pueden ser directamente efectivas. Ello ocurrió primero en el caso *Grad*, al que ya hemos hecho alusión, inclusive antes de establecer que las directivas tenían efecto directo. No obstante, las razones dadas fueron las mismas que para las directivas.

### **Efecto directo horizontal y vertical.**

Existen dos tipos de efectos dependiendo de quien es el obligado por la norma comunitaria de la que se pide su efecto directo. Así, estaremos frente al *efecto directo vertical* cuando solicitamos a las autoridades nacionales o comunitarias la aplicación

---

<sup>77</sup> Sentencia TJCE de 5 de abril de 1979, Ratti, C-148/78

<sup>78</sup> Sentencia TJCE de 18 de diciembre de 1997, Inter-environnement contra Région Wallonne C-129/96, apartados 40 y 45.

<sup>79</sup> SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. Desarrollos recientes de la eficacia directa de las normas comunitarias, En: Integración europea y Poder judicial, Op. Cit.



de la norma comunitaria frente al Estado, y nos encontraremos frente al *efecto directo horizontal* cuando solicitamos la aplicación de estas normas frente a otros particulares.

No hay duda de que tanto las regulaciones como las normas de los tratados son capaces no solo de conferir derechos a los individuos, sino que también de imponer obligaciones a ellos. No obstante, el TJCE ha señalado que las directivas y decisiones sólo son capaces de producir efecto directo vertical.

Así lo estableció en el caso *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*<sup>80</sup> al afirmar que una directiva no puede por sí misma imponer obligaciones a una persona, por lo que no puede ser invocada en contra de otro individuo. Esta opinión ha sido resistida por un grupo de abogados generales y parte de la doctrina europea, pues se afirma que no es posible distinguir los dos grupos de casos (tratados y reglamentos, por un lado y, directivas, por otro) y se considera que los argumentos esgrimidos por el Tribunal (“los estados son los destinatarios exclusivos de las directivas y la no publicidad de las mismas”), son frágiles y artificiales provocando incertidumbre e inseguridad jurídica para el particular<sup>81</sup>.

A este respecto, las situaciones que se refieren a la aplicación de ciertas directivas relativas a la igualdad entre hombres y mujeres en el empleo y a protección de los consumidores pueden dar lugar a soluciones discriminatorias pues el TJCE sólo aceptará la invocación de los derechos cuando se haga por parte de los trabajadores del sector público (pues en ese caso se hará contra el Estado) o por consumidores afectados por un producto fabricado por empresas estatales y la negarán cuando la planteen trabajadores del sector privado o consumidores de un producto de fabricante privado (relación horizontal).<sup>82</sup>

Para solucionar esto, el TJCE ha aceptado teorías que mitigarían el efecto señalado. De esta forma, se ha aceptado la teoría de las *relaciones triangulares*. Las relaciones triangulares se producen cuando hay una relación entre un individuo y el Estado, la que además afecta a un segundo individuo. En este caso, el primer

---

<sup>80</sup> Sentencia TJCE de 26 de febrero de 1986, C- 152/84

<sup>81</sup> GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE, España, Thomson Aranzadi, 2003, p.30

<sup>82</sup> Op. Cit. p.31

individuo puede invocar en el efecto directo de la directiva en contra del Estado, aunque de ello se devengan efectos negativos para el otro individuo.

La discusión en torno a estas cuestiones aflora en el procedimiento prejudicial que culmina con la sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004 en el asunto *Wells*<sup>83</sup>. Las referencias habían sido realizadas por un tribunal del Reino Unido con respecto a la interpretación de la Directiva 85/337 del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos públicos y privados. La señora Delena Wells había comenzado un litigio en contra de las autoridades del Reino Unido producto de la renovación de la explotación de una cantera de extracción de materiales de construcción situada cerca de su vivienda. Dicha renovación se habría autorizado sin llevar a cabo previamente una evaluación de impacto ambiental exigida por la directiva señalada. Ella solicitó a la Administración la revocación o modificación de la licencia hasta que se regularizara la situación. Al no obtener respuesta acudió a la *High Court of Justice*. La Administración alegó que no era posible llevar a cabo la medida solicitada pues el derecho comunitario le impedía actuar directamente contra los propietarios. En la referencia realizada por la corte inglesa se consultó al TJCE si los particulares tenían derecho a recurrir el hecho de que el Estado no hubiese exigido la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente o bien, no lo tenían en virtud de la limitación al efecto directo horizontal de las directivas.

El TJCE acogió la opinión del abogado general Léger<sup>84</sup> señalando en los apartados 56, 57 y 58 de la sentencia lo siguiente:

“El principio de seguridad jurídica se opone a que las directivas puedan crear obligaciones a cargo de los particulares (...) un particular no puede invocar una directiva contra un Estado Miembro cuando se trata de una obligación estatal que está directamente relacionada con la ejecución de otra obligación que incumbe a un tercero. En cambio, las meras repercusiones negativas sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las

---

<sup>83</sup> Sentencia TJCE de 7 enero de 2004, *Wells* contra Secretary of State for Transport, Local Government and Regions, C-201/02

<sup>84</sup> Conclusión del Abogado General Léger sobre el caso *Wells* de 25 de septiembre de 2003.

disposiciones de una directiva contra el Estado miembro de que se trate.”

Otra de las teorías acogidas por el TJCE es la que se basa en la distinción entre el *efecto exclusionario* y el *efecto substitutivo*. El primero se refiere a cuando una directiva tiene el efecto negativo de eliminar legislación nacional y el segundo tiene el efecto positivo de imponer reglas establecidas en una directiva. Según la teoría la inaplicabilidad de la legislación nacional puede ser invocada por un individuo contra otro, mientras que las directivas que crean nuevas reglas no.

Por último, cabe señalar que el TJCE no siempre ha sido consistente respecto de los requisitos que exige para el efecto directo de las directivas, ni tampoco a la limitación respecto del efecto horizontal. Ello se pudo observar en el caso *Mangold*<sup>85</sup>.

Este caso concernía a la interacción de dos aspectos del derecho laboral: los contratos por tiempo definido y la discriminación por razón de edad. Los contratos a tiempo definido se consideraban indeseables por la inseguridad que creaban, por lo que una directiva del Consejo (1999/70) les puso restricciones, no obstante, los trabajadores de más edad que perdían su trabajo a menudo encontraban dificultades para conseguir otro, siendo una de las decisiones posibles hacer una excepción respecto de ellos en lo que se refiere a los contratos por tiempo definido. Sin embargo, ello podía ser visto como una especie de condonación a la discriminación por razón de edad, lo que era contrario a la Directiva 2000/78.

El derecho alemán prohíbe de forma general los contratos por tiempo definido, a menos que haya una “justificación objetiva”. En este sentido, la ley de 23 de diciembre de 2002, que entraba en fuerza el 1 de enero de 2003 señalaba que era una justificación objetiva que el trabajador tuviese 58 años o más, lo que desde el 31 de diciembre de 2006 se rebajaría a trabajadores de 52 años o más al momento de contratar.

El caso concreto envolvía un contrato de trabajo entre el señor Helm y el trabajador, señor Mangold. Cuando comenzó la relación contractual, Mangold tenía 56 años, el contrato señalaba el hecho de ser a tiempo definido y consignaba

---

<sup>85</sup> Sentencia TJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold contra Rüdiger Helm* C-144/04

expresamente que ello no tenía más justificación objetiva que la edad del trabajador. Mangold, entonces, demandó al Sr. Helm en un tribunal alemán alegando que la cláusula limitativa de tiempo del contrato era contraria a la Directiva 2000/78.

La respuesta del TJCE parecía obvia y simple desde que la Directiva 2000/78 tenía un plazo de implementación que expiraba el 2 de diciembre de 2006 y el contrato había sido celebrado y terminaba antes de esa fecha. Tampoco podía acudirse al razonamiento que señala que la acción del Estado compromete seriamente los objetivos de la directiva, toda vez que la norma nacional expiraba 29 días antes del vencimiento del término de implementación. No obstante, fue exactamente eso lo que el TJCE señaló.

El Tribunal de Justicia Europeo afirmó que aunque el plazo de implementación era en principio el 2 de Diciembre de 2003, los estados miembros podían, sin embargo, solicitar un tiempo adicional de 3 años, requerimiento que hizo Alemania, razón por la que el término de implementación expiraba el 2 de diciembre de 2006. En todo caso la Directiva contenía una norma que señalaba que el Estado que realizara aquel requerimiento debía reportar anualmente a la Comisión sobre el progreso realizado. Ello, en opinión del TJCE, implicaba que los estados no podían adoptar legislaciones que constituyeran un paso hacia atrás. Además muchos trabajadores, incluyendo al Sr. Mangold, que tendrían 58 años al momento de vencerse el término de implementación, estarían atrapados por la legislación alemana que permitía contratos a tiempo definido sin justificación objetiva si los empleados tenía 58 años. Por estas razones el TJCE concluyó que hecho que el término de implementación no estuviera vencido era irrelevante. Quedaba pendiente aún el asunto de que Mangold y Helm eran particulares, lo que envolvería el efecto horizontal. Empero, el Tribunal de Justicia ignoró el asunto y estableció que la directiva era directamente efectiva.

### **Efecto indirecto**

Este efecto, también llamado interpretación conforme, se relaciona con la idea de que una norma, aunque no sea directamente efectiva, puede ser tomada en cuenta por los tribunales nacionales cuando interpretan la legislación nacional.

En definitiva, el TJCE ha creado una obligación para los jueces nacionales de aplicar el derecho nacional a la luz de las normas comunitarias, ya sean éstas directamente aplicables o no. Esta interpretación, que se aplica principalmente a las directivas, es teleológica, toda vez que se interpreta la ley nacional a la luz de la directiva a fin de alcanzar los resultados de la misma.

La doctrina en comento se originó en el caso *Von Colson*<sup>86</sup>. En el curso del juicio el TJCE afirmó que si una legislación es creada para implementar una directiva, entonces debe asumirse que la legislación nacional tiene por objetivo darle completo efecto a la directiva por lo que es lógico que sea interpretada con ella en mente.

Subsecuentemente, la misma doctrina comenzó a ser aplicada a la legislación nacional que no tenía por objeto la implementación de una Directiva. Ello fue instaurado en el caso *Marleasing*<sup>87</sup>. En este caso que se planteó ante una Corte española, se suscitó porque el Código Civil español establece entre las causales de ineficacia de los contratos la presencia de una causa ilegal o la carencia de la misma, mientras que la Directiva 68/151 no incluía entre las causales de nulidad la carencia de causa. El problema era que el contrato objeto del litigio era ineficaz en virtud de la ley española y no lo era según el derecho comunitario. El tribunal español refirió el caso al TJCE para que señalara si la directiva era directamente efectiva y, como era un caso entre particulares, se trataba del efecto horizontal. En respuesta a la consulta realizada, el TJCE confirmó la doctrina del caso *Marshall*, sin embargo, consideró la doctrina del efecto indirecto extendiendo el principio establecido en *Van Colson* haciéndolo aplicable a normas relevantes de derecho español como lo es el Código Civil.

Debe tenerse presente que el efecto indirecto no es ilimitado. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia Europeo en sentencia de 7 de enero de 2004<sup>88</sup>. En esta decisión, al resolver una cuestión prejudicial suscitada en las actuaciones penales seguidas en Austria a raíz de la retención por las autoridades aduaneras de lotes de mercancías que presuntamente usurpaban la marca “Rolex”, el

---

<sup>86</sup> Ver, nota al pie 61.

<sup>87</sup> Sentencia TJCE de 13 de Noviembre de 1990, *Marleasing S.A. contra la Comercial internacional de Alimentación S.A.*, C-106/89

<sup>88</sup> Sentencia TJCE de 7 de enero de 2004, *Proceso Penal contra X C- 60/02*

TJCE reitera un límite a la interpretación conforme que ya había enunciado en sentencias anteriores<sup>89</sup>. El asunto residía en dilucidar si, mediando interpretación conforme, podía el órgano jurisdiccional nacional con el fin de garantizar a los titulares de un derecho de propiedad intelectual la protección de éste contra actos lesivos prohibidos por el artículo 2 del Reglamento 3295/94, aplicar al tránsito por el territorio nacional de mercancías con usurpación de marca, las sanciones civiles previstas por el derecho nacional para los demás comportamientos prohibidos por el propio artículo 2, siempre que tuvieran carácter efectivo, proporcionado y disuasorio.

El TJCE responde señalando que en el ámbito penal hay un límite que restringe la interpretación conforme. Así, señala que el principio en esta rama del derecho está acotado por los principios de seguridad jurídica e irretroactividad reconocidos por el derecho comunitario.

### **c) Supremacía del Derecho Comunitario.**

La doctrina de la supremacía del Derecho Comunitario sigue lógicamente de la doctrina del efecto directo establecida en *Van Gend en Loos*. Ello es lógico puesto que los derechos individuales que crean las normas de derecho comunitario van a tener algún significado sólo en la medida que el derecho europeo sea supremo al derecho nacional. En caso contrario, se podrán evadir los efectos de las normas comunitarias simplemente dictando normas nuevas en sede nacional y los avances. Ambos principios tienen como denominador común, en última instancia, el imperativo de efectividad y uniformidad. El derecho comunitario tendrá mayor efectividad y será uniforme si los particulares pueden invocar directamente sus normas, cuyo significado no pueda ser modificado a través de normas posteriores dictadas por los estados miembros.

---

<sup>89</sup> Ver Sentencias TJCE de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò contra de persona desconocida, C-14/86, de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen c-80/86, de 26 de septiembre de 1996, Luciano Arcaro C-169/95.

La construcción jurisprudencial tiene sus bases en la sentencia *Costa contra Enel*<sup>90</sup>. Este caso se plantea por el incumplimiento en el pago de una cuenta de electricidad ascendente a \$3 por parte del señor Costa quien esgrimía que la nacionalización de la empresa de electricidad italiana (ENEL) realizada en 1962 era inválida. El tribunal de mínima cuantía italiano refirió el caso simultáneamente a la Corte Constitucional italiana (“CCI”) y al TJCE. Antes de que el TJCE pudiera pronunciarse la CCI declaró que el caso no debía haberse nunca referenciado al TJCE y, además, que el derecho europeo no era superior al derecho italiano.

El TJCE declaró que el Derecho Comunitario era superior al Derecho nacional, luego si la nacionalización de ENEL era contraria al derecho comunitario, entonces esta sería ilegal. Sin embargo, consideró que la nacionalización no era contraria al derecho comunitario. Dado lo fallado, no había nada que hacer por parte del gobierno italiano para responder a la decisión, el simple hecho de mantenerse inactivo parecía una aceptación de la decisión.

El segundo fallo relevante a este respecto es el caso *Simmenthal*<sup>91</sup>. Los hechos del litigio son los siguientes: la sociedad italiana Simmenthal compraba carne bovina en Francia que en la frontera italiana era sometida al pago de derechos de control sanitario en virtud de una ley italiana. En un primer proceso en 1976, el TJCE declaró que dichas medidas eran contrarias al tratado, pero la Administración no ejecutó la sentencia alegando que la ley que impuso la tasa era posterior a la ley que aprobó el Tratado de Roma en Italia. Ante este nuevo problema el tribunal italiano planteó otra cuestión prejudicial, a fin de que se pronunciara si, ante una ley nacional posterior contraria a una norma comunitaria, el juez nacional debería considerarla inaplicable de pleno derecho sin esperar su abrogación por el legislador o el órgano competente para declararla inconstitucional.

El TJCE fundamentó la primacía del derecho comunitario en tres argumentos centrales. En primer lugar, señaló que este principio es una *condición existencial* del derecho comunitario pues en ella descansa la eficacia y efectividad homogénea del

---

<sup>90</sup> Sentencia TJCE de 15 de julio de 1964, *Costa contra Ente Nazionale per L'Energia Elettrica (ENEL)*, C-6/64.

<sup>91</sup> Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1978, *Administración de Finanzas del Estado contra Simmenthal*, C-106/77.

derecho comunitario. En segundo lugar, fundamentó la primacía en la naturaleza y características específicas de la CE y de su ordenamiento, ya que la transferencia de competencias que realizan los estados de su ordenamiento jurídico interno a favor del ordenamiento jurídico comunitario implica una limitación definitiva de sus derechos soberanos, contra lo que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de comunidad. Por último, el compromiso de cooperación leal en el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, aceptado expresamente por todo Estado miembro, les obliga a abstenerse de cualquier medida que pueda hacer peligrar lo acordado.

En el caso *Costa contra ENEL* y, nuevamente, en *Simmenthal* el TJCE junto con declarar la supremacía del Derecho instruyó a los tribunales nacionales para implementar la supremacía del Derecho comunitario en su aplicación del derecho nacional. Así, los jueces y tribunales de los estados miembros deben aplicar prioritariamente el derecho comunitario íntegro (tanto originario como derivado) sobre el derecho interno, dejando inaplicable, en su caso, toda disposición contraria de la ley nacional (ya sea previa o posterior a la norma comunitaria). Esta obligación incumbe a todos los poderes públicos<sup>92</sup>.

En lo que se refiere a los jueces el TJCE, en principio, exonera al juez nacional de plantear la cuestión de constitucionalidad sobre la norma interna contraria al derecho comunitario o de tener que esperar su derogación<sup>93</sup>.

En todo caso, el TJCE ha establecido matices a esta obligación, por ejemplo en Sentencia de 14 de diciembre de 1995<sup>94</sup> en la que afirmó:

“El derecho comunitario no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales aducir de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones comunitarias, cuando el examen de este motivo les obligaría a renunciar a la pasividad que les incumbe, saliéndose de los límites del litigio tal y como ha sido circunscrito por las partes y basándose en hechos y circunstancias distintos de aquellos en que

---

<sup>92</sup> Así se ha fallado, Sentencia TJCE de 22 de junio de 1989, Constanzo, C-103/88.

<sup>93</sup> Ver Sentencia TJCE de 11 de julio de 1989, Ford España C-170/88.

<sup>94</sup> Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel y Van Veen, C-430/93 y C-431/93.



los fijó su demanda la parte litigante interesada en la aplicación de dichas disposiciones.”

Pese a la aceptación hoy general de la supremacía del derecho comunitario, sigue siendo un tema sin resolver el conflicto normativo entre una disposición constitucional y una norma comunitaria.<sup>95</sup> Algunos autores han querido justificar la primacía absoluta del derecho comunitario sobre los derechos nacionales en afirmaciones del TJCE tales como: “las disposiciones del derecho comunitario priman sobre toda norma nacional que les sea contraria”<sup>96</sup>. Parece de toda lógica afirmar que frases generales del TJCE como las que observamos no pueden establecer un principio tan absoluto como la primacía del derecho europeo sobre el derecho constitucional de los estados miembros, puesto que la construcción de una directriz tan importante exige un debate más elevado. En todo caso, conflictos de esta naturaleza no se han suscitado a nivel general en la CE, pero es claro que de suscitarse podrían llegar a quebrar el sistema integrador comunitario.<sup>97</sup>

Es preciso señalar que la aceptación, hoy casi incontrovertible de este principio, es producto de un largo debate inter cortes no exento de controversia. Tal como lo señalamos respecto del principio de efecto directo, la interpretación que el TJCE hizo del derecho comunitario se conoció como la “aproximación teleológica”. El objetivo del TJCE es profundizar la integración jurídica y el aumento de la efectividad del derecho comunitario lo que significó, en ese entonces, una interpretación creativa del Tratado de Roma. Sin embargo, la base legal de la jurisprudencia de la supremacía y la validez de la aproximación teleológica no tuvo gran aceptación en los 60's. Ello se condice con el tradicional conservadurismo de los jueces europeos acostumbrados a ceñirse estrictamente a la letra de la ley dejando en los cuerpos políticos la creación de las innovaciones legales significativas. Lo anterior se torna especialmente verdadero en lo

---

<sup>95</sup> Así se señala en GÍMENEZ SÁNCHEZ, I. Op. Cit., p.37

<sup>96</sup> Esta fórmula indirecta ha sido reiterada en las Sentencias TJCE de 15 de julio de 1964, Costa contra ENEL, C-6/64, 17 de mayo de 1972 Leonasio C-93/71, de 13 de julio de 1972, Comisión contra Italia, C48/71, entre otras y Auto de 28 de marzo de 1980, Comisión contra Francia C-24 y 99/80.

<sup>97</sup> Ver RODRÍGUEZ IGLESIAS, C. y VALLE GÁLVEZ, A. El Derecho Comunitario y las relaciones entre el tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales, España, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 1997, n°2 pp.329-376.

que se refiere a la interpretación del Derecho internacional, sede en que la interpretación normativa es más restringida. El TJCE haciéndose cargo de ello, afirmó que el Tratado de Roma tenía una naturaleza especial, por lo que las tradicionales técnicas de interpretación no le eran aplicables.<sup>98</sup>

Algunos tribunales nacionales expresaron su preocupación respecto a que la acción del TJCE socavara la soberanía nacional. Muchos temieron anarquía legal, pues las máximas cortes nacionales y el TJCE podían tomar distintas posiciones sobre los asuntos legales europeos, ante lo que los tribunales inferiores elegirían si seguir a su superior jerárquico o al TJCE. En ese caso y, en la medida que el TJCE contradijera a las cortes superiores, éstas temieron la pérdida de su rol guía con la consiguiente merma de poder. En este sentido lo afirma Karen J. Alter al señalar “Los jueces nacionales usan el sistema legal de la Comunidad Europea para escapar de las jerarquías y obligaciones del derecho nacional”.<sup>99</sup>

Por otra parte, ante los fallos que el TJCE sostenía, el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema danesa mantuvieron su preocupación respecto a que la integración europea socavare la protección a los derechos básicos y la democracia nacional, lo que se demostró de forma reciente con las decisiones Maastricht<sup>100</sup>. El debate sobre los principios de supremacía y efecto directo, será tratado en el Capítulo II.

#### **4. El papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.**

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha tenido siempre el rol que hoy detenta dentro del ordenamiento jurídico comunitario. En sus inicios, como todo tribunal Internacional, su incidencia en los estados miembros era menor, casi nula. No obstante, en algún punto de su desempeño, el TJCE adquirió preponderancia dentro de la CE y los estados miembros. Dentro de esta evolución es que ha establecido los principios explicados en el apartado anterior y, además, creado a través de su jurisprudencia una Constitución para Europa inclusive antes de que los estados

---

<sup>98</sup> Sobre este punto volveremos más adelante.

<sup>99</sup> ALTER K., *Establishing the Supremacy of European Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2001, p.3.

<sup>100</sup> Bruner y otros contra el Tratado de la Unión Europea “Decisión Maastricht” BvR 2159/92 de 11 de enero de 1994, Hanne Norup Carlsen y otros contra Primer Ministro Poul Nyrup Rasmussen, “Decisión Maastricht” de 6 de abril de 1998.

miembros pensarán en un tratado como el que cuya ratificación se frustró en el año 2004.

La transformación del sistema jurídico europeo fue orquestado por las audaces interpretaciones del TJCE. Este cambio crítico envolvió el mecanismo de la cuestión prejudicial comunitaria que autorizó a las cortes nacionales a suspender procedimientos de los que estaban en conocimiento para enviar una consulta legal al TJCE para que la resolviera. Dentro de esas interpretaciones fue que, como vimos, el TJCE permitió a los individuos plantear violaciones del derecho comunitario frente a los tribunales nacionales y establecer que este derecho era jerárquicamente superior al derecho nacional.

Sin embargo, en ninguna parte del Tratado de Roma se señalan estas cualidades del derecho comunitario, lo que nos lleva a reconocer el rol político del TJCE, pues más que la realización de una interpretación, ha creado normas jurídicas donde antes no la había. De hecho, toda la idea de que el Tratado de Roma crea un nuevo orden internacional, no es más que una aserción del tribunal. De hecho, muy pocos políticos o académicos afirman que el Tratado de Roma es algo más que un tratado internacional tradicional.

En este apartado observaremos las dos etapas<sup>101</sup> del Tribunal de las Comunidades Europeas. En la primera etapa podremos analizar las competencias que primigénicamente le correspondían a este tribunal y, por lo tanto, su limitada actuación. En la segunda etapa observaremos como, a través de la aserción de la existencia de un sistema legal autónomo creado por la especial naturaleza del Tratado de Roma, ha creado, entre otras cosas, una Constitución material europea.

#### **4.1 Primera etapa: Actuación limitada del TJCE y deferencia respecto de los Tribunales Nacionales.**

Por la forma en que el sistema legal europeo fue originalmente diseñado, en esta etapa, el TJCE tenía pocos casos que conocer, sus decisiones eran inejecutables

---

<sup>101</sup> Esta distinción en etapas han sido recogidas de la división elaborada por Karen J. Alter en *Establishing the Supremacy of European Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2001.

y los estados miembros interpretaban el derecho por sí mismos en la forma que más les acomodaba.

Ello se debe al diseño inicial de las funciones de la TJCE. En este sentido, los estados miembros crearon al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para servir a tres roles: (i) Asegurar que las instituciones supranacionales comunitarias no excedan su autoridad; (ii) Resolver preguntas interpretativas acerca de los tratados comunitarios y su legislación derivada y; (iii) trabajar con la Comisión y los estados miembros para asegurar el cumplimiento del derecho europeo comunitario. Cada una de estos roles se analizarán en lo que sigue.

### **Mantener las instituciones comunitarias a raya.**

El TJCE fue creado en 1951 como parte de la CECA. El modelo fue el Consejo de Estado francés, institución que en su función judicial está diseñada para asegurar que el gobierno se mantenga fiel al derecho del Parlamento y no exceda su autoridad. En la CECA, la Autoridad Superior (predecesora a la Comisión) tenía amplias facultades para determinar los niveles de producción de acero y carbón y para imponer multas sobre las empresas o estados que violaren estas indicaciones.

El TJCE fue, entonces, creado para proteger a los estados miembros de los excesos de la Autoridad Superior. Así, si una empresa o Estado miembro sentía que la Autoridad Superior estaba excediendo su mandato tomando una acción ilegal podía cuestionar la acción o inacción ante el TJCE. En las negociaciones del Tratado de Roma, se utilizó como guía lo establecido en el Tratado CECA<sup>102</sup>. Por ello se mantuvo la función de control del accionar de las instituciones comunitarias como mandato central de la TJCE.

De esta forma, el TJCE puede revisar la validez de las decisiones, directivas y reglamentos de la Comisión que hayan pasado por el Consejo. Dentro de esta función conoce de los procesos que inician los litigantes privados, estados miembros y otras instituciones europeas sobre la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias. Éste también revisa la separación de poderes entre el Consejo, la Comisión y el

---

<sup>102</sup> ALTER, K. J, Op. Cit., p. 6

Parlamento. Esto último, se ve destacado en el mismo Tratado de Roma. La mayoría de los artículos referentes a las funciones del TJCE tratan el rol de control y en la única parte en que se refiere a los litigantes particulares es en el control de la validez de la Comisión y el Consejo.<sup>103</sup>

### **Resolver preguntas interpretativas acerca de los Tratados Comunitarios y su legislación derivada.**

El segundo rol del TJCE es aclarar lagunas en los textos legales y resolver disputas sobre interpretación. Usualmente son los cuerpos administrativos a quienes se delega la tarea de adaptar las reglas caso a caso, siendo los tribunales quienes revisan las interpretaciones de la administración. En la CE funciona de la misma forma, así, es la Comisión quien es el cuerpo primariamente responsable de la interpretación y aplicación de las normas europeas, completando los acuerdos en áreas específicas. Las administraciones nacionales también completan las regulaciones comunitarias al implementar las directivas, y regulaciones en sede nacional. La jurisdicción el TJCE puede ser invocada cuando existe desacuerdo entre los estados miembros o los litigantes privados, por un lado, y la Comisión y los gobiernos nacionales por el otro, acerca de cómo el tratado u otra provisión deber ser interpretada. Según algunos autores, como este rol es la revisión de las interpretaciones de órganos administrativos es difícilmente separable del rol de control anteriormente descrito.<sup>104</sup>

### **Asegurar el cumplimiento del Derecho Comunitario**

Este rol no le corresponde primariamente al TJCE. Es la Comisión quien es la principal responsable de velar por el cumplimiento del derecho europeo. En la CECA la Autoridad Superior podía ejecutar las reglas del tratado por sí misma a través de

---

<sup>103</sup> Así lo señala el artículo 230 TUE que señala en su cuarto inciso: "Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida u otra persona, afecten directa o individualmente".

<sup>104</sup> *Ibidem.*, p.7

multas y penas que ella misma establecía. El TJCE era la entidad frente a la cual se apelaban estas decisiones.

Este rol fue debilitado con el Tratado de Roma, de esta forma, el artículo 211 TUE establece:

“Con el objeto de garantizar el objeto y desarrollo del mercado común, la Comisión:  
- Velará por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de este mismo Tratado...”

La Comisión asegura el cumplimiento del Derecho Comunitario a través de los procedimientos de infracción regulados en el artículo 226 TUE que le permiten someter a los estados a un procedimiento ante el TJCE en caso de incumplimiento. Un Estado puede, en este contexto, demandar a otro. El TJCE cumple su rol adjudicativo escuchando el argumento de la Comisión y determinando si la acción del Estado constituye violación. No obstante, su fallo simplemente declara la existencia de un incumplimiento sin poder ordenar medida alguna en su contra.

Con este diseño estructural de funciones como telón de fondo el TJCE se caracterizó por tener poca incidencia en los sistemas jurídicos internos de los estados miembros, siendo los estándares nacionales la regla. De hecho, en el caso *Butter Buying Cruises*<sup>105</sup> se estableció abiertamente que el Tratado de Roma no tenía por objeto la creación de ninguna forma de reparación que no estuviere ya disponible en el derecho nacional.

En particular en el caso *Russo*<sup>106</sup> el TJCE sostuvo que la posibilidad de reparación de “daños compensatorios” respecto de las pérdidas sufridas por incumplimiento del derecho comunitario por parte de un Estado era una materia a ser determinada por las reglas internas, así señala la sentencia:

“En caso de que una violación del Derecho Comunitario hubiera causado un perjuicio, correspondería al Estado asumir, frente a la persona lesionada las consecuencias, que en el marco de la legislación interna relativas a la responsabilidad corresponderían”<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Sentencia TJCE de 7 de julio de 1981, Rewe-Handelsgesellschaft contra Hauptzollamt Kiel, C- 158/80

<sup>106</sup> Sentencia TJCE de 22 de enero de 1976, asunto Russo, C-69/75

<sup>107</sup> Cita del texto en francés, traducción propia.

Similarmente, en el caso *Roquette Frères*<sup>108</sup> estableció el principio de que los estados miembros estaban facultados para aplicar sus propias reglas respecto del pago de intereses, el rango y fecha de cuando debían ser calculados.

Dado lo anterior, el sistema original fue en todas los cálculos poco efectivo para obtener el cumplimiento del derecho comunitario. A pesar de la jurisdicción compulsiva de la que gozaba el Tribunal de Justicia en cuanto a los procedimientos por incumplimiento, los estados miembros evitaban plantear procedimientos infraccionales en contra de sus pares.

La Comisión, que con mayor probabilidad podría haber utilizado sus poderes en esta sede, no mostró particular entusiasmo en ejercitarlos en los primeros años de la Comunidad Europea. De esta forma, en los primeros diez años de la CE, la Comisión planteó sólo 27 casos en contra de estados miembros.<sup>109</sup> Ello se debió a que el principal objetivo de la Comisión era promover la integración y el planteamiento de este tipo de procedimientos difícilmente serviría a este propósito.

No obstante, y frente al incumplimiento masivo del derecho comunitario tampoco era posible la construcción de una comunidad que cumpliera con los imperativos de efectividad y uniformidad necesarios para la creación de un mercado común europeo que funcionara. Ante ello, el TJCE se vio obligado a crear un sistema contra el incumplimiento del derecho CE, lo que hizo a través de la doctrina del efecto directo.

En este sentido se pronunció el juez Federico Manzini señalando:

“Sin el efecto directo, tendríamos una Comunidad muy distinta hoy, - una Comunidad más oscura, más remota- difícilmente distinguible de tantas otras organizaciones internacionales cuya existencia ha pasado desapercibida por los ciudadanos ordinarios.”<sup>110</sup>

Esto implica que en su modelo original el TJCE fue mucho más similar a las demás cortes internacionales. La mayoría de las disputas sobre derecho nunca exigieron la interpretación del TJCE. Los estados miembros intencionalmente buscaron un sistema limitado de control de su actuar, no obstante, mediante la acción del TJCE poco a poco el sistema de integración comenzó a dar resultados, lo que claramente fue

---

<sup>108</sup> Sentencia TJCE de 21 de mayo de 1976, *Roquette Frères* contra Comisión, C- 26/74

<sup>109</sup> Datos del Service informatique juridique del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

<sup>110</sup> MANZINI, F. y KEELING d., *Democracy and European Court of Justice*, Reino Unido, *The Modern Law Review*, Vol. 57, n°2, marzo 1994, p. 183. Texto original en inglés, traducción propia.

tolerado por los estados miembros en la medida necesaria para independizarlo y hacerlo autónomo.

#### **4.2 Segunda etapa: La transformación del sistema comunitario.**

Para que se produjera la transformación del sistema comunitario fue capital la transformación de la cuestión prejudicial comunitaria<sup>111</sup>, pues a través de este mecanismo de relación entre los tribunales nacionales y el TJCE se generaron los pronunciamientos que dieron lugar, tanto a los principios de aplicación del derecho comunitario, como la construcción del conjunto de normas que hoy son consideradas como la Constitución material de Europa. Como los principios ya ha sido analizados nos concentraremos en este apartado en dos puntos: en primer lugar en la afirmación del TJCE respecto a que el Tratado de Roma tendría una naturaleza especial y en la creación fundamentada en ese argumento de las normas supremas de la Comunidad.

#### **Naturaleza especial del Tratado de Roma**

La TJCE aseveró que el Tratado de Roma no era un tratado internacional típico, pues tendría una variedad supuestamente original de figuras que le hacían autónomo. Así señaló en *Costa contra ENEL* lo siguiente: “En contraste con los Tratados internacionales ordinarios, el tratado TUE ha creado su propio sistema legal, el cual, con su entrada en vigor se transforma en parte integral de los sistemas jurídicos de los estados miembros que las cortes nacionales están obligadas a aplicar.”<sup>112</sup>

En el cuerpo del fallo señala que con la creación de una comunidad de duración indeterminada, con sus propias instituciones, propia personalidad, propia capacidad legal y de representación en el plano internacional y más particularmente con poderes reales que provienen de una limitación de soberanía o transferencia de poderes desde los estados miembros a la Comunidad, los estados miembros han limitado sus derechos soberanos al menos en algunas áreas. Por lo tanto, las normas del derecho comunitario vincularían a los estados miembros y a los ciudadanos de esos estados.

---

<sup>111</sup> La cuestión prejudicial comunitaria será analizada in extenso en el capítulo siguiente, en el que se explicará toda su evolución.

<sup>112</sup> Ver nota al pie 89. Texto original en inglés, traducción propia.



Luego, afirma que la creación dentro de las legislaciones de cada Estado miembro de normas que derivan de la CE, y más generalmente de los términos y espíritu del Tratado de Roma, hace imposible para los estados acordar una medida unilateral sobre el sistema aceptado por ellos que sea inconsistente con ese mismo orden legal (el comunitario), pues ello haría peligrar la consecución de los objetivos en el artículo 5 (actual 10 TUE) y daría lugar a una discriminación prohibida por el artículo 7 (actual 12 TUE).

Frente a los dichos del TJCE, algunos académicos señalaron que se le estaba poniendo demasiado énfasis al Preámbulo del Tratado de Roma que mencionaba que los países estaban resueltos a “sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”. El académico alemán Hans Heinrich Rupp catalogó la argumentación de los jueces del Tribunal de Justicia como “hacerse ilusiones”,<sup>113</sup> mientras que otros simplemente señalaron que aquella argumentación estaba fuera de texto<sup>114</sup>.

No obstante, esta argumentación fue el punto de partida para el cambio de rol del TJCE que redundó en un aumento de poder no antes visto en un tribunal internacional. La carencia de base de sus argumentos se torna cada vez menos relevante frente al nacimiento en los hechos de un orden autónomo a las pocas décadas de que sus conclusiones fueron aceptadas por los tribunales domésticos.

En definitiva, por erradas que hayan sido las consideraciones en que el TJCE cimentó sus fundamentos, fue gracias a éstos que hoy es posible hablar de un proceso de integración a través del derecho que marcha en la cada vez más verídica Comunidad Europea.

## **La Constitución Europea**

Luego del frustrado intento de ratificación del Tratado que establece una Constitución para Europa, muchos académicos recordaron con entusiasmo que Europa seguía funcionando con una Constitución material “formada por el conjunto de los tratados, las prácticas institucionales, la jurisprudencia europea y las constituciones

---

<sup>113</sup> ALTER, K., Op. Cit., p. 21

<sup>114</sup> HARTLEY, TC., Op. Cit., p.107

nacionales”.<sup>115</sup> Importantes académicos describen el corazón del derecho comunitario como el derecho constitucional de la CE<sup>116</sup>. La TJCE ha establecido que el derecho comunitario es un “nuevo orden legal” que constituye un orden legal jerárquico vis a vis con los sistemas jurídicos nacionales y que los tratados constituyen la “Carta constitucional” de la Unión.

En este sentido se pronuncia en el párrafo 23 del fallo “*Les Verts*”:

“La Comunidad económica Europea es una Comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados Miembros ni sus instituciones, pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la Carta constitucional fundamental que constituye el Tratado.”<sup>117</sup>

Este proceso ha sido sintetizado por Miguel Poiars Maduro el que afirma:

“En ausencia de una Constitución escrita, el Tribunal de Justicia ha constitucionalizado a las Comunidades Europeas (hoy UE) por referencia a los principios de sus estados miembros. La Constitución europea se convierte, bajo esta visión, principalmente en un producto de tanto, los tratados de la Unión Europea como de las constituciones nacionales y es sobre esas bases que los valores constitucionales de la política emergente son reconocidos por el Tribunal.”<sup>118</sup>

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha calificado al Convenio Europeo de Derechos Humanos como instrumento constitucional de orden público europeo<sup>119</sup>. Reafirmando este punto ha señalado además que éste constituye una jurisdicción internacional responsable de una Constitución Europea de Derechos

---

<sup>115</sup>CARVAJAL, A., J.M, citado por CASCAJO CASTRO J.L., Integración europea y Constituciones Nacionales, En: Integración Europea y Poder judicial, Op. Cit., p. 12.

<sup>116</sup> Ver, por ejemplo LEANAERTS, K. y VAN NUFFEL, P., Constitutional Law of EU, Reino Unido, Sweet and Maxwell, 2004.

<sup>117</sup> Sentencia TJCE de 23 de abril de 1986, Parti écologiste “Les Verts” contra Parlamento Europeo, C-294/83, párrafo 23. Texto original en francés, traducción propia.

<sup>118</sup> POIARES, MADURO, M., Double Constitutional life of the Charter of Fundamental Rights, En: FERNÁNDEZ SOLA, N., Unión Europea y Derechos Fundamentales en Perspectiva Constitucional, España, Dykinson, 2004, p.298.

<sup>119</sup> Sentencia TJCE de 23 de marzo de 1995, Loizidou contra Turquía, N° 310. Texto original en francés, traducción propia.

del Hombre.<sup>120</sup> Esta aseveración, más las no poco frecuentes aserciones realizadas por el TJCE con el objetivo de crear nuevas normas jurídicas, dan cuenta de un rol crecientemente político por parte de este Tribunal. No obstante, es preciso hacer una llamada de alerta respecto al rol “legislativo” de esta institución, pues no parece aceptable que un órgano jurisdiccional cree y modifique derecho yendo inclusive en contra de la letra de los Tratados, que en palabras de la propia entidad, conforman la Constitución material de Europa.

A este respecto destacaremos casos por su relevancia y/o posterior recepción dentro del derecho comunitario.

En el primero de ellos el TJCE crea poderes para sí mismo sobre el Parlamento Europeo. El caso, al que ya acabamos de hacer alusión, es *Les Verts* contra el Parlamento Europeo.<sup>121</sup> Este fallo versaba sobre una decisión del Parlamento Europeo que autorizaba el pago de subvenciones a partidos políticos que provenían del presupuesto comunitario, éstas supuestamente cubrían los gastos de una campaña de información que tenía por objeto explicar el trabajo del Parlamento a los electores en 1984, pero realmente contribuían a los gastos de los partidos políticos en las elecciones. La fórmula adoptada para la distribución del dinero fue fuertemente favorable a los partidos que tenían representación en el Parlamento y discriminatoria para los partidos que buscaban representación por primera vez. Un partido ecologista francés que se ubicaba en la segunda situación inició un procedimiento ante el TJCE.

El proceso fue traído bajo el antiguo artículo 173 del Tratado de Roma<sup>122</sup> que señalaba: “El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión que no sean recomendaciones o dictámenes.” La norma era perfectamente clara y no mencionaba los actos del Parlamento, no obstante, el TJCE señaló que los actos del Parlamento estaban cubiertos. Esta conclusión fue alcanzada en cuatro pasos. El primer paso fue establecer que la Comunidad estaba basada en el Estado de Derecho, y que los actos tanto de los estados miembros como de sus

---

<sup>120</sup> Dictamen sobre la reforma del sistema de control del Convenio europeo de Derechos Humanos en relación al proyecto de protocolo n° 11, Doc.H., 1992.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> Actualmente el artículo 230 TUE, reformado por el Tratado de Maastricht.

instituciones estaban sujetos a revisión judicial para asegurar su concordancia con el Tratado. El segundo paso fue explicar que ningún poder había sido dado en la Comunidad para realizar la revisión de los actos del Parlamento, porque al momento de la redacción del Tratado el Parlamento no tenía poderes para dictar medidas que pudieran afectar derechos de terceras partes. El tercer paso fue destacar que subsecuentemente éste obtuvo poderes de este tipo, especialmente a través de los tratados presupuestarios y en el acta que estableció las elecciones directas. El cuarto paso fue concluir que sería contrario al espíritu y sistema del tratado si los actos del Parlamento no estuvieran ahora sujetos a revisión.

Como vemos, el TJCE hace un salto lógico pues establece que el derecho que debería existir es, en definitiva, el que existe obviando los procedimientos de creación de derecho propios de la Comunidad, los principios de derecho internacional y los requerimientos que la democracia exige en el ejercicio de las funciones legislativas.<sup>123</sup> En otras palabras, el TJCE enmienda un tratado tan importante como el de Roma a través de la dictación de un fallo judicial. Sin embargo, lo más insólito no es la actividad de la TJCE sino que la inactividad de la Comunidad frente a esta acción.

De hecho, en vez de poner en tela de juicio la acción del TJCE, su enmienda fue recogida más tarde en el TUE, en el que se reformó el artículo 173 convirtiéndose en el actual 230 que versa como sigue:

“El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones y dictámenes, y *de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.*”<sup>124</sup>

En este mismo sentido se pronunció, respecto de una facultad, pero ahora del Tratado de la CEEA, respecto del Parlamento en el caso Chernobyl<sup>125</sup>.

Es difícil encontrar un caso en que de forma más destacada un órgano jurisdiccional crea derecho con el pretexto de interpretarlo. La pasividad de los estados

---

<sup>123</sup> Que, como vimos, no son satisfechos completamente en la Comunidad.

<sup>124</sup> Cursiva agregada.

<sup>125</sup> Sentencia TJCE de 29 de marzo de 1990, Grecia contra Consejo, C-62/88

miembros a la que nos referíamos se entiende toda vez que no eran sus intereses lo que se comprometían de manera directa en este caso. No obstante, no parece ser la mejor opción mantenerse inactivo frente acciones como ésta pues más temprano que tarde pueden ser afectados intereses de los países miembros.

En todo caso, no debiese ser sorprendente una acción como ésta de parte de el TJCE dado que ya en 1978 había dictado sentencia en el caso *Cassis de Dijon*<sup>126</sup> en la que falló respecto de la libre circulación de bienes, señalando que el hecho de que un producto satisficiera los estándares regulativos de uno de los estados miembros implicaba que el producto fuera imperativamente admitido en cualquier Estado miembro del mercado común, inclusive si el producto no satisfacía los estándares regulativos en esos otros estados. Ninguna norma señalaba algo similar, no obstante, el TJCE falló aquello que le parecía políticamente necesario para lograr la integración jurídica europea.

Luego del análisis realizado es preciso realizar una reflexión acerca del Rol que cumple el TJCE dentro del ámbito comunitario. En definitiva, el TJCE es el árbitro del proceso de integración de la Comunidad Europea, pero no es un árbitro imparcial. El tribunal es favorable a la integración, después de todo su mandato es que el derecho que rige el mercado común sea observado (artículo 220 TUE), para lo que intentará dismantelar barreras nacionales e interpretar el derecho CE de manera que sea aplicado a nivel nacional. No obstante, aun reconociendo el rol político que naturalmente juega dentro del proceso de la comunidad es preciso que, como todo órgano, tenga controles fuertes que sopesen el poder que se le ha otorgado y que ha adquirido en su evolución, además de su condición evidente de tribunal de única instancia. En caso contrario, es posible que su accionar se salga de lo aceptable, produciendo cambios que ni los estados ni los pueblos buscan para el futuro de Europa.

---

<sup>126</sup> Sentencia TJCE de 24 de enero de 1978, asunto *Cassis de Dijon*, C-82/77

## **CAPÍTULO II: RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS Y EL DERECHO COMUNITARIO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS ESTADOS MIEMBROS.**

### **1. La Cuestión prejudicial comunitaria: principal forma de relación entre Tribunales domésticos y de la comunidad.**

La cuestión prejudicial comunitaria constituye el máximo exponente de la cooperación judicial entre las jurisdicciones nacionales y el TJCE<sup>127</sup>, pues supone que el juez nacional que está conociendo de un proceso cuestiona la validez de la norma comunitaria (cuestión prejudicial de validez), o su interpretación (cuestión prejudicial de interpretación). Como lo señalamos con anterioridad, este es un proceso indirecto ante el TJCE donde éste no se pronuncia sobre el asunto principal sino que resuelve la cuestión consultada y devuelve el caso al tribunal nacional quien fallará la cuestión controvertida. Ilustrativa resulta a este respecto la sentencia del 23 de febrero de 1995<sup>128</sup> que fue dictada respecto de una cuestión prejudicial comunitaria promovida por la Audiencia Nacional española en relación con los delitos monetarios, en la que el TJCE declara que la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de capitales se opone a que la exportación de billetes de banco o cheques al portador se supedite a una autorización previa, sin prejuzgar ni determinar las consecuencias sustantivas que lleva aparejada esa declaración.

Este procedimiento es uno de los más originales de la Comunidad Europea, su objeto es salvaguardar la uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas comunitarias por los tribunales internos de los estados miembros, en el control descentralizado del cumplimiento de los imperativos de uniformidad y efectividad. La relación de cooperación no es jerárquica y tiene su fundamento en el artículo 234 TUE que señala:

---

<sup>127</sup> El Juez Pescatore se refiere en este sentido “a una asociación de los dos para el cumplimiento de una tarea de interés común que es la buena aplicación del Derecho Comunitario en el conjunto de la Comunidad” PESCATORE, P., El recurso prejudicial del art. 177 del Tratado CEE y la cooperación del Tribunal con los órganos jurisdiccionales nacionales, En: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, España, Oficina publicaciones oficiales de la Comunidad Europea, 1986, p.11

<sup>128</sup> Sentencia de 23 de febrero de 1995, Aldo Bordeas y otros, C-358/93.

“El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse con carácter prejudicial:

- a) Sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE (Banco Central Europeo);
- c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estado miembros, dicho órganos podrán pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”

Como se observa, la cuestión prejudicial de interpretación puede ser promovida respecto, tanto de normas del tratado como actos de la CE, mientras que la cuestión prejudicial de validez solo puede referirse a actos de la Comunidad. Ello se explica pues, dado que los tratados son en algún sentido la Constitución de la Comunidad, es entendible que su validez no pueda ser cuestionada ante el TJCE.

### **1.1 Normas comprendidas en el artículo 234.**

El artículo 234 cubre tres tipos de normas comunitarias: (i) las normas de los tratados; (ii) los actos de las instituciones comunitarias y el Banco Central y; (iii) los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo.

#### **Normas de los Tratados**

El artículo 234 señala que es posible promover una cuestión prejudicial comunitaria respecto de las normas del “presente” tratado. No obstante, se ha entendido incluidas en la frase las normas tanto de los tratados de enmienda como los

tratados suplementarios.<sup>129</sup> En todo caso el TJCE sólo podrá responder cuestiones prejudiciales comunitarias con respecto al Título VI (Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones), al Título VII (Política económica y monetaria), Artículo 6.2 (Derechos Fundamentales) del Tratado TUE, y estipulaciones procedimentales del artículo 7 del Tratado de Niza. En todo caso, esto tiene además limitaciones, así, dentro del Título VI el TJCE tiene jurisdicción sólo sobre determinados instrumentos y sólo sobre los estados miembros que solicitaron la jurisdicción del TJCE y en el caso del Título VII sólo se refiere la jurisdicción del TJCE respecto de los artículo 11, 11a y 40 TUE.

En cuanto a las convenciones subsidiarias, éstas no forman parte de la jurisdicción del TJCE, aunque se hayan adoptado para lograr los objetivos del TUE

#### **Actos de las Instituciones Comunitarias.**

Este tipo de actos cubre tanto, los actos del Consejo, de la Comisión, del Parlamento europeo y, por su puesto, de la misma Corte. Debe notarse que la norma se refiere simplemente a “actos”, lo que implica que no es necesario que el acto sea directamente efectivo, así, todos los actos están cubiertos, incluidos los *sui generis*.<sup>130</sup>

#### **Estatutos de organismos creados por un acto del Consejo.**

En derecho comunitario la voz “estatuto” normalmente se refiere a un instrumento que gobierna el funcionamiento de algún cuerpo o institución. Ello no es otra cosa que un acto del Consejo y el éste es una institución comunitaria, lo que nos lleva a concluir que los estatutos ya estaban cubiertos por el apartado b) del artículo 234. Lo anterior nos lleva a la lógica conclusión de que la letra c, no aumenta la jurisdicción del TJCE, sino que la restringe. En este sentido entenderemos que en el caso de los estatutos del Consejo, éstos no se encuentran comprendidos en la letra b, sometiéndolos a un requerimiento especial consistente en que el estatuto debe

---

<sup>129</sup> HARTLEY, TC., Op. Cit., p.267

<sup>130</sup> *Ibidem.*, p.269



reconocer la jurisdicción del tribunal, y a una limitación puesto que sólo se pueden promover cuestiones prejudiciales de validez respecto de ellos.

Sin embargo, el TJCE se ha pronunciado sobre otro tipo de normas no explícitamente señaladas en la letra del artículo 234. Este es el caso de los acuerdos con estados no miembros. Estos instrumentos claramente no son normas de los tratados de la Comunidad, no obstante, están cubiertos por el apartado b de la norma, pues pueden ser interpretados como “actos de las instituciones de la Comunidad”. Este tipo de acuerdos son generalmente concluidos por el Consejo, y en el caso *Haegeman*<sup>131</sup> el TJCE los entendió como actos de la Comunidad.

Respecto de los actos de las instituciones establecidas por acuerdos con estados no miembros, en el caso *Sevince*<sup>132</sup> el TJCE afirmó tener jurisdicción para conocer de cuestiones prejudiciales de interpretación respecto de estos instrumentos. Su argumento parece ser que dado que tiene jurisdicción para conocer de cuestiones prejudiciales comunitarias respecto a los acuerdos con estados no miembros, entonces, de alguna forma ello se extiende a los actos de las instituciones que esos acuerdos establecieron.

No obstante, es bastante difícil ver de qué manera es que un acto de un órgano extracomunitario, como son estas instituciones, puede en alguna interpretación ser considerado como de la comunidad.

Por último, respecto de las normas nacionales basadas en Derecho Comunitario o que se refieren a él, dado que es posible que los Tribunales domésticos requieran saber cuál es la interpretación correcta de la norma comunitaria para aplicar la nacional, el TJCE ha decidido que tiene jurisdicción para resolver una cuestión prejudicial comunitaria respecto de ellas. Este principio lo estableció en el caso *Dzodzi*<sup>133</sup> que concernía a una mujer de Togo que se había casado con un ciudadano belga. Dado que su marido nunca había ejercitado su derecho comunitario a migrar a otro Estado miembro, el derecho comunitario no era aplicable al caso y la señora

---

<sup>131</sup> Sentencia TJCE de 30 de abril de 1974, R. & B. Haegeman contra Estado Belga, C-181/73.

<sup>132</sup> Sentencia TJCE de 20 de septiembre de 1990, asunto *Sevince*, C-192/89.

<sup>133</sup> Sentencia TJCE del 18 de octubre de 1990, *Dzodzi* contra el Estado de Bélgica, C-297/88.

Dzodzi no podía alegar ningún derecho para residir en Bélgica. Si ella se hubiera casado, en cambio, con un ciudadano de otro país de la Comunidad que hubiera ejercido su derecho a migrar a Bélgica, entonces, tendría ese derecho de la misma manera según el derecho comunitario. Dado lo anterior, Bélgica se percató de que era posible que la esposa de un ciudadano de la comunidad no belga, tuviera más derechos que la esposa de uno belga dentro de ese país. Para corregir esta situación decidió extender los derechos concedidos por el derecho comunitario a las esposas de ciudadanos provenientes de otros estados europeos. El tribunal belga, entonces promovió una cuestión prejudicial comunitaria preguntándole al TJCE si la señora Dzodzi tendría derecho a residir en Bélgica si se hubiera casado con un ciudadano de otro Estado miembro. El Tribunal de Justicia Europeo decidió que tenía jurisdicción para responder la cuestión. Fallos similares fueron pronunciados en casos posteriores.<sup>134</sup>

No obstante, una aproximación diferente fue adoptada en el caso *Kleinwort Benson contra City of Glasgow District Council*<sup>135</sup> una cuestión promovida por la Corte de Apelaciones de Inglaterra. El caso concernía a la Convención de Bruselas de 1968 sobre jurisdicción y ejecución de fallos en materias civiles y comerciales. Este establecía reglas cuando la corte de un Estado miembro podía tener jurisdicción sobre un acusado domiciliado en otro. Las referencias que podían hacerse al TJCE para la interpretación de esta convención, estaban regidas por el Protocolo del 3 de junio de 1971, que era similar al artículo 234 TUE. El caso concernía un problema de jurisdicción entre Inglaterra y Escocia, por lo tanto, se trataba de un asunto dentro de un Estado miembro no cubiertos por la convención. No obstante, la legislación inglesa le daba efecto a la convención. Las normas sobre las que versaba el litigio pertenecían a la ley inglesa, pero eran sustancialmente idénticas a la convención comunitaria. Además, una norma de la legislación en comento obligaba al juez inglés a promover una cuestión prejudicial comunitaria de interpretación cuando debiera aplicar una norma idéntica a la convención. La Corte de Apelaciones inglesa, promovió la cuestión prejudicial, empero, el TJCE afirmó no tener jurisdicción. Las razones de la negativa

---

<sup>134</sup> Ver al respecto la Sentencia TJCE de 24 de enero de 1991, Tomates, C-384/89, Sentencia de 25 de junio de 1992, Federconsorzi, C-88/91 y Sentencia de 12 de noviembre de 1992, Fournier, C-73/89

<sup>135</sup> Sentencia TJCE de 28 de marzo de 1995, *Kleinwort Benson contra City of Glasgow District Council*, C-346/93.

fueron que la Convención no se aplicaba en sí misma a los hechos del caso, puesto que la legislación nacional no había realizado una directa e incondicional referencia a la misma y las Cortes inglesas no estaban absolutamente obligadas por los pronunciamientos del TJCE.

## 1.2 Cortes comprendidas en el artículo 234.

### Cortes que pueden referir

El segundo inciso del artículo 234 establece:

“Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estado miembros, dicho órganos *podrán* pedir al Tribunal de Justicia...” (énfasis agregado)

Así, los requerimientos para estar facultado para promover una cuestión prejudicial comunitaria son dos: (i) ser un órgano jurisdiccional y; (ii) pertenecer a un Estado miembro.

Para que se satisfaga el primer requisito, el TJCE ha señalado que es necesario que el órgano esté establecido por ley, sea permanente, su jurisdicción sea compulsiva, el procedimiento sea inter pares (aunque no siempre se ha requerido)<sup>136</sup>, tenga la obligación de aplicar normas jurídicas y sea independiente.<sup>137</sup> Respecto a esta última característica, la independencia, se han producido algunos problemas referentes a las situaciones en que un órgano administrativo conoce disputas entre ciudadanos y el gobierno. Si el órgano llamado a decidir el caso es una parte relevante de algún departamento del gobierno, puede pensarse que no estamos frente a un órgano independiente. El TJCE se ha mostrado dubitativo respecto del cumplimiento de la última característica en estos casos, fallando a veces que no puede promover una cuestión prejudicial y otras que puede hacerlo.

El segundo requisito establecido por el artículo 234 consiste en que el órgano jurisdiccional debe ser de un Estado miembro, lo que sugiere que no sólo que el órgano debe tener un reconocimiento oficial de parte de un Estado miembro sino que

---

<sup>136</sup> Ver Sentencia TJCE de 19 de octubre de 1995, Job Centre Coop, C-111/94, Sentencia de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries Italia C-18/93, Sentencia TJCE del 14 de diciembre de 1971, Polito contra Italia, C-43/71.

<sup>137</sup> Ver, por ejemplo, Sentencia TJCE de 17 de septiembre de 1997, Dorsch consult, C-54/96.

debe estar localizado dentro de un Estado miembro, o por lo menos ser parte del sistema judicial de uno de los estados miembros. No hay dudas de que el 234 se aplica en su totalidad a los tribunales cuyo asiento es el territorio de un Estado miembro, inclusive si esos territorios no son parte integral del Estado<sup>138</sup>. Esto se aplica a los territorios en los cuales las normas generales del tratado se aplican, inclusive si otras partes del tratado no se aplican.<sup>139</sup> El abogado general Jacobs ha sugerido que el artículo 234 se aplica a los órganos jurisdiccionales de todos los territorios en que cualquier parte del TUE se aplica, siempre que requieran promover cuestiones prejudiciales comunitarias para fallar los asuntos que llegan a su conocimiento.

Por último, cabe señalar que es facultativo y no obligatorio promover una cuestión prejudicial comunitaria solamente para los Tribunales inferiores de justicia. El TJCE ha afirmado que el poder de estos órganos jurisdiccionales no puede ser suprimido por una norma nacional<sup>140</sup>

### **Cortes que deben referir**

El inciso tercero del artículo 234 señala:

“Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

Dos puntos de vista existen sobre el significado de esta norma. Según la teoría concreta lo determinante para la aplicación de la norma es que ese caso en particular no sea susceptible de apelación. La teoría abstracta, en cambio, postula que la norma se aplica a los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones no son, por regla general, apelables<sup>141</sup>. La redacción del artículo 234 parece corresponder a la primera posición, pues si los creadores de la norma se hubiesen guiado por la segunda posición, no

---

<sup>138</sup> Así se ha fallado. Ver, por ejemplo, Sentencia TJCE de 1 de junio de 1999, Eco Swiss China Time Ltda. contra Benetton Internacional, C-126/97.

<sup>139</sup> Sentencia TJCE de 3 de Julio de 1991, Department of Health and social Security contra Barr and Montrose Holdings, C-355/89

<sup>140</sup> HARTLEY, TC., Op. Cit., p.279.

<sup>141</sup> Ibídem.

habrían puesto la palabra “decisiones” en plural. Además hay una razón política para apoyar la segunda postura y es que si sólo en un caso particular la decisión del tribunal no es apelable, ello se debe, la mayoría de los casos a que el asunto controvertido es de poca importancia.

El TJCE ha fallado acogiendo ambas teorías. Por un lado, en *Costa contra ENEL*<sup>142</sup>, acogió la teoría concreta. La cuestión prejudicial se produjo por una referencia que realizó un *giudice conciliatore* que, pese a que generalmente sus decisiones son apelables, la resolución que recayera sobre ese caso particular no era apelable porque la suma envuelta era muy pequeña. Al respecto el TJCE señaló que en los términos del artículo, cuando no es apelable la decisión del órgano que promueve la cuestión prejudicial, dicho tribunal debe referir.

Por otra parte, el caso *Parfums Christian Dior contra Evora*<sup>143</sup> es comprensible la argumentación del TJCE sólo bajo la teoría abstracta. De acuerdo con éste, la Corte suprema de un Estado miembro está obligada a promover una cuestión prejudicial comunitaria, inclusive si, en el caso particular es obligatorio referir algún punto del caso a otra corte internacional, como la Corte Benelux. Aunque pareciera que se está aplicando la teoría abstracta, el hecho de que no se haga referencia explícita a ella impide afirmar que el TJCE acoge esta interpretación.

### **1.3 Requisitos básicos para promover la cuestión prejudicial comunitaria.**

El TJCE no tiene jurisdicción para decidir sobre preguntas hipotéticas, los asuntos que los tribunales refieren deben formar parte de una controversia en un procedimiento judicial. Para que estemos en esa situación es necesario que se satisfagan tres requisitos: (i) debe haber una disputa; (ii) esa disputa debe ser objeto de un procedimiento ante un cuerpo que tenga el poder para resolverlo de forma vinculante y; (iii) la pregunta formulada al TJCE debe ser debatida en ese procedimiento<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> Ver nota al pie 89.

<sup>143</sup> Sentencia TJCE de 4 de Noviembre de 1994, *Parfums Christian Dior contra Evora*, C-337/95

<sup>144</sup> HARTLEY, TC., Op. Cit., p.282

Ejemplos de desestimación de casos por incumplimiento de estos requisitos son los que siguen. En el caso *Borker*<sup>145</sup>, un abogado de París a quien se le había negado la posibilidad de alegar frente a una corte alemana se quejó de esta situación ante el Consejo de abogados de París por considerarlo contrario al derecho comunitario. Este consejo promovió una cuestión prejudicial en el TJCE. El TJCE respondió señalando que, dado que el Consejo de Abogados de París no tenía jurisdicción para decidir quien puede alegar frente las cortes alemanas, su procedimiento no podía redundar en una resolución de naturaleza jurisdiccional, por lo que el TJCE rechazaba la cuestión promovida.

En el caso *Pretore di Salò*<sup>146</sup>, el procedimiento comenzó cuando pescadores italianos, preocupados por el alto nivel de contaminación en un río, se quejaron frente al pretor local, quien comenzó un procedimiento criminal bajo la ley anticontaminación italiana contra persona o personas desconocidas. El pretor es un juez que combina los deberes de un fiscal y de un juez que investiga. El pretor promovió una cuestión prejudicial comunitaria de interpretación respecto de una directiva que era relevante al caso. Desde que ninguna persona había sido ni formalizada ni acusada, se señaló que la referencia era prematura, pues el procedimiento no había adquirido aun carácter de judicial. Sin embargo, el TJCE aceptó la referencia señalando que era facultad de la Corte nacional determinar cuando la referencia debía ser hecha.

No obstante, el caso más controvertido fue *Foglia contra Novello*<sup>147</sup>. La cuestión prejudicial se promovió por parte de una corte italiana en una acción entre dos ciudadanas italianas que habían ejecutado un contrato de adquisición y entrega de bienes en Francia. El contrato establecía que el comprador no era responsable por el pago de ningún impuesto que contraviniera el derecho comunitario. Los bienes fueron debidamente entregados. El vendedor fue requerido para el pago de un impuesto en Francia y pedía el reembolso al comprador, no obstante, el comprador afirmó que

---

<sup>145</sup>Auto TJCE de 18 de junio de 1980, Asunto Broker, C-138/80. En el mismo sentido Sentencia de 12 de noviembre de 1998, Asunto Victoria Film C-134/97, Auto de 5 de marzo de 1986, Asunto Greis Unterweger, C-318/85.

<sup>146</sup>Sentencia TJCE de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò contra persona desconocida, C-14/86.

<sup>147</sup> Sentencia TJCE de 11 de marzo de 1980, Pasquale Foglia contra Mariella Novello, C-104/79.

dicho impuesto era contrario al derecho comunitario. Entonces, el Tribunal italiano fue requerido para decidir si dicho impuesto era o no conforme al Derecho de la Comunidad Europea. Los hechos del caso hacían creer que toda la transacción se había realizado con el objetivo de producir este caso, por esa razón el TJCE no aceptó la cuestión promovida, señalando que no había una genuina disputa entre las partes. El tribunal italiano hizo una segunda referencia, pero el TJCE se mantuvo en su postura.

En opinión de Hartley, esta decisión del TJCE debe ser criticada por dos razones. En primer lugar, porque no es el primer caso que es generado por las partes sólo para obtener un pronunciamiento del TJCE.<sup>148</sup> Y, en segundo lugar, porque el Tribunal italiano, debe de todas formas fallar el caso por el principio de inexcusabilidad<sup>149</sup>. Además, el TJCE se arriesga a que el tribunal doméstico falle contra el derecho comunitario, lo que irá contra los imperativos de efectividad y uniformidad propios del ordenamiento jurídico de la CE.

En todo caso, el TJCE aceptó cuestiones prejudiciales comunitarias promovidas posteriormente en casos similares.<sup>150</sup>

#### **1.4 Requisitos específicos del artículo 234 TUE.**

El segundo inciso del artículo 234 versa como sigue:

“Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estado miembros, dichos órganos podrán pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.”

Así, hay dos requisitos que deben ser satisfechos para que el segundo inciso del artículo 234 puedan entrar en operación. En primer lugar, el asunto debe plantearse ante un órgano jurisdiccional nacional y debemos entender la frase “de esta naturaleza” como referida al primer inciso. Y, en segundo lugar, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

---

<sup>148</sup> En ese sentido, ver el caso Mangold (nota al pie 84), o Sentencia TJCE de 13 de marzo de 2001, asunto PreussenElektra, C-379/98.

<sup>149</sup> HARTLEY, TC., Op. Cit., p.284

<sup>150</sup> Ver Sentencia TJCE de 14 de enero de 1981, Chemical contra DAF, C-140/79 y Sentencia TJCE de 14 de enero de 1982, Vinal contra Orbat, C-46/80.

Pero ¿cuál es el significado de estos requisitos? El primer punto sugiere que una cuestión prejudicial comunitaria no puede promoverse, a menos que alguna de las partes haya planteado un punto de derecho comunitario. Ello parece implicar que no puede el tribunal por sí mismo plantear el punto de derecho CE. No obstante, esta interpretación ha sido rebatida por el TJCE, quien ha señalado que puede hacerse la moción por parte del Tribunal nacional.<sup>151</sup>

El segundo requisito es que el Tribunal nacional considere que la decisión de la cuestión prejudicial comunitaria sea necesaria para estar en situación de dictar fallo. Debe observarse que no es la cuestión prejudicial la que debe ser necesaria, sino que la decisión de la misma, por otro lado pareciera que el artículo 234 deja esa decisión a juez interno. En todo caso el TJCE puede negarse a resolver la cuestión promovida si considera que el derecho comunitario es claramente inaplicable, o que los asuntos concernientes al éste son ostensiblemente irrelevantes.

Acerca de cuándo es necesaria la decisión del TJCE, algunos han señalado que lo es cuando la resolución, en definitiva, determina quien ganará el pleito. Para otros, basta con que el fallo del tribunal nacional sea, en algún sentido diferente, dependiendo del fallo del TJCE.

Estos requisitos se refieren a la primera vez que se promueve una cuestión prejudicial comunitaria respecto de un determinado punto del derecho comunitario, pues en el caso de que el TJCE ya se haya pronunciado sobre el punto en un caso previo, el tribunal nacional no está obligado a promover la cuestión prejudicial. En todo caso, lo anterior exime de la obligación de promover la cuestión prejudicial, pero no quita el poder de realizarlo si se considera necesario. Este punto se refiere a la necesidad de la decisión de la cuestión prejudicial para la resolución del asunto, en definitiva, si existe un pronunciamiento anterior difícilmente el juez considerará que es necesario un nuevo pronunciamiento para fallar el asunto.

---

<sup>151</sup> HARTLEY, TC. Op. Cit., p.286



### **1.5 Cuestión prejudicial de validez.**

Respecto a la validez de las normas de derecho comunitario, el artículo 41 del Tratado CECA, establecía que el TJCE tenía jurisdicción exclusiva para fallar sobre la validez de un acto comunitario. El TUE no posee artículo alguno que establezca algo como eso, no obstante el TJCE a través de la Sentencia de 22 de octubre de 1987<sup>152</sup> ha afirmado igual principio al señalar que mientras los tribunales nacionales pueden declarar un acto de la Comunidad como válido, ellos no tienen poder para declararlo inválido. La decisión fue justificada en razones políticas respecto a que la necesidad de salvaguardar la aplicación uniforme del derecho comunitario era más importante que otras consideraciones.

### **1.6 Cuestión prejudicial de interpretación.**

El TJCE tiene jurisdicción para interpretar el derecho comunitario, pero no para aplicarlo al caso concreto cuando conoce de una cuestión prejudicial comunitaria. La distinción entre interpretar y aplicar es, sin embargo, bastante difícil de realizar.

En principio el TJCE debiera simplemente dar una indicación general sobre la norma dada, dejando en el tribunal nacional la aplicación a los hechos concretos del caso. No obstante, el TJCE en ocasiones realiza un pronunciamiento formal y en otros se pronuncia con un alto grado de especificidad.

Esta distinción puede observarse en los siguientes ejemplos. En el caso *Walrave y Koch contra Union Cycliste Internationale*<sup>153</sup>. Este versaba sobre el motocross de competencia en el que participan dos sujetos: uno que anda en la motocicleta y otro que lo sigue. Quien va abriendo el surco se llama “pacer”, mientras que el otro “stayer”. El punto es que como el pacer abre el surco, el stayer puede alcanzar altas velocidades. El caso se produjo porque quienes controlaban el deporte exigieron que pacer y stayer debían ser de la misma nacionalidad, lo que dificultaba que los pacer consiguieran empleo. Basados en esta razón, éstos presentaron el caso señalando

---

<sup>152</sup> Sentencia TJCE de 22 de octubre de 1987, Foto-frost contra Hauptzollamt, C-314/85.

<sup>153</sup> Sentencia de TJCE 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch contra Union Cycliste Internationale, C-36/74

que ello era contrario a la norma comunitaria que prohibía discriminación en razón de nacionalidad en el trabajo. El TJCE señaló que todo dependía de si *pacer* y *stayer* podían ser considerados un equipo, y como ello era un asunto de hecho dejó todo el asunto litigioso en manos del tribunal nacional.

Este caso contrasta con *Cristini contra SNCF*<sup>154</sup>. El artículo 7 del reglamento 1612/68 establece que un trabajador ciudadano europeo que trabajara en otro Estado miembro podía disfrutar de las mismas ventajas sociales que los trabajadores nacionales del país donde inmigró. El tribunal francés preguntó al TJCE si una norma francesa que otorgaba a las familias numerosas una tarjeta especial que les concedía derecho a tarifas reducidas en el transporte público francés era una “ventaja social” en los términos del reglamento. El TJCE pudo haber dado una definición abstracta de “ventaja social” y con ello habría cumplido su obligación, no obstante, falló que el artículo 7 de la Regulación 1612/68 debía ser interpretado de manera de incluir las tarjetas de transporte. Con ello no hizo otra cosa que fallar el asunto principal.

Como vemos la cuestión prejudicial comunitaria sólo permite, en su diseño original, revisar la validez o realizar la interpretación de una norma comunitaria. El sistema de cuestiones prejudiciales comunitarias no autorizaba al TJCE a revisar la compatibilidad del derecho nacional con el derecho comunitario.<sup>155</sup> El juez Manzini explica como se produjo la transformación que permitió que se incluyeran estos asuntos dentro de las cuestiones prejudiciales comunitarias.<sup>156</sup> En este cometido, señala que aunque en los términos del antiguo artículo 177 (actual 234) no era posible encontrar ningún indicio que permitiera que se revisara la compatibilidad entre los sistemas jurídicos, el TJCE alentó a las cortes nacionales para que utilizaran la cuestión prejudicial de ese modo. Así, y a sabiendas de su falta de jurisdicción el TJCE amplió sus facultades en esta materia hasta transformarlo en una facultad reconocida por todos los estados miembros. A través de este incremento de competencias, se produjo una posterior ampliación del derecho comunitario en sede

---

<sup>154</sup> Sentencia TJCE de 30 de septiembre de 1975, Anita Cristini contra SNCF, C- 32/75.

<sup>155</sup> ALTER, K. J. Op. Cit., 2001, p.10

<sup>156</sup> MANZINI, F. y KEELING d., Democracy and European Court of Justice, en *The Modern Law Review*, Vol. 57, n°2, marzo 1994, p. 183. Texto original en inglés, traducción propia.

nacional, toda vez que el TJCE tenía la posibilidad de pronunciarse sobre la implementación de las normas comunitarias al juzgar si esas eran compatibles con el derecho de la CE.

No obstante, esta expansión no sólo fue producto de la acción del TJCE, sino que colaboraron en el proceso los tribunales nacionales que mayoritariamente aceptaron la actitud del órgano jurisdiccional comunitario.

En todo caso, no es uniforme la manera en que los estados miembros promueven cuestiones prejudiciales comunitarias. De los datos publicados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se deriva que Alemania es el Estado que mayor número de reenvíos realiza (1364), seguido de Italia (796), Francia (655), Países Bajos (582), Bélgica (471), Reino Unido (371) y Austria (249), siendo Portugal (54), Suecia (45) y Finlandia (34) los menos activos.<sup>157</sup>

## **2. Soluciones Teóricas a la Relación entre los ordenamientos jurídicos internos y el Sistema Legal de la Comunidad Europea.**

¿En qué circunstancias es una norma de un sistema jurídico aplicable a otro? Esto depende de la relación entre los dos sistemas. Si uno es dependiente del otro, en el sentido que deriva su validez de él, la pregunta de la transferencia de las disposiciones debe determinarse por el sistema primario. Si ningún sistema depende del otro, cada sistema decide por sí mismo qué normas pueden ser transferidas a él<sup>158</sup>.

Estos principios gobiernan también la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional. Dado que los dos sistemas son independientes uno del otro, la pregunta de qué norma internacional es aplicable a nivel nacional, dependerá del sistema nacional. Este es el caso de la relación entre el derecho europeo y los estados miembros. El sistema jurídico de la Comunidad Europea, que puede catalogarse de supranacional, es independiente de los sistemas de los estados miembros, luego, son

---

<sup>157</sup> Estadísticas judiciales del Tribunal de Justicia en Informe anual de las actividades del Tribunal de Justicia 2003. Disponible en <http://curia.eu.int/es/instit/presentationfr/index.htm>

<sup>158</sup> HARTLEY, TC. Op. Cit., p.187

éstos los llamados a determinar cuando una norma de ese sistema es aplicable en sus territorios.

Las soluciones que tradicionalmente se han dado a esta transferencia son el monismo y dualismo, los que serán tratados someramente en los apartados que vienen a continuación. En lo que se refiere al pluralismo jurídico, su análisis será más detallado dada su actualidad.

## **2.1 Monismo**

Esta teoría entiende que las normas de derecho internacional y de derecho interno forman un único sistema jurídico, de esta manera, el derecho interno de un Estado está integrado, tanto por las normas nacionales como las internacionales.

Según esta posición, el derecho internacional no requiere ninguna transformación o recepción “para tener fuerza obligatoria y deroga de pleno derecho las reglas de derecho interno que sean incompatibles con él.”<sup>159</sup> La posición monista internacional coincide con la de Kelsen, considerando que “desde el punto de vista del derecho internacional es desde donde se comprende su conexión con el derecho nacional y, por tanto, con un orden jurídico universal”. Kelsen critica el dualismo y coloca al jurista ante alternativas irreconciliables e ideológicas. Admitir una u otra visión implica una petición de principios.<sup>160</sup>

En el marco de esta teoría basta el principio, generalmente consagrado a nivel constitucional, que le da aplicación a los tratados para que éstos sean aplicables. Sin embargo, ello no determina la jerarquía de la norma internacional, sino que sólo su aplicabilidad.

## **2.2 Dualismo**

Teniendo en cuenta que ambos sistemas jurídicos se hayan separados, distinguidos por sus fuentes y por los sujetos que producen sus regulaciones, no es posible la penetración e integración. Las normas internacionales no pueden influir sobre el carácter obligatorio de las normas internas y viceversa, por ello es preciso un

---

<sup>159</sup> SCHELLE, G., *Précis du Droit des Gens*, Tomo II, Francia, 1934, p.349

<sup>160</sup> KELSEN H., *Principios de Derecho Internacional Público*, España, Ed. El Ateneo, 1965, p.345 y ss.

acto de novación de la norma que modifique totalmente su naturaleza para que la norma a través de este acto pase a ser derecho interno<sup>161</sup>.

Así, para que el instrumento nacional pueda ser aplicado es necesario este acto formal de recepción, que puede tomar variadas formas. La única diferencia real entre un país monista y uno dualista, es que en el caso del dualista habrá una medida legislativa separada cada vez que un tratado deba ser aplicado en el sistema legal doméstico, mientras que en el monista bastará una sola medida para que sean aplicables todos los tratados futuros. En un sistema dualista la jerarquía de la norma dependerá de su norma de incorporación al sistema, por lo que podrán coexistir tratados de distintas jerarquías dependiendo del acto de recepción de cada uno.

La importancia de la opción en el contexto de la Comunidad es, además de las ya señaladas, que se considera por algunos que es esperable que la aceptación de la supremacía del derecho Comunitario sea más fácil en una nación monista que en una dualista. Ello, porque en virtud de la doctrina monista el derecho internacional es inmediatamente parte del sistema legal nacional (y generalmente considerado jerárquicamente superior al derecho interno). Dichas ventajas no se aplican a los sistemas dualistas, en los que dependerá de una acción del Estado la incorporación y jerarquía del derecho de la CE.

Otros autores van inclusive más allá, señalando que parece obvio que una lógica de integración demande la superación del modelo que acentúa el momento conflictivo en las relaciones entre ordenamientos jurídicos. En opinión de éstos resulta obligado dejar de lado o al menos corregir los planteamientos dualistas que presentan como disyuntiva la coexistencia de dos constituciones, incompatibles entre sí.<sup>162</sup> En todo caso, se ha afirmado que existe una tendencia de moverse desde el dualismo al monismo la que va de la mano del reconocimiento cada vez más general de la aplicabilidad directa de las normas internacionales.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> TRAVIESO, J.A., Derechos Humanos y Derecho internacional, España, Ed. Heliasta, 1990, p.69 .

<sup>162</sup> CASCAJO CASTRO, J.L., Integración Europea y Constituciones Nacionales, En: Integración europea y Poder judicial, Op. Cit., p.15.

<sup>163</sup> ROSAS, A., The decline of sovereignty: Legal perspectives, En: IIVONEN J., The future of Nation State in Europe, Ed. Edward Elgar, Reino Unido, 1993, p.144.

### 2.3 Pluralismo

Norberto Bobbio nos introduce al tema del pluralismo desde su forma más general, es decir, el *pluralismo jurídico*. Esta doctrina, al igual que muchas otras, tiene por objeto explicar y limitar al Estado. Sin embargo, no limita al Estado desde el exterior, como la teoría liberal, no lo divide en el interior como el constitucionalismo, no lo distribuye entre todos como la democracia ni lo hace utópico como el marxismo. El pluralismo arranca de los orígenes mismos del Estado moderno, estudia el proceso de su formación y determina su esencia.<sup>164</sup>

El Estado moderno se caracteriza por el monopolio de la fuerza luego, la única forma de limitarlo en términos pluralistas es arrebatárle ese monopolio. El problema es, entonces, si existen otros ordenamientos o fuentes de derecho fuera del Estado. La respuesta de los pluralistas en términos generales es que el Estado no es más que uno de los posibles ordenamientos jurídicos entre los cuales el hombre desarrolla su vida social, precisamente es el ordenamiento jurídico de la vida política. El monopolio del derecho por parte del Estado no es sino un episodio histórico de primacía de la sociedad política territorial (nacional) dentro de las infinitas sociedades posibles (económica, religiosa, etc.). Para derribar esta supremacía de lo político, es decir del Estado como única sociedad jurídica sobre las otras formas de vida asociada conviene, según los pluralistas, revivir al lado y por encima del Estado otros centros productores de derecho que se constituyan y desenvuelvan independientemente del Estado e, incluso, en competencia con él.<sup>165</sup>

Esta doctrina, como vemos, no apunta sólo a la relación entre sistemas jurídicos internos y externos sino que apunta a las bases, es decir, intenta derribar la primacía del Estado como único productor de normas jurídicas.

En la actualidad, dado que el problema de la relación entre los sistemas jurídicos es uno de aplicación o transferencia de normas de un sistema a otro y ello, en estricto rigor, no es otra cosa que un problema de relación entre cortes (pues son ellas las llamadas a aplicar el derecho) es que se ha comenzado a hablar de pluralismo

---

<sup>164</sup> BOBBIO, N. El tiempo de los Derechos, España, Ed. Sistema, 1991, p.29

<sup>165</sup> Op. Cit. p.30

legal como una de las opciones para ilustrar las relaciones entre los tribunales nacionales y los tribunales inter o supranacionales.<sup>166</sup>

Esto, al aplicarse a la Unión Europea y la relación del TJCE con los tribunales de los estados miembros alcanza ribetes interesantes toda vez que lo que se intenta no es sólo ver la forma de intercambio entre las mismas, sino resolver el problema de la primacía de uno de los ordenamientos jurídicos sobre el otro a nivel constitucional.

En este entendido, hablamos de *Pluralismo Constitucional* cuando nos referimos a aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como su fuente de validez.<sup>167</sup> Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una Constitución (al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establece y condicionan el ejercicio del poder político) y en el que se reconocen, mutuamente, la legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme supremacía de uno sobre el otro<sup>168</sup>. El pluralismo constitucional, vendría a ser una concreción del pluralismo jurídico explicado más arriba, toda vez que parte de la base de que nuestra existencia normativa está anclada en una variedad de sistemas institucionales (entre los que pueden diferenciarse según los casos, hasta cinco niveles: universales, supra estatales, estatales, regionales y locales).<sup>169</sup>

Como es simple deducir, esta teoría explica fenómenos entre los que el sistema comunitario está inserto. Relaciones entre sistemas que se caracterizan por ser horizontales y no jerárquicamente predominantes de un sistema sobre el otro. El pluralismo aplicado a la dimensión constitucional se opone al monismo

---

<sup>166</sup> ELEFTHERIADIS, P., The standing of states in the European Union, En: TSAGOURIAS, N., Transnational Constitutionalism, Cambridge University Press, 2007, p.63

<sup>167</sup> MACCORMIC, N., Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason, Reino Unido, Ed. Oxford, 1999, p.104

<sup>168</sup> BUSTOS GISBERT R., La función jurisdiccional en escenarios de pluralismo constitucional, En: Integración europea y Poder judicial, Op. Cit., p. 211.

<sup>169</sup> MACCORMIC, N., Beyond the Sovereign State, Reino Unido, The Modern Law Review, n°56, 1993, pp.15-16.

constitucional<sup>170</sup>. De esta forma, es claro que la realidad normativa de Europa sirve de buen caso de estudio para observar el funcionamiento de esta teoría, sobre todo desde que se ha establecido una Constitución material comunitaria, pues tanto las constituciones de los estados miembros como la comunitaria compiten en la regulación de los ámbitos más elementales de la organización del derecho y de la sociedad. Además, en el caso de las normas comunitarias podemos hablar de una regulación supraestatal puesto que su Constitución material se nutre hoy de normas situadas más allá de los estados y, por lo tanto, que “escapan a la posibilidad de definición unilateral por parte de una sola entidad estatal”<sup>171</sup>.

Dentro de la teoría pluralista constitucional es posible diferenciar tres aspiraciones básicas.<sup>172</sup>

La primera es la **aspiración explicativa**. La aparición de las normas constitucionales supra estatales y su conexión con la Constitución nacional de un Estado sólo puede explicarse a partir de conceptos lo suficientemente amplios como para identificar múltiples lugares en los que se desarrolla el proceso constitucional.

La segunda aspiración es el **reconocimiento de la normatividad del pluralismo constitucional**, es decir, su naturaleza normativa, lo que lleva a la aceptación de que todo ejercicio del poder político en Europa se apoya en el mutuo reconocimiento y respeto entre las autoridades nacionales y europeas.

En tercer lugar, el pluralismo constitucional, tiene una **aspiración epistémica** que origina a las dos aspiraciones anteriores, sin ser producto de ninguna de ellas. La aparición de nuevos entes y estados regulados constitucionalmente de forma independiente (como los estados miembros y la Comunidad Europea, por ejemplo) con el consiguiente reconocimiento de la inexistencia de autoridades soberanas exclusivas,

---

<sup>170</sup> Cabe señalar que existe una distinción fundamental entre el monismo que describimos en el apartado anterior y el monismo constitucional. El monismo constitucional ya no se ocupa de las relaciones entre el derecho interno y el internacional, sino que es el que postula que sólo son los estados los centros o unidades con autoridad constitucional.

<sup>171</sup> BUSTOS GISBERT R., Op. Cit., p. 212.

<sup>172</sup> Walter N., The idea of Constitutional Pluralism, EUI Working Paper, 2002/1, Florencia, 2002, [En línea] <<http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/179/1/law02-1.pdf>> [Consultado el 20 de febrero de 2008]



supone una alteración de las bases de comprensión del fenómeno constitucional (que dentro del monismo constitucional no podía aceptar más que una fuente de autoridad). En definitiva desde la aspiración epistémica no es posible explicar los fenómenos constitucionales sino se los sitúa en un espacio de variadas fuentes de autoridad constitucional en relación de horizontalidad.

Según algunos autores<sup>173</sup> hay poderosas razones para adoptar la idea del pluralismo constitucional. Ello porque, por una parte, explica la creación de derecho comunitario y la consiguiente transformación del derecho nacional “de abajo hacia arriba”. Por otra parte, la legitimidad de la integración europea es justificable a partir de su papel corrector de los límites constitucionales de las comunidades políticas nacionales.<sup>174</sup> En esta dinámica se produce una suerte de intercambio, pues, de un lado, las constituciones nacionales evitarán concentraciones de poder indeseables dentro de la Unión exigiendo los estándares constitucionales de protección ya alcanzados en sus sedes y, del otro, será el sistema europeo el que transformará la normativa constitucional de manera de lograr una suerte de mínimo común denominador entre los estados miembros.

En opinión de Bustos Gisbert, esta forma de comprender la Constitución permite explicar dos fenómenos contemporáneos: la idea de parcialidad de las constituciones nacionales y la ruptura de las formas tradicionales de entender la relación entre normas.

Sobre el primer punto, cabe señalar que la pretensión de universalidad de la norma fundamental, en tanto a la resolución de todos los problemas planteados en la dinámica política, ha desaparecido. En definitiva, son las mismas normas constitucionales las que han renunciado a su universalidad, pues sólo intentarán resolver sustantivamente las materias que no han sido transferidas a instancias supraestatales. Esta ruptura es, sin embargo, aparente, pues lo único que se ha producido es la parcialidad documental de la Constitución, puesto que la suma de las constituciones nacionales y supranacionales (en este caso Comunitaria) sí podría satisfacer la pretensión de globalidad normativa de la que hablamos.

---

<sup>173</sup> Ver, POIARES MADURO, M. Las formas del poder constitucional de la Unión Europea, España, Revista de Estudios Políticos, nº119, 2003, p.36, Bustos Gisbert R, Op. Cit., p.213.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p.37.

Desde otra perspectiva, la adopción de la idea de pluralismo constitucional supone la puesta en cuestión de cualquier forma de supremacía en la comprensión de las relaciones entre normas constitucionales nacionales y europeas.<sup>175</sup> Así, las relaciones entre las normas constitucionales nacionales y europeas se guiarán por colaboración, complementariedad, convergencia, interacción, etc. puesto que se encuentran en el mismo nivel. No obstante, ello nos lleva al problema de la solución de conflictos concretos entre estas normas que, como señalamos, no son otra cosa que los conflictos entre el TJCE y los tribunales internos.

Así, en oposición al monismo o dualismo, explicados más arriba, el pluralismo constitucional no entrega una respuesta rápida y clara acerca de la relación entre las cortes de los estados Miembros y el TJCE sino que constituye, más bien, un punto de partida.<sup>176</sup>

El problema no debiera suscitarse entre normas de distinto rango, ya sean éstas de la Comunidad o de los estados miembros, pues en la ponderación entre las mismas la respuesta debiera ser la primacía de la de más alto rango. En este sentido, es posible observar la solución que el sistema comunitario entrega a este respecto en lo que se refiere a la aplicación del principio de primacía del derecho comunitario. La supremacía del derecho comunitario se ha aplicado principalmente a las relaciones entre normas de rango inferior pertenecientes a los estados miembros y normas comunitarias de distinto nivel. Estos conflictos, como observamos, se han resuelto mayoritariamente a través del procedimiento de la cuestión prejudicial comunitaria, desde que la misma se amplió jurisprudencialmente por parte del TJCE a la revisión de la compatibilidad entre las normas de derecho interno y de derecho comunitario.

Sin embargo, continúa siendo una asignatura pendiente el posible conflicto normativo entre una disposición comunitaria y el texto constitucional de un Estado miembro.<sup>177</sup> Ello, desde que no se han producido confrontaciones directas entre estos dos grupos de normas. De hecho ningún tribunal constitucional ha hecho suya

---

<sup>175</sup> DI FABIO A., *European Charter: Towards a Constitution for the Union*, *The Columbian Journal of European Law*, nº7, 2, 2001, p.169 o GERKRATH, J., *L'émérgence d'un Droit Constitutionnelle pour l'Europe*, Bruselas, 1997, p.285.

<sup>176</sup> KUMM, M., *Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?*, Disponible en línea <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/98/98-10-.html>> [Consulta: el 22 de febrero de 2008]

<sup>177</sup> GÍMENEZ SÁNCHEZ, I., *La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE*, España, Ed. Thomson Aranzadi, 2003, p. 37

expresamente la concepción de la primacía del tribunal de Justicia<sup>178</sup> –a diferencia de algunos tribunales supremos- como el Consejo de Estado Belga.

No obstante, el TJCE ha querido sostener la primacía del derecho comunitario sobre las normas de cualquier rango<sup>179</sup>, lo que denota que este órgano no se enfila entre los promotores del pluralismo constitucional, toda vez que este último reconoce relaciones de cooperación horizontal lejanas a la relación jerárquica descrita. El argumento que el TJCE esgrime para fundamentar la jerarquía superior del derecho comunitario es que la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno se rige por los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>180</sup>, que establecerían, a su juicio, que el derecho internacional es superior al nacional.<sup>181</sup>

La innovación que el derecho comunitario hace en esta materia es que, a diferencia del derecho internacional, excluye el dualismo como opción en la relación entre sistemas, pues, el derecho de la CE no sólo proclama su supremacía sobre el derecho interno, sino que además determina las consecuencias de esta primacía en caso de conflicto en el orden interno de cada Estado, mientras que el derecho internacional permite, en principio, que cada sistema jurídico nacional reglamente en

---

<sup>178</sup> RODRIGUEZ IGLESIAS, C & VALLE GÁLVEZ, A. El Derecho Comunitario y las relaciones entre el tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, 1997, n°2, p.362

<sup>179</sup> Ello se ha establecido de forma implícita en la Sentencia TJCE de 27 de mayo de 1972, asunto Leonésio, C-93/71, p.287, Sentencia TJCE de 8 de febrero de 1873, Italia contra Comisión, C-48/71, p. 529, y Auto TJCE de 22 de junio de 1965, Acciaere San Michele, Recurso 1967, pp.35-38

<sup>180</sup> El artículo 26 de esta Convención señala: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. El artículo 27 afirma por su parte: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Por último el artículo 46 señala: “1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado haya sido manifestado en violación de una norma de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

<sup>181</sup> Esta opinión ha sido sostenida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Almonacid Arellano y otros versus Chile. Sin embargo, no se ha compartido por la doctrina internacional, que sostiene que una cosa es que el Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por el comportamiento de cualquiera de sus órganos que actúen en contravención al derecho Internacional y otra que los jueces tengan el deber de declarar tácitamente derogadas las disposiciones del derecho interno incompatibles con los tratados internacionales, así lo señala FUENTES, TORRIJO, X., El derecho Internacional y el Derecho Interno: definitivamente una pareja dispareja. [En línea] <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf)>, [Consulta: 27 de junio de 2008]

su propio ámbito las consecuencias del conflicto entre normas internacionales y normas internas.<sup>182</sup>

La postura en comento, se condice con la necesidad por parte del TJCE de cumplir con los imperativos de uniformidad y efectividad del derecho comunitario, no obstante, vuelve a la concepción tradicional de una fuente de derecho como suprema a las demás. Aquello no es otra cosa que cambiar el monopolio de lo político desde una entidad (el Estado), a otra (la Comunidad, o generalizándolo, los órganos supranacionales) lo que, en definitiva, lo transforma en otra forma de monismo, obviando las múltiples interacciones que pueden suscitarse entre los ordenamientos jurídicos internos y comunitario.

Ejemplos de estas interacciones son la influencia que los tribunales italianos y alemanes han tenido sobre el TJCE en materia de derechos fundamentales o básicos. Es este caso, el Tribunal de Justicia sostuvo como postura inicial que los derechos fundamentales eran algo ajeno al tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma) lo que produjo la subsiguiente reacción por parte de los tribunales constitucionales alemán<sup>183</sup> e italiano. Esta reacción se tradujo en decisiones judiciales en las que manifestaban su preocupación por el respeto de los derechos fundamentales en el marco del ordenamiento jurídico comunitario. Ello llevó en definitiva al TJCE a reconocer la protección de estos derechos en el ámbito comunitario.

Otro ejemplo de la interacción entre los tribunales internos y el TJCE en la creación de doctrina, es el establecimiento del mismo principio del efecto directo en la sentencia *Van Gend en Loos*<sup>184</sup>. Este principio, como hemos señalado con anterioridad, resultó de la promoción de una cuestión prejudicial comunitaria de interpretación realizada por parte de un tribunal holandés. El tribunal holandés estableció el contenido del principio del efecto directo en la pregunta de derecho abstracto que dirigió al TJCE. Así planteó si el artículo 12 TUE tenía aplicación directa en el territorio de un Estado miembro, en otras palabras, si los nacionales de un Estado

---

<sup>182</sup> RODRIGUEZ IGLESIAS & VALLE GÁLVEZ, Op. Cit., p. 371

<sup>183</sup> Sobre este tema volveremos en profundidad, en el apartado que sigue respecto al caso alemán.

<sup>184</sup> Ver nota al pie 59.

podían, con base en el citado artículo, reclamar los derechos individuales que los tribunales protegen”.<sup>185</sup> Como es posible observar la doctrina del efecto directo tiene por concepto base lo que el tribunal holandés refirió al TJCE.

En el apartado que sigue analizaremos estas interacciones a propósito de tres Estados miembros a través de lo que verificaremos que la dinámica inter ordenamientos responde de forma más cercana a un modelo de pluralismo constitucional que a uno de monismo o dualismo.

### **3. Ejemplos prácticos de interacción entre el ordenamiento jurídico comunitario y los derechos internos. El caso de Francia, Alemania y España.**

En este apartado nos abocaremos a la revisión detallada de tres casos particulares en el establecimiento de los principios más cuestionados, aunque ahora clásicos del derecho comunitario. Específicamente nos referiremos al establecimiento de los principios de primacía del derecho de la Comunidad europea y de efecto directo.

Las experiencias que he elegido para realizar esta tarea, no fueron elegidas al azar. En el caso de Francia y Alemania, se trata de miembros originarios de la Comunidad que, por lo tanto, se hicieron parte de ésta antes de que se establecieran de forma definitiva los principios en comento.

La situación española es diferente pues al momento de su ingreso estos principios ya formaban parte del *acquis comunitario*, ello, no obstante la fuerte resistencia de países poderosos de la Unión Europea.

Entre los seis países fundadores he elegido a Francia y a Alemania, en particular, porque además de ser los países más poderosos al momento de la fundación, presentan diferencias que podían enriquecer este estudio.

Francia, por una parte, acoge a la teoría monista en su Constitución, es uno de los países que a nivel de gobierno ha apoyado de manera más férrea la creación y posterior desarrollo de la Comunidad y, sorprendentemente, fue el último país de la

---

<sup>185</sup> El asunto es tratado *in extenso* en GÓMEZ SANZ, X. y RIPOL CARULLA, S. Cuestiones de política judicial y proceso europeo de integración jurídica, En: Integración europea y Poder judicial, Op. Cit., pp. 45-47.

Unión Europea en acoger plenamente el principio de supremacía del derecho comunitario.

Alemania, por su lado, acoge la teoría dualista en su Constitución, siempre se le ha considerado como uno de los estados miembros que más apoya al derecho comunitario y, además, la dinámica de sus tribunales respecto del TJCE ha dado lugar a creación de derecho conjunta, como pocas veces se ha visto en la CE.

Por último, España, ha sido escogida por no reunir ninguna de las características anteriores, exceptuando el monismo que comparte con Francia. Es decir: no es país fundador, por lo que en su tratado de adhesión aceptó el *acquis comunitario*; no ha participado en la formación conjunta de derecho con el TJCE y; además, aceptó con escalofriante rapidez la supremacía del derecho comunitario a través de medidas normativas.

El mecanismo de relación entre estos estados y el TJCE será la cuestión prejudicial comunitaria en el primer caso, lo que se disminuye en el caso Francés, país que utilizó como estrategia la resistencia a referir. En el caso de España, la tasa de formulación de cuestiones prejudiciales comunitarias es una de las menores de Europa, no obstante, aquello no ha implicado una estrategia, sino que la carencia de una política en términos generales que oriente la labor de los jueces españoles.

### **3.1. El caso Alemán**

Los tribunales alemanes han sido los más importantes propulsores y también los más fuertes críticos del derecho de la Comunidad Europea. Como señalamos en apartados anteriores, Alemania, es el país que mayor número de cuestiones prejudiciales ha referido de toda Europa. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ("TCFA") fue el primero en declarar la supremacía del derecho comunitario, no obstante, sus propios tribunales se convirtieron en los críticos más agudos en lo que siguió en la evolución de la CE.

Para entender el desarrollo del caso alemán es necesario comprender la estructura del poder judicial germano. El sistema judicial tiene cinco ramas, cada rama tiene su propio orden jerárquico, teniendo en la cima su respectiva Corte de Suprema

Federal. Sobre todas ellas se encuentra el TFCA. Los tribunales inferiores y las cortes de apelaciones tienen la facultad para suspender el procedimiento y enviar una pregunta de carácter constitucional al Tribunal Constitucional alemán sin esperar a que el asunto sea apelado. Lo anterior supone que los tribunales inferiores pueden desafiar la jurisprudencia de las cortes supremas federales. En Alemania el derecho comunitario gana su supremacía en virtud de la Constitución alemana, es por ello que cae dentro de la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

Como señalamos, los tribunales alemanes son lo que más cuestiones prejudiciales han promovido ante el TJCE, no obstante, no todas las ramas del poder judicial han participado del debate. De hecho, casi la mitad de las referencias es monopolizada por tribunales tributarios y un tercio por los administrativos.<sup>186</sup> En todo caso, de todas las referencias realizadas al TJCE un poco más de un tercio de las realizadas entre 1961 y 1985 corresponden a preguntas sobre compatibilidad entre el derecho comunitario y el derecho interno.<sup>187</sup>

En cuanto a su posición sobre la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional, cuando Alemania suscribió el Tratado de Roma, tenía una interpretación dualista de la misma. El derecho internacional se consideraba un sistema completamente independiente que operaba en un plano distinto que el derecho nacional. El tratado internacional entraba al sistema jurídico alemán en virtud de un acto de recepción realizado por el Parlamento, después de lo cual quedaba sujeto a los mismos requerimientos constitucionales que el derecho nacional, pudiendo ser revocado por un acto posterior del órgano legislativo. Luego, era posible ignorar las obligaciones establecidas en los tratados simplemente a través de la dictación de una norma.

Sin embargo, dada la redacción de los artículos 25 y 24 de la Constitución alemana, era posible cambiar la doctrina precedente. Así, el artículo 25 hacía al derecho internacional parte integrante del derecho federal y, además, señalaba que el derecho nacional debía tomar en cuenta estas normas y crear directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal. Por su parte, el artículo 24

---

<sup>186</sup> ALTER, K. J., *Op Cit.*, p.68

<sup>187</sup> *Ibidem.*

autorizaba al gobierno alemán a transferir por ley, poderes soberanos a instituciones intergubernamentales.

A pesar de ello, se mantuvo fuerte la doctrina *lex posterior derogat legi prior*.

El artículo 25 se refería a las reglas generales del derecho público internacional, lo que había sido mayoritariamente entendido como el derecho consuetudinario internacional y no los tratados. El artículo 24 se entendía, por su parte, restringido a organismos para la seguridad colectiva y no organizaciones de tipo económico como la CE.

Por ello, fue que el Tribunal Constitucional Alemán debió interpretativamente extender los ámbitos de aplicación de ambos artículos de manera de que pudieran ser aplicados a los tratados y a las organizaciones intergubernamentales como la CE.

Esta evolución interpretativa duró más de 30 años. De forma de lograr una mejor comprensión dividiremos este desarrollo en 5 etapas que comienzan en 1963 hasta terminar en nuestros fallos recientes del los Tribunales alemanes<sup>188</sup>.

#### **a) Primer periodo: La ratificación del Tratado de Roma no viola la Constitución 1963-1967.**

La comunidad jurídica alemana nunca aceptó la especial naturaleza del Tratado de Roma o que el derecho comunitario fuera en alguna forma distinto al derecho internacional tradicional. Sin embargo, el establecimiento de la doctrina del efecto directo creó una nueva realidad en la que el dualismo de la Constitución alemana no respondía todas las preguntas. Así, un grupo de académicos señalaron que dado el efecto directo del derecho comunitario, el Tratado de Roma parecía ser inconstitucional. Ello se transformó en un debate judicial cuando un tribunal tributario de Rhineland-Palatinate cuestionó la constitucionalidad del acto de ratificación del Tratado de Roma cuestionando, además, si era posible bajo el artículo 24 que el gobierno transfiriera poderes legislativos a la Comunidad Europea. La cuestión principal del proceso en comento era la validez de un reglamento europeo, frente a el cual el Tribunal, en vez de promover una cuestión prejudicial comunitaria de

---

<sup>188</sup> Esta división temporal en etapas jurisprudenciales fue desarrollada por Karen Alter, en su libro *Establishing de Supremacy of European Law*, Op. Cit.,p. 64



interpretación al TJCE, señaló que el reglamento no era válido porque el artículo 189 del Tratado de Roma era inconstitucional.<sup>189</sup> Esta inconstitucionalidad se fundamentaba en que el artículo 189 violaba el principio de separación de poderes.<sup>190</sup>

Dado que la pregunta central del asunto era una de carácter constitucional, el juez ejerció su facultad de suspender el caso haciendo referencia al Tribunal Constitucional. Como se puede deducir lógicamente, la decisión del Tribunal Constitucional determinaba en el fondo la posibilidad de membresía de Alemania en la Comunidad Europea.

En el intertanto en que aún no se dictaba la resolución por parte del TFCA, el Parlamento alemán dictó una resolución en la que afirmaba la constitucionalidad del acto de ratificación.<sup>191</sup> No obstante, y ante el silencio del TFCA, el tribunal tributario volvió a cuestionar la constitucionalidad del acto de ratificación en un segundo caso.<sup>192</sup> Sin pronunciamiento constitucional explícito, los tribunales germanos tomaron posiciones contradictorias respecto al estatus del derecho comunitario en Alemania.<sup>193</sup>

Después de casi 4 años desde que la primera referencia fue realizada, el Tribunal Constitucional alemán finalmente dictó resolución en el caso *Rhineland Palatinate*. Así, el segundo senado del TFCA declaró<sup>194</sup> que la inconstitucionalidad de una sola norma del Tratado de Roma no podía producir la subsecuente inconstitucionalidad de todo el Tratado, por lo que dejó la pregunta sobre la constitucionalidad de los reglamentos sin responder. Además, dejó abierta la posibilidad de que todos los reglamentos comunitarios fueran inválidos en Alemania.<sup>195</sup>

Tres meses más tarde, el primer senado del TFCA tomó la oportunidad ofrecida por una apelación individual para clarificar su posición constitucional frente al artículo 189 TUE. En el caso en consideración, algunas compañías corredoras de bolsa

---

<sup>189</sup> Este establece al Parlamento Europeo.

<sup>190</sup> Sentencia Tribunal Tributario Rhineland Palatinate (TTRP) 14 de noviembre de 1963, Re Tax on Malt Barley, C-77/63

<sup>191</sup> Deutscher Bundestag Sitzungberichte 6501 B.

<sup>192</sup> Sentencia TTRP de 25 de marzo de 1965, Re Exceso Profits Levy, C-47/65

<sup>193</sup> Ver, por ejemplo Sentencia de 12 de Diciembre de 1966, VWG Frankfurt, AWD 67, Sentencia de 25 de abril de 1967, Firma Max Neumann contra Hauptzollamt Hof/Saalen, AWD 227.

<sup>194</sup> Sentencia TJCE de 18 de abril de 1967, decisión VII 198/63.

<sup>195</sup> ALTER, K. J. Establishing the Supremacy of European Law, Reino Unido, Oxford University Press, 2001, p.77

alegaban que el reglamento europeo violaba sus derechos básicos. El TFCA, pese a considerar que el caso en sí mismo carecía de fundamento, lo usó como pretexto para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 189 TUE.

En esta decisión afirmó la naturaleza independiente de la Comunidad Europea y su derecho para dictar normas vinculantes dentro de Alemania:

“Las instituciones de la Comunidad Económica Europea ejercitan derechos soberanos de los cuales los estados Miembros se han despojado en favor de la Comunidad que han establecido. La Comunidad en sí misma no es ni un Estado ni un Estado federal. Es una comunidad gradualmente integradora de una naturaleza especial, una institución interestatal en los términos del artículo 24.1 de la Carta Fundamental, a la cual la República Federal Alemana –como muchos otros estados miembros- ha transferido ciertos derechos soberanos. Una nueva autoridad pública fue entonces creada, la cual es autónoma e independiente con respecto a cada Estado miembro. Consecuentemente, sus actos no tienen que ser aprobados (“ratificados”) por los Estados miembros ni tampoco pueden ser anulados por ellos. El Tratado de Roma es como si fuera la Constitución de esta Comunidad.”<sup>196</sup>

En definitiva, el TFCA declaró que, dado que los reglamentos europeos no eran actos de la autoridad alemana, éste carecía de jurisdicción para decidir su validez. Luego de una declaración como ésta se cerró el camino que se había dejado abierto a los académicos y litigantes para desafiar el derecho comunitario. La sentencia del TFCA fue la primera en que una Corte Suprema afirmaba la doctrina del TJCE en *Van Gend en Loos*.

Parece ser que el TFCA fue demasiado lejos con su declaración, pues al negar cualquier autoridad para tasar la validez de las leyes europeas, se negó a sí misma su futura influencia en el proceso de integración jurídica y política.<sup>197</sup> La declaración que realizó el máximo tribunal alemán concedió demasiado al ordenamiento jurídico comunitario, es por ello que las etapas que siguieron no fueron sino el esfuerzo de los tribunales alemanes por recobrar algo de autoridad en el desarrollo del proyecto europeo.

---

<sup>196</sup> Sentencia TFCA del 18 de octubre de 1967, BvR 248/63, AWD 477. Citada por ALTER, K. J., Op Cit., p.78. Texto original en inglés, traducción propia.

<sup>197</sup> ALTER, KAREN J., Op. Cit. p.79

**b) Segundo periodo: La resistencia de los tribunales alemanes y la definitiva aceptación de la supremacía del derecho comunitario, 1965-1971.**

La decisión del primer senado fue, como dijimos, acelerada y anticlimática. Ello se produjo, en parte, porque la cuestión debatida era otra. Lo que se estaba discutiendo era la constitucionalidad del acto de ratificación del Tratado de Roma y no la supremacía del derecho comunitario.

En resumidas cuentas, ni el debate judicial ni el debate académico habían versado sobre la supremacía del derecho de la CE, por lo que ninguno de los actores estaba preparado para hacer frente a esta controversia.

La conocida como “*turnover tax struggle*” fue la última etapa sobre la discusión respecto de la supremacía del derecho de la CE. Ésta comenzó en 1965 cuando un abogado alemán cuestionó una ecualización tributaria de facturación realizada por un tribunal tributario inferior en Saarland y dicho tribunal promovió una cuestión prejudicial comunitaria frente al TJCE. La “facturación de ecualización tributaria” eran impuestos sobre importaciones diseñados para ecualizar el nivel de tributos pagados sobre productos de consumo interno. Dado que estos impuestos gravaban cada etapa del proceso productivo de los bienes de consumo interno, era muy difícil saber cuánto impuesto se había pagado en definitiva.

Los importadores intentaron obtener de la Comisión Europea una declaración que señalara que dichos impuestos eran una práctica abusiva por parte del Estado alemán pues, en definitiva constituían tarifas ocultas.

La Comisión realizó esfuerzos, pero éstos no satisficieron a los importadores, tras lo cual intentaron que la TJCE creara una base legal para que ellos pudieran cuestionar la facturación de ecualización tributaria en las cortes nacionales. El argumento que ofrecían al TJCE era que dicha ecualización violaba el artículo 95 TUE que prohibía la discriminación tributaria, entendiéndose que este artículo tenía efectos directos. Un caso en ese sentido, fue cuidadosamente seleccionado para presentar una clara violación del Tratado de la Comunidad. El litigio envolvió una ecualización tributaria impuesta sobre los importadores de leche en polvo, en situación que ese producto estaba explícitamente exento. La violación al Tratado fue clara, por lo que la

corte inferior tributaria promovió una cuestión prejudicial tributaria que consultaba si el artículo 95 creaba efectos directos. El gobierno germano alegó que los tribunales nacionales no estaban facultados para hacer cumplir el derecho comunitario puesto que era la Comisión quien detentaba esta tarea y sólo ella podía plantear una disputa como ésta. Esa posición reflejaba el general entendimiento al que habían llegado los estados al momento de la ratificación del tratado.<sup>198</sup>

Acorde con esta postura, la Comisión había revisado los impuestos que gravaban la leche en polvo en 1965 y había señalado que éstos eran demasiado altos. Frente a esa observación, el Parlamento había disminuido la tasa de impuestos de un 4% a un 3%. Dado que la leche en polvo era un producto exento de impuestos, este acuerdo era más político que jurídico. El gobierno alemán señalaba que, dado que la Comisión no había planteado un nuevo caso, la tasa actual de impuesto debía estar en conformidad con el Derecho Europeo.

El TJCE rechazó los argumentos del gobierno, señalando que la capacidad de la Comisión para plantear casos no significaba que las cortes nacionales pudieran dejar de hacer cumplir el derecho comunitario. Estableció, que el artículo 95 TUE creaba efectos directos y, por lo tanto, podía ser utilizado por los litigantes particulares frente a los tribunales nacionales. La resolución, además implicaba que el impuesto establecido a la leche en polvo era ilegal.<sup>199</sup>

Dado que el Parlamento alemán había cambiado la tasa de impuestos luego de que la Comisión lo exigiese, la sentencia del TJCE establecía, en resumidas cuentas, que los estados miembros debían ser proactivos en el cumplimiento del derecho comunitario incluso en ausencia de normas comunitarias comunes sobre impuestos.<sup>200</sup>

En consideración a la implícita declaración de ilegalidad respecto del impuesto sobre la leche en polvo, era probable que los demás impuestos de “ecualización tributaria” estuvieran en esa situación, por lo que comenzaron a producirse cada vez más quejas a este respecto.

---

<sup>198</sup> Este entendimiento está claramente establecido en los debates de ratificación del Tratado de Roma. Ver el Documento 5266, anexo de procedimientos verbales del 26 de marzo de 1957 en los debates de la Asamblea Nacional Francesa, preparada por la Comisión de la Ministros de Relaciones Exteriores.

<sup>199</sup> Sentencia TJCE de 16 de junio de 1966, Lütticke (Alfons) GMBH contra Hauptzollamt Saarlouis, C-57/65.

<sup>200</sup> ALTER, K. J., Op. Cit., p.81

El gobierno alemán intentó hacer desaparecer el problema, para lo que afirmó a través de su ministro de hacienda que la decisión del TCJE era inválida, pues conflictuaba con los bien razonados argumentos del gobierno federal y afectaba a los estados miembros de la Comunidad Europea. El decreto ordenaba a los agentes de aduana ignorar la sentencia del TJCE y todas las quejas que se les presentaren basadas en esa decisión.<sup>201</sup>

No obstante, las cortes inferiores tributarias no aceptaron esta decisión y siguieron enviando casos al TJCE. Ante ello, el gobierno cambió su estrategia y decidió participar en un caso que estaba pendiente pidiendo al Tribunal Federal de Impuestos que promoviera una cuestión prejudicial comunitaria para permitirle al TJCE reevaluar su decisión.<sup>202</sup>

En su referencia, el Tribunal Federal señaló su desacuerdo con la jurisprudencia del caso Lütticke y la doctrina de la supremacía del derecho comunitario e ilustró la situación de ese entonces en Alemania en lo que se refería a la gran cantidad de casos que se estaban produciendo en materia tributaria y la consiguiente inseguridad jurídica que ello producía. Además, afirmó que el derecho comunitario, tenía otras maneras de hacerse cumplir que eran más apropiadas que la acción de las cortes nacionales. Por último, cuestionó la doctrina del efecto directo, catalogándola como de base meramente política, con lo que, en otras palabras, negaba su validez<sup>203</sup>

Por otra parte dio una vía de escape al TJCE al señalar que el problema del primer asunto Lütticke se había debido a una imprudencia del tribunal inferior, toda vez que éste no había realizado la pregunta correcta al promover la cuestión prejudicial anterior. El punto abstracto de derecho no era si artículo 95 TUE creaba efectos directos, sino que el artículo 97 era aplicable, norma que no tenía efectos directos.

En el intertanto, los tribunales inferiores tributarios siguieron promoviendo cuestiones prejudiciales comunitarias en las que afirmaban la aplicación del artículo 95.<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> Decreto del gobierno alemán de 7 de julio de 1966 (IIIB. 4-V 8534-1/66).

<sup>202</sup> ALTER, K. J., Op.Cit. 82

<sup>203</sup> Referencia al TJCE de 18 de julio de 1967, caso VII 156/65.

<sup>204</sup> Ejemplos de estas referencias son la del 26 de abril de 1967, Firma Kart A. Becher contra Hauptzollamt Manchen-Landsbergerstrasse, C-26/66, del 6 de septiembre de 1967, Firma Gebrüder Luck contra Hauptzollamt Köln-Rheinau, C-1961/66, referencia del 17 de mayo de 1967, Firma Kunstmühle Tivoli contra Hauptzollamt Würzburg, C-419/66, entre otras.

El TJCE, tomando una decisión política en virtud de la cual se liberaba gran parte de la presión sobre el gobierno alemán, resolvió mantener su doctrina anterior pero declaró que el artículo 97 TUE podía no crear efectos directos.<sup>205</sup>

Este tribunal respondió, además, las referencias pendientes de los tribunales inferiores una por una, señalando en detalle los asuntos legales que eran objeto del litigio y autorizándolas a participar del debate legal.

Cuando le tocó revisar la sentencia del original caso Lütticke al Tribunal Federal de Impuestos, lo interpretó de forma tan restringida que lo transformó en un caso no generalizable.<sup>206</sup> Todos estos factores hicieron desaparecer los casos pendientes.<sup>207</sup>

El asunto fue apelado, por lo que fue conocido por el Tribunal Constitucional Alemán. Éste, pese a dejar firme la sentencia del Tribunal Federal, criticó sus argumentos señalando:

“El artículo 24 inciso 1 de la Carta fundamental implica (...) no sólo que la transferencia de soberanía a órganos interestatales es válida, sino que también que las decisiones del TCJE (...) sean reconocidas. La conclusión de esta situación legal debe significar que (...) las cortes alemanas deben aplicar también esas normas legales, incluyendo leyes que vienen de autoridades soberanas autónomas que a través del TJCE se han vuelto directamente efectivas dentro de la esfera nacional (...) sólo de esa forma pueden los ciudadanos del mercado común reclamar los derechos que se les han dado.”<sup>208</sup>

Entonces, en 1971 el Tribunal Constitucional alemán se transformó en uno de los primeros tribunales supremos europeos en cambiar su doctrina legal interna de acuerdo a la supremacía del derecho comunitario sobre la legislación nacional subsecuente, y en declarar el rol de los tribunales nacionales en la supervisión del

---

<sup>205</sup> Sentencia TFCA de 13 de abril de 1968, Firma Molkerei-ZentraleWestfalen/Lippe GMBH contra Hauptzollamt Paderborn, C-28/67.

<sup>206</sup> Sentencia de 29 de octubre de 1968, Lütticke (Alfons) GMBH contra Hauptzollamt Köln-Deutz, C-106/67

<sup>207</sup> ALTER, K. J. Op. Cit. p. 85.

<sup>208</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso Lütticke (Alfons) GMBH contra Hauptzollamt Saarlouis, traducida al inglés en la cita en ALTER K. J. Op. Cit., p.85. Traducción al español propia.

cumplimiento del derecho europeo. Con esta decisión claramente adoptó una posición de respaldo al derecho europeo.

### **c) Tercer Periodo: La búsqueda de los límites al principio de supremacía del derecho comunitario 1971-1985.**

Aunque la supremacía del derecho comunitario había sido fuertemente reconocida en la decisión del TFCA, aún muchas preguntas quedaban sin resolver en cuanto a su operatividad. Una de las principales preocupaciones a este respecto, se centraba en la existencia de límites constitucionales a la supremacía del Derecho de la Comunidad Europea.

Los asuntos que mayor preocupación produjeron, en este sentido, fueron la extensión de la protección de los derechos básicos por parte de la TJCE y el déficit democrático de la CE.

El debate se trató de minimizar por parte de algunos autores que argumentaban que era inconcebible o al menos altamente improbable que el derecho comunitario violara el derecho básico alemán y, además, que limitaciones a la supremacía podrían socavar una interpretación uniforme dentro del orden comunitario.

El TJCE, por su parte, estaba siendo fuertemente criticado por no tomar los derechos fundamentales en serio<sup>209</sup> en casos planteados en los años 50. Cabe señalar que ello se agudizaba en el caso de Alemania, pues su Constitución junto con la Constitución italiana habían dado una protección significativamente superior al resto de los estados miembros.<sup>210</sup> Ante ello en 1969 el juez del TJCE, Pierre Pescatore, escribió un Tratado sobre Derechos Humanos e integración europea, y el TJCE comenzó a proteger un poco más fuertemente los derechos básicos.

---

<sup>209</sup>En este sentido ver: COPPEL, J. y O'NEILL A., *The European Court of Justice: taking Rights Seriously?*, Reino Unido, *Common Market Law Review*, 1992, p. 669

<sup>210</sup> HARTLEY, TC. *The Foundations of European Community Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2007 p.241

Sin embargo, eso no apaciguaba las críticas alemanas que señalaban que era el Tribunal Constitucional alemán el llamado a ser el árbitro final en los asuntos referentes a derechos básicos.<sup>211</sup>

En este contexto, el Tribunal Administrativo de Frankfurt envió una referencia al TJCE en que solicitaba este tribunal que estableciera la forma en que un reglamento europeo violaba los derechos básicos. Con ello, la discusión doctrinaria se transformó en judicial. El caso concernía a un reglamento europeo que exigía depósitos a las empresas que solicitaban una licencia de importación. Si bien, las licencias de importación eran gratuitas, el depósito exigido se hacía efectivo en el caso en que la empresa fallara en la consecución de la importación de bienes. En jurisprudencia pasada, el tribunal administrativo había negado la validez de estos depósitos, pues en su concepto eran contradictorios con la protección de los derechos básicos.

El TJCE en su decisión “*Internationale Handelsgesellschaft*” de 1970, señaló la supremacía del derecho europeo aun por sobre las constituciones de los estados miembros.<sup>212</sup> Aunque en la resolución había advertido que “el respeto a los derechos fundamentales formaba parte integral de los principios generales del derecho protegidos por el Tribunal de Justicia,”<sup>213</sup> después de analizar el caso llegó a la conclusión de que los depósitos no violaban ningún derecho básico.

El tribunal administrativo de Frankfurt se negó a reconocer la decisión del TJCE alegando que era inconstitucional y, por lo tanto, no vinculante. Consiguientemente, decidió referir el caso al Tribunal Constitucional con las mismas preguntas que había dirigido al TJCE consultando, además, si los tribunales nacionales podían revisar el derecho comunitario que el TJCE ya había controlado y cuán lejos podía llegar con respecto a los principios constitucionales. En otras palabras, el tribunal administrativo exhortó al Tribunal Constitucional a fallar que las sentencias del TJCE sólo eran

---

<sup>211</sup> En este sentido, KUMM, M., Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?, [En línea] <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/98/98-10-.html>> [Consultado el 22 de febrero de 2008]

<sup>212</sup> Sentencia TJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale HandelsgesellschaftmbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-11/70.

<sup>213</sup> *Ibidem*. Párrafo 1134, texto original en inglés, traducción propia.



vinculantes cuando interpretaban el derecho comunitario (no el nacional) y que este tribunal no era competente para determinar la compatibilidad del derecho europeo con el derecho nacional.

En el controvertido fallo conocido como *Solange I*<sup>214</sup>, el TFCA afirmó su propia autoridad y estableció que ciertas sentencias del TJCE eran inaplicables en Alemania.

De esta manera señaló:

“Si los reglamentos comunitarios son implementados por una autoridad administrativa de la República Federal alemana o son tratados por un tribunal de la República Federal alemana, entonces ese es un ejercicio del poder del Estado alemán”.<sup>215</sup>

El TFCA reconoció que el TJCE era el único tribunal con la autoridad para pronunciarse sobre la validez del derecho europeo, pero se dio a sí mismo la autoridad para declarar al derecho de la CE inaplicable en Alemania.

Autores franceses como Jean Darras y Olivier Pirotte señalaron que el TFCA no tenía jurisdicción para examinar reglas de derecho comunitario utilizando como criterio la Constitución.<sup>216</sup>

*Solange I* fue diseñado para dejarle claro al TJCE que el TFCA no permitiría que ningún órgano subyugara su autoridad.

Así se ilustra en el fallo:

“Sólo el Tribunal Constitucional alemán tiene competencia, dentro de la estructura de poderes establecidos por la Constitución, para proteger los derechos fundamentales garantizados en ella. Ninguna otra corte puede privarle del deber impuesto por el derecho Constitucional.”<sup>217</sup>

Pero, la parte más criticada del fallo fue aquella por la que lleva su nombre. Así, en ella el Tribunal Constitucional Alemán señaló: “Siempre y cuando (*Solange*) el proceso de integración no haya progresado tan lejos que el derecho comunitario haya

---

<sup>214</sup> Sentencia TFCA de 29 de mayo de 1976, Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-52/71.

<sup>215</sup> *Ibidem*, texto original en inglés traducción propia.

<sup>216</sup> DARRAS, J. y PIROTTE O., *Annuaire français de Droit International*, Francia, Centre National de Recherche Scientifique, 1976, p.420

<sup>217</sup> Sentencia TFCA de 29 de mayo de 1976, Op. Cit. p. 564.

recibido su propio catálogo de derechos fundamentales decidido por un parlamento válidamente establecido, que sea adecuado en comparación con el catálogo de derechos fundamentales contenido en la Constitución,”<sup>218</sup>el TFCA tendrá facultades para tasar el ámbito de protección de los derechos básicos tendiendo como guía la Carta fundamental Alemana.

Los críticos a esta sentencia utilizaron la afirmación “siempre y cuando” para ilustrar el error del TFCA, pues la protección de los derechos fundamentales no era uno de los objetivos del TJCE. Ellos argumentaron que no era necesario tener un catálogo de derechos que se pareciera al catálogo alemán para proteger lo derechos básicos, y que incluso teniendo dicho catálogo establecido por un parlamento democráticamente elegido, aquello no garantizaría una mayor protección a los derechos básicos.<sup>219</sup> Por su parte el Parlamento europeo condenó la sentencia. La Comisión también atacó la decisión en una conferencia de prensa y amenazó con iniciar un procedimiento infraccional bajo el artículo 169 del TUE en contra del gobierno alemán.

El gobierno alemán, entonces, prometió trabajar para asegurarse de que el TFCA no declarara inválido el derecho comunitario a cambio de que la Comisión abandonara su intención de llevar a cabo el procedimiento del artículo 169.

En definitiva, todos los poderes del Estado trabajaron para evitar que el TFCA fuese a declarar inaplicable alguna norma de derecho comunitario. Paralelamente a lo anterior, el TJCE comenzó a darle más importancia a los temas que le tocaba conocer sobre derechos básicos.

Pese al gran revuelo entre los académicos que causó este fallo, los casos constitucionales no fueron tan numerosos como era esperable. Ello no implicó una derrota para el TFCA el que, si bien, no tuvo la posibilidad de declarar inaplicable ninguna norma de la CE, se reestableció como órgano con competencia y autoridad para participar en el proceso de integración jurídica que implicaba la Comunidad

---

<sup>218</sup> *Ibidem*, p.551.

<sup>219</sup> ALTER, K., J. Op. Cit. p.92

Europea, de manera tal que recuperó la influencia de la que el mismo se había despojado en el fallo del año 1971.<sup>220</sup>

En 1977 el Tribunal Administrativo de Frankfurt volvió a hacer una referencia al TFCA planteando dudas respecto a la validez de una decisión del TJCE. El TFCA refutó la admisibilidad del caso por razones de forma, pero usó la oportunidad para revisar el pasaje más controvertido de *Solange I*.

Así, sugirió que “en vista de los desarrollos políticos y legales en la esfera europea suscitados en el tiempo actual”<sup>221</sup> la sentencia *Solange I* no puede ser aplicada a las directivas y regulaciones.

Esta posición menos dura por parte del TFCA fue mejor expresada en el caso *Eurocontrol*.<sup>222</sup> El caso en comento no trató sobre ningún aspecto del derecho europeo, pero por su tenor implicaba que las protecciones legales que ofrecía el derecho comunitario podrían ser suficientes para librar al TFCA de sus preocupaciones respecto de la protección de los derechos básicos.

El siguiente caso de relevancia en cuanto a la relación de las cortes alemanas y el derecho de la Comunidad, fue conocido como *Solange II*.<sup>223</sup> En este asunto se cuestionaba una resolución de la Comisión respecto a la saturación del mercado de setas en conserva. El TJCE se alineó con la Comisión, como lo hizo Tribunal Administrativo de Frankfurt y la Corte Federal Administrativa. El demandante apeló estas resoluciones ante el TFCA, pidiendo que se realizara una nueva referencia al TJCE y se declarara que la decisión anterior del TJCE era inconstitucional, porque decisiones incorrectas o poco claras no podían ser vinculantes.

En *Solange II*, el TFCA calificó su demanda de un catálogo de derechos establecido por un Parlamento democrático con poderes reales y, al mismo tiempo, envió un mensaje a los demandantes en cuanto a que se abstuvieran de usar el

---

<sup>220</sup> ALTER, K., J. Op. Cit. p.93

<sup>221</sup> Sentencia TFCA de 25 de julio de 1979, Steinike und Weiling contra Bundesanmt für Ernährung und Forstwirtschaft “Vielleicht”, C-6/77

<sup>222</sup> Sentencia TFCA de 23 de julio de 1981, Internationale Zuständigkeit der belgischen Gerichte für Gebührenforderungen von Eurocontrol, C-195/79.

<sup>223</sup> Sentencia TFCA de 22 de octubre de 1986, Wünsche Handelsgesellschaft, C-197/83

sistema constitucional alemán para cuestionar el derecho europeo y las interpretaciones del TJCE.

De esta forma el Tribunal Constitucional declaró:

“En vista de [los desarrollos democráticos y de los derechos básicos en la Comunidad Europea] debe instituirse que siempre y cuando las comunidades europeas aseguren la efectiva protección de los derechos fundamentales (...) El Tribunal Constitucional Federal no ejercerá su jurisdicción para decidir la aplicabilidad de la legislación secundaria comunitaria (...) y no revisará esa legislación usando el estándar de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, referencias al tribunal bajo el artículo 100 con este propósito son, por tanto, inadmisibles”<sup>224</sup>

La sentencia en comento se entendió como el final de la discusión sobre los derechos básicos entre el TJCE y el TFCA. Muchos interpretaron *Solange II* como una victoria para el TJCE, porque el TFCA reconoció los esfuerzos del TJCE para proteger los derechos básicos y señaló que no revisaría en adelante, la compatibilidad entre el derecho europeo y la Constitución europea. En definitiva, lo que señaló el máximo tribunal alemán en la sentencia *Solange II*, que luego reafirmaría en la sentencia *Maastricht* es que éste no ejercería su jurisdicción concerniente a los derechos básicos “siempre y cuando” la protección de los derechos existentes a nivel comunitario fueran esencialmente equivalentes a aquellas protecciones presentes en la Constitución alemana<sup>225</sup>. No obstante, se ha señalado lo contrario, toda vez que gracias a la dinámica *Solange I-Solange II* el TFCA logró, como se señaló más arriba, recuperar las competencias de las que tempranamente se había despojado<sup>226</sup>.

Además, gracias a esas sentencias se hizo partícipe de la dinámica de integración del Derecho Comunitario, puesto que influyó de forma activa en un tema tan importante como los derechos básicos a tal punto que obligó al TJCE a cambiar su

---

<sup>224</sup> *Ibidem*, p.265.

<sup>225</sup> KUMM, M., Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?, [En línea] <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/98/98-10-.html>> [Consultado el 22 de febrero de 2008]

<sup>226</sup> ALTER, K., J. Op. Cit. p.96

postura respecto de los mismos teniendo que, por consiguiente, tomarse los derechos en serio. Igual reacción se produjo respecto del Parlamento Europeo.<sup>227</sup>

#### **d) Cuarto periodo: los tribunales inferiores rechazan la autoridad del TJCE 1981-1987.**

Después de las decisiones *Solange* algunos tribunales alemanes comenzaron a cuestionar abiertamente aspectos sobre la jurisprudencia del TJCE. Para acabar con la gran cantidad de casos de características similares que se estaban produciendo, el TFCA decidió crear una sanción constitucional para los tribunales que decidieran desobedecer las sentencias del Tribunal de la Comunidad. El fallo del caso *Kloppenburg*<sup>228</sup> convirtió al sistema alemán en el único que constitucionalmente obliga a los tribunales nacionales a respetar al TJCE.

La disputa que dio lugar a este caso tenía como centro la declaración del TJCE de 1974 en la Sentencia *Van Duyn*<sup>229</sup> en la que declaró que las directivas pueden, en ciertas y limitadas circunstancias, crear efectos directos. Como ya hemos explicado precedentemente en la descripción del principio de efecto directo, las directivas tienen en su regulación un carácter menos vinculante respecto de los estados miembros que otros instrumentos comunitarios, toda vez que dan discreción a las autoridades nacionales en cuanto a la consecución de los objetivos de la directiva. Los críticos de la jurisprudencia *Van Duyn* argumentaron que esta sentencia transformaba las directivas en reglamentos, invadiendo la autoridad que los estados miembros tenían para decidir como alcanzar los objetivos de la directiva.

Por otra parte, la jurisprudencia del efecto directo de las directivas afectó la autoridad de los tribunales nacionales, pues si las directivas ganaban su fuerza legal de la implementación que de ellas realizaban los parlamentos nacionales, entonces constituían derecho nacional y pertenecían al dominio interpretativo de los tribunales

---

<sup>227</sup> A la luz de la decisión del Tribunal Constitucional alemán el Parlamento Europeo dictó una resolución que reafirmaba la supremacía del Derecho Comunitario y la protección de los derechos básicos. (OJ N°C159/13)

<sup>228</sup> Sentencia TFCA de 8 de abril de 1987, asunto *Kloppenburg*, C-687/85

<sup>229</sup> Ver nota al pie 70.

nacionales.<sup>230</sup> Si, por el contrario, las directivas creaban efectos directos, entonces formaban parte del dominio interpretativo del TJCE, negando la participación del juez nacional.

Esa fue específicamente la preocupación del Tribunal Federal Tributario que temía perder su independencia y autoridad en lo que se refería al impuesto del valor agregado (IVA). Por ello, en 1981 este tribunal instituyó que las directivas no podían cuestionar las políticas nacionales y declaró que la jurisprudencia *Van Duyn* no era vinculante ni para los estados miembros ni para los tribunales nacionales.<sup>231</sup>

Luego de esa sentencia, los tribunales tributarios inferiores tuvieron elección. Podían seguir la jurisprudencia del Tribunal Federal Tributario o seguir la jurisprudencia del TJCE. La mayoría de los tribunales inferiores siguieron la jurisprudencia *Van Duyn*, lo que se debía en parte a que el Tribunal Federal Administrativo no concordaba con la jurisprudencia del Tribunal Federal Tributario. El Tribunal Federal Administrativo decidió entonces promover una cuestión prejudicial comunitaria que envolvía justamente el efecto directo de las directivas.

Mientras esta referencia estaba pendiente el Tribunal Federal Tributario tuvo, en 1985, otra oportunidad para revisar una demanda en que el punto central era una directiva comunitaria. En este caso, este tribunal federal estaba revisando una sentencia de un tribunal inferior en la que aplicaba el fallo de una cuestión prejudicial comunitaria planteada ante el TJCE. En el caso llamado *Klopplenburg*, la demandante alegó que con anticipación al tiempo en que se implementó la directiva comunitaria, ella no había traspasado el impuesto del valor agregado a sus consumidores y que, por lo tanto, no era responsable del pago de dicho impuesto. El gobierno, por su parte, alegó que la demandante no había seguido la directiva y que había, de hecho, recolectado el impuesto que el gobierno ahora solicitaba. El Tribunal Federal Tributario tomó la oportunidad para fortalecer su primera jurisprudencia, negando el efecto directo de las directivas. Ésta fue la primera sentencia en que un tribunal refutaba de forma explícita el efecto directo en el mismo caso que revisaba. Mientras conocía del

---

<sup>230</sup> ALTER, K., J Op. Cit. p.99

<sup>231</sup> Sentencia Corte Federal Tributaria de 16 de julio de 1981, Value Added Tax Directives, C-51/80.

caso decidió no promover una cuestión prejudicial comunitaria, evitando de esta forma que el TJCE contradijera su decisión. El Tribunal Federal tributario alegó que no existía un estatuto alemán que le diera a las directivas efecto directo, por lo que los particulares no podían plantear quejas en contra de un Estado si éste no había cumplido sus obligaciones bajo la directiva.<sup>232</sup> Luego, la sentencia del TJCE no era vinculante, toda vez que las cuestiones prejudiciales sólo pueden interpretar derecho comunitario, no teniendo jurisdicción para crear reglas que tuvieran vigencia dentro de las esferas nacionales. En su opinión, eran los tribunales internos los únicos llamados a decidir, en el contexto de la interpretación del acto de ratificación del Tratado de Roma, si los instrumentos legales comunitarios tenían efectos dentro de la jurisdicción nacional.

De esta forma, enfocándose en el texto del acto de ratificación de Alemania, el Tribunal Federal Tributario condujo la interpretación del artículo 189 TUE, revisando la forma en que ese artículo había sido discutido en el Parlamento alemán. En vista de esos antecedentes concluyó que las directivas no creaban efectos directos, señalando que el hecho de que el Estado alemán hubiese permitido utilizar directivas en el área del impuesto de equalización no significaba que éste hubiera transferido sus competencias legislativas a las instituciones europeas.

En definitiva, esta corte estaba reclamando para sí el denominado *Kompetenz-Kompetenz*, es decir, el poder para determinar los límites de la jurisdicción comunitaria. Esta posición era bastante audaz, pues potencialmente podía tener efectos de gran importancia. Así, si los tribunales nacionales podían interpretar los tratados de la CE por sí mismos basados en los actos de ratificación, y las directivas no creaban efectos directos, el TJCE sólo tendría jurisdicción de autoridad suprema sobre los reglamentos.<sup>233</sup> Una posición como esa, tenía grandes consecuencias en materia tributaria porque toda la legislación relacionada con impuestos debía ser adoptada en forma de directiva.

En vista de lo anterior, la Comisión europea consideró que el Tribunal Tributaria al revocar un fallo de una corte inferior basada únicamente en una decisión de la TJCE, había cruzado la línea, por lo que contempló iniciar un procedimiento de

---

<sup>232</sup> Sentencia Corte Federal Tributaria de 15 de abril de 1985, Frau Kloppenburg contra Finanzamt Leer, C-123/84.

<sup>233</sup> ALTER, K., J Op. Cit. p.102

infracción en contra del Estado alemán. No obstante, decidió esperar a que el Tribunal Constitucional se pronunciara al respecto al conocer la apelación de la causa.

Estando pendiente la apelación frente al TFCA, la Tribunal Federal Administrativo dictó sentencia respecto del caso que había referido en 1984. Ésta, no compartió la jurisprudencia del Tribunal Tributaria y argumentó que aplicar legislación teniendo al frente una obligación legal a nivel europeo violaba el principio de buena fe.<sup>234</sup>

La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán<sup>235</sup> fue más acorde a lo anterior y, por lo tanto, contraria a la decisión del Tribunal Federal Tributario. De esta forma, declaró que el TJCE era el tribunal que tenía el poder final para decidir sobre el derecho comunitario secundario. En este sentido, lo máximo que podría hacer un tribunal que estuviera en desacuerdo con la jurisprudencia del TJCE era enviar una segunda referencia. El Tribunal Federal Tributario al negarse a seguir la decisión del TJCE y negarse a realizar una segunda referencia había actuado de forma arbitraria y había negado el derecho constitucional del demandante a tener un juez legal. Luego, instituyó que como el Tribunal Federal Tributario había violado la Constitución, llevando a cabo una actuación arbitraria, debía recibir la máxima sanción que el TFCA podía aplicar.

La decisión del TFCA ayudó directamente a establecer la supremacía del derecho comunitario, puesto que como la sentencia del Tribunal Tributario era la única que hasta el momento se había atrevido a desafiar de forma tan directa y abierta la jurisprudencia del TJCE negándose a seguir sus fallos, una decisión menos severa podía incentivar a otros tribunales, tanto alemanes como de los demás países miembros, a no seguir los precedentes del TJCE.

Por otra parte, a través del fallo se reservó para sí la autoridad exclusiva para limitar el derecho comunitario utilizando normas de la Carta Fundamental<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Sentencia Corte Federal Administrativa de 5 de junio de 1986, Denkvit Futtermittel GMBH gegen Land Nordrhein-Westfalen, C-3C 12.82

<sup>235</sup> Sentencia TFCA de 8 de abril de 1987, asunto Kloppenburg, C-687/85

<sup>236</sup> ALTER, K., J Op. Cit. p.102



En desarrollo de estos argumentos el TFCA señaló:

“La Comunidad no es un Estado soberano, dentro del contexto del Derecho internacional, que pueda tener autoridad para resolver conflictos concernientes a responsabilidades sobre asuntos internos. Ni la soberanía territorial ni la jurisdicción personal de los estados miembros ha sido transferida a la Comunidad; sus poderes externos cubren limitadas áreas que, aunque puedan no ser restringidas por el principio de la autorización especial, se les restringe en virtud de los objetivos del Tratado, *los estados miembros son ahora, y siempre han sido los señores de los Tratados de la Comunidad.*”<sup>237</sup> (énfasis agregado)

Así, aunque el fallo en particular es favorable al TJCE, el TFCA sigue afirmando que el derecho comunitario no es más que derecho internacional, por lo que habría límites con respecto de la acción de la TJCE evitando que expanda su jurisdicción a través de interpretación.

**e) Quinto periodo: Los tribunales alemanes crean un rol de control de la expansión del Derecho de la CE.**

En la sentencia *Kloppenburg* sobre el efecto directo de las directivas, el TFCA negó la autorización al Tribunal Federal Tributario para usar los textos de ratificación de los Tratado de la Comunidad para determinar los límites y alcances del Derecho comunitario. En la sentencia *Maastricht*, dictada 5 años después, el TFCA reclamó ese poder para sí.

La sentencia se produjo en virtud de un recurso de amparo constitucional en contra de la ley que ratificaba el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea. Los recurrentes eran miembros de la facción verde del Parlamento europeo y contrataron a profesores de derecho para realizar su redacción. El TFCA declaró inadmisibles todos los argumentos, con excepción del cargo relativo a que el Tratado de la Unión Europea reducía la autonomía legislativa del Parlamento alemán, lo que violaba el derecho constitucional del recurrente a votar por representantes que gobernarán la política.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> *Ibidem*, p.18, la cursiva agregada.

<sup>238</sup> Sentencia TFCA de 12 de octubre de 1993, Brunner y otros contra el Tratado de la Unión Europea, C-2159/92

Ante ello el presidente de Alemania se negó a firmar la ratificación del Tratado de Maastricht hasta que el TFCA fallara el asunto. De esta forma, la ratificación del tratado se hizo dependiente del fallo del Tribunal Constitucional alemán.

Este fallo fue un mensaje del TFCA al TJCE en que le señalaba que si el Tribunal europeo no restringía las expansiones de los cuerpos políticos que iban más allá de los Tratados, entonces el TFCA lo haría. De esta forma señaló que, aunque se había soportado por largo tiempo una extensión dinámica de los tratados existentes a través de la interpretación, en el futuro -específicamente respecto del Tratado de la Unión Europea- dicha interpretación podría no tener efectos si lo que producía era una ilegítima extensión de ese tratado.

En definitiva, lo que el TFCA señala es que cualquier interpretación en ese sentido no produciría ningún efecto vinculante en Alemania. En el acto de adhesión Alemania había definido los límites en los que ha sido aceptado el Tratado por el Parlamento alemán, cualquier acción o decisión a nivel europeo que excediera esa transferencia de soberanía sería considerada ultra vires e inaplicable en Alemania.

De algún modo, el TFCA revierte la jurisprudencia establecida en *Solange II* respecto a que no ejercería su derecho a revisar si el derecho comunitario violaba los derechos básicos en Alemania en la medida que el TJCE protegiera suficientemente esos derechos. En su sentencia Maastricht el TFCA señala que cualquier contradicción entre el derecho internacional y el derecho constitucional alemán sería objeto de revisión por los tribunales alemanes.<sup>239</sup>

Si el derecho comunitario infringía derechos básicos afirmó:

“Entonces el TJCE o el Tribunal constitucional alemán ofrecerán la protección adecuada de esos derechos. Aquí, también, el Tribunal Federal Constitucional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas están en una relación de cooperación para la garantía de las protecciones constitucionales, bajo las que se complementan una a la otra”<sup>240</sup>

---

<sup>239</sup> ALTER, K., J Op. Cit. p.106

<sup>240</sup> Sentencia TFCA de 12 de octubre de 1993, Brunner y otros contra el Tratado de la Unión Europea, C-2159/92, p. 80.

Además, envió un mensaje al ejecutivo alemán. Durante la ratificación del tratado que creó la Unión Europea, fue necesario modificar el artículo 23 de la Constitución alemana. Para ello, fue necesario dos tercios del Parlamento lo que aseguraba por lo menos el consenso de una gran parte de los políticos del país. No obstante, este artículo no convencía al TFCA de que la democracia estuviera protegida. Para evitar que el Parlamento entregara demasiada soberanía, el TFCA creó un límite constitucional basado en la inviolabilidad de la democracia alemana. Los alemanes, argumentó, tienen un derecho constitucional a participar en su gobierno, y entonces, la Constitución establece que la autoridad política nacional puede ser transferida sólo cuando exista una verdadera democracia a nivel europeo. Para que estuviésemos frente a un nivel de democracia aceptable es necesario que existiese un “continuo debate libre entre fuerzas sociales, intereses e ideas opuestas.”<sup>241</sup> En tanto que esas condiciones fácticas no sean satisfechas, la legitimación democrática sólo puede ser mantenida dándole a los parlamentos un rol sustancial en el proceso de integración.

En opinión de Hartley este es quizás el fallo más importante en Alemania respecto a este tema, pues en él se establece que son los máximos tribunales, en este caso el TFCA, los árbitros últimos de los conflictos entre la Comunidad y los estados miembros.<sup>242</sup>

Por último, el TFCA estableció qué rol debería jugar cada institución política para asegurar que la integración europea se mantuviera dentro del ámbito de la constitucional y limitada, instituyendo enseguida que la falta en el cumplimiento de estas tareas redundaría en litigios de los que conocería el propio TFCA. Con ello, invitó a los litigantes particulares para que utilizaran el sistema legal para influenciar la política europea.

Los casos *Banana* y de la *Directiva de Radiodifusión*, son respuestas a esta invitación. Ellos muestran como el sistema judicial alemán es parte del juego político de la Unión Europea.

---

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 87

<sup>242</sup> HARTLEY, TC., *Op. Cit.*, p. 245.

En el caso de la *Directiva de Radiodifusión (Broadcasting Directive)* de 1995, el gobierno de Bavaria cuestionó la aplicabilidad de una directiva en Alemania argumentando que invadía la autoridad legislativa de ese Estado alemán.

Antes de que el TJCE respondiera la cuestión prejudicial comunitaria promovida, el TFCA declaró que la extensión de las obligaciones alemanas bajo la directiva no estaban suficientemente claras para indicar si la directiva constituía una violación a la separación de poderes.<sup>243</sup> Aunque la decisión dejó a la directiva intacta, esencialmente le privó de efectos vinculantes en territorio germano. Por último, la sentencia estableció derechos consultivos a los “Länder” que podrían ser utilizados en creación de legislación futura. Estos derechos incluían el de demandar al gobierno alemán cuestionando leyes europeas frente al TJCE.

El conflicto *Banana* se produjo por el reglamento europeo 404/93 de 1993 que fue diseñado para asistir a los ineficientes productores de plátanos de las antiguas colonias europeas denominadas naciones ACP (africanas-caribeñas-pacíficas) en el marco del acuerdo para el desarrollo firmado en las convenciones de Lomé.<sup>244</sup> Esta regulación reemplazó el anterior sistema no armonizado bajo el cual existía un protocolo especial que autorizaba a Alemania a importar plátanos de forma barata y libre de impuestos desde América Latina. El nuevo reglamento afectó especialmente a los importadores alemanes, pues ellos tenían pocos contactos con los exportadores de los países ACP y los plátanos que importaban desde países latinoamericanos estaban sujetos ahora a importantes tarifas.

El objetivo principal de este reglamento era poner fin a las disparidades de regímenes de importación de plátanos entre los estados miembros en aras de asegurar un mercado interior en la materia.

El gobierno alemán se había opuesto a la regulación desde el principio. Tomando el rol que el TFCA había establecido para él, interpuso inmediatamente un recurso de anulación respecto a la regulación ante el TJCE. En el primer *Alemania contra el Consejo*, el gobierno alemán alegó que la regulación violaba los derechos fundamentales de los importadores, específicamente la prohibición contra la

---

<sup>243</sup> Sentencia TFCA de 22 de marzo de 1995, *Bayerische Staatsregierung contra Bundesregierung*, C-1/89.

<sup>244</sup> Convenciones de Lomé: OJ 1976, L25/1; OJ 1980, L347/1; OJ 1986, L86/1; OJ 1991, L229/1

discriminación, el derecho individual a la propiedad y el principio de proporcionalidad; que la regulación era *ultra vires* puesto que excedía la autoridad de la Comunidad Europea bajo la política común de Agricultura; y que violaba el acuerdo general sobre tarifas en intercambios (GATT). El TJCE apoyó la directiva señalando que no era *ultra vires* ni violaba derechos básicos argumentando que el reglamento perseguía objetivos de interés general que no constituyen una interferencia “desproporcionada e intolerable que pueda lesionar el contenido sustantivo de los derechos protegidos”.<sup>245</sup> Los importadores –señaló el tribunal- no pueden alegar un derecho de propiedad en un mercado compartido y abierto. Por otra parte, el TJCE se negó a revisar la compatibilidad del reglamento con el GATT, privando de cualquier efecto legal a ese cuerpo legal.

La sentencia del TJCE fue ampliamente criticada pues se tomó por muchos como una muestra de que el TJCE no se tomaba los derechos en serio.<sup>246</sup>

Los importadores de plátanos iniciaron un procedimiento frente al TJCE directamente, con el fin de que se invalidara el reglamento y se les otorgara una reparación individual. Sus apelaciones fueron desestimadas porque los litigantes no pudieron demostrar que la regulación les afectaba de forma distinta que los importadores en igual situación.<sup>247</sup> Los importadores continuaron iniciando procedimientos ante los tribunales alemanes con los mismos argumentos que el gobierno alemán había alegado y solicitando una medida cautelar mientras el proceso se desarrollaba.

La aplicación del reglamento 404/93 supuso la asignación a las empresas importadoras de plátanos de determinadas cuotas para la importación desde terceros países. Esta circunstancia determinó que dos empresas plantearan sendas demandas ante los tribunales alemanes. La primera de estas empresas fue Atlanta que reaccionaba a las medidas decretadas por la Oficina Federal de Alimentación y Silvicultura (OFAS) y, particularmente, a la fijación de cuotas provisionales de

---

<sup>245</sup> Auto del TJCE de 29 de junio de 1993, República Federal de Alemania contra Consejo de las Comunidades Europeas, C-280/93.

<sup>246</sup> WEILER, J. & LOCKHART, N. Taking Rights Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence, *Common Market Law Review*, 32, 1995, p.

<sup>247</sup> Ver por ejemplo, Auto de 6 de julio de 1993, Leo van Parijs contra el Consejo, C-257/93, Auto de 21 de junio de 1993, Chiquita Banana Company contra el Consejo, C-276/93,

importación inferiores a las previamente existentes. Atlanta interpuso una demanda ante el tribunal administrativo de primera instancia de Frankfurt solicitando el aumento de su cuota de importación y planteando la invalidez del reglamento con los argumentos del gobierno alemán. Este tribunal formuló dos cuestiones prejudiciales ante el TJCE, una relativa a la validez del reglamento y otra referente a la posibilidad de decretar medidas cautelares. A estos efectos, exponía que, si bien el decretar medidas cautelares podía poner en tela de juicio la efectividad de la medida comunitaria, el no hacerlo supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 19 de la Carta Fundamental alemana.

Mientras estaba pendiente la sentencia del TJCE, el Tribunal Administrativo de primera instancia alemán decretó medidas cautelares obligando a las autoridades alemanas a suspender el litigio y a otorgar a Atlanta una licencia de exportación adicional que redujera los aranceles aduaneros.

En su sentencia de 9 de noviembre de 1995<sup>248</sup> el TJCE rechazó la posibilidad de que el tribunal inferior administrativo decretara medidas cautelares. Así, exigió que cuando las jurisdicciones nacionales decretaran medidas cautelares debían tener en consideración las implicancias y los efectos que podían ocasionar en la posición de otros tribunales en la aplicación de la norma comunitaria en cuestión.

El segundo asunto suscitado en la República Federal alemana por la aplicación del reglamento 404/93 es el asunto *Port*. En este caso fue la primera vez que el TFCA se pronunció acerca del caso *Banana*. En este fallo, TFCA se ocupaba de un recurso de amparo constitucional en contra de una Corte de Apelaciones alemana que negaba lugar a una medida cautelar con base en la regulación del mercado de los plátanos.<sup>249</sup>

T. Port arguía que la cuota de importación que le había sido asignada era injusta e inválida. Además, señalaba que si se aplicaba la regulación se podía crear un daño irreparable para su negocio en violación de su derecho de propiedad garantizado por la Constitución germana.

---

<sup>248</sup> Sentencia de TJCE 9 de noviembre de 1995, Atlanta Fruchthandels-gesellschaft y otros contra Bundesamt für Ernährung und Fortswirtschaft, C-465 y 466/93.

<sup>249</sup> Sentencia TFCA de 25 de enero de 1995, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-2689/94.

El tribunal administrativo había desestimado la medida cautelar porque ello podría indicar al TJCE que se estaba calificando la cuota como inválida. La Corte de apelaciones, había confirmado dicha sentencia.

Ante ello, el demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Los argumentos que basaban su recurso eran dos: (i) es obligación del Tribunal Federal interpretar el reglamento en su conjunto y, por lo tanto, tomando también en consideración que dicho reglamento impone a la Comisión la obligación de actuar en aquellos casos en que sus disposiciones provoquen alguna lesión individual de singular gravedad y; (ii) que hasta que la Comisión no hubiera actuado y, para evitar el riesgo de daños serios para el demandante, el Tribunal Administrativo debería decretar medidas cautelares que protegieran su posición jurídica.

Dado que el TJCE ya se había pronunciado sobre la validez de la regulación en *Alemania contra el Consejo*, había pocas razones para pensar que la regulación o la asignación de la cuota eran inválidas. No obstante, el TFCA falló la cuestión interpretando la regulación y considerando que la regulación tenía normas que hacían posible un régimen transitorio. El TFCA ordenó a la Corte de Apelaciones que considerara si el hecho de que el litigante se enfrentara a la posibilidad de la bancarrota constituía un daño irreparable de su derecho de propiedad, implicando que las medidas cautelares estaban garantizadas.

Este fallo fue criticado porque no mostraba deferencia con la autoridad del TJCE y no especificaba ningún límite en cuanto a cuándo el TFCA podía interpretar el derecho europeo. Al insistirles a los tribunales nacionales su deber de protección de los derechos básicos de los individuos, el TFCA involucró también que esta obligación tomaba precedencia sobre el cumplimiento de las decisiones del TJCE.<sup>250</sup>

La Corte de Apelaciones dio lugar a la medida cautelar, pero estipuló que el incremento de la cuota asignada se imputaría a las cuotas futuras.<sup>251</sup> Además promovió una cuestión prejudicial al TJCE preguntando si el reglamento de las bananas permitía “*interin relief*”(o sea, regímenes transitorios) y en qué condiciones un tribunal podía concederlo.

---

<sup>250</sup> ALTER, K. J., Op. Cit. p.112

<sup>251</sup> Sentencia Corte de apelaciones Administrativa de 9 de febrero de 1995, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, EuZW222.

Mientras el caso estaba pendiente, T.Port importó más bananas desde Ecuador sin licencia de importación y pidió a la autoridad germana que levantara su cuota en importaciones libres de tarifa. Esta vez cuestionó la validez del reglamento de las bananas basado en que violaba el GATT. El Tribunal de Hamburgo refutó esta demanda y T.Port nuevamente apeló ante el TFCA.

En esta segunda sentencia,<sup>252</sup> el Tribunal Constitucional se abstuvo de intervenir porque T.Port no había agotado los recursos tanto bajo el derecho alemán, como en el derecho europeo. En definitiva, se estatuyó que el tribunal de jurisdicción apropiada no había aún fallado sobre el asunto. En vista de ello el tribunal de Hamburgo ordenó a los agentes de aduana que autorizaran el transporte de plátanos sin licencia en la menor tasa de impuesto.<sup>253</sup> Subsecuentemente, promovió una cuestión prejudicial al TJCE, para que reconsiderara su interpretación.

Éste caso y otros tres similares fueron revocados sobre la base de que el tribunal de jurisdicción apropiada aun no se pronunciaba sobre el asunto.<sup>254</sup>

En sentencia de 10 de marzo de 1998, el TJCE resolvió sobre la materia, señalando que el artículo 30 era una base jurídica correcta para inferir un deber de la Comisión de actuar en los casos en que las empresas importadoras se hallaban en circunstancias especiales o excepcionales por causas no imputables a ellos, es decir, por empresas que hayan actuado con diligencia.<sup>255</sup> Tal era el caso de Port.

Por otra parte, el tribunal consideró la cuestión relativa a la capacidad de las jurisdicciones nacionales para adoptar medidas cautelares. A diferencia del asunto Atlanta, en el que el TJCE reconoció la potestad de los tribunales internos para otorgar medidas cautelares, siempre que plantearan previamente una cuestión de validez para asegurar la coherencia en el sistema de protección jurídica, en este caso el tribunal concluye que los tribunales nacionales no tienen jurisdicción para ordenar medidas

---

<sup>252</sup> Sentencia TFCA de 26 de abril de 1995, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas (Banana II), 760/95.

<sup>253</sup> Sentencia Corte de Apelaciones administrativa de 19 de mayo de 1995, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, EuZW 413.

<sup>254</sup> Sentencias TFCA de 22 de agosto de 1995, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-364/95, C-365/95.

<sup>255</sup> Sentencia TJCE de 10 de marzo de 1998, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-363/95 y 365/95.



cautelares en tanto el TJCE no se haya pronunciado sobre la diligencia de la actuación de la institución de la que se trate.

En cualquier caso es importante destacar que en el asunto *Port*, el Tribunal de Justicia reconoció un límite importante al ejercicio de las potestades discrecionales de la Comisión cuando como consecuencia de su acción pudieran resultar dañados derechos fundamentales.<sup>256</sup>

Mientras estos casos se desarrollaban, el panel de resolución de controversias GATT/OMC condenó dos veces el régimen del mercado de plátanos y el gobierno de Estados Unidos inició 301 audiencias en contra de este régimen. En respuesta a las sentencias de la OMC, la Unión Europea revisó el régimen del mercado de las bananas. Incluso firmó un acuerdo con un número de exportadores de plátanos de Latinoamérica sacando a este grupo de las disputas con respecto al reglamento sobre el mercado de los plátanos. En todo caso, en la CE aún se mantiene la preferencia por los plátanos que provengan de los países ACP, por lo que el acuerdo no satisfizo a los ganadores en las sentencias de la OMC. Ecuador, uno de los países envueltos en el caso *Banana II*, no fue parte del acuerdo. El TJCE usó el hecho de que Ecuador había formado parte de la OMC en 1994 (antes de que el reglamento europeo entrara en vigencia) para soslayar el conflicto entre el reglamento del mercado de los plátanos y la membresía de Alemania al GATT. El asunto de si los individuos tienen derecho para usar el acuerdo GATT para cuestionar las normas comunitarias ante los tribunales nacionales se mantiene abierta.<sup>257</sup>

El último caso relevante en la relación entre el derecho europeo y el derecho alemán es caso *Darkazanli*<sup>258</sup> en este, el Tribunal Constitucional Federal alemán declaró nula la Ley alemana de 21 de julio de 2004 de transposición de la Decisión Marco del 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de extradición entre los estados miembros. La declaración de nulidad tuvo como base la violación de un conjunto de normas constitucionales.

---

<sup>256</sup> GÓMEZ SÁNS J. y RIPOL CARULLA S., Op. Cit., p.44

<sup>257</sup> ALTER, K. J., Op. Cit. p.115

<sup>258</sup> Sentencia de TFCA de 18 de julio de 2005, Neue Juristische Wochenschrift, 32/2005

El caso se originó por la dictación de una orden de detención europea cursada en España en contra de dos sujetos, uno con nacionalidad siria y otro con nacionalidad alemana, a los que se acusaba de integración de banda armada o grupo terrorista. Por su parte, las autoridades alemanas habían abierto un sumario por sospecha de participación en organización terrorista y blanqueo de dinero.

Los tribunales penales de primera y segunda instancia alemanes aceptaron como lícita la orden de detención, ante lo cual el interesado interpuso un recurso de amparo ante el TFCA. El mismo día de la interposición, ese tribunal anuló la orden provisoria de entrega a España del interesado. El TFCA luego declaró inválida la orden de detención en sí por considerarla inconstitucional. Los argumentos esgrimidos por el máximo tribunal alemán para afirmar la inconstitucionalidad de la ley y, por tanto de la orden, giraron principalmente sobre dos principios: proporcionalidad y subsidiaridad.<sup>259</sup>

En primer lugar consideró el artículo 16.2 de la Constitución alemana, el que exige ciertos requisitos que no habrían sido observados al transponer la decisión marco.<sup>260</sup> Sin embargo, esta norma había sido reformada el año 2000 permitiendo la extradición de ciudadanos alemanes a estados miembros de la Comunidad siempre que se respetaran los principios del Estado de Derecho. Es en esa última parte que se basa el TFCA para señalar que no se ha respetado el principio de proporcionalidad. Argumentó, de esta forma, que la colaboración llevada a cabo en la UE en el marco del tercer pilar y el consiguiente reconocimiento mutuo, está condicionado bajo el principio de subsidiariedad en virtud del cual se debe garantizar un nivel de protección de los principios del Estado de Derecho como el que propicia la Constitución alemana. Por último, señaló que se había vulnerado el artículo 19.4 de la Constitución, puesto que la decisión ministerial de extradición no era impugnabile.

En definitiva, lo que se quiso dejar claro a través del fallo fue que no se aceptaría por parte del Tribunal Constitucional alemán ninguna decisión que se tomara

---

<sup>259</sup> DEMETRIO CRESPO, E., El caso Darkazanli, Acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la Orden de Detención Europea, En línea] <[http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/eduardo%20demetrio%20eaw.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/eduardo%20demetrio%20eaw.pdf)> [Consultado el 3 de mayo de 2008].

<sup>260</sup> Este se refiere al derecho fundamental de todo alemán de no ser extraditado al extranjero.

dentro de la estructura del derecho comunitario que no se hubiera pronunciado de la forma correcta según los requerimientos establecidos en la Constitución alemana, con lo que se volvió a afirmar que la supremacía del derecho comunitario no alcanza a los textos constitucionales.<sup>261</sup>

Todos estos fallos implican un gran desarrollo en lo que se refiere al rol que juegan los tribunales alemanes en la integración europea. Mientras ninguna de las decisiones invalidó el derecho Europeo o el derecho de Alemania a pertenecer a la Comunidad, los fallos Maastricht, Radiodifusión y Banana representan una expansión significativa de los poderes que el TFCA había declarado en Solange I y II y una extensión de las herramientas legales dentro de la esfera nacional que pueden ser usadas para cuestionar la validez del Derecho Europeo.

Otra consecuencia relevante a este respecto, es que el TFCA demostró nuevamente que el tratamiento de *shock* crea influencia. La decisión de Maastricht inspiró a otras cortes nacionales para afirmar sus propios poderes en la revisión constitucional. Bajo esta influencia, el presidente de la Corte Suprema danesa señaló su intención de jugar un rol más activo y bajo ese halo, nace la sentencia *Maastricht* en ese país<sup>262</sup>

Así, la interacción entre los tribunales alemanes y el TJCE ha forzado a todos los tribunales a involucrarse para clarificar, limitar y mejor justificar el razonamiento legal que fundamenta su jurisprudencia. El TFCA limitó su rol a la protección de los derechos básicos en el Derecho Comunitario. Y el TJCE forzó a las instituciones europeas a proteger los derechos básicos de los ciudadanos comunitarios.

Paradójicamente a lo que se pensaría, el país que más ha apoyado al Derecho comunitario ha resultado ser el que a través de su acción, más profundamente lo ha cuestionado y, también, el que ha logrado mayor influencia en el proceso de integración a través del derecho que se ha llevado a cabo en la Comunidad Europea.

---

<sup>261</sup> ALTER, K. J., Op. Cit. p.117

<sup>262</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Dinamarca de 6 de abril de 1998, Hanne Norup Carlsen and others contra Primer Ministro Paulo Nyrop Rasmussen, Ugeskrift for Retsvaesen H 800, [1999].

Aunque fue Alemania el primer país en aceptar la supremacía del derecho comunitario, es asimismo el Estado en que la pregunta respecto a la supremacía de este derecho se ha mantenido abierta por más tiempo, cuestionando cada paso dado por el TJCE y recuperando, cuando fue necesario, el terreno perdido tempranamente en cuanto al rol de control que deben realizar los tribunales internos respecto al derecho de la CE.

Por otra parte se habla del “efecto anticipatorio” de la jurisprudencia de las jurisdicciones nacionales alemanas en comparación con los demás estados miembros. Ello, puesto que la mayoría de las veces las posiciones de desafío o cuestionamiento del sistema comunitario se producen primero en Alemania para después repercutir en el resto de Europa.<sup>263</sup>

En definitiva, se puede hablar de una especie de vanguardia alemana en cuanto al marco en que se relacionan los estados miembros con las instituciones comunitarias, pues muchas veces es el TJCE quien, frente a una bien fundamentada jurisprudencia de los tribunales alemanes debe cambiar su anterior jurisprudencia cambiando las reglas del juego de esta relación de cooperación.

### **3.2 El caso Francés**

De los miembros originales, son los tribunales franceses los que con mayor dificultad aceptaron la supremacía del derecho comunitario.

No fue hasta 1989 que las tres Cortes Supremas de Francia aceptaron el rol de hacer cumplir el Derecho europeo y, en especial, la supremacía del mismo respecto del derecho nacional.

Los términos del conflicto son claramente diferentes al caso alemán, pues la Constitución francesa manifiestamente permite la supremacía del derecho internacional, sin embargo, aquello no constituyó ninguna guía para los jueces galos.

---

<sup>263</sup> ALTER, K. J., Op.Cit. p.118

Para entender la dinámica de la relación derecho comunitario-derecho interno en el caso francés, debemos primero comprender la estructura del sistema judicial en Francia. El poder judicial francés está dividido en tres ramas sin relación de jerarquía, pero sí un cierto grado de coincidencia parcial en lo que se refiere a jurisdicción. En la cima del sistema no existe una corte que sea suprema a todas sino que tres que se diferencian por las materias que conocen.

De esta manera, el *Conseil Constitutionnel* (en adelante "CC") es el cuerpo autorizado para realizar el control constitucional de las leyes nacionales. Este consejo tiene poder para realizar la revisión de casos abstractos planteados por el gobierno y miembros del parlamento. No tiene poder para realizar el control concreto constitucional, como sí lo tiene el TFCA, pues ningún particular puede plantear casos frente a él. Ello no es baladí si se considera que los casos que revisamos en el apartado anterior eran recursos de amparo que habían formulado por litigantes privados o jueces frente al TFCA, situación que no puede producirse en Francia. En definitiva, la estructura institucional del sistema jurídico francés no le permite al *Conseil Constitutionnel* conocer casos que promuevan particulares con el objeto de cuestionar las políticas europeas o nacionales, por lo que la forma en que este cuerpo se pronuncia sobre el derecho comunitario es distinta que la de su contraparte alemana.<sup>264</sup> El CC actúa cuando actores políticos como el Presidente, Primer Ministro o 60 miembros del Parlamento, se oponen a una ley que ha sido recientemente dictada pero aún no se encuentra promulgada.

Hasta hace poco, los actores políticos que estaban en desacuerdo con el derecho europeo carecían del poder o del número para plantear un litigio constitucional, sólo en el último tiempo este Consejo ha cambiado su jurisprudencia autorizando la revisión de enmiendas de tratados y ciertas leyes europeas. Sin embargo, su incidencia es tan limitada que el debate sobre el derecho europeo se mantiene restringido.

El *Conseil d'État* (en adelante "CET") es el tribunal administrativo supremo francés. Su función principal es la revisión de los actos del gobierno de Francia. Es la

---

<sup>264</sup> ALTER, K. J., Op. Cit. p. 128

única corte en Francia en que los litigantes privados pueden plantear directamente litigios que tengan por objeto una política nacional, incluyendo la administración que el gobierno realiza respecto de las políticas europeas. Además, el CET sirve de consejero para el Estado, revisando los aspectos legales de la legislación que se propone y las regulaciones que se proyectan. Esta función permite que exista un amplio contacto entre los miembros de este órgano y los oficiales del gobierno.

En los asuntos legales, el Consejo de Estado se ha identificado fuertemente con el Estado francés. Así, ha compartido la antipatía del gobierno en contra de las sentencias del TJCE y se ha negado por largo tiempo a ser quien controla el cumplimiento del gobierno respecto del derecho europeo.

De hecho, una de las razones más poderosas por la que este cuerpo cambió finalmente su jurisprudencia respecto de la supremacía del Derecho Comunitario fue que su abstención le hizo perder poder e influencia, tanto en su relación con los demás órganos jurisdiccionales como en la interpretación misma del derecho de la CE.

La mayoría de las referencias que se realizan en Francia al TJCE provienen de los tribunales ordinarios. Por esa razón es que podría pensarse que esta rama del sistema judicial está muy involucrada en el debate sobre el derecho europeo, no obstante, la forma en que está diseñada la *Cour de Cassation* le impide jugar un rol más central a este respecto. Excepto en lo que se refiere a la seguridad social y otros pocos asuntos, los tribunales ordinarios no pueden conocer de litigios directos en contra de políticas de gobierno. Es por esto que cuando un conflicto entre el derecho europeo y el derecho interno se suscita, solo pueden llegar a su conocimiento de forma indirecta.

Como señalamos al comienzo, en Francia existe cierta superposición parcial de jurisdicción entre las tres cortes supremas. Formalmente la rama administrativa tiene jurisdicción sobre asuntos de derecho público, mientras que la rama judicial u ordinaria tiene jurisdicción sobre litigios de derecho privado. En la práctica, sin embargo, la distinción entre qué es público y qué es privado es difusa. De hecho, en algunas áreas

del derecho administrativo los jueces ordinarios aplican textos de derecho público de manera diferente.<sup>265</sup>

Además, hay superposición entre las ramas administrativas y constitucionales. Cuando el Consejo Constitucional fue creado en 1958, desempeñó el rol de intérprete de la Constitución que informalmente había ocupado el Consejo de Estado, y no fue sino hasta que la cuestión de la supremacía del Derecho Comunitario fue debatida que el CC recobró su función.

En definitiva, la discusión sobre la supremacía del derecho comunitario se tradujo en una relación de rivalidad entre cortes supremas, donde los tribunales inferiores de justicia tuvieron poca o nula participación.

En todo caso, es pertinente mencionar que el debate central en Francia no fue respecto de la supremacía del derecho comunitario, sino que más bien entorno a si los jueces nacionales tenían la autoridad para hacer cumplir la supremacía del derecho europeo por sobre el derecho francés posterior.<sup>266</sup>

Por otra parte, Francia tiene una constitución monista. El artículo 28 de la Constitución de 1946 claramente garantiza la primacía del derecho internacional por sobre el derecho nacional. El artículo 55 de la Constitución francesa de 1958 reafirma y califica lo anterior, estableciendo que: “los tratados o los acuerdos debidamente ratificados o aprobados tienen (...) una autoridad superior que las leyes, sujeta, para cada acuerdo separado de tratado, a la aplicación recíproca de la otra parte”.

Aunque la Constitución es clara, se ha suscitado un debate jurídico respecto de si sólo son los cuerpos políticos los autorizados para asegurar la compatibilidad entre el derecho francés y el internacional o si también los jueces pueden protegerla. Si el artículo 55 está dirigido sólo a los órganos de tipo político, los jueces franceses carecen de autoridad para determinar si el derecho francés es compatible con el derecho europeo. Muchos académicos y jueces en Francia esperaban que la Constitución pudiera ser reorientada de forma de ampliar su interpretación política y

---

<sup>265</sup> DADOMO C. y FARRAN S., French Legal System, Reino Unido, Ed. Thomson Professional, Segunda Edición, 1996, p.50

<sup>266</sup> ALTER, K. J., Op. Cit. p. 136

legal, puesto que ello facilitaría la reinterpretación de los precedentes legales de los años inter guerras.

Esta negación de parte de las cortes supremas francesas a siquiera conocer de los asuntos relacionados con el derecho comunitario se produjo en las tres ramas del poder judicial.

En el caso del Consejo de Estado el precedente fue la sentencia *Arrighi*<sup>267</sup> de 1936 en la cual este órgano negaba su autoridad para examinar la validez de un estatuto en cualquier circunstancia. Lo que establecía este fallo es, en definitiva, que el CET debía aplicar el último estatuto dictado, pero no podía examinar si ese estatuto conflictuaba con reglas anteriores de derecho internacional o con normas de la Constitución francesa.

Para la Corte de Casación el precedente fue la doctrina *Matter*. Esta doctrina señalaba que los jueces debían asumir que los legisladores nunca pretendían contravenir las leyes de derecho internacional, a menos que la norma lo señale específicamente, en cuyo caso esa ley debía ser seguida por sobre el derecho internacional. Esta doctrina parece dar más espacio a los jueces para reconciliar el derecho internacional y el derecho interno.

Después de que la Constitución francesa de 1946 estableciera la supremacía del derecho internacional por sobre el derecho nacional, algunos tribunales ordinarios comenzaron a aplicar las normas de los tratados por sobre la leyes posteriores.<sup>268</sup> En 1950 André Pepy, Procurador general de la Corte de Casación, argumentó que la nueva cláusula de la Constitución de 1946 constituía una señal de voluntad legislativa en el sentido de que los jueces aplicarían el derecho internacional por sobre el derecho nacional.<sup>269</sup> Este argumento no creó un nuevo precedente doctrinario.

A fines de los 50's se produjo un debate académico acerca de la posibilidad de aplicar las normas de un tratado celebrado con España en 1862 por sobre el derecho francés posterior. Las distintas cortes tomaron opciones diferentes acerca de si los tribunales eran competentes para dejar sin aplicación las leyes nacionales que

---

<sup>267</sup> Sentencia CET de 6 de Noviembre de 1936, asunto Arrighi, Recueil Lebon 966.

<sup>268</sup> Ver por ejemplo Sentencia de la Corte de Aix de 10 de noviembre de 1947 S 1948.2.83, Sentencia de la Corte de Lyon de 16 de febrero de 1953 D 1952.801, citadas en DRUESNE, La primauté du Droit Communautaire sur le droit interne, Francia, Revue du Marché Común n°18, 1975, p.379

<sup>269</sup> Argumento del Procurador General Pepy en la Doctrina Matter, Corte de Casación (en asuntos criminales) en Sentencia de 3 de junio de 1950, Sirey 109, citado por Alter Karen, J. Op. Cit. p. 136



contradecían el tratado. Finalmente la antigua doctrina prevaleció, el ministro de relaciones de exteriores fue consultado en la interpretación del tratado y éste le dio predominancia al derecho nacional.

Las doctrinas *Matter* y *Arrighi* se mantuvieron afirmes en la práctica legal por muchos años más hasta que en los 1980s el argumento de Pepy fue resucitado y aceptado como base legal de la supremacía del derecho de la Comunidad Europea por todas las cortes supremas francesas.

Este cambio tomó 25 años en gestarse y es posible dividirlo en cinco tramos de entre 5 y 7 años en los que se ilustrará la relación entre las Cortes francesas y el TJCE<sup>270</sup>.

#### **a) Primer periodo: Los órganos jurisdiccionales se niegan a conocer casos de supremacía del derecho de la CE 1962-1969**

Los primeros casos relacionados con el derecho comunitario se plantearon respecto a la política francesa en Argelia. En 1964 las principales empresas petroleras (Shell, Esso, Standard y Mobil Oil) usaron el derecho europeo para cuestionar la política del gobierno francés que promovía el desarrollo de una asociación de estaciones de gasolina que importara este producto desde Argelia y Gabón y lo vendiera en territorio francés. Las compañías de petróleo alegaron que el decreto del gobierno francés y el monopolio en el mercado del petróleo violaban el derecho comunitario.

El gobierno francés junto con la Comisión Europea, argumentaron que el régimen era consistente con el Tratado de Roma que en su artículo 37 establecía un régimen especial para la importación de petróleo en Francia.<sup>271</sup> El Consejo de Estado negó los argumentos de las empresas gasolineras y falló de acuerdo al derecho europeo.<sup>272</sup>

---

<sup>270</sup> Esta división temporal en etapas jurisprudenciales fue desarrollada por Karen Alter, en su libro *Establishing de supremacy of european law*, Op. Cit., p.137, a excepción de la quinta de ellas, que ha sido incorporada por la autora.

<sup>271</sup> CHEVALLIER RM, *Le juge français et le Droit communautaire*, En: Donner AM, *Le juge national et le droit communautaire*, Francia, Ed Leiman, 1966.

<sup>272</sup> El TJCE conociendo una referencia de un tribunal italiano sobre bases similares apoyó la Sentencia del Consejo de Estado. Ver Sentencia del TJCE, *Albatros contra SOPECO*, c-20/64

En el caso *Shell Berre* el Comisario de Gobierno Questionaux<sup>273</sup> (*Commissaire du Gouvernement*) realizó una referencia consultiva al Consejo de Estado preguntando si era obligatorio formular una cuestión prejudicial comunitaria para las cortes de última instancia o bien, las cortes supremas podían interpretar el derecho comunitario por sí solas. En su referencia el comisario se opuso a la obligatoriedad de la formulación de la cuestión prejudicial argumentando que el Consejo de Estado era competente para aplicar el tratado en todas las áreas en que la interpretación fuera clara.<sup>274</sup> Esta posición era consistente con la bien establecida doctrina del *Acte clair* que había sido ampliamente utilizada para evitar el envío de casos que envolviesen derecho internacional al ministro de relaciones exteriores, para su interpretación.<sup>275</sup> No obstante, la doctrina del acto claro contradecía la posición que al respecto había sostenido el TJCE y, además, los textos normativos que servían de base para el litigio en revisión estaban lejos de ser claros.

Dado el ambiente político respecto del régimen del petróleo, no es sorprendente que el Consejo de Estado no quisiera que el TJCE se viera involucrado.

Más tarde, en la sentencia del caso *Petitjean*<sup>276</sup> el Consejo de Estado debió nuevamente pronunciarse sobre temas de derecho comunitario. En este caso los agricultores de tomate invocaron el derecho comunitario para cuestionar la estructura tributaria diseñada por el gobierno francés respecto de la agricultura.

El punto central era si los artículos del derecho comunitario en cuestión causaban efectos directos. El comisario del gobierno nuevamente desalentó al Consejo de Estado para que no formulara una cuestión prejudicial comunitaria, argumentando que la jurisprudencia del TJCE respecto de ese tema era suficientemente clara como para que las cortes nacionales la aplicaran por sí mismas.

---

<sup>273</sup> El Comisario de Gobierno es una especie de consejero del Consejo de Estado que tiene por función, entre otras, analizar el conflicto y proponer una solución.

<sup>274</sup> Sentencia CET de 19 de junio de 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres, Sociétés «Les Garages de France», Société Esso-Standard, Société Mobil Oil française de pétroles B.P.*, Recueil Lebon 344 [1964].

<sup>275</sup> ALTER, K. J., Op. Cit. p. 139

<sup>276</sup> Sentencia CET de 10 de febrero de 1967, *S.A. des Etablissements Petitjean et autres*, Recueil Lebon 63 [1967]

Al declarar su propia autoridad para determinar cuando el derecho europeo creaba o no efectos directos, el Consejo de Estado estaba desafiando uno de los roles interpretativos más importantes del TJCE. Además, debe tenerse en consideración, que el hecho de que un artículo cree efectos directos es raramente claro y, además, no existían precedentes expresos del TJCE en el sentido de que los artículos en cuestión creaban efectos directos.

Como vemos, ninguno de los casos trataban derechamente la supremacía del derecho comunitario, pero estas decisiones marcaron el tono de la relación de los tribunales franceses con el derecho europeo. En ambos casos, los argumentos esgrimidos por el Comisario de Gobierno tenían por objeto desestimar la petición del demandante en cuanto a la formulación de una cuestión prejudicial comunitaria, señalando que constituía una estrategia dilatoria ilegítima sólo destinada a obstruir el procedimiento legal. La cuestión prejudicial comunitaria era ilustrada como una suerte de caja de pandora que podía cambiar la naturaleza del derecho francés en formas inesperadas.

La primera vez que se planteó la cuestión de la supremacía del Derecho comunitario fue en el año 1968.<sup>277</sup> En este caso, al igual que en *Shell-Berre*, se involucraba un asunto políticamente sensible asociado a la política en Argelia.

El 4 de abril de 1962, el Consejo de la Comunidad adoptó un reglamento que exigía certificados especiales a los importadores que no pertenecían a la Comunidad Europea y creaba un régimen tarifario a nivel comunitario. Diecinueve meses después, el ministro de agricultura francés unilateralmente eximió de la aplicación del reglamento comunitario a un numeroso grupo de importadores argelinos de sémola. Debe tenerse en consideración que en el momento en que el ministro francés dictó este decreto, la independencia de Argelia estaba en negociaciones, por lo que aun no se constituía como un Estado no miembro de la CE.

Buscando que las tarifas fueran aplicadas al grupo eximido, la Asociación Francesa de Productores de Sémola cuestionó el decreto del gobierno, afirmando que

---

<sup>277</sup> Sentencia CET 1 de marzo de 1968, *Syndicat General des Fabricants de Semoules de France*, Recueil Lebon 149 [1970].

el Ministro de Agricultura se había excedido de sus poderes al crear reglas de intercambio distintas para los importadores argelinos. El núcleo de la disputa fue si Francia podía diseñar una política de intercambio independiente, lo que era especialmente discutible, si se consideraba que Argelia había formado parte de Francia hasta hace muy poco tiempo.

Además, el asunto se complicaba aun más, pues pocos días después de que el reglamento europeo fue dictado, el Parlamento francés dictó un estatuto que disponía que durante la transición a la independencia de Argelia se mantendrían todos los antiguos acuerdos bilaterales de intercambio.

De acuerdo a la doctrina de la supremacía establecida por el TJCE, el Consejo de Estado debía examinar la compatibilidad del derecho francés y el decreto, con el derecho europeo y otorgar supremacía al derecho comunitario, si el conflicto existía.

La doctrina francesa estaba lejos de ser clara. No había ninguna duda de que los tribunales franceses podían hacer cumplir el derecho comunitario por sobre el derecho francés, en la medida de que la norma francesa no tuviera la fuerza de una ley del Parlamento, pero si el cuerpo legal estaba basado en una ley, o basado en un reglamento, ordenanza, auto o decreto sin tener por sí misma la fuerza de una ley, ello se abría a la interpretación.

El Consejo de Estado podría haber evitado el conflicto clasificando el estatuto en cuestión como decreto. El Comisario de gobierno conocía de esta posibilidad por lo que señaló que si se consideraba la reglamentación en cuestión como decreto sería necesario promover una cuestión prejudicial comunitaria<sup>278</sup>.

Pero si se consideraba que el decreto estaba basado en una ley se abría además una segunda posibilidad que era soslayar la obligación de afirmar la preeminencia del derecho de la CE por sobre el derecho francés. El comisario de gobierno argumentó enseguida que dado que los políticos no habían explícitamente cambiado el rol de los tribunales y sí el rol de otras instituciones, entonces se podía concluir que ellos esperaban que los jueces franceses se mantuviesen ejerciendo una función subordinada a la aplicación de la ley. Es más, el mismo hecho de que el Consejo Constitucional fuera creado manteniendo el rol de los órganos jurisdiccionales

---

<sup>278</sup> ALTER, K. J., Op. Cit. p. 143

intacto reflejaba que era el Consejo Constitucional y no un tribunal francés el llamado a hacer cumplir la supremacía del derecho comunitario.

El Consejo Constitucional, siguiendo el argumento del Comisario de gobierno, consideró que el decreto del Ministro de Agricultura tenía la fuerza de una ley, no formuló la cuestión prejudicial comunitaria e implícitamente aceptó el argumento del Comisario de gobierno en cuanto a que carecía de autoridad para resolver este tipo de disputas. Así, este Consejo afirmó simplemente que la queja del sindicato no podía sostenerse atacando las decisiones del ministro sólo sobre la base de que excedía sus facultades.

Aunque se mantenía la ficción de que era la soberanía del Parlamento la única capacitada para darle legítimos poderes al Consejo de Estado para conocer este tipo de casos, la verdadera preocupación del Consejo era proteger su propia autoridad en estos asuntos y asegurar su capacidad para fallar a favor de la política del Estado.

El comisario de gobierno argumentó en este sentido:

“Es difícil imaginar que deberían ser creadas en las áreas afectadas por un tratado internacional zonas completas donde las leyes estarían privadas de efecto, siendo determinado esto por un juez [nacional] sobre la base de textos que éstos no están completamente autorizados a interpretar. El argumento es tentador en orden a fomentar el desarrollo del orden jurídico comunitario, sin embargo, esta evolución es más difícil de imaginar si se descarta la acción del legislador en estas áreas de la vida del país, porque los tratados han aparecido en éste tipo de áreas.”<sup>279</sup>

Es más, el Comisario presentó la existencia del TJCE como un impedimento para los tribunales franceses en la medida que éstos no estaban autorizados a crear formas creativas de hacer cumplir el derecho internacional. Si la pregunta versaba sobre derecho comunitario, afirmó, el TJCE debía que ser consultado.

De esta forma el Consejo de Estado fue forzado a elegir entre, derechamente una interpretación que no aplicara el reglamento, o una interpretación “en el espíritu de

---

<sup>279</sup> Sentencia CET 1 de marzo de 1968, *Syndicat General des Fabricants de Semoules de France*, Op. Cit.

la Comunidad” donde el TJCE era consultado y los tribunales nacionales hacían cumplir la sentencia por él dictada.

Cuando el Tribunal Federal constitucional Alemán negó la supremacía del Derecho Europeo sobre la Constitución alemana en su fallo *Solange I*, Darras y Pirotte compararon la acción del Tribunal alemán con la sentencia *Semoules* del Consejo de Estado:

“El fallo *Semoules* de Francia del Consejo de Estado y la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* (*Solange I*) son muy comparables. Ambas tienen como motivación subyacente una reflexión defensiva en contra de un poder que pretende excluir su control y que pone en juego la jerarquía de normas en el derecho interno del cual esas jurisdicciones son el guardián supremo”<sup>280</sup>

La situación de la rama de los tribunales cuya Corte Suprema es la *Cour de Cassation* no era demasiado distinta que la del Consejo de Estado ya descrito. De hecho, entre 1965 y 1969 sólo siete cuestiones prejudiciales comunitarias fueron promovidas por los tribunales “ordinarios” de Francia. Ninguna fue enviada por un tribunal de primera instancia ni envolvía una ley que se dictaba con posterioridad a una norma comunitaria.<sup>281</sup>

En la mayoría de los asuntos de carácter político, los tribunales habían decidido resolverlos por sí mismos invocando la doctrina del *Acte Clair*, inclusive cuando el derecho europeo no era claro. No obstante, la mayoría de los académicos y jueces prointegración interpretaron esta actitud de la corte como bien intencionados malentendidos del derecho.

En definitiva poca o nada interacción se produjo entre los tribunales franceses y el TJCE. Ello, porque el único fallo relevante en este periodo fue el caso *Semoules*, jurisprudencia que, en definitiva, contuvo las posibilidades de desarrollo de la integración a través del derecho en Francia basada, principalmente, en argumentos de tipo legalista.

---

<sup>280</sup> DARRAS J. y PIROTTE O., *Annuaire français de Droit International*, Francia, Centre National de Recherche Scientifique, 1976, p.420

<sup>281</sup> ALTER, K. J., *Op. Cit.* p. 144

**b) Segundo periodo: La *Cour de Cassation* acepta la supremacía del derecho comunitario 1970-1976.**

La política francesa cambió rápidamente a la luz de las revueltas estudiantiles de mayo de 1968 y la salida de De Gaulle del mundo político. En 1971, una sentencia del Consejo Constitucional incorporaba algunos preámbulos de constituciones anteriores creando una especie de declaración de derechos que debía él mismo hacer cumplir.<sup>282</sup> Esta decisión marcó una enorme expansión de la autoridad jurisdiccional del Consejo Constitucional, introduciendo dentro de la política francesa la noción de revisión judicial. Además, constituyó la primera etapa en que el Consejo constitucional decidió fallar en contra del ejecutivo.<sup>283</sup>

En 1974 el Parlamento francés enmendó el artículo 61 de la Constitución para que pudiesen plantear casos ante el Consejo Constitucional 60 senadores o diputados. De esta forma, se expandió el acceso a este cuerpo jurisdiccional, por lo que habría más casos y, por lo tanto, mayores oportunidades para que este Consejo desarrollara el derecho constitucional e influyera en la política nacional.<sup>284</sup>

No obstante, estas nuevas herramientas no fueron usadas por el Consejo Constitucional para imponer la supremacía del derecho comunitario. En 1975, se le solicitó a este órgano que examinara la compatibilidad entre la ley de aborto francesa y la Convención Europea de Derechos Humanos, pero el Consejo Constitucional se negó. En esta sentencia argumentó que, mientras el artículo 55 de la Constitución claramente hacía al derecho internacional superior que el derecho nacional, aquello no implicaba que el Consejo Constitucional tuviera jurisdicción para conocer casos referentes a la norma. De acuerdo con el Consejo Constitucional, dado que la supremacía de los tratados de derecho internacional era limitada y dependiente de su aplicación recíproca por parte de otros estados, no podía él sólo hacerla cumplir en

---

<sup>282</sup> Sentencia CC de 6 de julio de 1971, C-71-44 [1971] Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, 29.

<sup>283</sup> STONE, A., *The birth of judicial politic in France: the constitutional council in comparative perspective*, Reino Unido, Oxford University Press, 1993, pp. 66-69

<sup>284</sup> *Ibidem*.

este caso. A mayor abundamiento realizó la paradójica afirmación de que una ley contraria a un tratado no es necesariamente una ley contraria a la Constitución.<sup>285</sup>

En 1976, el Consejo Constitucional dictó una sentencia que contravenía directamente la doctrina del TJCE respecto a la supremacía del derecho comunitario. Este caso tenía como punto central la problemática de si las elecciones directas de los miembros del Parlamento Europeo socavaban el ejercicio de la soberanía nacional francesa. Dentro del razonamiento del Consejo se determinó que el Tratado de Roma era un tratado como cualquier otro, y que la Comunidad Europea no participaba del ejercicio de la soberanía francesa. Ello se condecía con su argumento siguiente que señalaba que la Constitución francesa no autorizaba la transferencia de soberanía, siendo sólo las limitaciones de la misma permitidas por la Carta Fundamental.<sup>286</sup>

El Consejo de Estado en la sentencia *Semoules* había establecido que era el Consejo Constitucional el llamado a hacer cumplir el artículo 55 de la Constitución francesa, no obstante, en el fallo de 1975 del Consejo Constitucional, éste se excluía de esa tarea lo que, en definitiva, dejaba al artículo 55 como judicialmente inejecutable.

Algunos argumentaron que la decisión del Consejo Constitucional que lo excluía de hacer cumplir el artículo 55 era, en realidad, un mensaje para el resto de los tribunales franceses en el sentido de que hicieran cumplir la supremacía del derecho europeo. No obstante, otros académicos señalaron que esa no era necesariamente la interpretación correcta, lo que dejaba el tema en un punto muerto difícilmente superable a través de interpretación.<sup>287</sup>

La rama judicial también se pronunció sobre el tema en este periodo. Así, en 1970 la *Cour de Cassation* reconoció la supremacía del derecho comunitario sobre actos posteriores nacionales.<sup>288</sup>

---

<sup>285</sup> Sentencia CC de 15 de enero de 1975, C-74-54 [1975], Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, 19.

<sup>286</sup> Sentencia CC de 30 de diciembre de 1976, C-76-71 [1976], Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, 15.

<sup>287</sup> LOÏC P., FAVOREAU L., Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Francia, Ed. Sirey, 1975.

<sup>288</sup> Sentencia Cour de Cassation de 22 de octubre de 1970, Administration des contributions indirectes et comité interprofessionnel des vins doux naturels contra Ramel, 14 DS Jur. 221 [1971]



El caso *Ramel* no fue políticamente controvertido. El gobierno había decidido no defender una regulación francesa después de perder en primera instancia, momento en que el tribunal declaró que aquella regulación no era una ley (“*loi*”). Sin embargo, su importancia se debe a que fue la primera vez en que un tribunal francés utilizó la supremacía del derecho comunitario para dejar sin efecto a una política nacional, declarando en su sentencia que las leyes nacionales no pueden invalidar leyes de derecho internacional, cuya autoridad debe prevalecer en virtud del derecho constitucional.

Siguiendo la sentencia *Ramel*, las cortes judiciales francesas comenzaron a aplicar la supremacía del derecho europeo, sin embargo, en ningún caso esa supremacía se establecía por sobre textos normativos que tuvieran la calidad de “*loi*”.

Este paso se dio recién en el caso *Jacques Vabre*.<sup>289</sup> La empresa cafetera Jacques Vabre se había negado a pagar un impuesto a las importaciones francés, argumentando que éste excedía impuestos similares sobre productos de consumo interno, lo que violaba el artículo 95 TUE que prohibía aquellos impuestos de importación que tuvieran efecto de tarifa. Ninguna referencia fue realizada al TJCE, pero ese tribunal ya había establecido jurisprudencia respecto a los límites creados por el artículo 95 para los esquemas tributarios de importaciones nacionales en la sentencia *Lütticke*.<sup>290</sup>

El Tribunal de instancia y la Corte de Apelaciones habían decidido a favor de Jacques Vabre, pero para llegar a ese fallo habían utilizado argumentos que intentaban soslayar un conflicto directo con la jurisprudencia tradicional. El tribunal de instancia había afirmado la supremacía del derecho europeo sobre el derecho nacional, pero la base legal en virtud de la cual dictó el fallo en contra del gobierno francés fue que la autoridad aduanera había hecho un cálculo inexacto basado en un texto incorrecto. La Corte de Apelaciones apoyó el planteamiento de los demandantes pero insistió que lo que estaba en juego era un reglamento francés y no una ley.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> Sentencia de tribunal de instancia de 8 de enero de 1971, *Administration des Duanes contra Societé Cafés Jacques Vabre y J. Weigel y Compagnie S.à.r.l* CMLR, 43.

<sup>290</sup> Ver nota al pie 196

<sup>291</sup> Sentencia de Corte de Apelaciones de 7 de julio de 1973, *Administration des Duanes contra Societé Cafés Jacques Vabre y J. Weigel y Compagnie S.à.r.l* CMLR, 223.

El gobierno francés pensó que estos tribunales carecían de autoridad para dejar sin efecto la ley francesa y decidieron apelar.

La *Cour de Cassation* clasificó el acto como *loi* y declaró que el derecho comunitario era jerárquicamente superior al derecho francés.<sup>292</sup> La mayoría de los argumentos fueron tomados del planteamiento de Procurador General Adolphe Touffiat.<sup>293</sup> El Procurador general pretendía que la Corte de Casación dictara un fallo modelo que alentara tanto al Consejo de Estado como al Consejo Constitucional a fallar estos temas y en este sentido.

En primer lugar, señaló que el fallo *Semoules* del Consejo de Estado era claramente excepcional pues se entrelazaba con la independencia reciente de la antigua colonia francesa de Argelia. Luego, hizo que la sentencia del Consejo Constitucional de 1975 sobre la ley de aborto pareciera un simple intento de resolución del antiguo debate sobre la aplicación del artículo 55 de la Constitución francesa por parte de los tribunales franceses.

En segundo lugar, argumentó, de forma cuestionable, que la sentencia del Consejo Constitucional de 1975 demostraba que el control de compatibilidad del derecho nacional y el derecho europeo no constituía revisión judicial sino que la aplicación de una norma clara de la Constitución francesa.

Luego intentó desviar el debate desde la Constitución francesa al Tratado de Roma, para instaurar de forma estable la doctrina del TJCE, para así desviar el debate desde el artículo 55 a la especial naturaleza del orden legal creado por el Tratado de Roma.

Por último, apelando al orgullo de la Corte de Casación, Touffait cerró su planteamiento señalando:

“Y es desde este contexto que la sentencia que ustedes dicten será leída y comentada, su recepción se extenderá más allá de las fronteras de nuestro país y se propagará en todos los estados miembros de la comunidad”.<sup>294</sup>

---

<sup>292</sup> Sentencia de la Cour de Cassation de 24 de mayo de 1975, Administration des Duanes contra Societé Cafés Jacques Vabre y J. Weigel y Compagnie S.à.r.l., CMLR 343.

<sup>293</sup> El procurador general sirve a una función similar a la del Comisario de Gobierno del Consejo de Estado, pero a diferencia de éste cuya posición es rotativa entre los miembros del consejo de Estado, el Procurador general es una función permanente.

<sup>294</sup> Sentencia de la Cour de Cassation, Op.Cit., p. 367.

La sentencia de la Corte de Casación en el caso *Jacques Vabre* firmemente apoyó la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional. Sin embargo, la Corte no siguió el planteamiento del Procurador general para basar jurídicamente su caso sino que apeló, como lo habían hecho las otras cortes, al artículo 55 de la Constitución, afirmando al mismo tiempo que la Comunidad Europea tenía una naturaleza separada que la hacía directamente aplicable a los nacionales de los estados miembros y vinculante para los tribunales nacionales.

Un fallo como este podría haber influido de manera bastante profunda todo el sistema judicial francés, no obstante, aquello jamás ocurrió. La sentencia de la Corte de Casación no logró producir el efecto dominó esperado y se mantuvieron las doctrinas ya descritas tanto en el Consejo de Estado como en el Consejo Constitucional.<sup>295</sup>

De esta forma, en 1976 emergió una divergencia significativa entre las tres ramas del sistema judicial francés. El Consejo de Estado se negaba a aplicar la supremacía del derecho comunitario, insistiendo que era un rol que el Consejo Constitucional debía jugar. El Consejo Constitucional, por su parte, negaba su autoridad para aplicarlo por sí mismo. Y finalmente la Corte de Casación afirmaba que el hecho de que el Consejo Constitucional no hubiera revisado la compatibilidad del derecho francés con los tratados internacionales demostraba que la aplicación de la supremacía del derecho comunitario no constituía revisión judicial sino que simple aplicación del Tratado de la CE. Los miembros del Consejo de Estado solicitaron a los cuerpos políticos que resolvieran la disputa a través de la dictación de leyes que señalaran quien tenía la mayor autoridad.

### **c) Tercer periodo: El Consejo de Estado se opone a la jurisprudencia del TJCE 1977-1981.**

La jurisprudencia del Consejo de Estado de los años 60s no era proclive a la postura del TJCE, pero tampoco mostraba ánimo confrontacional. El cambio se produjo en los años 70s, en los que la relación se hizo hostil.

---

<sup>295</sup> ALTER, K. J., Op. Cit. p. 151

La sentencia que marcó este tipo de relación provino del TJCE. Esta fue la sentencia *Charmasson* de 1974<sup>296</sup>, que tuvo como fuente la formulación de una cuestión prejudicial comunitaria por parte del Consejo de Estado, esperando que el TJCE sostuviera la posición del gobierno francés. Al referir un caso en el que prácticamente se aseguraba de que el TJCE iba a fallar de forma positiva, el Consejo de Estado esperaba contener las críticas que los académicos habían formulado acerca del abuso de la doctrina del *Acte clair* y, reforzar la posición francesa referente a que el régimen especial de importación de plátanos de Francia con respecto a sus antiguas colonias era compatible con el sistema jurídico comunitario. No obstante, contrariamente a las expectativas de este órgano jurisdiccional, el TJCE falló que la soberanía sobre acuerdos bilaterales había sido cedida.<sup>297</sup>

Así, el Consejo de Estado había finalmente formulado una cuestión prejudicial comunitaria al TJCE y estaba ahora limitado por un fallo vinculante y superior con el que estaba en desacuerdo.

Pero éste no fue un caso aislado, en 1970 fallando el caso *International Handelsgesellschaft*, el TJCE ya había afirmado la supremacía del derecho comunitario por sobre las Constituciones de los estados miembros y en 1978 en el caso *Simmenthal*<sup>298</sup> había autorizado a los tribunales inferiores de justicia a ignorar la jurisprudencia de las cortes supremas en lo que se refería a la supremacía del derecho europeo.

Por otro lado, el Consejo de Estado no estaba conforme con la creciente especificidad de las directivas comunitarias, pues los textos legales extranjeros que eran implementados en Francia no requerían de la revisión del Consejo de Estado lo que había disminuido notoriamente su rol consultivo.

Además los cuerpos políticos estaban descontentos con la sentencia del TJCE de 1971 en el caso *ERTA*, en la que estableció que la Comunidad Europea era quien tenía la exclusiva autoridad legislativa en asuntos de política económica exterior.<sup>299</sup> La reacción ante tales sentencias no se dejó esperar en Francia. En 1976, la Asamblea

---

<sup>296</sup> Sentencia TJCE de 10 de diciembre de 1974, *Charmason* contra *Ministre de l'économie et des finances*, C-48/74.

<sup>297</sup> ALTER, K. J., *Op. Cit.* p. 152

<sup>298</sup> Ver nota al pie 90.

<sup>299</sup> Sentencia de 31 de marzo de 1971, *Comisión de las Comunidades Europeas* contra *Consejo de las Comunidades Europeas*, C-22/70.

Nacional dictó una ley que le autorizaba a anular leyes europeas e interpretaciones del TJCE que contradijeran sus prerrogativas.<sup>300</sup> Mientras aun no utilizaba el procedimiento anteriormente descrito, el Parlamento se negó a adoptar una Directiva de la Comunidad Europea en 1978, argumentando que constituía una inapropiada usurpación de poderes legislativos de los Estados miembros.<sup>301</sup>

También como respuesta a la jurisprudencia el TJCE, el Consejo Constitucional dictó dos sentencias en 1977 y 1978 que implicaron que controlaría la constitucionalidad de las obligaciones bajo el derecho comunitario.<sup>302</sup> Estos fallos fueron entendidos como una usurpación de poderes del TJCE, desde que era éste el único cuerpo autorizado para considerar la validez de las reglas comunitarias. No obstante, estos fallos fueron consistentes con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, *Solange I* que establecía que las constituciones de los estados miembros eran superiores al derecho comunitario.

Tomando en cuenta este ambiente general de apoyo, el Consejo de Estado comenzó a dictar sentencias que intencional y explícitamente contradecían la jurisprudencia del TJCE. La sentencia confrontacional más conocida a este respecto es la dictada en el caso *Cohn-Bendit*, en la que se negaba el efecto directo de las directivas establecido por la jurisprudencia del TJCE. En este caso, el comisario de gobierno Genevois planteó que la jurisprudencia del TJCE era legalmente cuestionable, pero señaló que la única forma de resolver el asunto era comprometerse en un diálogo con ese tribunal. Él definió para el Consejo de Estado tres opciones: (i) aceptar la jurisprudencia del TJCE aunque existieran desacuerdos acerca de la interpretación legal; (ii) ignorar la jurisprudencia de la TJCE para destacar el hecho de que el casuismo del TJCE ponía al juez nacional en una posición difícil y para remarcar que claramente que el casuismo que parte lejos de la letra del tratado podía ser

---

<sup>300</sup> ALTER, K. J., Op. Cit. p.152

<sup>301</sup> Debate de la Asamblea Nacional de 30 de noviembre de 1978, p.8571, citado por ALTER, K. J., Ibídem.

<sup>302</sup> En esos casos parlamentarios habían solicitado al Consejo Constitucional que se pronunciara sobre la constitucionalidad de reglamentos CE. El Consejo Constitucional podría haber desestimado los requerimientos porque los reglamentos no deben ser revisados por le Parlamento, por lo que no había una ley francesa que revisar. Esta disposición a realizar conocer los casos fue interpretada como una señal de que el Consejo Constitucional revisaría la constitucionalidad de las obligaciones bajo el derecho comunitario. En este sentido ver: Sentencia CC de 30 de septiembre de 1977, C- 77/89, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel 46, Sentencia de 18 de enero de 1978, C-77/91, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 19, Sentencia de 29 de abril de 1978, C-78/93, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 23.

ampliamente refutado por los tribunales; o (iii) abandonar las posiciones extremas y entrar en un diálogo con el TJCE a través de plantear la preocupación del Consejo de Estado en una cuestión prejudicial comunitaria.<sup>303</sup>

No formular una cuestión prejudicial comunitaria, señalo, sería una afrenta para el TJCE:

“Sería singularmente irrespetuoso para con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual en virtud del Tratado de la Comunidad Europea tiene por tarea asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario en los territorios de los Estados Miembros de la Comunidad, interpretar el Tratado en un sentido que es diametralmente opuesto a la bien establecida jurisprudencia del TJCE”.<sup>304</sup>

Por último, señalaba que el dialogo con el TJCE sería una aproximación más productiva, una que permitiría al Consejo de Estado mayor influencia sobre las decisiones de ese Tribunal.

El Ministro del Interior había relajado su decisión contra Cohn- Bendit dos días antes, por lo que el Consejo de Estado podría haber desestimado el caso por carecer de importancia legal. No obstante, el Consejo de Estado decidió tomar la opción más provocativa negándose a referir el caso al TJCE y explícitamente cuestionando la doctrina del efecto directo de las directivas. El asunto fue notoriamente más extenso que un desacuerdo respecto de una interpretación legal.

Dado que el gobierno francés ya había rescindido su decisión, esta sentencia ya no tenía impacto práctico. Por otra parte, con el fallo el Consejo de Estado había dejado la puerta abierta para que los particulares pudieran ejecutar directivas comunitarias de manera impropia, pues es aquello lo que Cohn-Bendit tendría que haber alegado para argumentar la ilegalidad del acto del ministro del interior.

En definitiva, lo que el Consejo de Estado estaba tratando de hacer era detener la jurisprudencia integradora del TJCE, pues ella sistemáticamente socavaba los derechos de los estados miembros en pos de una mayor integración.

---

<sup>303</sup> Sentencia CET de 22 de diciembre de 1978, Ministro del Interior contra Daniel Cohn-Bendit, Recueil Lebon 524.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p.562.

Un año después, este Consejo reafirmó su posición contraria al TJCE, negándose a formular una cuestión prejudicial comunitaria y a aplicar en un caso que estaba conociendo, su jurisprudencia.<sup>305</sup>

Al comienzo, la estrategia del Consejo de Estado tuvo el efecto deseado. La Corte Tributaria siguió esta jurisprudencia negándole el efecto directo a las directivas.<sup>306</sup> Mas tarde, los órganos políticos comenzaron a condenar el fallo de la Corte de Casación e inclusive a solicitar una modificación legal en la que se impidiera que los tribunales de justicia realizaran el examen de compatibilidad entre el derecho nacional y el derecho de la Comunidad. No obstante, el gobierno francés temiendo las consecuencias que una modificación como esa pudiera producirle a nivel comunitario bloqueó el debate en el senado.

El abandono de la propuesta de modificación fue una señal clara de que ni el parlamento ni el gobierno podían tomar medidas en contra de los tribunales que aplicaran la supremacía del derecho comunitario. Mientras los cuerpos políticos no estuviesen legitimados para reaccionar en contra de las cortes, estarían obligados a tolerar este tipo de acción por parte de las mismas.<sup>307</sup>

#### **d) Cuarto periodo: Las ramas administrativa y constitucional aceptan el rol de aplicar la supremacía del derecho comunitario 1982-1989.**

El contexto político y legal cambió significativamente en los años 80s. En 1982 la victoria socialista tuvo dos impactos respecto del debate sobre la supremacía del derecho de la Comunidad. Primero, después del experimento económico fallido en 1982-3, los socialistas vieron a la integración europea como promotora de prosperidad económica.<sup>308</sup> Por primera vez desde que el Tratado de Roma fue negociado, la integración europea se transformó en una prioridad para el gobierno francés. En segundo lugar, el rol y la jurisprudencia del Consejo Constitucional comenzaron a

---

<sup>305</sup> Sentencia CET de 27 de julio de 1979, Syndicat National des Fabricants de Spiritueux Consommés à l'Eau, RDP 219.

<sup>306</sup> Sentencia de 16 de julio de 1981, ver nota al pie 214.

<sup>307</sup> ALTER, K. J., Op. Cit. P. 157

<sup>308</sup> MORAVCSIK, A, The choice for Europe: Social purpose and state power from Messina to Maastricht, Estados Unidos, Cornell University press, 1998, p.333

cambiar a causa de una remodelación institucional. Aunque la mayoría de los miembros de este Consejo eran del régimen anterior, la creación del voto de minoría transformó a este órgano en un participante activo de la política francesa.<sup>309</sup> Además con el tiempo, el gobierno fue incluyendo dentro de los jueces de este Consejo a cada vez más jurisconsultos proclives a la integración europea.

Al principio de los 80s había habido fuerte crítica en contra de la Sentencia del Consejo Constitucional de 1975 en que se negaba a aplicar la supremacía del derecho comunitario alegando la naturaleza contingente del derecho internacional. El secretario general del Consejo Constitucional había señalado que muchos textos de derecho internacional como la Convención de Derechos Humanos, tenían estatus constitucional y no eran contingentes.<sup>310</sup> Por otra parte, como el procurador general Touffiat y la Corte de Casación habían indicado en el caso *Jacques Vabre* que el asunto de la reciprocidad podía ser direccionado en la Comunidad Europea a través del procedimiento infraccional del artículo 169 TUE, ese tampoco figuraba como un argumento a favor de la contingencia de las obligaciones legales comunitarias. Además, se cuestionaba la distinción creada por el CC entre transferencia y limitación de soberanía, pues se catalogaba de ilusoria.

No obstante, el Consejo Constitucional aun no se decidía a tomar el rol de aplicar la supremacía del derecho comunitario, alegando limitaciones procedimentales. Dado que las leyes no pueden ser cuestionadas ante este órgano una vez que han sido promulgadas, el Consejo Constitucional enfrentaba la posibilidad real de que el TJCE o, en el pero de los casos, la Corte Europea de Derechos Humanos pudiera más tarde negar validez a una ley por él revisada.

El punto era que el Consejo Constitucional no quería transformarse en el único encargado de aplicar la supremacía del derecho comunitario. Es por ello que en 1986 respaldó la jurisprudencia *Jacques Vabre* y comenzó a presionar al Consejo de Estado para que cambiara su posición de la misma forma.<sup>311</sup>

En este sentido, argumentó que era responsabilidad de los distintos órganos del Estado proteger la aplicación de las convenciones internacionales en el marco de sus

---

<sup>309</sup> STONE, Op. Cit. p.100

<sup>310</sup> ALTER, K. J., Op. Cit. p. 158

<sup>311</sup> ALTER, K. J. Op. Cit. p.159



respectivas competencias.<sup>312</sup> Lo que, en otras palabras, implicaba una invitación al Consejo de Estado a aplicar la supremacía del derecho comunitario en su propio ámbito.

En 1988 el Consejo Constitucional hizo inclusive más claro que el Consejo de Estado debía cambiar su jurisprudencia. Así, en Sentencia de 21 de octubre de 1988 el CC aplicó la jurisprudencia de la Corte de Casación *Jacques Vabre*, reconociendo su deber de hacer cumplir la supremacía del derecho internacional.<sup>313</sup>

El apoyo del Consejo Constitucional a la supremacía del Derecho europeo junto con la ya clásica opción de la *Cour de Cassation* al respecto aisló al Consejo de Estado dentro del sistema legal francés minando la validez legal de los argumentos que este órgano había utilizado para negar el rol de aplicación de la supremacía del derecho internacional para sí mismo.

Por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado creaba también problemas para el gobierno francés. En 1983, Francia fue condenada por el TJCE por ajustar los precios de las importaciones de Tabaco<sup>314</sup> El gobierno ignoró la sentencia y el caso fue traído frente al Consejo de Estado cuestionándose las reglas sobre ajuste de precios. El Consejo de Estado se negó a revisar la legalidad del derecho francés dado que era posterior a los estatutos comunitarios, pero afirmó tener autoridad para revisar la aplicación del decreto del ministro. En una sentencia que directamente contradecía las consideraciones del TJCE, el Consejo de Estado estimó que el ministro había aplicado el derecho francés de forma correcta sin violar el derecho comunitario.<sup>315</sup>

El 13 de julio de 1988, Francia fue condenada nuevamente por el TJCE en virtud de la misma ley.<sup>316</sup> El caso *Tobacco* mostró los costos de la posición del Consejo de Estado en el caso *Semoules*. La presión sobre este Consejo aumentó cuando, en

---

<sup>312</sup> Sentencia CC de 3 de septiembre de 1986, C-86/216, Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, 183.

<sup>313</sup> Sentencia CC de 21 de octubre de 1988, C- 88-1082/1117, Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, 183.

<sup>314</sup> Sentencia de TJCE de 12 de junio de 1983, Comisión contra la República de Francia, C-90/82.

<sup>315</sup> Sentencia CET de 13 de septiembre de 1985, Société Internationale Sales and Import Corporation BV, citado por Alter, Karen J. Op. Cit. P.161.

<sup>316</sup> Sentencia TJCE 13 de julio de 1988, Comisión contra Republica de Francia, C-169/87.

1987 la jurisdicción de este órgano fue atacada por un grupo de abogados parisinos que solicitaron que las apelaciones de las resoluciones dictadas por el Consejo de la Competencia, pasaran desde el Consejo de Estado a la rama judicial del sistema francés. Ello se condecía con el hecho de que la regulación sobre libre competencia estaba siendo dictada ampliamente a nivel comunitario, por lo que la posición del Consejo de Estado impedía el desarrollo normal de esta área. Los abogados lograron que se acogiera su posición, lo que fue apelado en el Consejo Constitucional, quien confirmó la medida.<sup>317</sup>

Sin embargo, el Consejo Constitucional no dejó al Consejo de Estado a la deriva. En 1987 era posible eliminar el Consejo de Estado a través de la dictación de una ley simple. No obstante, el Consejo Constitucional mostró su apoyo al Consejo de Estado, al afirmar que la existencia y rol de Consejo de Estado era en sí misma garantía de la separación de poderes, con lo que aumentó el quórum de eliminación a uno de enmienda constitucional.<sup>318</sup>

Finalmente en 1989 el Consejo de Estado<sup>319</sup>, dictó la tan esperada sentencia que le haría alinearse con el resto de las cortes supremas del país. La sustancia del caso fue insignificante y los argumentos del demandante fueron fácilmente desestimados.

En este sentido el Comisario de Gobierno Fydman afirmó:

“Toda la dificultad es entonces decidir si, en conformidad con su jurisprudencia, se debería desestimar este segundo argumento basándose sólo en la Ley Francesa de 1977, sin ni siquiera haber verificado si es compatible con el Tratado de Roma, o si se debería romper con ello estableciendo nueva jurisprudencia a través de decidir que la ley es aplicable solo porque es compatible con el Tratado”<sup>320</sup>

---

<sup>317</sup> Sentencia CC de 23 de enero de 1987, C-86/224, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 8.

<sup>318</sup> ALTER, K. J. Op. Cit. P.161

<sup>319</sup> Sentencia CET de 20 de Octubre de 1989, Raoul Georges Nicolo y otros, Recueil Lebon 190.

<sup>320</sup> Ibídem, p.173 Texto original en francés, traducción propia.

Así, el comisario continuó desestimando uno a uno los argumentos que por largos años había esgrimido para mantener la jurisprudencia de la sentencia *Semoules*. En este sentido afirmó:

“No se puede haber repetido suficientemente seguido que la era de la supremacía incondicional del derecho interno ha acabado. Las reglas internacionales de derecho, particularmente aquellas provenientes de Europa, han gradualmente conquistado nuestro universo legal sin dudar mayormente en usurpar la competencia del Parlamento (...) De esta forma ciertas áreas completas de nuestro derecho, como aquellas de la economía, empleo o protección de los derechos humanos, hoy genuinamente se originan en legislación internacional.”<sup>321</sup>

La situación para el Consejo de Estado era bastante compleja si lo que buscaba era mantener su jurisprudencia. En primer lugar, por el contexto que, como se señaló, era todo menos auspicioso a su postura. En segundo lugar, porque mantener la jurisprudencia *Semoules* creaba además algunas inconsistencias dentro del sistema francés. La divergencia doctrinal entre la *Cour de Cassation* y el Consejo de Estado traía absurdas consecuencias prácticas, pues los ciudadanos franceses no podían basar sus posiciones en normas europeas ante el Consejo de Estado, sí pudiendo hacerlo en cualquier otra corte administrativa de otro Estado miembro. Al cambiar su posición, el Consejo de Estado eliminaría tales inconsistencias. Y, en tercer lugar, puesto que el giro jurisprudencial le daría alguna posibilidad de ganar la influencia internacional que había perdido. Frydman destacó este punto señalando que al negarse a controlar la compatibilidad del derecho francés con el derecho europeo, el Consejo de Estado estaba, en la práctica, cediendo el asunto a los tribunales internacionales.

En todo caso, aunque el comisario de gobierno recomendó a este Consejo cambiar su jurisprudencia, ello no significó que recomendara adoptar la posición del TJCE respecto de la supremacía del derecho comunitario, pues la consideraba carente de fundamentos legales. En su opinión, el artículo 55 de la Constitución francesa era la única base legal por la que los jueces nacionales debían hacer cumplir la supremacía del derecho comunitario. Con esta estrategia, el CET mantendría su independencia.

---

<sup>321</sup> *Ibidem*, p.183.

El Consejo de Estado acogió los argumentos del comisario de Gobierno. Así, primero afirmó la compatibilidad de la ley francesa con el derecho comunitario para señalar después que “según el artículo 227 (1) del Tratado del 25 de marzo de 1957 que establece la Comunidad Económica Europea, ‘este Tratado se aplicará a...la república francesa’. Las reglas señaladas más arriba establecen que la Ley del 7 de julio de 1977, no son incompatibles con las claras estipulaciones del arriba mencionado artículo 227 (1) del tratado de Roma.”<sup>322</sup>

La base legal para la supremacía del derecho internacional fue, en opinión del Consejo, que el artículo 55 autorizaba a los jueces nacionales para dejar sin efecto estatutos que fuesen contrarios a los tratados. Este fue exactamente el argumento que el procurador Pepy había esgrimido casi 40 años antes, pero en esa ocasión había sido desestimado por el comisario de gobierno Questiaux, manteniéndose la jurisprudencia contraria a lo largo de todos esos años.

De esta forma, en el año 1989, todas las cortes supremas francesas habían aceptado su rol de hacer cumplir la supremacía del derecho de la Comunidad Europea por sobre la ley nacional. La sentencia *Nicolo* significó la apertura del Consejo de Estado a aceptar esta supremacía, pero no la jurisprudencia del TJCE, manteniéndose los desacuerdos respecto a la supremacía del derecho europeo por sobre la Constitución; a la existencia de una sistema legal ‘especial’ distinto a las otras formas de derecho internacional y, respecto de quien era la autoridad final para interpretar los límites de la autoridad del derecho europeo en Francia.

#### **e) Quinto periodo: Los Consejos buscan una relación de mutua influencia con el TJCE.**

La aceptación del rol de hacer cumplir la supremacía del derecho comunitario en Francia no fue sino parte de la estrategia que los dos consejos franceses diseñaron para obtener mayor influencia en la integración europea. Una mayor influencia les permitiría limitar la expansión y autoridad de este derecho dentro del sistema político francés.

---

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 191.

En 1974, se modificó la Constitución francesa permitiendo que se autorizara a 60 senadores o diputados a plantear cuestiones sobre constitucionalidad de leyes nacionales ante el Consejo Constitucional ello, no obstante, no incluía a los tratados. El artículo 54 señalaba que sólo el presidente de la República, el presidente del Senado o el presidente de la Asamblea Nacional podían referir preguntas concernientes a tratados y a enmiendas de tratados frente el Consejo constitucional. Como estos actores políticos estaban de acuerdo con la integración europea, entonces, el *Conseil Constitutionnel* había sido excluido de los debates políticos relevantes sobre la autoridad del derecho comunitario.

Dado el panorama, no fue sino hasta el Acuerdo Schengen que no constituía un tratado propiamente tal, sino que se le entendió como una ley francesa, que el CC logró involucrarse en el debate acerca de la expansión del derecho europeo.

Desde la perspectiva de los recurrentes, la delegación de autoridad sobre asuntos tan delicados como control fronterizo y la política de inmigración constituían una transferencia inaceptable de soberanía a la Comunidad Europea. En la referencia, los recurrentes solicitaron al Consejo Constitucional que se pronunciara sobre qué constituía una ilegal transferencia de soberanía y qué era una aceptable limitación de la misma. Por la naturaleza del Acuerdo Schengen, el Consejo debía aceptar o rechazar el texto como un cuerpo, no pudiendo pronunciarse por partes. Además, coetáneamente al conocimiento de los tratados Schengen, el Tratado de Maastricht estaba en redacción y, dado que el cambio en la política monetaria era evidentemente una transferencia de soberanía superior a la entrega de la política de ingreso a Francia, el Consejo estaba frente a una referencia mucho más complicada de que lo que parecía inicialmente. En este contexto, el Consejo optó por evadir un pronunciamiento sobre el asunto principal y, en cambio, utilizar el caso Schengen como una suerte de trabajo preliminar que sirviera de antesala a la posterior revisión profunda a propósito del TUE.<sup>323</sup>

La sentencia *Schengen* extendió el poder del Consejo Constitucional para revisar todas las preguntas acerca de la conformidad de las obligaciones

---

<sup>323</sup> Sentencia CC de 25 de julio de 1991, asunto Schengen, C-91/294, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 91.

internacionales con la Constitución, incluyendo cualquier acto que modificara un tratado internacional. En este fallo, declaró que Francia no podía vincularse por obligaciones inconstitucionales. Como resultado, el Parlamento no podía ratificar, validar o autorizar un compromiso internacional contrario a la Constitución.

En definitiva, la sentencia en comento estableció aquello que ya había sido aceptado: la Constitución era suprema al Derecho Comunitario. Después de una sentencia como ésta, habría sido difícil para el presidente Mitterrand soslayar el envío del Tratado de Maastricht al Consejo Constitucional para su revisión.<sup>324</sup>

Respecto de la ratificación del Tratado de Maastricht, el Consejo Constitucional dictó tres sentencias.

En la primera de ellas, el Consejo Constitucional evaluó si el Tratado de la Unión Europea era contrario a la Constitución Francesa. Para ello, debía hacerse cargo que la distinción que el mismo órgano había formulado años antes entre una limitación a la Constitución y una ilegal transferencia de soberanía. Muchos habían sostenido que dicha distinción no era para nada clara.

En *Maastrich I*, el Consejo optó por una posición intermedia señalando:

“El respeto a la soberanía nacional no puede ser un obstáculo para que (...) Francia sea capaz de concluir, bajo reserva de reciprocidad, compromisos internacionales con una visión de participar en la creación o desarrollo de una organización internacional permanente, con personalidad legal e investida con poder de decisión con el efecto de transferir las competencias consentidas por los estados miembros.”<sup>325</sup>

La diferencia entre transferir competencias y transferir soberanía no estaba todavía clara, pero el TJCE había usado el término ‘transferencia de competencias’ en su sentencia *Costa contra ENEL* y, por lo tanto, era aceptada en la comunidad legal. El Consejo Constitucional revisó luego cada uno de los ámbitos en los que se producía esta transferencia de competencias llegando a la conclusión de que era necesario enmendar la Constitución antes de que el tratado pudiera ser ratificado.

---

<sup>324</sup> ZOLLER, E., *Droit des affaires étrangères*, Francia, Presses Universitaires de France, 1992, p.280.

<sup>325</sup> Sentencia CC de 9 de abril de 1992, asunto Maastricht, C-92/308, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 91.

Dado lo anterior, el Parlamento francés insertó un nuevo artículo 88 dentro de la Constitución, que permitía a Francia la transferencia de competencias necesarias para el establecimiento de una unión económica y monetaria, y la creación de reglas comunes respecto a las fronteras externas de los estados miembros. Éste, además autorizó a los ciudadanos comunitarios residentes en Francia el derecho a voto en ciertas elecciones.<sup>326</sup> El fallo implicaba que las posteriores transferencias de competencias debían ser revisadas por el Consejo Constitucional.

Como ocurrió en Alemania, la Asamblea Nacional usó el requerimiento de enmienda constitucional para verse involucrada en el proceso de integración europea. En definitiva, el nuevo artículo 88-4 requería que el gobierno consultara a la Asamblea Nacional acerca del derecho europeo que se estaba debatiendo en el Consejo de Ministros.<sup>327</sup>

En la sentencia *Maastricht II*, el requerimiento se produjo luego de que la sentencia Maastricht de Dinamarca rechazara el tratado y que se hubiera llamado al referéndum en Francia. Entonces, el Consejo Constitucional tenía que considerar el requerimiento en medio de un debate político sobre la ratificación del TUE.

Buscando reservarse para sí el derecho a definir los límites inalienables de la soberanía nacional, el Consejo Constitucional se negó a reabrir el debate que ya había saldado en su sentencia *Maastricht I*. De esta forma, declaró que la constitucionalidad del TUE era cosa juzgada, por lo que no sería sujeta a reexaminación. Sin embargo, sí se consideró competente para revisar la constitucionalidad de la ley que autorizaba la ratificación del TUE concluyendo que ésta establecía requerimientos constitucionales para la ratificación del Tratado.<sup>328</sup> Así, el principal requerimiento constitucional era la celebración del referéndum.

---

<sup>326</sup> STONE, A., *The birth of judicial politics in France: the Constitutional Council in comparative perspective*, Reino Unido, Oxford University Press, 1993, pp. 75-77.

<sup>327</sup> ALTER, K. J., *Op. Cit.* p.169

<sup>328</sup> Sentencia CC de 2 de septiembre de 1992, asunto Maastricht II, C-93/312, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 76.

Más tarde, el grupo de los denominados euro-escépticos intentó reabrir el debate, pero el Consejo Constitucional se negó a revisar la constitucionalidad de los referéndums públicos.<sup>329</sup>

Uno de los puntos más destacables de las sentencias Maastricht es la insistencia por parte del *Conseil Constitutionnel* respecto a que la reciprocidad es un requisito para la obligatoriedad de los deberes del derecho Comunitario. De hecho, esto produjo la enmienda constitucional que comentamos más arriba.

Pero, la victoria más digna de mención dentro de la dinámica de las decisiones Maastricht es el nuevo rol que el Consejo decidió para sí mismo en el proceso de ratificación de los tratados. Tan asentado quedó su rol que cuando el Tratado de Ámsterdam fue considerado por el Parlamento francés, el Consejo Constitucional fue debidamente consultado para que realizara el control de constitucionalidad respectivo.<sup>330</sup>

Más recientemente, el *Conseil Constitutionnel* en sentencia de 19 de noviembre de 2004 sobre la constitucionalidad del Tratado que establece una Constitución para Europa, señaló que la Constitución Europea no producía ninguna “incidencia sobre la constitución francesa y su lugar en la cima del orden jurídico interno”.<sup>331</sup> Con ello el CC dejó claro que en Francia el derecho comunitario tiene efecto sólo en la medida que las normas de la Constitución francesa lo permitan.

El Consejo de Estado también buscó crear para sí un rol más importante en el proceso de integración europea. Siguiendo la sentencia *Nicolo*, el *Conseil de l'État* dictó una serie de fallos más ‘amistosos’ respecto del derecho comunitario, en los que intentó posicionarse de forma más simétrica en el derecho internacional.

En 1989 en su sentencia *Alitalia* permitió a los particulares plantear directamente litigios basados en directivas europeas que contradijeran el derecho

---

<sup>329</sup> Sentencia CC de 23 de septiembre de 1992, asunto Maastricht II, C-93/313, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 94.

<sup>330</sup> Sentencia CC de 31 de diciembre de 1997, asunto Tratado de Ámsterdam, C-97/394, , Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 344.

<sup>331</sup> Sentencia CC de 19 de noviembre de 2004, asunto Tratado que establece una Constitución para Europa, citado por Hartley, T.C., Op. Cit., p. 255. Texto original en francés traducción propia.



interno.<sup>332</sup> En 1990, el Consejo de Estado dictó su primera sentencia en la que aplicaba el derecho comunitario por sobre una ley francesa.<sup>333</sup> En el fallo subsecuente, sobre el caso *GISTI* este Consejo entregó a los jueces administrativos la autoridad para interpretar los tratados de la comunidad Europea, sin referirlos antes al ministro de relaciones exteriores.<sup>334</sup> Y, por último, en el caso *Sociétés Rothman et Philip Morris* puso punto final a la controversia que la regulación francesa había producido respecto del derecho europeo y afirmó su aceptación respecto de la jurisprudencia que el TJCE había establecido por medio del caso *Francovich* que permitía a los tribunales nacionales declarar la responsabilidad del Estado cuando impropriadamente implementaba una directiva de la Comunidad.<sup>335</sup>

Además, el Consejo de Estado cumple un rol consultivo importante. Después de las reformas de Maastricht, el Consejo de Estado convenció al gobierno de que le diera un nuevo rol consistente en la revisión de los borradores de textos legales de la Comunidad Europea que se enviaban al gabinete francés, para determinar su naturaleza y la consiguiente necesidad de revisión por parte del Parlamento. En este examen, el Consejo de Estado no realiza simplemente una revisión de normas procedimentales, sino que tasa la utilidad de la legislación, identifica las áreas del derecho nacional que la legislación propuesta puede afectar y establece cuales serían sus costos y beneficios. Ello, según algunos autores, le permite a este Consejo preservar el balance del sistema legal francés.<sup>336</sup>

Como podemos observar de la revisión realizada más arriba, el caso francés se diferencia de la experiencia alemana en que raramente se produjo algún tipo de interacción directa entre los tribunales franceses y el TJCE. La cuestión prejudicial comunitaria fue escasamente usada, lo que se explicaba a través de una serie de razones procedimentales hacían “técnicamente imposible” siquiera la consideración de

---

<sup>332</sup> Sentencia CET de 3 de febrero de 1990, *Compagnie Alitalia*, Recueil Lebon 44, CMLR 248.

<sup>333</sup> Sentencia CET de 24 de septiembre de 1990, *Boisedet*, Recueil Lebon 251.

<sup>334</sup> Sentencia CET de 29 de junio de 1990, asunto *GISTI*, *Revue general du Droit International Publique* 879.

<sup>335</sup> Sentencia CET de 28 de febrero de de 1992, *Sociétés Rothman et Philip Morris and Arizona Tobacco*, Recueil Lebon 78. Sentencia TJCE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich and Bonifaci* contra República italiana, C-9/90.

<sup>336</sup> ALTER, K. J., *Op. Cit.*, p.172

la relación entre el derecho comunitario y el derecho nacional francés. No obstante, ello no implica que no existiera interacción indirecta, pues la mayoría de las veces las sentencias de las más altas cortes galas se producían como respuesta a jurisprudencia que el TJCE buscaba consolidar.

Pese las diferencias evidentes entre el caso francés y el alemán, es posible hacer un paralelo entre ambas dinámicas, por lo menos, en lo que se refiere a sus fases finales. En este sentido, podemos concluir que los máximos tribunales de estos países se percataron tanto de la necesidad de participar en el proceso de integración a riesgo de perder su autoridad, como de su obligación de hacerse cargo de la nueva realidad jurídica naciente, pues en caso contrario sus ciudadanos serían los que se verían marginados del proceso de toma de decisiones tanto a nivel comunitario como a nivel nacional.

### **3.4 El Caso Español.**

España se incorporó a la Comunidad Europea a través de la celebración del Tratado de adhesión firmado el 12 de junio de 1985. Su membresía entró en vigor en 1 de enero de 1986. A esas alturas ya se habían establecido los principios de efecto directo y supremacía del derecho comunitario, por lo que en el acto de ratificación el Estado español aceptaba el *acquis comunitario*, que los incluía.

La norma constitucional que permitió la inserción de Estado de España dentro de la Comunidad europea fue el artículo 93 de la Constitución española (en adelante “CES”) que señala:

“Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados internacionales por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio 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.”

Este artículo prevé la posibilidad de que determinados tratados internacionales supongan la atribución de competencias constitucionales a organizaciones internacionales, de modo que sus actos tengan eficacia directa en el orden interno. De este modo, estamos frente a una Constitución que acoge la teoría monista en lo que se refiere a la relación entre el Derecho nacional y el Derecho internacional. Así lo señala Ángel Rodríguez al afirmar: “las normas producidas por las organizaciones internacionales a las que España se ha adherido por esta vía, no necesitan para surtir efectos internos, ningún otro acto de consentimiento estatal.”<sup>337</sup>

Por otra parte, en lo que se refiere a la situación que el TJCE tiene dentro del derecho español, cabe mencionar que el artículo 117.5 de la CES consagra el principio de unidad jurisdiccional como “base de la organización y funcionamiento de los tribunales”. Además, el inciso tercero del mismo artículo atribuye “el ejercicio de la potestad jurisdiccional (...) exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes”. Estos principios impiden la existencia de jurisdicciones especiales, consolidándose de esta manera, el monopolio estatal en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Posteriormente, la Ley orgánica constitucional del poder judicial de 1983 completó el tenor de la norma constitucional con un doble argumento. Primero, se fundamenta en el artículo 3.1 que excluye del artículo 117.5 cualquier otra potestad jurisdiccional reconocida por la Constitución española a órganos diversos de los previstos en la Ley de Tribunales. Y, segundo, con referencia a la exclusividad, cuando atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, además de a los juzgados y tribunales, a cualesquiera otros tribunales previstos en los tratados internacionales (artículo 2.1 Ley orgánica del Poder Judicial).<sup>338</sup>

Por último, el ya citado artículo 93 permite la cesión de competencias soberanas, entre ellas las jurisdiccionales, por lo que se valida la cesión de estas facultades realizadas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, potestad que vendría entonces a ser derivada de la cesión del Estado español.<sup>339</sup>

---

<sup>337</sup> RODRÍGUEZ, A., Integración europea y derechos fundamentales, España, Ed. Civitas, 2001, p. 59

<sup>338</sup> GIMENEZ SÁNCHEZ, I. La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE, España, Ed. Thomson Aranzadi, 2003, p.22.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p.23.

De esta forma, se resuelve de forma simple la eficacia de las sentencias del TJCE en el derecho interno de España, pues al ser un tribunal reconocido de forma amplia que ejercita competencias cuya cesión está autorizada por la norma fundamental de este país, los fallos del TJCE son vinculantes en España.

Pese a lo anterior, cabe señalar que los tribunales españoles no son especialmente activos en los que se refiere a la presentación de cuestiones prejudiciales comunitarias. De hecho, España ocupa el octavo puesto en el número de reenvíos con número total de 145.<sup>340</sup>

Sorprende este dato, especialmente porque se contrapone con la actitud de firme europeísmo mantenida por los sucesivos gobiernos españoles. Por ejemplo, en lo que se refiere a la inclusión de la ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht. Si bien, el concepto de ciudadanía había comenzado a esbozarse durante los años ochenta a instancias del Consejo Europeo y del Parlamento Europeo, su inclusión fue fruto de una iniciativa española.<sup>341</sup>

Antes de comenzar la indagación específica del caso español es necesario hacer una breve explicación sobre la estructura del poder judicial en España.

El poder judicial Español se divide en dos ramas. En primer lugar, los tribunales ordinarios que conocen de asuntos civiles, penales, sociales y contencioso-administrativos. Esta rama está compuesta por los tribunales de Paz, los Juzgados de primera instancia, las Audiencias Provinciales (que son una suerte de Corte de Apelaciones de las resoluciones dictadas por los tribunales de primera instancia), la Audiencia Nacional (que conoce asuntos de especial trascendencia criminal, política o social) y los tribunales superiores de justicia (que son los órganos judiciales ante los que se agotan las sucesivas instancias procesales de las causas iniciadas en cada comunidad autónoma). La segunda rama es la jurisdicción especial, que conoce de

---

<sup>340</sup> Estadísticas judiciales del tribunal de Justicia en Informe anual de las actividades del Tribunal de Justicia 2003. [En línea] <<http://curia.eu.int/es/instit/presentationfr/index.htm>> [Consultado el de mayo de 2008]

<sup>341</sup> GÓMEZ SANZ X. y RIPOL CARULLA S. Cuestiones de política judicial y proceso europeo de integración jurídica, En: Integración europea y Poder judicial, Op.,. Cit., p.55

asuntos consuetudinarios, militares, y de cuentas. Sobre todos ellos se encuentra el Tribunal Supremo, salvo lo dispuesto sobre las garantías constitucionales.

Finalmente se encuentra el Tribunal Constitucional, que es el llamado a conocer todos los asuntos de relevancia constitucional que se susciten en territorio español. Cabe decir que su competencia no está supeditada a la revisión de ningún órgano, por lo que es el intérprete supremo de la Constitución.

Los asuntos que tendrán importancia dentro de la dinámica entre el derecho Comunitario y el derecho nacional español serán la amplitud de la supremacía del Derecho comunitario<sup>342</sup> y la interpretación del artículo 93 de la Constitución Española.

Estos asuntos estarán presentes en los 23 años de evolución de la relación entre España y la CE, los que agruparemos en tres etapas hasta la completa aceptación de la supremacía del Derecho EC en el 2004.

**a) Primer periodo: Poca influencia de los Tribunales españoles a nivel comunitario, aceptación limitada del principio de supremacía comunitaria y entrega por parte del TCE del conocimiento del derecho derivado a la jurisdicción ordinaria 1989-1998**

La primera referencia de importancia en el caso español, es aquella que dio lugar a la ya comentada sentencia *Ford España*. Esta cuestión prejudicial fue formulada por la Audiencia Provincial de Valencia, en relación con un recargo por el despacho aduanero de mercancías establecido en la Ley de presupuestos de 1984. En virtud de ello el TJCE, en sentencia de 11 de julio de 1989,<sup>343</sup> afirmó que era “el juez nacional encargado de aplicar, en asuntos que sean de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario” y “está obligado a garantizar plenos efectos a dichas normas, dejando de oficio inaplicada, si es necesario, cualquier disposición de

---

<sup>342</sup> Pues como ya hemos explicado el principio en sí ya había sido acogido por España desde el comienzo de su membresía.

<sup>343</sup> Sentencia TJCE de 11 de julio de 1989, asunto Ford España, C-170/88)

la legislación nacional que pueda ser contraria, sin que sea preciso pedir o esperar la derogación previa de dicha disposición”<sup>344</sup>.

Además, durante esta etapa se formularon dos de las referencias más importantes del caso Español.

La primera de ellas, dio lugar a la importante sentencia *Marleasing*.<sup>345</sup> El origen de este asunto se halla en la demanda interpuesta por Marleasing S.A. en la que solicitaba se declarara la nulidad del contrato de sociedad por el que constituyó la entidad mercantil “La Comercial Internacional de Alimentación”, al comprender la demandante que la única finalidad del mencionado contrato era sustraer el activo de una de las sociedades participantes en “La Comercial” de la acción de los acreedores. Marleasing fundamentaba su demanda en los artículos 1261 y 1275 del Código Civil español que establecen que los contratos carentes de causa o con causa ilícita son nulos. La entidad demandada se opuso a la demanda tomando como base de su posición el artículo 11 de la Directiva 68/151 en el que se enumeran de forma taxativa las causas de nulidad de la sociedad anónima. Entre las señaladas no figura la falta de causa.

El Juzgado de Oviedo formuló al TJCE la siguiente cuestión prejudicial comunitaria:

“¿Es aplicable el artículo 11 de la Directiva Comunitaria 68/151 del Consejo, de 9 de marzo de 1968, no desarrollada en el derecho interno, para impedir la declaración de una sociedad anónima fundada en causa distinta de las enumeradas en dicho artículo?”<sup>346</sup>

El TJCE reformuló la cuestión señalando:

“De los autos se desprende que el órgano jurisdiccional nacional pretende, en esencia, dilucidar si el juez nacional al que se le somete un litigio relacionado con alguna materia comprendida en el ámbito de aplicación de la directiva (...) tiene la obligación de interpretar su

---

<sup>344</sup> Esta jurisprudencia, se asentó luego en sentencia TJCE de 5 de marzo de 1998, asunto Solred, C-347/96, y sentencia TJCE de 22 de octubre de 1998, Ingogf, C10/97 y 22/97.

<sup>345</sup> Sentencia TJCE de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing S.A. contra La Comercial Internacional de Alimentación*, C-106/89. Esta sentencia que ya fue comentada con respecto al principio de efecto indirecto, será tratada en profundidad en este apartado.

<sup>346</sup> GÓMEZ SANZ X. y RIPOL CARULLA,S. Cuestiones de política judicial y proceso europeo de integración jurídica, *En: Integración europea y Poder judicial*. Ponencias presentadas a las Jornadas celebradas en Bilbao los días 23,24 y 25 de febrero de 2005, Ed. Oñati, 2006, p.55

derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva...<sup>347</sup>

De esta manera el TJCE establecía la doctrina de la interpretación conforme o del “efecto indirecto” afirmando:

“...El juez nacional que conoce de un litigio sobre una materia comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/151 está obligado a interpretar su derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por una causa de las enumeradas en su artículo 11.”

La segunda referencia de relevancia es el caso *Aldo Bordessa*<sup>348</sup>. Su importancia radica en que ilustra cómo el TJCE opera a partir de las categorías de las instituciones de derecho interno y establece el significado y alcance de las normas de derecho comunitario, utilizando las primeras.

El 10 de noviembre de 1992, el señor Aldo Bordesa, de nacionalidad y residencia italiana, se presentó en la Aduana de la Junquera (Girona) con destino a Francia. Durante una inspección del vehículo se descubrieron, escondidos en diversos lugares, billetes de banco ascendientes a 50 millones de pesetas. Al carecer de la autorización exigida por la legislación española para la exportación de dicha suma de dinero, se detuvo al señor Bordesa y se aprehendió el dinero. Nueve días después, el matrimonio Marí Mellado y Barbero Maestre fue también detenido por idéntico motivo, confiscándose en ese caso 38 millones de pesetas.

En estas acciones las autoridades españolas actuaron en conformidad con el apartado 1 del artículo 4 del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior, que establece que la exportación, en particular, de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador que estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera, estará sujeta a previa declaración cuando su importe sea superior a 1 millón de pesetas por persona y viaje y, a previa autorización administrativa, cuando su importe sea superior a 5 millones por persona y viaje.

---

<sup>347</sup> *Ibidem*, párrafo 7.

<sup>348</sup> Sentencia TJCE de 23 de febrero 1995, Procesos penales contra Aldo Bordessa, Vicente Marí Mellado y Concepción Barbero Maestre, Asuntos Acumulados C-358/93 y C-416/93.

La Audiencia Nacional formuló al TJCE una cuestión prejudicial planteándole, entre otras cosas, la siguiente pregunta: “Una reglamentación como la descrita en las cuestiones anteriores ¿es compatible con lo dispuesto en los artículos 1 y 4 de la Directiva Comunitaria 88/361?” Cabe mencionar que esta directiva concluyó la liberalización completa de los movimientos de capitales y, a tal efecto, impuso a los Estados miembros, en su artículo 1, la obligación de suprimir las restricciones a los movimientos de capitales que tienen lugar entre las personas residentes en los estados miembros. Sin embargo, con arreglo al párrafo primero del artículo cuarto de esta misma directiva, los estados miembros pueden adoptar medidas indispensables para impedir las infracciones a sus leyes y Reglamentos, en particular, en materia fiscal o de control prudencial de las entidades financieras, y establecer procedimientos de declaración de los movimientos de capitales que tengan como objeto la información administrativa o estadística.

En su sentencia el TJCE se mostró sensible a los argumentos de las autoridades españolas, señalando que el párrafo primero del artículo 4 de la directiva, debe interpretarse en el sentido de autorizar otras medidas, siempre que tengan por objeto impedir actividades ilícitas de gravedad comparable, como el blanqueo de dinero, el tráfico de estupefacientes y el terrorismo, pues estas actividades justificaban, según lo que alegaron los representantes españoles en el proceso prejudicial, las medidas de autorización o declaración exigidas en la normativa española. En estas circunstancias –concluyó el tribunal-, procede señalar que “los artículos 1 y 4 de la Directiva se oponen a que la exportación de monedas, billetes de banco o cheques al portador se supedite a una autorización previa (una medida que podría producir el efecto de obstaculizar los movimientos de capitales efectuados de conformidad con las disposiciones del derecho comunitario), pero, por el contrario, no se oponen a que dicha operación se supedite a una declaración previa”.<sup>349</sup>

En el asunto *Aldo Bordesca*, en definitiva, el Tribunal de Justicia utilizó como elemento interpretativo de los artículos 1 y 4 de la directiva, la normativa española y fue precisamente a partir de la consideración de ésta última que moduló el alcance de los motivos que justifican la adopción por los estados miembros de medidas de control

---

<sup>349</sup> *Ibidem*, párrafo séptimo.



de una de las libertades económicas fundamentales: la libertad de circulación de capitales.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (en adelante “TCE”) en este periodo explica en buena medida la carencia de acciones coordinadas por parte de los tribunales españoles con respecto al derecho europeo.<sup>350</sup>

El casuismo del TCE relativo al derecho comunitario presenta dos elementos principales: (i) la caracterización del artículo 93 de la Constitución española como una norma puramente orgánico-procedimental, y (ii) la auto exclusión por la que el TCE ha optado a la hora de revisar la corrección de la aplicación del derecho comunitario por parte de los poderes públicos del Estado. Esta posición del TCE fue fuertemente criticada por parte de los académicos prointegración, sin embargo, algunos autores opinan que no estaba exenta de coherencia en cuanto a los principios que la sustentan.<sup>351</sup>

En el fallo de 14 de febrero de 1991<sup>352</sup> el TCE, citando expresamente la sentencia *Costa contra ENEL*, de 15 de julio de 1964, caracterizó al derecho de la CE como un “ordenamiento jurídico propio”, autónomo, formado por los tratados originarios (los constitutivos de las comunidades europeas) y los actos adoptados por las instituciones comunitarias, cuyas disposiciones obligan al Estado español y en él son aplicables. Luego, este tribunal se ocupó de justificar la obligatoriedad del derecho comunitario. Para ello, se remitió al Tratado de adhesión de España a las comunidades europeas y a las posteriores modificaciones de los tratados constitutivos. En este sentido, señaló que fue mediante el acto de ratificación que se expresó la soberanía estatal.

Por otra parte señaló que era la CES la que prevía mecanismos para asegurar que los tratados que integran el derecho comunitario originario se respeten y se conformen a sus principios y normas. Estos controles están en manos del TCE y, como en el caso del recurso previo de constitucionalidad (artículo 95.2 CES), han sido

---

<sup>350</sup> GÓMEZ SANZ X. y RIPOL CARULLA,S. Cuestiones de política judicial y proceso europeo de integración jurídica, *En: Integración europea y Poder judicial. Ponencias presentadas a las Jornadas celebradas en Bilbao los días 23,24 y 25 de febrero de 2005*, Ed Oñati, 2006, p.58

<sup>351</sup> *Ibidem*.

<sup>352</sup> Sentencia TCE de 14 de febrero de 1991, c-28/91, p.4

debidamente utilizados o serán utilizados en el futuro (como la cuestión de constitucionalidad). Es por ello que una eventual contradicción entre el derecho de la CE originario y el derecho español no había de escapar del control del TCE, el que podría incluso realizar un examen material de su contenido.

El problema se produjo respecto del derecho comunitario derivado, pues como éste es adoptado por las instituciones y fuentes comunitarias, no podía ser contrastado con la Constitución a efectos de examinar su validez, ni tampoco podía ser declarada su nulidad, la que sólo podía ser decretada por el TJCE. Continúa señalando que ni siquiera el inciso último del artículo 93, que prevé que las cortes generales o el gobierno garantizan el cumplimiento del Tratado de adhesión y del derecho comunitario, dotaban de rango constitucional a la eventual disconformidad entre el derecho europeo derivado y el derecho interno español, ya que “este precepto determina simplemente los órganos estatales a los que, según el tipo de actividad que demanda la puesta en práctica de las decisiones comunitarias, se encomienda la garantía del cumplimiento de la legislación comunitaria europea”<sup>353</sup>.

De lo anterior el TCE ha concluido que la tarea de garantizar la correcta aplicación del derecho comunitario corresponde al TJCE y a los tribunales ordinarios, en una función que, en lo que se refiere a los tribunales españoles, se ha considerado como un mero problema de selección de la norma aplicable al caso concreto. Para llegar a esta solución el TCE parte nuevamente de las normas relativas al control de los tratados internacionales, señalando:

“Ningún tratado internacional recibe del artículo 96.1 más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (Sentencia TC 49/1988), sino que, como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un

---

<sup>353</sup> *Ibidem*.

conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.<sup>354</sup>

Con esta sentencia el TCE marcó su jurisprudencia en este periodo y el siguiente. En definitiva, dado que el procedimiento de celebración de los tratados indicados está regulado en el artículo 93 de la Constitución española, éste se convierte en fuente de validez formal de los mismos. Desde esta perspectiva, el TCE ha caracterizado a este artículo como un precepto meramente procedimental.<sup>355</sup>

Todo ello se compendió en la declaración 1/1992 del TCE, en la que señaló que lo anterior se aplicaba específicamente para la adhesión de un tratado que atribuye el ejercicio de competencias soberanas a una organización internacional con capacidad normativa propia y que cuya aplicación corresponde a los órganos judiciales y administrativos españoles.

No obstante, respecto de la exclusión que realiza de sí mismo en lo que se refiere al conocimiento de asuntos que versen sobre derecho comunitario derivado, ésta se ha extendido también a los recursos de amparo, dando origen a una jurisprudencia calificable de errática. Lo anterior ha tenido como consecuencia la indefensión de los particulares en el caso de una incorrecta o arbitraria aplicación del derecho comunitario por parte de los jueces nacionales.<sup>356</sup>

La primera sentencia en este sentido fue la dictada en el asunto 64/1991 de 22 de marzo de 1991. El origen de esta sentencia se haya en el recurso de amparo interpuesto por la Asociación Profesional de Empresarios de Pesca Comunitarios (APESCO) contra el acuerdo de la Secretaría General de Pesca, de 26 de agosto de 1986, por el que se aprobó el proyecto de lista periódica de buques autorizados a faenar en los Caladeros de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste para el mes de septiembre de 1986, y contra las sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 1987 y de la sala quinta del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988, que

---

<sup>354</sup> *Ibidem*, p.5

<sup>355</sup> *Ibidem*.

<sup>356</sup> MANGAS, M., LIÑAN NOGUERAS Nogueras, DJ, Instituciones y derecho de la Unión Europea, España, Ed. Tecnos, Cuarta edición, 2004, p.519 y ss.

confirmaron el proyecto en comento. En la demanda, se reprochaba a tales resoluciones por la vulneración del principio de igualdad (14 TUE) y la violación de derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 TUE). El acto que de forma específica implicaba una vulneración al principio de igualdad era la Orden de 12 de junio de 1981, más los actos de aplicación de la misma confirmados todos por las resoluciones judiciales ya citadas.

El Tribunal constitucional Español respondió al respecto:

“No corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al derecho comunitario europeo. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso por incumplimiento (art. 170 TUE). La tarea de garantizar la recta aplicación del derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales.”<sup>357</sup>

Al fundamentar su decisión el TCE se basó, al igual que en el asunto 28/1991, únicamente en el tratado de adhesión interpretándolo a la luz de las disposiciones constitucionales relativas a tratados internacionales. De paso, implícitamente limitó el principio de supremacía del derecho comunitario abogando por una férrea defensa de la Constitución al afirmar que:

“...la vinculación al derecho comunitario –instrumentalizada, con fundamento en el artículo 93 de la Constitución, en el Tratado de Adhesión- y su primacía sobre el derecho nacional en las referidas materias no pueden relativizar o alterar las previsiones de los artículos 53.2 y 161.1 de la Constitución.”<sup>358</sup>

La doctrina de no incumbencia quedó definitivamente asentada con el asunto 111/1993, de 25 de marzo. En este caso, la demanda de amparo fue interpuesta por Ángel Gonzalo Gonzalo, miembro de la Asociación Profesional de Gestores Intermediarios en Promociones de Edificaciones (GIPE). Este ciudadano venía

---

<sup>357</sup> Sentencia TCE de 22 de marzo de 1991, asunto 64/1991, foja 4.

<sup>358</sup> *Ibidem*.

ejerciendo la actividad de intermediario inmobiliario, sin tener el título oficial de agente de la propiedad inmobiliaria, en razón de lo cual fue condenado por el 6º Juzgado Penal de la ciudad de Alicante producto de una denuncia presentada por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. El delito por el que se condenaba era el “intruismo” que estaba reconocido por el artículo 321.1 del Código Penal español.

Don Ángel Gonzalo Gonzalo alegaba que las sentencias de condena, vulneraban su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución Española, por haberse negado tanto el órgano judicial de instancia como el de apelación a plantear una cuestión prejudicial comunitaria ante el TJCE, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 177 TUE (hoy 234) puesto que existía incompatibilidad entre el Real Decreto 1464/1988 y el artículo 3 de la Directiva Comunitaria 67/43. El Real Decreto en cuestión atribuía con exclusividad el ejercicio de las actividades del sector inmobiliario a los agentes de la propiedad inmobiliaria y a los administradores de fincas, mientras que el artículo 3 de la Directiva 1464/1988 establecía la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas incluidas las del sector inmobiliario.

En su respuesta el TCE estimó que no había vulneración al artículo 24.1 de la Constitución española, puesto que el juez había estimado, en una decisión fundada, que no albergaba duda alguna respecto a la interpretación que debía darse a la directiva comunitaria, concluyendo que ésta no era aplicable a los hechos objetos del litigio.<sup>359</sup>

Sin embargo, lo errático de la jurisprudencia del TCE se ilustra en casos como el resuelto por la sentencia de 11 de septiembre de 1995.<sup>360</sup> En ella, el TCE otorgó el amparo a un nacional marroquí, quien había trabajado como tripulante en una empresa española (Fambar S.A.) y a quien se le negó, tanto por el Instituto Social de la Marina como por los tribunales del orden social, su solicitud de prestación por desempleo. Antar Ahmed impugnó las sentencias en comento, por entender que aquellas le habían discriminado en razón de su nacionalidad y solicitó el restablecimiento de su derecho a un trato igual, en aplicación del artículo 14 de la Constitución española. El TCE fundamentó su decisión sobre la base de que en desarrollo del Reglamento

---

<sup>359</sup> *Ibidem*, foja 2.

<sup>360</sup> Sentencia TCE de 11 de septiembre de 1995, asunto 130/1995.

2.211/1978 del Consejo de las Comunidades Europeas se aprobó el acuerdo de cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos, suscrito en la ciudad de Rabat el 27 de abril de 1976, cuyo artículo 41.1 constituye una disposición que ha de considerarse de aplicación directa en la Comunidad y que implica “una obligación precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto posterior” por parte de los estados miembros, como ha declarado el mencionado tribunal en su sentencia de 31 de enero de 1991.<sup>361</sup>

En esta ocasión el Tribunal Constitucional Español no consideró que carecía de competencia para conocer de estos asuntos, lo que desorienta a los tribunales ordinarios respecto de su labor.

No obstante, la jurisprudencia dominante en esta etapa es aquella en que el TCE trata a los conflictos surgidos a raíz de la aplicación del Derecho Comunitario derivado como conflictos de carácter infraconstitucional, y por lo tanto fuera del ámbito de sus competencias. De esta forma, ha dejado el control de compatibilidad entre el derecho comunitario y el derecho español en manos de las cortes generales a las que, además, ha legitimado discreción en la facultad de formular o no una cuestión prejudicial comunitaria de compatibilidad entre el derecho interno y el comunitario.

Por otra parte, se reafirma en este periodo lo señalado en el asunto 64/1991 acerca de los límites de la supremacía del derecho comunitario europeo respecto de la CES, lo que se confirmó a través de abundante jurisprudencia uniforme.<sup>362</sup>

En esta etapa, en lo que se refiere a los tribunales ordinarios, o bien, cortes generales, no puede hablarse de activismo judicial ni menos de influencia recíproca entre estas cortes y el TJCE. Ello, porque en todas las referencias relevantes de la época, el rol del tribunal interno es más bien pasivo. En definitiva, la importancia de los procedimientos analizados radica en que sirvieron de pretexto al TJCE para instaurar una nueva jurisprudencia como lo es la facultad de declarar la inaplicabilidad de oficio de una norma por parte de un juez nacional, la doctrina de la interpretación conforme y la utilización por parte del TJCE de las normas internas para interpretar el derecho

---

<sup>361</sup> Sentencia TJCE de 31 de agosto de 1991, asunto Kziber, C-18/30.

<sup>362</sup> Ver sentencias del Tribunal Constitucional 180/1993; 45/1996, de 25 de marzo; 201/1996 de 9 de diciembre; y 203/1996, de 9 de diciembre.

comunitario. Como vemos, en todos ellos no existe capacidad creadora de parte de los jueces españoles, pues ni sus referencias ni los fallos de los asuntos que dieron lugar a esas cuestiones prejudiciales supusieron una verdadera relación de cooperación sino que más bien una de subordinación por parte de los tribunales hispanos.

En cuanto al Tribunal Constitucional, esta etapa le sirvió para cimentar una pujante jurisprudencia que se mantuvo casi sin variaciones hasta el año 2004. Los tres puntos en los que giraban sus fallos fueron los siguientes: competencia para controlar los asuntos de derecho comunitario originario; infraconstitucionalidad de los asuntos de derecho europeo derivado con la consiguiente atribución competencial de los mismos a los tribunales ordinarios y limitación del principio de supremacía del derecho de la CE con respecto a las normas constitucionales.

**b) Segundo periodo: Desarrollo de los principios de efecto directo y supremacía del Derecho comunitario: atisbos de influencia recíproca 1999-2002.**

Durante este periodo sólo nos referiremos a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios pues, como ya señalamos, la doctrina del TCE se mantuvo constante hasta el año 2004. En este sentido, son tres las sentencias a las que vale hacer mención en lo que se refiere al parámetro comunitario en el control de legalidad de la norma interna.

En primer lugar, la sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (en adelante "TS"), en sentencia de 15 de marzo de 1999 resolvió el recurso interpuesto por la Coordinadora de Defensa medioambiental (CODA) contra los artículos 13.2 y 2 h) del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre que resultaban incompatibles con la Directiva comunitaria 92/43. El real decreto en comento establecía medidas que contribuían a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestre. La incompatibilidad consistía, en opinión del CODA, en que el real decreto no respetaba los límites impuestos por la directiva al regular las excepciones al régimen general de protección de las especies.

Como destaca Fernández Pérez,<sup>363</sup> en su sentencia el Tribunal Supremo demuestra conocer que en el caso de una directiva comunitaria, la eficacia directa de norma no está solamente en función de la precisión e incondicionalidad de la concreta disposición invocada sino de que el Estado miembro haya respetado los márgenes de apreciación de que disponía para alcanzar el resultado y, por tanto, que lo relevante es el carácter de la obligación impuesta al Estado.

En este sentido la resolución afirma:

“El reconocimiento del efecto directo vertical, esto es, la posibilidad de que los ciudadanos invoquen frente al Estado o que se impongan judicialmente de oficio determinadas disposiciones de directivas, (...) no exonera la Estado de su obligación de ejecutar aquellas mediante la adopción de las disposiciones internas necesarias. Obligatoriedad agravada, incluso cuando la directiva no tiene los requisitos que la hacen directamente aplicable en dichas relaciones verticales.”<sup>364</sup>

Lo que hace el órgano jurisdiccional, en definitiva, es establecer que el asunto controvertido consiste en “determinar si el precepto impugnado del real decreto respeta o contraviene la directiva que pretende transponer”.<sup>365</sup> En todo caso, conviene destacar que el TS resuelve la contravención de la directiva en términos de invalidez y no de mera aplicación (término con el que TCE se había referido a la función que las cortes generales ejercían cuando se pronunciaban sobre el derecho comunitario<sup>366</sup>).

La solución del TS responde a la jurisprudencia del TJCE, que en sentencia de 4 abril de 1978<sup>367</sup> había recordado que el derecho comunitario excluye la aplicación de la norma interna incompatible pero no limita el poder de los órganos jurisdiccionales competentes para elegir, entre los diversos procedimientos previstos en el ordenamiento nacional, los más apropiados para salvaguardar los derechos individuales conferidos por el derecho comunitario. Además, en sentencia de 22 de octubre de

---

<sup>363</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, B., Derecho comunitario y derecho interno: control de adecuación de la norma interna a la comunitaria, España, Revista Española de Derecho Internacional, volumen LII, 2000, pp.533-539.

<sup>364</sup> Sentencia TS de 15 de marzo de 1999, asunto CODA, foja 2. Citado por SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. Desarrollos recientes de la eficacia directa de las normas comunitarias, p.132 En: Integración europea y Poder judicial, Op. Cit., 2006.

<sup>365</sup> Ibidem, foja 2.

<sup>366</sup> Ver Sentencia de 14 de febrero de 1991, nota la pie número 328

<sup>367</sup> Sentencia TJCE 4 de abril de 1978, Asunto Lück, C-34/67.



1998<sup>368</sup> había señalado que el juez nacional estaba obligado a descartar la aplicación de la norma interna contraria, pero ésta obligación no limitaba la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar, entre los distintos procedimientos del orden jurídico interno, los que sean apropiados para salvaguardar los derechos individuales conferidos por el derecho comunitario.

Por otra parte, en esta sentencia del TS recibe aplicación una norma comunitaria ahora expresamente incluida en el derecho español en relación a que las disposiciones de naturaleza reglamentaria deben adecuarse a las normas comunitarias para que puedan considerarse legales

En segundo lugar, la Sala de los Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de enero del 2000, anula el artículo 16.1 del Real Decreto 176/1998 de 16 de febrero de 1998, que aprueba el estatuto de la Entidad Pública Empresarial de Correos y Telégrafos, por considerarlo en contravención al principio de independencia funcional recogido en el artículo 22 de la Directiva Comunitaria 97/67 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997. Esta directiva establece las normas comunes para el mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad de este servicio.

Nuevamente, el Tribunal Supremo controla de forma directa una disposición de carácter general y la anula por implementar incorrectamente una directiva comunitaria, cuerpo legal que, en definitiva, actúa como parámetro de validez de la norma interna. En esta resolución el Tribunal Supremo aplica el principio de supremacía de la norma comunitaria, concluyendo que debe anularse a la norma nacional incompatible:

“Según se deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (por todas, sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, asunto 106/1977 y Ford España, de 11 de junio de 1989, asunto 170/1988) y de nuestra propia doctrina constitucional (SSTC 28/1991, de 14 de febrero y 64/1991 de 22 de marzo), la eventual acomodación de la norma reglamentaria impugnada en un recurso contencioso-administrativo, con una ley interna, no es obstáculo para que los órganos judiciales de este orden jurisdiccional aprecien la disconformidad de aquella con el Derecho Comunitario y,

---

<sup>368</sup> Sentencia TJCE de 22 de octubre de 1968, asunto IN.CO.GE '90 y otros, C-10 a 22/97.

por aplicación del principio de primacía de éste sobre el derecho interno, la anulen.”<sup>369</sup>

Subsecuentemente, el TS invoca la doctrina establecida en el caso *Inter-Environnement Wallonie*<sup>370</sup> para justificar la realización del control de validez durante el plazo de implementación de la directiva y desvirtuar la alegación de la Abogacía del Estado respecto a la imposibilidad en la apreciación de la compatibilidad entre un real decreto si éste implementa la directiva antes de que se hubiese vencido el plazo, señalando: “Lo decisivo no es, por tanto, el dato temporal de la fecha en que la disposición interna se dicta, sino si con ésta se compromete gravemente la consecución del resultado prescrito en la directiva.”<sup>371</sup>

Por ello, termina señalando que ni pendencia del plazo de implementación de la directiva y la consecuente inexigibilidad de la misma, ni la vigencia temporalmente limitada de las disposiciones del Real Decreto impiden al Tribunal llevar a cabo el control de validez de la norma interna. Con ello, el Tribunal Supremo va más allá de la jurisprudencia del TJCE, el que años más tarde recogerá esta interpretación en el asunto *Rieser*.<sup>372</sup>

Por último, cabe mencionar dentro de este periodo la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002, que anula el artículo 2 del Real Decreto 136/1997 de 31 de enero, por el que se aprobaba el Reglamento técnico y de prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite. De nuevo, el aspecto más destacable de la fundamentación de la resolución es la utilización del derecho de la Comunidad Europea como parámetro de control directo del derecho nacional. El razonamiento se basa en “la función que la Constitución y las leyes atribuyen a los tribunales de lo contencioso administrativo (de modo singular a este Tribunal Supremo, si los reglamentos proceden del gobierno) en orden al control de la potestad reglamentaria” y en vinculación de los órganos jurisdiccionales nacionales al ordenamiento jurídico comunitario, dado que la infracción de normas comunitarias es uno de los motivos de casación.

---

<sup>369</sup> Sentencia TS de 26 de enero de 2000, Entidad Pública empresarial de correos y telégrafos, foja 3.

<sup>370</sup> Sentencia TJCE de 18 de diciembre de 1997, asunto *Inter-environnement Wallonie*, C-129/96.

<sup>371</sup> Sentencia TS de 26 de enero de 2000, Op. Cit, foja 4.

<sup>372</sup> Sentencia TJCE de 5 de febrero de 2004, *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02.

Así señala:

“La ‘infracción del ordenamiento jurídico’ en que puedan incurrir las disposiciones generales (...) engloba con naturalidad también la infracción de las normas comunitarias, cuya vulneración, ha de producir el mismo efecto jurídico, esto es, la necesidad de dictar un fallo que estime la pretensión anulatoria. A idéntica solución se llega empelando el resto de categorías reseñadas en los artículos 26 y 27 de la Ley 29/1998, relativos a la impugnación de las disposiciones generales. La ‘conformidad a derecho’ de éstas (artículo 26) engloba la conformidad a las normas comunitarias, y la “ilegalidad de su contenido” o la ‘ilegalidad de la norma’ (artículo 27) no puede prescindir del análisis del contenido del Derecho comunitario eventualmente infringido”<sup>373</sup>

Como podemos ver el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional máximo de los tribunales ordinarios y especiales de España, ya no sólo aplica el principio del efecto directo en sus resoluciones, sino que también ha acogido de forma completa la supremacía del derecho comunitario por sobre el derecho nacional infraconstitucional.

En este sentido, se ha señalado que el TS en la práctica prescinde en su argumentación del principio de efecto directo para dar aplicación a la supremacía simplemente.<sup>374</sup> No obstante, existen casos en que el TS supedita el control de legalidad directo (es decir, la aplicación lisa y llana del principio de supremacía del derecho comunitario) al cumplimiento de los requisitos clásicos del efecto directo<sup>375</sup> por lo que no es posible afirmar el completo establecimiento de una nueva jurisprudencia a este respecto.

En definitiva, en este periodo el Tribunal Supremo se abocó a concretizar en arenas nacionales los principios que el TJCE había establecido en cuanto a la aplicación del derecho comunitario. Sin embargo, al igual que en la etapa anterior en lo que se refiere a los tribunales ordinarios el caso español se caracteriza por no influir mayormente en el derecho comunitario. En la práctica, lo que realiza el TS es la

---

<sup>373</sup> Sentencia TS de 10 de diciembre de 2002, Reglamento técnico y de prestación del Servicio de Telecomunicaciones por satélite, Foja 13

<sup>374</sup> SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., Op. Cit., p.151

<sup>375</sup> En este sentido ver Sentencia TS de 17 de junio de 2003, Juan Antonio Xiol Ríos, recursos números 464/1999 y 481/1999.

aplicación más ortodoxa posible de los principios que el Tribunal de Justicia ha creado, mostrando poca originalidad en lo que se refiere a la adecuación de estos principios a la realidad nacional.

Dado lo anterior, la Sentencia 26 de enero de 2000 es destacable, puesto que no se ajusta al desarrollo “normal” descrito e, inclusive, supera en su interpretación los límites que el mismo TJCE había impuesto en lo que se refiere a la correcta aplicación del derecho comunitario. La resolución en comento no sólo implica una influencia por parte del máximo tribunal español sobre el TJCE -puesto que 4 años más tarde éste afirmaría la jurisprudencia creada por el primero- sino que también, ilustra la posición de un Estado miembro que, en última instancia, es más europeísta que los órganos de la Comunidad.

### **c) Tercera etapa: El giro jurisprudencial del Tribunal Constitucional español.**

Dos resoluciones permiten afirmar un cambio de doctrina por parte del Tribunal Constitucional español. Se trata de la sentencia de 19 de abril de 2004<sup>376</sup> y de la declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.

Estas manifestaciones del TCE implican cambios profundos en los dos asuntos de mayor trascendencia de la jurisprudencia de este tribunal ya mencionados en este acápite.

La sentencia 58/2004 fue pronunciada por la segunda sala a propósito de un procedimiento de amparo llevado a cabo frente al TCE. Este recurso fue promovido por la Generalitat de Cataluña en contra de la sentencia de la sección cuarta de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Cataluña el 5 de octubre de 1999. Esta resolución acogió parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por don Manuel Martínez Calderón quien fuera el representante de la Empresa operadora de máquinas recreativas tipo B, en contra de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo de Cataluña de 14 de junio de 1995, sobre autoliquidaciones en concepto de tasa fiscal sobre el juego y recargo autonómico.

El recurrente de amparo alegó que la sentencia del Tribunal Supremo vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no resolvía los problemas de conflictos

---

<sup>376</sup> Sentencia TCE de 19 de abril de 2004, C-58/2004

de leyes ateniéndose al sistema de fuentes, lo que redundaba en la dictación de una resolución que no estaba basada en derecho. En este sentido, afirma que la fundamentación de la sentencia es errónea, arbitraria e irracional, puesto que inaplica tanto la Ley 5/1990 como la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987 lo que se ilustra en dos pronunciamientos de la sentencia.

De esta forma, en el apartado 1.a) del fallo se anulan las cuotas de las máquinas tragaperras correspondientes al ejercicio 1995 sobre la base de la inconstitucionalidad declarada por el TCE<sup>377</sup> respecto del gravamen complementario establecido por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, fallo que sólo se refería al ejercicio del año 1990. En segundo lugar, en el apartado 1.c) se establece la devolución de la totalidad del recargo autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/87 que establecía un recargo equivalente al 20% de la cuota de la tasa fiscal sobre el juego. Según la recurrente no existía motivo alguno para inaplicar las leyes reguladoras de la tasa fiscal sobre el juego y su recargo autonómico, pues el tributo no reunía ninguna de las características de los impuestos sobre el volumen de negocios.

Respecto del segundo de los considerandos entendidos como erróneos por la recurrente, cabe mencionar que ésta señaló que el órgano judicial, al dejar sin gravamen tributario los rendimientos obtenidos por estas máquinas recreativas, incurre en error patente, pues inaplica, tanto una Ley Estatal (Ley 5/1990) como una ley autonómica (Ley 2/1987) sobre la base de la incompatibilidad de la primera con el artículo 33 de la sexta Directiva comunitaria 77/388, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de legislaciones de los estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios.

El TCE concedió el amparo en relación a este supuesto, aunque lo hizo por considerar que la sala había vulnerado el derecho de la Administración a un proceso con todas las garantías, reconocido por el artículo 24.2 de la Constitución española. El razonamiento judicial consistió en afirmar que los órganos judiciales habían incurrido en un error toda vez que cuando éstos inaplicaron las leyes citadas, tuvieron que antes considerarlas incompatibles con el derecho comunitario, ante lo cual les correspondía promover debidamente la cuestión prejudicial comunitaria ante el TJCE.

Así señala:

---

<sup>377</sup> Sentencia TCE de 31 de octubre de 1996, C-173/1996.

“En el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible (...) contradicción con el derecho comunitario, la promoción de la correspondiente (...) cuestión prejudicial, sin la cual, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas”.

Luego, desarrollando su argumento añade:

“Los jueces y tribunales, en definitiva, sólo son garantes y dispensadores de la tutela que exige el artículo 24 de la Constitución Española cuando deciden *secundum legem* y conforme al sistema de fuentes establecido. El Poder Judicial es, al margen de la legalidad, nudo poder que, al resolver así, no representa ni asegura las garantías inherentes al procedimiento. Es, pues, evidente, que el artículo 117.3 de la Constitución española no faculta al juez, una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto, simplemente a inaplicarla, soslayando el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 de la Constitución Española como para el de la cuestión prejudicial recogida en el Artículo 234 TUE. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (artículo 9.3 Constitución española), y que se constituye en un límite no sólo de la actuación administrativa (artículo 103.1 Constitución española), sino que también de la judicial (artículo 117.1 Constitución española; sentencia del Tribunal Constitucional 137/1997).”<sup>378</sup>

Por último en el fallo se resume y reafirma la doctrina que el TCE ha creado en cuanto al derecho comunitario señalando:

“Así pues, en principio, ‘la tarea de garantizar la recta aplicación del derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es (...) una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales’ (STC 28/1991, de 14 de febrero FJ 4) porque, ‘a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987, 119/1991, 111/1993) la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio (SSTC 180/1993 de 31 de mayo, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre FJ 2 y 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2 ). Por este motivo hemos afirmado que ‘sin perjuicio de que el artículo 177 TCEE, alegado por el recurrente pertenece al ámbito del derecho comunitario y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991, 64/1991), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el artículo 24.1 CE cuando el Juez o

---

<sup>378</sup> Sentencia TCE 19 de abril de 2004, Op.Cit. foja 14.

tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuicables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita' (STC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y en el mismo sentido SSTCE 111/1193, de 25 de marzo, FJ 2; 203/1996 de 9 de diciembre, FJ 2; ATC 296/1993, de 4 de octubre, FJ 2)"<sup>379</sup>

En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del artículo 234 TUE no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el artículo 24.<sup>380</sup> La doctrina, sin embargo no es absoluta, pues en determinados supuestos la no promoción de una cuestión prejudicial comunitaria puede redundar en la lesión de un derecho fundamental, como ocurrió en el caso en comento.

Esta sentencia es de gran importancia, si se considera el cambio que significa respecto de la jurisprudencia anterior. En definitiva, el Tribunal Constitucional se vuelve a posicionar como un órgano de control, pero ahora respecto de la motivación de los jueces a la hora de ponderar la posibilidad de formular una cuestión prejudicial comunitaria. El TCE, así, recupera competencia de la que él mismo se había despojado al reconocer la posibilidad de amparo constitucional en ciertos casos en los que se envuelven normas de derecho comunitario y, además, envía un mensaje al resto de los tribunales españoles en cuanto a que las decisiones que tomen con respecto de la cuestión prejudicial comunitaria serán potencialmente calificadas por el único intérprete de la Constitución.

En segundo lugar, debemos considerar la Declaración 1/2004 de 13 de diciembre de ese año. En el marco del proceso de ratificación del Tratado que establece una Constitución para Europa (en adelante TCUE), el Consejo de Estado español pronunció el dictamen del 21 de octubre de 2004, que provocó el reenvío del Tratado al Tribunal Constitucional Español para que se pronunciare sobre la compatibilidad de algunas cuestiones del TCUE con la CES, dando lugar a la

---

<sup>379</sup> *Ibidem.*

<sup>380</sup> GÓMEZ SANZ, X. y RIPOL CARULLA, S. Cuestiones de política judicial y proceso europeo de integración jurídica. En: Integración europea y Poder judicial, Op. Cit., p.68

declaración en comento. El gran giro jurisprudencial que se produjo en virtud de la Declaración tiene que ver con la interpretación del artículo 93 de la CES.

Como hemos señalado, hasta este momento el artículo citado había sido entendido como una norma puramente orgánico-procedimental, siendo esta interpretación una de las jurisprudencias indiscutibles del TCE.

El asunto central era determinar si el artículo 93 de la Constitución española era suficiente para dar cause a la integración del tratado en el ordenamiento español. El Tribunal Constitucional echando abajo todo lo establecido con anterioridad afirmó que el artículo 93 poseía “una dimensión sustantiva o material” que no cabía ignorar.

En este sentido se pronunció:

“El artículo 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio, de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el artículo 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”<sup>381</sup>

Al realizar esta afirmación el TC está reconociendo por primera vez que la atribución del ejercicio de competencias configura una auténtica categoría constitucional material, la integración supranacional.<sup>382</sup> El TCE, deduce ciertas consecuencias de esta afirmación. Así, señala en primer lugar que no es necesaria una reforma constitucional a través de los procedimientos de reforma establecidos por la Constitución Española. La segunda consecuencia consiste en reconocer que el propio artículo 93 impone a la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión Europea e integración jurídica, ciertos límites materiales, siendo éstos el respeto a los principios fundamentales del Estado social y democrático de derecho establecido por la Constitución nacional. Aunque estos principios no están señalados de forma expresa en la Carta Fundamental española, el TCE los especifica, entendiéndolos

---

<sup>381</sup> Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, foja 2.

<sup>382</sup> PÉREZ TRUMPS, P., La Constitución Española ante la Constitución Europea. En: ALBERTI ROVIRA, E., (Dir), El proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa, España, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 485-526.



como “el respeto a 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”<sup>383</sup>

Como tercera y última consecuencia el TC se reconoce autorizado para, en última instancia y a través de los procedimientos pertinentes, resolver los conflictos que se pudiesen producir “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”<sup>384</sup>

Pero lejos la distinción más controvertida que ha sido creada a través de esta declaración es la diferenciación entre primacía del derecho comunitario y supremacía de la Constitución. Dado que el TCUE establecía de forma explícita la supremacía del derecho comunitario en su artículo 1-6, el TCE se vio obligado a crear una doctrina en que se conciliasen los principios establecidos por la Constitución y por el Tratado en comento. En definitiva, se señaló que la Constitución primaba sobre los tratados internacionales lo que no significaba ni que la Constitución europea fuera el fundamento de validez de las normas de la Constitución española ni del Derecho español, ni tampoco que la norma interna incompatible estuviera desprovista de validez, sino que la norma europea tenía una aplicación preferente.<sup>385</sup>

Esta cláusula ha sido fuertemente debatida por la doctrina española. De esta manera, A. Mangas escribe que el TCE ha obrado en su declaración con lógica y sentido del Estado de Derecho, confirmando que lo que es constitucional implícitamente, lo es también expresamente.<sup>386</sup> Recuerda además que el artículo del TCUE que proclama la primacía en los ámbitos de competencia, señalando también que la primacía del derecho de la Unión es una condición existencial del propio ordenamiento jurídico comunitario.

---

<sup>383</sup> Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, *Ibídem*.

<sup>384</sup> *Op. Cit.* foja 4.

<sup>385</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., Nota editorial, España, En *Revista Europea de Derecho Comunitario*, núm. 20, 2005, p.5 y ss.

<sup>386</sup> MANGAS, A., *La Constitución Europea*, España, Lustel, 2005, p. 169.

José Luis Cascajo Castro reafirma esta posición señalando que el principio de la primacía no es nuevo, en la medida que forma parte del acervo comunitario asumido ya al momento de la adhesión.<sup>387</sup>

En el mismo sentido P. Cruz ha comentado que: “La realidad es que en la articulación de la Constitución nacional con la Constitución europea, el tribunal ha optado por un modelo de Constitución residual en que las garantías últimas se buscan, no en la propia Constitución nacional (autonomía constitucional) que no las contiene, sino en la Constitución europea que, en definitiva, se convierte en la garantía última de nuestra constitucionalidad.”<sup>388</sup>

En contra, se ha pronunciado el Profesor Rubio Llorente quien señala que “las razones del TC no sólo no me han hecho abandonar las mías sino más bien las han fortalecido...Sigo pensando, ahora como hace un año, que la aceptación de la primacía del derecho europeo afecta sustancialmente a la supremacía de la Constitución y, dicho sea con todos los respetos, me parece que yerran quienes se niegan a aceptar esta evidencia con el argumento de que primacía y supremacía son dos categorías que operan en planos distintos. Seguramente jerarquía y competencia son dos formas distintas de resolver las colisiones normativas, y es cierto que cabe distinguir el juicio sobre la aplicabilidad de las normas el que tiene por objeto su validez, pero cuando la norma desplazada por aplicación del principio de primacía es precisamente la norma suprema, la que opera como fundamento de validez de todo el ordenamiento interno, el ‘desplazamiento’ destruye también la supremacía. Una norma suprema no puede ser desplazada por ninguna otra sin dejar de serlo.”<sup>389</sup>

Aunque, como sabemos, la Constitución Europea no llegó a ratificarse por lo que no es posible observar las repercusiones que en términos prácticos tuvo el pronunciamiento del TCE, sí es posible percatarse de su actitud ampliamente

---

<sup>387</sup> CASCAJO, CASTRO, J.L., Integración Europea y Constituciones Nacionales, En: Integración europea y Poder judicial, Op. Cit., p.21

<sup>388</sup> CRUZ, P., La Constitución inédita, España, Editorial Trotta, 2004, p.149.

<sup>389</sup> RUBIO LLORENTE, La Constitucionalización del proceso de integración de Europa, España, Revista de Occidente, núm. 284, enero 2005. p.25 y ss.

disponible a la conciliación entre normas internas y comunitarias en pos de una integración cada vez más completa.

El recorrido español en el marco de la dinámica TJCE-cortes nacionales se caracteriza por una restringida comunicación directa entre tribunales, condicionada por el uso marginal de la cuestión prejudicial comunitaria que constituye el mecanismo regular de diálogo en el proceso de integración jurídica de Europa. No obstante lo anterior, existe una fuerte recepción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades que sólo encuentra su límite en la no recepción del principio de supremacía del derecho comunitario por sobre la Constitución española. La actitud europeísta de los tribunales hispanos va incluso más allá, pues en las pocas situaciones en las que un Tribunal Español ha modificado la jurisprudencia del TJCE ha sido para ampliar sus efectos incluso a fronteras no visualizadas por el órgano encargado de monitorear el proceso de integración a través del derecho.

En definitiva, el caso español tiene como rasgo central una relación unidireccional de flujo de información que se mueve desde el TJCE a los jueces españoles, los que se mantienen en una posición pasiva de aplicación normativa poco crítica de las implicancias y consecuencias que en su derecho pueden tener las interpretaciones del TJCE.

### **3.4 Algunas comparaciones de los casos prácticos.**

De la revisión de estos tres casos, pocas son las similitudes que podemos encontrar entre ellos. Como es posible observar, la actitud europeísta de los gobiernos de los estados en revisión, tiene implicancias en la actitud de las cortes, pero aquellas no son generalizables.

En el caso alemán, el fuerte apoyo al derecho europeo redundó en la creación de una relación de recíproca influencia que tiene como canal de comunicación la cuestión prejudicial comunitaria. El Estado alemán se ha tomado el derecho

comunitario en serio, a tal punto que le resulta natural a los tribunales alemanes participar en su creación e interpretación. Esta actitud, siempre caracterizada por una fuerte crítica y relación de colaboración, ha significado la mejor concreción de las relaciones horizontales entre cortes en la que el TJCE ha tenido que tomar en consideración los contrapuntos que rápidamente elaboran los jueces alemanes cuando consideran que el TJCE no responde a los estándares ya asentados en la esfera nacional.

Por otra parte, los tribunales germanos han marcado la pauta respecto del resto de los tribunales de los estados miembros enviando un claro mensaje en cuanto a ejercer control de la jurisprudencia que el TJCE pretende imponer en arenas nacionales.

El caso francés difiere respecto del anterior en que su actitud es de negación del sistema. A tal punto se mantiene esta posición que, en sus inicios, ninguno de los tribunales se atribuía siquiera competencia para conocer de asuntos con matices comunitarios y, por supuesto, se estaba lejos de reconocer la supremacía de los mismos.

No obstante, ello no se tradujo en una actitud pasiva. Los jueces franceses respondían a la jurisprudencia del TJCE pero a través de medios no convencionales. La resistencia a reconocer el sistema les impedía utilizar la forma ordinaria de comunicación, de hecho las referencias estaban en un principio limitadas a los tribunales inferiores. Sin embargo, se reaccionaba fallando contra esta casuística de forma explícita lo que trajo más de un problema al gobierno francés.

Finalmente fueron las presiones políticas las que lograron el cambio, pero ello siempre se enmarcó en una actitud de resistencia y escepticismo.

Tanto en el caso francés como en el alemán, los máximos tribunales fueron a medida que pasaron los años retomando algunos y otros creando competencias para sí en lo que se refiere al derecho comunitario, lo que se condice con una situación de necesidad en la que se encontraron una vez que comprendieron que sus actitudes anteriores les dejaban fuera del ámbito de influencia de un derecho que hace algunos

años ha pasado a transformarse en la mayor fuente normativa de los estados miembros.

El caso español difiere ampliamente de los anteriores, lo que responde a factores que mencionamos en el apartado anterior. El gobierno español es fuertemente europeísta, lo que se ha traducido en la recepción incuestionada del derecho comunitario, en la que los tribunales hispanos tienen poca o ninguna influencia. Esta actitud pasiva aleja al modelo español de las experiencias anteriores y, además, lo margina del proceso de integración jurídica a través de relaciones de colaboración, configurándose una relación en términos jerárquicos respecto del TJCE.

Esperamos que los jueces españoles tomen una actitud más activa en este proceso, no sólo en pos de una saludable integración de sistemas jurídicos sino que también porque son, en definitiva los jueces nacionales, los únicos capaces de corregir en alguna medida el déficit democrático de la Comunidad Europea que puede redundar en la pérdida de las reivindicaciones que los “pueblos de Europa” tanto se han tardado en consolidar en sus ordenamientos internos.

### **CAPÍTULO III: CONFERACIÓN, UNIÓN FEDERAL O FEDERACIÓN, DE QUÉ DA CUENTA LA RELACIÓN ENTRE EL TJCE Y LAS CORTES NACIONALES.**

#### **1. Consideraciones previas.**

Antes de comenzar a explicar teóricamente las categorías en las que puede ser clasificable la Comunidad Europea, debe adelantarse que ésta es, en el momento actual, un organismo *sui generis*<sup>390</sup>. Una afirmación de este tipo tiene poco de original si se considera que es el consenso general de la mayoría de los autores.

La cuestión debatida es, en definitiva, hacia donde va la CE. En otras palabras, académicos de todo el mundo han intentado proyectar el estadio actual de la CE para concluir, en primer lugar, que ésta se aleja de los márgenes propios de las organizaciones internacionales tradicionales y, en segundo lugar, que está en vías de constituirse en una federación, confederación o unión federal, con distintos matices según la definición de las categorías y caracterización de la UE que realizan.

Este capítulo se abocará a explicar las categorías antedichas de la forma más objetiva posible. Luego explicará, desde esa óptica, la estructura organizacional de la UE, para finalmente enfocarnos en el TJCE y la relación de éste con las cortes nacionales. En definitiva, el objeto de este capítulo es entender qué nos dice la relación entre el derecho europeo y el derecho interno de los estados miembros acerca de la naturaleza misma de la Comunidad. Dado que la dinámica que se ha ido presentando en la CE no corresponde a la que típicamente se da en el derecho internacional público, haciendo de hecho poco utilizables sus categorías conceptuales a la hora de ensayar una explicación de la entidad en comento, es que se hace

---

<sup>390</sup> Así se ha establecido jurisprudencialmente en las Sentencias TJCE Van Gend en Loos, C-26/62, Falminio Costa, C-6/64; Opinión Re the Draft Treaty on european Economic Area 1/91 [1991] ECR I-6102. Ejemplos de académicos que sostienen esta opinion: SCHILLING, T., The autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations, Harvard International Law Journal, núm. 37, 1996; WEILER J. H. H. & HALTERN U. R., The autonomy of Community Legal Order, through the looking glass, *ibid.*; TSAGOURIAS, N., The Constitutional role of general principles of law international an European jurisprudence, *En su*: Transnational Constitutionalism. International and European models, Reino Unido, Cambridge University Press, 2007; VERNEY D., Choosing a Federal Form of Governance for Europe, *En*: HEINEMANN-GRÜDER A., Federalism Doomed? European Federalism between Integration and Separation, Estados Unidos, Berghahn Books, 2002.

necesario indagar en esta nueva forma de relación a nivel comunitario para definir su naturaleza jurídica de manera que tengamos distinciones conceptuales suficientes para su posterior explicación.

Con ese cometido analizaremos, en primer lugar, la estructura de la Comunidad destacando sus rasgos federales, confederales o unión federal. En segundo término, nos haremos cargo de los casos prácticos que analizamos intentando ubicar a esos estados miembros en alguna de las categorías anteriores, dependiendo de la relación que sostienen con el más alto tribunal del sistema comunitario.

En definitiva, el conjunto de características particulares de la CE la distancian de las organizaciones internacionales tradicionales, la respuesta de a qué tipo de estructura la acercan, es el objeto de este capítulo.

## **2. Definiciones conceptuales: Confederación, Unión Federal y Federación.**

Es necesario, previamente considerar los conceptos mencionados en el epígrafe de este apartado, justificar la opción de considerar sólo estas tres categorías como posibles en el futuro de Europa. En estricto rigor existen otras posibilidades a la hora de establecer la naturaleza de una entidad como la Comunidad Europea. La primera y más evidente es considerarla una organización internacional tradicional, la segunda y más osada, es considerarla como un Estado. De esta segunda opción nos haremos cargo cuando tratemos la posibilidad de que la CE conforme un Estado federal, la primera la trataremos a continuación.

En principio, se podría argumentar que la CE no es nada más que una entidad sujeto de derecho internacional, puesto que ha sido formada por estados y establecida por tratados que son instrumentos de derecho internacional. Además, podría señalarse que lo único que ha ocurrido es que los tratados se han independizado de sus creadores pasando a tomar posición en la más alta esfera normativa de esta organización, pero que responden exclusivamente a las voluntades de los estados suscriptores.

Estos argumentos han sido refutados sobre la base de señalar que lo relevante no es la forma en que la organización nace a la vida sino que el hecho de que se

constituya como un nuevo orden legal que se ha liberado del contingente histórico, legal y político de sus orígenes y cuya existencia o legitimidad no deriva de fuentes externas. Dado lo anterior y en perfecta concordancia con la autonomía del nuevo orden, es esperable que esta entidad introduzca su propia cultura constitucional a través de sus instituciones y mecanismos.

La CE no sólo tiene su propia lógica política, sino que también sus propios mecanismos de creación de derecho, legitimación y aplicación.<sup>391</sup> Para dar un ejemplo de la particularidad de la CE, es posible decir que incluso las prácticas del Consejo guardan distancia del derecho internacional, como Walter Hallstein lo ha señalado: “el Consejo no es una conferencia de gobiernos, sino una institución de la Comunidad.”<sup>392</sup> En el mismo sentido los principios de *pacta sunt servanda* y efecto directo no son externos al ordenamiento jurídico de la Comunidad europea, sino que funcionan dentro de ese orden.<sup>393</sup>

Por otra parte, se puede observar la diferencia entre un órgano tradicional y la CE porque los estados actúan de formas distintas, en tanto lo hacen dentro de la Comunidad Europea. Así, en la Comunidad siguen las reglas de la misma, mientras que fuera guían su acción según las normas de derecho internacional. Aquello se ilustra de forma más fuerte si nos ponemos en el caso de la completa disolución de la CE, puesto que los estados miembros dejarían de relacionarse entre sí según las normas de derecho comunitario para volver al derecho internacional.<sup>394</sup>

Otra diferencia importante a este respecto es que la base de la relación entre estados en el ámbito del derecho internacional es el consentimiento. En la Comunidad Europea aunque existen algunas esferas donde aún se exigen como quórum de votación la unanimidad, cada vez con mayor frecuencia se permiten las mayorías calificadas para la toma de decisiones y creación de normas comunitarias, lo que rompe con el tradicional forma de toma de decisiones a nivel internacional, según la

---

<sup>391</sup> TSAGOURIAS, N., The Constitutional role of general principles of law international in European jurisprudence, En su: Transnational Constitutionalism. International and European models, Reino Unido, Cambridge University Press, 2007, p. 85

<sup>392</sup> HALLSTEIN, W., Europe in the making, citado por TSAGOURIAS, N., Op. Cit. p.86 Texto original en inglés traducción propia.

<sup>393</sup> Así se ha fallado. Ver sentencia TJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-11/70

<sup>394</sup> TSAGOURIAS, N., Op. Cit. p.86



cual los estados se obligan sólo a lo que han consentido expresamente. Es por ello que algunas jurisdicciones nacionales (alemanas e italianas) han intentado hacer de sus constituciones un santuario en contra del derecho comunitario.<sup>395</sup> No obstante e ilustrando el contenido híbrido de esta entidad, debe recordarse que los estados de la Unión Europea aun pueden abandonar este órgano, lo que se haría a través de mayoría calificada según el procedimiento regulado en los tratados de la CE, aunque algunos autores sostienen que bastaría guiarse por las normas generales del derecho internacional.<sup>396</sup> En este sentido, frente a quienes señalan que el principio *pacta sunt servanda* no se respeta en la Comunidad -en la medida que los principales principios que informan el derecho comunitario han sido creados por el TJCE y no los estados- debe responderse que ello no es correcto, pues los estados miembros ha dado a lo menos tácitamente su aceptación a dichos principios ya que han tenido muchas ocasiones para refutar su validez en los múltiples procesos de enmienda de los tratados en los que la Comunidad se ha visto envuelta.<sup>397</sup>

Hechas las advertencias de rigor, nos abocaremos ahora a la definición conceptual de una confederación. Tradicionalmente se refiere a una forma limitada de unión, una sociedad o asociación de estados. En su sentido más simple, esta forma de unión es una en la cual los estados participantes mantienen su integridad o identidad como Estado.<sup>398</sup> Es decir, es una combinación de estados que colabora para ciertos propósitos pero que retiene sus poderes como Estado soberano. Los confederados delegan poderes limitados a las autoridades de la confederación.<sup>399</sup> Por ejemplo, los estados Miembros de las confederaciones no permiten que el gobierno de ésta trate directamente con sus ciudadanos.

Murray Forsyth define confederación como aquella que constituye el espectro entre las relaciones interestatales e intraestatales. Es, en su opinión, la etapa

---

<sup>395</sup> ROSAS, A., The decline of sovereignty: Legal perspectives, En: IIVONEN J., The future of Nation State in Europe, Reino Unido, Ed. Edward Elgar, 1993, p.143.

<sup>396</sup> HARTLEY, TC., Op. Cit., p.86

<sup>397</sup> MACCORMICK, N., Questioning Svereingnty, Reino Unido, Oxford University Press, p.112

<sup>398</sup> BURGESS M., Federalism and European Union: the Building of Europe, 1950-2000, Reino Unido Routledge, , p. 13

<sup>399</sup> VERNEY D., Choosing a Federal Form of Governance for Europe, En: HEINEMANN-GRÜDER A., Federalism Doomed? European Federalism between Integration and Separation, Estados Unidos, Berghahn Books, 2002, p. 18

intermedia entre las relaciones interestatales normales y las relaciones intraestatales ordinarias. No es un Estado porque no es una unión de individuos ni un cuerpo político sino que una unión de estados en un cuerpo político.<sup>400</sup>

Para definir las nociones de federación y unión federal, es preciso distinguirlos en primer lugar del concepto de federalismo.

El federalismo emerge como un movimiento que tiene por objeto promover el nacimiento de las federaciones por entender que éstas son el único orden político que tiene por finalidad acomodar el mayor número de comunidades y sociedades, primarias e intermedias, sin destruirlas. Así, no sólo es un proceso dinámico, sino que también un objetivo a alcanzar.

En términos modernos se entiende que este pacto, debe ser voluntario y debe estar basado en el mutuo reconocimiento y respeto. Las consecuentes reglas y obligaciones libremente celebradas dan lugar a una forma especial de relación que es vinculante y cuyos lazos se fundan en un contrato moral, un acuerdo de confianza.<sup>401</sup>

El federalismo, se entiende en breve como “el conjunto de estructuras y procesos a través del cual una unión de estados o una unión de políticas es creada y sostenida, sea que esa unión resulte desde un sistema unitario que se desagrega, o desde un número de unidades políticas que se juntan, o de los dos movimientos de forma simultánea”.<sup>402</sup>

Dentro del federalismo se ha insertado una versión calificada del mismo denominada federalismo cooperativo. Este modelo teórico había progresivamente ganado terreno en los Estados Unidos en la segunda mitad de siglo XIX. Según este modelo, la Constitución da al Congreso el poder de regir los asuntos comerciales influenciando el comercio entre estados. En estos dominios, los estados no pueden intervenir, aunque el Congreso puede autorizar a los estados a tomar decisiones en

---

<sup>400</sup> FORSYTH, M., Unions of states: the theory and practice of confederation, Estados Unidos, Holmes & Mayer, 1981.

<sup>401</sup> Op. Cit., p. 13.

<sup>402</sup> FORSYTH, M. The Political theory of Abbe Sieyes, Social Science Research Council, 1981, p.35 citado por KREILE M., Federalism Doomed?, En: HEINEMANN-GRÜDER A., Federalism Doomed? European Federalism between Integration and Separation, Estados Unidos, Berghahn Books, 2002, p. 231

ciertos casos. En el contexto de la Comunidad Europea sólo poderes limitados son atribuidos a la Comunidad, entonces, los estados no están autorizados a realizar ciertas cosas, sino que están obligados a armonizar sus legislaciones. Como lo dijo Fendrik Brugmans “el federalismo europeo es una cierta forma de federalismo a la inversa”<sup>403</sup>. Este tipo de federalismo no será aplicado en el apartado que sigue pues sobrepasa lo límites de este trabajo.<sup>404</sup>

Por otra parte, unión federal es definida como una unión permanente de estados para formar una entidad corporativa con límites distintos que el resto del mundo, y que posee dos estructuras coexistentes de gobierno, una en el centro, y una a nivel de los estados miembros.<sup>405</sup> Las uniones federales no llegan a los ribetes de los estados federales, la mantención de las estructuras en los dos niveles es capital, pero el grado de influencia que estas autoridades ejercen sobre los estados es mucho mayor que en el caso de las confederaciones, al punto puede haber áreas completas de dominio exclusivo por parte de las mismas.

La federación a secas es en realidad un Estado federal, en el caso de la Unión un Estado Federal supranacional, lo que lo distingue de los clásicos que corresponden a sólo una nación como es el caso de Alemania, Estados Unidos y Canadá, entre otros.

Según la opinión de Jean-Marc Ferry el Estado federal supranacional requiere que sean consagrados los derechos fundamentales individuales, ciertos principios inspirados en el derecho de las naciones (derecho de gentes) con el fin notablemente de que los estados miembros o más precisamente los estados federados participen igualitariamente en la definición de la política común disfrutando de una cierta autonomía para su organización interna y reconociéndose recíprocamente los

---

<sup>403</sup> VANDAMME, J., *Fédéralisme Européen: opportunité ou utopie?*, En: WESTLAKE, M., *L'Union européenne au-delà d'Amsterdam*, Bélgica, Presses interuniversitaires, 1998, p.232.

<sup>404</sup> Para una profundización sobre este tema ver: HOFFMAN, S., *Reflections of the Nation-State in Europe today*, *Journal of Common Market Studies*, XXI, 1982; PINDER, J., *European Community and Nation\_State: A case for Neo-federalism*, *International Affairs*, 1986; WEILER J., *The future of European Community in the light of American Experience*, En: LENAERTS K., *Two hundred years of U.S. Constitution and thirty years of EEC Treaty*, Bruselas, Kluwer law and taxation, 1988.

<sup>405</sup> KREILE, M., *Op.Cit.*, p.231

principios respectivos.<sup>406</sup> En todo caso no debe olvidarse que un Estado Federal es ante todo, un Estado, por lo que debe cumplir todas las exigencias que académicamente se imponen a una entidad para ser catalogada de Estado en el sentido más propio del término. Cabe mencionar que lo que analizaremos es la autoridad federal, intentando establecer si ésta es un Estado y no, como es obvio los estados miembros, pues sabemos que dada la supranacionalidad de la CE, éstos han demostrado con creces su pertenencia a esa categoría conceptual.

### **3. Estructura funcional de la CE ¿Es posible catalogarla de forma indubitada?**

Cuando Alexis de Tocqueville analizó Estados Unidos, afirmó refiriéndose a este país “una forma de gobierno ha sido encontrada que no es ni exactamente nacional ni federal, pero ningún progreso más allá ha sido hecho y la nueva palabra que un día designará esta nueva invención aun no existe”<sup>407</sup> Las observaciones de Tocqueville pueden ser fácilmente aplicadas a la Unión Europea.

El profesor Lejeune ha tratado de analizar recientemente la naturaleza jurídica de la Unión Europea y, para ello, ha comparado la calificación que de la UE se proporciona desde los ordenamientos jurídicos de los estados miembros y la que se hace desde el propio sistema comunitario.

Desde el punto de vista de los estados, el autor observa que las constituciones nacionales se inclinan por la tesis del carácter interestatal de la Comunidad, dotada por sus fundadores de prerrogativas de poder público en un área de competencias. Obtiene la misma conclusión a partir de la jurisprudencia constitucional de algunos de los estados miembros, citando concretamente la conocida decisión 92-308 adoptada por el Consejo Constitucional francés el 9 de abril de 1992 y la sentencia de 12 de octubre de 1993 del Tribunal Constitucional Federal alemán cuyas tajantes expresiones han sido reseñadas en apartados anteriores.<sup>408</sup> Después cuando examina

---

<sup>406</sup> FERRY, JM., La question de l'État européen, Francia, Gallimard, 2000, p.107

<sup>407</sup> DE TOCQUEVILLE, A., Democracy in America, Nueva York, Pratt, Woolford & Co., 1848, p.168. Texto original en inglés traducción propia.

<sup>408</sup> LEJEUNE, Y., L'idée contemporaine de confédération en Europe : Quelques enseignements tirés de l'expérience de l'Union Européenne, En: Le concept moderne de confédération, Francia, Ed. Del Consejo de Europa, Colección Science et technique de la démocratie, núm. 11, 1995, pp.126-148.

la jurisprudencia del TJCE, se encuentra con una visión bastante diferente, especialmente en las sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa contra ENEL*, y en el dictamen de 14 de diciembre de 1991, en el que el tribunal considera que “el tratado CEE, aunque concluido bajo la forma de un acuerdo internacional, constituye la carta constitucional de una comunidad de Derecho”.<sup>409</sup>

En este acápite nos alejaremos de los discursos oficiales tanto de los estados como de la Comunidad e intentaremos realizar una observación desvinculada de esas consideraciones y más apegada a la dinámica real y funcionamiento de las estructuras de la CE.

La primera opción a analizar es la más extrema de todas ¿Es la UE un Estado federal? Parece obvio que la respuesta es no, sin embargo, es preciso hacerse cargo de la pregunta para seguir al paso siguiente, es decir, si la proyección de la misma va orientada hacia ese fin.

El primer aspecto a abocarse es si la UE es un Estado. El Estado moderno es una unidad marcadamente territorial, con fronteras más o menos establecidas. Dentro del territorio del Estado hay soberanía interna, lo que implica jurisdicción exclusiva, para que las leyes puedan ser dictadas y aplicadas. En sus relaciones con otros estados, tiene soberanía externa. Otro atributo del Estado es la población. La ciudadanía es establecida y definida en relación con cada Estado soberano. En el mismo sentido, Neil MacCormic define Estado señalando “el Estado es una entidad primariamente política, caracterizada por la territorialidad y estabilidad en el gobierno”.<sup>410</sup>

Dada esa brevísima definición preliminar del Estado ya es posible analizar la situación en que se encuentra la CE frente a los requerimientos expuestos.

La CE no es una unidad marcadamente territorial. De hecho sus sucesivas extensiones a nuevos miembros demuestran que el elemento territorio no es esencial, especialmente si se considera que su estructura y funcionamiento se mantienen

---

<sup>409</sup> PÉREZ, A. Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa Comunitaria, España, Revista de Estudios Públicos, N° 99, Ene/Mar 1998, pp.14-15.

<sup>410</sup> MACCORMICK, N., Op. Cit., p.17.

inalterados. Ilustrativa resulta la frase que Wallace pronuncia al respecto al señalar que la Unión Europea es “Gobierno sin territorio”.<sup>411</sup>

La soberanía interna de la Comunidad está limitada a lo establecido por los Tratados fundacionales, pues aunque el ordenamiento se haya independizado de sus estados miembros configurándose como un “orden autónomo”, son siempre las normas de los tratados las que determinan los poderes de sus instituciones dentro de la lógica de los poderes conferidos o atribuidos. Además, las enmiendas no se realizan por la voluntad de los propios órganos de la CE sino que por el consentimiento de los estados miembros, lo que refleja que aunque se hayan transferido poderes por los estados la última palabra aún reside en éstos.

Otro punto que se destaca es la exigencia de jurisdicción exclusiva. Como es evidente de la simple lectura de los apartados anteriores de este trabajo, la Comunidad Europea no tiene jurisdicción exclusiva. Sus normas son creadas tanto por las instituciones comunitarias como por los estados miembros y su tribunal más importante, o sea, el TJCE, trabaja en una relación de cooperación con los tribunales internos de los países comunitarios.

Por último, en lo que tiene que ver con la ciudadanía, podría señalarse que con la creación de la ciudadanía europea, se crea, en algún sentido una situación intermedia, pues se mantienen las ciudadanía de los estados miembros, pero se avanza en la consolidación de un solo pueblo europeo.

Sobre este punto se pronunció en 1972 Hallstein cuando señaló categóricamente que la Comunidad no era un Estado porque: “Un Estado es competente en todas las materias tocantes a la política pública y de forma distinta a un Estado, nuestra Comunidad es competente sólo en ciertas limitadas esferas que están ya determinadas en el Tratado”.<sup>412</sup> Este pasaje, citado con anterioridad a propósito de la calidad de los poderes de la Comunidad, es también procedente en esta sede, pues el hecho que de forma más evidente nos señala que no estamos en presencia de una entidad estatal es la falta de exclusividad en el ejercicio de los poderes públicos por parte de la CE.

---

<sup>411</sup> WALLACE W. & WALLACE H., Policy making in European Union, Reino Unido, Oxford University Press, 2000, p. 530

<sup>412</sup> HALLSTEIN, W. Europe in the making, Estados Unidos, Ed. Norton, 1973, p.39

A mayor abundamiento, Gretchen Macmillan, señala cuales son los tres elementos que distinguen a un Estado moderno de cualquier otra entidad, listando: (i) el monopolio de la fuerza; (ii) su naturaleza administrativa y (iii) su capacidad para extraer recursos para financiarse.

El Derecho Público, y la consiguiente creación de las instituciones estatales, está respaldada por la fuerza coercitiva, sobre la cual el Estado tiene el monopolio formal. Incluso más. El monopolio formal de la fuerza extiende su control sobre los individuos y los actores políticos en el territorio<sup>413</sup>. Respecto a este punto es clarísimo que la Unión Europea carece de la capacidad para aplicar sus reglas con sanciones coercitivas como respaldo y sus leyes no están fundamentadas en este monopolio. La Comunidad es dependiente de la buena voluntad, la naturaleza permanente de los estados miembros para aplicar la legislación comunitaria y el reconocimiento de sus leyes como soberanas y supremas. Ello no es extraño a los órdenes federales, pues en éstos usualmente el monopolio de la fuerza se divide entre las unidades federales y subfederales. En algunas unidades federales, como en Estados Unidos por ejemplo, la capacidad para aplicar las normas se divide entre del derecho federal y estatal entre las cortes respectivas, mientras que en el sistema canadiense el sistema de cortes es unitario.<sup>414</sup>

En cuanto a la naturaleza administrativa, la CE es ciertamente administrativamente sofisticada. Su burocracia es similar a la de los estados miembros.

Por último, en lo que se refiere a la capacidad de extracción de recursos, la CE no tiene la facultad para extraer de forma directa ingresos desde la población de la Comunidad. Aunque la CE tiene una base tributaria, los impuestos son recolectados por los estados miembros. No obstante, la extracción de rentas es a menudo compartida entre las unidades federales y las subfederales.

En definitiva, dado que los requerimientos a los que hemos hecho alusión son copulativos, no es posible hablar de Estado cuando nos referimos a la CE.<sup>415</sup>

---

<sup>413</sup> MACMILLAN, G. The European Union: Supranational State in the making? En: HEINEMANN-GRUDER, A., Federalism doomed?, Berghahn Books, 2002, p.66

<sup>414</sup> *Ibíd*em, p.67

<sup>415</sup> Neil MacCormick considera que la CE claramente no es un Estado. No obstante, plantea que tampoco posee soberanía como un tipo de federación o confederación. MACCORMICK, N. Op. Cit., p.132. La posición sostenida en esta memoria por la autora, se distancia de este planteamiento por considerar otras

En vista de que no es un Estado, con menor razón podrá ser uno federal, por lo que esa opción debe ser rechazada. Por otra parte, es obvio que se cumple los requisitos, a lo menos, de una confederación, pues sí estamos frente a una asociación de estados. De hecho, la Comunidad está basada en un número de tratados y otros acuerdos intergubernamentales celebrados entre sus estados, lo que la transforma en una confederación o alianza. Sin embargo, Europa es algo más que una confederación.

Así lo señaló Koen Lenaerts al señalar que en razón de las condiciones de unanimidad en la toma de decisiones dentro de la CE (situación que se ha visto cada vez más limitada al pasar de los años), la Comunidad consiste efectivamente en un sistema confederal de legislación, acompañado por las acciones cuasi-federales del Tribunal de Justicia.

En este sentido se pronuncia Douglas Verney cuando señala “la Unión Europea es algo más que una confederación, pero algo menos que una federación.”<sup>416</sup> Pero ¿Qué rasgos es posible observar que sobrepasen los límites de una confederación y cuales no? Esta pregunta será respondida en lo que sigue.

En primer lugar, debe señalarse que la Unión Europea comparte una de las características más importantes de las federaciones modernas. Todos los estados miembros se han comprometido con la democracia liberal. De hecho, ningún Estado puede adherirse a la Unión Europea hasta que se transforme en una democracia liberal con elecciones libres y libertad de prensa.<sup>417</sup>

La toma de decisiones dentro de la Comunidad Europea es uno de los asuntos que se orienta a ribetes federales a lo largo de la evolución de esta entidad. De hecho,

---

definiciones como relevantes a la hora de catalogar la naturaleza jurídica de la Comunidad, por una parte, y por utilizar como criterio la proyección de CE, teniendo presente su actualidad como órgano *sui generis*. Ello se condice con la consideración de la pregunta ¿hacia donde se dirige la Comunidad Europea? como el criterio guía en la elaboración del presente capítulo.

<sup>416</sup> VERNEY D., Choosing a Federal Form of Governance for Europe, En: HEINEMANN-GRÜDER A., Federalism Doomed? European Federalism between Integration and Separation, Berghahn Books, Estados Unidos, 2002, p. 18

<sup>417</sup> *Ibidem*.



en la dictación de directivas o reglamentos éstos son vinculantes incluso para los estados miembros que votaron en contra de ellas en los casos de quórum de mayoría.

Las mayorías calificadas son cada vez más frecuentes en la comunidad europea y, si ello se une a la forma de cálculo a través de la cual se establece el número de votos por Estado, entonces podemos concluir que, en definitiva, la legitimidad de las mismas recae en la institucionalidad comunitaria. En todo caso al igual que en los estados federales los principios institucionales de la UE son una mezcla de igualdad formal y una igualdad proporcional de acuerdo con la población, lo que es aplicable al sistema comunitario.

La elección directa del Parlamento europeo también concuerda con una de las categorías tradicionales de los estados federales. Sin embargo, la ausencia de un sólo pueblo o “demos” se ha considerado como un punto en contra de este rasgo.<sup>418</sup>

De hecho, la sola noción de ciudadanía en sí misma, aunque sea en forma limitada, es también indicativa de derechos individuales, deberes y obligaciones que sugieren una relación federal.

Otro tema de interés es la creciente incidencia que tiene la Comunidad europea en el área económica de Europa. El tratado de la Unión Europea y el Acta única europea han atribuido a la Comunidad poderes sobre el comercio interior y exterior por lo menos equivalentes a aquellos que gracias a la cláusula de comercio de la Constitución estadounidense después de algunos siglos, se le han dado al gobierno federal de los Estados Unidos.<sup>419</sup>

El origen de esta característica federal reposa en la adopción por el CECA de el principio de que una autoridad central en una unión necesita sus propias fuentes de ingresos para no verse debilitada por los gobiernos de los estados miembros. Lo anterior tomó ribetes políticos en razón de la política común agrícola, condición que estableció Francia cuando aceptó el Tratado de Roma.

---

<sup>418</sup> BURGESS M., Op. Cit., p. 18

<sup>419</sup> WESTLAKE, M., L'Union européenne au-delà d'Amsterdam, Bélgica, Presses interuniversitaires, 1998, p.92

El establecimiento de una unión económica y monetaria (EMU) con una moneda común (euro) ubica el control de estas materias en las instituciones supranacionales, que con la creación del Banco Central europeo y el Instituto Europeo de la Moneda se consolida como un área que se rige por principios e instituciones federales. De hecho, hay muy pocas dudas de que el EMU requerirá de alguna forma de federalismo para ayudar a las economías de la zona del euro cuando deba enfrentar los diferentes vaivenes económicos.<sup>420</sup>

En lo que se refiere al pilar de los asuntos exteriores y la política de seguridad, se ha avanzado a una importante integración en este nivel, no obstante aún queda mucha división. La Comunidad Europea ha obtenido el estatus de *Observador* desde 1971 en la Asamblea de las Naciones Unidas, por lo que participa de muchas conferencias. Si un Estado miembro quiere hacer una contribución individual al debate, la costumbre es que supedite su contribución con una declaración que se alinee bajo la de la presidencia de la CE. Ello da cuenta de una actitud coordinada en una de las áreas en las que los estados naciones han sido más recelosos, como es su política de relaciones exteriores, lo que da cuenta de un alto nivel de integración que se condice con una estructura de rasgos federales.

Sin embargo, la práctica ha demostrado que en los momentos críticos tal acoplamiento deja de existir. Así ocurrió respecto de la guerra de Irak, pues frente al Consejo de Seguridad no era posible hablar de una estrategia conjunta comunitaria. Seguramente las divergencias de las posiciones nacionales indican límites integrativos más que fallas estructurales.<sup>421</sup>

Una vez realizado este breve y general recuento de los rasgos federales de la CE, analizaremos ahora el TJCE tanto en su estructura como en su funcionamiento, para tasar de qué medida este órgano federaliza a la Comunidad.

En primer lugar cabe señalar que el mismo TJCE ha distinguido, como se señalara más arriba, a la CE de los organismos tradicionales de derecho internacional. Ya desde el año 1964, pronunciándose sobre el conocido caso *Costa versus ENEL*, es

---

<sup>420</sup> CAMPBELL, F. Federal arrangements, negarchy and international security, En: HEINEMANN-GRÜDER, A., *Federalism Doomed?*, Estados Unidos, Ed. Berghahn Books, 2002, p.52

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 55

que el TJCE ha proclamado la existencia “orden legal distinto” que no es una parte subordinada ni del derecho de los estados miembros ni constituye un subsistema del derecho internacional. Esa aseveración se condice con lo que se ha afirmado más arriba referente a que desde el punto de vista de los órganos comunitarios el criterio de reconocimiento de la validez de las normas legales comunitarias es ahora interno al sistema comunitario.<sup>422</sup>

En 1988 el profesor Koen Lenaerts pronunciándose acerca de la naturaleza de la Comunidad Europea destacaba la jurisprudencia del TJCE como acciones *cuasi* federales dentro del sistema jurídico comunitario.<sup>423</sup> Otro autor consideraba el activismo judicial del TJCE como uno de los factores profederales más importantes de la UE.<sup>424</sup>

Sin embargo, ambas aseveraciones se referían a la dinámica del funcionamiento de este tribunal y no la estructura que le fue diseñada por los tratados fundadores. Así, la composición del TJCE no es muy distinta a cualquier otra corte internacional, siguiéndose el principio de la igualdad formal. Se nombra un juez por Estado, de forma completamente distinta a una corte federal, en donde los nombramientos se rigen por los criterios que establecen las autoridades federativas.<sup>425</sup>

El TJCE no es una Corte de Apelaciones de los tribunales nacionales. En su diseño sólo es la más alta corte de la Comunidad Europea. Sin embargo, por ser el único órgano llamado a resolver disputas de derecho comunitario ha, a menudo, ejercido funciones propias de una corte constitucional. Por ejemplo, ha fallado relaciones entre instituciones, estados e individuos sobre la base de interpretación legal y los principios.<sup>426</sup> Como sabemos, es en el cumplimiento de estas funciones que ha creado los principios de efecto directo y supremacía del derecho comunitario que han llevado a la CE muy cerca del modelo federal. La teoría que subyace mucha de la

---

<sup>422</sup> MACCORMICK, N., Op. Cit., p. 131

<sup>423</sup> LENAERTS K., Two hundred years of U.S. Constitution and thirty years of EEC Treaty, Kluwer law and taxation, Bruselas, 1988

<sup>424</sup> Neil MacCormick señala a este respecto que el TJCE tiene una visión *sui generis* de la comunidad, para contrastarlo con la mirada del Derecho Internacional Público tradicional. MACCORMICK, N., Op. Cit., p.108.

<sup>425</sup> ELEFTHERIADIS, P., The standing of states in the European Union, En: TSAGOURIAS, N., Transnational Constitutionalism, Cambridge University Press, 2007, p.50

<sup>426</sup> TSAGOURIAS, N., The Constitutional role of general principles of law international an European jurisprudence, En su: Transnational Constitutionalism. International and European models, Cambridge University Press, Reino Unido, 2007, p.88

interpretación del derecho comunitario por el TJCE pareciera ser una teoría de derecho público análoga a la de los sistemas federales.<sup>427</sup>

De hecho, algunos van más lejos señalando que las acciones de la Corte sobrepasan los límites de los sistemas federales y tienen real ánimo de simular sistemas domésticos de acción jurisdiccional. En este contexto, hay quienes comparan el rol del TJCE con el de la Corte Suprema de los Estados Unidos señalando que el TJCE ha establecido limitaciones sobre el poder regulativo de los estados miembros más severas que cualquiera pronunciada por la Corte Suprema de EE.UU.

Jeremy A. Rabkin afirma en este sentido:

“Ninguna de esas sentencias tiene contraparte alguna en el derecho americano. Las Cortes americanas aún entienden los tratados como subordinados a los estatutos, y ciertamente a los estatutos subsecuentes, por lo tanto, sería impensable para una corte americana invalidar un acto del Congreso porque conflictua con un Tratado.”<sup>428</sup>

Además, hay otro rasgo que se ha entendido como federal respecto del TJCE. Éste consiste en que litigantes particulares pueden iniciar procedimientos directamente ante el tribunal, lo que implica que se ha sobrepasado la relación entre estados que supone la confederación.

En definitiva, dado activismo judicial de este Tribunal, la creación de los principios a los que hicimos alusión precedentemente y la relación que el mismo órgano jurisdiccional tiene con los tribunales domésticos, ya sea, a través de la cuestión prejudicial comunitaria<sup>429</sup>, o bien, por la aceptación los fallos anteriores de este tribunal sobre las materias que están conociendo los tribunales nacionales, el TJCE se posiciona como el órgano de características federales más importante de la Unión.

---

<sup>427</sup> ELEFThERiADiS, P., Op. Cit., p.45

<sup>428</sup> RABKIN, J., *Law Without Nations? Why Constitutional Governments Requires Sovereign States.*, Princeton University Press, Estados Unidos, 2005, p.133

<sup>429</sup> En especial en lo que se refiere al cambio de la cuestión prejudicial comunitaria en el sentido de ampliarla a la revisión de la compatibilidad del derecho europeo con el derecho interno de los estados miembros.

Ello, en primer lugar, por la amplitud de su jurisdicción, puesto que puede conocer de cualquier tema relacionado con el derecho comunitario. Y en segundo lugar, por su acción de concreción del derecho comunitario<sup>430</sup>, pues a través de la su vigilancia de la primacía del derecho comunitario, cualquier cambio profederal que se realice a nivel europeo en cualquiera de los pilares comunitarios tiene inmediatamente concreción a nivel nacional. Su naturaleza es dual, pues es un órgano de carácter federal y además realiza una acción “*federalizante*” por lo que se transforma en la institución central de derecho europeo dentro del proceso de integración.

Pero este proceso “federalizante”, o bien, de posicionamiento del TJCE como corte suprema federal es distinto según el Estado miembro del que se trate. Como pudimos observar de las dinámicas de relación entre el TJCE y España, Francia y Alemania, dentro de la Unión Europea no es posible generalizar un estado de cosas en lo que a las relaciones entre cortes se refiere.

En cuanto a Alemania, la relación entre las cortes no puede catalogarse de jerarquizada como es propio de un sistema federal. Los Tribunales alemanes reconocen la acción del TJCE, pero su actitud es más bien crítica por lo que podríamos hablar de una relación de mutua influencia que se condice con el pluralismo constitucional más que con el federalismo. El máximo tribunal alemán en un principio reconoció la primacía del Derecho comunitario, pero reconoce como límite a aquello la superioridad de la Constitución germana. Además con el fallo *Maastricht*, estableció el marco de acción de la TJCE al señalar que no aceptaría expansiones respecto de las facultades de los órganos comunitarios que desafiaron la primacía de la Carta Fundamental alemana.

El caso francés difiere del anterior, porque las cortes francesas recientemente y sólo de forma limitada han reconocido la acción del TJCE. En ningún caso es posible hablar de una corte federal en este contexto, pero tampoco se produce la relación confederativa saludable que el diseño original de la CE establecía.

---

<sup>430</sup> De hecho, los principios de efecto directo, aplicación inmediata y supremacía del derecho comunitario, intentan establecer una especie de derecho constitucional, similar al existente en las estructuras federales.

Por último, en lo que se refiere al caso español sí es posible hablar de relación federal propiamente tal, pues los tribunales españoles no sólo reconocen al TJCE y todos los principios por él establecidos, sino que además acatan la jurisprudencia del mismo de forma casi automática sin hacer mayores críticas, lo que pareciera traducirse en un reconocimiento tácito de superioridad jerárquica del TJCE, que corresponde a la relación entre una corte suprema federal y un tribunal estatal. De hecho, las últimas sentencias del TCE respecto del Tratado que Establece una Constitución para Europa, confirman lo anterior en la medida que significa el reconocimiento expreso de la primacía del derecho comunitario, mostrándose dispuesto a aceptar esa supremacía inclusive por sobre la Constitución española.

Todas estas consideraciones nos ayudan a definir, por una parte la naturaleza de la CE y, por otra, el futuro de la misma.

Como sabemos, la CE ya sobrepasó los límites de la entidad confederativa, rechazamos ya la posibilidad de que sea un Estado federal, por lo que parece evidente que estamos frente a una Unión Federal pues, aunque es posible ver los dos niveles de estructuras (nacional y europea), el ordenamiento ha independizado de su acto fundacional y cada vez actúa con menos acción directa de los estados miembros.

En lo que se refiere a sus proyecciones, nos fue relativamente sencillo identificar los rasgos federales que cada vez de forma más regular se asientan en el sistema jurídico comunitario, pero no es posible aventurarse a señalar que su desenvolvimiento responde a la creación de un Estado federal en un futuro próximo, dado que los últimos procesos de enmienda y los pronunciamientos más recientes de los tribunales nacionales se condicen con una actitud escéptica respecto de la consolidación del proyecto de integración europea. Por ejemplo en lo que se refiere al Tratado de Maastricht, las reacciones de los tribunales de los estados miembros analizados tuvieron por objeto establecer mayores requerimientos para la aceptación de un tratado de esas características. En Francia el *Conseil Constitutionnel* sostuvo que se requería una reforma constitucional para ratificar este tratado, puesto que sus normas envolvían la derogación de la soberanía nacional. Una decisión similar fue

tomada por el Tribunal Constitucional español respecto a la necesidad de un referéndum para reformar la Constitución y autorizar una transferencia de derechos soberanos. En Alemania el TFCA, señaló que la Constitución alemana no contenía ningún poder que pudiese legitimar una adhesión a un tratado europeo que pudiese violar los principios de gobierno democrático.<sup>431</sup>

No sólo se frustró la ratificación del Tratado que establece una Constitución para Europa, sino que el Tratado de Lisboa, que no hace sino recoger los principios menos controvertidos del instrumento comunitario anterior, corrió la misma suerte, dejando incierto el futuro de la Comunidad. Pareciera que si la senda que recorre la CE se dirige de forma natural hacia la conformación de una entidad federal, los estados miembros no están dispuestos a seguir esa senda. El desarrollo de la Comunidad Europea ha llegado a un *turning point* en que los estados comunitarios deben decidir si mantenerse como una entidad *sui generis* u optar por la creación de un Estado federal que cumpla con los requisitos expuestos y que, por tanto, implique la renuncia a las formas clásicas de ejercicio del poder soberano exclusivo que han imperado hasta nuestros días.

---

<sup>431</sup>MACCORMICK , Op. Cit., p. 99

## **CONCLUSIONES**

De la lectura de lo anteriormente expuesto es posible colegir una serie de conclusiones de relevancia respecto de la Comunidad Europea y el futuro de la misma.

En primer lugar, en lo que se refiere a la perspectiva que la Comunidad Europea tiene de si misma, es posible señalar que su fin integrador, con los consiguientes requerimientos de uniformidad y efectividad, ha determinado un proceso expansivo en cuanto a la producción de derecho, su interpretación y las esferas de su aplicación. Así, en lo que se refiere a las competencias que la comunidad tiene para la creación de derecho, se ha evolucionado de la original doctrina de los derechos conferidos o atribuidos a la teoría de los poderes implícitos en su versión limitada o amplia, lo que se traduce en definitiva, en la ganancia de competencias que, en el diseño original, no le correspondían a las instituciones comunitarias. Todo aquello ha desdibujado “lo nacional” hasta hacerlo indistinguible de lo comunitario, asunto que al ser determinado por un tribunal fuertemente integrador, como lo es el TJCE, ha redundado en la pérdida de exclusividad por parte de los estados de áreas completas del sistema jurídico en lo que se refiere a su reglamentación y funcionamiento. Lo anterior, se agudiza por el establecimiento de principios formativos de la actividad legislativa que son interpretados de forma tal que sólo en limitados y marginales casos cargan la balanza a favor de los estados miembros en el reconocimiento su exclusividad en la regulación de una determinada materia. En este sentido, es destacable la evolución del principio de subsidiaridad que se aplica en las materias de competencia compartida, puesto que el TJCE ha interpretado con tanta amplitud las materias de competencia exclusiva que sólo en ciertos y determinados casos será posible hablar de competencia no exclusiva. Además, en las mismas competencias compartidas –en las que es necesario verificar el cumplimiento de requerimientos para autorizar la acción de la comunidad- los requisitos son interpretados laxamente por el TJCE por lo que es casi impensable el evento en que se invalide una normativa comunitaria por infracción al principio en comento.

En lo que se refiere a la aplicación del derecho comunitario, también la tendencia es hacia la expansión de su ejecutabilidad y supremacía. En esta senda, se



han instaurado principios que no tienen parangón en el derecho internacional público tradicional lo que ha distinguido a la comunidad de las demás organizaciones internacionales. El hecho más destacable en este contexto, es la influencia que el derecho generado en el comunidad ha logrado tener en las esferas nacionales. Gracias a los principios de efecto directo y supremacía, los ciudadanos europeos no sólo pueden invocar normas de derecho de la CE ante los tribunales nacionales, sino que los jueces de dichos tribunales tienen la obligación de entender derogadas todas aquellas normas de derecho interno que contradigan estas disposiciones. Además, el TJCE ha conservado un fuerte rol político a este respecto, pues a través de un trabajo que desdibuja la interpretación de la creación misma de derecho, ha extendido la aplicación de estos principios, haciéndolos aplicables a casi todo tipo de normas comunitarias.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la relación entre el derecho de los estados miembros con la comunidad, que se ha traducido básicamente en la relación entre las cortes nacionales y el TJCE si bien, la respuesta de los países no se dejó esperar frente a las expansiones normativas que el máximo tribunal comunitario realizaba a través de la interpretación, los términos de la relación se establecieron por parte del TJCE, lo que impidió una dinámica de influencia recíproca propiamente tal. El mecanismo de comunicación entre los tribunales internos y el TJCE es la cuestión prejudicial comunitaria, la que en sus propios términos constituye un diálogo unidireccional en el que el TJCE se pronuncia sobre la interpretación de una norma comunitaria sin que existan mecanismos formales de respuesta por parte de los tribunales de los estados miembros. Además, la interpretación que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha realizado de la cuestión prejudicial significó un aumento de su área de influencia, pues incluyó un verdadero examen de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho de la comunidad cuyo árbitro era el mismo TJCE. Las cortes nacionales no se tardaron en reaccionar ante los embates expansivos del órgano jurisdiccional comunitario, sin embargo, el sistema en sí mismo ya se había hecho autónomo y determinante, por lo menos económicamente para los estados miembros, lo que en definitiva, se tradujo en la recepción de los principios por el TJCE creados con todas las consecuencias que ello trae consigo.

Todas las observaciones realizadas nos hablan de la Comunidad Europea como una entidad nueva y distinta de las organizaciones internacionales tradicionalmente conocidas. La dinámica entre el derecho interno y el derecho “supranacional” comunitario no está desprovista de lógica, de hecho la mayoría de los autores la identifican con una de carácter constitucional. Pero, ¿qué tipo de entidad posee una Constitución o por lo menos aspira a tenerla? ¿De qué da cuenta esta interacción?

Como respuestas a esta pregunta se han ofrecido una serie de posturas dentro de la misma CE. Algunos identifican sus estructuras y, en especial, la forma en que su derecho opera en arenas nacionales como el reflejo de una entidad federativa similar al Estado federal. Sin embargo, dado que la comunidad no satisface los requisitos que se exigen a los estados, se ha desechado esta posibilidad. Otros, no le atribuyen más poder que la que posee una confederación de estados, sin embargo, ello es difícil de sostener si se consideran los rasgos recién descritos en este acápite, pues resulta evidente que la CE sobrepasa con creces los ribetes de una confederación. El concepto de Unión Federal parece ser el que mejor se apega a la verdadera naturaleza de la Comunidad Europea. Si entendemos por unión federal una unión permanente de estados para formar una entidad corporativa con límites distintos que el resto del mundo, y que posee dos estructuras coexistentes de gobierno, una en el centro, y una a nivel de los estados miembros<sup>432</sup>, es claro que la CE por lo menos pertenece a esta categoría. No obstante, algunas de las figuras del derecho comunitario se distancian de esta calificación y se condicen con estructuras propiamente federales. ¿Es una institución como el TJCE consistente con una unión federal?, ¿Son los principios reseñados, propios de una entidad de este tipo?

Pareciera ser que estamos frente a una evolución desde una unión federal a otro tipo de corporación. Sin embargo, es muy difícil sostener que esa evolución está orientada hacia la consolidación de un Estado federal.

Esta dificultad radica sustancialmente en la negativa de los estados miembros a reconocer un tratado con caracteres constitucionales. El desarrollo del principio de supremacía del derecho comunitario tiene como límite las constituciones de los estados miembros. Basta con mencionar las sentencias Maastricht para llegar a esta

---

<sup>432</sup> KREILE, M., Op.Cit., p.231

conclusión. Conjuntamente, la negativa a ratificar el Tratado que establece una Constitución para Europa y el reciente Tratado de Lisboa, no son sino un reflejo evidente de que los países de Europa no están dispuestos a ceder en lo que a sus constituciones se refiere. La aceptación de tales instrumentos marcaría definitivamente la senda hacia una entidad federal a la que los ciudadanos comunitarios parecen no querer pertenecer. Una revisión de la historia de las Comunidades Europeas nos contextualiza suficientemente como para vislumbrar una suerte de punto de inflexión en el destino de la CE. De aceptarse un texto constitucional no es arriesgado señalar que Europa se dirige a la creación de un nuevo Estado. En el escenario contrario sólo podemos constatar la existencia de una nueva entidad internacional *sui generis* no clasificable dentro de categorías conocidas. En la segunda opción puede postularse el factor económico como determinante del *ethos* comunitario. La unión de los estados europeos es funcional a la nueva realidad que representa la globalización de los mercados y su equilibrio es tan inestable como las variables de éstos. Entender la naturaleza jurídica de la CE y los principios que la informan no sólo es importante para la Comunidad misma, sino que también sirve de guía para los estados extracomunitarios, en la medida que comprendiendo su naturaleza y principios guía será más fácil entender su funcionamiento y predecir sus próximas actuaciones. Además, si comprendemos que la CE es una reacción a la guerra en sus orígenes y a la globalización económica en la actualidad, no es impensable que otras regiones del mundo intenten iniciativas similares. Este tipo de propuesta podría darse en nuestro mismo país, si se considera que, por lo menos a nivel económico muchos países del cono sur han firmado acuerdos de cooperación económica e incluso tratados de libre comercio<sup>433</sup>.

En definitiva, el futuro de Europa podría ser sólo la antesala de procesos de mayor proporción a nivel mundial, por lo que entender su lógica no sólo tiene significados prácticos inmediatos, en lo que se refiere a nuestra relación con los

---

<sup>433</sup> En este sentido, se puede mencionar el MERCOSUR, consolidado por el Tratado de Asunción de 26 de marzo de 1991 y está conformado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela, además tiene como miembros asociados Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú; El Banco del Sur constituido el 9 de diciembre de 2007 y tiene como miembros son Venezuela, Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Paraguay y Uruguay. Chile tiene el estatus de observador.

mercados y estados europeos, sino que también puede ayudarnos a avizorar los próximos desafíos de nuestro país en materia internacional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **(i) Doctrina:**

- ALTER, K. J. Establishing the Supremacy of European Law, Reino Unido, Oxford University Press, 2001.
- BURGESS M., Federalism and European Union: the Building of Europe, 1950-2000, Reino Unido Routledge.
- BOBBIO, N. El tiempo de los Derechos, España, Ed. Sistema, 1991.
- CHEVALLIER RM, Le juge français et le Droit communautaire, En: Donner AM, Le juge national et le droit communautaire, Francia, Ed Leiman, 1966.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “The principle of Subsidiarity”, , Documento Sección (92) 1990, 27 de octubre de 1992.
- COPPEL, J. y O’NEILL A., The European Court of Justice: taking Rights Seriously?, Common Market Law Review,1992.
- CRUZ, P., La Constitución inédita, España, Editorial Trotta, 2004.
- DADOMO C. y FARRAN S., French Legal System, Londres, Ed. Thomson Professional, Segunda Edición, 1996.
- DARRAS, J. y PIROTTE O., Annuaire français de Droit Internacional, Francia, Centre National de Recherche Scientifique, 1976.
- DEMETRIO CRESPO, E., El caso Darkazanli, Acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la

Orden de Detención Europea, [En línea]  
<[http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/eduardo%20demetrio%20eaw.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/eduardo%20demetrio%20eaw.pdf)> [Consultado el 15 de mayo de 2008]

- DE TOCQUEVILLE, A., Democracy in America, Nueva York, Pratt, Wooford & Co., 1848.
- DI FABIO A., European Charter: Towards a Constitution for the Union, The Columbian Journal of European Law, n°7, 2, 2001.
- DOUGAN, M. National Remedies Before the Court of Justice, Reino Unido, Hart Publishing, 2004.
- DRUESNE, La primauté du Droit Communautaire sur le droit interne, Francia, Revue du Marché Común n°18, 1975.
- Estadísticas judiciales del tribunal de Justicia en Informe anual de las actividades del Tribunal de Justicia 2003. [En línea] <<http://curia.eu.int/es/instit/presentationfr/index.htm>> [Consultado el 3 de mayo de 2008]
- FERNÁNDEZ PÉREZ, B., Derecho comunitario y Derecho interno: control de adecuación de la norma interna a la comunitaria, en Revista Española de Derecho Internacional, volumen LII, 2000.
- FERRY, JM., La question de l'État européen, Francia, Gallimard, 2000
- FORSYTH, M., Unions of states: the theory and practice of confederation, Estados Unidos, Holmes & Mayer, 1981.

- FUENTES, TORRIJO, X., El derecho Internacional y el Derecho Interno: definitivamente una pareja desapareja. [En línea] <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf)>, [Consulta: 27 de junio de 2008]
- GERKRATH, J., L'emergence d'un Droit Constitutionnelle pour l'Europe, Bruselas, 1997.
- HALLSTEIN, W. Europe in the making, Estados Unidos, Ed. Norton, 1973.
- HARTLEY, TC. The Foundations of European Community Law, Sexta Edición , Reino Unido, Oxford University Press, 2007.
- HEINEMANN-GRÜDER, A., Federalism doomed?, Estados Unidos, Berghahn Books, 2002.
- HOFFMAN, S., Reflections of the Nation-State in Europe today, Journal of Common Market Studies, XXI, 1982.
- IIVONEN J., The future of Nation State in Europe, Reino Unido, Ed. Edward Elgar, 1993
- KELSEN H., Principios de Derecho Internacional Público, España, Ed. El Ateneo, 1965.
- KUMM, M., Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? [En línea] <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/98/98-10-.html>> [Consultado el 22 de febrero de 2008].
- LEJEUNE, Y., L'idée contemporaine de confédération en Europe : Quelques enseignements tirés de l'expérience de l'Union Européenne, En: Le concept

moderne de confédération, Francia, Ed. Del Consejo de Europa, Colección Science et technique de la démocratie, núm. 11, 1995.

- LENAERTS K., Two hundred years of U.S. Constitution and thirty years of EEC Treaty, Bruselas, Kluwer law and taxation, 1988
- LOÏC P., FAVOREAU L., Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Francia, Ed. Sirey, 1975.
- MACCORNIC, N., Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason, Reino Unido, Ed. Oxford, 1999.
- MACCORNIC, N., Beyond the sovereign State, The Modern Law Review, nº56, 1993.
- MANGAS, A., La Constitución Europea, España, Lustel, 2005.
- MANGAS, M., LIÑAN NOGUERAS Nogueras, DJ, Instituciones y derecho de la Unión Europea, España, Ed. Tecnos, cuarta edición.
- MANZINI, F. y KEELING d., Democracy and European Court of Justice, en The Modern Law Review, Vol. 57, nº2, marzo 1994.
- MORAVCSIK, A, The choice for Europe: Social purpose and state power from Messina to Maastricht, Estados Unidos, Cornell University press, 1998.
- PEÑA, ETCHEVERRÍA, J., La carta de Derechos Fundamentales y la Ciudadanía Europea, Revista de Estudios Europeos n.33, Ene/abr 2003, p 63-83.



- PÉREZ TRUMPS, P., La Constitución Española ante la Constitución Europea. En: ALBERTI ROVIRA, E., (Dir), El proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa, España, Tirant Lo Blanch, 2004.
- PESCATORE, P., El recurso prejudicial del art. 177 del Tratado CEE y la cooperación del Tribunal con los órganos jurisdiccionales nacionales, En: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, España, Oficina publicaciones oficiales de la Comunidad Europea, 1986.
- PÉREZ, A. Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa Comunitaria, en Revista de Estudios Públicos, N° 99, Ene/Mar 1998.
- PINDER, J., European Community and Nation\_State: A case for Neo-federalism, International Affairs, 1986.
- POIARES MADURO, M. Las formas del poder constitucional de la Unión Europea, Revista de Estudios Políticos, n°119, 2003.
- RABKIN, J., Law Without Nations? Why Constitutional Governments Requires Sovereign States., Princeton University Press, Estados Unidos, 2005.
- RODRIGUEZ, A, Integración Europea y Derechos Fundamentales, España, Ed. Civitas, 2001.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., Nota editorial, España, Revista Europea de Derecho Comunitario, núm. 20, 2005.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, C. y VALLE GÁLVEZ, A., España, El Derecho Comunitario y las relaciones entre el tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales

Constitucionales nacionales, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, 1997, nº2.

- RUBIO LLORENTE, La Constitucionalización del proceso de integración de Europa, España, Revista de Occidente, núm. 284, enero 2005.
- SCHILLING, T., The autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations, Harvard International Law Journal, núm. 37, 1996
- SCHELLE, G., Précis du Droit des Gens, Tomo II, Francia, 1934.
- STONE, A., The birth of judicial politics in France: the constitutional council in comparative perspective, Reino Unido, Oxford University Press, 1993.
- TRAVIESO, J.A., Derechos Humanos y Derecho internacional, España, Ed. Heliasta, 1990.
- TSAGOURIAS, N., Transnational Constitutionalism, Reino Unido, Cambridge University Press, 2007.
- UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, Integración europea y Poder judicial: Ponencias presentadas a las jornadas celebradas en Bilbao los días 23, 24 y 25 de febrero de 2005, España, Ed. Oñati, 2006.
- WALLACE W. & WALLACE H., Policy making in European Union, Reino Unido, Oxford University Press, 2000.
- WALTER N., The idea of Constitutional Pluralism, EUI Working Paper, 2002/1, Florencia, 2002, [En línea] <<http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/179/1/law02-1.pdf>> [Consulta de 18 de febrero de 2008]

- WEILER, j. & LOCKHART, N. Taking Rights Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence, *Common Market Law Review*, 32, 1995
- WESTLAKE, M., *L'Union européenne au-delà d'Amsterdam*, Bélgica, Presses interuniversitaires européennes, 1998.
- WINTER JA, "Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in community law", UK., *Common Market Law Review*, N°9, 1972.
- ZOLLER, E., *Droit des affaires étrangères*, Francia, Presses Universitaires de France, 1992.

**(ii) Jurisprudencia e instrumentos de Derecho comparado e internacional.**

- Sentencia TJCE de 31 de marzo de 1971, Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de las Comunidades Europeas, C-22/70.
- Sentencia TJCE de 19 de noviembre de 1991, Francovich and Bonifaci contra República italiana, C-9/90.
- Sentencia TJCE de 10 de diciembre de 1974, Charmason contra Ministre de l'économie et des finances, C-48/74.
- Sentencia TJCE de 12 de junio de 1983, Comisión contra la República de Francia, C-90/82.
- Sentencia TJCE de 23 de febrero 1995, Procesos penales contra Aldo Bordessa, Vicente Marí Mellado y Concepción Barbero Maestre, Asuntos Acumulados C-358/93 y C-416/93.
- Sentencia del TJCE, Albatros contra SOPECO, C-20/64.

- Sentencia TJCE 13 de julio de 1988, Comisión contra República de Francia, C-169/87.
- Sentencia TJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale HandelsgesellschaftmbH contra Einfuhr-und Vorrastsstelle für Getreide und Futtermittel, C-11/70.
- Sentencia TJCE 4 de abril de 1978, Asunto Lück, C-34/67.
- Sentencia TJCE de 22 de octubre de 1968, asunto IN.CO.GE '90 y otros, C-10 a 22/97.
- Sentencia TJCE de 5 de febrero de 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02
- Sentencia TJCE de 18 de diciembre de 1997, asunto Inter-environnement Wallonie, C-129/96.
- Sentencia TJCE de 31 de agosto de 1991, asunto Kziber, C-18/30.
- Sentencia TJCE de 5 de marzo de 1998, asunto Solred, C-347/96,
- Sentencia TJCE de 22 de octubre de 1998, Ingogf, C10/97 y 22/97.
- Sentencia de TJCE 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch contra Union Cycliste Internationale, C- 36/74.
- Sentencia TJCE de 30 de septiembre de 1975, Anita Cristini contra SNCF, C-32/75.

- Sentencia TJCE de 18 de abril de 1967, decisión VII 198/63.
- Sentencia TJCE de 10 de marzo de 1998, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-363/95 y 365/95.
- Sentencia TJCE 9 de noviembre de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otros contra Bundesamt für Ernährung und Fortswirtschaft, C-465 y 466/93.
- Sentencia TJCE de 13 de noviembre de 1990, Marleasing S.A. contra La Comercial Internacional de Alimentación, C-106/89.
- Sentencia TJCE de 29 de marzo de 1990, Grecia contra Consejo, C-62/88
- Sentencia TJCE de 24 de enero de 1978, asunto Cassis de Dijon, C-82/77.
- Sentencia de 23 de febrero de 1995, Aldo Bordeas y otros, C-358/93.
- Sentencia TJCE de 30 de abril de 1974, R. & B. Haegeman contra Estado Belga, C-181/73.
- Sentencia TJCE de 20 de septiembre de 1990, asunto Sevince, C-192/89.
- Sentencia TJCE del 18 de octubre de 1990, Dzodzi contra el Estado de Bélgica, C-297/88.
- Sentencia TJCE de 24 de enero de 1991, Tomates, C-384/89.
- Sentencia TJCE de 25 de junio de 1992, Federconsorzi, C-88/91.
- Sentencia TJCE de 12 de noviembre de 1992, Fournier, C-73/89.

- Sentencia TJCE de 28 de marzo de 1995, Kleinwort Benson contra City of Glasgow District Council, C-346/93.
- Sentencia TJCE de 19 de octubre de 1995, Job Centre Coop, C-111/94,
- Sentencia TJCE de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries Italia C-18/93.
- Sentencia TJCE del 14 de diciembre de 1971, Polito contra Italia, C-43/71.
- Sentencia TJCE de 17 de septiembre de 1997, Dorsch consult, C-54/96
- Sentencia TJCE de 1 de junio de 1999, Eco Swiss China Time Ltda. contra Benetton Internacional, C-126/97.
- Sentencia TJCE de 7 de julio de 1981, Rewe-Handelsgesellschaft contra Hauptzollamt Kiel, C- 158/80.
- Sentencia TJCE de 22 de enero de 1976, asunto Russo, C-69/75.
- Sentencia TJCE de 21 de mayo de 1976, Roquette Frères contra Comisión, C-26/74.
- Sentencia TJCE de 23 de abril de 1986, Parti écologiste “Les Verts” contra Parlamento Europeo, C-294/83.
- Sentencia TJCE de 3 de Julio de 1991, Department of Health and social Security contra Barr and Montrose Holdings, C-355/89.
- Sentencia TJCE de 4 de Noviembre de 1994, Parfums Christian Dior contra Evora, C-337/95.
- Sentencia TJCE del 7 de febrero de 1973, Comisión contra Italia C-39/72.

- Sentencia TJCE del 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos contra Nederlandse Administratie Belastingen, C- 26/62.
- Sentencia TJCE de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò contra persona desconocida, C-14/86.
- Sentencias TJCE de 1 de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld C27/95; de 19 de septiembre de 2000, Linster C-287/98
- Sentencia TJCE S.A.C.E. del 6 de octubre de 1970.
- Sentencia TJCE de 4 de diciembre de 1974, Ivonne Van Duyn contra Home Office.
- Sentencia TJCE de 5 de abril de 1979, Ratti, C-148/78.
- Sentencia TJCE de 18 de diciembre de 1997, Inter-environnement contra Région Wallonne C-129/96, apartados 40 y 45.
- Sentencia TJCE de 26 de febrero de 1986, C- 152/84.
- Sentencia TJCE de 22 de noviembre de 2005, Mangold contra Rüdiger Helm C-144/04.
- Sentencia TJCE de 7 de enero de 2004, Proceso Penal contra X C- 60/02.
- Sentencias TJCE de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò contra de persona desconocida, C-14/86.
- Sentencia TJCE de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen c-80/86.

- Sentencia TJCE de 26 de septiembre de 1996, Luciano Arcaro C-169/95.
- Sentencia TJCE de 15 de julio de 1964, Costa contra Ente Nazionale per L'Energia Elettrica (ENEL), C-6/64.
- Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1978, Administración de Finanzas del Estado contra Simmenthal, C-106/77.
- Sentencia TJCE de 22 de junio de 1989, Constanzo, C-103/88.
- Sentencia TJCE de 11 de julio de 1989, Ford España C-170/88.
- Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel y Van Veen, C-430/93 y C-431/93
- Sentencia TJCE de 13 de marzo de 2001, asunto PreussenElektra, C-379/98.
- Sentencia TJCE de 14 de enero de 1981, Chemical contra DAF, C-140/79.
- Sentencia TJCE de 14 de enero de 1982, Vinal contra Orbat, C-46/80.
- Sentencia TJCE del 19 de octubre de 1982, Roquette Frères contra Consejo, C-179/80.
- Sentencia TJCE de 17 de mayo de 1972 Leonasio C-93/71.
- Sentencia TJCE de 11 de marzo de 1980, Pasquale Foglia contra Mariella Novello, C-104/79.
- Sentencia TJCE de 16 de junio de 1966, Lütticke (Alfons) GMBH contra Hauptzollamt Saarlouis, C-57/65.



- Sentencia TJCE de 9 de Julio de 1987 C- 281, 283-5, 287/85 [1987] ECR 3203
- Sentencia TJCE 3-4 & 6/76 Kramer [1976] ECR 1279;
- Sentencia TJCE de 22 de octubre de 1987, Foto-frost contra Hauptzollamt, C-314/85.
- Sentencia de 12 de noviembre de 1998, Asunto Victoria Film C-134/97,
- Referencia al TJCE de 18 de julio de 1967, caso VII 156/65.
- Referencia al TJCE del 26 de abril de 1967, Firma Kart A. Becher contra Hauptzollamt Manchen-Landsbergerstrasse, C-26/66.
- Referencia al TJCE del 6 de septiembre de 1967, Firma Gebrüder Luck contra Hauptzollamt Köln-Rheinau, C-1961/66,
- Referencia al TJCE del 17 de mayo de 1967, Firma Kunstmühle Tivoli contra Hauptzollamt Würzburg, C-419/66, entre otras.
- Auto TJCE de 18 de junio de 1980, Asunto Broker, C-138/80.
- Auto de 5 de marzo de 1986, Asunto Greis Unterweger, C-318/85, C48/71, entre otras
- Auto de 28 de marzo de 1980, Comisión contra Francia C-24 y 99/80.
- Auto del TJCE de 29 de junio de 1993, República Federal de Alemania contra Consejo de las Comunidades Europeas, C-280/93.
- Auto del TJCE de 6 de julio de 1993, Leo van Parijs contra el Consejo, C-257/93.

- Auto TJCE de 21 de junio de 1993, Chiquita Banana Company contra el Consejo, C-276/93,
- Opinión TJCE 1/75 (Understanding a local cost Standard) [1975] ECR 1355.
- Sentencia TFCA de 12 de octubre de 1993, Brunner y otros contra el Tratado de la Unión Europea, C-2159/92.
- Sentencia TFCA de 22 de marzo de 1995, Bayerische Staatsregierung contra Bundesregierung, C-1/89.
- Sentencia TFCA del 18 de octubre de 1967, BvR 248/63, AWD 477.
- Sentencias TFCA de 22 de agosto de 1995, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-364/95, C-365/95.
- Sentencia de TFCA de 18 de julio de 2005, Neue Juristische Wochenschrift, 32/2005.
- Sentencia TFCA de 13 de abril de 1968, Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH contra Hauptzollamt Paderborn, C-28/67.
- Sentencia de 29 de octubre de 1968, Lütticke (Alfons) GmbH contra Hauptzollamt Köln-Deutz, C-106/67.
- Sentencia del TFCA caso Lütticke (Alfons) GmbH contra Hauptzollamt Saarlouis.
- Sentencia TFCA de 26 de abril de 1995, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas (Banana II), 760/95.

- Sentencia TFCA de 29 de mayo de 1976, Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-52/71.
- Sentencia TFCA de 25 de julio de 1979, Steinike und Weiling contra Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft "Vielleicht", C-6/77
- Sentencia TFCA de 23 de julio de 1981, Internationale Zuständigkeit der belgischen Gerichte für Gebührenforderungen von Eurocontrol, C-195/79.
- Sentencia TFCA de 22 de octubre de 1986, Wünsche Handelsgesellschaft, C-197/83.
- Sentencia TFCA de 8 de abril de 1987, asunto Kloppenburg, C-687/85
- Sentencia TFCA de 25 de enero de 1995, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-2689/94.
- Sentencia TFCA de 12 de Diciembre de 1966, VWG Frankfurt, AWD 67,
- Sentencia TFCA de 25 de abril de 1967, Firma Max Neumann contra Hauptzollamt Hof/Saalen, AWD 227.
- Sentencia Tribunal Federal Tributario de 16 de julio de 1981, Value Added Tax Directives, C-51/80.
- Sentencia Tribunal Federal Tributario de 15 de abril de 1985, Frau Kloppenburg contra Finanzamt Leer, C-123/84.
- Sentencia Tribunal Federal Tributario Rheinland Palatinate (TTRP) 14 de noviembre de 1963, Re Tax on Malt Barley, C-77/63

- Sentencia TTRP de 25 de marzo de 1965, Re Exceso Profits Levy, C-47/65.
- Sentencia Corte de Apelaciones Administrativa de 9 de febrero de 1995, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, EuZW222.
- Sentencia Corte de Apelaciones Administrativa de 19 de mayo de 1995, Firma T. Port contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, EuZW 413.
- Sentencia CET de 13 de septiembre de 1985, Société Internationale Sales and Import Corporation BV, citado por Alter, Karen J. Op. Cit. P.161.
- Sentencia CET de 6 de Noviembre de 1936, asunto Arrighi, Recueil Lebon 966.
- Sentencia CET de 19 de junio de 1964, Société des pétroles Shell-Berre et autres, Sociétés «Les Garages de France», Société Esso-Standart, Société Mobil Oil française de pétroles B.P., Recueil Lebon 344 [1964].
- Sentencia CET de 10 de febrero de 1967, S.A. des Etablissements Petitjean et autres, Recueil Lebon 63 [1967]
- Sentencia CET 1 de marzo de 1968, Syndicat General des Fabricants de Semoules de France, Recueil Lebon 149 [1970].
- Sentencia CET, Asunto Tratado de Ámsterdam, C-97/394, , Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 344.
- Sentencia CET de 20 de Octubre de 1989, Raoul Georges Nicolo y otros, Recueil Lebon 190.

- Sentencia CET 1 de marzo de 1968, Syndicat General des Fabricants de Semoules de France, Recueil Lebon 149 [1970].
- Sentencia CET de 3 de febrero de 1990, Compagnie Alitalia, Recueil Lebon 44, CMLR 248.
- Sentencia CET de 24 de septiembre de 1990, Boisedet, Recueil Lebon 251.
- Sentencia CET de 29 de junio de 1990, asunto GISTI, Revue general du Droit International Publique 879.
- Sentencia CET de 22 de diciembre de 1978, Ministro del Interior contra Daniel Cohn-Bendit, Recueil Lebon 524
- Sentencia CET de 27 de julio de 1979, Syndicat National des Fabricants de Spiritueux Consommées à l'Eau, RDP 219.
- Sentencia CET de 28 de febrero de de 1992, Sociétés Rothman et Philip Morris and Arizona Tobacco, Recueil Lebon 78.
- Sentencia CC de 6 de julio de 1971, C-71-44 [1971] Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, 29.
- Sentencia CC de 15 de enero de 1975, C-74-54 [1975], Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, 19.
- Sentencia CC de 30 de diciembre de 1976, C-76-71 [1976], Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, 15.

- Sentencia CC de 22 de octubre de 1970, Administration des contributions indirectes et comité interprofessionnel des vins doux naturels contra Ramel, 14 DS Jur. 221 [1971]
- Sentencia de la CC de 24 de mayo de 1975, Administration des Duanes contra Societé Cafés Jacques Vabre y J. Weigel y Compagnie S.à.r.l, CMLR 343.
- Sentencia CC de 30 de septiembre de 1977, C- 77/89, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel 46.
- Sentencia CC de 18 de enero de 1978, C-77/91, Récueil des décisions du Conseil constitutionnel, 19.
- Sentencia CC de 29 de abril de 1978, C-78/93, Récueil des décisions du Conseil constitutionnel, 23.
- Sentencia CC de 3 de septiembre de 1986, C-86/216, Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, 183.
- Sentencia CC de 21 de octubre de 1988, C- 88-1082/1117, Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, 183.
- Sentencia CC de 23 de enero de 1987, C-86/224, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 8.
- Sentencia CC de 25 de julio de 1991, asunto Schengen, C-91/294, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 91
- Sentencia CC de 9 de abril de 1992, asunto Maastricht, C-92/308, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 91.

- Sentencia CC de 2 de septiembre de 1992, asunto Maastrich II, C-93/312, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 76.
- Sentencia CC de 23 de septiembre de 1992, asunto Maastrich II, C-93/313, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 94.
- Sentencia CET de 6 de noviembre de 1936, asunto Arrighi, Recueil Lebon 966
- Sentencia de tribunal de instancia de 8 de enero de 1971, Administration des Duanes contra Société Cafés Jacques Vabre y J. Weigel y Compagnie S.à.r.l CMLR, 43.
- Sentencia de Corte de Apelaciones de 7 de julio de 1973, Administration des Duanes contra Société Cafés Jacques Vabre y J. Weigel y Compagnie S.à.r.l CMLR, 223.
- Sentencia TCE de 14 de febrero de 1991, C-28/91.
- Sentencia TCE de 22 de marzo de 1991, asunto 64/1991.
- Sentencia TCE de 11 de septiembre de 1995, asunto 130/1995.
- Sentencia TCE 180/1993; 45/1996.
- Sentencia TCE de 25 de marzo; 201/1996.
- Sentencia TCE de 9 de diciembre, 203/1996.
- Sentencia TCE de 19 de abril de 2004, C-58/2004
- Sentencia TCE de 31 de octubre de 1996, C-173/1996.

- Declaración del TCE 1/2004, de 13 de diciembre de 2004
- Sentencia TS de 26 de enero de 2000, Entidad Pública empresarial de correos y telégrafos.
- Sentencia TS de 10 de diciembre de 2002, Reglamento técnico y de prestación del Servicio de Telecomunicaciones por satélite.
- Sentencia TS de 17 de junio de 2003, Juan Antonio Xiol Ríos, recursos números 464/1999 y 481/1999.
- Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la reparación de daños sufridos en el servicio de las Naciones Unidas [1949] CIJ174 a 182
- Dictamen sobre la reforma del sistema de control del Convenio europeo de Derechos Humanos en relación al proyecto de protocolo nº 11, Doc.H., 1992.
- Corte Interamericana de Derecho Humanos en Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Almonacid Arellano y otros versus Chile.
- Documento 5266, anexo de procedimientos verbales del 26 de marzo de 1957 en los debates de la Asamblea Nacional Francesa, preparada por la Comisión de la Ministros de Relaciones Exteriores.