

La respuesta europea a la crisis de los refugiados

José María Porras Ramírez

El derecho a un recurso efectivo para los
requerientes de asilo en la Unión Europea

Calogero Pizzolo

Deferencia internacional, vaguedad del
margen de apreciación nacional y
procedimiento razonable de decisión

Malos tiempos para el estado de derecho
en la Unión Europea

Susana Sanz Caballero

Líneas de debate sobre el derecho
constitucional en la era de la globalización

José María Serna

Por una perspectiva dialógica del derecho
constitucional europeo

Laurence Burgogue-Larsen

La independencia judicial como requisito
para la emisión de la orden europea de
detención

Jeremías Brusau

Sobre la ponderación de los intereses
concurrentes de las víctimas y de la
defensa en la Directiva 2012/29/UE

Rocío E. Buosi

Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

RI&HR

Jean Monnet
Centro de Excelencia
"Integración Regional
y Derechos Humanos"

Jean Monnet
Centre of Excellence
"Regional Integration
and Human Rights"

IR&DH



Año VII – Nr. 2 – 2019



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VII – N° 2 – 2019

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Por una perspectiva dialógica del derecho constitucional europeo¹

§

Laurence Burgorgue-Larsen²

Sumario

I. La nostalgia feliz. II. ¿Y si la existencia y el desarrollo del Derecho Constitucional europeo pasaran por el diálogo entre los jueces? III. Establecer la separación de poderes. IV. Garantizar la protección de los Derechos fundamentales.

I. La nostalgia feliz

Este es el oxímoron —tomado de la excéntrica novelista Amelie Nothomb³— que me viene a la cabeza en el momento en que se me concede el honor de rendir homenaje al profesor Vlad Constantinesco. Siento, en efecto, un inmenso orgullo mezclado con una pizca de nostalgia feliz.

Orgullo puesto que los trabajos del profesor Constantinesco —además de haber iluminado mis lecturas durante toda mi formación de jurista atraída por las cuestiones europeas— han marcado indiscutiblemente el estudio del derecho de las difuntas comunidades europeas- como se denominaba a las manifestaciones institucionales del derecho de la integración europea. Partiendo de su vanguardista y magistral tesis sobre el modelo de distribución competencial, sus curiosidad doctrinal abordó nuevos campos como el de las relaciones las Unión Europea con los sistemas nacionales — mejor dicho, con los derechos constitucionales nacionales⁴— o las cuestiones

¹Traducido del francés por Enrique Guillén López

²Catedrática de Derecho público. Universidad de París I. Panteón-Sorbona (Francia).

³NOTHOMB, *La nostalgie heureuse*.

⁴Esta vocación por las relaciones entre ordenamientos tiene una particular concreción en la escritura a cuatro manos de un manual muy original: V. CONSTANTINESCO - S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, PUF, París, 2011.

relativas a la naturaleza de la Unión y las tendencias “federalizantes” que sobre ella gravitan. Constantinesco ha logrado conjugar la depurada técnica de los análisis con la belleza literaria de sus fórmulas. Del sorprendente “Hay un *small is beautifull* en la subsidiariedad⁵”, al famoso “*Je ‘aime, moi non plus o la sociedad europea a la búsqueda de affectio societatis*”⁶, Vlad Constantinesco siempre ha sabido dejar su huella en los lectores con análisis finos y originales.

Y también nostalgia, puesto que esta incursión en la vida doctrinal y académica del destinatario de este homenaje me lleva a una vertiginosa vuelta al pasado; a 20 años atrás, concretamente. Especialista en la integración europea, aficionado a hacer incursiones en el campo constitucional, hispanófono, formó parte de mi tribunal de tesis doctoral, acto del que aun guardo un grato recuerdo —más allá de la tensión inherente a estos momentos iniciáticos—. La nostalgia aquí, pues, no es una fuente de tristeza, sino de alegría; por eso es una nostalgia feliz.

Siendo la transmisión de pasiones el oficio del profesor, espero que las líneas que siguen, relativas a una temática que Vlad Constantinesco tuvo la ocasión de explorar en numerosas ocasiones⁷, puedan ser la ocasión de demostrarle hasta qué punto fue importante en mi formación universitaria, así como en la de toda la comunidad de juristas apasionados por la aventura europea. Fue, sin duda, un maravilloso e inspirador “porteador” de la pasión europea.

⁵CONSTANTINESCO, *Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l’Union européenne?*, p. 35 a 45, especialmente p. 38.

⁶ *Je t’aime, moi non plus’ ou la société européenne en quête d’affectio societatis*”, *Mélanges en l’honneur de François Borella*, PUN, Nancy, 1999, p. 115 a 149.

⁷ Las relaciones entre el derecho de la Unión y el derecho interno así como las cuestiones relativas a la naturaleza jurídica de la Unión han llevado habitualmente a V. CONSTANTINESCO a cuestionar la existencia, directa o indirectamente, de un Derecho constitucional europeo. Cfr, v.gr. R. DEHOUSSE (dir.), “*Europe Fédéral ou Fédération d’Etats nations*”, *Une Constitution pour l’Europe*, p. 115 a 149.

II. ¿Y si la existencia y el desarrollo del Derecho Constitucional europeo pasaran por el diálogo de los jueces?

La iconoclasta pregunta obliga a dar algunas explicaciones. Si hubiera que esquematizar⁸ las etapas del estudio del discurso sobre el Derecho constitucional europeo podríamos mantener que son las tres siguientes.

El primer acto del estudio del discurso constitucional sobre Europa estuvo marcado por el seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal de justicia [TJUE]. La razón fue simple: es la jurisprudencia la que mantiene la “postura nominalista”⁹ utilizando el lenguaje para, sin duda, intentar crear el objeto. La sentencia *Los Verdes*¹⁰ fue el buque insignia en este sentido, si bien fue anunciada por otros referentes jurisprudenciales importantes o, mejor dicho, fundacionales¹¹. El corolario lógico en términos académicos fue el acaparamiento el discurso constitucional europeo por los “comunitaristas”¹², lo que provocó, por otro lado, memorables disputas

⁸ En este caso, la precisión es fundamental. Nos encontramos —además de con una parte evidente de subjetividad— con una extraordinaria simplificación de la multitud de corrientes que han acompañado desde el principio el desarrollo del proyecto de integración europeo.

⁹ Tomo esta expresión del profesor Alexandre VIALA que la utilizó con ocasión del Congreso celebrado en Montpellier durante los días 12 y 13 de diciembre de 2013 en su ponencia titulada: “*Le droit constitutionnel européen: hypothèse épistémologique ou nouvelle branche du droit?*”. Las actas del Congreso “*Le droit constitutionnel européen à l’épreuve de la crise économique et démocratique de l’Europe/El Derecho constitucional europeo ante la crisis económica y democrática de Europa* —co-organizado por las Universidades de Granada y Montpellier— han sido publicados por el Institut Varenne (2015) bajo la dirección de F. BALAGUER CALLEJON, S. PINON y A. VIALA.

¹⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 23/04/1986, “Parti écologiste «Les Verts» c/ Parlement européen”, affaire 294-83, Rec., 1986, p. 1339.

¹¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 05/02/1963, “Van Gend en Loos”, affaire 26-62, Rec., 1963, p. 3. ; 15/07/1964, “Costa c. Enel”, affaire. 6-64, Rec. 1964, p.1159.

¹² GERKRATH, *L’émergence d’un droit constitutionnel pour l’Europe. Modes de formation et sources d’inspiration de la constitution des Communautés et de l’Union européenne*. La tesis fue dirigida por V. CONSTANTINESCO. Hay que reparar igualmente en una de las primeras tesis que sobre esta cuestión se dirigieron en Francia bajo la dirección del profesor M-F. LABOUZ, cfr. T. DAUPS, *L’idée de Constitution européenne*. En la línea de estos precursores trabajos, las siguientes generaciones de comunitaristas han continuado reflexionando sobre el desacoplamiento entre la Constitución y el Estado; citaremos a título de expresivo ejemplo la tesis de G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, Bruselas, 2011. (Col. Droit de l’Union européenne, n°20), dirigida por D. RITLENG.

con los internacionalistas. Allí donde los primeros encontraban en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia los rasgos de la especificidad del orden jurídico comunitario limitado a la creación de un orden constitucional europeo, los segundos, en general, no veían sino una formidable banalidad¹³.

El segundo acto en el estudio del discurso constitucional europeo estuvo marcado por la multiplicación de análisis centrados en las cláusulas europeas de las constituciones nacionales¹⁴ que vieron la luz en el contexto del proceso de ratificación del Tratado sobre la Unión Europea, tal y como fue adoptado en Maastricht en 1992¹⁵. Las consecuencias científicas fueron también en este caso bastante claras: los constitucionalistas hicieron su aparición y se apropiaron de este nuevo objeto de estudio, si bien al precio, según constan en los anales doctrinales, de memorables confrontaciones doctrinales, por lo menos en nuestro hexágono¹⁶. El proceso salta a

¹³ Esta disputa fue particularmente viva en Francia. El curso de A. PELLET en la *Académie européenne* quedará como un “clásico” de la corriente internacionalista crítica. Cfr. “*Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*”, “Recueil des Cours de l’Académie de droit européen”, V, nº5, Livre 2, p.193 y ss. La controversia con los «comunitaristas» tiene como punto álgido el “Congreso de Burdeos” de la Sociedad francesa de Derecho Internacional, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Pedone, París, 2000. Es preciso destacar que no todos los internacionalistas tuvieron esa postura de desconfianza frente a la generalidad del “particularismo” comunitario. Basta con reparar para convencerse de ello en el artículo clásico e insoslayable de Eric Stein, internacionalista norteamericano, E. STEIN, “*Lawyers, judges and the making of a transnational constitution*”, *AJIL*, 1981, 75-1, p. 1 a 27.

¹⁴ Podemos convenir en que el análisis de las “cláusulas europeas” de las constituciones nacionales se inscribe en una antigua tradición iniciada por Boris MIRKINE-GUETZEVITCH quien fue el primero que, en el período entreguerras, estudió el “Derecho constitucional internacional”, esto es, las cláusulas consagradas al Derecho internacional en el seno de las Constituciones. Cfr. *Droit constitutionnel international*, Paris, 1933.

¹⁵ T. DE BARRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire. Essai d’approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l’intégration européenne*; DIEZ PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión europea*; MABAKA, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l’intégration européenne. Aspects nationaux et européens*; ZILLER (dir.) *L’eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l’Europe*. Sobre la “europeización” de las Constituciones de los países del Este, cfr. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern*.

¹⁶ Tras el Congreso de Burdeos que concitó el diálogo entre los internacionalistas y los constitucionalistas, el Congreso de La Rochelle – deberíamos mejor decir la “controversia de La

un nuevo estadio con la elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa que impulsó una intensa actividad científica en Europa¹⁷. Es más, esta entrada en escena de los especialistas de Derecho constitucional y/o de derecho comparado género nuevas pistas epistemológicas, ya sea para desarrollar análisis innovadores centrados en el constitucionalismo multinivel (la constitución compuesta)¹⁸ o en la Constitución-red¹⁹; bien para proponer una nueva categoría jurídica sobre la base de una relectura del federalismo²⁰; ya sea para reforzar las aproximaciones clásicas que consisten en valorar la constitución, toda la constitución, y nada más que la constitución²¹- lo que nuestro juicio es una visión cada vez más minoritaria, si se considera el panorama doctrinal fuera de Francia²².

El tercer acto del estudio del Derecho constitucional europeo es testigo del éxito de las teorías pluralistas. En presencia de posiciones aparentemente inconciliables — basadas en posturas clásicas y lógicamente absolutistas: primacía absoluta de la Unión *versus* primacía absoluta de las constituciones nacionales— los autores de la

Rochelle”— resultó ser la ocasión para la expresión de las diferencias entre comunitaristas y constitucionalistas, metódicamente anotada por el “escéptico” Louis FAVOREU, “*L’eurosepticisme du droit constitutionnel*”, en H. GAUDIN, *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect mutuel réciproque?*, p. 379 a 390.

¹⁷ Un trabajo colectivo que ha contado con muchos investigadores europeos se puede encontrar en CARTABIA, B. DE WITTE, PEREZ TREMPs (dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*.

¹⁸ PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, p. 94; PERNICE, MAYER, *De la constitution composée de l’Europe*, p. 623 a 647.

¹⁹ BUSTOS GISBERT, *La Constitución Red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*.

²⁰ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*.

²¹ Y de plantear la validez del Derecho de la Unión a partir, únicamente, de la Constitución, y cuando el autor es francés, deberíamos añadir de la «constitución francesa solo y exclusivamente», se trataría de la postura positivista retomando la expresión de A. VIALA (cfr. supra). Para una aproximación ortodoxa cfr. J-P. DEROSIER, “*Constitutionnalisation? Réflexions sur le degré de centralisation et de décentralisation de l’Union européenne*”, *Mélanges en l’honneur de Philippe Manin. L’Union européenne; Union de droit, Union des droits*, p. 95 a 107.

²² Los constitucionalistas españoles, por ejemplo, no tienen ningún problema en hablar de “Derecho constitucional europeo” desligando el binomio “Constitución/Estado”. Así lo acredita sobradamente la lectura de las Actas del Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España que tuvo lugar en San Sebastián (durante los días 4 y 5 de febrero de 2010). Cfr, *Derecho constitucional europeo*, J-I. UGARTEMENDIA, G. Jauregui (coord.).

complejidad hicieron su aparición desarrollando una multitud de variantes analíticas del pluralismo, posturas que comparten la propuesta de desvincularse del principio jerárquico como principio de comprensión de las relaciones entre ordenamientos²³. El desarrollo de este nuevo paradigma ha de verse en relación con el fracaso en 2005 de la ratificación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. Este importante revés fue, sin duda, un elemento catalizador pero realmente no estuvo en el origen de la corriente pluralista; en cualquier caso la inscripción de la identidad nacional con su importante variante “constitucional” en el seno del Tratado sobre la Unión Europea tal y como fue adoptado en Lisboa- el famoso artículo 4.2- originó una ebullición doctrinal en todas las direcciones con la que cabe relacionar la proliferación de análisis pluralistas. Tras los teóricos americanos, que trataron el concepto al margen del caso específico de la Unión Europea²⁴, los constitucionalistas europeos se apropiaron de la fórmula que pasó a ser un objeto de estudio “de moda”, en la medida en que reforzó su incursión en el Derecho de la Unión junto con los “europeístas”²⁵ e incluso los internacionalistas.²⁶ La fórmula les permitió reflexionar

²³ Un panorama en francés de las diferentes corrientes pluralistas (esencialmente anglosajonas) y una crítica de sus planteamientos en: J-V LOUIS, “*La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé?*”, *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de J-P. Jacqué*, p. 443 a 461.

²⁴ ROSENFELD, *The Identity of the Constitutional subject*, “*Cardozo Law Review*”, p. 1049 a 1109; ROSENFELD (eds.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy*. Tiene interés el artículo del mismo autor titulado *Constitutional Identity* en la obra monumental que dirigió con A. Sajó (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, p. 757 a 775; G. J. JACOBSON, *Constitutional Identity*.

²⁵ Es interesante, por ejemplo, señalar que en Francia la cuestión ha sido acogida con entusiasmo por investigadores —europeístas, administrativistas y constitucionalistas— que propusieron a sus doctorandos la identidad constitucional tema de investigación. Algunos concluyeron sus estudios —F-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LGDJ, 2013, tome 142,— en tanto que otros están todavía llevándolo a cabo. Lo que es indudable es que en cualquier caso son contribuciones que acercarán las diferentes ramas de la ciencia jurídica. Con contemplar los Homenajes en honor a los profesores MANIN o JACQUE tenemos suficiente para considerar hasta qué punto los análisis sobre la identidad acercan a los diferentes representantes del derecho constitucional, comparado, europeo e internacional.

²⁶ Estoy pensando en el Congreso de Evry de 25 noviembre de 2013 sobre *L'identité constitutionnelle de la France et la protection internationale des droits de l'homme* organizado conjuntamente por F. COULEE, A. ROBLOT-TROIZIER y J. BONNET bajo los auspicios de la AFDC y de la SFDI.

conjuntamente, y no ya unos contra otros²⁷, sobre el significado y la funcionalidad de esta fórmula, que nos permite pensar que el concepto de soberanía ha perdido incontestablemente su superioridad²⁸.

Estos distintos actos doctrinales sucesivos —que evidentemente no están exentos de solapamientos— están, en realidad, marcados por un elemento común, deberíamos decir; por una figura insoslayable, inevitable, indispensable: la del juez. En cada una de estas grandes etapas todos los jueces competentes en el continente europeo se han expresado sobre el hecho europeo a través de sentencias entrecruzadas: desde el Tribunal de la Unión (TJUE) al Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] pasando por los Tribunales supremos y/o constitucionales nacionales. En este contexto no parece absurdo avanzar la idea de que el Derecho constitucional europeo se ha gestado, se desarrolla y avanza sobre la base del diálogo judicial. No cabe, no obstante, lanzar una afirmación como la precedente sin afrontar dos obstáculos de importancia. El primero se refiere a la noción de “diálogo de jueces” que es objeto tanto de análisis benevolentes²⁹, como de críticas preñadas de desconfianza³⁰, cuando no de desprecio. El segundo obstáculo se refiere al Derecho constitucional europeo en sí mismo. Rechazado por unos, reconocido por otros,

²⁷ Como ejemplos de obras que reúnen a teóricos del derecho, constitucionalistas y comunitaristas Cfr. SAIZ ARNAIZ, c. ALCOBERRO ILIVINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*; L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*.

²⁸ “La souveraineté est morte, vive l'identité constitutionnelle” estaríamos tentados de afirmar siguiendo a A. PETERS, *Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law*, “Vienna Journal on International Constitutional Law”, V. 3/2009, p. 170 a 198; o también a R. TONIATTI, “Supremacy Lost, constitutional identity regained”, SAIZ ARNAIZ, c. ALCOBERRO ILIVINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, p. 17 a 36.

²⁹ SLAUGHTER, *A New World Order*; MARTINICO, POLLICINO, *The interaction between Europe's Legal Systems. Judicial dialogue and the Creation of Supranational Law*; TORRES PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*; J. GARCIA ROCA, *El diálogo entre el Tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden publico europeo*, “Teoría y realidad constitucional”, 2012, n°30, p. 183 a 224; BUSTOS GISBERT XV *proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, 2012, n°95, p. 13 a 63.

³⁰ DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo judicial entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*; Law, Chang, *The limits of global judicial dialogue*, “Washington Law Review”, 2011, n° 86, p. 523 a 577.

hemos visto que está en el corazón de confrontaciones académicas tras las cuales hay, muy a menudo, fuertes fracturas ideológicas. Es necesario entrar sucintamente a considerar estos dos elementos.

A la pregunta de qué es el diálogo de jueces, podemos convenir en que se trata de que dos o más jueces expresen en sus sentencias un acuerdo o un desacuerdo sobre una cuestión concreta. El diálogo no supone automáticamente la concordia: puede expresar el desacuerdo. Este elemento es fundamental ya en él descansan los fundamentos de la aproximación dialógica³¹. Analizado en el contexto tan particular de la integración europea el diálogo de jueces revela procesos que recelan de toda conclusión: mientras la integración se mantenga, también se mantiene el diálogo; en la medida en que la integración evolucione, el diálogo hará lo propio. Sobre la cuestión de saber cómo abordar el análisis del Derecho constitucional europeo, es importante considerar aquí —como muy tempranamente hizo el profesor Rousseau— el insoslayable artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada carece de constitución”. Si bien los juristas —por no decir los constitucionalistas— han leído “toda sociedad” como si se dijera “todo estado”, es conveniente volver al sentido primero de las palabras; la sociedad no es el estado, es la sociedad: en otras palabras, toda aquella organización política que regule las relaciones sociales³². Es, por tanto, posible desligar la constitución del estado.

A partir de estos dos presupuestos metodológicos, es posible convenir que tanto la cuestión de la separación de poderes como la del respeto de los derechos fundamentales han estado en el corazón de las discusiones judiciales en Europa desde el mismo inicio de la aventura de la integración. Este punto es particularmente

³¹ Se me permitirá la licencia de remitirme al análisis elaborado con ocasión del homenaje en honor de B. GENEVOIS, en el que desarrollo con más amplitud las diferentes manifestaciones del diálogo, “L’internationalisation du dialogue des juges”, *Mélanges en l’honneur de B. Genevois*, Dalloz, París, 2009, p. 95 a 130. Los tipos de diálogo que he logrado identificar —del diálogo orquestado/armonioso al diálogo desbocado; del diálogo horizontal al diálogo vertical— pueden examinarse en este análisis sobre la construcción del Derecho constitucional europeo.

³² ROUSSEAU, “Prolégomènes à l’étude de l’identité constitutionnelle”, *Le droit constitutionnel normatif*, BEN ACHOUR (dir.), Bruylant, Bruselas, 2009, p. 27

importante. En efecto, en los éxitos o fracasos del proceso de integración; tras los avances o retrocesos, siempre ha estado el diálogo de jueces marcando el rumbo de su desarrollo. Está, pues, en el fundamento —junto con los Tratados constitutivos y las constituciones nacionales revisadas en numerosas ocasiones— de la construcción de un Derecho constitucional europeo que integra en su seno todos los niveles de poderes (nacional/europeo) y que permite pensar en vivir colectivamente³³. Esta forma de pensar el Derecho constitucional europeo no está exenta de la complejidad que constituye seguramente la seña de identidad del derecho contemporáneo. El consenso judicial tranquiliza; el desacuerdo perturba y crea incertidumbre, si bien no deja de ser la seña de identidad de la existencia de varios sistemas jurídicos que, aunque mantengan estrechas relaciones, han de afirmar en un momento dado, bien su especificidad, bien, simplemente, su existencia, su realidad. Esta aproximación permite “cambiar la óptica” y dejar de analizar una sentencia de los tribunales de justicia nacionales (expresando un desacuerdo) como la sola manifestación de una rebelión que ponga en tela de juicio los principios fundadores de derecho de la integración: la resistencia (por la violación o la mera insinuación de violación de un principio estructurador del derecho de la Unión) puede en ciertos casos no solamente aparecer como legítima, sino, sobre todo, ser el acto de apertura de un diálogo que al final puede desembocar en una posición común de todos los actores judiciales determinando el equilibrio constitucional en un momento concreto. El Derecho constitucional europeo analizado a través del prisma del diálogo de los jueces se presenta, entonces, en todas sus dimensiones —pacíficas de un lado (concordia judicial) y conflictuales de otra (desacuerdo judicial)—, dimensiones complejas e

³³ El alcance comprehensivo de la noción de “Derecho constitucional europeo” es de por sí evidente. En primer término, porque los Estados miembros son una parte constitutiva de la Unión como tal, lo que ha provocado una imbricación fuera de lo común de sistemas sometidos a una interacción constante; la Unión Europea está constituida a la vez por estructuras europeas pero también nacionales. Igualmente porque en esta lógica el diálogo actúa tanto verticalmente (entre jueces nacionales y jueces europeos) como horizontalmente (entre jueces europeos, TJUE y TEDH, de un lado, y jueces nacionales, Tribunales supremos y constitucionales, de otro. “Orquestados” (esto es, regulado por procedimientos ad hoc, como la cuestión prejudicial o activado por obligaciones vinculadas a la responsabilidad del Estado en el ámbito del cumplimiento de los tratados) o “espontáneos”, los intercambios judiciales no han dejado de irrigar las corrientes que nutren la integración europea.

inestables qué revelan lo que la Unión es: una “organización política compuesta” en perpetuo movimiento. Así las cosas, el Derecho constitucional europeo es evolutivo, fruto de un proceso regularmente discutido, abierto. Recuerda en este sentido a lo que algunos estados compuestos viven sobre la base de principios que descansan en el evolucionismo estructural de las relaciones entre los diferentes niveles de poderes territoriales coexistentes en el seno de un mismo espacio territorial, como es el caso del principio dispositivo en España.

Sobre la base de estas decisiones metodológicas, el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano será el eje de nuestra aproximación. Tendremos ocasión de revisitar la historia del proceso de integración a través del prisma dialógico que revelará toda su riqueza constitucional ya que está centrado, desde sus inicios, en los elementos que estructuran la vida en sociedad: establecer la separación de poderes y asegurar la protección de los derechos fundamentales.

III. Establecer la separación de poderes.

Sabemos que la separación de poderes es el modo de ejercicio democrático del poder con el objeto de que no se convierta en autoritario; su objeto es impedir el abuso de poder. En el marco de la integración europea, y más particularmente en el marco de análisis del Derecho constitucional europeo, el ejercicio del poder se reparte entre las dos orillas de la Unión europea: las orillas nacionales y la orilla europea. Así las cosas, la cuestión consiste en examinar la manera de evitar el autoritarismo proveniente de las instituciones europeas: ¿Como conjurar la tendencia a actuar de manera abusiva -en la medida en que podrían tener la tentación de operar una centralización excesiva en detrimento de los niveles nacionales de poder-?³⁴ Surge de aquí, inmediatamente, el principio de atribución de competencias (art. 5.1 TUE) que tiene, como sabemos, el objeto de limitar el ámbito de intervención de las instituciones europeas. Estas no deben actuar sino dentro de los límites de las competencias que les ha sido expresamente transferidas por los Señores de los

³⁴ En consecuencia, no se trata de concentrarnos únicamente sobre el nivel europeo de poder, sino de examinar la cuestión de manera global en la medida en la que el derecho constitucional europeo se elabora y se desarrolla en el “intrincado” marco de los niveles de poder nacionales y europeo.

Tratados, es decir por los Estados miembros. Estamos así en el corazón del equilibrio democrático del Derecho constitucional europeo. Dispuestos de esta forma los términos de la problemática, veremos qué el diálogo judicial ha permitido la erección de contra-límites para obligar a las instituciones europeas a atenerse al principio de atribución de competencias. En el corazón de las discusiones judiciales en Europa han estado simultáneamente el equilibrio democrático del ejercicio del poder político (A) y del poder judicial (B) de manera que ambos han participado en la determinación del equilibrio democrático en Europa.

III.1. Determinar el ejercicio del poder político.

Dos cuestiones democráticas por excelencia —vinculadas al ejercicio del poder político— han estado en el centro del diálogo de jueces. La primera se refiere al respeto del principio de atribución de competencias, mientras que la segunda se refiere a la cuestión de saber dónde se encuentra el lugar de expresión democrática del poder en Europa. En cada procedimiento constitucional de control a priori de la ratificación de los Tratados de Reforma, las conversaciones judiciales acreditan la presencia de constantes ajustes en las cuestiones neurálgicas constitutivas del Derecho constitucional europeo.

III.1.a. Las controversias judiciales sobre el principio de atribución de competencias.

Es bien conocida la historia de la relecturas judiciales de los Tratados por el Tribunal de Justicia a través de una interpretación teológica llevada hasta el extremo de sus confines y de sus potencialidades. El Tribunal de Justicia —asistido por otra parte de buenas razones que tienen que ver con el incumplimiento de los Estados de sus obligaciones (efecto directo de las directivas) y con el ajuste de los equilibrios institucionales internos (legitimación activa y pasiva del Parlamento europeo)³⁵, no ha dudado en superar la letra de los Tratados; muy a menudo el Tribunal ha despreciado el respeto del principio de atribución de competencias. En este contexto, en el marco del proceso de ratificación del Tratado de la Unión tal y como se adoptó en Maastricht,

³⁵ Se hace mención tan solo a algunos ejemplos referidos al marco normativo e institucional. También el derecho material abunda en ellos.

en el que se inscribió formalmente por primera vez el principio de atribución en la letra del derecho primario —al tiempo, por otra parte, que el principio de subsidiariedad, que tuvo un estreno sonoro—, no es en absoluto sorprendente ver al Tribunal constitucional de *Karlsruhe* en su célebre sentencia *Maastricht* de 12 de octubre de 1993³⁶ rebelarse contra los *ultra vires* del Tribunal de Justicia. La respuesta fue inmediata: el Tribunal de Justicia comprendió la señal y entró, a partir de su sentencia del 28 de marzo de 1996, en una fase de *judicial self-restraint*³⁷.

La sentencia del Tribunal constitucional presentó una construcción que modificaba las reglas del juego en lo que se refiere al control de legalidad del derecho de la Unión: afirmando que controlaría todo acto *ultra vires* que proviniera de las instituciones europeas (llegado el caso, del Tribunal de Justicia), cuestionaba la distribución de competencias entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia. Así planteó la doctrina los términos del debate, indignándose por la actitud del guardián alemán de la Constitución. Ahora bien, la aproximación dialógica permite comprender —e incluso legitimar— esta actitud puesto que atribuye la mayor importancia a las dos orillas que bañan el estudio del Derecho constitucional europeo. Fundado sobre una doble legitimidad (nacional y europea) el Derecho constitucional europeo supone tener en cuenta sistemáticamente los dos niveles de poder que intervienen en el desarrollo de la integración europea. Estudiar su desarrollo en general y el del Derecho constitucional europeo, en particular, tomando exclusivamente en consideración el punto de vista de uno solo de los dos niveles de poder y, por consiguiente, el punto de vista de sólo uno de los dos actores (políticos o judiciales) que se “enfrentan”, no es, sin más, procedente. Lo que ha permitido revelar la discusión judicial relativa al respeto del principio de atribución de competencias fue la importancia del contrapoder (judicial) nacional frente a un abuso del poder (judicial) europeo.

En el contexto de un sistema constitucional integrado —en el que el diálogo horizontal es tan importante como el vertical— no resulta sorprendente que otros actores judiciales nacionales hayan importado la posición alemana en su *ratio*

³⁶ Tribunal constitucional alemán, 12/10/1993, *Maastricht* (conocida también como sentencia *Brunner*).

³⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 28/03/1996, sentencia n°2/94, Rec., I-1794. Los párrafos 23 y 30 de la sentencia demuestran la seriedad con la que se asume el principio de atribución de competencias.

decidendi, considerándola legítima. Del *Højesteret* danés³⁸ al Tribunal constitucional checo³⁹, otros jueces nacionales han participado en el debate que es intensamente democrático ya que trata de la cuestión de los límites al ejercicio de todo tipo de poder. De esta manera una cuestión como ésta es, y será habitualmente, una cuestión de diálogo, en la medida en la que el Tribunal de justicia —en función de la evolución de la integración europea— reconsidere constantemente su política jurisprudencial y vuelva a coquetear con ella (pese a su respuesta apaciguadora y estratégica de 1996) con ocasión de las revisiones judiciales de los tratados⁴⁰. En este contexto de evolución incesante, el Tribunal constitucional alemán confirmaba y precisaba su posición en la sentencia Lisboa⁴¹. Tras recordar que las competencias transferidas a la Unión deberían ejercerse respetando el principio de atribución —de manera que todo *ultra vires* podía suponer que ejerciera el control (*ultra vires kontrolle*) (par. 240)—

³⁸ *Højesteret*, 06/04/1998, Cfr. DYRBERG, “La Constitución danesa y la Unión europea II (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998”, “Revista de derecho comunitario europeo”, 1998, p. 573 a 591.

³⁹ Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 08/03/2006, n° I PL US 50/04; Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 26/11/2008, Tratado de Lisboa, PI ÚS 19/08. El párrafo 111 de la sentencia afirma que para contrastar la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, el Tribunal considerará tanto su propia jurisprudencia como la jurisprudencia alemana. El párrafo 118 hace realidad esta afirmación y el Tribunal cita expresamente la jurisprudencia constitucional alemana (Sentencias *Solange II* de 1986 y *Maastricht* de 1993).

⁴⁰ Es interesante constatar que los actores políticos se han mostrado particularmente sensibles a este estado de cosas. Puede verse, en este sentido, el *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne* (26/11/2009, n°119) que menciona dos sentencias del TJUE expresivas de una jurisprudencia que coqueteó con la revisión judicial de los tratados. La primera sentencia citada es la relativa al tamaño mínimo de los pescados de 12/07/2005 de la que resultó la condena de Francia simultáneamente a una multa coercitiva y al pago de una suma a tanto alzado por inexecución de sentencia, si bien el artículo 228 TCEE contemplaba estas sanciones como alternativas y no acumulativas (p.15). Igualmente cita las célebres sentencias *Comisión c. Consejo* (13/09/2005) y *Mangold* (22/11/2005). El informe fue elaborado por Hubert Haenel —desde entonces en el Consejo Constitucional—. Sus conclusiones fundamentales pueden leerse en un artículo publicado con el provocador título de *La Cour de Karlsruhe: une leçon de démocratie, Commentaire*, verano 2010, n°130, p. 411 a 417.

⁴¹ Tribunal constitucional alemán, 30/06/2009, Lisboa, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 et 2 BvR 182/09.

superaba este estadio de la argumentación y pasaba a ser muy preciso. Donde la sentencia Maastricht se mostraba ambigua acerca de los límites que no debían ser superados, la sentencia Lisboa es muy explícita al considerar que “es particularmente oportuno trazar el límite cuando la coordinación de situaciones transfronterizas es objetivamente necesaria” (par. 251). Sin duda el Tribunal constitucional consideró que pese a las advertencias lanzadas en 1993 en su sentencia Maastricht, el Tribunal de justicia continuó con una jurisprudencia activista que despreciaba el principio de atribución de competencias⁴².

Durante mucho tiempo, la amenaza de un control fue la propia de una retórica dialógica que llevaba a algunos a comenzar a preguntarse si tal amenaza no sería puramente simbólica⁴³. Las cosas cambiaron cuando el Tribunal constitucional checo decidió dar un golpe concreto y efectivo a la amenaza de control; la retórica se radicalizó. El asunto de las “pensiones eslovacas” fue el fin anunciado de un diálogo

⁴² Los jueces del Tribunal constitucional de Karlsruhe debieron considerar llegado el momento —sobre la base del principio de que el Tratado de Lisboa no sería objeto de una reforma inmediata— de marcar muy estrictamente los límites que no se debían superar; así como de determinar *expressis verbis* los “ámbitos especialmente sensibles de autodeterminación democrática de un Estado constitucional” (§ 252) en los que, por consiguiente, la capacidad de acción discrecional de los Estados será considerable (§ 256). Igualmente, “el derecho penal material y formal, el ejercicio del monopolio de la fuerza —fuerzas y cuerpos de seguridad en el interior, fuerzas armadas en el exterior— las decisiones fiscales fundamentales relativas a los ingresos y a los gastos públicos- especialmente las relacionadas con la política social- la regulación de las condiciones de vida por el Estado social, así como las decisiones singularmente importantes desde el punto de vista cultural, como, por ejemplo, las relativas al derecho de familia, al sistema educativo, e incluso al tratamiento jurídico de las confesiones religiosas” (§ 252) son los ámbitos en los que el Estado debe conservar la competencia para adoptar las “decisiones esenciales” (§ 259).

⁴³ Las sagas judiciales —siempre entre Alemania y el Tribunal de Justicia— relativas al principio de no discriminación por razón de edad y al alcance del principio de protección de datos personales demostraron que el Tribunal constitucional alemán tenía buena disposición: TJCE, 22/11/2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. p. I-9981; Tribunal constitucional alemán, 06/07/2010, 2 BvR 2661/06, *Mangold-Urteil* EuGH, *Honeywell*; Tribunal constitucional alemán, 02/03/2010, *Rétention des données*, cfr. D. HANF, *Vers une précision de la Europarechtsfreundlichkeit de la Loi fondamentale. L’apport de l’arrêt “rétention des données et de la décision “Honeywell” du BVerfG*, “Research Paper in Law” V. 2010/3, p. 30; M. PAYANDEH, *Constitutional review of EU law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German constitutional Court and the EU Court of justice*, “Common Market Law Review”, 2011, p. 9 a 38.

de sordos en el que el desacuerdo era un desacuerdo de principio que, aunque provocara efectos (*self restraint* del Tribunal de justicia) no transformaba radicalmente las relaciones de fuerza (los *ultra vires* se producían regularmente)⁴⁴. En todo caso, no cierra la puerta a continuar con la discusión, incluso en caso de que ello no supusiera encontrar directamente un terreno de conciliación⁴⁵.

III.1.b. Las discusiones judiciales sobre el lugar de ejercicio democrático del poder.

¿Dónde está el lugar por excelencia de ejercicio democrático del poder en Europa? Esta pregunta nos lleva a la conocida cuestión del déficit democrático que también ha estado en el centro del diálogo judicial en Europa.

Pese a las penurias por las que pasa la democracia representativa en los Estados miembros, pese a que el lugar y el papel de los parlamentos nacionales en la gestación del Derecho de la Unión pase difícilmente por el tamiz de la crítica el Tribunal constitucional de Karlsruhe estima desde 1993 (sentencia Maastricht) — argumento que ha precisado en 2009 (Sentencia Lisboa)— que el lugar de expresión democrática por excelencia en Europa era y seguía siendo el Parlamento nacional — en su caso el *Bundestag* y el *Bundesrat*. Mientras en 1993 el Tribunal dejaba abierta la puerta a una posible evolución de la democracia a escala europea postulando un reforzamiento de los poderes del Parlamento Europeo, nada de esto encontramos en 2009. Parecería que el tribunal “expulsara para siempre a la Unión del paraíso de la democracia verdadera” (*true democracy*) que queda confinada en los Estados-nación⁴⁶. El Parlamento europeo no representa al pueblo europeo, “continúa siendo

⁴⁴ Tribunal constitucional checo, 31/01/2012, Caso Pensiones eslovacas, Pl. US 5/12. LICKOVA, *Quand la Cour constitutionnelle tchèque défie la CJUE sur les pensions de vieillesse*, “Constitutions Revue de droit constitutionnel appliqué”, 2012, n° 2, p. 304 a 306; Komarek, *Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires*, “European Constitutional Law Review”, 2012, p. 323 a 330.

⁴⁵ El Tribunal respondió indirectamente al Tribunal constitucional checo sosteniendo una posición bastante firme al destacar el hecho de que, incluso un Tribunal constitucional, se ve sometido a obligaciones normativas y procedimentales derivados de la primacía. TJUE, 15 de enero de 2013, *Jozef Križan y autres*, C-416-10, §§70-73

⁴⁶ BAQUERO CRUZ, *A juridical Götterdämmerung: The Lisbon Decision of the German Constitutional Court, Karlsruhe's Europe, Notre Europe*, Studies & Research n°78, 2010, p. 8.

en el fondo un órgano de representación de los pueblos de los estados miembros”⁴⁷. Se trata de una afirmación solemne que obliga a tomar en consideración la posición de las dos cámaras en el marco de cualquier procedimiento de reforma ⁴⁸. Y aunque las sentencias que siguieron al rescate de Grecia (7 de septiembre de 2011)⁴⁹ y al procedimiento de ratificación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza y del Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (12 de septiembre de 2012)⁵⁰, hayan soslayado en alguna medida las críticas relativas al déficit democrático, no deja de ser cierto que el Tribunal constitucional alemán se mantiene firme en lo que se refiere al derecho de sufragio, que no puede ser vaciado en su contenido por una limitación de las competencias del *Bundestag*⁵¹.

Esta argumentación supone un desacuerdo de fondo, de un lado, con lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en su sentencia *Matthews* desde 1999⁵²; y, de otro, con lo que el Tribunal constitucional checo mantuvo en 2009. Allí donde el Tribunal de Karlsruhe analiza la democracia de manera extremadamente formal —desconociendo deliberadamente la metamorfosis del sistema político

⁴⁷ Tribunal constitucional alemán, 30/06/2009, *Lisboa*, § 284.

⁴⁸ En efecto, el Tribunal alemán considera indispensable la participación de las instituciones parlamentarias alemanas (*Bundestag* y *Bundesrat*) en toda modificación de los Tratados, incluso cuando las revisiones se llevan a cabo a través de técnicas específicas. Así, los conocidos como procedimientos simplificados de reforma (artículo 48§6 TUE), las cláusulas pasarelas (artículo 48§7 TUE et 81§3, al.2 TFUE) así como la disposición del artículo 352 TFUE no podrán ser activados por el gobierno alemán sin obtener el aval del Parlamento. En otras palabras, no es suficiente con la posibilidad de ejercer un veto; lo que se exige es la participación activa de los representantes del Pueblo y de los Länder en el proceso de integración, sobre todo cuando lo que esté en juego sea un sea un impulso profundo del proceso de integración.

⁴⁹ Tribunal constitucional alemán, 7/09/2011, 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10 et 2 BvR 1099/10, *ordonnance* du 27.10.11, 2 BvE 8/11.

⁵⁰ Tribunal constitucional alemán, 12/09/2012, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12.

⁵¹ Esa es la razón por la que el *Bundestag* deberá ser obligatoriamente consultado en caso de que se supere el importe de los préstamos y garantías inicialmente previstos (en torno a 190 mil millones de euros). Se trata de asegurar, fundamentalmente, “que el vínculo de legitimación entre el Parlamento y el Mecanismo Europeo de estabilidad no se rompa” (§ 270 de la sentencia de 12 de septiembre de 2012)

⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18/02/1999, *Matthews c. Reino Unido*.

europeo (un sistema interconectado) y el incremento que desde el inicio de la integración cabe advertir en las competencias y en la legitimidad del Parlamento europeo—, el *Ústavní Soud*, sin embargo, estima que el artículo 10.1 TUE – según el cual el funcionamiento de la Unión se funda sobre la democracia representativa— contempla los dos niveles de ejercicio del poder (europeo y nacional)⁵³. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 años antes, afirmaba sin ambages en su sentencia *Matthews* que el Parlamento europeo era: “*el instrumento principal del control democrático y de la responsabilidad política en el sistema comunitario. Legitimado por su elección por sufragio universal directo, el Parlamento Europeo debe ser considerado, sean cuales sean sus límites, como la parte de la estructura de la Comunidad Europea que mejor refleja la preocupación de asegurar en el seno de ésta un “régimen político verdaderamente democrático”*”⁵⁴.

¿Qué podemos decir sobre esta temática, pues, sino que es poco probable alcanzar un acuerdo?

III.2. Determinar el ejercicio del poder judicial.

Identificar el lugar en que se administra justicia es indispensable en el estudio del Derecho constitucional europeo: el poder judicial es parte del equilibrio democrático de toda la organización política. De esta manera, la interconexión de sistemas en Europa obliga una vez más a una aproximación global que ponga al descubierto un doble fenómeno en el centro del cual se encuentra la cuestión prejudicial, arquetipo del diálogo. De un lado, observamos que la obligación de plantear la cuestión no deriva exclusivamente del Derecho de la Unión: también se ha convertido en una obligación constitucional e internacional. De otro, la obligación de plantear la cuestión ha alcanzado, además de a los Tribunales supremos, a los Tribunales constitucionales. Por consiguiente, el poder judicial europeo no es único: no se encarna exclusivamente en el Tribunal de justicia. Es múltiple, encarnado en los jueces nacionales (supremos y constitucionales) y los dos tribunales europeos (TEDH y TJUE). La complementariedad de sus competencias y el diálogo que han entablado

⁵³ Tribunal constitucional checo (*Ústavní Soud*), 03/11/2009, PI ÚS 29/09, § 43.

⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18/02/1999, “*Matthews c. Reino Unido*”, § 48.

sobre éstas encarnan una vez más, el punto de equilibrio del Derecho constitucional europeo.

III.2.a. Los múltiples fundamentos de la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

Una perspectiva clásica —aislada y desconectada, esto es, basada únicamente en el sistema jurídico de la Unión— presenta el artículo 267.3 del TFUE como la fuente que obliga al planteamiento por parte del juez de la cuestión prejudicial en caso de dudas relativas a la interpretación o la validez del Derecho de la Unión. Por consiguiente, el incumplimiento de una obligación de esta clase sólo supondría a priori la activación de un único mecanismo de control. La Comisión, a través del recurso de incumplimiento así como el Tribunal de Justicia con la ayuda de su jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado-juez (supremo)⁵⁵, serían las únicas instancias que, en el marco de sus competencias, estarían en disposición de sancionar el rechazo manifiestamente infundado de activar el mecanismo prejudicial. Limitarse a este aspecto de la cuestión —a su análisis desde el solo punto de vista del Derecho de la Unión— ya no es posible en un sistema político compuesto en el que la imbricación de los modelos —que supone una imbricación de las obligaciones- está en su apogeo. Es por ello necesario cambiar la óptica hacia una perspectiva global que tome en cuenta el punto de vista de todos los actores.

En aquellos estados que cuentan con una justicia constitucional fuerte —que cuentan con recursos directos de protección de derechos fundamentales— se admite que la negativa a plantear la cuestión prejudicial de acuerdo con el artículo 267.3 TFUE supone una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como se recoge en el seno de la constitución nacional. Así, el Tribunal constitucional alemán inició la dinámica considerando que tal negativa suponía una lesión al derecho al juez predeterminado por la ley tal y como se establece en el artículo 101.1.b) de la Ley fundamental alemana⁵⁶; continúa esta senda el tribunal austríaco⁵⁷ que estima por su

⁵⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 30/09/2003, *Köbler*, C-224/01, Rec. I-10239.

⁵⁶ Tribunal constitucional alemán, 23/05/1986, *Solange II*; Tribunal constitucional alemán, 08/04/1987, *Kloppenborg*.

⁵⁷ Tribunal constitucional austríaco, 11 de diciembre de 1995, B-2300/95; Tribunal constitucional austríaco, sentencia de 26 de junio de 1997, B-3486/96. Hay que señalar, en cualquier caso, que esta

parte que el derecho al juez natural consagrado en su constitución⁵⁸ puede resultar lesionado en caso de que se rechace plantear la cuestión prejudicial de manera manifiestamente arbitraria. El diálogo horizontal se ha hecho también presente en la medida en que España, que se mantuvo al margen de esta perspectiva durante varios años⁵⁹, procedió finalmente a asumirlo. La sentencia del Tribunal constitucional español de 19 de abril de 2004 supuso un cambio de rumbo⁶⁰. Por primera vez, la jurisdicción constitucional admitía a examen un recurso de amparo sobre la base de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la Constitución española como consecuencia de que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁶¹ se negara a plantear la cuestión prejudicial. Este cambio en su jurisprudencia fue confirmado posteriormente⁶². En 2009, el Tribunal constitucional checo se sumó al club de los tribunales alemán, austríaco y español estimando que el derecho al juez natural garantizado por el artículo 38.1 de la Carta checa fue lesionado a resultas del rechazo a plantear la cuestión por parte del juez supremo administrativo⁶³.

La historia no se detiene aquí, por cuanto un tercer actor viene a confirmar la multiplicidad de los fundamentos que obligan al planteamiento de la cuestión prejudicial. En este caso es la Comisión Europea de Derechos del Hombre⁶⁴, la que

jurisprudencia tiene un efecto limitado a Austria. Efectivamente, los demandantes no pueden utilizar el recurso específico para la garantía de los derechos fundamentales para alegar ante el VfGH una violación al “derecho al juez natural” por un órgano jurisdiccional que no quisiera activar la cuestión prejudicial en tanto que este recurso no cabe sino frente a las decisiones de las autoridades administrativas (artículo 144 de la Constitución). Sobre la jurisprudencia austríaca en materia comunitaria cfr. URLESBERGER, “Revista de Derecho Comunitario europeo”, 1999-1, n° 5, p. 27 a 65.

⁵⁸ Artículo 83. 2 de la Constitución austríaca.

⁵⁹ Tribunal constitucional español, STC 180/1993, de 31/05/1993 y STC 203/1996 de 9/12/1996.

⁶⁰ Tribunal Constitucional español, STC, 19/04/2004, n°58/2004. Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Note sous 19 avril 2004*, “Common Market Law Review”, 2005, n° 42, p. 535 a 548; J-M. BAÑO LEÓN, *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, 2004, n°18, p. 465 a 481.

⁶¹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 05/10/1999, n° 769/1999.

⁶² Tribunal Constitucional español, STC, 19/06/2006, n°194/2006.

⁶³ Tribunal constitucional checo, 08/01/2009, II, ÚS 1009/08.

⁶⁴ Que inaugura esta línea jurisprudencial antes de desaparecer, suprimida por la reestructuración operada como consecuencia del Protocolo n° 11 de la CEDH.

da paso a una jurisprudencia que apenas varía en el tiempo: el 12 de mayo de 1993, en su sentencia *Société Divagsa c. España*⁶⁵, reconocía la competencia de los órganos de Estrasburgo para considerar la demanda de una sociedad que alegaba una violación del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1) provocado por el rechazo de los tribunales ordinarios españoles, y más tarde del Tribunal constitucional, de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. El Tribunal europeo confirmó esta línea jurisprudencial afirmando igualmente su competencia para examinar las negativas arbitrarias al planteamiento de las cuestiones⁶⁶. En cualquier caso nunca ha habido lugar para que se active ninguna sanción: las pretensiones de los demandantes ha sido siempre objeto de rechazo, bien por considerarse manifiestamente infundadas⁶⁷ —sobre todo porque en la jurisdicción nacional debería haber motivado debidamente su rechazo⁶⁸— bien por ser incompatibles *ratione materiae* con las disposiciones de la Convención⁶⁹. La sentencia *Michaud*⁷⁰ modificó este panorama viniendo a demostrar una vez más los inextricables lazos que mantienen los sistemas nacionales y europeos, reveladores de la existencia y del desarrollo de un derecho común. El Tribunal europeo llama, a su manera, al orden al Consejo de Estado y a las jurisdicciones supremas de los estados miembros de la Unión, explicándoles con toda claridad que la efectividad de la defensa de los derechos fundamentales en el seno de la Unión descansa, en gran medida, en su

⁶⁵ Comisión EDH, 12/05/1993, *Société Divagsa c. España*, DR 74, pp. 274-277; Comisión EDH, 28/06/1993, *Fritz et Nana c. Francia*, DR 75, p. 39

⁶⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20/09/2011, “Ullens de Shooten y Rezabek c. Bélgica”, par. 60: “Así, el artículo 6.1 supone que las jurisdicciones internas deben correr con la carga que supone la obligación de motivar según el derecho aplicable las decisiones por las que rehúsan plantear una cuestión prejudicial, sobre todo en la medida en que el derecho aplicable solo admite excepcionalmente una negativa de este tipo”. (Trad. a cargo del traductor).

⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, DR, 23/03/1999, “Desmots c. Francia”; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, DR, 07/09/1999, “Dotta c. Italia”; Tribunal Europeo de Derechos Humanos DR, 04/10/2001, “Nicolás Canela Santiago c. España”.

⁶⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 04/09/2012, “Ferreira Santos Pardal c. Portugal”.

⁶⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, DR, 14/03/2002, “Nikolaos Martakis c. Grecia”.

⁷⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 06/12/2012, “Michaud c/ Francia”.

colaboración con el Tribunal de Justicia⁷¹. Resulta así incontestable que el sistema convencional de garantía coopera con la consagración del derecho al juez, como parte integrante de la tutela judicial, que es a su vez un elemento capital de todo sistema político que pretenda garantizar los derechos de los justiciables.

Junto con estas manifestaciones de la multiplicación de los fundamentos de plantear la cuestión prejudicial, cabe observar la multitud de titulares sometidos a esta obligación. Este fenómeno no sólo ha dado lugar a incentivar (en términos cuantitativos) el diálogo, sino que ha contribuido sobre todo a aportarle una densidad constitucional de primer orden a partir del momento en el que los tribunales constitucionales se han sumado a la fiesta.

III.2.b. Los múltiples titulares obligados a plantear la cuestión prejudicial.

Así las cosas, la perspectiva analítica debe ser global con el objeto de poder medir la extraordinaria relación de los sistemas jurídicos de la organización política que es la Sociedad europea tomada como un Todo. Durante mucho tiempo toda la doctrina relativa a la cuestión prejudicial se ha centrado en la historia —actualmente prehistoria— de la teoría del acto claro y en la cuestión de saber como las jurisdicciones supremas ordinarias deberían abordar su obligación de plantear la cuestión. A la rebelión del Consejo de Estado (desacuerdo)⁷², contestó el Tribunal de justicia, apaciguando y conciliando (acuerdo)⁷³. A partir de aquí las relaciones fueron mucho más armoniosas. El debate pasó a otra dimensión cuando los tribunales constitucionales intervinieron en el diálogo orquestado con el Tribunal de Justicia: sea

⁷¹ El par. 115 de la sentencia *Michaud c/ Francia* es importante y merece ser reproducido aquí: “El Tribunal se encuentra, por lo tanto, en la obligación de señalar que, debido a la decisión del Consejo de Estado de no plantear la cuestión pre-judicial ante el Tribunal de Justicia, aunque este último Tribunal nunca hubiera examinado los derechos del Convenio en cuestión, el Consejo de Estado resolvió el litigio sin haber desplegado todo el potencial de la maquinaria internacional dispuesta para la supervisión del respeto de los derechos fundamentales - en principio equivalente a la establecida por el Convenio. A la luz de esa decisión y la importancia de las cuestiones que están en juego, la presunción de protección equivalente no puede aplicarse”. Cfr. “Actualité de la Convention européenne (juin-juillet 2012)”, *AJDA*, 28/01/2013, p. 173 a174.

⁷² Consejo de Estado, 19/06/1964, *Sté des Pétroles Shell-Berre, Lebon 344*, Conclusiones. N. Questiaux.

⁷³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 06/10/1982, *Cilfit*, 283/8, Rec. I-4673.

interviniendo sobre la conciliación de los controles de convencionalidad y de constitucionalidad, sea planteando directamente la cuestión prejudicial. El poder judicial europeo desvelaba, así, toda su envergadura constitucional.

Es bien conocido uno de los principales aspectos de la sentencia *Simmenthal*⁷⁴. En el caso de concurrencia entre la obligación de reenvío prejudicial en materia constitucional y la de reenvío prejudicial convencional, el juez nacional debe dar preferencia a la segunda. Desde 1978, los términos están, pues, claros. No obstante, y pese a todo, el paisaje europeo no deja de presentar contrastes. De un lado, encontramos a jueces constitucionales que dictan sentencias respetuosas de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (Tribunal constitucional checo)⁷⁵; pero también encontramos a la inversa sentencias que expresan su desconfianza (Tribunal constitucional alemán)⁷⁶. Cuando no son los jueces los que actúan *motu proprio* estableciendo ellos mismos las reglas de conciliación de los reenvíos (conciliación pretoriana), son los legisladores los que deciden plantear las nuevas reglas de juego (conciliación legislativa). Las leyes belga⁷⁷ y francesa⁷⁸ suponen una reescritura completa de la solución indicada en la sentencia *Simmenthal*, al imponer a los jueces nacionales activar de manera prioritaria la prejudicialidad constitucional. Es bien sabido que esto ha dado lugar en Francia a una saga judicial, en forma de psicodrama

⁷⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 09/03/1978, “*Simmenthal*”, 106/77, Rec., 629.

⁷⁵ Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 21/02/2006, n° PL ÚS 19/04. El Tribunal estima que hay que interpretar el control concreto de constitucionalidad, tal y como se prevé en el artículo 95.2 de la Constitución, a la luz del nuevo estatuto que como estado integrado asume la República checa.

⁷⁶ Tribunal constitucional alemán, 16/07/2006, BvL 4/00. A su juicio, no pueden admitirse relaciones “jerárquicas” entre el procedimiento del artículo 267 TFUE (ex-234 TCEE) y el del artículo 100 de la Ley Fundamental que se inscribe en el marco del control concreto de normas en virtud del cual un juez nacional puede aplazar su decisión con el objeto de que el Tribunal constitucional pueda verificar la conformidad de una ley interna con la ley fundamental. Además de que plantear la problemática en términos de “jerarquía” en vez de a través de la “prioridad aplicativa” es inapropiado, es que se desnaturaliza todo el espíritu de la jurisprudencia *Simmenthal*. El Alto Tribunal considera que corresponde al juez competente apreciar la utilidad y la pertinencia de uno u otro procedimiento en el caso concreto. El contraste con la jurisprudencia checa es sorprendente.

⁷⁷ Ley especial de 12 de julio 2009 por la que se modifica el artículo 26 de la ley especial de 6 de enero de 1989 sobre el Tribunal de Arbitraje, *Moniteur Belge*, 31 de julio de 2009, p.51617

⁷⁸ Ley orgánica n°2009-1523 de 10 de diciembre de 2009.

hexagonal, que solo volvió a su cauce cuando una vez más el Tribunal de justicia aclaró los términos de la concordia judicial —tras haber echado leña al fuego el legislador nacional⁷⁹—.

Una vez que algunas cortes constitucionales hubieran entrado en el diálogo a través del reenvío prejudicial⁸⁰ —los tribunales alemán, austríaco, belga, español, francés, italiano y lituano— y que otras hubieran dado a entender que estarían dispuestas a sumarse (los tribunales portugués y polaco), la densidad constitucional de la perspectiva dialógica alcanza su mayor popularidad: no solamente en términos orgánicos (los actores son tribunales constitucionales), sino, igualmente y sobre todo, en los aspectos materiales (los temas del diálogo son constitutivos del Derecho constitucional europeo ya que se refieren de forma casi exclusiva a los derechos fundamentales). Son múltiples las razones que justifican la entrada de los tribunales constitucionales en la era del diálogo con el Tribunal de Justicia. La primera razón tiene un alcance general. Viene referida al espíritu de la época; en concreto a la globalización, que lleva a disminuir más si cabe la soberanía de los estados. En este contexto, resulta obligatorio que cada actor del sistema judicial europeo tome la palabra, que se haga oír con el objeto de recordar su existencia al otro, al tiempo que reclama una parte de autoridad⁸¹. Resulta perentoria la adaptación a la nueva configuración de las relaciones jurisdiccionales si no se quiere correr el riesgo de periclitarse. Así de pronto, algunos tribunales abandonaron la jurisprudencia refractaria

⁷⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 22/06/2010, “Melki et Abdeli”, C-188/10 et C-189/10.

⁸⁰ La doctrina a este respecto comienza a ser consecuente: L. BURGORGUE-LARSEN, “Cour de justice et Cours constitutionnelles ou le temps complexe du dialogue”, *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, p. 273 a 285; E. CLOOTS, “Germs of pluralist judicial adjudication: Advocaten voor de Wereld and other references from the Belgian Constitutional Court”, p. 645 a 672 ; D. RITLENG, “Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel”, *Mélanges en l’honneur du professeur Molinier*, p. 585 a 604; M. VERDUSSEN, *La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l’Union européenne*, “Revue Belge de droit constitutionnel”, 2011, p. 81 a 109 ; del mismo autor, *Le droit de l’Union européenne jouit-il en Belgique d’une singularité constitutionnelle par rapport au droit international?*, *Les interactions normatives. Droit de l’Union européenne et droit international*, p. 87 a 105.

⁸¹ Se remite aquí a la muy estimulante tesis de D. SARMIENTO que revisa toda la jurisprudencia relativa a la cuestión prejudicial al amparo del concepto habermasiano de “acción comunicativa”, *Poder judicial e integración europea. La Construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, p. 379.

a la utilización del mecanismo prejudicial. El caso español es paradigmático⁸². El segundo factor es más específico ya que viene ligado a consideraciones de tipo técnico. En otras palabras, tiene que ver con la especificidad de la justicia constitucional en cada estado miembro. El contexto constitucional interno propio de cada país permite explicar que en Bélgica⁸³, Italia⁸⁴ y Francia⁸⁵, la regulación de las competencias de los tribunales, en el marco de un orden constitucional modificado, haya propiciado una utilización del reenvío prejudicial. Por su parte, el histórico reenvío de 14 de enero de 2014 del Tribunal de Karlsruhe⁸⁶, obedece a la aplicación de su propia jurisprudencia en los términos de la sentencia *Honeywell*⁸⁷.

Los temas del diálogo trabado entre los tribunales constitucionales europeos y el Tribunal de Justicia son esenciales para armonizar los sistemas jurídicos. Van desde la protección de los derechos a la defensa en el marco de la orden europea de

⁸² ARROYO JIMENEZ, *Sobre la primera cuestión prejudicial por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*, "Papeles de Derecho europeo e Integración regional/Working Papers on European Law and Regional Integration", WP IDEIR, 2011, n° 8, p. 18. Cfr. Igualmente nuestro análisis en *RTDE*, 2012, enero-marzo de 2012, n°1, p. 271 a 275. Durante mucho tiempo, el Tribunal constitucional español justificó su rechazo considerando que la interpretación o la validez del Derecho de la Unión no tenían un alcance constitucional. El 9 de junio de 2011 el Tribunal constitucional español puso fin a esta jurisprudencia ingresando en el club aun cerrado de los Tribunales constitucionales que han decidido entrar directamente en contacto con el Tribunal de Justicia. No dudó, en un tema particularmente sensible (como la aplicación de la orden europea de detención y entrega), en plantear tres cuestiones prejudiciales al TJ referentes a la interpretación y a la validez del Derecho de la Unión (cfr. Supra, la respuesta del Tribunal de Justicia en el caso *Melloni*)

⁸³ VANDAMME, *Prochain arrêt: la Belgique! Explaining Recent Preliminary Reference of the Belgian Constitutional Court*, "EuConst.", 2008, V. 4, p.127 a 148.

⁸⁴ Tribunal constitucional italiano, 12/02/2008, n°102/2008 y n°103/2008, Cfr. El comentario de L. S. ROSSI sobre las sentencias n°348 y 349/2007 de 22/10/2007 y n°102 y 103 de 12/02/2008, *CMLR*, vol.n°46-n°1, 2009, p.319 a 331.

⁸⁵ La valoración del artículo 88.2 en el asunto *Jeremy F.* deja adivinar que, a priori, no serán legión las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consejo constitucional francés, cfr. *Jeremy F.*, 4 de abril de 2013, DC n° 2013-314P QPC. Se remite a la web del Consejo Constitucional para los muy numerosos comentarios doctrinales.

⁸⁶ Tribunal constitucional alemán, 14/01/2014, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13.

⁸⁷ Tribunal constitucional alemán, 06/07/2010, 2 BvR 2661/06.

detención y entrega⁸⁸, a la cuestión de la protección de la confidencialidad de las relaciones entre abogados y clientes en el contexto de la lucha contra el blanqueo de capitales⁸⁹, a la calidad de los servicios sociales⁹⁰, pasando por la protección de datos personales⁹¹, o por el principio de no discriminación por razón de sexo⁹²; son el testimonio de la importancia cardinal de asegurar la protección de derechos fundamentales, el otro elemento que constituye el Derecho constitucional europeo, además de los aspectos de tipo económico y financiero⁹³.

IV. Garantizar la protección de los derechos fundamentales.

El diálogo judicial —marcado por una sucesión de acuerdos y desacuerdos entre jueces— ha permitido rápidamente a las Comunidades europeas y a la Unión Europea, después, convertirse en un sistema protector de los derechos fundamentales tras haber sido concebida dentro de una lógica de mercado en la que la teoría funcionalista brillaba con todo su esplendor y el marchamo “humanista” no aparecía por ningún lado. Así pues, esta lógica originaria fue rápidamente superada. La creación de un catálogo pretoriano de protección de los derechos fundamentales fue el fruto de un diálogo vertical constructivo entre algunos tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia, y la intensificación de las garantías es testimonio

⁸⁸ Tribunal de arbitraje belga, cuestión de 29/07/2005; respuesta, TJCE, 03/05/2007, *Advocaten voor d Wereld VZW*, C-303/05; Tribunal constitucional belga, 31/07/2009; contestación, TJUE, 31/10/2010, I.B ; Tribunal constitucional español, 09/06/2011, n°ATC 86/2011 ; contestación, TJUE, 26/02/2013, *Melloni*, C-399/11; Consejo constitucional francés, Jeremy F., 04/04/2013, DC n° 2013-314P QPC; respuesta, TJUE, 30/05/2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, C-168/13 PPU.

⁸⁹ Tribunal de arbitraje belga, cuestión de 13/07/2005; respuesta, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 26/06/2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05

⁹⁰ Tribunal constitucional belga, 25/01/2012, n°10/212 (*Etablissements personnes âgées (Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL / Commission communautaire commune*)

⁹¹ Tribunal constitucional belga, 10/10/2012, n°116/2012, asunto *Détectives privés (Institut professionnel des agents immobiliers (IPI)/Geoffrey Englebert, Immo 9 SPRL, Grégory Francotte)*.

⁹² Tribunal constitucional belga, cuestión de 29/06/2009; contestación, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 01/03/2011, ASBL. C-236/09.

⁹³ Tribunal constitucional alemán, 14/01/2014, 2 BvR 2728/13; 2 BvR 2729/13 ; 2 BvR 2730/13 ; 2 BvR 2731/13 ; 2 BvR 13/13. Lo que está en el seno de la discusión es el sometimiento del Banco Central europeo a las condiciones soberanas impuestas por los Estados miembros.

de un cambio de paradigma. El reino exclusivo del todopoderoso mercado es completado por la lógica de la protección hasta el punto en que el discurso jurisprudencial en materia de derechos fundamentales ha superado hoy el estadio de la creación y de la proclamación para llegar al de su consolidación efectiva.

IV.1. El tiempo de la creación.

La historia de la creación pretoriana de un catálogo de Derechos fundamentales es sobradamente conocida, de modo que no es procedente revisarla aquí de manera exhaustiva. Será suficiente con recordar que las sentencias de los tribunales constitucionales italiano⁹⁴ y alemán⁹⁵ abrieron un espacio de diálogo con el Tribunal de Justicia, un espacio de diálogo donde no hubiera debido haber otra relación que la de autoridad y, en consecuencia, el cumplimiento incondicionado del Derecho de la Unión por los jueces nacionales. Es importante a este respecto poner de relieve las consecuencias particularmente positivas de lo que fue presentado, y aún se presenta hoy en ocasiones, por una gran parte de la doctrina, como actos de rebelión destinados a golpear al principio de primacía absoluta del Derecho comunitario, tal y como es planteado por el Tribunal de Justicia. Estas “reservas de constitucionalidad” han tenido su parte positiva. Se nos permitirá la licencia de recordar una incisiva pregunta —planteada por Robert Lecourt en el homenaje al Decano Boulouis⁹⁶ con el objeto de plantear los términos del debate bajo un ángulo diferente: “¿qué hubiera sido de la protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea sin los desacuerdos judiciales planteados por los tribunales constitucionales italiano y alemán?” Deberían los defensores de la Constitución aceptar sin rechistar un sistema que —en la medida en que no atribuía ninguna posición a los Derechos fundamentales⁹⁷— pudiera un día rebajar el estándar de protección constitucional

⁹⁴ Tribunal constitucional italiano, 27/12/1965, “San Michele”; 27/12/1973, “Frontini Pozzani”.

⁹⁵ Tribunal constitucional de Karlsruhe, 18/10/1967; 29/05/1974, “Solange I”.

⁹⁶ LECOURT, “*Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*”, *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, p. 349 a 361.

⁹⁷ Por razones históricas referidas a la lógica económica de la teoría funcionalista basada en la filosofía del “paso a paso” y en la existencia de un sistema europeo de protección de derechos que, establecido poco tiempo antes que los Tratados constitutivos de 1951 y 1957, tenía como vocación exclusiva la protección de los derechos humanos

nacional? La rebelión (esto es, la violación del principio de primacía absoluta) se ha revelado como legítima en la medida en que ha permitido transferir la plusvalía de los órdenes constitucionales nacionales al ordenamiento jurídico de la Unión, siempre respetando “la estructura y los objetivos” del Derecho comunitario. La consecuencia fue inmediata: el diálogo se activó. A los desacuerdos planteados por los jueces italianos, primero, y alemanes, después, siguió la respuesta del Tribunal de Justicia que construyó, en cuatro tiempos, un argumento que permitió retomar el camino de la concordia. Éste fue el de acudir a todos los resortes de la técnica de los principios generales del derecho para colmar la laguna originaria de los tratados constitutivos. El desacuerdo (*ultra vires* nacionales) originó la concordia (construcción a través de los principios generales del derecho de un catálogo pretoriano de derechos).

Tras el momento de la creación, llegó el de la consagración textual a través de la elaboración y de la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a partir de ahora “Carta”) que finalmente fue elevada al rango de Derecho primario por el Tratado de la Unión Europea tal y como fue adoptado en Lisboa (art. 6.1 TUE). Si los principios generales del derecho sirvieron para identificar un imponente catálogo de derechos fundamentales en el seno del ordenamiento de la Unión –inspirándose no solamente en las “tradiciones constitucionales comunes” de los Estados miembros, sino también en la Convención Europea, considerada en este sentido como un “instrumento privilegiado”- la Carta de derechos fundamentales recién adoptada (el siete de diciembre de 2000), se convertía en parámetro interpretativo prioritario de la Convención europea. El Tribunal de Estrasburgo [TEDH] la utilizaba sin complejos con el objeto de interpretar su texto de referencia “a la luz de las condiciones actuales”; la Carta, junto con otras fuentes externas, permitió así a la Corte de Estrasburgo garantizar la coherencia de los sistemas de protección de derechos en Europa, sin impedir que se pudiera acordar una protección mayor por uno de los sistemas⁹⁸. Asimismo este método de interpretación supuso poner de manifiesto el diálogo horizontal entre las dos Cortes europeas: toda discordia fue

⁹⁸ Como se deduce del asunto *Elgafaji* en materia de protección subsidiaria, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 17/02/2009, “Epoux Elgafaji”, C-465-07, Rec., 2009, I-921, LENAERTS, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, “International and Comparative Law Quarterly”, 2010, n° 59, p. 255 a 351.

erradicada ya que, por el contrario, se hizo cuanto fue posible para lograr que la coherencia interpretativa de los derechos fundamentales llegara a buen puerto. De pronto, los acuerdos judiciales marcaron el ritmo del diálogo horizontal. Así, junto con el diálogo vertical entre los jueces constitucionales y el Tribunal de justicia se desarrolló igualmente un diálogo horizontal entre las dos cortes europeas, que condujo a un nivel armonioso (pero no uniforme) de protección de los derechos en el continente europeo.

La perspectiva dialógica tiene de particular que nada queda fijado de una vez para siempre, ya que la integración europea es sobre todo un proceso; es, por definición, evolutiva. Así las cosas, a una posición común establecida en un momento “x”, viene a suceder otra polémica que toma como punto de apoyo las nuevas evoluciones propias del sistema de integración europea. Ve la luz así un nuevo ciclo de discordia/concordia.

El “transformismo” interminable del sistema de integración ha generado dos tipos de consecuencias en términos dialógicos. La primera consecuencia ya no es solamente el mantenimiento del principio de “reservas de constitucionalidad” por los dos tribunales líderes en la materia⁹⁹, sino, y sobre todo, su importación por otros tribunales constitucionales de los Estados Miembros de la Unión. Aquí, el diálogo horizontal funciona a toda marcha. Cada tribunal ha marcado con su impronta la construcción del derecho constitucional europeo haciendo suya —a veces adaptándola a las especificidades constitucionales propias de su ordenamiento— la jurisprudencia de los contralímites —como fue rápidamente denominada por la influencia de los juristas italianos—. De España (2004)¹⁰⁰, pasando por Francia

⁹⁹ Tribunal constitucional italiano, 08/06/1984, “Granital”; 21 abril 1989, *Fragd* (n°232/89); Tribunal constitucional alemán, 22/10/1986, “Solange II”; 12/05/1989, “Soweit”; 12/06/1993, “Maastricht”; 07/06/2000, “Solange III”; 30/06/2009, “Lisboa”.

¹⁰⁰ Tribunal constitucional español, 13/12/2004, Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DTC n°1/2004, 05/01/2005. Esta Declaración ha atraído, lógicamente, la atención de la doctrina española más autorizada. Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, 2005, n°73; RODRÍGUEZ IGLESIAS, *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea*, “Revista de derecho comunitario europeo”, enero-abril 2005, p.5 a 17. En lengua francesa, MODERNE, *Rfdadm.*, 2005; véase igualmente nuestra contribución, *La déclaration du*

(2004)¹⁰¹, Hungría (2006)¹⁰², o la República Checa (2008)¹⁰³, se plantearon reservas de constitucionalidad sobre la cuestión de los derechos fundamentales. Nos encontramos, pues, ante una forma de mantenerse alerta frente a los avances en la construcción de la Unión Europea (colocando a la Unión “bajo la presión” de garantizar un estándar elevado de protección), en lo que supone también un momento para la reafirmación de una parte de su autoridad. Tal reafirmación es mayormente simbólica, ya que los tribunales no pueden ignorar las obligaciones que derivan de que sus Estados estén integrados en la Unión. Si por un lado los tribunales constitucionales afirman con fuerza la primacía de su constitución (garantizando la existencia de un núcleo duro “intocable” que deriva por otra parte de la “identidad constitucional” de cada estado, una parte de la cual la integran de forma muy significativa los derechos fundamentales), por otro, mantienen un espíritu conciliador basado en la necesidad de una interpretación conforme del derecho constitucional con el Derecho de la Unión. Los tribunales constitucionales no pueden negar la fuente de la que deriva su posición (la Constitución), la que constituye la esencia de su función (la protección de la constitución). Por tanto, no pueden, formalmente al menos, compartir un análisis de las relaciones entre ordenamientos en términos de jerarquía, pero tampoco pueden negar la existencia de la Unión y su integración en el seno de los ordenamientos constitucionales nacionales (sobre todo por el hecho de la existencia de cláusulas europeas en su seno). La existencia y el desarrollo del Derecho constitucional europeo pasa por ese diálogo constitucionalizador en el que cada actor judicial (TJUE y tribunales constitucionales) mantienen su posición de principio, la primacía de su orden natural de legitimidad, en la certeza de que los ordenamientos respectivos se

13 décembre 2004 (DTC n°1/2004), ‘Un Solange II à l’espagnol’, “Les Cahiers du Conseil constitutionnel”, 2005-18, p. 154 a 161.

¹⁰¹ Consejo constitucional, 19/11/2004, *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, 2004-505 DC. Los análisis han sido innumerables por lo que se remite a la página web del Consejo para su consulta.

¹⁰² Tribunal constitucional de Hungría, 16/06/2006, n°1053/E/2005 AB, Cfr. VARNAY, TATHAM, *A new step on the Long Way – How to Find the Proper Place for Community Law in the Hungarian Legal Order?*, “Miskolc Journal of International Law”, 2006, V. n° 3, p.76 a 84; Tribunal constitucional de Hungría, 12/12/2006, 72/2006 (XII.15).

¹⁰³ Tribunal constitucional checo, 26/11/2008, Tratado de Lisboa, PI ÚS 19/08.

fundan en valores y principios comunes¹⁰⁴, lo que les conduce lógicamente a afirmar la necesidad de una conciliación. En este concierto judicial, algunos tribunales nacionales ponderaron la preservación del núcleo duro identitario; otros, por el contrario, apostaron (tras recordar la existencia de una reserva y por tanto implícitamente de la perspectiva jerárquica) por la existencia de un “fondo común de valores” —retomando la famosa expresión de Guy Baibant— que supone la conciliación y la cooperación¹⁰⁵.

Podemos decir hoy que el resultado del diálogo judicial en materia de derechos fundamentales ha sido doble: de una parte, ha propulsado a la Unión a la era de la modernidad constitucional proporcionándole un catálogo escrito de derechos fundamentales (encarnado en la Carta); por otro, la codificación de los contralímites por el artículo 4.2 TUE —en los que entretanto se ha visto un desplazamiento subrepticio de los derechos fundamentales hacia la identidad constitucional (estando

¹⁰⁴ En efecto, ya que las “tradiciones constitucionales comunes” han formado parte de la elaboración de los principios generales del Derecho comunitario, que a su vez han contribuido (con la CEDH) a la determinación del contenido de la Carta de Derechos Fundamentales, que, por su parte, es partícipe de la actualización de la interpretación de la Convención Europea. La ósmosis interpretativa, fuente de coherencia y de valores comunes, a su máximo nivel.

¹⁰⁵ Los ejemplos son muy numerosos. Pondremos de manifiesto este pasaje particularmente significativo de una sentencia importante del Tribunal constitucional checo. 26/11/2008, Tratado de Lisboa, PI ÚS 19/08, par. 197: *“In any case, we can also agree with the government’s opinion that, even after the Treaty of Lisbon enters into force, the relationship between the European Court of Justice and the constitutional courts of member states will not be placed in a hierarchy in any way; it should continue to be a dialog of equal partners, who will respect and supplement each other’s activities, not compete with each other”*.

los primeros incluidos a menudo en el contenido de la segunda)—¹⁰⁶ es consustancial al código genético del Derecho constitucional europeo¹⁰⁷.

La segunda consecuencia del evolucionismo incesante de la integración es la apertura de otro frente de diálogo centrado en los efectos en los ordenamientos internos de la Carta de Derechos Fundamentales¹⁰⁸. Los problemas relativos a su ámbito de aplicación (art. 51.1) y a su articulación con el resto de los sistemas jurídicos de protección (constitucionales y convencional) (artículo 53), se sitúan en el centro de nuevas “discusiones judiciales”. Fue el mecanismo prejudicial —revelador

¹⁰⁶ En el marco de este trabajo, no es posible entrar a valorar todos los matices de este fenómeno. Cada tribunal constitucional, en función de su historia y del ordenamiento en el que se integra, establece unos concretos vínculos entre identidad constitucional y derechos fundamentales. Éstos, en general, se insertan en el concepto global pero no lo agotan. El concepto de “identidad constitucional”, que en la arena del diálogo entró de la mano de Francia (Consejo constitucional, 30/03/2006, *Loi pour l'égalité des chances*, 2006-535 DC ; Consejo constitucional, 27/07/2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, 2006-540 DC ; Consejo constitucional, 30/11/2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC), fue asumido por el Tribunal constitucional alemán hasta el punto de crear un nuevo tipo de control (*Identitätskontrolle*, §§228, 230, 240 Sentencia Lisboa de 2009).

¹⁰⁷ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia tuvo la ocasión de asumir seriamente algunos elementos relevantes de la identidad constitucional de los Estados miembros, antes incluso de que se inscribiera formalmente en el artículo 4.2 del TUE, tal y como fue adoptado en Lisboa. Se trata de algo explicable, por otra parte, puesto que su antecesor (el artículo F 2 del TUE en la formulación de Maastricht) ya había subrayado la importancia de la identidad. V. CONSTANTINESCO se pronunció sobre este aspecto en *L'intégration des principes constitutionnels nationaux dans le traité: l'article 6§1 du traité sur l'Union européenne (ex-F§1) tel que modifié par le traité d'Amsterdam*, “Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect mutuel réciproque”, p. 299 a 311. Para un análisis iconoclasta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cuestión, nos tomamos la licencia de remitirnos a nuestro trabajo: *“Un Huron au Plateau de Kirchberg ou quelques réflexions naïves sur l'identité constitutionnelle dans la jurisprudence du juge de l'Union européenne”*. (*Dés)ordres juridiques européens - European Legal (Dis)orders*, LEVRAT, BESSON (dir.), p.185 a 220.

¹⁰⁸ El Tratado de Lisboa abre una nueva página en la historia de las relaciones con los Estados miembros, marcada en lo que se refiere a los derechos fundamentales, por la elevación de la Carta al rango del derecho primario. Los nuevos desafíos que se inician a partir de aquí suponen la reactivación lógica del diálogo de jueces, tanto con las jurisdicciones internas como con el TEDH. COUTRON, PICHERAL (dir.) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, 2012.

del “diálogo integrado”— activado en uno de los dos casos por el Tribunal constitucional español¹⁰⁹, el que propició que el Tribunal de Justicia dictara dos sentencias de la mayor importancia el 26 de febrero de 2013 (las sentencias *Arkerberg Fransson* y *Melloni*)¹¹⁰. Éstas sentaron las bases de la protección de los Derechos fundamentales en un contexto renovado por la entrada en vigor de la Carta y la anunciada previsión de la adhesión de la Unión a la Convención (art. 6.3). Al optar por una concepción amplia de la noción de “aplicación del derecho de la Unión” por los Estados miembros la sentencia *Arkerberg Fransson* convocaba de inmediato la reacción del Tribunal constitucional de Karlsruhe. Éste, en sentencia de 24 de abril de 2013¹¹¹ consideró que la ley sobre los ficheros antiterroristas no era una ley “de aplicación” del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51.1 de la Carta tal y como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Akerberg Fransson*. El Tribunal consideró que la ley alemana perseguía objetivos nacionales que no afectaban, salvo de manera indirecta, el orden jurídico de la Unión. En consecuencia,

¹⁰⁹ Tribunal constitucional español, cuestión de 09/06/2011 ATC 86/2011; contestación TJUE, 26/02/2013, *Melloni*, C-399/11 (Cfr. supra notas 79 y 83).

¹¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26/01/2013, “*Arkerberg Fransson*”, C-617/10; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26/02/2013, “*Melloni*”, C-399/11. Los análisis doctrinales, de inmediato, reconocieron la importancia de estas sentencias. La lista que figura en estas líneas no es exhaustiva pero pretende ser representativa de las reacciones de la doctrina europea: DUBOUT, *Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni*, “*Cahiers de droit européen*”, 2013, n°2, p. 293 a 317 ; HANCOX, *The meaning of 'implementing' EU law under Article 51 (1) of the Charter : Akerberg Fransson*, “*Common Market Law Review*”, 2013, n°50; KRONENBERG, *Quand 'mise en oeuvre' rime avec 'champ d'application' : la Cour précise les situations qui relèvent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le contexte de l'application du ne bis in idem*, “*Revue des affaires européennes*”, 2013, n°1, p. 147 a 159 ; RITLENG, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Arkerberg Fransson et Melloni*, “*Revue Trimestrielle de droit européen*”, 2013, p. 267 a 292; SARMIENTO, *Who is afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, “*Common Market Law Review*”, 2013, n°50, p. 1267 a 1304; SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Akerberg Fransson*, *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, n°2; VECCHIO, *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, “*Quaderni costituzionali*”, 2013, n°33, p. 454 a 456.

¹¹¹ Tribunal constitucional alemán, 24/04/2013, *Counter-Terrorism Database decision*, 1 BvR 1215/07.

no aprecia ninguna necesidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de justicia ya que este no es en rigor el juez “legal”, en el sentido del artículo 100.1. 2) de la Ley fundamental, para resolver una cuestión que no se sitúa en el ámbito europeo de los Derechos fundamentales. Para el Tribunal constitucional alemán lo que está en juego es, nada más ni nada menos, que el “territorio” de los Tribunal constitucionales, en otras palabras, la disminución de su función predilecta (la protección concreta de los derechos fundamentales). Una interpretación amplia de la noción de “aplicación del derecho de la Unión” (que condiciona la aplicabilidad de la Carta) disminuye mecánicamente la posibilidad de activar la competencia de los jueces constitucionales en materia de protección de derechos fundamentales. Esto es, evidentemente, una nueva fuente de desacuerdos¹¹². ¿Cómo reaccionará el Tribunal de Justicia a esta posición estratégica del Tribunal alemán, que estimó por unanimidad que procedía interpretar el asunto *Akerberg Fransson* como una decisión que debía limitarse al ámbito material del procedimiento penal y al significado del principio *ne bis in idem*?

Tras haber recordado las consecuencias de las “rebeliones” italianas y alemanas que abrieron el espacio de diálogo constitucional en materia de derechos fundamentales, hasta el punto de propulsar a la Unión hacia la era del constitucionalismo moderno (con la adopción de la Carta y las consecuencias en términos dialógicos sobre su ámbito de aplicación), es procedente ahora señalar las consecuencias “efectivas y concretas” de esta revolución.

IV.2. El tiempo de la consolidación efectiva.

Presentaremos ahora dos consecuencias lógicas y contundentes de la posición asumida por los Derechos fundamentales en el seno de la Unión. Por una parte, la validez del derecho de la Unión Europea puede enjuiciarse sobre la base de una argumentación centrada en el respeto y la preservación de los Derechos fundamentales¹¹³, en la medida en la que estos pueden igualmente, y en determinadas

¹¹² JHR, LB, *After Akerberg Fransson and Melloni*, “European Constitutional Law Review”, Vol. 9, p. 169 a 175.

¹¹³ El asunto *Kadi y Al-Barakaat* (TJCE, 03/09/2008, C-402/05 P et C-415/05 P) – ampliamente conocido – es, a nuestro juicio, la explosiva manifestación del proceso de constitucionalización de la Unión, emprendido por el Tribunal de Justicia desde las fundacionales sentencias de 1963 y 1964. El Tribunal

condiciones, prevalecer sobre la garantía de las libertades económicas, lo que obliga a reconsiderar la pura lógica del mercado.

IV.2.a. Las discusiones judiciales sobre la validez del Derecho de la Unión.

Cuando un Tribunal constitucional cuestiona la validez del derecho de la Unión, indirectamente (a través del control de las leyes nacionales de transposición) o directamente (planteando una cuestión prejudicial de validez ante el Tribunal de Justicia)¹¹⁴, se abre un camino que no es irrelevante. Lo que se observa demuestra que los jueces nacionales mantienen la alerta sobre el elevado nivel de protección de derechos y que consideran que han de participar en la elaboración (a través de la discusión) de la legislación europea. La historia de la aplicación de la legislación nacional referida a la Orden europea de detención —creada por la Decisión-Marco de 13 de junio de 2002¹¹⁵— es reveladora, tanto de la importancia de los controles directos e indirectos que sobre el derecho derivado ejercen los tribunales constitucionales, como de los efectos concretos de éstos: el mantenimiento de un nivel elevado del estándar de protección. Dicho de otra manera: los diálogos, tanto horizontales (entre los tribunales constitucionales) como verticales (entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia), demuestran que el Derecho constitucional europeo viene a construirse de manera permanente teniendo como base una relación continua de intercambios judiciales, con toda la dosis de complejidad que ello supone. Veamos.

Algunos tribunales declararon inconstitucionales las leyes internas de transposición. En este sentido, los tribunales constitucionales polaco¹¹⁶ y alemán¹¹⁷,

de Justicia razona, efectivamente, como un juez constitucional que soslaya la primacía del derecho internacional público para hacer prevalecer la protección de los derechos fundamentales.

¹¹⁴ El Tribunal constitucional belga se ha destacado por las veces que ha cuestionado la validez del derecho de la Unión: así la directiva de blanqueo de capitales, la decisión-marco sobre la orden europea de detención y entrega y una de las directivas antidiscriminación (2004/113 CE).

¹¹⁵ M-E. CARTIER (dir.), *Le mandat d'arrêt européen*.

¹¹⁶ Tribunal constitucional polaco, 27/04/2005, P 1/05, *Dziennik Ustaw* 2005.77.680.

¹¹⁷ Tribunal constitucional alemán, 18/07/2005, 2BvR 2236/04, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, p.1119 a 1128.

así como el Tribunal Supremo de la República de Chipre¹¹⁸ declararon la inconstitucionalidad de las leyes de transposición de la mencionada Decisión-Marco, que, como sabemos, tiene como objetivo principal armonizar los requisitos relativos al procedimiento de extradición en el marco europeo¹¹⁹. Postulando un núcleo estable de valores y de principios comunes entre los Estados miembros de la Unión Europea, los ejecutivos nacionales consideraron en gran medida franqueados los obstáculos para adoptar la Decisión-Marco. Por su lado, los legisladores nacionales, al llevar a cabo su transposición, no tuvieron suficientemente en cuenta la garantía de principios esenciales, centrados en la protección de los derechos de las personas afectadas por la orden europea de detención. ¡Y todo ello sin contar con los defensores de la Constitución!

En este concierto de intervenciones de los jueces constitucionales, el juez checo no dudó *motu proprio* en considerar la Decisión-Marco compatible con la constitución nacional. Su actitud es especialmente reveladora del “diálogo horizontal” entre tribunales en el seno del espacio constitucional europeo. En efecto, si se pronunció directamente sobre la constitucionalidad de la ley de transposición de la Decisión-Marco¹²⁰ es porque tenía consciencia de que —por su lado— el Tribunal de Arbitraje belga había planteado al Tribunal de justicia una cuestión prejudicial de

¹¹⁸ Tribunal supremo de la República de Chipre, 7/11/2005, “Avocat général c. Costa Constantinou”, n°294/2005. Es importante que destaquemos el conocimiento por parte del juez chipriota de la jurisprudencia de las jurisdicciones alemana, francesa, griega y polaca sobre la orden europea de detención. Sutil conocedor también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, alude tanto al principio de primacía del derecho comunitario como al de interpretación conforme, aplicable a las directivas pero también a las decisiones-marco según lo que se deriva de la jurisprudencia *Pupino* citada muy apropiadamente (TJUE, 16/06/2005, *Maria Pupino*, C-105/03, Rec. p. I-05285). Basándose en estos principios, el juez supremo chipriota constata que es su incapacidad de lograr la primacía del derecho comunitario lo que hace imposible recurrir a la interpretación conforme de la ley chipriota de transposición relativa a la orden europea de detención: en otras palabras, la contradicción con la Constitución no puede superarse utilizando los mecanismos interpretativos.

¹¹⁹ El quinto considerando del Preámbulo de la Decisión-marco señala: “El objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia da lugar a la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades judiciales”.

¹²⁰ Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 03/05/2006, n° Pl. ÚS 66/04.

validez sobre la mencionada decisión¹²¹. En este contexto, el Tribunal checo considera que no era necesario hacer lo mismo y que le correspondía zanjar la cuestión de constitucionalidad (considerando que continuaba siendo aplicable la orden europea hasta que no se pronunciara al respecto el Tribunal de Justicia). La argumentación que despliega en esta ocasión es el emblema de la nueva relación de fuerzas del constitucionalismo europeo: la necesaria valoración de la interpretación conforme que se desprende del carácter indisociable de los ordenamientos jurídicos (nacionales y europeo), constitutivos del Derecho constitucional europeo¹²².

La aparición y la aplicación de contrapesos jurisdiccionales a las iniciativas de los legisladores europeos y nacionales, no debe escamotear la complejidad del fenómeno dialógico, trufado de diferencias tanto en el nivel de las soluciones como en

¹²¹ Tribunal de arbitraje belga, cuestión de 13/07/2005 (n° 2005-126) sobre la validez de la directiva sobre el blanqueo de capitales. El Tribunal de Justicia respondió con la Sentencia de la Gran Sala el 26/06/2007, “Ordre des barreaux francophones et germanophone”, C-305/05 constantando la validez de la directiva en lo que se refiere a las exigencias que se derivan del artículo 6.1 de la Convención.

¹²² Ante el requerimiento de un grupo de diputados y de senadores en el sentido de que anulara la ley de transposición, rechazó tal demanda con una argumentación reveladora desde el punto de vista de su euro-compatibilidad. Así, estima que cuando son admisibles diferentes interpretaciones de la Constitución, es pertinente optar por aquella que no contravenga las obligaciones que se derivan de las obligaciones que se contraen en tanto que Estado miembro. Sobre esta base, analiza las disposiciones constitucionales que según los demandantes entrarían en contradicción con la ley de transposición. Igualmente confronta el principio constitucional de no extradición de un ciudadano checo con el procedimiento de entrega. Utilizando a la vez argumentos exegéticos, comparatistas y teleológicos, pone de manifiesto que las ventajas que se derivan de la ciudadanía europea (especialmente para los ciudadanos checos en el exterior) tienen una contrapartida en términos de responsabilidad. Para el juez constitucional checo, la realidad de la Unión europea, no puede ser esquivada y es considerando esto como procede interpretar la disposición constitucional en cuestión. Así las cosas, al argumento de los demandantes de que el vínculo entre el ciudadano y el Estado se vería alterado por el procedimiento de entrega, el Tribunal responde que no se frustra la protección del ciudadano checo por su Estado, en la medida en que quedan abiertas las posibilidades de recurrir las sentencias y que la ley enumera con precisión las razones por las que se puede no ejecutar una orden de detención y entrega europea. De la misma forma, al argumento según el cual el procedimiento de entrega afectaría a la previsión de «doble incriminación», el tribunal, de manera destacable, considera que el abandono de esta exigencia clásica se explica y queda legitimado por la existencia de un conjunto de valores compartidos entre los Estados Miembros —en torno al rule of law— lo que de hecho, debería originar una mutua confianza.

el de las justificaciones. Efectivamente, entre la sentencia polaca que suspendió durante 18 meses los efectos de su declaración de inconstitucionalidad (para dejar tiempo al poder constituyente “derivado” para adaptar la Constitución polaca a las exigencias europeas) y la sentencia del Tribunal de Karlsruhe que anuló todos los procesos judiciales y administrativos en curso sin dejar ninguna salida a los poderes legislativos alemanes, severamente sancionados en la declaración de inconstitucionalidad, está la medida del precio que hay que pagar para que la consolidación de los Derechos fundamentales en Europa sea efectiva. Bien es cierto, que es una manifestación muy clara del lema europeo “Unidos en la diversidad” aplicada al fenómeno dialógico en el marco del desarrollo del Derecho constitucional europeo. Acuerdos y desacuerdos, ahora y siempre, forman parte del equilibrio constitucional en Europa.

IV.2.b. Las discusiones judiciales sobre la conciliación de derechos y libertades fundamentales.

Durante mucho tiempo, los derechos fundamentales han contribuido a la realización de las libertades económicas consideradas como “fundamentales” por los Tratados. Las grandes decisiones *Cinéthèque*, *Ert*, *Carpenter* así como *Fetersen* son representativas de esta época¹²³. Los derechos fundamentales eran invocados por los particulares (personas físicas y/o jurídicas) con el único objetivo de favorecer la aplicación de las grandes libertades fundamentales económicas. En la actualidad, los derechos fundamentales pueden cada vez más, por el contrario, justificar limitaciones a las libertades de circulación. Una nueva generación de sentencias ha visto la luz

¹²³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), 11 /07/1985, “Cinéthèque”, aff. jtes 60 et 61/84, Rec., 1985, p. 2605; TJCE, 18/06/1991, *ERT*, C-260/80, Rec. I-2925; TJCE, 11/06/2002, “Carpenter”, C-60/00, Rec., I-6279 ; Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 25/06/2007, “Fetersen”, C-370/05, Rec., I-1129

marcada por asuntos ciertamente célebres —*Schmidtberger*, *Omega*, *AgM Cos Met*, *Laval*, *Viking*, *Dynamic Medien*¹²⁴— y que revelan dos tipos de situaciones¹²⁵.

La primera hace referencia aquéllos particulares que invocan algunos Derechos fundamentales con el objeto de oponerlos a otros particulares que, por su parte, pretenden hacer prevalecer las libertades económicas fundamentales. Este fue el supuesto de hecho de las sentencias *Laval* y *Viking* en las que, tras un ejercicio de conciliación vinculado a la función estratégica del principio de proporcionalidad, son las libertades económicas las que se imponen sobre el derecho de huelga, para desconsuelo de los observadores críticos¹²⁶. En la segunda situación, los Derechos fundamentales se utilizan por los estados que de esta manera justifican los obstáculos a la realización de algunas libertades de circulación. Algunas veces, el Tribunal no establece ninguna relación jerárquica entre los derechos y las libertades, y de manera casuística, procede a buscar el “equilibrio justo” colocando en la balanza de la manera más neutra los intereses legítimos enfrentados (sentencias *Schmidtberger* y *Omega*). En otras, el Tribunal presenta de inmediato a los Derechos fundamentales como susceptibles, por si solos, de justificar restricciones a las libertades económicas (*Dynamic Medien*, *United Pan Europa*). Estos mínimo ejemplos presentados de forma sucinta pretenden demostrar una sola cosa: la imposibilidad, después de 60 años de integración europea, de no tener en cuenta el vector de los derechos fundamentales. Éste está en los genes constitucionales europeos. En cualquier caso, la historia funcionalista de la integración exige que el vector “protector” sea constantemente

¹²⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), 12/06/2003, “Schmidtberger”, C-112/00; TJCE, 14/10/2004, “Omega”, C-36/02, Rec., 2004, I-9609 ; TJCE, 17/04/2007, “AGM Cos Met”, C-470/03, Rec., 2007, I-2749 ; TJCE, 18/12/2007, “Laval”, C-341-05 ; TJCE, 11/12/2007, “Viking”, C-438/05

¹²⁵ La literatura sobre esta cuestión es importante. No dejaremos constancia aquí sino de algunas referencias: AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization*, “Common Market Law Review”, 2008, p. 1335 a 1355; KADDOUS, *Droits de l’homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?*, *Mélanges en honneur à Georges Vandersanden, Promenades au sein du droit européen*, p. 563 a 591.

¹²⁶ Algunos observadores han visto estas sentencias como la manifestación del ciego poder del mercado contra una justicia social en declive. SUPLOT, *L’Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, p. 184. Al igual, BUCKER, *Reconciling Fundamental Social Rights and economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert*.

defendido, sobre todo cuando la evolución económica de la Unión demuestra las aporías de la política económica en la época de los mercados financieros.

La cuestión de la “conciliación” ha adquirido un sesgo específico frente a la crisis económica y financiera que estrangula a numerosos Estados Miembros y que ha contribuido al empobrecimiento de su población: ¿no es sino un señuelo la preservación de los derechos sociales fundamentales frente a las exigencias de austeridad impuestas en nombre de las medidas de reestructuración de la economía? Es sabido que la ratificación del Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad de 12 de febrero de 2012 y del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en el seno de la Unión Económica y Monetaria del 2 de marzo de 2012, han sido objeto de la jurisprudencia de varios tribunales constitucionales europeos (de Hungría, a Estonia, pasando por Francia y Alemania)¹²⁷, así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia *Pringle*)¹²⁸. De consuno, tribunales constitucionales y Tribunal de Justicia salvaron el mecanismo ideado por los Estados miembros para validar el Mecanismo Europeo de Estabilidad de la zona euro. ¿Ninguna nube en el horizonte? De ningún modo. De hecho, algunos tribunales de estados con dificultades (con más dificultades que otros) económicas y que están sufriendo consecuencias humanas devastadoras, no han dudado en hacer prevalecer la protección de

¹²⁷ Tribunal constitucional húngaro, 11/05/2012, n° 22/2012, JO (*Magyar Közlöny*) n° 57/2012; Tribunal supremo estonio, ass. pl., 12/07/2012, n°3-4-1-6-12; Consejo constitucional francés, 09/08/2012, 2012-654 DC; Tribunal constitucional alemán, 12/09/2012, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12.

¹²⁸ El TMES introduce los instrumentos para asegurar la estabilidad financiera en el seno de la Unión. Para lograrlo, el 25 de marzo de 2011, el Consejo europeo previó en su decisión 2011/199, añadir, al artículo 136 TFUE un parágrafo habilitando a los Estados de la zona euro establecer un mecanismo de estabilidad permanente: “Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto”. Al hacerlo así, el Consejo europeo de Bruselas de 25 de marzo de 2011 ha establecido igualmente las modalidades de funcionamiento de este futuro MES que fue definitivamente instituido por el Tratado concluido el 2 de febrero de 2012, entre los Estados de la zona euro, adoptando la forma de una organización financiera internacional. Éste es el ingenio que tuvo que “salvar” el Tribunal de Justicia en el asunto *Pringle* dictado como consecuencia del reenvío prejudicial de la *Supreme Court* irlandesa, Cfr. MARTUCCI, *La Cour de justice face à la politique économique et monétaire: du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l’arrêt CJUE, 27 novembre 2012, Pringle*”, *RTDE*, avril-juin 2013, p. 239 a 266.

derechos sociales frente a las medidas de austeridad: sí a las reformas económicas, pero no a cualquier precio. Es el Tribunal constitucional portugués, el que en una sentencia emblemática de 5 de abril de 2013¹²⁹ declaró inconstitucionales algunas disposiciones de la ley nº 66B/2012 de 31 de diciembre de 2012 por la que se aprobaba el presupuesto¹³⁰. Si consideramos que esta ley se inscribía, nada más ni nada menos, en el marco de la aplicación de un programa de ajuste económico y financiero negociado entre el Estado portugués, de una parte, y la Comisión Europea, el Banco Central europeo y el Fondo Monetario Internacional, por otra, tendremos la medida del importante contrapeso democrático que ha supuesto esta sentencia. Frente a las negociaciones económicas que vinculaban a grandes estructuras financieras internacionales y a los ejecutivos nacionales y europeo, el Defensor portugués de la Constitución –en sesión plenaria- ha recordado la necesidad vital de garantizar los derechos elementales del conjunto de funcionarios y de los más vulnerables (perceptores de prestaciones por desempleo). Y lo ha hecho activando el principio de proporcionalidad. Los desafíos dialógicos que están por llegar se plantean claramente en esta sentencia que apunta al peligro de una desintegración de los derechos sociales; esta sentencia debería ser tan conocida como las del Tribunal constitucional alemán. Todas las voces judiciales tienen su importancia y participan del equilibrio democrático en Europa.

La perspectiva dialógica demuestra así su principal virtud: permitir la actuación de contrapoderes en un sistema político complejo, y no porque no existan en el ámbito estrictamente institucional. El Derecho constitucional europeo se ha construido sobre textos de derecho primario –los Tratados y las constituciones- que se reconocen mutuamente gracias a disposiciones “pasarelas”: el artículo 4.2 TUE, de un lado, las

¹²⁹ Tribunal constitucional portugués, 05/04/2013, nº 187/2013, Diario de la Republica, nº78, série I du 24 avril 2013.

¹³⁰ El Tribunal ha declarado inconstitucionales cuatro disposiciones de esta ley que tenían por objeto : i) la suspensión o reducción de la paga extraordinaria anual o de toda prestación correspondiente al decimocuarto mes de salario devengado por los funcionarios públicos (art. 29); ii) la aplicación del régimen previsto en esta disposición a los trabajadores públicos que contaran con un contrato en la educación o de investigación (art. 31); iii) la suspensión parcial del pago de la paga extra anual a los funcionarios jubilados (art. 77) et; iv) la introducción de un tributo sobre las prestaciones por desempleo y enfermedad (art. 117).

“cláusulas europeas”, de otro. Han seguido desarrollándose por medio de la aprobación de disposiciones de derecho derivado que implican a todos los poderes (ejecutivos y legislativos a escala europea y nacional) participando en su creación y en su aplicación. Las reglas del juego democrático deben afirmarse en todos los ámbitos políticos, pero a veces ocurre que, o no se activan, o se activan mal¹³¹. La intervención del juez puede así restablecer el reequilibrio, como demuestra la importante sentencia portuguesa.

La integración europea es esencialmente un proceso, pero no cualquier proceso. Las transformaciones interesantes que ha sufrido y/o que ha provocado son el fruto de un diálogo compartido con múltiples actores, entre los que los actores judiciales europeos tienen una posición destacada. Este diálogo se ha materializado sobre los dos grandes ejes que fundan toda sociedad: la separación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales, que son el objeto de discusiones permanentes, de reajustes sin fin, para lograr al término una profundización democrática de la integración europea.

El Derecho constitucional europeo analizado bajo la perspectiva dialógica no es una construcción acabada. Está en equilibrio, y de ahí su fragilidad. Puede ser visto como una muestra de debilidad ante la ausencia de una estructura federal europea; pero puede también ser analizado como la muestra de una fuerza vital caracterizada por una reactividad de primera magnitud en la activación de contrapoderes, que tienen siempre como misión, tanto evitar la centralización y los abusos de poder, como garantizar un estándar elevado en la protección de derechos.

¹³¹ Para leer con gran aprovechamiento un extenso estudio sobre el modo en que el “debate democrático” no tuvo lugar en España en el contexto de la aplicación de las reglas de austeridad, GARCÍA ROCA, MARTINEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*.

Bibliografía

ALBI ANNELI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

ALONSO GARCÍA RICARDO, *Note sous 19 avril 2004*, “Common Market Law Review”, 2005.

-, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, 2005, n°73

ARROYO JIMENEZ LUIS, *Sobre la primera cuestión prejudicial por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*, “Papeles de Derecho europeo e Integración regional/Working Papers on European Law and Regional Integration”, WP IDEIR, 2011, n° 8.

AZOULAI LOÏC, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization*, “Common Market Law Review”, 2008.

BAÑO LEÓN JOSÉ MARÍA, *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, 2004, n°18.

BAQUERO CRUZ JULIO, “A juridical Götterdämmerung: The Lisbon Decision of the German Constitutional Court”, *Karlsruhe’s Europe, Notre Europe*, Studies & Research, 2010, n° 78.

BEAUD OLIVIER, *Théorie de la Fédération*, (Col. Léviathan), PUF, París, 2007.

BURGORGUE-LARSEN LAURENCE, *Cour de justice et Cours constitutionnelles ou le temps complexe du dialogue*, *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), SLC, París, 2012.

-, *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, (Col. Cahiers européens, n°1), Pedone, París, 2011.

-, “Un Huron au Plateau de Kirchberg ou quelques réflexions naïves sur l’identité constitutionnelle dans la jurisprudence du juge de l’Union européenne”, N. LEVRAT, S. BESSON (dir.), *(Dés)ordres juridiques européens - European Legal (Dis)orders*, LGDJ-Schultess Editions Romandes, Paris-Génova, 2012. (Col. Fondements du droit européen n°2).

BUSTOS GISBERT RAFAEL, *La Constitución Red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.

-, *XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, mayo-agosto 2012, n°95.

CARTIER MARIE E. (dir.), *Le mandat d’arrêt européen*, Col. Droit de l’Union, n°1, Bruxelles, Bruylant, 2005.

CARTABIA MARTA - DE WITTE BRUNO – PÉREZ TREMPAS PABLO (dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CLOOTS ELKE, *Germes of pluralist judicial adjudication: Advocaten voor de Wereld and other references from the Belgian Constitutional Court*, CMLR, 2010.

CONSTANTINESCO, VLAD - PIERRÉ-CAPS, STÉPHANE, *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2011.

-, *Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l’Union européenne?*, *L’Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991.

-, *Europe Fédéral ou Fédération d’Etats nations*, *Une Constitution pour l’Europe*, R. DEHOUSSE (dir.), Presses de Sciences po., Paris, 2002.

-, “Je t’aime, moi non plus’ ou la société européenne en quête d’*afectio societatis*”, *Mélanges en l’honneur de François Borella*, PUN, Nancy, 1999.

-, “L’intégration des principes constitutionnels nationaux dans le traité: l’article 6§1 du traité sur l’Union européenne (ex-F§1) tel que modifié par le traité d’Amsterdam”, H. GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect mutuel réciproque?*.

COUTRON LAURENT, PICHERAL CAROLINE (dir.) *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

DE BARRANGER, THIBAUT, *Constitutions nationales et construction communautaire. Essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, LGDJ, París, 1995.

DE VERGOTTINI GIUSEPPE, *Más allá del diálogo judicial entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011

DEROSIER JEAN-P., "Constitutionnalisation? Réflexions sur le degré de centralisation et de décentralisation de l'Union européenne", *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne; Union de droit, Union des droits*, Pedone, París, 2010.

DIEZ PICAZO, LUIS, *Constitucionalismo de la Union europea*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002.

DUBOUT EDOUARD, *Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni*, "Cahiers de droit européen", 2013, n°2.

DYRBERG PETER, *La Constitucion danesa y la Union europea II (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998*, "Revista de derecho comunitario europeo", 1998.

FAVOREU LOUIS, *L'eurosepticisme du droit constitutionnel*, en H. GAUDIN, *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect mutuel réciproque?*, Economica, París, 2001.

GARCÍA ROCA JAVIER, *El diálogo entre el Tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden publico europeo*, "Teoría y realidad constitucional", n°30, 2012.

GARCÍA ROCA JAVIER - MARTINEZ LAGO MIGUEL ÁNGEL, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013.

GERKRATH, JÖRG, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, (Col. Etudes européennes), ULB, Bruselas, 1997.

HANCOX E, *The meaning of 'implementing' EU law under Article 51 (1) of the Charter: Akerberg Fransson*, "Common Market Law Review", 2013, n°50.

HANF DOMINIK, *Vers une précision de la Europarechtsfreundlichkeit de la Loi fondamentale. L'apport de l'arrêt "rétention des données" et de la décision "Honeywell" du BVerfG*, "Research Paper in Law", 2010/3, 2010.

JACOBSON GARY J., *Constitutional Identity*, Harvard University Press, Oxford, 2010.

JHR, LB, *After Akerberg Fransson and Melloni*, "European Constitutional Law Review", septembre 2013, Vol. 9.

KADDOUS CHRISTINE, "Droits de l'homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?", *Mélanges en honneur à Georges Vandensanden, Promenades au sein du droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

KOMAREK JAN, *Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires*, *European Constitutional Law Review*, 2012.

KRONENBERG V., *Quand 'mise en oeuvre' rime avec 'champ d'application': la Cour précise les situations qui relèvent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le contexte de l'application du ne bis in idem*, "Revue des affaires européennes", 2013, n°1.

LABOUZ, MARIE-FRANÇOISE, *L'idée de Constitution européenne*, Université Paris X-Nanterre, Paris, 1992.

LAW DAVID - CHANG, WEN C., *The limits of global judicial dialogue*, "Washington Law Review", vol. 86, 2011.

LECOURT ROBERT, *Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*, *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991.

LENAERTS KOEN, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, "International and Comparative Law Quarterly", 2010, n° 59.

LICKOVA, MAGDALENA, *Quand la Cour constitutionnelle tchèque défie la CJUE sur les pensions de vieillesse*, "Constitutions Revue de droit constitutionnel appliqué", 2012, n° 2.

LOUIS, JEAN-V., *La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé?*, *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de J-P. Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010.

MABAKA PLACIDE, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne. Aspects nationaux et européens*, Sakkoulas/Bruylant, Atenas/Bruselas, 2006.

MARTI, GAËLLE, *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, Bruselas, 2011. (Col. Droit de l'Union européenne, n°20).

MARTINICO GIUSEPPE – POLLICINO ORESTE, *The interaction between Europe's Legal Systems. Judicial dialogue and the Creation of Supranational Law*, Elgar Publishing, 2012.

MARTUCCI FRANCESCO, *La Cour de justice face à la politique économique et monétaire: du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 novembre 2012, Pringle, RTDE*, avril-juin 2013.

MILLET F-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LGDJ, Paris, 2013, tome 142.

MIRKINE-GUETZEVITCH BORIS, *Droit constitutionnel international*, Paris, 1933.

NOTHOMB, AMELIE, *La nostalgie heureuse*, Albin Michel, Paris, 2013 (Traducción en español: *La nostalgia feliz*, Anagrama, Barcelona, 2015).

PAYANDEH MEHRDAD, *Constitutional review of EU law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German constitutional Court and the EU Court of justice*, "Common Market Law Review", 2011.

PELLET, ALAIN, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, "Recueil des Cours de l'Académie de droit européen", 1994, Vol.5, Livre 2.

PERNICE INGOLF, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, 94 p. (Col. Cours et Travaux n°1).

PERNICE INGOLF – MAYER F. , *De la constitution composée de l'Europe*, RTDE, 2004.

PETERS ANNE, *Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law*, "Vienna Journal on International Constitutional Law", Vol. 3, 3/2009.

RITLENG DOMINIQUE, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Arkerberg Fransson et Melloni*, "Revue Trimestrielle de droit européen", 2013.

RODRÍGUEZ IGLESIAS GIL C., *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea*, "Revista de derecho comunitario europeo", enero-abril 2005, p. 5 a 17.

ROSENFELD MICHEL, *The Identity of the Constitutional subject*, "Cardozo Law Review", 1995.

-, *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy*, Duke University Press, Durham, 1994.

-, *Constitutional Identity*, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, OUP, Oxford, 2011.

ROUSSEAU DOMINIQUE, *Prolégomènes à l'étude de l'identité constitutionnelle, Le droit constitutionnel normatif*, R. BEN ACHOUR (dir.), Bruylant, Bruselas, 2009.

-, "Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel", *Mélanges en l'honneur du professeur Molinier*, Lextenso, Paris, 2012.

SAIZ ARNAIZ ALEJANDRO - ALCOBERRO LIIVINA CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

SARMIENTO DANIEL, *Poder judicial e integración europea. La Construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004.

-, *Who is afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, "Common Market Law Review", 2013, n°50.

SKOURIS V., *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Akerberg Fransson*, "Il diritto dell'Unione Europea", 2013, n°2.

SLAUGHTER ANNE M., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2005.

STEIN ERIC, *Lawyers, judges and the making of a transnational constitution*, AJIL, 1981.

SUPIOT ALAIN, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, 184.

-, *Reconciling Fundamental Social Rights and economic Freedoms after Vinking, Laval and Rüffert*, A. BUCKER (Eds.), Nomos, 2011.

TONIATTI, ROBERTO, "Supremacy Lost, constitutional identity regained", *National Constitutional Identity and European Integration*, A. Saiz Arnaiz, C. Alcoberro Llivina (eds.), Intersentia, Cambridge, 2013.

TORREZ PÉREZ AIDA, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, OUP, Oxford, 2009.

UGARTEMENDIA JUAN I., GURUTZ JAUREGUI (coord.), *Derecho constitucional europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

URLESBERGER FRANZ, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº5, 1999-1.

VANDAMME, T., “Prochain arrêt: la Belgique! Explaining Recent Preliminary Reference of the Belgian Constitutional Court”, *EuConst.*, 2008, Vol. 4.

VARNAY E. - TATHAM A. F., *A new step on the Long Way – How to Find the Proper Place for Community Law in the Hungarian Legal Order?*, “Miskolc Journal of International Law”, Vol. 3, 2006.

VECCHIO F., *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, “Quaderni costituzionali”, 2013, nº33.

VERDUSSEN MARC, “La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l’Union européenne”, *Revue Belge de droit constitutionnel*, 2011.

-, *Le droit de l’Union européenne jouit-il en Belgique d’une singularité constitutionnelle par rapport au droit international?*, *Les interactions normatives. Droit de l’Union européenne et droit international*, L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAÎTROT DE LA MOTTE, S. TOUZÉ (dir.), Pedone, París, 2012.

ZILLER, JACQUES (dir.), *L’eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l’Europe*, L’Harmattan, Paris, 2003. (Col. Logiques juridiques).