

El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia*

Marta Cartabia

Catedrática de Instituciones de Derecho Público.
Universidad de Milán-Bicocca

RESUMEN

El trabajo parte de la demostración de que la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha producido un efecto dinamizador en la materia dentro de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque éste eluda su cita textual. Junto a ese efecto, pone sobre la mesa también otro efecto como es el carácter expansivo que puede tener, del que ya hay ejemplos, para las competencias de la Unión Europea. A partir de ahí, se analiza no sólo la conveniencia, sino la necesidad de que se fortalezca el diálogo entre Tribunal de Justicia, de un lado, y Tribunales constitucionales, por otro, análisis que se realiza básicamente a partir de la experiencia italiana, pero que es fácil de proyectar en otros ordenamientos comunitarios.

Palabras clave: diálogo constitucional, Tribunales Constitucionales, Tribunal de Justicia, cuestión prejudicial, Carta de los Derechos Fundamentales.

Keywords: constitutional dialogue, Constitutional Courts, Court of Justice, preliminary ruling, Charter of Fundamental Rights.

ABSTRACT

This paper is based upon the assertion that the proclamation of the Charter of Fundamental Rights of the European Union has created a dynamic effect in this area of the law through the Court of Justice's case law, although avoiding its explicit reference. Together with this effect, another feature is outlined: the expansive role the Charter plays, as several examples will prove, for the Union's competences. From this starting point, the convenience and necessity of a stronger dialogue among the Court of Justice and Constitutional Courts will be analysed, using the Italian experience as a reference that can be easily exported to other legal orders.

* Traducción realizada por Pablo Pérez Tremps. Magistrado del Tribunal Constitucional. Codirector de la Revista Española de Derecho Europeo.

MARTA CARTABIA

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE— *Una época de activismo constitucional en la jurisprudencia comunitaria*—1. La hora de los derechos fundamentales de la Unión Europea—2. Signos de activismo constitucional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades—3. La Carta y el Tribunal: efectos legitimantes y efectos hermenéuticos—4. El riesgo del «colonialismo jurisdiccional»

SEGUNDA PARTE — *Los Tribunales Constitucionales y la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia*—1. Las oscilaciones de la jurisprudencia constitucional sobre la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia CE—2. Algunos corolarios jurisdiccionales: el diálogo jurisdiccional «por persona interpuesta»—3. Las razones explícitas: «La Corte no es una autoridad jurisdiccional»—4. ... y las razones implícitas: la Corte *superiorem non recognoscens*—5. El diálogo jurisprudencial «per interposta persona»: costes y beneficios—6. Posteriores estímulos hacia el reenvío prejudicial por parte de los Tribunales Constitucionales: las Sentencias Köbler y Traghetti del Mediterraneo—7. La obligación del reenvío prejudicial y los márgenes de discrecionalidad de los Tribunales Supremos

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo intenta presentar una reflexión sobre la necesidad de que los Tribunales Constitucionales nacionales participen de forma más activa y valiente en la construcción del entramado constitucional de la Unión Europea en la actual fase de la integración.

Después de los intentos de reestructurar políticamente el ordenamiento constitucional de la Unión Europea, y después de que estos intentos hayan sido bruscamente «castigados» por los *referenda* francés y holandés, la palabra parece haber pasado de nuevo a los jueces. «Cursos y recursos históricos», podría decirse. En efecto, gran parte de la actual trama constitucional de la Unión Europea se debe a algunas decisiones históricas del Tribunal de Justicia sobre las fuentes comunitarias, sobre las relaciones entre ordenamientos, sobre la responsabilidad de los Estados por incumplimiento y sobre los derechos fundamentales, estimuladas, a su vez, por algunas vigorosas tomas de postura de los tribunales constitucionales nacionales. Hoy, en especial tras la aprobación de la Carta de los derechos fundamentales, la jurisprudencia comunitaria parece atravesar una nueva fase «heroica». Y hoy como entonces se advierte la necesidad de que el Tribunal de Justicia no se quede solo en esta nueva fase constitucional. Sus interlocutores naturales son, obviamente, los tribunales constitucionales nacionales.

En este artículo se analizarán, en la primera parte, los principales signos novedosos de la jurisprudencia comunitaria en materia de derechos fundamentales y se expondrán las razones por las que en este terreno urge un diálogo directo entre Tribunales Constitucionales nacionales y Tribunal de Justicia. En la segunda parte, se examinarán las razones por las que hasta hoy los tribunales constitucionales nacionales se han negado a utilizar la cuestión prejudicial ex art. 234 TCE –instrumento principal del diálogo entre los Tribunales– y se mostrará la necesidad de superar los actuales obstáculos.

PRIMERA PARTE

Una época de activismo constitucional en la jurisprudencia comunitaria

1. *La hora de los derechos fundamentales de la Unión Europea*

Al abrigo de la solemne proclamación de la Carta de los Derechos de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, Armin VON BOGDANDY escribía con su habitual profundidad y perspicacia:

«Human rights as the core of the supranational order is a tantalizing pros-

MARTA CARTABIA

pect. They might provide a strong, visible, incontestable *raison d'être*, something the Union is longing for, given the technicality of the common market and its policies»¹.

En la Carta de Derechos este autor encontraba los primeros síntomas de una evolución dirigida a cambiar de acento los caracteres de la integración europea, una evolución que, para liberar a la Unión Europea de los estrechos límites de la originaria dimensión *económica*, giraba hacia la meta discutida e incierta de la integración política, de la que una *Grundrechtsgemeinschaft*, una comunidad de los derechos fundamentales, constituirá una etapa necesaria y generalmente aceptada.

Sin embargo, el autor veía los riesgos ocultos en un desarrollo de este tipo, ponía en guardia frente a la seducción de la Carta de Derechos y de los intentos de ennoblecer el alma de la integración europea dando a los derechos fundamentales el papel hasta ese momento representado por el mercado y concluía que: «there is good reason to be sceptical about such a development»².

La aprobación de la Carta firmaba una nueva era en la integración –descrita en la eficaz imagen del autor como el paso de una Comunidad económica a una Comunidad de derechos fundamentales–, y esta nueva era, con el tiempo podría conducir a desarrollos cargados de consecuencias, no siempre necesariamente deseables.

Una voz, la de VON BOGDANDY, que no podía pasar desapercibida en el vivo debate suscitado por la Carta de Derechos, porque se diferencia de la calurosa acogida manifestada hacia el proceso de redacción del *Bill of Rights* de la Unión Europea³ de manera insólitamente coral por las instituciones políticas y por las jurisdiccionales, por la academia y por los medios de comunicación, y por la opinión pública de todos sitios. La Carta, esta era la percepción más general, intervenía finalmente para ennoblecer la dura máscara de la integración económica y cometaría que la Unión se había puesto, en especial a partir del Tratado de Maastricht.

Al cabo de pocos años, las admoniciones de Armin VON BOGDANDY asumen un tinte profético. La Carta de Derechos ha inaugurado, ciertamente, una estación significativa de la tutela de los derechos en la Unión Europea, que lleva consigo, aunque con beneficios y riesgos, progresos y pérdidas que pueden ser aquilatados a través de un análisis adecuado de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en materia de derechos fundamentales. No se trata tanto de contar cuántas veces la Carta de Derechos ha sido citada explícitamente por los órganos de justicia comunitarios: como es sabido el Tribunal Europeo de Justicia, a diferencia de

¹ A. VON BOGDANDY, «The European Union as a Human Right Organization? Human Rights and the core of the European», *Common Market Law Review*, 6, 2000, 1307 ss.

² *Ibidem*.

³ Señalábamos esta calurosa acogida en la «Introducción» a *L'Europa dei diritti*, coords. R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, BOLOGNA, IL MULINO, 2001, 11 y ss.

muchos jueces nacionales –incluidos algunos tribunales constitucionales– y a diferencia también del Tribunal de Primera Instancia, cuidadosa y voluntariamente ha evitado citar la Carta de Derechos Fundamentales en sus decisiones. Hay un único caso⁴, hasta hoy, en el que el Tribunal menciona la Carta, con referencia a la Directiva sobre reagrupaciones familiares, pero parece ser una cita mediata del texto de la Directiva en cuestión, la cual a su vez previamente menciona, en efecto, la Carta de Derechos. Cualquiera que sea el significado de esta decisión concreta, es cierto que la influencia de la Carta sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia supera con mucho las citas formales y se desarrolla, sobre todo, en un plano sustancial e implícito, que se aprecia observando *i diritti in azione*.

2. *Signos de activismo constitucional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades*

Aunque la Carta no constituya la primera forma de tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea, sino que, por el contrario, se inserta en un recorrido que arrancó al final de los años sesenta y se consolidó con el tiempo, rubrica indiscutiblemente una vertiente que ha determinado una profunda diferencia cuantitativa y cualitativa de las intervenciones del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales. En los años que han seguido a la aprobación de la Carta se aprecian, en efecto, importantes signos de un cambio en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que hacen pensar en una nueva estación de «activismo constitucional», parangonable en importancia a aquella que se desarrolló en los años 60 y 70 en materia de fuentes y de relaciones entre ordenamientos, y que ahora se retoma sobre un terreno distinto: el de los derechos fundamentales.

Parece que la disponibilidad de un catálogo escrito de derechos fundamentales contribuye a exaltar el papel del Tribunal de Justicia como Tribunal Constitucional de la Unión Europea⁵, en lugar de mortificar su capacidad interpretativa y creativa. Una cadena ya abundante de decisiones relativas a derechos fundamentales avala esta hipótesis.

a) El caso *Tanja Kreil*

El arquetipo de esta nueva dinastía de casos constitucionales se identifica probablemente en la Sentencia *Tanja Kreil* del 2000⁶, dictada antes de la aprobación de la Carta de Niza pero en medio del clima de euforia constitucional que se respiraba en esos años en la Unión Europea. No procede ahora detenerse en el detalle de un caso, con razón conocido y ampliamente comentado; basta con recordar que, en resumen, ha llevado al Tribunal de Justicia un conflicto entre un precepto de la Constitución alemana,

⁴ STJCE de 27 de junio de 2006, C-540/03, *Parlamento contra Consejo*.

⁵ Sobre la necesidad de potenciar la justicia constitucional en la Unión Europea, transformando el Tribunal de Justicia en un verdadero y auténtico Tribunal Constitucional, puede verse R. ALONSO GARCÍA, «Un nuovo modello di giustizia costituzionale per il nuovo trattato costituzionale europeo», *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2005, pgs. 111 y ss.

⁶ STJCE de 11 de enero de 2000, C-285/98, *Tanja Kreil*.

MARTA CARTABIA

el art. 12 que prohibía a las mujeres desarrollar en el ejército funciones que comportaran el uso de las armas, y un principio fundamental del Derecho Comunitario como es la prohibición de discriminación por razón del sexo. Sin muchas perifrasis, el Tribunal de Justicia afirma que el principio comunitario de prohibición de discriminación «se opone a la aplicación de disposiciones nacionales, como las del Derecho alemán, que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar». Sin enfatizar el rango constitucional de las normas alemanas relevantes al caso, el Tribunal de Justicia termina en realidad por exigir a Alemania una reforma constitucional, poniendo de manifiesto un conflicto insalvable entre el Derecho Comunitario y la Constitución nacional. Por tanto, mientras que en el pasado el Tribunal de Justicia había evitado hacer estallar el conflicto entre Constituciones nacionales y principios comunitarios⁷, en el caso *Kreil* no hay titubeos, hasta el punto de que Alemania terminará por adaptarse mediante una reforma constitucional.

b) Los casos *Schmidberger* y *Omega*

Desde otra perspectiva, pueden apreciarse importantes señales de novedad en algunas decisiones relativas a conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales.

Los críticos del Tribunal de Justicia han manifestado, a menudo sospechas sobre la realidad de la tutela comunitaria de los derechos fundamentales. Se ha subrayado repetidamente el uso instrumental que el Tribunal de Justicia ha hecho de los derechos fundamentales en relación no tanto con la protección de los valores de por sí merecedores de tutela, como sobre todo con el reforzamiento de la integración europea⁸. Esta lectura dejaría constancia de una peculiaridad que ha caracterizado la jurisprudencia comunitaria que eleva al rango de derechos fundamentales las libertades de circulación de personas, de servicios, de mercancías y de capitales, sobre cuya base se ha construido el mercado común europeo. La tutela comunitaria de los derechos fundamentales resulta fuertemente condicionada por los objetivos generales de la integración europea y, por tanto, y en primer lugar, por las exigencias conectadas con la consecución del mercado. Hasta una época muy reciente, el Tribunal de Justicia ha mostrado siempre una actitud de mayor cuidado por las libertades económicas del mercado común respecto a los derechos fundamentales cada vez que ha resultado necesario realizar una ponderación entre los dos órdenes de valores. Es verdad que el Tribunal de Justicia no ha tratado nunca ni las libertades fundamentales ni los derechos fundamentales como prerrogativas o valores absolutos y, por tanto,

⁷ Véanse, por ejemplo, las famosísimas Sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de noviembre de 1989, C-379/87 *Groener*, sobre la tutela del idioma gaélico en Irlanda, y la de 4 de octubre de 1991, C-159/90, *Grogan*, sobre el derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo.

⁸ J. COPPEL-A. O'NEILL, «The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?», *Comm. Mark. Law. Rev.*, 1992, pgs. 669 y ss.

se ha preocupado siempre de realizar una ponderación entre las razones de las libertades económicas y las de los derechos fundamentales. Sin embargo, en estas complejas operaciones de ponderación a menudo las libertades económicas han prevalecido.

Ello explica que el caso *Schimidberger* de 2003⁹ haya recibido gran eco en la doctrina. En esta decisión, el Tribunal de Justicia, llamado a dirimir un conflicto entre una libertad fundamental del mercado –en este caso la libertad de circulación de mercancías– y algunos derechos fundamentales –derecho de reunión y libertad de expresión– originado por una manifestación de una asociación ecologista que había bloqueado durante treinta horas la autopista de Brener, dió sorprendentemente prevalencia a los segundos, en una operación de ponderación en la que las exigencias de la economía por una vez no han prevalecido sobre las de los derechos civiles.

Aún más clarificadora en algunos aspectos es la Sentencia *Omega* de 2004¹⁰. También en este caso el Tribunal de Justicia ha tenido que afrontar un conflicto entre una libertad económica fundamental protegida por el Tratado, en concreto la libre prestación de servicios, y, en menor medida, la libre circulación de mercancías, y las exigencias de protección de derechos fundamentales, que en el caso concreto se referían a la dignidad humana, en relación con una actividad comercial lúdica como la simulación de homicidios mediante armas-láser de juguete.

Realmente en esta Sentencia se enlazan dos líneas de argumentación. La primera se centra en la libertad de prestación de servicios y sus límites basados en el orden público. La segunda razona siempre sobre los posibles límites a las libertades económicas, justificados, en el caso, por exigencias de protección de los derechos fundamentales, entre ellos la dignidad humana. El caso podría haber sido resuelto enteramente argumentando sólo sobre la base de las exigencias del orden público. Pero el Tribunal quiso usar el léxico de los derechos fundamentales, quiso aprovechar la ocasión para hilvanar su *rights talk*¹¹, afirmando que la dignidad humana no es sólo uno de los valores fundamentales de la Constitución alemana sino que es parte de los valores tutelados por el ordenamiento comunitario. El Tribunal de Justicia quiso subrayar el *commitment* de la Unión Europea por el respeto de la dignidad humana, hasta el punto de que se remitió expresamente a las amplias consideraciones desarrolladas por el Abogado General Stix-Hackl en sus Conclusiones, relativas al reconocimiento de la dignidad humana en los instrumentos internacionales de tutela de los derechos humanos, en las Constituciones europeas y en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos, además de en varios instrumentos del Derecho Comunitario.

⁹ STJCE de 12 de junio de 2003, C-112/00, *Schimidberger*. En la doctrina puede verse el magnífico trabajo de M. AVBELJ, *European Court of Justice and the Question of Value Choices*, Jean Monnet Working Paper 06/04.

¹⁰ STJCE de 14 de octubre de 2004, C-36/02, *Omega*.

¹¹ Según la feliz expresión de M. A. GLENDON, *Rights talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991.

rio, entre ellos la Carta de Derechos Fundamentales, que comienza precisamente con la afirmación de la protección de la dignidad humana como valor inviolable. Y los esfuerzos del Tribunal de Justicia no han pasado desapercibidos¹². Por tanto, en el caso *Omega* como en el caso *Schmidberger* las exigencias de los derechos fundamentales prevalecen sobre las de las libertades económicas y justifican importantes límites a estas últimas.

c) *K.B y Richards*

Desde otra perspectiva, podemos señalar que, en los años más recientes, el Tribunal de Justicia tiene una tendencia a ampliar el ámbito de aplicación de los derechos comunitarios bastante más allá de los estrechos límites que la doctrina de la *incorporation* permitiría, y esta tendencia es claramente perceptible en dos de las decisiones más recientes pronunciadas por el Tribunal de Justicia en relación con los derechos de los transexuales, los casos *K. B.*¹³ y *Richards*¹⁴. Ambos casos tienen su origen en el ordenamiento británico, donde regía, en el momento de los hechos, una particular situación normativa que, por un lado, permitía el cambio de sexo, financiándose incluso mediante el servicio sanitario nacional, y por otro no consentía que el cambio de sexo fuese inscrito en el registro, impidiendo así al transexual gozar del *status* reservado a las personas del sexo al que pertenecía tras la operación. En los casos llevados al examen del Tribunal de Justicia la imposibilidad de inscribir el cambio de sexo impedía a los recurrentes contraer matrimonio y, por tanto, gozar de la pensión de supervivencia, en un caso, y de poder jubilarse a los 60 años, en el otro caso. En ambos, la legislación inglesa se considera incompatible con el principio de no discriminación por razón del sexo y el Reino Unido, más veces estigmatizado por el Tribunal de Luxemburgo y por el Tribunal de Estrasburgo por la prohibición de modificar los datos registrales inscritos en el nacimiento en caso de cambio de sexo, ha terminado por adecuar su propia legislación a las llamadas provenientes del ordenamiento europeo.

Un aspecto interesante de esta jurisprudencia reside en que los derechos fundamentales comunitarios inciden en estos casos en el régimen británico de estado civil, materia extraña y lejana, con seguridad, de las competencias de la Comunidad. El Tribunal de Justicia, investido de problemas de prohibición de discriminación por género en el disfrute de las pensiones de supervivencia y de jubilación, termina por ocuparse de un tema que, con certeza, los Estados no han tenido intención de ceder a las instituciones

¹² La decisión *Omega* ha sido ampliamente reseñada en el mundo alemán, aunque no sólo. Entre los muchos comentarios pueden verse A. ALEMANN, «À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur», *Revue de droit de l'Union européenne*, 2004, pg. 709; A. VON WALTER, «La protection de la dignité humaine face au droit communautaire», *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, 2005, pgs. 153 y ss.

¹³ Sentencia de 7 de enero de 2004, C-117/01, *K.B.*

¹⁴ Sentencia de 26 de abril de 2006, C-423/04, *Richards*

comunitarias, como es el *status* jurídico de los transexuales y las reglas que rigen el registro civil.

Para llegar a tales problemas, el Tribunal de Justicia realmente fuerza los límites de la *incorporation*. Hasta ahora, el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales comunitarios se ha extendido, además de a los actos de las instituciones comunitarias, a los actos de los Estados miembros que entran en el terreno del Derecho europeo, lo que sucede especialmente en dos hipótesis: cuando los actos estatales constituyen una aplicación del Derecho Comunitario –doctrina *Wachauf*¹⁵– y cuando los Estados actúan contra una de las libertades fundamentales del mercado –doctrina *ERT*¹⁶–.

Sin embargo, evidentemente, los casos *K.B. y Richards* no entran en ninguna de las dos hipótesis. La legislación inglesa censurada no constituye ni una norma de actuación o de ejecución de normas comunitarias, ni tampoco un acto contra las libertades económicas fundamentales. Como afirma explícitamente el Tribunal de Justicia, la legislación inglesa sobre el registro no pone en peligro directamente un derecho tutelado por el ordenamiento comunitario –el derecho a la pensión de supervivencia–, pero incide sobre una de las *condiciones* para su disfrute. La disparidad de trato no afecta, por tanto, al reconocimiento de la pensión de supervivencia o a la edad de jubilación, sino a una «condición preliminar indispensable», esto es, la inscripción del cambio de sexo y por tanto a la capacidad para contraer matrimonio.

Está todo listo para afirmar que se ha inaugurado una nueva rama de la *incorporation*, que acompaña a los actos estatales que ejecutan el Derecho Comunitario y a aquellos que se oponen a una libertad económica, lo que constituyen *condiciones preliminares* para el disfrute de un derecho fundamental comunitario. Si fuese así, el impacto de la jurisprudencia comunitaria sobre los derechos fundamentales en los ordenamientos internos se ampliaría de forma desmesurada y podría potencialmente llegarse a la absorción total de la tutela de los derechos fundamentales a nivel comunitario, haciendo caer los límites competenciales establecidos cuidadosamente en la Carta de Derechos. Entonces, desde el original vacío de los Tratados en materia de derechos fundamentales se habría cerrado completamente la parábola hacia la *Grundrechtsgemeinschaft*, planteada al inicio.

d) Los casos sobre terrorismo

Las instituciones comunitarias han sido acusadas, a menudo, de usar distintos pesos y medidas en materia de derechos fundamentales, siendo bastante exigentes respecto de los Estados miembros (y todavía más respecto de terceros Estados o de los Estados candidatos a la adhesión) y bastante indulgentes en relación con los actos de las instituciones comunitarias. En efecto, la jurisprudencia comunitaria, muy rica en afirmaciones de principio en mate-

¹⁵ Sentencia de 13 de julio 1989, as. 5/88, *Wachauf*.

¹⁶ Sentencia de 18 de junio 1991, as. 260/89, *Elliniki Radiophonia Tielorassi ERT*.

ria de garantía de los derechos fundamentales, raramente ha reconocido una violación de derechos fundamentales por parte de actos de las instituciones comunitarias, mientras que más a menudo ha encontrado tales violaciones por parte de los Estados miembros.

Teniendo presente este contexto es como se puede apreciar la importancia del caso *Modjahedines*¹⁷ resuelto por el Tribunal de Justicia a finales de 2006. La Sentencia se inserta en un grupo de casos sobre terrorismo, que ya cuenta con numerosas decisiones jurisdiccionales, y que afectan a algunos Reglamentos del Consejo de la Unión Europea, que, en ejecución de resoluciones de la ONU, prevén importantes restricciones patrimoniales para personas y asociaciones que se consideran conectadas con delitos de terrorismo. En todos estos casos sobre terrorismo se han denunciado por los recurrentes numerosas violaciones de los derechos fundamentales, entre ellos del derecho de propiedad, del derecho de defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva. Las quejas se originan por el hecho de que las listas de terroristas (o presuntos terroristas) se elaboran sin permitir a los sujetos afectados exponer sus alegaciones y por tanto sin permitirles refutar las pruebas recogidas, con violación, sobre todo, del derecho de defensa, del derecho de propiedad y del derecho al juez y a un proceso.

El Tribunal de Primera Instancia ha afrontado estos problemas en los casos *Yusuf y Kadi*¹⁸, *Ayadi y Hassan*¹⁹ y en el caso *Modjahedines*²⁰ ofreciendo respuestas distintas.

Las primeras Sentencias de los jueces comunitarios han suscitado algunas perplejidades porque terminaban por sacrificar completamente las exigencias de los derechos fundamentales²¹.

En las decisiones *Yusuf y Kadi*, el Tribunal de Primera Instancia, después de desarrollar un complejo razonamiento sobre las relaciones entre fuentes comunitarias, fuentes internacionales, derechos fundamentales y *ius cogens*, ha rechazado todas las impugnaciones, sosteniendo que el control de los actos comunitarios recurridos habría terminado por reflejarse sobre las Resoluciones de la ONU, que, en cuanto fuentes de Derecho Internacional, prevalecen sobre todo el Derecho Comunitario –incluido el que se refiere a la tutela de los derechos fundamentales–. Aquéllas encuentran sólo el

¹⁷ Sentencia del Tribunal de 12 de diciembre de 2006, as. T-228/02, *Organisation des Modjahedines du people d'Iran*.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de 21 de septiembre 2005, as. T-306/01, *Yusuf*; Sentencia del Tribunal de 21 de septiembre 2005, as. T-315/01, *Kadi*.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de 12 de junio de 2006, T-253/02, *Ayadi*; Sentencia del Tribunal de 12 de junio de 2006, as. T-49/04, *Hassan*.

²⁰ Sentencia del Tribunal de 12 de diciembre de 2006, as. T-228/02, *Organisation des Modjahedines du people d'Iran*.

²¹ L. CAPPUCIO, «Sanzioni ad Al-Quaeda nei regolamenti comunitari: si può agire soltanto nei confronti del proprio Stato di appartenenza?», en *Quaderni costituzionali*, 2006, pgs. 821 y ss.

límite del *ius cogens*, que en el caso concreto el Tribunal no considera vulnerado.

En los casos *Ayadi y Hassan*, el Tribunal ha repetido el núcleo de la argumentación de las decisiones anteriores, basado en la constatación de que los Reglamentos comunitarios impugnados no manifiestan un poder discrecional de las instituciones comunitarias, de manera que un juicio del Tribunal sobre dichos actos comunitarios se convertiría inevitablemente en un juicio sobre las Resoluciones de la ONU, que no está permitido utilizando los habituales cánones de la tutela de los derechos fundamentales garantizados a nivel comunitario. Sin embargo, en este segundo grupo de casos resulta mucho más acentuado el papel de los Estados miembros, a los que el Tribunal pide asegurar tanto la posibilidad de utilizar las vías diplomáticas para actuar ante los órganos de las Naciones Unidas para la cancelación de las listas de los terroristas como para garantizar los remedios jurisdiccionales adecuados en caso de negativa del Estado a transmitir la petición de cancelación al Comité de la ONU.

El caso *Modjahedines*, sin embargo, se distingue de estos dos grupos de precedentes porque el Tribunal declara una violación de los derechos fundamentales y anula la Decisión del Consejo de la Unión Europea que incluye *l'Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* en las listas de los terroristas por violación del derecho de defensa, de la obligación de motivar y del derecho a un recurso judicial.

La distinta respuesta del Tribunal en este último caso se justifica por el hecho de que, a diferencia de los anteriores, la inclusión de los recurrentes en las listas de los terroristas no se había hecho directamente por los órganos de las Naciones Unidas. El caso *Modjahedines*, por el contrario, se refiere a un sujeto que no está incluido en las listas establecidas por los órganos de la ONU. *La Organisation des Modjahedines* fue castigada con sanciones económicas en virtud de la decisión discrecional de las instituciones europeas, que, en aplicación de una resolución de la ONU²², debían concretar las personas físicas y jurídicas que cometían o intentaban cometer actos de terrorismo, facilitaban y ayudaban a tales personas y organizaciones, y concretar las sanciones de congelación de los fondos y de los instrumentos financieros. Por esta razón, el Tribunal se pronuncia en el sentido de anular la Decisión del Consejo por vulneración de los derechos antes mencionados en cuanto que se aplica a la recurrente.

La decisión de los jueces comunitarios ha sido realmente muy valiente. El Tribunal no sólo ha utilizado la sanción de la anulación del acto impugnado, lo que no sucede frecuentemente, ni siquiera en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales, que parece que prefieren los

²² Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 28 de septiembre de 2001, 1373 (2001). Decisión del Consejo de 2 de mayo de 2002, 2002/334/CE y Decisión del Consejo de 17 de junio de 2002, 2002/460/CE incluyendo ambas el nombre de la organización recurrente.

remedios de naturaleza interpretativa o las correcciones parciales a la anulación de los actos que producen vulneraciones de los derechos de los particulares. Pero los jueces comunitarios no sólo han demostrado, por una vez, que saben ser más exigentes y severos en relación con sus propias instituciones que respecto de los órganos internacionales y los de los Estados miembros. Además, y no es de menor importancia, los jueces comunitarios han ensayado su capacidad de ser rigurosos en la tutela de los derechos en uno de los terrenos más espinosos, dada la gravedad de la situación internacional que tiende a aplacar la sensibilidad hacia los derechos de los sospechosos de ser terroristas y genera una mayor propensión hacia las exigencias de la seguridad que hacia las de la justicia y la libertad.

La lista de jurisprudencia podría proseguir, ilustrando por ejemplo el nutrido grupo de Sentencias referidas a la ciudadanía europea y las reagrupaciones familiares, o haciendo referencia a las decisiones relativas al derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo²³, o también ilustrando las sinergias que con el tiempo se han ido creando con la tutela de los derechos fundamentales garantizada por el Tribunal de Estrasburgo, y con otras muchas decisiones.

Sin duda, algo ha cambiado en la actitud del Tribunal de Justicia hacia los derechos fundamentales. Quien observe hoy de cerca la jurisprudencia comunitaria responderá afirmativamente a la pregunta hecha hace muchos años de manera provocadora: *the European Court of Justice: taking rights seriously?* Sin duda, se leen muchas decisiones de los jueces comunitarios en las que los derechos fundamentales se toman muy en serio. Las ocasiones de pronunciarse en materia de derechos fundamentales se cuidan y se buscan. Las argumentaciones en materia de derechos fundamentales aumentan y, ocasionalmente, se llega hasta pronunciamientos de anulación de medidas normativas que no respetan los derechos individuales. Los derechos, que en el pasado a menudo aparecían invocados como mero adorno retórico, comienzan a incidir en las relaciones jurídicas llevadas al examen del Tribunal de Justicia. En ello no puede dejarse de ver el efecto benéfico de la Carta de Derechos Fundamentales.

¿Cómo no aplaudir a un Tribunal que demuestra saber sacrificar ocasionalmente las exigencias de los operadores económicos frente a la dignidad humana, como ha sucedido en el caso *Omega*, o frente a las exigencias de la libertad de expresión, como ha ocurrido en el *Schmidberger*? ¿Cómo no admirar la valentía del Tribunal que elimina a la organización de los Modjahedines de la lista de los terroristas en nombre de su derecho de defensa?

Tras la aprobación de la Carta, los temidos efectos de congelación y de parálisis del activismo jurisdiccional en materia de derechos fundamentales no se han producido; por el contrario, el resultado ha sido el robustecimiento del Tribunal de Justicia como tribunal de los derechos. Hoy, tras

²³ Sentencia de 12 septiembre de 2006, C-300/04, *Eman e Sevinger* y Sentencia de 12 de septiembre de 2006, as. C-145/04, *España contra Reino Unido*.

varios años desde la proclamación de la Carta de Niza, puede decirse, sin duda, que los derechos fundamentales están aún más claramente en las manos del Tribunal de Justicia y que la autoridad de éste se está consolidando de manera progresiva.

3. *La Carta y el Tribunal: efectos legitimantes y efectos hermenéuticos*

La Carta de Derechos parece haber reforzado la posición del Tribunal de Justicia desde una doble perspectiva: por un lado ha producido un *efecto legitimador*, y, por otro, un *efecto hermenéutico*.

La redacción de la Carta ha llenado el vacío del texto de los Tratados que había hecho tan inciertos los pasos de la jurisprudencia comunitaria en sus comienzos. Los elementos textuales sobre los que se incorporaba la tutela de los derechos fundamentales a las competencias del Tribunal de Justicia eran muy débiles e incluso la introducción del art. 6 en el Tratado de la Unión Europea no sanó del todo la fragilidad inicial. La aprobación de la Carta ofrece ahora un sólido fundamento a la construcción jurisdiccional de la tutela de los derechos. El Tribunal de Justicia, a diferencia de muchos otros tribunales constitucionales, resultó debilitado en su función de garante de los derechos hasta que no ha tenido a sus espaldas un texto capaz de reflexionar, para bien y para mal, sobre la identidad constitucional compartida de la Unión Europea²⁴.

Es verdad que hay algo paradójico en el hecho de que el efecto legitimador de la Carta se haya producido careciendo (o a la espera) de efectos jurídicos. Sin embargo, el que, inmediatamente después de su proclamación, la Carta de Derechos haya sido invocada y aplicada por muchos jueces nacionales, incluidos los tribunales constitucionales, y aparezca frecuentemente en las decisiones del Tribunal de Primera Instancia además de en las Conclusiones de los Abogados Generales, ha creado en torno a dicho documento un aura de juridicidad que explica el potencial legitimador que se ha producido también respecto del Tribunal de Justicia.

Aún más evidentes son los efectos hermenéuticos de la Carta de Derechos.

Como cualquier texto normativo escrito, también la Carta debería servir para limitar los espacios interpretativos de los jueces. Ésta, al menos, es la concepción difundida por las pluriseculares tradiciones de los países de *civil law*, en la que se inspiran de una forma u otra los ordenamientos de la Europa continental desde la Revolución Francesa. Sin embargo, según la doctrina, la elaboración de la Carta no parece haber coartado las opciones del Tribunal de Justicia sino que, por el contrario, parece producir efectos liberadores.

En primer lugar hay que considerar que el objetivo de redimensionar el

²⁴ M. ROSENFELD, «Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court», *International Journal of Constitutional Law*, 2006, vol. 4, n. 4, pg. 618.

papel del poder judicial a través de la escritura de la Ley no ha sido completamente conseguido ni siquiera en los ordenamientos nacionales que se inspiran en la citada tradición. La historia ha demostrado ampliamente que la actividad jurisdiccional no puede reducirse a la mecánica aplicación de la ley en forma de silogismo judicial, hasta el punto de que muchos sostienen que «el juez sometido sólo a la ley» es un principio constitucional en crisis, que debe repensarse también a nivel nacional.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en el caso de la Carta de Derechos Fundamentales el texto debe actuar en un sistema *multilevel*, del que aquélla constituirá sólo uno de los múltiples componentes de un complejo sistema de fuentes de producción normativa. La Carta de Derechos Fundamentales estará privada de aquella pretendida exclusividad típica de las codificaciones decimonónicas en el ámbito de los estados nacionales de la época. Tendrá que unirse a 27 Constituciones nacionales, al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, a un amplio espectro de principios constitucionales no escritos elaborados por todos los tribunales supremos que se ocupan de los derechos fundamentales, y en especial el Tribunal de Luxemburgo y el de Estrasburgo. Como bien saben los estudiosos de los sistemas de *common law*²⁵, este hecho garantizará una amplia discrecionalidad de los jueces e incluso la potenciará. En efecto, una de las razones principales que explican la amplitud de la discrecionalidad con que actúan los jueces en los sistemas de *common law* es la posibilidad que se les ofrece de acudir a una pluralidad de fuentes en el ejercicio del *judicial review*. Más incluso que la falta o la limitación de un derecho escrito, es la multiplicidad de fuentes concurrentes lo que caracteriza el mundo del *common law* respecto del *civil law*, con lo que comporta en el plano de los poderes de los jueces.

Finalmente, hay que tener en cuenta que el texto de la Carta es, por así decirlo, de «talla ancha». Las disposiciones que la integran están redactadas de forma muy amplia, y, por tanto, no ponen diques estrechos a sus intérpretes. Para encontrar un compromiso que satisfaga a todos los Estados miembros representados en la Convención, además de a las instituciones comunitarias, la Carta usa una técnica de redacción muy amplia, que se limita a codificar principios y valores fundamentales generalmente compartidos, remitiendo en los aspectos más controvertidos a los ordenamientos jurídicos nacionales: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y garantizada», «Toda persona tiene derecho a la vida» «Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica», «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», «Toda persona tiene derecho al respeto de la vida privada y familiar». Ante un texto así redactado, todas las opciones interpretativas quedan abiertas y disponibles y, en el paso desde el valor proclamado a su concreción aplicativa, la discrecionalidad del intérprete juega un papel de gran relieve.

²⁵ Véase la reciente exposición espléndida de M. ROSENFELD, «Constitutional adjudication in Europe and in the United States: paradoxes and contrasts», *International Journal of Constitutional Law*, 2004, pg. 633, en especial pg. 646.

Por esto, más que generar la atrofia la creatividad jurisdiccional, el texto de la Carta de Derechos Fundamentales acabará probablemente por potenciar el papel de los jueces comunitarios, que siempre ha sido un mecanismo vital para el desarrollo de la integración comunitaria.

4. *El riesgo del «colonialismo jurisdiccional»*

En todo este fervor hay, no obstante, víctimas potenciales y aquí nos limitaremos a hacer algunas consideraciones relativas a las relaciones entre la tutela comunitaria de los derechos y la tutela nacional de los derechos, ampliamente desarrollada y consolidada en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Quien veía en la aprobación de la Carta de Derechos la tentación de establecer una *Grundrechtsgemeinschaft* no dejaba de señalar que la redacción de la Carta habría provocado fácilmente un efecto centralizador, atrayendo progresivamente a nivel comunitario la tutela de los derechos fundamentales, vaciando a la vez la garantía de las Constituciones nacionales y horadando los límites competenciales dentro de los que la acción de las instituciones comunitarias en materia de derechos fundamentales debía desarrollarse²⁶.

Estas previsiones se están confirmando puntualmente. Casos como *K. B.* y *Richards* constituyen ejemplos indiscutibles de invasión de la tutela comunitaria de los derechos de los ámbitos que corresponden a las Constituciones nacionales. En el fondo ¿por qué debe ser el Tribunal de Justicia de Luxemburgo quien imponga al ordenamiento inglés el reconocimiento de los derechos de los transexuales? ¿No bastan los cuidados de los tribunales británicos y del Tribunal de Estrasburgo? Casos como *K. B.* y *Richards* extienden la tutela comunitaria de los derechos sobre los presupuestos y las condiciones previas para la aplicación de las normas comunitarias y trazan nuevos y más amplios límites de la acción de los jueces comunitarios en materia de derechos. Si el Tribunal de Justicia consolida esta posición en el terreno de aplicación de los derechos fundamentales, los límites competenciales a la aplicación de la Carta cuidadosamente trazados por el art. 51 pierden valor. Como se ha observado con acierto, cuanto más crezca la importancia que se dé a la Carta de Derechos de la Unión Europea, más difícil será explicar al gran público, a los juristas y a los jueces que la Carta fue pensada para tener un campo de aplicación limitado, proyectándose esencialmente a las instituciones comunitarias y a los actos de los Estados miembros que aplican el Derecho Comunitario²⁷.

Por otra parte, como demuestra el caso *Kreil*, esta expansión puede comportar también el sacrificio de principios establecidos por las Constituciones

²⁶ A. VON BOGDANDY, "The European Union as a Human Right Organization", cit., pgs. 1316-1318. El efecto standarizante ha sido bien señalado también por A. C. PEREIRA-MENAUT, «A Plea for a compound res publica europea: proposal for increasing constitutionalism without increasing statism», en *Tulane European and Civil Law Forum*, 2003, 97-98.

²⁷ F. G. JACOBS, *European Convention of Human Rights, The EU Charter on fundamental Rights and the European Court of Justice*, en www.ecln.net

nacionales. La expansión del campo de aplicación de los derechos fundamentales comunitarios no plantea sólo un problema de jurisdicción –el papel del Tribunal de Justicia que ocupa espacios competencia estatal– sino también un problema sustancial, de contenido, de valor, porque podría ocurrir que la «versión» comunitaria de algunos derechos no se corresponda totalmente con la de uno o más Estados miembros.

El hecho de que casos como *K. B., Richards y Kreil* hayan estado en el fondo apoyados por el fervor de la opinión pública y por los comentaristas, no debe ocultar la transformación que se está produciendo en las relaciones entre sistema comunitario de protección de derechos y sistemas constitucionales nacionales. Avalando este planteamiento, hay que ser conscientes de que se prestan después a ser utilizado en casos más controvertidos, en los que las diferencias de valor entre Constituciones nacionales y ordenamiento comunitario pueden ser más tirantes²⁸.

Las cuestiones éticamente controvertidas en el campo de los derechos fundamentales, aunque afectan a problemas comunes a cualquier persona, han recibido respuestas distintas en los diversos ordenamientos. Las cuestiones relativas a la convivencia entre distintas culturas –e *in primis* aquéllas ligadas a la laicidad y a la libertad religiosa– afectan a cada persona y se plantean en cada grupo social, y sin embargo han encontrado respuestas diferentes en el curso de la historia y todavía hoy se afrontan según tradiciones particulares en cada uno de los ordenamientos europeos²⁹. La expansión de la tutela comunitaria de los derechos más allá de los ámbitos a ella asignados puede acabar por incidir sobre estos terrenos en los que las singularidades nacionales constituyen una riqueza y una peculiaridad en Europa, donde la unidad quiere convivir con la multiplicidad, también en el terreno de los derechos fundamentales.

La aprobación de la Carta de Derechos ha tenido el efecto de alimentar una corriente de pensamiento que defiende el desarrollo de valores comunes europeos –un «*ius commune europeo*»³⁰ o un «patrimonio constitucional europeo»³¹– destinado no sólo a constituir una base de cultura jurídica genéricamente compartida en toda la Unión Europea, sino a informar la vida pública de toda la sociedad europea, gracias a la obra de los jueces y de los

²⁸ De ahí la acertada crítica de M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, en www.associazionedeicostituzionalisti.it, a las teorías del *multilevel constitutionalism* en tanto que ocultan la dimensión del conflicto, pg. 25.

²⁹ J. H. H. WEILER, *Un'Europa cristiana*, Milán, Rizzoli, 2003.

³⁰ Si en el origen de esta visión irénica de la integración europea basada sobre valores comunes hay, sin duda, que situar pensadores alemanes, I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism in the European Union», en *European Law Review*, 2002, pg. 511, sin embargo hay que subrayar que también en la doctrina constitucional italiana no faltan exponentes prestigiosos de esta línea de pensamiento, entre los cuales debe recordarse, al menos, a G. SILVESTRI, «Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali», *Quaderni costituzionali*, 2006, pg. 7 y ss.

³¹ A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bolonia, 2002.

demás intérpretes de los valores comunes. Una visión irénica³², en la cual todo el continente se unifica en torno a valores compartidos por todos. Una visión aristocrática³³, en la que la unificación pasa esencialmente a través de las plumas de los jueces.

En el fondo, estos deseos de europeización de los derechos fundamentales se mueven por un principio, sin duda digno de compartirse, que se sitúa en la dimensión universal de los derechos fundamentales, que se refieren a exigencias comunes a cualquier hombre, que se resumen en la dignidad humana. Parece que los juristas, después de haber congelado el iusnaturalismo en un capítulo de la historia del pensamiento jurídico, se han dirigido a liberar la tutela de los derechos fundamentales de la estrecha dimensión del positivismo³⁴, del que se ha nutrido la cultura jurídica europea de los últimos siglos, hacia el camino de la europeización de los derechos fundamentales. Este nuevo entusiasmo por la dimensión europea de los derechos fundamentales no debe, sin embargo, hacer olvidar su naturaleza ambivalente. En los derechos fundamentales hay una aspiración a la universalidad, que justifica la necesidad de superar los límites de los textos escritos, tempranamente obsoletos frente a las nuevas demandas y a las exigencias provenientes de la sociedad, y también a superar los límites del ordenamiento jurídico aislado; pero en ellos hay también una *dimensión histórica*, en la que se refleja la tradición y la conciencia más profunda de cada pueblo, del que las cartas constitucionales constituyen una de las expresiones principales. Radicada en el valor dignidad humana, la idea de los derechos contiene necesariamente una *dimensión universal*. Radicada en las especificidades religiosas, morales, lingüísticas y políticas de cada pueblo, la aplicación concreta de tales derechos se realiza bajo la enseña de las particularidades y del pluralismo³⁵.

Este inesperado giro cultural en favor de la tutela europea de los derechos corre el riesgo de sacrificar las especificidades culturales y la riqueza de las tradiciones jurídicas que caracterizan la naturaleza plural de la Unión Europea.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo están en una posición bastante favorable a preservar las identidades culturales de los numerosos ordenamientos que forman parte del sistema del Convenio: el valor de mínimo común denominador que desarrolla el Convenio respecto de las Constituciones nacionales, la naturaleza subsidiaria de los remedios jurisdiccionales ante el Tribunal de Estrasburgo

³² M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit.

³³ Idem, pg. 23. Sobre el riesgo de que el temor a una tiranía de la mayoría conduzca a una visión oligárquica, véanse las espléndidas páginas de M. A. GLENDON, en *A Matter of interpretation*, Princeton, 1997, pgs. 95 y ss.

³⁴ Esta posición es clarísima en G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, cit., pgs. 16 y ss.

³⁵ P. G. CAROZZA, «Uses and misuses of comparative law in international human rights», *Notre Dame Law Review*, 1998, pg. 1235.

respecto de los internos y, sobre todo, la doctrina del margen de apreciación, consienten al sistema CEDH manejarse mejor en la búsqueda del difícil equilibrio entre universalidad y pluralismo de los derechos fundamentales. El Tribunal de Estrasburgo se dirige individualmente a cada Estado y eventualmente lo condena en caso de violación de los derechos fundamentales, pero no enuncia, sin embargo, un principio directamente aplicable también en los demás ordenamientos del sistema CEDH y este último elemento debería siempre ser tenido presente cuando se hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, en especial por parte de los jueces nacionales.

Más delicada es la posición del Tribunal de Justicia, cuyas afirmaciones en materia de derechos fundamentales tienden a asumir un valor absoluto y a fijar el *standard* que debe ser necesariamente respetado en toda la Unión³⁶. Una vez que un derecho fundamental entra en la esfera de la jurisdicción del Tribunal de Justicia se convierte en un derecho fundamental europeo, con gran dificultad para los Estados nacionales y para los tribunales nacionales para desvincularse de los *standards* fijados por el Tribunal de Justicia. Las decisiones del Tribunal de Justicia tienen valor en todos los Estados miembros aunque el caso se haya originado en un ordenamiento en particular: los asuntos *K. B. y Richards*, por continuar con los ejemplos aquí tratados, se refieren al ordenamiento inglés en primer lugar, pero vinculan a cualquier otro Estado miembro que tenga una normativa similar a la inglesa, esto es, que prohíba la inscripción en el registro del cambio de sexo. Para hacer valer la jurisprudencia *K. B. y Richards* fuera del Reino Unido no sería necesario un nuevo pronunciamiento del Tribunal de Justicia, sino que podrían ser los mismos jueces nacionales, a nivel difuso, los que hicieran valer los principios comunitarios, eventualmente inaplicando las leyes internas incompatibles.

De aquí el riesgo de un «colonialismo jurisdiccional» en materia de derechos fundamentales. Como la Historia nos ha demostrado, el colonialismo se desarrolla bajo la insignia de la civilización, pero en más de una ocasión en nombre de la civilización han sido sacrificados los patrimonios culturales e históricos ya existentes.

Hay que ser consciente de este riesgo y exigir de los tribunales una actitud jurisdiccional que lo tenga presente. En cuanto al Tribunal de Justicia, éste debe permanecer con rigor dentro de los límites de la propia jurisdicción y mantener su posición de garante de los derechos fundamentales estrictamente dentro de los límites derivados del campo de actuación de los derechos fundamentales comunitarios, tanto por lo que hace a los actos que se someten al control del Tribunal como en relación con los ámbitos de

³⁶ Ha desarrollado plenamente esta diferencia S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Nápoles Jovene, 2005, pg. 58, donde, después de analizar la tutela de los derechos llevada a cabo por el Tribunal de Estrasburgo y la del Tribunal de Luxemburgo, afirma: «el papel del Tribunal de Estrasburgo es más extenso, pero el del Tribunal de Luxemburgo es más penetrante».

competencia. La expansión del campo de aplicación de los derechos fundamentales comunitarios que se han producido en casos como *K. B.*, por ejemplo, podría conducir hoy quizá demasiado lejos.

Desde otro punto de vista, si se quiere evitar sacrificar la pluralidad de las tradiciones constitucionales existentes, la estrategia de los derechos fundamentales no debe extenderse excesivamente. Cuanto más se aleja del núcleo esencial de los derechos fundamentales, más aumentan las divergencias históricas y culturales entre los distintos ordenamientos jurídicos, que hoy –conviene recordarlo incluso a riesgo de resultar ser banales– son 27 en la Unión Europea. Cada vez que se hace nacer un nuevo derecho fundamental se corre el riesgo de hurtar la sensibilidad de algún componente de la Unión Europea, mientras que, bien visto, muchas exigencias de garantía pueden ser satisfechas de otro modo, sin perturbar la categoría de los derechos fundamentales. La proliferación de los derechos fundamentales, que en especial se produce, a través del Tribunal de Luxemburgo, puede atacar el equilibrio constitucional que afecta al conjunto de la Unión. El *ius commune europeo* o, si se quiere, las «tradiciones constitucionales comunes» son una realidad sin duda reconocible en torno a un núcleo estrecho y consolidado de valores, pero son una categoría un tanto más incierta y vacilante cuanto más se alejan de ese núcleo esencial de los valores realmente comunes. Hace falta, por tanto, mucha prudencia en la introducción de nuevos derechos fundamentales a nivel europeo, porque cualquier nuevo elemento introducido en ese nivel podría derribar los equilibrios existentes. Después de todo, la obligación principal de los tribunales es *tutelar* los derechos fundamentales más que *reconocer* nuevos, o menos aún *crearlos*.

Por otra parte –y éste es el aspecto que importa más en las presentes reflexiones– el destino de las tradiciones culturales nacionales en Europa está dado en primera instancia a las instituciones nacionales, y entre ellas un papel sobresaliente corresponde a los tribunales constitucionales, que deberían exponer la voz viva de sus sociedades y de las respectivas constituciones nacionales. Un Tribunal de Justicia audaz en las decisiones sobre los derechos fundamentales tiene necesidad de interlocutores fuertes, que le obliguen a permanecer dentro de sus límites de actuación y que le permitan desarrollar su misión manteniendo vivas todas las tradiciones constitucionales presentes en los Estados de la Unión. El Tribunal de Justicia basa su trabajo sobre las voces y sobre las tradiciones que saben hacerse oír y si falta alguna se empobrece el patrimonio cultural de toda Europa. Sólo si los tribunales constitucionales saben interpretar y exponer con fuerza lo específico de las propias tradiciones constitucionales, se facilitará al Tribunal de Justicia la concreción de las «tradiciones constitucionales comunes», permitiéndole así desarrollar su misión de garante de los derechos con plena fidelidad al emblema que describe la identidad de la Unión Europea: «Unidad en la diversidad».

Por tanto, si los delicados problemas que se plantean con las actuales solicitudes de tutela de derechos fundamentales exigen, en primer lugar, al Tri-

MARTA CARTABIA

bunal de Justicia modificar su propia actitud en el sentido de una mayor prudencia, de un mayor respeto por las Constituciones nacionales y de una atenta valoración de las mismas en el momento en el que interpreta los principios de la Carta, es necesario, por otra parte, que también los tribunales constitucionales nacionales cambien de actitud y utilicen todos los instrumentos actualmente disponibles para llevar al interior del ordenamiento de la Unión Europea los contenidos fundamentales de las propias tradiciones constitucionales comunes. Entre aquellos, siempre está reservado un papel especial a la cuestión prejudicial *ex art. 234 TCE*.

SEGUNDA PARTE

Los Tribunales Constitucionales y la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia

Hasta hoy, sólo la Cour d'Arbitrage belga y el Tribunal Constitucional austriaco han usado la cuestión prejudicial para plantear ante el Tribunal de Justicia problemas de interpretación del Derecho Comunitario³⁷. El Tribunal Constitucional polaco admite, en principio, la posibilidad de usar la cuestión prejudicial, pero no la ha utilizado en la práctica aún³⁸. Todos los demás tribunales constitucionales, incluido el Tribunal Constitucional español³⁹, parecen negarse al diálogo directo con el Tribunal de Justicia.

En efecto, los tribunales constitucionales comparten su actitud altiva y sospechosa hacia el diálogo jurisdiccional europeo también con las demás Cortes Supremas, que, como demuestran los datos del Tribunal de Justicia⁴⁰, son bastante reacios a ampliar la obligación prevista por el art. 234.3. En el caso de los Tribunales Constitucionales sin embargo, el rechazo a usar la cuestión prejudicial, supone, más allá de una vulneración de una concreta obligación jurídica, también un grave perjuicio para la supervivencia de las tradiciones constitucionales nacionales en el sentido del ordenamiento jurídico europeo.

En esta segunda parte, quisiera discutir los motivos que han llevado a muchos tribunales constitucionales a rechazar el diálogo directo con el Tribunal de Justicia que sería posible mediante el uso de la cuestión prejudicial *ex art. 234 TCE*. Me centraré especialmente en la posición de la Corte Constitucional italiana, que ha afrontado explícitamente el problema en varias ocasiones y representa, así, un paradigma para todos los demás tribunales constitucionales, que excluyen, de hecho el uso de la cuestión prejudicial.

³⁷ Véase el Informe Anual del Tribunal de Justicia disponible en www.curia.eu.int.

³⁸ Sentencia del Tribunal Costitucional Polaco de 11 de mayo de 2005, K 18/04. par. 18.

³⁹ STC 28/1991.

⁴⁰ Véase, de nuevo, el Informe Anual del Tribunal de Justicia 2005, par. 18.

1. *Las oscilaciones de la jurisprudencia constitucional sobre la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia CE*

La Corte Constitucional italiana, como muchos homólogos tribunales constitucionales europeos, no ha utilizado nunca la cuestión prejudicial de los tratados europeos para presentar al examen del Tribunal de Justicia problemas de interpretación o dudas de validez de actos normativos comunitarios. Sin embargo, a diferencia de otros tribunales constitucionales nacionales, que tampoco muestran signos de duda hacia la cuestión prejudicial comunitaria, la Corte italiana ha hecho explícitas más veces las razones teóricas de su actitud, con motivaciones susceptibles de extenderse también a otros tribunales constitucionales nacionales. En ello se diferencia, por ejemplo, del Consejo Constitucional francés, que ha negado de manera precisa estar sujeto a la regla del art. 234 TCE, aduciendo razones específicas del ordenamiento francés, en particular ligadas al plazo de un mes dentro del cual el Conseil tiene que dictar su propia decisión⁴¹.

La orientación de la Corte Constitucional en este punto ha sido bastante más cambiante. En un primer momento, con el Auto n. 206 de 1976⁴², la Corte Constitucional ha sostenido que no debía dirigirse en vía prejudicial al Tribunal de Justicia en el seno de una cuestión de inconstitucionalidad que afectaba a un Reglamento comunitario de interpretación dudosa. Sin adoptar explícitamente una posición de principio acerca de la posibilidad de utilizar la cuestión prejudicial, la Corte Constitucional confió al juez *a quo* la obligación de resolver cualquier duda interpretativa relativa al Derecho Comunitario, invitándolo implícitamente a que él usara los instrumentos procesales previstos por los Tratados, incluido el art. 234 (entonces 177) TCE.

Con posterioridad, una Sentencia que hizo un cierto ruido, la n. 168 de 1991, afirmó que también la misma Corte Constitucional habría podido utilizar, si fuera menester, la «facultad de plantear [...] la cuestión prejudicial de interpretación en el sentido del art. 177 [hoy 234]». En concreto, la Sentencia de 1991 se refería a los casos –realmente bastante frecuentes– en los que subsisten dudas sobre la posibilidad de proceder a la aplicación directa de las Directivas europeas. De la «facultad» de utilizar la cuestión prejudicial la Corte Constitucional no ha hecho uso posteriormente, pero la doctrina no ha dejado de acoger favorablemente la posición de principio expuesta en la Sentencia de 1991. Si acaso algunas perplejidades de los comentaristas se centraba sobre la idea de que la Corte tuviese una mera *facultad* de planteamiento ante el Tribunal de Justicia, puesto que tratándose de un juez contra cuyas decisiones no se admite ningún recurso jurisdiccional, la Corte Constitucional debería haber sido considerada juez de

⁴¹ Decisión de 27 de julio de 2006, *Droit d'auteur*, cons. 20.

⁴² Véase ord. de 28 de julio de 1976, n. 206, confirmada por ord. de 7 de marzo 1990, n. 144 y de 16 de junio de 1994, n. 244.

última instancia en el sentido del art. 234 TCE y, como tal, sometida a una *obligación*⁴³ de planteamiento.

Quizá precisamente por el temor a vincularse a una *obligación* de planteamiento, la Corte Constitucional ha vuelto con posterioridad a la orientación anterior, la manifestada en el Auto n. 206 de 1976, excluyendo la posibilidad de acceder directamente al Tribunal de Justicia de forma incidental en el ámbito de los procesos de su competencia. En el Auto n. 536 de 1995, en efecto, la Corte Constitucional se ha negado a sí misma la cualidad de juez de planteamiento por el hecho de que la Corte «ejerce esencialmente una función de control constitucional, de garantía suprema de la observancia de la Constitución de la República por parte de los órganos constitucionales del Estado y de los de las Regiones» y que «por tanto en la Corte Constitucional no es reconocible como la jurisdicción nacional» a la que se refiere el art. 177 [hoy 234] del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea», ya que la Corte no puede «incluirse entre los órganos judiciales, ordinarios o especiales siendo tantas y tan profundas las diferencias entre la función dada a la primera, sin precedentes en el ordenamiento italiano, y aquellas bien conocidas e históricamente consolidadas propias de los órganos jurisdiccionales».

A partir de esta decisión, por tanto, la Corte Constitucional sostiene que es obligación del juez que plantea la cuestión de inconstitucionalidad acceder al Tribunal de Justicia «para provocar que la interpretación cierta y fiable que asegure la efectiva (y por tanto no hipotética y con ello precaria) relevancia y carácter no manifiestamente infundado de la duda de legitimidad constitucional acerca de una disposición interna que en el cotejo con un parámetro de constitucionalidad adolezca, directa o indirectamente, de la cobertura de la disposición comunitaria».

Actualmente, pues, la Corte Constitucional no se considera una «jurisdicción nacional» en el sentido del art. 234 del TCE, y entiende, por tanto, que carece de legitimación subjetiva para suscitar cuestiones prejudiciales ante el Tribunal europeo.

2. *Algunos corolarios jurisdiccionales: el diálogo jurisdiccional «por persona interpuesta»*

En los años posteriores, y hasta hoy, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha mantenido coherente con la posición que acaba de exponerse. En efecto, por un lado la Corte Constitucional no ha usado nunca el reenvío prejudicial comunitario, ni siquiera cuando se le planteaba claramente la necesidad; por otro lado, ha desarrollado algunas orientaciones procesales perfectamente coherentes con la negativa a dirigirse directamente al Tribunal de Justicia, que constituyen corolarios lógicos de dicha posición.

En primer lugar, la Corte Constitucional sostiene que la falta de plantea-

⁴³ F. SORRENTINO, «Rivisitando l'art. 177 del Trattato di Roma», en *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milán, 1994, 646 y ss.

miento por parte del juez proponente al Tribunal de Justicia –en los casos de duda de interpretación de la normativa comunitaria que afecte a los elementos del juicio de constitucionalidad– constituye motivo de inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad propuesta a su examen. La Corte, pues, ha establecido una prioridad de la cuestión prejudicial comunitaria respecto de la cuestión de inconstitucionalidad en los denominados casos de «doble prejudicialidad»⁴⁴, de modo que el juez ordinario antes de dirigirse a la Corte Constitucional debe examinar la normativa comunitaria y, en su caso, dirigirse al Tribunal de Luxemburgo para resolver cualquier duda de interpretación o de validez del Derecho Comunitario *antes* de plantear ante la Corte Constitucional eventuales dudas de constitucionalidad. Cuando ello no sucede así, la Corte Constitucional considera que no puede resolver sobre el fondo de la cuestión de constitucionalidad y la devuelve al juez *a quo* para que se dirija al Tribunal de Justicia⁴⁵.

La segunda orientación procesal consiste en que la Corte Constitucional declara inadmisibles las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en vía incidental por un juez ordinario que al mismo tiempo haya planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. En los casos en que para definir un juicio sea necesario resolver cuestiones prejudiciales, sea a nivel comunitario, sea a nivel constitucional, no resulta admisible plantear al mismo tiempo al Tribunal de Justicia y a la Corte Constitucional cuestiones de su respectiva competencia⁴⁶. De nuevo, según la Corte Constitucional italiana, debe darse preferencia a la decisión de la prejudicial comunitaria y, sólo una vez obtenido el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, podrá eventualmente plantearse ante la Corte Constitucional.

Es coherente con esta posición la inadmisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad que tenga por objeto una norma europea en relación con la cual esté pendiente ante el Tribunal comunitario una cuestión interpretativa o de validez, cualquiera que sea el procedimiento en base al cual el Tribunal de Justicia haya sido requerido para la cuestión en concreto. Por tanto, no sólo está, en efecto, prohibido al mismo Juez *a quo* plantear a la vez la prejudicial comunitaria y la prejudicial constitucional, sino que también en el caso en el que otros jueces hayan planteado ante el Tribunal de Luxemburgo una cuestión relativa a una norma aplicable en el juicio de inconstitucionalidad, o cuando tal cuestión se haya llevado al examen del Tribunal de Luxemburgo en el ámbito de un procedimiento de incumplimiento, la Corte Constitucional aprecia en general motivos de inadmisibili-

⁴⁴ V. F. GHERA, «Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia», en *Giur. Cost.* 2000, 1193 y ss. y, asimismo, M. CARTABIA, «Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale», en *Foro italiano*, 1997, V, 222 y ss.

⁴⁵ Véanse en este sentido los Autos 206 de 1976; 536 de 1995; 319 de 1996; 108 y 109 de 1998.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, el Auto 85 de 2002, con observaciones críticas de F. Sorrentino, «E' veramente inammissibile il doppio rinvio?» en *Giur. Cost.* 2002, 774 y ss.

dad por defecto o por falta de relevancia o por defecto de motivación sobre la relevancia⁴⁷, porque la decisión del Tribunal de Luxemburgo podría determinar la inaplicabilidad de la norma impugnada o, en todo caso, incidir sobre la interpretación de las normas afectadas por el juicio de constitucionalidad.

Estas posiciones procesales de la Corte Constitucional italiana ponen de manifiesto una doble actitud constante. Por un lado, parece que la Corte Constitucional prefiera permanecer ajena a las cuestiones de compatibilidad entre las normas internas y las normas comunitarias, cediendo encantada la tarea de pronunciarse sobre este tipo de conflictos normativos al Tribunal de Justicia europeo y a los jueces comunes. Por otra parte, cuando las cuestiones sometidas al juez de las leyes no se resuelvan completamente en las presentadas ante el Tribunal de Luxemburgo y exijan, por tanto, una toma de posición en el plano interno, la Corte Constitucional tiende a intervenir sólo después del juez comunitario. En cualquier caso la Corte Constitucional evita cualquier contacto directo con el Tribunal de Justicia, favoreciendo, en cambio, la relación entre los jueces ordinarios y el Tribunal de Luxemburgo.

3. *Las razones explícitas: «La Corte no es una autoridad jurisdiccional»*

Después de haber recordado brevemente las principales orientaciones de la Corte Constitucional italiana respecto de las relaciones con el juez comunitario, procede ahora profundizar sobre las razones explícitas e implícitas que inducen a la Corte Constitucional a evitar involucrarse en una relación directa con el Tribunal de Luxemburgo, para dejar tal privilegio a los jueces comunes.

En el Auto 536 de 1995, que constituye el punto de referencia en esta materia, la Corte Constitucional se considera privada de legitimación para plantear cuestiones prejudiciales *ex art. 234 TCE* por la naturaleza de las funciones que desarrolla. Según la Corte, sus propias funciones no serían de naturaleza jurisdiccional, porque la Corte desarrolla esencialmente una función de control constitucional, de garantía suprema de la observancia de la Constitución de la República, que no permite incluirla entre las jurisdicciones nacionales en el sentido del art. 234 TCE.

En líneas generales la doctrina no ha encontrado convincente este tipo de consideraciones. En primer lugar se ha señalado que la Corte Constitucional no puede, en efecto, considerarse extraña a la función jurisdiccional. Aunque el proceso constitucional sea un proceso *sui generis* y aunque la naturaleza de la Corte Constitucional se debata y sea controvertida –situándose entre la esfera de la política y de la función jurisdiccional– ello no es suficiente para excluir a la Corte del elenco de las autoridades jurisdiccionales habilitadas a preguntar al Tribunal de Justicia a través del reenvío prejudicial. Subrayar la original naturaleza de la Corte Constitucional y de las fun-

⁴⁷ Véanse, por ejemplo, los Autos 391 de 1992; 244 de 1994; 38 de 1995.

ciones que desarrolla puede valer para poner de manifiesto las particularidades de dicho órgano respecto de los jueces ordinarios, pero no para excluirla de los sujetos que participan en la actividad jurisdiccional y por tanto para concluir que no esté habilitada para utilizar el procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo⁴⁸.

En segundo lugar se ha observado que si fuese verdad que la Corte Constitucional no participa de la naturaleza jurisdiccional, entonces sería difícil justificar su papel de juez *a quo* en los juicios de constitucionalidad, puesto que para poder plantear una cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional –esto es, ante ella misma– la cuestión debe ser sometida por un juez en el curso de un juicio. Hay una manifiesta contradicción entre la calificación de la Corte Constitucional como juez *a quo* en el caso de la prejudicial constitucional y en la negación de dicha calificación a los fines de la prejudicial comunitaria⁴⁹.

Finalmente, es decisiva la consideración de que, puesto que el intérprete del Derecho Comunitario es el Tribunal de Justicia, la noción de juez de reenvío prejudicial *ex art. 234 TCE* debe ser definida en las competentes sedes comunitarias y no puede ser establecida unilateralmente por un órgano nacional. La función de valorar si los tribunales constitucionales pueden ser jueces del reenvío prejudicial no corresponde a los tribunales nacionales sino al Tribunal de Justicia europeo⁵⁰, en cuanto intérprete de cierre del ordenamiento comunitario. Sobre este punto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo es absolutamente constante. Los jueces de Luxemburgo desde hace tiempo han elaborado una serie de criterios que permiten valorar si una cuestión prejudicial ha sido planteada correctamente por una autoridad jurisdiccional nacional. Así, por referirse a uno de los más recientes pronunciamientos sobre la materia, el Tribunal de Justicia afirma que «para valorar si el órgano remitente posee las características de un juez en el sentido del art. 234 TCE, cuestión únicamente de Derecho Comunitario, el Tribunal posee un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su carácter permanente, la obligatoriedad de su jurisdicción, la naturaleza contradictoria del procedimiento, el hecho de que el órgano apli-

⁴⁸ Sobre esta materia, véase, por ejemplo, S. AGOSTA, «Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario», en P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 349 y ss., especialmente 352.

⁴⁹ Sobre este punto, véase T. GROPPI, «La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del trattato CE», en P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997, 171 y ss., especialmente 187 y ss.

⁵⁰ La doctrina es unánime. Véase, por ejemplo, F. SEMENTILLI, «Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia delle Comunità europee», en *Giur. Cost.* 2004, 4771 ss.; I. VIARENGO, «Diritto comunitario e valori fondamentali tra sindacato di costituzionalità e controllo di validità della Corte di giustizia», en *Riv. Dir. Inter. Prov. Proc.*, 1997, 367 y ss., especialmente 393.

MARTA CARTABIA

que normas jurídicas y que sea independiente»⁵¹. El Tribunal de Justicia repite insistentemente que corresponde a su exclusiva competencia pronunciarse sobre la legitimación del juez de reenvío, tratándose de una cuestión de Derecho Comunitario y no de Derecho nacional.

Por tanto, desde el punto de vista del ordenamiento comunitario no hay duda de que los tribunales constitucionales entran en la noción de juez elaborada según los criterios del Tribunal de Justicia. Por otra parte, no faltan cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia por parte de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia no ha dejado de admitirlas a su examen, de modo que tampoco puede haber dudas acerca del hecho de que la exclusión por principio de los Tribunales Constitucionales de la definición de autoridades jurisdiccionales nacionales capaces de acudir al Tribunal de Justicia no se compadece con la diversa orientación manifestada por la jurisprudencia de Luxemburgo.

4. ... y las razones implícitas: la Corte «*superiorem non recognoscens*»

Por una serie de motivos que afectan tanto al Derecho interno como al Derecho Comunitario, la orientación de la Corte Constitucional italiana que se niega a sí misma la naturaleza de autoridad jurisdiccional con el fin de eludir el problema del reenvío prejudicial no parece convincente. Seguramente no es convincente en un plano formal, como resulta del análisis desarrollado en el párrafo precedente, pero tampoco resulta persuasiva la razón implícita, pero fácilmente adivinable, que aparece bajo el cierre de la Corte Constitucional al diálogo directo con el Tribunal de Justicia comunitario.

El intento de concretar y hacer explícitas las razones «no dichas» que están en la base de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el reenvío prejudicial se facilita por las opiniones manifestadas por una parte muy importante de la doctrina como consecuencia de la orientación de la Corte. Se ha dicho⁵² que la Corte Constitucional, en cuanto guardián supremo de la Constitución, no puede sujetarse al deseo de ningún otro juez. La misión del Tribunal de Justicia europeo de garantizar la interpretación uniforme del Derecho Comunitario implícitamente coloca a ese Tribunal en una posición de juez superior respecto a cualquier otra realidad jurisdiccional nacional y el instrumento procesal de la cuestión prejudicial de la que se discute acaba por producir el efecto de formalizar una relación de supra-subordena-

⁵¹ Sentencia 27 de abril de 2006, C-96/04, *Standesamt Stadt Niebüll*, y anteriormente, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54/96, *Dorsch Consult*; 21 marzo 2000, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*, 14 de junio de 2001, causa C-178/99, *Salzmann*, Racc. pg.I-4421, punto 13 y 15 de enero de 2002, causa C-182/00, *Lutz*.

⁵² Véanse, por ejemplo, F. SORRENTINO, «Rivisitando l'art. 177 del trattato di Roma», *cit.*, 637 y ss.; y G. ZAGREBELSKY, «Intervento al seminario dell'Osservatorio costituzionale della L.U.I.S.S.», en www.luiss.it/semcost/europa.

ción entre el juez europeo y el juez nacional⁵³, de forma que si la Corte Constitucional hiciese uso podría estar a «recibir órdenes» de los jueces de Luxemburgo o, peor aún, a ser contradicha y desautorizada por los jueces europeos. Negándose a recurrir al reenvío prejudicial, la Corte Constitucional intenta, por tanto, evitar someterse al Tribunal europeo, por temor a causar daños a su propia credibilidad. Siempre en este orden de consideraciones se ha observado que una línea diversa minaría la legitimidad de la Corte Constitucional, sujetándola a las interpretaciones del Tribunal de Justicia, que se convertiría respecto de ella en un «superior» entendido jerárquicamente.

Estos argumentos son de gran peso, pero sin embargo, no puede dejarse de tener en cuenta una serie de observaciones que pueden contraponérseles.

Abstenerse del reenvío prejudicial no basta para proteger la jurisprudencia de la Corte Constitucional de las influencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo. Como es natural, los jueces constitucionales están muy bien informados sobre todo lo que sucede en las salas de justicia de Luxemburgo y dan cuenta de ello en sus decisiones. Por otra parte, en la mayor parte de los casos, la Corte Constitucional parece bien dispuesta a abrirse a las interpretaciones y a las orientaciones que maduran en el Tribunal europeo para recibirlos y hacerlos propios. La Corte Constitucional italiana, igual que otros tribunales constitucionales europeos, no sólo conoce y aplica cada vez con más frecuencia las orientaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia europeo⁵⁴, sino que tampoco ha dudado en afirmar que también las decisiones de la Corte de Justicia, al igual que otros actos normativos europeos, gozan de la primacía y del efecto directo y, por tanto, vinculan al intérprete italiano⁵⁵. Si, en consecuencia el objetivo perseguido por la Corte Constitucional cuando niega el uso prejudicial es el de sustraerse a la influencia de la jurisprudencia de Luxemburgo, se puede asegurar sin duda que el objetivo no se ha alcanzado, porque los pronunciamientos del Tribunal de justicia vinculan a la Corte Constitucional, independientemente del hecho de que tales pronunciamientos hayan sido solicitados por la misma Corte Constitucional mediante cuestión prejudicial. Hay que insistir en este punto: negar el diálogo directo no implica sustraerse a la influencia de la jurisprudencia de Luxemburgo, a la que también la Corte Constitucional se somete dócilmente.

A la vista de estas consideraciones se puede, por tanto, suponer que la preocupación de la Corte Constitucional no sea tanto la de sujetarse a las decisiones del Tribunal europeo, cuanto la de no *aparecer* sujeta a un juez superior a ella. En efecto, no puede reprocharse a la jurisprudencia constitucional italiana una actitud autárquica. La Corte Constitucional italiana no se rebela

⁵³ Realmente el instrumento del reenvío prejudicial responde más a un *ethos* colaborativo que jerárquico, como pone de manifiesto A. TIZZANO, «I diritti fondamentali e la Corti in Europa», en *Diritto dell'Unione europea*, 2005, 839 y ss. en especial 843.

⁵⁴ ... y del Tribunal de Estrasburgo, que no es relevante ahora en este contexto.

⁵⁵ Véanse, por ejemplo, las Sentencias 113 de 1985 y 389 de 1989.

frente a las orientaciones de la jurisprudencia comunitaria, ni tampoco se encuentra envuelta con ella en conflictos jurisprudenciales. La estación de los contrastes abiertos con el Tribunal de Luxemburgo parece haberse cerrado definitivamente. El nudo problemático, entonces, no parece ser de naturaleza sustancial –abrirse o no a la recepción de las interpretaciones y de las valoraciones del Tribunal de Justicia europeo–, sino sobre todo formal –aceptar el deber comprometerse en un diálogo ritual a través de los canales para ello propuestos por los tratados comunitarios–.

En efecto, el diálogo entre los dos tribunales no está del todo ausente. Lo que falta es un diálogo directo entre los dos interlocutores, habiendo elegido la Corte Constitucional un diálogo indirecto, a distancia, o «*per interposta persona*».

5. *El diálogo jurisprudencial «per interposta persona»: costes y beneficios*

Las orientaciones procesales que se han recordado brevemente al inicio de las presentes reflexiones denotan, en efecto, que mientras la Corte Constitucional se sustrae a cualquier relación directa con el Tribunal de Justicia, sin embargo anima enérgicamente a los jueces ordinarios a entretejer o a intensificar ellos mismos el diálogo con el Tribunal comunitario. Las posiciones sostenidas sobre el tema de las cuestiones doblemente prejudiciales, las declaraciones de inadmisibilidad de todas las cuestiones de inconstitucionalidad que afecten a cuestiones pendientes ante el Tribunal de Justicia⁵⁶ denotan toda una actitud de la Corte Constitucional, que no es, en efecto de cierre, sino, por el contrario, anima al diálogo. La Corte Constitucional espolea enérgicamente a los Jueces *a quibus* a una confrontación más estrecha con el Tribunal de Luxemburgo, pero no parece, por ahora, que tenga la intención de medirse directamente con él. Por ello se decía hace poco que la Corte Constitucional parece preferir una relación con el Tribunal de Justicia europeo «*per interposta persona*». La posición de la Corte Constitucional es, en cierto modo, ambivalente: a la negativa evidente y declarada de establecer una confrontación directa con el Tribunal de Justicia comunitario hay que añadir una clara voluntad de colaboración por parte de la Corte Constitucional, articulada, sin embargo, a través de los jueces ordinarios.

En algunos aspectos, por tanto, podría considerarse no del todo insatisfactoria la posición de la Corte Constitucional, que consigue mantenerse firme en sus posiciones de principio, en defensa de la propia autonomía y del propio prestigio, sin determinar en el plano de la efectividad ningún tipo de roce con el Tribunal de Justicia⁵⁷. Este tipo de toma de posturas no es inédito en la jurisprudencia constitucional en materia comunitaria: respecto de los efectos de la normativa comunitaria en el ordenamiento italiano, en

⁵⁶ G. PISTORIO, «Corte costituzionale e Corte di giustizia della CE: finalmente inizia un “dialogo”?», en www.giustamm.it

⁵⁷ El clima de colaboración entre los dos Tribunales y la situación básicamente satisfactoria de las relaciones los subraya A. TIZZANO, *I diritti fondamentali e la Corti in Europa*, en *Diritto dell'Unione europea*, 2005, 839 y ss., en particular 841.

particular en relación con el principio de primacía y de efecto directo, el contraste jurisprudencial que contrapuso por cerca de veinte años la Corte Constitucional italiana con el Tribunal de Justicia europeo encontró posteriormente una equilibrada solución en la famosa Sentencia núm. 170 de 1984 de la Corte Constitucional, en la que la Corte italiana terminó por satisfacer en buena medida las reclamaciones del Tribunal de Luxemburgo, reconociendo el poder de los jueces ordinarios de inaplicar las normas internas incompatibles con el Derecho Comunitario, sin abandonar, no obstante, su posición teórica vinculada a una relación dualista entre los ordenamientos jurídicos, diametralmente opuesta a la posición monista siempre preferida por el Tribunal de Justicia europeo.

También en el caso de la cuestión prejudicial puede verse el mismo esquema seguido con la relación entre fuentes comunitarias y fuentes internas: la Corte Constitucional encuentra el modo de acomodar de hecho las dificultades que derivan de un contraste teórico que resulta irresoluble. La creatividad de nuestro juez de las Leyes sabe idear instrumentos y técnicas para consentir el diálogo jurisprudencial sin sujetarse a las estrechas reglas de los Tratados comunitarios.

Indiscutiblemente la opción de la Corte Constitucional presenta ventajas e inconvenientes.

Como se ha subrayado desde distintas posiciones, evitando someterse a la obligación de reenvío prejudicial la Corte Constitucional italiana preserva todo su prestigio y su legitimidad. En la percepción de un observador externo, la decisión arrogante de no inmiscuirse en relaciones «peligrosas» que podrían minar la autonomía del juicio de la Corte Constitucional alimenta la imagen de una Corte soberana, guardián último de los principios constitucionales, especialmente de los principios supremos.

Desde el punto de vista sustancial, por otra parte, la opción por un diálogo con el Tribunal de Justicia a través de los jueces ordinarios, en lugar de un enfrentamiento directo, preserva para la Corte Constitucional márgenes más amplios de interpretación del Derecho Comunitario y mayor libertad de decisión.

Por fin, las decisiones procesales de la Corte Constitucional evitan colocar a los dos tribunales en situación de enfrentamiento directo y de conflicto abierto cuando sus orientaciones jurisprudenciales no coincidan.

No faltan, en efecto, casos resueltos según sensibilidades diversas por la Corte Constitucional italiana y por el Tribunal de Justicia Comunitario⁵⁸. En estos casos, si el diálogo jurisdiccional no coloca directamente en confrontación a la Corte Constitucional con el Tribunal de Justicia, sino a través del

⁵⁸ Un ejemplo es el caso *María Pupino*, resuelto en el sentido de la falta de fundamento por la Corte constitucional italiana, con la Sentencia 259 de 2002, y en el sentido de la sustancial incompatibilidad de las normas italianas con las normas europeas por parte del Tribunal de Justicia, Sentencia de 16 de junio de 2005, as. 105/03, *María Pupino*.

MARTA CARTABIA

Juez ordinario, la Corte Constitucional preserva más fácilmente toda su libertad de juicio y evita medirse en un partido a campo abierto del que probablemente saldría perdedora.

A la luz de estas consideraciones podría, entonces, concluirse que las orientaciones procesales de la Corte Constitucional en materia de cuestión prejudicial, aunque de estilo barroquizante, son en su conjunto dignas de valorar.

Sin embargo, en esta posición jurisprudencial no faltan significativas zonas de sombra.

En primer lugar, hay que considerar que el diálogo entre la Corte Constitucional y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo canalizado por los jueces ordinarios en realidad puede funcionar sólo en el ámbito de los juicios incidentales⁵⁹. En todos los demás juicios que se desarrollan ante la Corte Constitucional –juicios en vía principal, conflictos de atribuciones, conflictos de admisibilidad de los *referénda*– el diálogo a través del juez interpuesto no puede ni siquiera imaginarse, y en tales casos a menudo es necesaria una clarificación directa entre la Corte Constitucional y el Tribunal de Justicia europeo. Por tanto, como ha subrayado también la doctrina menos crítica en relación con las opciones procesales de la jurisprudencia constitucional⁶⁰, en los juicios distintos a los planteados en vía incidental es indispensable repensar la forma de abrir, en principio, el camino a la cuestión prejudicial por parte de la Corte Constitucional.

Por otro lado, también en el ámbito de los juicios incidentales el diálogo a través del juez interpuesto acaba por funcionar sólo a medias. Todas las técnicas procesales que hemos recordado anteriormente, a través de las cuales la Corte Constitucional tiende a asegurar a toda costa una precedencia de las decisiones del Tribunal de Justicia con el fin de preservar su derecho a la última palabra, acaban, como prueban los hechos, por manifestarse contraproducentes en muchos casos. La decisión recurrente de nuestro Juez de las leyes de abstenerse de intervenir mientras una cuestión esté abierta en el frente europeo, en vez de consentirle cerrar definitivamente una determinada controversia jurisdiccional, acaba en realidad por marginar a la Corte Constitucional italiana.

Por último, y ésta es la cuestión que más importancia tiene en este ámbito,

⁵⁹ Como se deduce de las observaciones de T. GROPPi, «La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del trattato CE», en P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997, 171 y ss., N. BASSI, «Ancora sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e sulla nozione di "giudice nazionale": è giunto il momento della Corte costituzionale?», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, 155 y ss. y V. ONIDA, *Armonia tra diversi e problemi aperti*, cit., los cuales sostienen que en el ámbito de los juicios incidentales un recurso directo al Tribunal de Justicia por parte de la Corte Constitucional no es indispensable dada la presencia de los jueces *a quibus*, que pueden funcionar como conexión entre el caso concreto y el Tribunal de Justicia.

⁶⁰ Véase sobre esta cuestión N. BASSI, *Ancora sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e sulla nozione di "giudice nazionale": è giunto il momento della Corte costituzionale?*, cit.

aunque es verdad que evitar el conflicto directo entre el Tribunal de Justicia y la Corte Constitucional tiene muchos beneficios, sin embargo no lo es menos que, negando tal diálogo directo, la Corte no tiene nunca la ocasión de manifestar la voz del ordenamiento constitucional italiano en los juicios comunitarios. Es comprensible que la Corte Constitucional no sea proclive a introducirse en un circuito jurisdiccional con el Tribunal de Justicia que la expone al riesgo de someterse a la autoridad de un juez superior, pero, sin embargo, actuando así pierde también la oportunidad de influir en la jurisprudencia de tal autoridad jurisdiccional.

En un ordenamiento que, en especial en su dimensión constitucional, se ha formado gracias al fecundo diálogo entre los tribunales supremos, y tal diálogo continúa alimentándose, es fundamental que no falte la participación de ninguno de sus componentes. Excluirse del diálogo constitucional con el Tribunal de Justicia puede costar un precio alto sea al ordenamiento constitucional nacional, que se queda carente de la posibilidad de manifestarse en las sedes europeas, sea al ordenamiento constitucional europeo, que pierde la aportación de las más conocidas de dichas tradiciones constitucionales que componen su tejido.

Estas consideraciones resultan todavía más urgentes frente al desarrollo más reciente del entramado constitucional de la Unión Europea, que ha sido tratado en la primera parte. El riesgo que se puede imaginar, y que procede conjurar, es el de que las particularidades de los valores constitucionales nacionales se disuelvan en la tarea de interpretación del Tribunal de Justicia sobre las tradiciones constitucionales comunes, actualmente codificadas en la Carta de los Derechos Fundamentales. Un antídoto que se puede y se debe activar para contrarrestar el germen de un potencial riesgo de homologación constitucional está en manos de los jueces constitucionales nacionales. Cuanto mejor sepan manifestar la tradición constitucional del propio ordenamiento para construir un bien común, tanto mejor el ordenamiento constitucional europeo se parecerá a la imagen que ambiciosamente será el rostro de Europa. Cuanto menos encuentren las tradiciones constitucionales nacionales una voz autorizada que las manifieste, tanto más rápidamente se dispersará la riqueza del pluralismo cultural y constitucional de la futura Europa, dejando espacio o a una homologación cultural determinada por las voces más fuertes, o a estériles batallas de retaguardia enrocadas en la contraposición entre Constituciones nacionales y Europa, dignas de épocas hoy en día ya superadas.

Sobre este fondo es sobre el que conviene valorar la necesidad de volver a pensar las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional italiana. Lo que se juega no es sólo la correcta aplicación de una institución procesal, sino mucho más significativamente la posibilidad para la Constitución italiana de tener una voz en Europa. El uso de la cuestión prejudicial podría tener un valor constructivo para el sustrato constitucional europeo que no resultaría sacrificado a la ligera sobre el altar de una imagen institucional, aunque sea merecedora de ser defendida.

Por otro lado, también el Tribunal de Justicia podría sacar beneficio de la experiencia constitucional de los tribunales nacionales. Sobre todo cuando se trata de decidir cuestiones nuevas, delicadas y controvertidas, es importante que los tribunales superiores puedan tener a la espalda la experiencia y los argumentos de otros jueces. Como se ha puesto acertadamente de manifiesto, ésta es una de las grandes ventajas del Tribunal Supremo norteamericano, que no llega nunca a tener que decidir sobre cuestiones controvertidas y sensibles en primera instancia⁶¹. Desde esta perspectiva, hay que considerar que la cuestión prejudicial puede ser un valiosísimo instrumento para llevar experiencia, argumentos y puntos de vista ante el Tribunal de Justicia.

Para apreciar mejor estos argumentos teóricos intentemos considerar la actitud tenida por varios jueces constitucionales sobre la euroorden.

La decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega (en adelante euroorden –NT–)⁶² ha suscitado muchos problemas de orden constitucional en casi todos los Estados miembros. Sin embargo, frente a tales cuestiones, la actitud de los diversos tribunales constitucionales nacionales ha sido bastante distinta. Las dudas de constitucionalidad relevantes en los diversos Estados son similares: la euroorden presenta aspectos de conflicto con la prohibición de extradición del ciudadano, contenida en muchas Constituciones nacionales; desde otro punto de vista han sido identificadas algunas posibles violaciones del principio de igualdad, causadas por el hecho de que la euroorden está introducida en ausencia de una armonización del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal de los Estados miembros; finalmente, algunas partes de la Decisión marco, en particular las que consienten el uso de este instrumento también en el caso de que una conducta criminal no sea sancionada en los ordenamientos –excepciones al criterio de la doble incriminación– plantea serias dudas en relación con el principio de legalidad, rigurosamente tutelado en los países de la Europa continental.

Por lo que respecta al Tribunal Constitucional polaco, en la Sentencia de 27 de abril de 2005, P 1/05, se pone de manifiesto un contraste insalvable entre la prohibición de extradición del ciudadano, contenida en el art. 55 de la Constitución polaca, y la Decisión marco sobre la euroorden. Ante este conflicto, el Tribunal polaco sostiene que la solución debe pasar por la reforma de la Constitución nacional e invita al legislador a actuar dentro del plazo de 18 meses.

El mismo tipo de conflicto se resuelve de manera contraria por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que, en su Sentencia de 18 de julio de 2005 (2 BvR 2236/04), anula la Ley interna de recepción de la Decisión marco con el resultado de paralizar en el ordenamiento alemán el funcionamiento de la institución europea.

⁶¹ M. ROSENFELD, «Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court», cit., 628.

⁶² Decisión marco de 13 de junio de 2002, 2002/584/GAI.

Una tercera y distinta aproximación ha sido elegida por la Cour d'Arbitrage belga, que decidió llevar el conflicto constitucional al Tribunal de Justicia europeo a través de una cuestión prejudicial, planteada mediante decisión del 13 de julio de 2005, n. 124/2005. En concreto, la Corte belga ha suscitado al Tribunal de Justicia una cuestión dirigida a establecer si el art. 2 (2) de la Decisión marco, en cuanto consiente la aplicación de la euroorden también en los casos en los que no está prevista la doble incriminación para algunos tipos de delitos sumariamente listados, contrasta con el principio de legalidad y con el principio de no discriminación, que son principios constitucionales tanto del ordenamiento constitucional belga como del europeo.

En otras palabras, mientras la posición del Tribunal Constitucional polaco manifiesta la idea de que los principios de las Constituciones nacionales deben ceder ante las decisiones normativas europeas incompatibles con ellos, la posición alemana es más «souveraniste» en tanto que tiende a preservar la Constitución nacional incluso a costa de paralizar la efectiva aplicación de una normativa comunitaria. La posición de la Corte belga parece, en opinión de quien escribe, la más responsable y constructiva porque conduce el problema de constitucionalidad desde el nivel nacional al europeo, obligando al Tribunal de Justicia a asumir sus propias responsabilidades. Cualquiera que sea la respuesta del Tribunal de Justicia, es importante que también el juez comunitario se haya sensibilizado sobre la dificultad constitucional percibida en muchos Estados miembros⁶³.

6. *Posteriores estímulos hacia el reenvío prejudicial por parte de los Tribunales Constitucionales: las Sentencias Köbler y Traghetti del Mediterraneo*

Un posterior impulso para repensar la jurisprudencia constitucional en materia de reenvío prejudicial proviene de algunas Sentencias recientes del Tribunal de Justicia comunitario relativas a la responsabilidad del Estado por vulneración del Derecho Comunitario. La nutrida línea jurisprudencial inaugurada con la Sentencia *Franovich* de 1991⁶⁴ –que por vez primera reconoció a los particulares el derecho a la reparación del daño por violación de las obligaciones comunitarias– en su desarrollo más reciente se ha enriquecido con algunos casos que merecen ser destacados en este contexto porque se refieren a hipótesis de reparación de los daños causados por comportamientos de las autoridades jurisdiccionales, conectados con la falta de uso de la institución procesal que se discute. El *leading case* de esta reciente orientación de la jurisprudencia comunitaria es el caso *Köbler* de

⁶³ Redactadas estas páginas, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) ha resuelto la cuestión prejudicial planteada por la Cour d'Arbitrage belga mediante Sentencia de 3 de mayo de 2007, C-303/05 –NT–.

⁶⁴ Sentencia de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, *Franovich* y otros. Entre las posteriores merece ser recordada al menos la Sentencia de 5 marzo de 1996, as. acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du pêcheur y Factortame*.

2003⁶⁵, en el que el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de manifestar que los principios sobre responsabilidad civil del Estado por daños causados a los particulares por vulneración del Derecho europeo se aplican también a los casos en los que en el origen del daño haya una actividad jurisdiccional, en especial la decisión de un juez de última instancia. Naturalmente, el Tribunal de Justicia establece algunas condiciones restrictivas que deben concurrir para que el daño causado por los jueces sea resarcible a la luz del Derecho europeo. En particular, se afirma que el daño es resarcible con la condición de que la norma de Derecho Comunitario vulnerada atribuya derechos a los particulares, que la vulneración esté suficientemente caracterizada y que exista un nexo causal directo entre esta vulneración y el daño sufrido por las partes dañadas. Más concretamente, en el caso de los daños provocados por una decisión jurisdiccional, por violación del Derecho Comunitario «suficientemente caracterizada» se entiende una vulneración «de carácter manifiesto». La Sentencia *Köbler* no ahorra en poner ejemplos de hipótesis que pueden darse en los casos de violación manifiesta del Derecho Comunitario⁶⁶ y entre éstas incluirá, insidiosamente, también *la falta de observancia de la obligación de reenvío prejudicial previsto para los jueces de última instancia por el art. 234, párr. 3 TCE*.

Por tanto, por un lado, la jurisprudencia *Köbler* implica una notable expansión del principio de resarcibilidad del daño por violación del Derecho Comunitario, proyectando sus efectos en el ámbito de la actividad jurisdiccional. En particular, la Sentencia *Köbler* golpea uno de los elementos débiles de la integración jurisdiccional en el sistema comunitario, que está constituido por los órganos judiciales de última instancia, desde siempre menos dóciles a dejarse permear por los principios desarrollados por la jurisprudencia europea y desde siempre los más resistentes a dejarse embridar en la red de las relaciones jurisdiccionales europeas mediante el uso de la cuestión prejudicial *ex art. 234 TCE*. Por otro lado, sin embargo, la Sentencia *Köbler* parece mitigar el impacto –potencialmente rompedor– de los principios en ella afirmados al señalar que el daño es resarcible sólo frente a una violación *manifiesta* del Derecho. El Tribunal de Justicia se muestra, por tanto, bastante valiente al afirmar el principio de responsabilidad civil por las violaciones del Derecho europeo causadas por los tribunales supremos, pero bastante prudente al limitar las hipótesis de daño resarcible sólo a los casos determinados por violación manifiesta, denotando así una actitud muy consciente de la peculiaridad de la función jurisdiccional.

Una decisión del Tribunal de Justicia, sin embargo, inmediatamente posterior, ha precisado los principios de la jurisprudencia *Köbler*, precisamente en relación con la falta de uso de la cuestión prejudicial. Se trata de la Sentencia de 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo*⁶⁷, en la que el

⁶⁵ Sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, *Gerhard Köbler contra República de Austria*.

⁶⁶ Sentencia *Köbler* cit., párrs. 53-56.

⁶⁷ Sentencia de 13 de junio de 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA contra Repubblica italiana*.

Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el fondo de la compatibilidad de la legislación italiana sobre responsabilidad civil de los jueces con los principios comunitarios formulados en la Sentencia *Köbler* señalando algunos aspectos problemáticos.

En el ámbito de una compleja y larguísima disputa jurisdiccional que situaba contrapuestas a la Sociedad Traghetti del Mediterraneo y a la Tirrenia por un problema de abuso de posición dominante y de ayudas de Estado, el Tribunal de Justicia comunitario viene investido con cuestión prejudicial por el Tribunal de Génova para que esclarezca si los daños causados a los particulares por la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de un juez de última instancia, que según la legislación nacional no habría sido resarcible y que había, por el contrario, jugado un papel decisivo en la decisión del caso concreto, eran en cambio resarcibles a la luz de los principios comunitarios.

El Tribunal de Justicia pone de manifiesto un claro contraste entre la normativa italiana y los principios comunitarios sobre la responsabilidad civil del Estado por las actividades jurisdiccionales. Importa destacar que, entre las hipótesis en las que hay que resarcir de los daños derivados de la actividad jurisdiccional y que los legisladores nacionales no pueden excluir, está también la falta de utilización de la cuestión prejudicial por parte de los jueces de última instancia cuando tal uso es obligatorio en el sentido del TCE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ello significa que en los casos en los que sea obligatorio el planteamiento de la cuestión prejudicial por un juez nacional de última instancia y lo omita o se niegue a presentar la cuestión ante el Tribunal de Justicia en el sentido del art. 234 CE, los particulares podrán valerse de los principios de la responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario y obtener un resarcimiento de los daños sufridos a causa de la falta de reenvío prejudicial.

Es natural que frente a estas posiciones de la jurisprudencia comunitaria surja más de una duda acerca de la capacidad de las posiciones de los tribunales constitucionales que niegan de forma absoluta, y como principio la posibilidad de que se dirijan mediante cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para plantear problemas de interpretación y dudas de validez del Derecho Comunitario. La evolución de la jurisprudencia comunitaria en materia de responsabilidad del Estado causada por violaciones manifiestas del Derecho Comunitario por parte de los propios jueces de última instancia, como se precisa en las Sentencias *Köbler* y *Traghetti del Mediterraneo*, debería llevar a los tribunales constitucionales a volver a meditar sobre sus propias posiciones y cambiarlas, preferiblemente por decisión propia, antes de que se haga efectiva una desagradable hipótesis de solicitud de petición de resarcimiento de daños por parte de particulares por imisiones de la Corte Constitucional⁶⁸.

⁶⁸ Realmente, como señala J. BAQUERO CRUZ, «De la cuestión prejudicial a la casación europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2005, 35, la responsabilidad civil por violación del Derecho Comunitario ha sido aplicada escasamente debido a una comprensible reticencia de los jueces nacionales. Puede imaginarse, pues, que la misma prudencia

7. *La obligación del reenvío prejudicial y los márgenes de discrecionalidad de los Tribunales Supremos*

Uno de los probables motivos de la resistencia de la Corte Constitucional en relación con la institución procesal de la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE nace de la formulación del tercer párrafo de la disposición citada, que sólo para los jueces de última instancia afirma que están sujetos a la *obligación* de plantear al Tribunal de Justicia las dudas de interpretación o de validez del Derecho Comunitario que puedan surgir en el ámbito de los procesos de su competencia, mientras las demás autoridades juzgadoras deben considerarse beneficiadas de una mera *facultad* al respecto. Se ha señalado⁶⁹ que la Corte Constitucional, en cuanto juez respecto de cuyas decisiones no existe remedio jurisdiccional, como se deduce explícitamente del art. 137 de la Constitución italiana, por ejemplo, estaría sin duda sujeta a la *obligación* del planteamiento de la cuestión prejudicial. Frente a la rigidez de la regla comunitaria, entonces, se comprendería la «escapatoria» escogida por la Corte Constitucional, que, para sustraerse al vínculo establecido por el art. 234 TCE, se considera órgano carente de legitimación desde el punto de vista subjetivo, resolviendo de entrada radicalmente el dilema entre «facultad» y «obligación» del planteamiento.

Si la jurisprudencia de la Corte Constitucional verdaderamente fuese implícitamente motivada por el temor de sujetarse a vínculos demasiados rígidos sobre la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial, entonces habría inmediatamente que disipar tales temores porque se fundan en una visión incompleta de los principios comunitarios. En efecto, hace tiempo que el mismo Tribunal de Justicia ha hecho por distanciarse rigideces derivadas de la formulación textual del art. 234 TCE y aún hoy aparecen tendencias hacia una mayor flexibilización de la jurisprudencia comunitaria⁷⁰, a la vista de la necesidad de liberar al Tribunal de Justicia de una sobrecarga de cuestiones a menudo repetitivas o carentes de interés general para el sistema comunitario.

Al menos a partir de la Sentencia *CILFIT* de 1982, en efecto, el Tribunal de Justicia ha enumerado una serie de hipótesis en las que incluso los jueces de última instancia están exentos de la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial. Ello sucede en particular cuando: a) la cuestión no es pertinente, es decir, cuando su solución, sea la que sea, no puede de ninguna forma influir sobre la solución de la *litis*; b) la cuestión es sustancialmente idéntica a otra planteada en supuesto análogo y que ha sido planteada al Tribunal de Justicia en una cuestión prejudicial precedente; c)

guiará a los jueces italianos en la aplicación de los principios de la Sentencia *Köbler*, sobre responsabilidad civil por los daños derivados de la omisión de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

⁶⁹ Sobre este tema véase T. GROPPi, «La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del trattato CE», cit.

⁷⁰ Sobre este tema véase el trabajo de K. LENAERTS, *The Unity of European Law and the Overload of the ECJ – The System of Preliminary Rulings Revisited*, in www.ecln.net pgs. 10 y ss.

cuando la cuestión, aunque no sea idéntica, haya sido ya decidida por el Tribunal de Justicia en otros juicios, aunque no exista estrecha identidad entre los objetos de juicio, es decir en las hipótesis del llamado *acte éclairé*; d) cuando la correcta aplicación del Derecho Comunitario sea tan obvia que no da lugar a ninguna duda razonable sobre cuál debe ser la solución, el llamado *acte claire*.

En otros términos, el Tribunal de Justicia tiende a una interpretación teleológica del art. 234 TCE, que al establecer la obligación de la cuestión prejudicial por parte de los jueces de última instancia no intenta imponer una rígida formalidad, sino sobre todo asegura que el Derecho Comunitario no se vea sujeto a divergencias interpretativas. De ahí una exigencia particularmente intensa frente a los jueces de última instancia, cuyas orientaciones jurisprudenciales influyen en todo el ordenamiento nacional; de ahí también una flexibilidad en la interpretación de la obligación de planteamiento, de modo que, por un lado, no escapen del Tribunal de Justicia las cuestiones controvertidas, pero de otro, no se presenten cuestiones banales, repetitivas e inútiles.

En buena medida, la jurisprudencia *CILFIT* –que basándose en las señales que se pueden apreciar en la jurisprudencia comunitaria⁷¹ podría estar sujeta a posteriores transformaciones hacia una flexibilidad en favor de los tribunales supremos– deja también a la Corte Constitucional amplios márgenes interpretativos, de modo que bajo la apariencia de una obligación de reenvío prejudicial se esconde en realidad una oportunidad modulable adecuadamente.

Es bien conocido el hecho de que los tribunales supremos de los Estados miembros tienden a ignorar o a usar de modo insuficiente la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, pero esta falta de cooperación sólo raramente ha sido sancionada por este Tribunal de Justicia⁷². También en no querer dar excesivo énfasis a los casos de abierto rechazo de los jueces de última instancia a recurrir al Tribunal de Justicia, como ha sucedido recientemente en el caso *Federfarma* del Consejo de Estado italiano⁷³, es verdad que los datos que emanan de los informes anuales del Tribunal de Justicia⁷⁴ revelan que los Tribunales supremos son bastante perezosos para acudir al Tribunal de Justicia⁷⁵, demostrando así que aquello que de acuerdo con la

⁷¹ Véanse por ejemplo las Sentencias de 4 de junio de 2002, C-99/00, *Lycheskog*, 15 de septiembre de 2005, C-495/03, *Intermodal Transport*; 6 de diciembre de 2005, C-461/03, *Gaston Schul*.

⁷² Esto, por otra parte, ha sucedido recientemente en la Sentencia de 9 de diciembre de 2003, C-129/00, *Comisión c. Italia*, en relación a una incorrecta práctica interpretativa en materia fiscal por parte bien de la administración pública, bien de las autoridades jurisdiccionales, incluida la Corte de Casación.

⁷³ Consiglio di Stato, sez. V, 19 de abril de 2005, n. 4207, *Federfarma*.

⁷⁴ Todos localizables en la web oficial del Tribunal de Justicia www.curia.eu.int, con los datos estadísticos de las cuestiones planteadas en vía prejudicial por cada Estado miembro y por cada órgano jurisdiccional de cada Estado miembro.

⁷⁵ Véase J. V. LOUIS, *The Court in the Constitution: how Federal?*, in www.ecln.net

formulación literal del tratado debería constituir una obligación en realidad es generalmente interpretado como una oportunidad de utilizar en caso necesario?

Por tanto, si uno de los motivos por los que los tribunales constitucionales se niegan a utilizar la cuestión prejudicial del art. 234 TCE depende del hecho de que, siendo la Corte Constitucional un juez respecto de cuyas decisiones no hay posterior remedio jurisdiccional, ésta teme sujetarse a una obligación gravosa y paralizante, entonces sería necesario, sin demora contrastar este temor, subrayando la amplitud de los márgenes concedidos por la jurisprudencia comunitaria. En realidad, en el *diritto vivente*, allí donde no hay dudas interpretativas del Derecho Comunitario o existan líneas jurisprudenciales consolidadas, tampoco los jueces de última instancia deben dirigirse a Luxemburgo.

En este contexto, responder a la (aparente) rigidez del art. 234.3 TCE con un también rígido rechazo de la cualificación subjetiva de autoridad jurisdiccional no parece un camino prometedor para el sistema europeo, ni ventajoso para el nacional. Una mayor disponibilidad en principio a la colaboración directa con el Tribunal de Justicia⁷⁶ no privaría en todo caso a la Corte Constitucional de un propio «margen de apreciación», permitiéndole de vez en cuando valorar la oportunidad o la necesidad de remitir los actos al Tribunal de Justicia, sin vincularse con lazos sofocantes, pero sin marginarse definitivamente, tampoco, de un diálogo fecundo y provechoso⁷⁷.

Los beneficios de tal diálogo, como se ha intentado demostrar en las páginas precedentes, son tales que merecen un atento reexamen de las «estrategias jurisdiccionales» de los Tribunales, nacionales y europeo.

⁷⁶ También propugna un mayor diálogo entre Tribunales Constitucionales y TJ, también a través de la cuestión prejudicial entre los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia, también a través de la cuestión prejudicial, R. Alonso García, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Madrid, 2005, pg. 49 ss.

⁷⁷ Como subraya F. SEMENTILLI, *Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giur. Cost.* 2004, 4771 ss., en especial.