

LA UNIÓN EUROPEA. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DERIVADOS DE SU ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO INSTITUCIONAL*

Fernando SILVA GARCÍA**

RESUMEN: El objeto de este estudio es exponer algunos problemas constitucionales y comunitarios que enfrenta la Unión Europea, en virtud del proceso de integración y del derecho interno de los Estados miembros. Así pues, analiza la forma en que el Tribunal de Justicia ha ejercido un control del principio de primacía de derecho comunitario sobre el derecho interno, así como del principio de uniformidad en su aplicación, con base en instrumentos internacionales, tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y principios generales del derecho comunitario. Por otra parte, explica el papel de los tribunales nacionales para imponer límites constitucionales al desarrollo del proceso de integración, principalmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales y a la jurisdicción para determinar los límites de competencia de las instituciones comunitarias. Por último, destaca la necesidad de establecer una estructura de tipo constitucional como una herramienta útil para la eficacia del proceso de integración.

Palabras clave: integración, derecho comunitario, derecho interno, Unión Europea, supremacía, uniformidad.

ABSTRACT: *The aim of this essay is to discuss some of the legal problems (both at the constitutional and communitarian levels), faced by the European Union, as a consequence of the process of integration and its relation to domestic legal systems of the member States. In this way, the article analyzes the way in which the Court of Justice has controled the principle of the supremacy of communitarian law over domestic laws, as well as over the principle of uniformity in its application, on the basis of international intruments, common constitutional traditions and general principles of communitarian law. In addition, the author explains the role of national courts in the determination of constitutional limits to the process of integration, mainly in what concerns issues such as fundamental rights and the power to determine the jurisdiction limits of communitarian institutions. Lastly, the author stresses the need to establish a structure of the constitutional kind as a useful tool for the efficacy of the process of integration.*

Descriptors: *integration, communitarian law, domestic law, European Union, supremacy, uniformity.*

* El objeto del presente estudio es introducir al jurista, ajeno a esta materia, a los conflictos de orden constitucional producidos en Europa a partir del derecho comunitario.

** Profesor de derecho y jurisprudencia administrativa en el Instituto de la Judicatura Federal.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Breve referencia sobre la protección de derechos fundamentales en el ámbito comunitario*. III. *Límites constitucionales del derecho comunitario*. IV. *Problemas constitucionales derivados del déficit de legitimación del sistema de integración europeo*. V. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

El propio éxito del sistema comunitario europeo¹ ha derivado un cambio en el ambiente social, político y cultural de los Estados miembros. La clase política que dirige en este momento el proceso y la generación social que lo debe legitimar están carentes de la necesidad vital que dio sustancia a los valores europeístas e ideales comunitarios que —tras la Segunda Guerra Mundial— motivaron la creación del sistema, si se comparan las condiciones de los países miembros en el período fundacional, apenas devastados por la guerra, con las circunstancias actuales.² Ese estado de las cosas da lugar a nuevos retos para todos los actores involucrados en el funcionamiento institucional del sistema. Centraremos nuestra atención en dos de sus protagonistas: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los tribunales nacionales.

El grado de integración alcanzado y la posible incorporación de nuevos Estados ha reabierto el debate sobre el rumbo del proceso comunitario. La Unión como una organización política unitaria de gobierno federal, mediando el establecimiento de una Constitución, es una de las formas como se ha imaginado la consagración del sistema.³ En su momento, se consideró que la doc-

¹ Recuperación económica a través del mercado común y estado de paz entre los miembros por más de 50 años.

² Weiler, Joseph H. H., "Europe After Maastricht Do the New Clothes have an Emperor?", *Harvard Jean Monnet Working Paper*, núm. 12/95, <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/95/9512ind.html>.

³ Sobre este tema en Börzel, Tanja A. y Risse, Thomas, "Who is afraid of a European Federation? How to Constitutionalize a Multi-Level Governance System", *Harvard Jean Monnet Working Paper*, núm. 7/00, <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/papers00.html>, Píris, Jean Claude, "Does the European Union have a Constitution? Does it need one?", *European Law Review*, diciembre de 1999; Wessels, Wolfgang, "Evolución de la Comunidad Eu-

trina *constitucionalizante*⁴ del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁵ lo evidenciaba como principal diseñador o constructor de las bases para una integración política plena. Actualmente, esa postura habitual se ha ido reconduciendo, al grado que la estructura de tipo constitucional del sistema ha llegado a visualizarse desde una perspectiva funcional, como una herramienta útil para la eficacia del proceso, no tanto como el antecedente de un futuro Estado “nacional” europeo.⁶

La falta de legitimación de la estructura constitucional del sistema y la carencia de elementos sustantivos en su proceso decisorio⁷ ha fortalecido la posición de los tribunales nacionales que han impuesto límites jurídico-constitucionales al desarrollo desmedido de la integración, afectando la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros. Así, mientras el Tribunal de Justicia ha sostenido en su jurisprudencia que el sistema comunitario constituye un nuevo ordenamiento autónomo de derecho que, por esa razón, prima incluso sobre las Constituciones de los Estados miembros,⁸ ningún Tribunal Constitucional ha re-

ropea/Unión Europea. Tendencias institucionales hacia la constitución de un sistema cuasi-estatal. Pautas de crecimiento y diferenciación. Hacia una fusión de poderes y competencias”, *La constitución europea*, Actas, 1994; y Stein, Eric, “Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981.

4 Nos referimos principalmente a la jurisprudencia del tribunal comunitario relativa a los temas de primacía, poderes implícitos, derechos fundamentales y efecto directo del derecho comunitario. Mancini, G. Federico, “The Making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review*, vol. 26, núm. 4, 1989, p. 596.

5 En adelante: Tribunal de Justicia.

6 Resultaría irónico que una organización política con un proceso creado para contrarrestar los excesos del estatismo y nacionalismo acabara dando la vuelta completa al círculo para transformarse en un super Estado. Weiler, Joseph H. H., “The transformation of Europe”, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999, pp. 83-94. Este artículo fue publicado con el mismo título en *Yale Law Journal*, núm. 100, 1991. También está traducido al español, aparece en la publicación denominada *Europa Fin de Siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

7 La normativa comunitaria es establecida por la rama ejecutiva del conjunto de Estados miembros que componen el Consejo de Ministros, no por un cuerpo electo por la ciudadanía europea (Parlamento Europeo), y dichos actos priman sobre el derecho interno y constitucional de los países que conforman la Unión.

8 Sentencia *M. Flaminio Costa v. Ente Nazionale per l'Energia Elettrica*, 15 de julio de 1964 (6/64).

conocido la supremacía del derecho comunitario sobre sus ordenamientos fundamentales.

El Tratado de Niza, publicado el 10-3-2001 en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, no contiene previsiones que resuelvan estos aspectos de orden constitucional, ya que tuvo por objeto más bien garantizar la *funcionalidad* del sistema, atendiendo la futura ampliación de la Unión Europea por el posible ingreso de doce países.⁹

La materia de este estudio se limita, por un lado, a exponer algunos problemas constitucionales y comunitarios que concurren por la propia coexistencia del proceso de integración y el derecho interno de los Estados miembros; por otro, a proponer algunas medidas que pueden conciliar los intereses nacionales y europeístas, en relación con esos aspectos.

II. BREVE REFERENCIA SOBRE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

A falta de una carta comunitaria de derechos del hombre, el Tribunal de Justicia, caso tras caso, ha efectuado un control *constitucional* de la normativa comunitaria, tomando como base el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como principios generales del derecho comunitario.¹⁰

La academia reporta que el motivo práctico que orilló al Tribunal de Justicia a establecer, vía jurisprudencial,¹¹ un sistema de

⁹ Los países candidatos son: Polonia, Hungría, República Checa, Eslovenia, Estonia, Chipre, Malta, Eslovaquia, Rumania, Bulgaria, Letonia y Lituania (incluso se llegó a considerar a Turquía), cuya fecha de ingreso se puede prolongar, en principio, en algunos casos, hasta diez años. Yataganas, Xenophon A., "The Treaty of Nice. The Sharing of Power and the Institutional Balance in the European Union A Continental Perspective", *Harvard Jean Monnet Working Paper*, núm. 01/2001, <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/95/9512ind.html>.

¹⁰ Dicha metodología se encuentra *actualmente* prevista en el tratado, pero se afirma que tal previsión es consecuencia de la construcción jurisprudencial realizada previamente por el tribunal comunitario.

¹¹ El Tribunal de Justicia afirma que la cesión de competencias de los Estados en áreas determinadas hace del ordenamiento comunitario un sistema *autónomo* de derecho (en ese

protección de derechos fue salvaguardar el principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, en atención a que la falta de control jurisdiccional comunitario de los actos provenientes de las instituciones del sistema de integración, susceptibles de contravenir derechos fundamentales, hubiera originado que los tribunales constitucionales de los países miembros sometieran dichos actos (comunitarios) a un control con base en sus respectivos ordenamientos supremos. Bajo esas circunstancias, el ordenamiento comunitario corría el grave riesgo de ser *reestatalizado*.¹²

Como veremos, además de la primacía, la necesidad de uniformidad¹³ en la aplicación del derecho comunitario condujo al Tribunal de Justicia a ejercer el control mencionado, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de un acto o norma comunitaria por parte de algún tribunal nacional, y su inaplicación consecuente en ese Estado, impediría lograr uno de los objetivos más importantes del tratado: la unidad de regulación y la armonización legislativa que requiere la propia existencia de un mercado común, en todos los países miembros.

El 7 de diciembre de 2000, el Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros y la comisión suscribieron la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; sin embargo, la mayoría de los Estados miembros decidieron que no se incluyera en el Tratado de Niza, por lo que *todavía* no es vinculante.

A este respecto, es interesante apuntar que en la sentencia *Mannesmannröhren-Werke AG* contra la comisión, dictada el 20 de febrero de 2001,¹⁴ el Tribunal Comunitario de Primera Instancia determinó no aplicar un derecho previsto en la carta antes mencionada (relacionado con el principio de presunción de inocencia, extendi-

ámbito), por lo cual considera que no es válido que los órganos nacionales utilicen el derecho interno como parámetro para enjuiciar la actividad de las instituciones de la comunidad. Sentencia *Stauder v. City of Ulm*, 12 de noviembre de 1969 (29/69). Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft GmbH v. Einfuhr-und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 de diciembre de 1970 (11/70). Sentencia *Nold (f.) KG v. Comisión*, 14 de mayo de 1974 (4/73).

¹² Chueca Sancho, Ángel G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2a. ed., Bosch, 1999, pp. 74-76.

¹³ Sentencia *Foto Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 22 de octubre de 1987 (314/85).

¹⁴ Sentencia *Mannesmannröhren-Werke AG v. Comisión*, 20 de febrero de 2001 (T-112798).

do a la materia administrativa), ante la solicitud del demandante, al considerar que el acto impugnado era de fecha anterior a la suscripción de la declaración de derechos mencionada, lo cual posiblemente pone de manifiesto la duda del tribunal sobre la conveniencia de realizar un pronunciamiento relativo a la obligatoriedad o no de dicho instrumento, ya que su consideración es sumamente cuestionable desde una perspectiva jurídica, puesto que evita aplicar una disposición que contiene un derecho de forma retroactiva sin justificación *aparente*, habida cuenta que su aplicación hubiera más bien beneficiado al promovente.

III. LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO COMUNITARIO

La participación de un país en la Unión Europea requiere una autorización constitucional que permita la atribución del ejercicio de competencias del Estado en favor del sistema de integración; por ende, a la jurisdicción constitucional corresponde determinar el contenido y alcance de dicha previsión. Bajo esa premisa, ningún Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía del derecho comunitario sobre su propio ordenamiento supremo.¹⁵ Los dos límites constitucionales impuestos al derecho comunitario, expresamente establecidos por algunos tribunales nacionales, son dos: los derechos fundamentales y la jurisdicción para determinar las fronteras de la competencia material de las instituciones comunitarias.

1. *Derechos fundamentales*¹⁶

Es ya de conocimiento general la evolución de los límites constitucionales del derecho comunitario impuestos por el Tribunal Constitucional alemán.¹⁷ En las sentencias conocidas como *Solange I*,

¹⁵ Rodríguez Iglesias, Gil Carlos, "Tribunales constitucionales y derecho comunitario", *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (homenaje al prof. M. Díez de Velasco)*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 1192.

¹⁶ Con el objeto de abarcar los temas propuestos, únicamente expondremos de manera ejemplificativa y general la posición de los tribunales constitucionales de algunos Estados miembros.

¹⁷ Kokott, Juliane, "The European Court and National Courts, Doctrine and Jurispru-

Solange II y *Maastricht*,¹⁸ principalmente, el tribunal alemán se declaró implícitamente última instancia¹⁹ para controlar la actividad comunitaria, tomando como parámetro los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn, núcleo intangible de dicho ordenamiento, según lo dispone su artículo 79. No obstante, en la decisión *Maastricht* suspendió dicho control y argumentó que desplegaría su actividad a través de una relación de cooperación con el Tribunal de Justicia. Así, mientras que al órgano jurisdiccional comunitario le correspondería garantizar una protección de derechos en cada caso concreto, el tribunal germano se limitaría a vigilar, de forma general, que el estándar alemán irrenunciable de tales derechos no fuera contravenido.²⁰

En España, el límite constitucional del derecho comunitario se puede extraer de la sentencia *Apesco*, dada en Madrid el 22 de marzo de 1991, en la cual el Tribunal Constitucional subrayó que la vinculación al derecho comunitario tiene fundamento en el artículo 93 constitucional, que permite a una instancia internacional o supranacional *el ejercicio*, no la titularidad, de competencias derivadas de la Constitución.²¹

Dicho órgano jurisdiccional determinó que no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones comunitarias, habida cuenta que sólo es procedente contra actividad de los poderes públicos españoles, según lo dispone el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; sin embargo, enfatizó que las autoridades internas continúan sujetas al ordena-

dence: Legal Change in its Social Context, Report on Germany”, *EUI Working Paper RSC*, núm. 95/25, Florence, European University Institute, pp. 13-17.

18 Las tres sentencias referidas son: 37 *BverfGE* 271, 29 de mayo de 1974; 73 *BverfGE* 339, 22 de octubre de 1986; y 20 *EuGRZ* 429, 12 de octubre de 1993.

19 Véase Rodríguez Iglesias, Gil Carlos, “Tribunales constitucionales...”, *op. cit.*, nota 15, p. 1193.

20 Tras la comprometedor argumentación, el tribunal alemán concluyó que no existía violación de derecho fundamental alguno en las tres decisiones de referencia.

21 Tal precepto permite que mediante la Ley Orgánica se autorice la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, por lo que se afirma que las leyes de esa índole constituyen ordenamiento constitucional negativo, en tanto reducen o contraen el ámbito de ejercicio de la soberanía estatal. Cruz Villalón, Pedro, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 128 y 129.

miento constitucional, independientemente del acceso de España a la Comunidad, de lo que se deduce que el ordenamiento supremo de ese país, en principio, es parámetro de validez²² de los actos o leyes dictados por órganos españoles en ejecución del derecho comunitario.²³

Bajo esa óptica, la actividad comunitaria puede ser objeto de control por parte del Tribunal Constitucional español a través del llamado *control previo* de constitucionalidad del tratado,²⁴ previsto en el artículo 95 de la Constitución española; los *procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*, establecidos en los artículos 27 y 28 de dicho ordenamiento, así como la *autocuestión de inconstitucionalidad*, prevista en el artículo 55. 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español. Tampoco se descarta la posibilidad de promover un *recurso de amparo* por violación al derecho de tutela judicial efectiva frente a una sentencia de un juez español que aplique una disposición en ejecución de derecho comunitario que se considere contraventora de derechos fundamentales.

En Italia,²⁵ hasta 1974, en la sentencia *Frontini*,²⁶ la Corte Constitucional precisó que las limitaciones de soberanía no pueden autorizar la violación de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional o los derechos inviolables de la persona

22 "...En la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional". Sentencia *Abesco* (Asociación Profesional de Empresarios de Pesca Comunitarios), 22 de marzo de 1991 (64/91).

23 Un análisis más profundo sobre esta cuestión en Alonso García, Ricardo, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

24 En la declaración de 1o. de julio de 1992, el Tribunal Constitucional se pronunció, en esa vía, sobre la constitucionalidad del artículo 8B del tratado. Rubio Llorente, Francisco, "La Constitución española y el Tratado de Maastricht", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 36, septiembre-diciembre de 1992, pp. 261-264.

25 Debido a la tradición dualista, en un principio, los conflictos de derecho interno y comunitario se resuelven en Italia bajo criterios de *lex posterior*. Sáinz Arnaiz, Alejandro, "El derecho comunitario, ¿parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas? (a propósito de la sentencia núm. 384 de 1994, de la Corte Costituzionale italiana)", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 2, 1995, p. 573.

26 Sentencia *Frontini v. Ministero delle Finanze*, 27 de diciembre de 1973 (183/73). Sentencia *Acciaierie S. Michele v. Ceca*, 27 de diciembre de 1965 (98/66). Pinelli, Césare, "La Jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana en Materia de Derecho Comunitario: Puntos de Partida para su Reconstrucción", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, 1983, p. 60.

humana. De este modo, aunque reconociendo su propia incompetencia jurídica para conocer de la cuestión constitucional de reglamentos comunitarios, puesto que el artículo 134 constitucional limita ese control a leyes o actos estatales y de las regiones, la corte afirmó que podría juzgar la compatibilidad del tratado con los citados principios fundamentales, lo cual reiteró posteriormente en las sentencias *Granital*²⁷ y *Fragd*.²⁸

Una de las manifestaciones más explícitas y herméticas sobre la recepción del derecho comunitario es la que expuso lord Denning en la sentencia *Macarthys Ltd.*, en donde consideró que el derecho comunitario prima sobre el derecho nacional, por así haberlo establecido el parlamento británico en la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, por lo que, si dicho cuerpo soberano, de forma deliberada, elaborara una ley que desconociera el tratado de manera expresa, sería el deber de los jueces nacionales respaldar tal determinación.²⁹

2. *Kompetenz-Kompetenz*³⁰

Varios fueron los motivos que produjeron la erosión de los límites de competencia material de la comunidad cedida por los Estados miembros: el establecimiento del mercado común, con la armonización de legislaciones que ello implica; la previsión de cláusulas de apoderamiento en el tratado;³¹ la doctrina *constitucio-*

27 Sentencia *Granital*, 8 de junio de 1984 (170/84).

28 Sentencia *SpA Fragd v. Ministero delle Finanze*, 21 de abril de 1989 (232/89).

29 Sentencia *MaCarthys Ltd v. Smith*, 129/79 (1981). Véase Craig, P. P., "The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context, Report on the United Kingdom", *EUI Working Paper RSC*, Florence, European University Institute, núm. 95/29.

30 Término alemán que utilizaremos para referir la facultad de un órgano para emitir un juicio vinculante sobre los límites de su propia jurisdicción. Hartley, Trevor C., *Constitutional problems of the European Union*, Hart Publishing, 1999, p. 152. ¿Qué órgano tiene la jurisdicción para decidir sobre los límites de competencia material de las instituciones comunitarias?

31 La cláusula de apoderamiento prevista en el tratado dispone: "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes".

nalizante contenida en algunas sentencias³² del Tribunal de Justicia; así como las cuatro libertades básicas del sistema, garantizadas de forma implacable por dicho órgano jurisdiccional (libertad de circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales).³³

La academia ha demostrado que los gobiernos de los Estados miembros propician toda esa erosión del principio de atribución de competencias previsto en el tratado, de acuerdo con lo siguiente.

Durante el periodo fundacional del sistema de integración europeo, la realidad rebasó las previsiones del tratado que ya dotaban a las comunidades de una estructura y un funcionamiento jurídico de carácter supranacional.³⁴ Esto fue así, porque el Consejo de Ministros³⁵ adopta las decisiones comunitarias por unanimidad,³⁶ aun cuando el tratado establecía para ello, en algunas

32 "...Que los nacionales de los Estados reunidos en la Comunidad están llamados a colaborar por medio del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social, al funcionamiento de esta Comunidad... que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico internacional... cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho Comunitario... así como crea obligaciones para los particulares, está también destinado a engendrar derechos que entran en su patrimonio jurídico...". Sentencia *Van Gend en Loos v. Nederlandse Belastingadministratie*, 5 de febrero de 1963 (26/62). Cabe precisar que en posteriores sentencias el tribunal de justicia se refiere al sistema como un nuevo orden jurídico sin señalar que ese orden es de naturaleza internacional. Doctrina de primacía: Sentencia *M. Flaminio Costa v. E.n.E.l.*, 15 de julio de 1964 (6/64). Doctrina de efecto directo de directivas: Sentencia *Faccini Dori*, 14 de julio de 1994 (c-91/92). Doctrina de poderes implícitos: Sentencia *AETR, Comisión v. Consejo*, 31 de marzo de 1971 (22/70). Doctrina de derechos fundamentales: Sentencia *Stauder v. City of Ulm*, 12 de noviembre de 1969 (29/69).

33 García de Enterría, Eduardo, "La regulación de las competencias de la Unión en el Proyecto de Constitución", *La Constitución europea*, Actas, 1994, pp. 197-200.

34 Nos referimos a las disposiciones del tratado que prevén que la toma de decisiones por el Consejo de Ministros requiere una votación de mayoría en algunas materias, lo cual tiene singular importancia, porque es posible adoptar determinaciones aun en contra de la voluntad de alguno de los Estados miembros (característica esencial de todo sistema supranacional, *desde una perspectiva jurídica*). Weiler, Joseph H. H., "The Transformation...", *op. cit.*, nota 6, p. 30.

35 El Consejo de Ministros es la institución comunitaria que representa los intereses de los Estados miembros. Está compuesto por un representante de cada Estado de rango ministerial que, en la materia respectiva, está facultado para comprometer a su gobierno en el ámbito comunitario. Puede decirse que es el órgano legislativo de la Comunidad.

36 La unanimidad en la toma de decisiones se origina principalmente a partir del *compromiso de Luxemburgo*, que surge debido a la llamada "crisis de la silla vacía" provocada por Francia (los representantes de este país simplemente no acudían a la votación cuando se pretendía tomar decisiones, principalmente en materia agraria, que requerían de unanimidad). Por virtud de dicho acuerdo *político*, las naciones comunitarias se comprometen, en esa época, a adoptar por unanimidad de votos (aun cuando en el tratado se encontrara previsto

materias, la regla mayoritaria. El requisito del consenso provoca que cualquier Estado pueda vetar las decisiones que el conjunto de los demás países quisiera decretar, por lo que cada nación estaba en posibilidad de sobreponer sus intereses a los del aparato "comunitario".³⁷

Se afirma que los propios Estados propician ese fortalecimiento material del sistema, porque en esa etapa fundacional la comunidad era, más que un poder invasor, un instrumento en manos de los gobiernos nacionales, ya que el Poder Ejecutivo de los miembros (que compone el Consejo de Ministros, órgano legislador de la comunidad) se encontraba en posibilidad de adoptar normativa comunitaria (jerárquicamente superior al derecho nacional, conforme a la doctrina de primacía) sin consultar a sus parlamentos nacionales.³⁸

Por esas razones, durante esa etapa inicial no puede hablarse de *cesión de soberanía* de los Estados frente a la comunidad.

El control del desarrollo y evolución del sistema por parte de cada uno de los Estados miembros, por virtud de la fórmula de unanimidad en la toma de decisiones, produce dos efectos: por un lado, que casi ningún núcleo de los poderes nacionales quede fuera del alcance comunitario, según las razones anotadas; por

que podían adoptarse por mayoría) aquellas decisiones que pudieran resultar de vital interés para cualquier miembro e implicara un riesgo importante para su régimen interno. Alonso García, Ricardo, *Derecho comunitario...*, cit., supra nota 23, pp. 18 y 19.

37 Esa misma lógica es la que justifica el principio mayoritario que opera a nivel estatal: El supuesto de unanimidad implica siempre que el orden pretendido se haga depender de una sola voluntad, porque la toma de una decisión depende de la concurrencia de todas las voluntades, por lo que una parte minoritaria puede originar que la decisión respectiva simplemente no se adopte. En este caso, el interés general se sujeta al interés de una sola voluntad. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, pp. 339-341.

38 Algunos autores afirman que esa situación contribuyó al desarrollo armonioso del sistema, pues de no haber tenido en sus manos el control real del proceso de toma de decisiones, los Estados probablemente no hubieran aceptado la doctrina *constitucionalizante* del Tribunal de Justicia, ni propiciado la expansión de la competencia material de la Comunidad. Además, durante esa etapa, los Estados difícilmente evaden las obligaciones comunitarias, ya que estaba en sus manos adoptarlas o no. También se afirma que los miembros fomentaron el fortalecimiento de la Comunidad, porque ello implicó siempre el incremento de poder del órgano ejecutivo de los Estados, dado que el tratado otorga a ese poder (Consejo de Ministros) el carácter de legislador máximo de la Comunidad. Weiler, Joseph H. H., "The Transformation...", op. cit., nota 6, pp. 34-38, 59.

otro, que la comunidad se viera imposibilitada para lograr una más estrecha integración que consolidara el mercado común. Esto último llevó a los propios Estados a sustituir, en algunas materias, la unanimidad por la mayoría de votos en el proceso decisorio comunitario, a través de una reforma que dio lugar al tratado comunitario denominado Acta Única Europea (1986).

No fue lo mismo para los Estados soportar la doctrina constitucionalizante del Tribunal de Justicia y la abstracción de los límites competenciales de la comunidad sin su poder de veto en la toma de decisiones. La vaguedad de los límites de competencia material del sistema, producida según las circunstancias narradas, derivó un segundo límite constitucional del derecho comunitario.

A través de la sentencia Maastricht,³⁹ dictada el 12 de octubre de 1993, el tribunal germano estableció un segundo límite constitucional al desarrollo del proceso de integración, al reservarse la jurisdicción para declarar inaplicables en Alemania los actos *ultra vires*, es decir, los emitidos por las instituciones comunitarias en exceso de la competencia que les fue transferida, y que por esta razón invaden el ámbito material que todavía pertenece al legislador alemán.

Para llegar a esa determinación, el Tribunal Constitucional comenzó precisando que la legitimación democrática de la Unión Europea tiene lugar en virtud de la conexión de la actuación de las instituciones europeas con los parlamentos de los Estados miembros más la intervención del Parlamento Europeo,⁴⁰ aunque

39 Sentencia 20 *EuGRZ* 429 (1993), 12 de octubre de 1993. Constituye la resolución a dos recursos de amparo. Uno de ellos dirigido a combatir la ley de aprobación del Tratado de Maastricht de 28 de diciembre de 1992, y el otro contra la ley modificativa de la Ley Fundamental de Bonn de 21 de diciembre de ese año, en cuanto a la adición del artículo 23 que fija algunos límites a la transmisión de derechos de soberanía en favor del sistema de integración. El tribunal germano únicamente encontró procedente el recurso de amparo promovido contra la ley de aprobación del Tratado de la Unión Europea, concretamente, en cuanto a la alegación referente a la violación de la garantía reconocida en el artículo 38-1 y 2 de su ley fundamental, que contiene el derecho de participación del ciudadano alemán en las elecciones del parlamento nacional, según los principios democráticos que implican su concurrencia en la legitimación del poder público alemán y el correlativo derecho a influir en el ejercicio del poder público desempeñado por la Dieta Federal. Dicha decisión puede relacionarse con la concepción kelseniana del principio democrático como *derecho subjetivo político*. Kelsen, Hans, *Teoría general...*, cit., nota 37, pp. 102-104.

40 Fundamento C-I-2-B2).

implícitamente subrayó que la legitimación dotada por este último órgano de representación es en menor proporción que la que suministran los parlamentos nacionales, en atención a que, aun cuando los miembros del Parlamento de la Unión Europea son electos directamente por la ciudadanía europea, sus facultades le impiden tener una influencia importante en la toma de decisiones comunitarias, pues no se equiparan a las que poseen los parlamentos nacionales.⁴¹ Estimó así que el desarrollo material del tratado no puede ser automático, sino que debe encontrar sustento en la voluntad de los Estados miembros, porque en la ley (interna) de autorización para ratificar el ingreso al sistema reside la legitimación democrática, tanto de la existencia de la comunidad como de sus atribuciones para adoptar resoluciones mayoritarias que vinculen a sus miembros y gobernados.⁴²

El tribunal consideró que la Unión Europea funciona bajo el principio de atribución de competencias, que determina que la modificación o ampliación competencial del sistema requiere un procedimiento formal de revisión (reforma) del tratado, donde participan los Estados miembros con la correspondiente intervención final de sus parlamentos nacionales. Agregó que el principio de atribución de competencias deriva también de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn, que exige una ley de autorización para cualquier enmienda de los fundamentos contractuales del sistema comunitario.⁴³ El tribunal concluyó estableciendo que el *desarrollo jurídico judicial comunitario* (activismo del Tribunal de Justicia), a través de una interpretación de los tratados

41 El sistema de toma de decisiones comunitario no otorga al Parlamento Europeo la facultad de establecer actos normativos vinculantes, como sucede en los estados democráticos. Su facultad más amplia consiste en el poder de veto de decisiones que el órgano legislativo comunitario, el Consejo de Ministros, pretendiera establecer, y dicha atribución sólo opera en algunas materias. A partir de la suscripción del Tratado de Niza (2001) se amplían las materias (aproximadamente 7) cuya regulación se adopta a través del citado proceso, llamado de co-decisión, en conexión con la mayoría calificada de votos del legislador comunitario.

42 Fundamento C-I-2-a).

43 Fundamento C-II-2c). Conforme al artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn, la adhesión de Alemania a la Unión Europea y su perfeccionamiento mediante modificación o ampliación de competencias requiere una ley que tiene que hallar el respaldo de las mayorías cualificadas que menciona el artículo 79 de dicho ordenamiento supremo. La vigencia y aplicación del derecho europeo en Alemania va a depender de la orden de aplicación jurídica de la Ley de ratificación correspondiente, emitida por el Parlamento nacional.

con arreglo al espíritu del mayor aprovechamiento posible (*effett utile*) o una legislación que supere los límites del tratado (por ejemplo, el abuso de la aplicación de la cláusula de apoderamiento ya referida) no se encontrarían respaldados por el derecho comunitario ni cubiertos por la ley de autorización requerida para cualquier enmienda de los fundamentos contractuales de la Unión Europea, por lo que tal interpretación extensiva no desplegaría efectos vinculantes en Alemania.⁴⁴

La sentencia del Tribunal Constitucional alemán cobra su máxima expresión cuando afirma que los Estados miembros son los controladores de los tratados (*masters of the treaties*), porque si bien suscribieron los acuerdos por un periodo ilimitado de tiempo, pueden revocar su pertenencia a la Unión Europea mediante un acto en sentido contrario al de su establecimiento,⁴⁵ lo cual el tribunal sustentó en el artículo A del Tratado de la Unión Europea que, estimó, sirve de fundamento a una asociación de Estados con vistas a lograr una unión cada vez más estrecha de los pueblos de Europa organizados en Estados, pero no un Estado cimentado en un pueblo europeo.⁴⁶

De esa forma, luego de la interpretación de los tratados y de la Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal Constitucional alemán se reservó la facultad de examinar si los actos derivados de las instituciones comunitarias respetan los límites de los derechos de soberanía otorgados por el Estado germano,⁴⁷ concluyendo que la competencia sobre la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) no se encuentra prevista a cargo de las instituciones comunitarias, aunque sorpresivamente terminó desestimando el recurso.

El 31 de marzo de 1998, el Tribunal Constitucional alemán reiteró implícitamente la doctrina contenida en la sentencia *Maas-tricht*, al resolver los recursos en contra de las decisiones del gobierno federal y el Parlamento alemán en favor del ingreso definitivo a la unión monetaria, pronunciándose sobre la compatibilidad

44 Fundamento C-II-2-b).

45 Fundamento C-II-1a), cuarto párrafo.

46 Fundamento C-I; C-II-2-d(5).

47 Fundamento C-I-3.

de dichos actos con el derecho de sufragio y el derecho a la propiedad contenidos en los artículos 38.1 y 14.1 de la Ley Fundamental de Bonn, respectivamente.⁴⁸

El criterio antes expuesto fue acogido, en términos generales, por la Suprema Corte danesa el 6 de abril de 1998, al resolver un recurso promovido contra la ratificación parlamentaria del Tratado de Maastricht, por supuestamente contravenir el artículo 20 de su Constitución.⁴⁹ En dicha sentencia, la corte danesa estableció que, en casos excepcionales y tras el juicio del órgano de justicia comunitario, podría revisar si un acto normativo o determinada decisión se encuentra dentro de los límites materiales conferidos a la comunidad.⁵⁰

IV. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DERIVADOS DEL DÉFICIT DE LEGITIMACIÓN DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN EUROPEO

1. *Escenario primero: Control por parte del Tribunal de Justicia*

A. *Derechos fundamentales*

Con gran sentido lógico se ha llegado a afirmar que un derecho fundamental garantizado en la Constitución de cualquier Estado miembro debe ser tutelado también en el ámbito comunitario por el Tribunal de Justicia, porque lo contrario significaría que los Estados miembros transfirieron a la comunidad el poder para violar su ordenamiento supremo.⁵¹ Esa posición supone que si el Tri-

⁴⁸ El tribunal desestimó ambos planteamientos, pero el hecho de considerar procedentes los recursos y abordar el estudio de fondo de las cuestiones planteadas pone de manifiesto que mantuvo la postura expuesta en la sentencia Maastricht. Véase Azpitarte Sánchez, Miguel, "El control de constitucionalidad del acceso alemán a la tercera fase de la unión monetaria (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 31 de marzo de 1998)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, núm. 55, enero-abril de 1999.

⁴⁹ Sentencia *Carlsen v. Rasmussen*, 6 de abril de 1998 (361/97).

⁵⁰ Fundamentos 9.2, 9.6, 9.7.

⁵¹ Pescatore, Pierre, "The protection of Human Rights in the European Communities", citado por Stein, Eric, "Lawyers, Judges...", *cit.*, nota 3. Conclusiones del abogado general Warner relativas a la sentencia *Industria Romana Carni e Affini Spa v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, 7 de julio de 1977 (7/76). Weiler, Joseph H. H., "Fundamental Rights and Funda-

bunal de Justicia, al resolver determinada controversia en materia de derechos fundamentales, adopta el nivel de protección estatal más elevado de todos los miembros, traspolado del país que cuente con el rango más alto de salvaguarda con respecto al derecho fundamental implicado, se encontrará lejos de la injerencia de los tribunales constitucionales de los Estados miembros, ante el cumplimiento y superación de todos los demás niveles nacionales de protección.

No obstante, el tribunal comunitario dejó a un lado ese camino, lo cual parece ser una solución equilibrada, en atención a lo siguiente.

La idea de libertad tiene una significación de carácter negativo, por ser la ausencia de toda sujeción, de toda injerencia a esa cualidad intrínseca del hombre.⁵² La incorporación del individuo en un orden social da fin a ese grado absoluto e incondicional de la mayoría⁵³ de los derechos connaturales a su persona, los cuales van a disminuir en la proporción necesaria que permita el imperio de la razón y justicia dentro del orden colectivo correspondiente. El disfrute ilimitado de los derechos inmanentes del hombre cede frente al grupo en donde se halla integrado, en función de principios de convivencia social.

El balance del interés individual y del interés colectivo va a conformar la medida del derecho fundamental de que se trate, lo cual dependerá de la historia, cultura e idiosincracia del grupo social específico. Es decir, el grado de incondicionalidad de un derecho individual va a depender del bien común⁵⁴ y de la existencia de los derechos fundamentales de los demás miembros del orden social.⁵⁵ “Una declaración de derechos es también una de-

mental Boundaries; On the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space”, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999.

52 Kelsen, Hans, *Teoría general...*, cit., nota 37, p. 337.

53 La libertad natural se restringe a partir de que el individuo se halla en sociedad, aunque la dignidad del hombre no debe ceder en función de interés colectivo alguno.

54 “Los derechos no pasan por el pacto social como un rayo de luz por un espejo... Los derechos formulados como naturales y previos no son los mismos que los del hombre en sociedad...”. Cruz Villalón, Pedro, *La curiosidad...*, cit., nota 21, pp. 34-35.

55 “No hay libertad para atentar contra la libertad”. El artículo 4o. de la Declaración francesa de los derechos humanos de 1789, ya apuntaba que: “el ejercicio de los derechos

claración de deberes. Los que son mis derechos como hombre, son también derechos de los demás, y será para mí un deber tanto reconocerlos como gozarlos”.⁵⁶

Los niveles de protección de derechos fundamentales van a variar de un Estado a otro, dependiendo su historia, cultura e idiosincracia, porque implican una elección y jerarquización de principios y valores que la colectividad considera trascendentes.⁵⁷ Por tanto, cada sociedad buscará lograr una ordenación de los bienes jurídicos fundamentales para fijar un régimen de relaciones en el que tengan eficacia tanto los intereses individuales como los colectivos.⁵⁸ El derecho a la vida puede ser absoluto en algunas sociedades; en otras puede encontrarse condicionado en cierto grado, por ejemplo, por el derecho de libertad de la madre en el tema del aborto.⁵⁹

Debido a este conjunto de elementos históricos y culturales que participan en el concepto de derechos fundamentales, como elección de los valores individuales y colectivos de una sociedad, constituyen un elemento de diferenciación⁶⁰ entre los distintos países. El balance entre los derechos individuales y los intereses colectivos es el factor que variará de una sociedad a otra, dependiendo el conjunto de valores que en cada orden se consideren prioritarios.

naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos”. Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993, pp. 210-215.

56 Paine, Th., *Die Rechte des Menschen*, citado por Häberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Minima Trotta, 1998, p. 62.

57 Weiler, Joseph H. H., “Fundamental Rights...”, *op. cit.*, nota 51, p. 107.

58 Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, *Manual de derecho constitucional*, trad. por Antonio López Pina, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, pp. 89-91.

59 Sentencias de la corte federal norteamericana *Roe v. Wade*, *Doe v. Bolton* (1972), *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* (1976), *Harris v. Mcrae* (1980), *Akron v. Akron Center for Reproductive Health* (1983), *Webster v. Reproductive Health Services* (1989), *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992). Tarr, Alan G., *Judicial Process and Judicial Policymaking*, 2a. ed., West Wadsworth, 1999, pp. 323-332. Véase también la sentencia del Tribunal Constitucional alemán 1BvR 653/96, de 15 de diciembre de 1999, en donde realiza una ponderación de dos derechos fundamentales en conflicto: la libertad de prensa y el derecho de personalidad (respeto a la esfera privada de la persona). Estas cuestiones no están lejos de la realidad en el ámbito comunitario. En Holanda el aborto se encuentra previsto como derecho individual y en Irlanda está prohibido por disposición constitucional.

60 Weiler, Joseph H. H., “Fundamental Rights...”, *op. cit.*, nota 51, pp. 108-116.

Acoger el nivel máximo de protección de cierto derecho fundamental reconocido en determinado Estado significaría adoptar el balance de dicho Estado para toda la comunidad,⁶¹ es decir, establecer para todos los demás países la jerarquización y prioridad de valores y principios culturales elegidos por una minoría. Por lo anterior es erróneo que exista interés de los Estados miembros en contar con un nivel máximo de protección de los derechos fundamentales, porque ese hecho provocaría inclinar la balanza hacia el lado de los intereses individuales *en todos los casos*. Más bien, lo que interesa a cada país es mantener su propia balanza, porque en esa medida se respetará y se mantendrá el cuadro jerárquico específico de los valores que en ese orden han imperado.

En la práctica, el Tribunal de Justicia, al resolver un asunto de esta naturaleza, adopta un grado de salvaguarda propiamente comunitario, que extrae de las tradiciones constitucionales de los integrantes del sistema, tomadas en cuenta como un bloque axiológico, más que como un listado global de derechos, con el fin de considerar la idiosincracia y los valores culturales de todos los nacionales de los países miembros, como integrantes y ciudadanos en el nuevo orden comunitario europeo.⁶² Bajo esas condiciones, el Tribunal de Justicia no necesariamente reconocerá como principio general del ordenamiento comunitario cualquier derecho fundamental previsto en alguna de las Constituciones de los miembros, en atención a que al mismo tiempo que extrae los derechos respectivos de las tradiciones constitucionales, toma en consideración las limitaciones que en cada Estado presentan, lo cual también sustrae de las tradiciones constitucionales correspondientes.⁶³

Desde esta óptica, es posible afirmar que el conflicto de este escenario 1 se da por la propia actividad del Tribunal de Justicia en la protección de derechos, toda vez que cualquiera que sean los niveles de tutela que adopte, al resolver determinado caso, podrá ocasionar que se aplique al nacional de un Estado miembro

61 *Idem*.

62 Sentencia *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, 13 de septiembre de 1979 (44/79).

63 Sentencia *Nold (J.) KG v. Comisión*, 14 de mayo de 1974 (4/73).

una protección inferior a la que reconoce en su favor el orden jurídico estatal al que pertenece.⁶⁴

¿Dónde reside la legitimación social y formalmente necesaria para que el tribunal comunitario establezca, al resolver determinado caso concreto, una protección inferior a la reconocida en cierto ordenamiento constitucional? ¿Será suficiente para ello la aprobación realizada por los parlamentos nacionales de las disposiciones del tratado que prevén la metodología de protección de derechos a nivel comunitario, cuando dichos poderes estatales se encuentran supeditados a ese núcleo constitucional nacional expresa⁶⁵ o implícitamente⁶⁶ intangible?

B. *Kompetenz-Kompetenz*

Proponiendo tácitamente la exclusión del Tribunal de Justicia en la resolución de las controversias sobre límites de competencia material de la Unión, se afirma que un problema jurídico de esta naturaleza implica un conflicto entre aquellos Estados que respaldan el acto jurídico competencialmente lesivo, y aquéllos que rechazan la existencia de una legalidad competencial, por lo que sería necesario recurrir a un mecanismo de solución de conflictos de derecho internacional público, por ejemplo, ante el Tribunal

64 En el asunto 137/1985, resuelto en Madrid el 17 de octubre de dicho año, el Tribunal Constitucional español determinó: "...nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas...". Sentencia Derivados de Hojalata, S. A., 17 de octubre de 1985 (137/1985), fundamento tercero. Posteriormente, en los asuntos acumulados 46/87 y 227/88, resueltos el 21 de septiembre de 1989, el tribunal comunitario resolvió: "...No puede extraerse una conclusión diferente del artículo 8o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo apartado 1 prevé que 'toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia'. El objeto de la protección de este artículo abarca el ámbito del desenvolvimiento de la libertad personal del hombre y no puede por tanto extenderse a los locales empresariales...". Sentencia *Hoechst AG v. Comisión*, 21 de septiembre de 1989 (46/87, 227/88), fundamentos 17 y 18. Curiosamente, el Tribunal Constitucional español en el año de 1999 (sentencia 69/1999) matizó su posición considerando que si bien las personas jurídicas son titulares de ese derecho, su alcance es más restringido que para las personas físicas.

65 Artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn.

66 Neff, *Materielle Schranken*, citado por Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 286.

Internacional de La Haya.⁶⁷ A este respecto, no falta quien reconozca que en supuestos excepcionales (notoria falta de competencia)⁶⁸ pudiera encontrarse justificada la facultad de revisión y rechazo a cargo de tribunales estatales. Asimismo, admitiendo también tácitamente la parcialidad del Tribunal de Justicia en la resolución de este tipo de asuntos, se ha propuesto la creación de un órgano compuesto por miembros de los tribunales constitucionales o equivalentes de los Estados miembros, precedido por el presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea,⁶⁹ con jurisdicción para decidir sobre cuestiones de competencia y relativas al principio de subsidiariedad. En este mismo sentido, se ha planteado que sería benéfico que los tribunales constitucionales nacionales coordinaran su actividad de tal forma que tomaran en consideración las decisiones que otros dictaran en relación con conflictos sobre delimitación de competencia material de las instituciones comunitarias.⁷⁰

Esa exclusión del tribunal comunitario en la resolución de estas controversias que, en general, proponen algunos académicos, es coincidente con la voluntad de los Estados miembros, cuando previeron en el tratado dejar fuera de control jurisdiccional comunitario las materias de relaciones exteriores y seguridad común, cooperación policial y judicial penal, salvo las limitadas excepciones previstas en los capítulos respectivos.

67 Stein, Torsten, "La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 3, 1994, p. 765.

68 Weber, Albrecht, "El Control del Tratado de Maastricht por la Jurisdicción Constitucional desde una perspectiva comparada", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, núm. 45, septiembre-diciembre de 1995, pp. 49-51.

69 Weiler, Joseph H. H. y Haltern, Ulrich R., "The Autonomy of the Community Legal Order Through the Looking Glass", *Harvard Jean Monnet Working Paper*, núm. 10/96, <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/papers96.html>

70 Hartley, Trevor C., *Constitutional problems...*, cit., nota 30, p. 162. En ese mismo sentido, Kumm, Mattias, "Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice", *Common Market Law Review*, vol. 36, núm. 2, abril de 1999, p. 381.

2. *Escenario segundo: Control constitucional de la actividad comunitaria por los tribunales nacionales*

El derecho de un Estado para juzgar sobre la validez de un acto emitido con fundamento en el tratado fue transferido al tribunal comunitario a través de la suscripción de dicho acuerdo internacional, y mediante la fuente de derecho interno que lo incorporó, en su caso.⁷¹ Por tanto, el control que ejercen los tribunales nacionales sobre el derecho comunitario es contrario al tratado, al derecho internacional y en ocasiones al propio derecho interno (a la ley que incorpora o autoriza el tratado).

El Tribunal de Justicia (comprendiendo al Tribunal de Primera Instancia) tiene el monopolio en la interpretación y aplicación, en última instancia, del derecho comunitario, por lo que constituye un órgano decisorio terminal cuya función incluye decidir sobre el alcance de las competencias derivadas del tratado, lo cual obliga a que se acepten incluso aquellas sentencias que resulten erróneas o sean vistas como tales.⁷² El tratado dispone una vía específica para que el tribunal determine si un acto comunitario es o no contrario al reparto de competencias;⁷³ además, existen disposiciones que obligan a los tribunales nacionales de última instancia a plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial cuando consideren que un acto comunitario es inválido (por ejemplo, si consideran que fue emitido en exceso de competencia o que es contrario a algún derecho fundamental).⁷⁴

Nemo debet esse iudex in propria causa (nadie puede ser el juzgador de su propia causa) es un principio jurídico funcional que encuentra amplia justificación en este caso, porque frente a un conflicto relativo a la aplicación o al alcance de un tratado internacional, las partes suscriptoras deben encontrarse impedidas

71 Stein, Torsten, "La sentencia...", *cit.*, nota 67, p. 758.

72 *Ibidem*, pp. 763 y 764.

73 Weber, Albrecht, "El Control...", *cit.*, nota 68, p. 49.

74 Weiler, Joseph H. H. y Haltern, Ulrich R., "The Autonomy...", *cit.*, nota 69. Sobre la interpretación unilateral de tratados internacionales, véase, por ejemplo, las reacciones de la clase política y académica que suscitó el caso del acuerdo denominado *Anti-Ballistic Missile Treaty* en Koh, "Why Do Nations Obey International Law?", *Yale Law Journal, International Law*, 3a. ed., Aspen Law & Business, núm. 106, 1999, pp. 48-52.

para autodecidir dicha cuestión, en virtud de que una decisión vinculante en relación con tal conflicto requiere ser resuelta por todas las partes en conjunto, o por un órgano instituido por éstas, pues lo contrario implicaría supeditarlas a la autodecisión de algún Estado, en contravención del principio de igualdad que regula las relaciones en materia de derecho internacional.⁷⁵

En segundo término, el control de los tribunales nacionales sobre el derecho comunitario atenta contra el principio de uniformidad que requiere la efectividad del sistema. Joseph H. H. Weiler ejemplifica esa situación indeseable: Si en un Estado miembro se declara inaplicable una disposición comunitaria, verbigracia, por considerarse emitida en exceso de competencia o violatoria de derechos fundamentales, los demás Estados en sus relaciones con aquél no estarían obligados a aplicar la mencionada norma, por virtud del principio de reciprocidad internacional, pero continuarían obligados a acatarla en sus relaciones con los otros Estados miembros. Así, llegaría un momento en que, tras varias declaraciones de inaplicabilidad de diversas normas de derecho comunitario en diferentes Estados miembros, dejaría de existir certeza jurídica en cuanto a la eficacia y validez del derecho del sistema de integración europeo y, consecuentemente, no podría ser aplicado de manera uniforme en todos los Estados, por lo que resultaría imposible que se lograra el objetivo más importante del tratado, esto es, la unidad de regulación y la armonización legislativa de los países miembros, con la finalidad de lograr *una unión más estrecha entre los pueblos europeos*.⁷⁶

Además, la postura constitucionalista llevada al extremo choca frontalmente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el caso *Foto Frost*,⁷⁷ donde se ha apelado por la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario.⁷⁸ Tampoco debemos olvidar

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 23-25.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 28 y 36.

⁷⁷ Los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen competencia para declarar la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias. Sentencia *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 22 de octubre de 1987 (314/85).

⁷⁸ La transformación de la confederación norteamericana en Estado federal produjo conflictos similares a los que actualmente enfrenta la Unión Europea. Al elaborar la sentencia *Martin v. Hunter's Lessee* y establecer la competencia de la Suprema Corte para conocer del

que la decisión de un órgano jurisdiccional nacional que produzca como efecto la inaplicación de alguna disposición comunitaria, puede devenir incumplimiento del Estado respectivo.⁷⁹

La participación irrestricta de los Estados, a través de sus tribunales constitucionales, prácticamente acabaría por desintegrar la unión, al desencadenar un retroceso del sistema hacia el periodo fundacional, aunque esta vez, el veto representado por la “silla vacía” del Estado francés podría ser protagonizado por la actitud renuente de algún tribunal nacional.

El control constitucional desplegado por los tribunales nacionales sobre la normativa comunitaria también es criticable desde una perspectiva de derecho constitucional. Como ya vimos, la incorporación de un país al sistema de integración se realiza a través de una previsión constitucional que lo permite. Claro que en cada país esa previsión constitucional tiene un alcance diverso. En Alemania, por ejemplo, dicha disposición se encuentra contenida en el artículo 23 de la Ley Fundamental, que puede interpretarse con una amplitud y profundidad singular, al grado de poder considerarse como fin del Estado germano la procuración y promoción de la unidad europea.

Desde esa óptica, los tribunales constitucionales resultan vinculados por la voluntad del constituyente, originario o permanente,

asunto en el que estaban en juego intereses del estado de Virginia, una de las razones que Joseph Story utiliza como fundamento es la necesidad de uniformidad en la aplicación del derecho federal en los Estados. Bloom, Steve J., “The European Union after the Maastricht Decision: Is Germany the ‘Virginia of Europe?’”, *Harvard Jean Monnet Working Paper*, núm. 5/95, <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/95/9505ind.htm>. Las diferencias y similitudes del sistema comunitario con la evolución de Estados Unidos de América se desarrolla en Cappelletti, Mauro *et al.* (eds.), *Integration Through Law*, Berlín-Nueva York, 1986.

⁷⁹ El tratado establece la posibilidad de imponer el pago de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva al Estado que no haya acatado la sentencia declarativa de incumplimiento. Por otro lado, y sin perjuicio del citado procedimiento, el Tribunal de Justicia ha establecido, a través de su jurisprudencia, el principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario, al determinar que éstos se encuentran obligados a reparar los daños causados a los particulares por violaciones del ordenamiento comunitario, siempre que se reúnan una serie de requisitos. Sentencia *Franco v. Italia*, 19 de noviembre de 1991 (6/90 y 9/90); Sentencia *Brasserie du Pecheur v. Secretary of State for Transport*, ex parte Factortame Ltd., 5 de marzo de 1996 (46/93 y 48/93); Sentencia *British Telecommunications plc. v. Reino Unido*, 26 de marzo de 1996 (392/93). Véase Alonso García, Ricardo, *La responsabilidad de los Estados miembros por la infracción del derecho comunitario* Madrid, Civitas, 1997.

según el caso, consistente en dejar atrás el hermético Estado nacional sustentado en principios de soberanía tradicional, por lo cual están obligados a proveer por la unidad y eficacia del sistema de integración europeo, de tal forma que, al ejercer su control, tomen en consideración esa vinculación constitucional al actual aparato supranacional de la Unión Europea (incluyendo las sentencias del Tribunal de Justicia), y no solamente los derechos fundamentales reconocidos en su ordenamiento supremo.⁸⁰

Es interesante precisar que el 3 de marzo de 1994, la Cámara de los Loes emitió la sentencia conocida como *Equal Opportunities Comission*,⁸¹ en la cual admiten la posibilidad de que cualquier tribunal británico pueda hacer un pronunciamiento contra las leyes del Parlamento, al margen de cualquier aplicación concreta, pero sin incluir una declaración de invalidez de una Ley del Parlamento británico que contradiga el derecho comunitario, o bien los tratados o cualquier norma secundaria. Aunque dicha posibilidad no incluye una declaración expresa de invalidez, lleva implícito un efecto de inaplicación de la ley respectiva, lo cual pone de manifiesto el grado paulatino de aceptación del derecho comunitario por parte de los Estados miembros, incluso en uno de los países más herméticos en cuanto a la recepción del proceso, situación que refleja, de alguna manera, la voluntad de los Estados miembros de mantener la aplicación uniforme del ordenamiento, independientemente de su tradición jurídico-constitucional.

80 Kumm, Mattias, "Who is...", *cit.*, nota 70, pp. 378-385.

81 La trascendencia de dicha decisión radica en que, hasta ese momento, los jueces del Reino Unido no tenían la posibilidad de hacer un pronunciamiento contra las leyes, en virtud del principio constitucional de *parliament sovereignty*. Sentencia *Equal Opportunities Comission*, *All England Law Reports*, 3 de marzo de 1994. García de Enterría, Eduardo, "Un paso capital en el derecho constitucional británico: El poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el derecho comunitario (Sentencia *Equal Opportunities Commission de la Cámara de los Loes* de 3 de marzo de 1994)", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 3, 1994, pp. 722 y 723.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La interpretación de los tratados como ordenamientos de naturaleza constitucional, el funcionamiento del aparato como orden de tipo federal, sin instituciones u órganos centrales totalmente independientes de los Estados que componen el sistema, y la carencia de la autoridad necesaria para funcionar de manera legítima, a través de la participación efectiva de aquéllos en quienes inciden las decisiones que se acogen, provoca los problemas jurídicos ya expuestos.

El Tratado de Niza no resolvió las cuestiones de índole constitucional analizadas, en atención a que los Estados suscriptores centraron su materia en la funcionalidad del sistema, una vez que ingresen, en su caso, los países candidatos,⁸² ya que esencialmente regula temas como la composición de la comisión, del Parlamento Europeo, el sistema de votación del Consejo de Ministros, y la estructura y reparto de competencias en la rama judicial, si bien amplió en alrededor de siete materias el proceso de codecisión *conectado* con la regla de mayoría calificada en la toma de decisiones.

¿De qué forma podrían diluirse los límites constitucionales del derecho comunitario?

Parece que, llegados a este punto, cobra importancia la postura que mantiene Kelsen en cuanto a la imposibilidad jurídica de la coexistencia de dos órdenes jurídicos autónomos supremos que operen en un mismo Estado.⁸³ Por tanto, bajo una óptica limita-

82 Sobre la materia del Tratado de Niza, en Yataganas, Xenophon A., "The Treaty...", *cit.*, nota 9.

83 Kelsen, Hans, *Teoría general...*, *cit.*, nota 37, pp. 431-461. Hay quienes se preguntan si el orden jurídico comunitario puede considerarse autónomo. Basan esa posibilidad en varias razones, algunas de las cuales son: 1. El sistema de integración no sólo emana de la voluntad de los Estados miembros (poderes constituidos), sino de la voluntad del poder constituyente respectivo de cada Estado miembro; 2. Es un sistema cuya creación e interpretación normativa se distingue de la voluntad de los países miembros; 3. Es un sistema que reconoce la participación de los ciudadanos europeos considerados como bloque y representados en el Parlamento Europeo; 4. La normativa del sistema es, en general, aplicable directamente a los ciudadanos europeos y no sólo comprende materias de índole económico. "The European Communities are viewed as the most promising attempt so far to extend the Rule of Law beyond the borders of the State, attempting to integrate effectively the Member States and its peoples into an autonomous legal order". Kumm, Mattias, "Who is...", *cit.*, nota 70, pp. 355 y 356, 383.

damente jurídica y desde una perspectiva de derecho constitucional, la *total* exclusión de la interferencia de los tribunales constitucionales en el ámbito comunitario y quizá la congruencia del propio sistema, en mi opinión, únicamente es posible mediante el establecimiento de una Constitución europea.⁸⁴

Lo anterior no debe llevar a pensar que sostengamos que las circunstancias actuales apunten hacia esa dirección, por lo siguiente: las identidades e intereses nacionales continúan propiciando el control de los Estados miembros sobre el derecho comunitario, sin negar por ello el desarrollo paulatino de una cultura y un derecho común europeo. Las discusiones suscitadas en el marco de la suscripción del Tratado de Niza no revelan de modo alguno una *conciencia o voluntad de Constitución*, sino más bien el predominio del interés individual *nacional* de cada Estado, aunado a la voluntad de ampliar el territorio comunitario, en sacrificio consecuente de una más profunda integración. No es todavía visible un futuro consenso ni la unanimidad entre las fuerzas políticas y estatales requerida como condición indispensable para la consagración del proceso (que muchos imaginan) con el establecimiento de una Constitución europea.⁸⁵ Desde otro punto de vista, es preciso apuntar que un sector importante de la academia sostiene, con bases muy sólidas, que la propia idea de una Constitución europea, basada en un modelo nacional clásico, es contradictoria con el ideal europeísta que justifica y constituye el origen del proceso *comunitario* (en su acepción literal), cuya esencia es precisamente dejar atrás el hermetismo de la forma y estructura del Estado individual nacionalista. En este sentido, se considera fundamental

84 La última autoridad en la Europa integrada pudiera residir en el pueblo europeo, multinacionalmente considerado, a semejanza de la Constitución Rusa de 1993, que se refiere a un *demos* de carácter multinacional. Witte, Bruno de, "Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition", en Slaughter *et al.* (eds.), *The European Courts and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, p. 304. Sobre el tema, Curtin, Dierdre, "The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces", *Common Market Law Review*, vol. 30, núm. 1, 1993, p. 69. Hartley, Trevor C., *Constitutional problems...*, *cit.*, *supra* nota 30, pp. 180 y 181.

85 El propio Tratado de Niza y las discusiones previas a su firma respaldan nuestra afirmación, porque tuvo como objeto regular la ampliación del sistema, dejando a un lado el tema de su legitimación. Sin pasar inadvertido que el 9 de junio de 1993 el Parlamento Europeo presentó un proyecto de Constitución Europea a la Comisión institucional.

la diferencia de origen entre el ordenamiento supremo de un país, que presupone la existencia de un solo demos (*We the people...*) y el derecho originario comunitario, dirigido a una *unión entre pueblos*.⁸⁶ Esta nueva forma o estructura de poder está compuesta por diversos niveles gubernamentales,⁸⁷ y funciona bajo principios de soberanía compartida en la cual operan diferentes órganos *comunitarios* y *nacionales* legitimados para actuar como balance y equilibrio entre las fuerzas políticas e institucionales convergentes, como mecanismos de control del poder, según la esfera de protección que les corresponda tutelar. Todo esto, como expresión del *principio de tolerancia constitucional* (Weiler).⁸⁸

Partiendo de dicha distinción fundamental de origen y finalidad esencial, se sostiene que la Unión Europea tiene ya una Constitución federal, con los tintes y caracteres propios apuntados; la cual no debe medirse, en general, utilizando como parámetro un modelo constitucional tradicional bajo criterios del siglo XVIII.

No obstante, puede ser un error llevar al extremo la anterior postura y considerar que no debe exigirse que la estructura comunitaria cuente con los *elementos esenciales* que conforman el tipo Estado constitucional,⁸⁹ como es, por ejemplo, el principio democrático, según la conocida tesis que afirma que la Unión Europea no cuenta *propriamente* con un *demos* europeo.⁹⁰ Aun reconociendo la distinción originaria y teleológica⁹¹ entre un sistema constitucional estatal y el comunitario, ciertos *elementos fundamentales* del tipo

86 Mancini ya apuntaba en 1989 como diferencia medular, que mientras la Constitución estadounidense habla de un *sólo pueblo* “*we the people*”, el Tratado de Roma habla de una *unión de los pueblos de Europa*. Mancini, G. Federico, “The making...”, *cit.*, nota 4, p. 596.

87 “The conceptualisation of the EU as a *multi-level structure of governance*”. Börzel, Tanja A. y Risse, Thomas, “Who is...”, *cit.*, nota 3, p. 9.

88 Weiler, Joseph H. H., “Federalism and Constitutionalism: Europe’s Sonderweg”, *Harvard Jean Monnet Working Paper*, núm. 10/2000.

89 Haberle, Peter, *Libertad, igualdad...*, *cit.*, nota 56.

90 Nos referimos a la llamada *No Demos Thesis*.

91 Es posible que la finalidad del sistema de integración europeo no sea la constitución de los Estados Unidos de Europa; puede ser más compleja, al tener como objetivo, según el tratado, solamente “una unión más estrecha entre los pueblos”, lo cual implica la subsistencia de los órdenes nacionales, al mismo tiempo que el orden comunitario. Weiler, Joseph H. H., “The State ‘über alles’, Demos, Telos and the German Maastricht Decision”, *Harvard Jean Monnet Working Paper*, núm. 6/95, <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/95/9506ind.html>.

Estado constitucional deben operar necesariamente en el funcionamiento institucional de la Unión Europea, si lo que se busca es la legitimidad del proceso. Sea o no el futuro del sistema un Estado europeo, no debe perderse de vista que la actuación de las instituciones comunitarias (incluido el Tribunal de Justicia) no goza del respaldo sustantivo necesario que garantizan los procesos tradicionales basados en el respeto al principio democrático, la separación de poderes y los derechos fundamentales, como valores esenciales que toda estructura nacional o internacional debe contemplar,⁹² al quedar *asegurada*, en cierto grado y bajo esos principios, la *dignidad* del hombre en el orden social y el *contenido esencial* de sus derechos intrínsecos. El déficit de legitimación de la actividad comunitaria puede originar que cobre significación la comparación sarcástica de los sistemas autócratas con el proceso de toma de decisiones comunitario, la *ministrocracia*,⁹³ atendiendo a que la normativa del sistema incide en la esfera de los ciudadanos europeos y crea a su cargo obligaciones que priman sobre cualquier disposición jurídica del ámbito interno al que pertenecen.⁹⁴

92 Las declaraciones de 1776 y 1789 no sólo son declaraciones de derechos, sino que incluyen el diseño básico de la estructura del Estado... la estructura política incorpora derechos subjetivos del individuo. Cruz Villalón, Pedro, *La curiosidad...*, *cit.*, nota 21, pp. 34 y 35.

93 En una democracia, los ciudadanos tienen alguna influencia en el control del proceso decisorio del orden al que pertenecen, a través del voto a favor o en contra de quienes manejan las directrices del Estado. El déficit democrático del sistema comunitario se debe a que el proceso de toma de decisiones descansa en la voluntad de funcionarios no electos (Comisión y Consejo de Ministros). Aunque los miembros del Parlamento Europeo son electos por la ciudadanía europea, su influencia en el proceso decisorio comunitario es mínima, a tal grado, que sólo en ciertos supuestos cuenta con el poder de veto sobre una medida o norma que el Consejo de Ministros pretendiera llevar a cabo. Atendiendo a que la normativa comunitaria es establecida, principalmente, por el Consejo de Ministros, y no por el Parlamento Europeo, se utiliza el término *ministrocracia* para caracterizar el déficit democrático de la Unión Europea. Woodard, Stephen, "The 1996 IGC: the Chance to Shape a Democratic European Union", *European Business Journal*, 7 (3), 1995, pp. 47 y 48. En relación con este aspecto, también hay quienes se preguntan si un aparato supranacional debe respaldarse democráticamente de la misma manera y de forma equivalente a los niveles necesarios en un Estado. Cappelletti, Mauro, "El formidable problema del control judicial' y la contribución del análisis comparado", *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 276-282.

94 Weiler, Joseph H. H., "The European Courts of Justice: Beyond 'Beyond Doctrine' or the Legitimacy Crisis of European Constitutionalism", en Slaughter *et al.* (eds.), *The European Courts and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing.

Es preciso concluir que la inhibición, en cierto grado, de la interferencia de los tribunales constitucionales en el ámbito comunitario para salvaguardar su propia existencia, mediante la cabal custodia del principio de uniformidad e igualdad en la aplicación del derecho comunitario en los Estados miembros, se puede generar a partir de dos elementos que tienen que ver con el déficit de legitimación del ordenamiento comunitario y con la actuación del Tribunal de Justicia.

Se apunta que podría enmendar la carencia de legitimación del sistema: un presidente electo directamente por la ciudadanía europea y la participación de los Estados miembros en el Parlamento Europeo, más la implementación de una verdadera estructura de partidos políticos.⁹⁵ Junto con estas medidas, también parece óptimo llevar a cabo la *constitucionalización de los tratados* desde los propios ordenamientos supremos de los Estados, invitando a sus gobiernos a fijar las bases para una reforma coordinada de sus Constituciones, en búsqueda de soluciones homogéneas de los conflictos provocados por los conceptos tradicionales de soberanía.⁹⁶ Lógicamente, tales propuestas deben complementarse con el fortalecimiento de las facultades del Parlamento Europeo en el proceso decisorio, con el fin de que cobre algún significado la elección directa de sus miembros por la ciudadanía europea.

El segundo ingrediente que requiere la continuidad del desarrollo eficaz del proceso es *la imparcialidad del Tribunal de Justicia*. Para fortuna del proceso, aunque los órganos constitucionales mantienen firme su postura, son excepcionales los casos en que han dejado sin efectos, por inconstitucionales, disposiciones comunitarias.⁹⁷ Asi-

95 Börzel, Tanja A. y Risse, Thomas, "Who is afraid...", *cit.*, nota 3.

96 Rubio Llorente, Francisco, "Constitutionalism in the 'Integrated' States of Europe", *Harvard Jean Monnet Working Paper*, núm. 5/98, <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/98/98-5.html>.

97 Mediante sentencia dictada el 25 de enero de 1995, el Tribunal Constitucional alemán estimó que los efectos de la aplicación de un reglamento comunitario referente a la comercialización del plátano (declarado válido previamente por el Tribunal de Justicia) eran contrarios a la Ley Fundamental de Bonn. En su sentencia, el tribunal germano no juzgó sobre la validez del acto comunitario; sin embargo, reconoce a la parte actora el derecho a que se le otorguen medidas cautelares consistentes en la inaplicación del Reglamento comunitario. Sentencia *EuR* 162, 25 de enero de 1995, citada por Pi Llorens, Montserrat, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 40-42.

mismo, ante la posición de las altas jurisdicciones nacionales, el Tribunal de Justicia, aunque manteniendo su independencia, ha comenzado a tratar de forma sutil tales cuestiones.⁹⁸

Es casi unánime que una tendencia desmedida de la jurisprudencia del tribunal comunitario hacia una más profunda integración puede afectar su legitimidad y devenir falta de aceptación en los Estados miembros,⁹⁹ ya que sus pronunciamientos y, por ende, su influencia en el sistema, depende finalmente de la participación y reconocimiento de los órganos jurisdiccionales nacionales, por ejemplo, a través de las cuestiones prejudiciales¹⁰⁰ previstas en el tratado, razón que lo obliga a ejercer sus facultades de forma imparcial y jurídicamente respaldada.¹⁰¹

⁹⁸ En relación con la cita anterior, mediante sentencia dictada el 10 de marzo de 1998, el Tribunal de Justicia anuló parte de la normativa comunitaria sobre los plátanos, por considerarla contraria al principio de no discriminación previsto en el tratado. *Idem*. En la actualidad, el Tribunal de Justicia parece más cauto e imparcial en cuanto al efecto de sus decisiones. Así, por ejemplo, el 5 de octubre de 2000, siete años después de la emisión de la sentencia *Maastricht*, el tribunal comunitario dictó una sentencia en la que reconoció expresamente que la Comunidad opera bajo el principio de competencias de atribución; además, interpretó con alcances restringidos el contenido del artículo 95 del tratado que prevé una cláusula de apoderamiento a favor de la Comunidad y, finalmente, anuló en forma total la Directiva 98/43/CE en materia de publicidad y patrocinio de los productos de tabaco, estimando las pretensiones de Alemania. En otro tiempo, es posible que el Tribunal de Justicia hubiera desestimado la demanda del Estado alemán para ampliar el ámbito material comunitario, mediante una interpretación *conforme* con el tratado, máxime que en contra de Alemania comparecieron todas las demás instituciones comunitarias y varios países de gran peso en la Unión Europea. Sentencia *Alemania v. Parlamento, Consejo, Francia, Finlandia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Comisión*, 5 de octubre de 2000 (c-376/98).

⁹⁹ Stein, Eric, "Lawyers, Judges...", *cit.*, nota 3, pp. 62 y 63. Mancini, G. Federico, "The Making...", *cit.*, nota 4, pp. 612 y 613.

¹⁰⁰ La cuestión prejudicial de *interpretación* es una vía de control de *legalidad comunitaria* indirecta que se traduce en un planteamiento que formula un juez nacional al Tribunal de Justicia para que determine el alcance de un precepto del ordenamiento comunitario necesario para resolver el litigio interno de su conocimiento. Es un incidente procesal abierto por un juez nacional al plantear una duda interpretativa al Tribunal de Justicia sobre el derecho comunitario. Por otro lado, la cuestión prejudicial de *invalidéz* es un incidente abierto por un juez nacional para plantear al Tribunal de Justicia si un acto emitido por alguna institución del sistema es contrario al ordenamiento comunitario. El juez nacional puede resolver que determinado acto o norma comunitaria es válido, sin elevar la cuestión, pero el Tribunal de Justicia ha determinado que éste es el único que puede declarar la *invalidéz* de la normativa comunitaria. Sentencia *Foto Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 22 de octubre de 1987 (314/85).

¹⁰¹ La estructura de las vías judiciales previstas en el tratado, más la invitación del Tribunal de Justicia a los tribunales nacionales (sobre todo de los tribunales cuyas resoluciones son recurribles) para declarar inaplicable cualquier disposición nacional contraria al derecho comunitario, y su aceptación explicable debido a una serie de factores, ha sido clave para

Independientemente del debate crítico que ha suscitado el sistema jurídico comunitario, es patente que el proceso continúa su curso. El conflicto entre ambas jurisdicciones, constitucional y comunitaria, ha sido necesario. La eficacia del proceso de integración no puede verse mermada por una interpretación rígida y formal de índole constitucional, considerando el condicionamiento supranacional del Estado y el condicionamiento estatal de lo supranacional en Europa.¹⁰² El diálogo entre ambas jurisdicciones ha fomentado el desarrollo armonioso de la integración. Con los límites impuestos por los tribunales constitucionales cobra relevancia la afirmación en el sentido que la Unión Europea avanza dos pasos hacia adelante y uno hacia atrás, o en forma de espiral, en dirección a una más profunda integración. Esa inercia del proceso, consustancial a su propia finalidad, los derechos de libre circulación previstos en el tratado, eficaces por virtud de la actuación del Tribunal de Justicia como su garante, y el inconmesurable fenómeno migratorio que embiste a la mayoría de los miembros, como elementos o ingredientes de disolución gradual de las identidades nacionales y conformación de una identidad *européa*, son factores que el escéptico no debe inadvertir.

Resalta de manera admirable la *independencia* del Tribunal de Justicia como uno de los elementos que han suministrado legitimidad al proceso:

If one day a United States of Europe is created... Si un día el proceso de integración culmina con la creación de los Estados Unidos de Europa... el establecimiento exitoso de un nuevo orden político legiti-

el funcionamiento y eficacia del sistema. Alter, Karen, "The European Court and National Courts Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration", *EUI Working Paper RSC*, núm. 95/27, Florence, European University Institute, pp. 16-28. En ese mismo sentido, Mancini, G. Federico, "The Making...", *cit.*, nota 4, pp. 597 y 605.

¹⁰² Hesse, Konrad, "Constitución y derecho constitucional", y Werner *et al.*, "Integración europea y Ley Fundamental. Matrique y sus consecuencias para el derecho constitucional alemán", en varios autores, *Manual de...*, *cit.*, nota 58, p. 82.

mará de manera retrospectiva los medios utilizados para ello. Los jueces del órgano jurisdiccional comunitario de nuestros tiempos podrán ser vistos como héroes por su grandeza y liderazgo intelectual, que contribuyera a forjar las bases del Estado Europeo.¹⁰³

¹⁰³ Una crítica interesante al Tribunal de Justicia, en Hartley, Trevor C., *Constitutional Problems...*, *cit.*, nota 30, p. 58.