

Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia *Melki* del Tribunal de Justicia de la UE*

Daniel Sarmiento

Letrado del Tribunal de Justicia de la UE
Profesor Titular de Derecho Administrativo y Europeo
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN:

La sentencia *Melki*, dictada por el Tribunal de Justicia de la UE, aborda las relaciones entre la cuestión prejudicial de la Unión y el control de constitucionalidad de leyes a cargo de los Tribunales Constitucionales. En *Melki*, el Tribunal de Justicia de la UE declara la compatibilidad con el Derecho europeo de un sistema prioritario de cuestiones de constitucionalidad ante el Consejo Constitucional francés, si bien imponiendo una serie de condiciones. La sentencia se emite en un momento en el que las relaciones entre la jurisdicción de la Unión y las jurisdicciones nacionales, especialmente las supremas, están siendo objeto de reconsideración.

Palabras clave: Cuestión prejudicial; Cuestión de inconstitucionalidad; Consejo Constitucional francés; Rheinmühlen; *Cartesio*.

Keywords: Preliminary reference procedure; Question of constitutionality procedures; French Constitutional Council; Rheinmühlen; *Cartesio*.

ABSTRACT

The *Melki* judgment, rendered by the European Court of Justice, deals with the relationship between the EU preliminary reference procedure and review procedures of statutory laws before national Constitutional Courts. In *Melki*, the European Court of Justice declares the compatibility with EU Law of a procedure that gives priority to questions of constitutionality before the French Constitutional Council, although subject to certain conditions. The judgement appears at a time in which the relationship between EU courts and national jurisdictions, particularly supreme courts, is currently under reconsideration.

Fecha recepción original: 11 de enero de 2011

Fecha aceptación: 17 de enero de 2011

* Todos los comentarios son personales y no reflejan la opinión de la institución para la que el autor actualmente trabaja.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. EL CONTEXTO EUROPEO DEL ASUNTO *MELKI*: INTERFERENCIAS Y CORTOCIRCUITOS EN EL DIÁLOGO EUROPEO ENTRE JUECES
 - III. LA SENTENCIA *MELKI*: LUCES Y SOMBRAS—A) *El diálogo constructivo*—B) *El diálogo forzado*
 - IV. REFLEXIONES MÁS ALLÁ DE *MELKI*
-

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia *Melki*, dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia el 22 de junio de 2010¹, constituye una importante decisión que arroja luz sobre la relación entre las jurisdicciones constitucionales nacionales y el alto tribunal de la Unión. En líneas generales, la sentencia confirma la compatibilidad de la recientemente creada cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa con el artículo 267 TFUE, que prevé, como es bien sabido, la facultad y/o obligación de los tribunales nacionales de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Con la cuestión prioritaria de constitucionalidad (en adelante QPC), el legislador francés obliga al juez de fondo, sea judicial o administrativo, a plantear, con carácter preferente a cualquier otro procedimiento, un incidente procesal ante el Consejo Constitucional francés cuando existan dudas sobre la compatibilidad entre una disposición legislativa francesa y los derechos y libertades garantizados por la Constitución². Si se diera el caso de que la ley infringe tanto los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución como los reconocidos en el Derecho Internacional o el Derecho de la Unión, el juez de fondo está, en principio, obligado a dar prioridad al reenvío ante el Consejo Constitucional. Este carácter preferente del reenvío ante la alta instancia francesa, en (aparente) detrimento de la cuestión prejudicial de la Unión, es precisamente el objeto de enjuiciamiento a cargo del Tribunal de Justicia en la sentencia que a continuación comentamos.

Este comentario no analizará el turbulento contexto nacional en el que surgió el asunto *Melki*³, ni tampoco abordará las consecuencias que supon-

¹ STJ de 22 de junio de 2010, *Melki et Abdeli* (C-188/10 y C-189/10, pendiente de publicación).

² La QPC está recogida en el Article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, en su versión modificada por la ley constitucional n° 2008-724, du 23 de julio de 2008, de modernización de las instituciones de la Vª República, así como en el capítulo II bis de la l'ordonnance n° 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, relativa a la ley orgánica del Consejo constitucional, modificada por la ley orgánica n° 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, relativa a la aplicación del artículo 61-1 de la Constitución (JORF de 11 de diciembre de 2009, p. 21379).

³ Véanse, entre otros, los artículos y comentarios de BURGORGUE-LARSEN, L., «Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution», *RFDA*, 2009. 787; CASSIA, P., «Question sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité», *AJDA*, 2009. 2193; CASSIA, P. y SAULNIER-CASSIA, E., «Imbroglia autour de la question prioritaire de constitutionnalité»; P. FOMBEUR, «Question prioritaire de constitutionnalité, droit constitutionnel et droit de l'Union européenne», *Recueil Dalloz*, 2010. 1229; B. GENEVOIS, «Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori», *RFDA*, 2010. 1; Ph. MANIN, «La question

drá la sentencia para el sistema jurisdiccional francés tal como fue reformado en el año 2009 a fin de introducir la QPC⁴. En las próximas líneas nos limitaremos a exponer el contexto en el que surge el asunto *Melki*, más concretamente desde la óptica del Derecho de la Unión, para analizar a continuación el alcance de la sentencia sobre las siempre delicadas relaciones de cooperación existentes entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones constitucionales nacionales. Se defenderá, como conclusión general, que la sentencia *Melki* es una aportación destacada al diálogo entre jurisdicciones. Sin embargo, la resolución confirma igualmente las dificultades que amenazan a la justicia europea a medida que la Unión, dotada ahora de una Carta de Derechos Fundamentales y de una creciente legitimidad político-jurídica, amplía tanto su ámbito territorial como material de actuación.

II. EL CONTEXTO EUROPEO DEL ASUNTO *MELKI*: INTERFERENCIAS Y CORTOCIRCUITOS EN EL DIÁLOGO EUROPEO ENTRE JUECES

A pesar de las peculiaridades que rodean a la QPC y al debate surgido en Francia a raíz del asunto *Melki*, es necesario tener presente que este asunto tiene un significado propio y muy particular para el Derecho de la Unión. Francia no es el primer Estado miembro que introduce limitaciones a los términos en que un juez nacional puede plantear una cuestión prejudicial, ni tampoco es el único que sitúa a los jueces de instancia bajo una especie de «supervisión nacional» para vigilar el uso de facultades europeas. Al contrario, el asunto *Melki* se enmarca en una corriente concreta que, en los últimos años, ha obligado al Tribunal de Justicia a pronunciarse reiteradamente sobre el alcance de estas limitaciones y sobre su conformidad con los Tratados.

En el año 1974, en el asunto *Rheinmühlen I*⁵, el Tribunal de Justicia declaró que «les juridictions nationales ont la faculté la plus étendue de saisir la Cour si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions comportant une interprétation ou une appréciation en validité des dispositions du droit de l'Union nécessitant une décision de leur part»⁶. Esta facultad tan amplia significa que «l'existence d'une règle de droit interne liant les juridictions ne statuant pas en dernière instance à l'appréciation portée en droit par une juridiction de degré supérieur ne saurait, de ce seul fait, les priver de la faculté prévue à l'article 267 TFUE de saisir la Cour des questions d'interprétation du droit de l'Union»⁷.

prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne», *AJDA*, 2010. 1023; D. SIMON et A. RIGAUX, «Drôle de drame: la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité», *Europe*, 2010, étude 5.

⁴ Véase DONNAT, F., «La Cour de Justice et la QPC: chronique d'un arrêt prévisible et imprévu», *Recueil Dalloz*, n° 26, de 8 de julio de 2010.

⁵ STJ de 16 de enero de 1974, as. *Rheinmühlen-Düsseldorf* (166/73, Rec. p. 33).

⁶ Sentencia *Rheinmühlen*, antes citada, apartado 3.

⁷ *Ibid.*, apartado 4.

Esta jurisprudencia, unida a la potestad de todo tribunal nacional de inaplicar normas nacionales incompatibles con el Derecho de la Unión a raíz del asunto *Simmenthal*⁸, confirma la importancia que reviste la cuestión prejudicial para el sistema jurídico europeo. A fin de que el juez nacional de instancia pueda plantear dicha cuestión al Tribunal de Justicia, éste está dispuesto a inmiscuirse en la autonomía procesal de los Estados miembros, e incluso, si es necesario, a cuestionar la jerarquía jurisdiccional interna. El objetivo último de esta jurisprudencia es garantizar la coherencia y la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión, sin que ningún tribunal nacional superior pueda interferir en el diálogo que puedan entablar un tribunal inferior y el Tribunal de Justicia. Y qué duda cabe que tras esta preocupación por la coherencia y la uniformidad se encuentra, en última instancia, la necesidad de asegurar la primacía del Derecho de la Unión.

A pesar de la rotundidad con la que se expresó el Tribunal de Justicia tanto en la sentencia *Rheinmühlen I* como en *Simmenthal*, podría sorprender que treinta años después sigamos aún encontrando Estados miembros, así como tribunales nacionales, que hayan optado por combatir esta jurisprudencia.

Pero así ha sucedido.

En el asunto *Cartesio*⁹, un tribunal húngaro de instancia cuestionó ante Tribunal de Justicia la conformidad con el artículo 267 TFUE de una normativa nacional que preveía la interposición de un recurso de apelación ante un tribunal superior contra un auto de planteamiento de la cuestión prejudicial. El Tribunal de Justicia, reiterando los términos de *Rheinmühlen I*, concluyó que corresponde al tribunal de instancia que plantea la cuestión «tirer les conséquences d'un jugement rendu dans le cadre d'un appel [ante un tribunal superior] contre la décision ordonnant le renvoi préjudiciel et, en particulier, de conclure qu'il convient soit de maintenir sa demande de décision préjudicielle, soit de la modifier, soit de la retirer»¹⁰.

Poco después, en el asunto *Elchinov*¹¹, un tribunal de instancia búlgaro preguntó al Tribunal de Justicia si podía inaplicar una resolución judicial dictada por el Tribunal Supremo búlgaro en el mismo procedimiento y cuyas instrucciones, según las normas procesales búlgaras, estaba obligado a seguir. Aunque la respuesta a la cuestión se encontraba claramente en las sentencias *Rheinmühlen I* y *Simmenthal*, el juez remitente albergaba dudas sobre el alcance de esta jurisprudencia a la vista de los términos en que el Derecho búlgaro le imponía la obligación de seguir las instrucciones del Tribunal Supremo. En el asunto *Filipiak*¹² un tribunal administrativo polaco dudó sobre el alcance que debía darse a una sentencia del Tribunal Constitucional de dicho país que posponía la declaración de inconstitucionalidad

⁸ STJ de 9 de marzo de 1978, as. *Simmenthal* (106/77, Rec. p. 629).

⁹ STJ de 16 de diciembre de 2008, as. *Cartesio* (C-210/06, Rec. p. I-9641).

¹⁰ Sentencia *Cartesio*, antes citada, apartado 96.

¹¹ STJ de 5 de octubre de 2010, as. *Elchinov* (C-173/09, pendiente de publicación).

¹² STJ de 19 de noviembre de 2009, as. *Filipiak* (C-314/08, pendiente de publicación).

de una ley a un momento posterior en el tiempo. Durante el curso de ese periodo de espera, surgió un litigio en el que un juez constató una incompatibilidad con el Derecho de la Unión, pero dicho juez consideró que aplicar la doctrina *Rheinmühlen* y *Simmenthal* supondría cuestionar la sentencia del Tribunal Constitucional. Tanto en el asunto *Elchinov* como en *Filipiak*, el Tribunal de Justicia respondió de forma contundente y sin el menor margen para la duda: los tribunales remitentes en ambos casos no sólo podían plantear la cuestión, sino que debían dejar inaplicadas cuantas normas o resoluciones les impidieran hacerlo.

En fechas cercanas a las sentencias *Elchinov* y *Filipiak*, un tribunal de instancia alemán planteó una cuestión prejudicial en el asunto *Kücükdveci*¹³ interrogando al Tribunal de Justicia sobre si existe una obligación de plantear dicha cuestión con carácter previo a la inaplicación de una ley nacional contraria al Derecho de la Unión. En otras palabras, el tribunal remitente preguntaba si la jurisprudencia *Simmenthal* impone una obligación positiva de plantear la cuestión prejudicial antes de proceder a la inaplicación de una norma nacional con rango de Ley. El Tribunal de Justicia probablemente consideró que una obligación así supondría un obstáculo que acabaría desincentivando la aplicación de la jurisprudencia *Simmenthal*. Por tanto, estimó que no existía semejante obligación, añadiendo además que «le caractère facultatif de [la cuestión prejudicial] est indépendant des modalités s'imposant au juge national, en droit interne, pour laisser inappliquée une disposition nationale que celui-ci estime contraire à la Constitution»¹⁴. Esta solución es, además, extensible al ordenamiento jurídico español, donde el Tribunal Constitucional de dicho país había declarado en 2004 que la negativa de un juez de última instancia a plantear la cuestión prejudicial previamente a la inaplicación de una ley parlamentaria, supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵.

Pocos meses antes de que el asunto *Melki* llamara a las puertas del Tribunal de Justicia, un tribunal de primera instancia de Lieja elevó una cuestión prejudicial cuestionando la compatibilidad de la reforma belga que había servido de inspiración a la QPC francesa. En el asunto *Chartry*¹⁶, el Tribunal de Justicia debía pronunciarse sobre la compatibilidad con el artículo 267 TFUE de la obligación que tiene el juez de instancia belga de plantear «en primer lugar [d'abord]» una cuestión de inconstitucionalidad a su Tribunal Constitucional, siempre que surjan dudas sobre la conformidad de una ley con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y con los reconocidos por el Derecho de la Unión¹⁷.

¹³ STJ de 19 de enero de 2010, as. *Kücükdveci* (C-555/07, pendiente de publicación).

¹⁴ Sentencia *Kücükdveci*, antes citada, apartado 55.

¹⁵ Sentencia 58/2004, de 19 de abril. Al respecto, véase el comentario de R. ALONSO GARCÍA, *CML Rev*, Nº 2-2005, 535-548, aunque recientemente matizada por la sentencia 78/2010, de 20 de octubre.

¹⁶ ATJ de xxxxx, *Chartry*, C-457/09, pendiente de publicación.

¹⁷ «§4. Lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière

Ahora bien, las interferencias en el diálogo no son sólo propias de las relaciones entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales. A fin de asegurar su monopolio como último intérprete de la legalidad de la Unión, el Tribunal de Justicia se ha tenido que pronunciar sobre la conformidad con los Tratados de un sistema jurisdiccional paralelo al de la Unión, pero de naturaleza pseudo-europea, en materia de patentes¹⁸. Los Estados miembros, con el apoyo de la Comisión, concibieron un sistema jurisdiccional territorialmente descentralizado y al margen de las salas jurisdiccionales previstas en el artículo 257 TFUE. El diseño resultaba atípico porque los actos jurídicos que regulaban la patente y sobre los que se debían pronunciar las jurisdicciones especializadas eran actos de la Unión, concretamente Reglamentos, pero no así la jurisdicción, que se constituía sobre la base de un acuerdo internacional. Así, en vez de depositar la competencia en los tribunales de la Unión o en los tribunales nacionales (como hace el Reglamento 40/94 de marca comunitaria), la propuesta optaba por atribuir la misión a una jurisdicción pseudo-europea y funcionalmente independiente. Sobra añadir que un sistema semejante plantea importantes interrogantes desde el punto de vista de la capacidad del Tribunal de Justicia para asegurar una interpretación coherente y uniforme de los actos de la Unión reguladores de la patente europea¹⁹.

Tensiones similares puede provocar la futura adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Algunos miembros del Tribunal de Justicia han mostrado abiertamente sus dudas sobre la oportunidad de un control por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente cuando tal control recae sobre sentencias nacionales que interpretan Derecho de la Unión y, eventualmente, puedan suponer un enjuiciamiento indirecto de actos de la Unión²⁰. En esta situación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podría terminar dictaminando (si bien de forma indirecta) sobre la conformidad de un Reglamento o de una Directiva con el Convenio, sin que el Tribunal de Justicia hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la conformidad del acto cuestionado con los Tratados. Por tanto, el monopolio del Tribunal de Justicia para enjuiciar la vali-

totement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution».

¹⁸ Dictamen 1/09, a petición del Consejo, relativo al acuerdo relativo a la creación de un sistema jurisdiccional uniforme en materia de patentes.

¹⁹ Sobre los problemas que plantea este modelo de jurisdicción de patentes, véase T. JAEGER, «The EU Patent: *Cui Bono et Quo Vadit?*», *CML Rev.*, 2010. 63.

²⁰ Véase la intervención del entonces juez del Tribunal de Justicia Christian TIMMERMANS ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, de 18 de marzo de 2010. Véase el análisis de esta cuestión realizado por O. DE SCHUTTER, «L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des droits de l'Homme: feuille de route de la négociation», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, nº 83, Julio 2010.

dez negativa de los actos de Derecho derivado, confirmado tras la sentencia *Foto-Frost*²¹, podría estar en riesgo a consecuencia de la adhesión.

Este es el contexto en el que se suscita el asunto *Melki*, un escenario repleto de zonas minadas que sitúan al Tribunal de Justicia ante el reto de imponer su autoridad y, al mismo tiempo, no suscitar mayores recelos en los Estados miembros ni en sus jurisdicciones.

III. LA SENTENCIA *MELKI*: LUCES Y SOMBRAS

La sentencia *Melki* se enfrenta a un mecanismo procesal nacional que impone el carácter prioritario de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Consejo Constitucional francés. Como es bien sabido, el tribunal remitente de la cuestión prejudicial, la Cour de Cassation, realizó una particular interpretación de la Constitución francesa en virtud de la cual toda infracción del Derecho de la Unión constituía una infracción de la Constitución francesa. Así, y haciendo una lectura literal del término «prioritario», la Cour de Cassation consideró que en todo caso en el que existiera una infracción simultánea del Derecho de la Unión y de un lesión de un derecho fundamental, no era posible, en ningún momento, plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Semanas después del planteamiento de la cuestión, pero adelantándose a la decisión del Tribunal de Justicia, el Consejo Constitucional, mediante sentencia de 12 de mayo de 2010²², confirmó el error de interpretación en el que había incurrido la Cour de Cassation, al declarar que no toda infracción del Derecho de la Unión supone una lesión de la Constitución²³. Asimismo, el Consejo añadió que las disposiciones que regulan la QPC «ne font obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige»²⁴.

Con este delicado trasfondo nacional, acompañado asimismo de un estruendoso debate tanto político como académico²⁵, el Tribunal de Justicia se enfrentó al asunto *Melki* utilizando dos vectores como base de su planteamiento: el diálogo constructivo y el diálogo forzoso.

²¹ STJ de 22 de octubre de 1987, as. *Foto-Frost* (314/85, Rec. p. 4199), apartados 15 a 20.

²² Sentencia del Conseil constitutionnel n° 2010-605 DC, de 12 de mayo de 2010, apartados 10 a 16. Tan solo dos días después, el Consejo de Estado se alineó con esta interpretación en su sentencia n° 312305, 14 de mayo 2010.

²³ Apartados 11 y 12.

²⁴ Apartado 14.

²⁵ Véanse los comentarios y artículos citados en nota 3.

A) El diálogo constructivo

El primer rasgo que caracteriza a la sentencia *Melki* es la preocupación por aportar una solución conciliadora y fruto de un discurso plural. En este espíritu, el Tribunal de Justicia dio una respuesta alternativa a dos hipótesis diferentes: una a partir de la interpretación de la Cour de Cassation, y otra con la vista puesta en la interpretación del Conseil Constitutionnel. El Tribunal de Justicia, aun siendo perfectamente consciente de que la interpretación última de la Constitución francesa, así como de las normas reguladoras de la QPC, corresponde al juez de la Rue Montpensier, no podía ignorar los términos en los que le planteaba la cuestión quien era su auténtico interlocutor en el procedimiento, que no era sino la Cour de Cassation.

Así, y a fin de salvaguardar simultáneamente las relaciones de cooperación con dos altas jurisdicciones francesas, el Tribunal de Justicia contestó a la pregunta de la Cour de Cassation confirmando que el artículo 267 TFUE es incompatible con un mecanismo como el descrito en el auto de planteamiento. A continuación, el Tribunal de Justicia se hace eco de la sentencia del Conseil Constitutionnel de 12 de mayo de 2010 y, prácticamente reproduciendo la interpretación que la alta jurisdicción constitucional francesa había realizado de las reglas reguladoras de la QPC, termina por añadir que

«El artículo 267 TFUE no se opone a dicha legislación nacional, siempre que los demás órganos jurisdiccionales nacionales sigan estando facultados:

- para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad,

- para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y

- para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión»²⁶.

Este resultado es, en principio, llamativo. Sorprende porque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta la fecha había sido muy estricta con cualquier mecanismo procesal que obstaculizara el planteamiento de la cuestión prejudicial. De hecho, en el asunto *Mecanarte*²⁷ el Tribunal de Justicia ya se había ocupado del orden cronológico en el planteamiento de las cuestiones prejudicial y de constitucionalidad, en aquel caso ante el Tribunal Constitucional portugués, y declaró que el juez de instancia, y sólo él, es libre para determinar en qué momento procede plantear el reenvío al juez de Luxem-

²⁶ Sentencia *Melki*, antes citada, apartado 57.

²⁷ STJ de 27 de junio de 1991, as. *Mecanarte* (C-348/89, Rec. p. I-3277).

burgo²⁸. Si a todo lo anterior se suma el amplísimo poder que el artículo 267 TFUE atribuye al juez de fondo, un poder que se parece, como apuntó el Abogado General POIARES MADURO en sus conclusiones del asunto *Cartesio*, más a una potestad exclusiva y excluyente que a una mera facultad²⁹, sorprende ahora que el Tribunal de Justicia esté dispuesto a que un ordenamiento nacional condicione el planteamiento de la cuestión prejudicial a una previa cuestión de constitucionalidad. Bien es cierto que la sentencia *Melki* reitera que el juez de fondo debe estar *en todo momento* habilitado para plantear la cuestión prejudicial, pero la insistencia en la facultad de inaplicar cautelarmente leyes durante el transcurso de la QPC es una forma evidente de conciliar el orden sucesivo del trámite, en primer lugar, ante el Conseil Constitutionnel y, en segundo lugar, ante el Tribunal de Justicia.

Asimismo, la sentencia *Melki* constituye un gráfico ejemplo de diálogo constructivo con distintas voces, pues el Conseil Constitutionnel dictó su sentencia de 12 de mayo de 2010 con perfecto conocimiento de la cuestión prejudicial planteada por la Cour de Cassation en el asunto *Melki*. La descripción que hace el Conseil de la QPC a la luz del artículo 267 TFUE no es gratuito, y el Tribunal de Justicia no sólo no pudo ignorarlo, sino que se esforzó igualmente por acogerlo en la sentencia *Melki* para buscar una interpretación del Derecho francés conforme con el Derecho de la Unión. Asimismo, el hecho de que el Tribunal de Justicia tramitara el asunto por el procedimiento acelerado como consecuencia de los plazos de que dispone la Cour de Cassation para decidir si procede o no plantear la cuestión ante el Conseil Constitutionnel³⁰, testimonia la voluntad del Tribunal de Luxemburgo por participar activamente, y sin causar distorsiones procesales, en un conflicto de una evidente sensibilidad constitucional para un Estado miembro.

B) El diálogo forzoso

Pero a pesar del espíritu cooperativo que respira la sentencia *Melki*, hay que destacar que el Tribunal de Justicia ha introducido igualmente medidas coactivas hacia la jurisdicción nacional; medidas que, por llamarlas de una forma expresiva, podrían calificarse como condiciones para un diálogo forzoso.

En efecto, el Tribunal de Justicia, consciente de las consecuencias que acarrea la conformidad de la QPC con el artículo 267 TFUE, añade un supuesto en el que la cuestión prejudicial aparece como prioritaria respecto de la QPC. Tal supuesto se produce cuando el juez de fondo se enfrenta a una ley nacional que transpone normas imperativas de una Directiva. En este caso, es evidente que una aplicación estricta de la QPC llevaría al Conseil Constitutionnel a realizar un control indirecto de la validez de la Directiva,

²⁸ Sentencia *Mecanarte*, antes citada, apartado 46.

²⁹ Conclusiones del Abogado General Miguel POIARES MADURO en el asunto *Cartesio*, antes citado, punto 19.

³⁰ Artículo 23-4, de l'ordonnance n° 58-1067.

algo que corresponde exclusivamente al Tribunal de Justicia³¹. Por tanto, la sentencia *Melki* declara que «s'agissant d'une loi nationale de transposition d'un tel contenu, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable»³².

Esta excepción resulta llamativa, especialmente al plantearse en un contexto como el francés, donde el Conseil Constitutionnel ha reconocido desde el año 2004 su competencia para controlar la no transposición de Directivas³³. Sin embargo, es el inciso final del apartado 56 el que nos da la clave interpretativa cuando añade que «l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive en cause»³⁴. Dicho en otras palabras: si el Conseil Constitutionnel quiere mantener la QPC de tal manera que sea conforme con el artículo 267 TFUE, cuando se enfrente a una ley que transponga normas imperativas de una Directiva y se vea abocado a realizar un control indirecto de validez de la Directiva, deberá plantear la cuestión prejudicial. Los plazos fugaces del proceso constitucional francés, que hasta la fecha habían servido para justificar la negativa a todo planteamiento de una cuestión prejudicial³⁵, son, en opinión del Tribunal de Justicia, a todas luces irrelevantes. No obstante, habría que añadir que son irrelevantes *in abstracto*, pero no *in concreto*: la sentencia *Melki* se dictaminó en dos meses y 66 días, la sentencia más rápida jamás dictada en el curso de un procedimiento abreviado³⁶.

Por tanto, el Tribunal de Justicia ha intentado cerrar el círculo asegurándose no sólo una interpretación conforme de la QPC con los Tratados, sino también fomentando que el Conseil Constitutionnel plantee eventualmente una cuestión prejudicial. Además, esta invitación no se hace desde la complacencia, sino mostrando que el juez de Luxemburgo también está dispuesto a realizar esfuerzos y tramitar con la mayor celeridad el procedimiento prejudicial. Un esfuerzo que debe ser apreciado y tenido en consideración por las jurisdicciones nacionales, a la luz de las dificultades logísticas que naturalmente tiene una jurisdicción que trabaja en veintidós lenguas y con una carga de trabajo cada vez más acuciante tras las ampliaciones de 2004 y 2007. En la realización del diálogo entre jueces, incluso cuando tal diálogo es forzoso, *todos* los interlocutores asumen un deber colaborar, y así lo ha querido reflejar el Tribunal de Justicia al dictaminar el asunto *Melki* con asombrosa rapidez.

³¹ Sentencia *Foto-Frost*, antes citada.

³² Sentencia *Melki*, antes citada, apartado 56.

³³ CC, 10 de junio de 2004, Décision n° 2004-496 DC.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ D. SCHNAPPER, *Une Sociologue au Conseil Constitutionnel*, Bruylant, Paris, 2010.

³⁶ La resolución se dictó incluso en un plazo ligeramente inferior a los dos meses y medio que requiere la tramitación media de un procedimiento prejudicial de urgencia, recogido en el artículo 104^{ter} del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Véase al respecto el Informe Anual del Tribunal de Justicia correspondiente al año 2009, pg. 102.

IV. REFLEXIONES MÁS ALLÁ DE *MELKI*

Han pasado más de treinta años desde que el Tribunal de Justicia dictara las sentencias *Rheinmühlen* y *Simmenthal*, pero el asunto *Melki*, así como su resolución final, son buena prueba de que el sistema jurisdiccional de la Unión continúa su inacabable proceso de construcción. A diferencia de lo sucedido en casos anteriores, *Melki* constata la disponibilidad del Tribunal de Justicia a aceptar interferencias en el diálogo prejudicial europeo. Aunque *Melki* relativiza en parte el carácter prioritario de la QPC y, con ello, la prioridad jurisdiccional del Conseil Constitutionnel, lo hace mediante una interpretación conforme que permite conciliar ambos mecanismos procesales, el europeo y el nacional. Esta interpretación constructiva no estaba presente en *Simmenthal*, ni en *Cartesio*, ni en *Elchinov*, ni en *Mecanarte*, ni tampoco en *Filipiak*.

Y la pregunta ahora es, ¿por qué?

Desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, la Unión ha vivido una creciente presión procedente de las altas jurisdicciones nacionales, reclamando del Tribunal de Justicia una mayor sensibilidad hacia la identidad constitucional de los Estados miembros. La petición no es ajena al Derecho de la Unión, pues el artículo 4, apartado 2 TUE formula una expresa mención a la identidad nacional de los Estados como elemento autónomo objeto de protección por la propia Unión³⁷. Sin embargo, la introducción de la Unión en terrenos competenciales tradicionalmente ajenos al proceso de integración europea y muy ligados a una noción tradicional de la soberanía estatal, como el Derecho penal, los derechos fundamentales, el Derecho de familia o la fiscalidad directa, entre otras materias, ha agudizado dramáticamente las reivindicaciones en defensa de la identidad constitucional de los Estados miembros. La reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán relativa a la ley de ratificación del Tratado de Lisboa es un claro ejemplo de esta inquietud, la cual llega a enumerar los ámbitos que forman parte de dicha identidad y en los que la Unión, sólo bajo determinadas circunstancias estará, en opinión del alto tribunal alemán, legitimada a interferir³⁸.

Una evolución competencial de esta naturaleza lleva irremediablemente al Tribunal de Justicia a convertirse y a lograr afianzarse no sólo como intérprete último de estas materias, sino también como árbitro de la distribución de dichas competencias entre la Unión y los Estados³⁹. Nunca en la historia de Europa una jurisdicción supraestatal ha ocupado una posición tan desta-

³⁷ Al respecto, véanse V. CONSTANTINESCO, «La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales: convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?» en *L'Union européenne: Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, 2010.

³⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, apartado 249.

³⁹ Véase L. AZOULAI, «Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence», *RTDE*, enero/marzo 2008.

cada y decisiva para el futuro de los Estados y de los ciudadanos; y nunca se habría pensado que esta preeminencia se alcanzaría gracias a un incidente procesal como la cuestión prejudicial. Así, el Tribunal de Justicia se erige actualmente en un autorizado y poderosísimo intérprete de un ordenamiento que aborda prácticamente la totalidad de la regulación social, económica y política, pero lo hace sobre los cimientos de un frágil mecanismo procesal; un mecanismo cuyo buen funcionamiento depende de la buena voluntad de las jurisdicciones nacionales y, muy significativamente, de las jurisdicciones internas de última instancia.

Visto en este contexto, la sentencia *Melki* es un notable ejercicio de equilibrio institucional entre jurisdicciones. Por un lado, el Tribunal de Justicia flexibiliza su discurso al enfrentarse a una interferencia en el diálogo prejudicial, pero, por otro, lo hace imponiendo limitaciones al juez nacional, pero a fin, en esencia de fortalecer ese mismo diálogo. La sentencia *Melki* no está indicando al juez nacional que *no* plantee la cuestión prejudicial si no lo estima necesario, como sucedió en el asunto *Kucükdeveci*; la sentencia *Melki* no le dice al juez inferior que plantee la cuestión prejudicial aunque se lo impida una jurisdicción superior, como sucedió en *Cartesio* o en *Elchinov*. La sentencia *Melki* es una abierta invitación a una jurisdicción constitucional, tradicionalmente ajena por voluntad propia al diálogo con el Tribunal de Justicia, a que entable una relación de cooperación con su homólogo de la Unión. Visto así, el elemento *coactivo* de la sentencia *Melki*, es decir, la obligación de dar prioridad a la cuestión prejudicial cuando esté indirectamente en juego la validez de una Directiva, es la búsqueda de una complicidad con una jurisdicción nacional que hasta ahora ha vivido de espaldas al diálogo. El hecho de que la sentencia *Melki* haga todos los esfuerzos posibles por dar cabida a la jurisprudencia del Conseil Constitutionnel dictada después de planteada la cuestión prejudicial; el hecho de que el procedimiento abreviado sirviera para acomodar los ritmos de la justicia europea a los de la justicia constitucional francesa; y el hecho de que la solución final se articule con una interpretación conforme y no con una mera declaración de incompatibilidad, demuestran que la llamada a la complicidad ha ido precedida de gestos y señales para legitimar y, en definitiva, seducir al interlocutor nacional.

La seducción, por tanto, es el estilo de la sentencia *Melki*. Pero, como es natural, ello no es garantía de que todos los interlocutores sean finalmente seducidos.

El 29 de junio de 2010 la Cour de Cassation dictó sentencia en el asunto *Melki*, tras recibir la respuesta prejudicial del Tribunal de Justicia. De forma sorpresiva, la alta jurisdicción consideró que en dicho procedimiento no se reunían las condiciones enumeradas en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo y, en consecuencia, declaró la incompatibilidad entre el artículo 267 TFUE y las disposiciones reguladoras de la QPC.

Probablemente no era éste el resultado que esperaba el Tribunal de Justicia. Sin embargo, es importante destacar que el diálogo constitucional europeo,

del que *Melki* es un ejemplo, sólo puede desenvolverse cuando todas las partes aceptan participar en el mismo con lealtad. La lealtad es, por tanto, el presupuesto necesario que hace posible no sólo el diálogo, sino también la legitimidad de un modelo jurisdiccional plural⁴⁰. Cuando uno de los actores no participa en estos términos, el diálogo es por naturaleza irrealizable. Al igual que el jugador de ajedrez que decide mover su alfil en línea recta, de poco sirve que el jugador utilice un tablero y piezas de ajedrez, pues ya no está jugando a ese juego; es otra cosa, pero no es ajedrez.

⁴⁰ Véase D. SARMIENTO, «National Voice and European Loyalty. Member State autonomy, European remedies and constitutional pluralism in EU Law», en H. W. MICKLITZ y B. de WITTE (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Intersentia, 2010.