

# Opinio Juris in Comparatione

*Op. J. Vol. 2/2009, Paper n. 1*

*Studies in Comparative and National Law*  
*Études de droit comparé et national*  
*Estudios de derecho comparado y nacional*



## **DEL REY DESNUDO AL TRAJE DE ARLEQUÍN: LA NUEVA GRAMÁTICA DEL JUEZ EUROPEO**

FROM THE NAKED KING TO THE HARLEQUIN  
COSTUME: THE NEW GRAMMAR OF EUROPEAN  
JUDGE

de

Antonio Lazari

**Suggested citation:** A. Lazari, *Del Rey desnudo al traje de Arlequín: la nueva gramática del juez europeo*, *Op. J.*, Vol. 2/2009, Paper n. 1, pp. 1-44, <http://lider-lab.sssup.it/opinio>, online publication October 2009.

# DEL REY DESNUDO AL TRAJE DE ARLEQUÍN: LA NUEVA GRAMÁTICA DEL JUEZ EUROPEO

de

Antonio Lazari<sup>♦</sup>

## Abstract

The birth of the European Union involves not only the construction of a new supranational institutional architecture, but also a new conception of law and relations between State and Communitarian bodies. While legislative and policy levels are a classic key to the process of community law integration, relations between judges - European and national - recently consolidated through the participation of the constitutional courts, are developed according to an identitarian tone which covers constitutional and civil far-reaching issues, following a new grammar, substantially hermeneutical criteria-based. The traditional critical integration points between the community legal system and national systems (primacy, direct effectiveness and State liability principles) tinge recently in a lively new axiological coloring, regardless of the rambling intergovernmental negotiations. The depth of issues, including social ones, recently addressed by the European Court of Justice needs a higher degree of judicial support both from ordinary judges and from constitutional courts, which leads to rebuild main principles of this silent judicial dialogue. The Court of Justice emphasizes, for example, the principle of consistent interpretation for the ability to "save - shape" national discipline in the direction indicated by European rules. This criterion also serves to break the traditional internationalist verticality of relations between supranational rules and citizens, gradually introducing thanks also to the development of European constitutional super-principles as the criterion of equality and non-discrimination, the possibility of extending the legal situations between private Community Law rules intended exclusively for States: the European directives. The traditional demarcation line between public and private law in the 19th and 20th century constitutions, are increasingly intertwining through the wire of judge-Weaver. In the process of review of judicial relations, European and national judges are called to weave a new suit- the Harlequin one- for the body of Community law, not based on the much classic hermeneutical methodology of the simple implementation of resolutions adopted by the legislator, but on the ability to critically combine Community Law with national systems. The above mentioned principles of the process of integration, therefore, gradually change their initial intrinsic structure towards a dialogic model, completely in(ter)dependent from the Constitutional Treaty, the Lisbon Treaty or the Draft of Common Frame of Reference. The role of comparative science is essential for the dialectical conjugation of two systems.

<sup>♦</sup> LIDER-Lab, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Italy

SUMARIO:

1. EL JUEZ TEJEDOR Y SUS HILOS HERMENÉUTICOS
2. EL TRAVESTIMIENTO POÉTICO-POLÍTICO Y EL NUEVO DIÁLOGO JUDICIAL
3. LA INVESTIDURA DEL REY: LA GÉNESIS DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y LA CONTRASTADA EPIFANÍA DEL NUEVO PARADIGMA COMUNITARIO
  3. A) EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA: EL ROPAJE LUJOSO ESCONDE LA DISTANCIA ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS
  3. B) EL “CONTRAPUNTO” DEL PRINCIPIO DE EFICACIA DIRECTA
  3. C) LAS PRIMERAS APERTURAS HACIA LOS SISTEMAS NACIONALES: LOS CRITERIOS DE EFECTIVIDAD Y EQUIVALENCIA Y LA *CROSS-FERTILISATION* EN EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
4. EL REY ANDA DESNUDO: LAS PRINCIPALES EXPRESIONES DEL DIÁLOGO JUDICIAL
5. EL NUEVO REGISTRO HERMENÉUTICO: LA GRAMÁTICA DEL DIÁLOGO JUDICIAL
6. EL TRAJE DE ARLEQUÍN Y LA NUEVA PROSA COMPARATISTA DEL JUEZ EUROPEO

\*\*\*

### **1. El juez tejedor y sus hilos hermenéuticos**

La epifanía de la organización internacional Unión Europea, ya en las anteriores manifestaciones de las primeras comunidades europeas, entraña no sólo la construcción de una nueva arquitectura institucional supranacional, sino también una nueva concepción del Derecho y de las relaciones entre Estado y organismos comunitarios. Mientras que los niveles legislativo y político constituyen una consabida clave de lectura del proceso de integración comunitaria, las relaciones entre jueces – comunitario y nacionales - recientemente consolidadas gracias a la participación de las cortes constitucionales<sup>1</sup>, se desarrollan según un compás identitario que abarca asuntos de gran envergadura constitucional y privatista, siguiendo una nueva gramática, sustancialmente basada en criterios hermenéuticos. Los tradicionales puntos neurálgicos de integración entre el sistema jurídico comunitario y los ordenamientos nacionales (principios de primacía, de eficacia directa y de responsabilidad) se tiñen recientemente de una nueva vivaz coloración axiológica, al margen de las farragosas negociaciones intergubernamentales. La profundidad de las cuestiones, incluso sociales, recientemente abordadas por la corte comunitaria necesita un mayor grado de apoyo judicial tanto por parte de las cortes ordinarias como de las cortes constitucionales, que conduce a reconstruir los principios-fuerza de este diálogo

---

<sup>1</sup> En este nuevo contexto colaborativo, novedoso es el auto 103/2008 con que la *Corte Costituzionale* italiana remite una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Cfr. G. Itzcovich, *Fundamental Rights, Legal Disorder and Legitimacy: The Federfarma Case*, Jean Monnet Working Paper 12/08.

silente<sup>2</sup>. El Tribunal de Justicia hace hincapié, por ejemplo, en el principio de interpretación conforme, capaz de “salvar-conformar” la disciplina nacional en la dirección indicada por las normativas comunitarias. Dicho criterio sirve también para romper gradualmente la tradicional verticalidad internacionalista de las relaciones entre normativa supranacional y ciudadanos, introduciendo gracias también a la elaboración de superprincipios constitucionales comunitarios, como el criterio de igualdad y no discriminación, la posibilidad de extender a las situaciones jurídicas entre privados las normativas comunitarias destinadas exclusivamente a los Estados: las directivas. La férrea línea de demarcación entre el derecho público y derecho privado, entre las constituciones del siglo XIX y del siglo XX, se va entrelazando con cada vez más frecuencia gracias al hilo del juez tejedor<sup>3</sup>.

En este proceso de revisión de las relaciones judiciales, los jueces comunitario y nacional están llamados a tejer un nuevo traje para el cuerpo del Derecho Comunitario - el traje de Arlequín - basándose no tanto en la metodología clásica de simple aplicación de resoluciones adoptadas por el legislador, sino en la capacidad de conjugar críticamente el Derecho Comunitario con los sistemas nacionales<sup>4</sup>. Los antes mencionados principios básicos del proceso de integración, pues, cambian progresivamente su inicial estructura intrínseca hacia un modelo dialógico: en otros trabajos anteriores se ha hablado de principio de primacía hermenéutica<sup>5</sup> y del principio de responsabilidad del Estado basado en el mecanismo de *cross-fertilisation*<sup>6</sup>.

Al no poder prescindir del bagaje cultural, social, político y jurídico de la experiencia estatal, desde el principio, en efecto, la aventura comunitaria se ha desarrollado siempre en la dirección de una conjugación dialéctica con los órganos y los ordenamientos nacionales: la política, la sociedad y el derecho europeo son siempre bifrontes en el sentido en que progresan si son capaces de conjugarse con la realidad nacional. A un primer periodo de ruptura del cordón umbilical de unión con los Estados, donde la propia corte comunitaria seguía empleando la *forma mentis* y la terminología tradicional, se abre paso recientemente una época que se suele definir constitucional también en referencia a las vicisitudes intergubernamentales, donde el juez comunitario trata de entablar una conversación con un registro jurídico distinto, incardinado en la metodología comparativa<sup>7</sup>. Si es esencial para la conversación judicial el diálogo con el Otro (juez y ordenamiento), las pautas de este diálogo se extrapolan de las herramientas del derecho comparado. Ahora más que nunca emerge la importancia de conocer profundamente otros ordenamientos tanto en la fase ascendente de decisión del modelo a adoptar como principalmente en el análisis de la conjugación de este modelo en las desinencias nacionales. Frente a la decostitucionalización formal aflorada en el gestante Tratado de Lisboa se vislumbra un nuevo horizonte judicial que no se debería limitativamente definir constitucional, en la medida en que va a afectar las relaciones entre privados. Es una nueva gramática del diálogo judicial transnacional, más

---

<sup>2</sup> Recientemente G. Martinico, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Jovene, Napoli, 2009.

<sup>3</sup> Duncan Kennedy, *The Stage of the Decline of the Public/Private Distinction*, en *Univ. Pa. L. Rev.*, 1982, 1349 ss.; IDEM, *Two Globalization of Law & Legal Thoughts: 1850-2000*, en *Suff. Univ. L. Rev.*, 3, 2003, 631 ss.; D. Caruso, *Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property*, en *Europ. L. Journal*, Vol. 10, No. 6, November 2004, 751 ss.

<sup>4</sup> Dicha capacidad de conjugar declinación comunitaria y desinencias nacionales no es monopolio de la actividad judicial. Ya desde el principio se plasma en los tratados fundacionales, por ejemplo en el art. 288 TCE, donde se habla de modelo de responsabilidad de las instituciones comunitaria en relación a los principios de los sistemas nacionales.

<sup>5</sup> A. Lazari, *Crónica de la aplicación del Derecho Comunitario en España y en otros Países de la Unión Europea*, en [www.reei.org](http://www.reei.org)

<sup>6</sup> A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>7</sup> Cfr. M. Poiars Maduro, *Interpreting European Law—Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, en Working Paper IE Law School, WPLS08-02.

sutil, más sobria respecto al fastuoso proceso de constitucionalización formal o al articulado diseño del *Common Frame of Reference*. La vestimenta es seguramente menos fastuosa; se presta, además, a acertadas críticas acerca de su ‘ideología’<sup>8</sup>; pero representa un cauce cultural capaz de insinuar normas supranacionales de carácter constitucional en el humus nacional y de hilvanar en un único modesto traje colores jurídicos tan distintos<sup>9</sup>.

## 2. El *travestimento* poético-político y el nuevo diálogo judicial

“*Quando traducevo in maniera molto scrupolosa dai classici greci, li "travestivo", perché tradurre è già una forma di travestimento*”<sup>10</sup>. El fragmento del reciente trabajo de J. Ziller acerca del Tratado de Lisboa relativo a la operación de traducción del “Tratado Constitucional” bajo los vestigios intergubernamentales del nuevo Tratado de Reforma de Lisboa recuerda el pasaje del poeta italiano Sanguineti: traducir es travestir<sup>11</sup>. El método seguido en la traducción –*travestimento* obedece a las directrices adoptadas por la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea en el Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007, que ha desembocado en el Tratado de Lisboa. En el Tratado de Lisboa se disfrazaba al Tratado Constitucional, que trataba de establecer una ordenación sistemática de las normas fundamentales de la Unión Europea, con la vestimenta clásica de acuerdo entre Estados, con el fin de alejar los espectros de un rechazo popular. El contenido es sustancialmente idéntico, pero la estrategia perseguida bien en su vertiente legal (ratificación estatal mediante aprobación parlamentaria) bien en su vertiente material (participación reducida de los ciudadanos en la construcción del acto y atención prestada al evento por los *mass media* europeos) es completamente y significativamente distinta.

“*The Treaty of Lisbon: Intergovernmentalism Resurgent, Constitutionalism Moribund?*” se interroga Michael Dougan. Esta operación de «desconstitucionalización» formal produce, sin embargo, una aceleración de la constitucionalización judicial. En la línea de la metodología weileriana<sup>12</sup>, al *impasse* político sigue una intensa labor de diálogo judicial, articulado según los cánones de “ética jurisdiccional”<sup>13</sup>, que enviste recientemente también a las cortes constitucionales y a los propios contenidos de la “*judicial conversation*”<sup>14</sup>, máxime en los principios vertebradores de las relaciones entre los sistemas estatales y el Derecho Comunitario.

En un principio, la doctrina más radicalmente europeísta sólo miraba al cuerpo de normas comunitarias revestido de un traje elegante confeccionado en una sastrería de un sastre

---

<sup>8</sup> Cfr. AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, en *Rivista critica del diritto privato*, 2005, 110; A. Gambaro, «*Jura et leges*» nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, en *Europa e dir. priv.*, 1998, II, pp. 996-7; U. Mattei y F. Nicola, *A 'Social Dimension' in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*, en *Global Jurist*, 2007, Vol. 7, 1 ss.; H. Collins, *European Private Law and the Cultural Identity of the States*, en *Europ. Rev. Priv. L.*, 1995, 353

<sup>9</sup> Otro registro conceptual distinto es el formante doctrinal, por el que se remite a las actividades promovidas por la Lando *Commission* y por la *Accademia dei Giusprivatisti europei* coordinada por el prof. Gandolfi.

<sup>10</sup> E. Sanguineti y A. Liberovici, *Il mio amore è come una febbre e mi rovescio*, Bompiani, Milano, 114.

<sup>11</sup> J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna, 2007, 27, par. 1, cap. I “La traduzione delle innovazioni della Costituzione europea nei trattati vigenti”.

<sup>12</sup> J. Weiler, *La architettura judicial después de Nizza*, en AA.VV., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea: Seminario internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, en Madrid, los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2001 / coord. por Ricardo Alonso García; Eduardo García de Enterría Carande (dir.), 2002, 469-482; IDEM, *Federalismo y constitucionalismo: el Sonderweg de Europa*, en *Revista de Occidente*, 2002, 47-72.

<sup>13</sup> Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 8 de abril de 2003 en el caso Gerhard Köbler contra Republik Österreich, Asunto C-224/01.

<sup>14</sup> G. Martinico – O. Pollicino, *The European Constitution and Contemporary Constitutionalism. The Specificity of the European Judiciary against the background of the Judicial Globalization*, relazione al VII congresso mondiale dell’Associazione di diritto costituzionale, Atenas, 11 – 15 junio 2007.

único y genial. Naturalmente, el traje jurisprudencial era retocado de vez en cuando, sólo en algunos detalles, para adaptarlo al movimiento del cuerpo comunitario del que estimaba necesario correr mucho o para espolpear, por el contrario, al que caminaba a un paso demasiado tranquilo y lento.

El camino del proceso de constitucionalización formal se interseca inevitablemente con el sendero paralelo de codificación europea. En el campo del Derecho Privado y casi contemporáneamente, se avanza la hipótesis de intensidad mucho más suave inherente a la posibilidad de armonizar u orientar el derecho privado europeo mediante el *Draft of Common Frame of Reference*<sup>15</sup>. El derecho civil representa la constitución real de la sociedad civil nacional, en las palabras de Rodotà<sup>16</sup>. El mismo jurista apuesta por un cambio de ritmo institucional y conceptual, donde los valores aflorados en el terreno constitucional se reviertan y terminen rezumando en el recinto del Derecho Privado<sup>17</sup>. La elección de la clave de *soft law* depende obviamente también de la extrema complejidad en la consecución de un Código Civil Europeo o de una forma similar de armonización de amplio alcance privatista. Por otro lado, el constitucionalismo formal-positivista probablemente no es el ropaje más apropiado para los tiempos actuales: el niño-referendum irlandés exclamó: “El rey está desnudo”. Y quizás no lo sea tampoco el constitucionalismo jurisprudencial, si prescindiera completamente de una necesaria aportación democrática, procedente de los legisladores comunitarios. La producción jurídica en el sistema multinivel de la Unión Europea es el resultado de la continua interacción entre agentes autónomos e interdependientes, que van desde los Parlamentos nacionales y europeo, el sistema judicial y las organizaciones privadas<sup>18</sup>.

La desnudez del rey suscita una difundida y honda sensación de derrotismo, en cierto modo parecida a la decenal frustración que experimentan los jusprivatistas que aspiran a una unificación de los derechos civiles europeos. En tiempo de pesimismo europeísta es difícil remar contracorriente<sup>19</sup>, trazando un fresco positivo del proceso de integración europeo. Y aquí tampoco se pretende hacerlo.

La voz del referéndum irlandés es, en boca de Herrero de Miñón, la *vox popolorum*: por un lado, se demoniza el propio funcionamiento del reciente constitucionalismo europeo<sup>20</sup> y, por otro lado, se asocia la crisis del constitucionalismo formal al “intento de crear la unión política europea sobre un inexistente *demos*, sin haber dejado que el tiempo permitiera fraguar, si es que podía fraguarlo, un verdadero *ethnos* europeo, el determinado por la comunidad de afinidades espirituales, las hábitos, las facultades y convicciones”<sup>21</sup>. Las voces contrarias a las iniciativas mercantilistas comunitarias se alzan también en sede civilista respecto de la aplicabilidad del concepto de justicia social también en la esfera del Derecho Privado Europeo<sup>22</sup>.

---

<sup>15</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, editado por C. Von Bar – E. Clive – H. Schulte-Nölke .

<sup>16</sup> S. Rodotà, *The Civil Code within the European ‘Constitutional Process’*, en AA.VV. (ed), *The Politics of a European Civil Code*, editado por M. W. Hesselink, M.W., Kluwer Law International, 2006, 118: ‘we can easily see how the civil codes played an essential role in the development of the national State, representing the real Constitution of civil society’.

<sup>17</sup> S. Rodotà, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.* 2005, 25.

<sup>18</sup> Cfr. Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto”, en *Rivista critica del diritto privato*, 2005, 110 ss.

<sup>19</sup> Motivos de fundado optimismo infunden las recientes publicaciones de S. Collignon, *Elogio della Repubblica europea*, Marsilio, Roma, 2007; y J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>20</sup> M. Herrero de Miñón, *Vox popolorum*, en *El País*, 20 de junio de 2008, 16: “la marea creciente de un derecho comunitario, de calidad muy discutible, capaz de regular los asuntos más dispares, elaborado fundamentalmente por una tecnocracia lejana, cuando no ajena, a cualquier instancia de legitimación y control democrático y carente de la cercanía que proporciona el conocimiento de la realidad”.

<sup>21</sup> M. Herrero de Miñón, *Vox popolorum*, cit., 16.

<sup>22</sup> Cfr. U. Mattei-F. Nicola, *A “Social Dimension” in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*, en 41 *New Eng. L. Rev.* 1, 2006, 1 ss; C. Amato, *Per un diritto europeo dei contratti dei consumatori*, Milano 2003, p.

Parece que el rechazo a los dos hitos civilista-constitucional esté motivado por una lejanía conceptual y política de las culturas nacionales. Frente a esa dúplice orientación en el campo constitucional y civilista de solventar el tema de la integración mediante una solución única y formal<sup>23</sup> y a la correspondiente crítica homologante de la doctrina, existe una alternativa conceptual que ha sido, y está siendo, llevada a cabo principalmente por la jurisprudencia comunitaria y nacional<sup>24</sup>. No se trata de opciones excluyentes, sino más bien radios de acción y claves de lecturas complementarias<sup>25</sup>. En los campos constitucionalista y civilista, por tanto, y probablemente con razón<sup>26</sup>, el Rey está desnudo.

Pero en el apólogo de Andersen se olvida a menudo que después de la exclamación-desvelamiento de la realidad, el Rey sigue andando con su cortejo: el constitucionalismo europeo sigue su andadura también en la arraigada conciencia de que el rey está desnudo. Esta apostilla final no significa que el Tribunal de Justicia opere de manera intachable, pero implica que en su diseño constitucional emplee unos instrumentos distintos a los circuitos clásicos positivistas, introduciendo una novedosa concepción del Derecho Comunitario.

Partiendo de la moraleja del cuento de 1837, “Sólo porque todo el mundo crea que algo es verdad, no significa que lo sea”, reconstruimos, primero, el génesis de la investidura del rey comunitario y luego el motivo por el que el rey sigue andando despojado de sus oropeles pomposos del constitucionalismo formal, asumiendo el talante menos fastuoso y más prosaico del constitucionalismo material. Fuera de metáfora, se analizará la metamorfosis procesal y sustancial de los principios de primacía, eficacia directa y responsabilidad en el nuevo contexto ‘constitucionalista’ actual.

### **3. La génesis del principio de primacía y la contrastada epifanía del nuevo paradigma comunitario**

#### **3. A) El principio de supremacía: el ropaje lujoso esconde la distancia entre sistemas jurídicos**

El propio Ziller halla una profunda *liason* entre la progresiva desconstitucionalización formal-poética y la esencia del paradigma comunitario *ab urbe condita* en la concepción de Unión europea de Jean Monnet<sup>27</sup>. El paradigma comunitario siempre se ha desarrollado en la perspectiva de una Unión cada vez más estrecha entre Estados; es decir una constante tendencia centrípeta, sin aniquilar, sin embargo, el patrimonio cultural y político nacional. “Las naciones soberanas del pasado han dejado de ser el marco donde pueden resolver los

---

56 ss.; Weatherill, *European Private Law and the Constitutional dimension*, en Cafaggi (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 90 ss.; V. Roppo, *Strumenti procedurali e contenuti sostanziali di un diritto contrattuale giusto*, en AA.VV. *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, editado por A. Scalisi, Milano, 2007, 604.

<sup>23</sup> En el ámbito del Derecho Constitucional clara es la referencia al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. En el Derecho Civil en la reiterada insistencia en un Código Civil Europeo. Cfr. C. von Bar, ‘The Study Group on a European Civil Code’, en European Parliament, Directorate General for Research, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN (June 1999), 137.

<sup>24</sup> Cfr. H. W. Micklitz, *The Politics of Co-operation in the EU*, 2005, 27; P. Rott, *What is the Role of the ECJ in EC Private Law? A Comment on the ECJ judgments in Océano Grupo, Freiburger Kommunalbauten, Leitner and Veedfald*, 1 *Hanse L. Rev.*, 2005, 6 ss.

<sup>25</sup> Cfr. G. Comandé, *Co-determining European Private Law(s) and Constitutionalization Process(es)*, en AA.VV., *Constitutional Values and European Contract Law*, editado por S. Grundman, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2008, 13, 195.

<sup>26</sup> Cfr. “Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto”, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, 110 ss.

<sup>27</sup> J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., 102.

problemas actuales. [...] De ellas, sin embargo, aún no podemos prescindir”<sup>28</sup>. *Eros*, arraigo a las identidades culturales nacionales, y *civilización*, congerie de normas impregnadas de valores supranacionales, sostendría más tarde Weiler<sup>29</sup>.

En las palabras y en la obra de Jean Monnet se entrevé la esencia última del paradigma comunitario, de la necesidad de cambiar la mentalidad básica de los hombres: “*il faut charger l'esprit des hommes*”<sup>30</sup>. Aún antes el filósofo italiano Bobbio avisaba de que la unidad política sólo se podía conseguir desde la honda conciencia del dolor por las tragedias de las dos Guerras Civiles europeas: “*non ci sarà un'Europa della politica. C'è però, innegabile, un'Europa del dolore, un'Europa del pianto, un'Europa della paura*”<sup>31</sup>. La Europa actual (re)nace desde el derridariano fundamento místico de la debilidad del Estado y de la consiguiente necesidad de hallar un equilibrio estable entre el imprescindible bagaje cultural y político del Estado y la necesidad de corregir los defectos estructurales del nacionalismo crónico. Nace del reconocimiento de la debilidad de la concepción decimonónica de Estado<sup>32</sup>.

La nueva conformación de las primeras Comunidades Europeas no implicó necesariamente desde el principio una metamorfosis político-conceptual: las autoridades nacionales seguían encarando los compromisos derivados del funcionamiento supranacional con la misma mentalidad internacionalista de la *selective exit*<sup>33</sup>. La línea de demarcación entre las esferas del derecho público y derecho privado seguía intacta gracias también a la explícita voluntad de los gobiernos nacionales, plasmada en el art. 222 TCEE, actual art. 295 TCE. Las iniciales comunidades europeas surgen con unas declaraciones políticas e institucionales tendentes a emanciparlas de la dinámica usual del Derecho Internacional<sup>34</sup>, pero en sus primeros años de vida tienden a reproponer la lógica del entonces marco tradicional internacional, que distingue netamente entre los acuerdos estipulados en el marco interestatal y la vida institucional interna, monopolio exclusivo del parlamento nacional<sup>35</sup>. El derecho y la propiedad privados siguen manteniéndose ajenos a los objetivos explícitos de las primeras comunidades europeas. El silogismo ‘*propiedad como constitución*’ marca conceptualmente los primeros treinta años de vida del proceso de integración. Sólo en este más amplio sentido, el proceso de mayor profundización del Derecho Comunitario inaugurado a mediados de los años Ochenta con la propuesta de reforma Spinelli y el libro Blanco de la Comisión Delors se puede definir en clave constitucional, en la medida en que abarque también la aproximación más invasiva también en la esfera del Derecho privado con las contemporáneas directivas sobre la responsabilidad por daños causados por productos

---

<sup>28</sup> M. Duverger, *Europa de los hombres. Una metamorfosis inacabada*, trad. española Federico Jiménez de Parga, Madrid, Alianza, 1997, 15-17.

<sup>29</sup> J. Weiler, *To be a European citizen - Eros and civilization*, en *Journal of European Public Policy*, 1997, 495-519.

<sup>30</sup> J. Monnet, *Memoire*, Paris, 1976, 54, traducción J.M Martínez, Madrid, Siglo XXI, 1985.

<sup>31</sup> N. Bobbio, *Federalismo e l'Europa*, en *L'Unità Europea*, 1946, 2.

<sup>32</sup> A. Lazari, *De Ulises, Hércules y (la fuerza de la debilidad en) el nuevo orden internacional*, en *Rev Electr. Estudios Intern.*, n. 10.

<sup>33</sup> K. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2003.

<sup>34</sup> Primeras entre todas el Manifiesto de Ventotene y la Declaración Schuman de 1950. Para una reseña acerca de las principales actividades políticas precedentes a los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, cfr. E.R. Papa, *Storia dell'unificazione europea*, Bompiani, Milano, 2006.

<sup>35</sup> Para una visión reciente de la distinción entre lo privado y lo público en el Derecho Internacional, se remite a Duncan Kennedy, *The Stage of the Decline of the Public/Private Distinction*, en *Univ. Pa. L. Rev.*, 1982, 1349 ss.; IDEM, *Two Globalization of Law & Legal Thoughts: 1850-2000*, en *Suff. Univ. L. Rev.*, 3, 2003, 631 ss.; D. Caruso, *Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property*, en *Europ. L. Journal*, Vol. 10, No. 6, November 2004, 751 ss.; IDEM, *The Private Law and the State-Making in the Age of Globalisation*, en *Intern. L. Pol.*, 39, 1, 2006, 1 ss.; David Kennedy, *The Forgotten Politics of International Governance*, en *Europ. Hum. R. L. Rev.*, 2, 2001, 117 ss.; IDEM, *The Dark Side of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004.



defectuosos<sup>36</sup> y las primeras sentencias del Tribunal de Justicia, por ejemplo sobre propiedad intelectual<sup>37</sup>. El derecho civil contribuyó tanto como el derecho público a la edificación de la actual Unión Europea<sup>38</sup>.

En los primeros años Sesenta, sin embargo, la necesidad de una unión cada vez más estrecha entre Estados parecía disiparse a la sombra de la arraigada Realpolitik contraria. Sin embargo, el andamiaje institucional de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, y la concepción antropológica y política en ellos subyacente, indujo a la corte de Luxemburgo a recuperar una idea de organización internacional *sui generis*, autónoma e in(ter)dependiente de los Estados y de anclar a doble cuerda esta nueva criatura supranacional a los principios reguladores de las relaciones con los propios Estados miembros. Allí se encuentra *in nuce* el corazón del nuevo paradigma europeo entendido en la clave unívoca del concepto de independencia entre sistemas jurídicos. Sin embargo, el Tribunal de Justicia reviste este novedoso principio de supremacía esgrimido en la sentencia Costa contra ENEL, C-6/64, de 15 de julio de 1964 con las vestimentas de un rey absolutista, en reacción probablemente a las teorías nacionales expuestas en las propias alegaciones al juicio<sup>39</sup>.

Paradójicamente, aunque sea desde distintos puntos de vistas y llegando a distintas conclusiones, las dos cortes emplean una terminología y un razonamiento jurídico similares. En la vertiente nacional se sostiene que “*Nessun dubbio che lo Stato debba fare onore agli impegni assunti e nessun dubbio che il trattato spieghi l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione. Ma poiché deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori a quest'ultima, secondo i principi della successione delle leggi nel tempo, ne consegue che ogni ipotesi di conflitto fra l'una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità*”<sup>40</sup>. Desde el punto de vista comunitario se responde en el fallo Van Gend & Loos que las normas de derecho comunitario primarán sobre cualquier norma de derecho interno.

La conversación entre paradigmas conceptuales, perno del paradigma comunitario, queda silente, marginada a previsiones legislativas muy aisladas como el art. 215 TCEE, actual art. 288 TCE, donde se habla de modelo de responsabilidad común a los sistemas nacionales<sup>41</sup>. El método comparativo, por un lado, y la distinción entre derecho público y privado, por otro lado, testimonian que el paradigma comunitario no acaba de despegar, a pesar de las declaraciones de principio de las sentencias Van Gend & Loos y Costa c. Enel.

El cuerpo, es decir la sustancia, del nuevo sistema jurídico desvelaba a contraluz una nueva aproximación epistemológica, orientada hacia la coexistencia interactiva de dos sistemas autónomos e independientes. El ropaje era pomposo y de carácter absoluto: la primacía del Derecho Comunitario se despliega cualquiera fuese su rango frente a cualquier fuente de derecho de los Estados miembros: “al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que esta sea, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”. La primacía en su vertiente comunitaria se impone sobre los propios textos

---

<sup>36</sup> Dir 85/374. Cfr. P. Craig y G. De Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 257 ss.

<sup>37</sup> Cfr. Sentencia, C-144/81 *Keurkoop v Nancy Kean Gifts*, Rec. 1982, 2853

<sup>38</sup> D. Caruso, *The Private Law and the State-Making in the Age of Globalisation*, cit., 43: “*it is instead apparent that private-law methodologies have contributed a great deal to the creation of supra-national legal structures in the EU*”.

<sup>39</sup> Costa contra ENEL, C-6/64, de 15 de julio de 1964, Rec. 1964.

<sup>40</sup> Sentencia de la Corte Costituzionale italiana, n. 14/1964.

<sup>41</sup> En la doctrina iluminantes son las conclusiones acerca del método comparativo avanzadas por A. Trabucchi, *Per una visione sistematica del diritto comunitario*, en *Quaderni del Centro di documentazione e studi sulle Comunità europee*, Università degli Studi di Ferrara, Milano, 1967, 3 ss.

constitucionales de los Estados miembros, tal y como confirmaría expresamente el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>42</sup>.

El primer traje del rey comunitario es fastuoso y la postura de la corte comunitaria, a la hora de reivindicar su autonomía mediante los principios de primacía y eficacia directa, se antoja distante de sus interlocutores privilegiados de las cortes nacionales. Sin embargo, el éxito de la jurisprudencia comunitaria está íntimamente relacionado con el primer esbozo de conversación dialógica con los jueces ordinarios nacionales<sup>43</sup>. La estricta dicotomía entre la esfera pública y privada, si bien retocada por los continuas referencias al papel cobrado por los ciudadanos *in primis* en las sentencias *Van Gend & Loos* y *Costa c. Enel*, se mantiene en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>44</sup>. El ciudadano de las dos decisiones no es una persona en el sentido completo y universal del término, así como descrita en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos del 1948: el rechazo de la misma corte comunitaria a ocuparse de temas relacionados con la tutela de los ciudadanos delimita el alcance de las afirmaciones en *Van Gend & Loos* y *Costa*<sup>45</sup>.

Recientemente en los juristas más advertidos se ha percibido la necesidad de replantearse la doctrina jurisprudencial de la supremacía absoluta del Derecho Comunitario, revelando una variedad de valiosos matices argumentales. Imbricando la *querelle* subyacente a este principio con la cuestión de más hondo calado constitucional sobre la limitada legitimidad del sistema jurídico comunitario, Weiler termina por sostener que “*the supremacy cannot but be a contingent and limited concept subject to Member-State control*”. Vistiendo el traje imperial de la corte europea, se pregunta el professor de la New York University: “*would I want to give effect to a principle which rendered the Community’s undemocratic laws supreme over the very constitutional values of the Member-State?*”. Se pone en tela de juicio, por tanto, la legitimidad de la formulación maniquea de la sentencia *Van Gend and Loos* y de la posterior *Costa*. Frente a la generalizada violación del incipiente Derecho Comunitario, la firme determinación del tribunal comunitario se ha traducido en un parámetro valorativo de tipo sustancialmente jerárquico respecto de los entonces seis Países fundadores. No parece tanto criticable la elaboración hermenéutica de la corte, cuanto el resultado de tintes tan extremos. El éxito de la jurisprudencia de naturaleza constitucional de la corte respecto de su progresivamente excelente aceptación en los jueces nacionales reside precisamente en la capacidad hermenéutica de la corte europea, más que en sus resultados, objeto de inicial rechazo por parte de sus interlocutores nacionales. La quintaesencia del paradigma comunitario que se explicita a nivel jurisprudencial con las más famosas sentencias *Van Gend and Loos* y *Costa* está en la relación necesaria de colaboración, si bien “*the problem is that this ‘cooperation’ is extremely weak*”<sup>46</sup>.

En una vertiente más estrictamente técnica pero igualmente iluminante se coloca la tesis elaborada por el juez Lenaerts<sup>47</sup>. Retomando el discurso acerca de la necesaria revisión de la doctrina *Van Gend and Loos* y *Costa*, Lenaerts coloca los efectos de los dos principios básicos de Derecho Comunitario en la perspectiva más amplia de respeto de las tradiciones

---

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, 17 de diciembre de 1970, C-11/70. Cfr. J.P., Puissochet, *La primacía del Derecho comunitario*, en *Estudios de derecho judicial*, 2006, 95, 30.

<sup>43</sup> J. Weiler, *Rewriting Van Gend & Loos*, en AA.VV., *Judicial Discretion in European Perspective*, editado por Ola Wiklund, 2003, 150-163: “*The paradox is thus that the legitimacy challenge to the Court’s constitutional jurisprudence does not rest as has been assumed in its hermeneutics – a good outcome based on a questionable interpretation. But quite the opposite: an unassailable interpretation but an outcome which underpins, supports and legitimates a highly problematic decisional process*”

<sup>44</sup> Se habla en términos muy limitados de Derecho Privado sólo en algunos fallos como C-56/64 y C-58/64, *Consten and Grundig v Commission* [1966] ECR 429.

<sup>45</sup> Sentencia, *Storck c. Alta Autorità della C.E.C.A.*, 4 febrero 1959, 1/58; y *Banchi di vendita del carbone della Ruhr*, 15 luglio 1960, 36-37-38/59 y 40/59.

<sup>46</sup> J. Weiler, *Rewriting Van Gend & Loos*, en AA.VV., *Judicial Discretion in European Perspective*, editado por Ola Wiklund, 2003, 162.

<sup>47</sup> K. Lenaerts – T. Courthaut, *Of Birds and Hedges: the role of Supremacy in Invoking Norms of EU Law*, en (2006) 31 *E.L. Rev.*, 287.

jurídicas nacionales. El mecanismo de sustitución de la norma interna respecto a la norma comunitaria ha de ser nuevamente calibrado en la medida en que, en virtud de la aplicación del principio de primacía, sea posible recuperar la normativa nacional, si bien ella se perfile en forma embrionaria. Se trata de evitar la aplicación de un proceso hermenéutico ágil, pero al mismo tiempo poco adaptado a la compleja realidad constitucional europea: se privilegia, al contrario, un camino metodológico más arduo pero a la vez capaz de “salvar-conformar” la normativa interna mediante una operación interpretativa. También en esta propuesta se abren horizontes nuevos a mecanismos de colaboración judicial entre sistemas jurídicos, más allá del típico proceso de abrogación normativo, asociando estrictamente el principio de eficacia directa al criterio de supremacía, a su vez articulado en la vertiente de la interpretación conforme. El relanzamiento del principio hermenéutico de la interpretación conforme se mueve en la dirección de una mayor colaboración entre sistemas, más que en la asfíxica confrontación entre ellos. El criterio hermenéutico es doblemente propicio para interpretar la compleja situación actual bien en extensión por el número de sistemas legales partes de la actual Unión Europea, bien en profundidad porque “*we are confronted with more legal norms than ever, as gradually lawyers start to discover the instruments of the third and even second pillar*”<sup>48</sup>. Los monolíticos principios de primacía necesitan ser, por tanto, reelaborados a nivel técnico-jurídico. A este propósito, recientemente un sector de la doctrina ha teorizado una distinción lógica entre invocabilidad de exclusión de las normas nacionales e invocabilidad de sustitución de las mismas<sup>49</sup>. El Abogado General Léger en el caso *Linster* ha avalado esta clasificación, siguiendo la estela del Abogado General en el caso *Océano Grupo Editorial*<sup>50</sup>. La posterior reacción estentórea de los tribunales constitucionales nacionales denota un inequívoco distanciamiento entre las dos instancias judiciales.

El Tribunal de Justicia se enrocó en sus posiciones conservadoras en el *asunto Simmenthal*, 9 de marzo de 1978 (106/77) proclamando que “el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”. Las cortes constitucionales nacionales habían precedentemente adoptado posturas contrastadas, pero tendentes todas a proteger su jurisdicción en caso de conflicto entre normas comunitarias y nacionales<sup>51</sup>. El dialogo judicial no despegaba justo porque la terminología empleada por el juez comunitario y por los jueces constitucionales es parecida en la medida en que tratan de imponer la vigencia de una norma: la falta de intercambio es el corolario de la imposición del principio de supremacía, que distancia más que aproximar los dos sistemas jurídicos.

Las cortes ordinarias, sin embargo, han progresivamente emprendido una fructífera conversación con el Tribunal de Justicia aplicando los dos principios de eficacia y primacía con creciente frecuencia<sup>52</sup>. El enfrentamiento entre instancias judiciales nacionales y

---

<sup>48</sup> K. Lenaerts – T. Courtbaut, *Of Birds and Hedges: the role of Supremacy in Invoking Norms of EU Law*, cit., 288.

<sup>49</sup> P.V. Figueroroa Reguero, *Invocability of Sostitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Development of the Case-Law of ‘Horizontal Direct Effect of Directives’*, en *Jean Monnet Working Paper* 7/02.

<sup>50</sup> No obstante el intento de ampliar el horizonte hermenéutico del juez nacional, quedan en pie algunos límites al criterio de interpretación conforme en relación a la entrada en vigor de la Directiva comunitaria respecto del principio de irretroactividad o a un periodo transicional. El legislador nacional, en efecto, puede prever un lapso temporal para la adecuación en sede estatal de una Directiva comunitaria, sin que tal medida entre en conflicto con la posible interpretación judicial de la normativa comunitaria. El segundo límite afecta a la interpretación contraria a la disciplina nacional, como establecido en la misma decisión *Pupino*.

<sup>51</sup> *Conseil Constitutionnel*, en su *Decisión n° 74/54*, 15 de enero de 1975 (*interruption volontaire de la grossesse*); *Cour de Cassation Société des cafés Jacques Vabre*, 24 de mayo de 1975; *arrêt del Conseil d’Etat Nicolo*, 20 de octubre de 1989; *Corte Costituzionale italiana Industrie Chimiche Italia Centrale*, 30 de octubre de 1975 (232/75) *Industrie Chimiche Italia Centrale*, 30 de octubre de 1975 (232/75).

<sup>52</sup> A. M. Burley - W. Mattley, *Europe Before the Court*, en *Intern. Organ.*, 1993, 70 ss.;

comunitaria se recruce allí donde y cuando la relación entre ordenamientos se interpreta en términos de abrogación de normas (supremacía) más que de respeto de esferas jurídicas y sistémicas distintas e integrantes (primacía).

La relación entre los ordenamientos está basada en el mecanismo de preferencia crítica, de comparación ponderada de los sistemas estatal y supranacional. Por otro lado, del principio de primacía se van progresivamente desprendiendo corolarios que, engarzándose con el concepto de eficacia, imponen la eliminación de cualquier obstáculo contrario a la aplicación para los particulares de los derechos procedentes del ordenamiento comunitario.

### 3. B) El “contrapunto” del principio de eficacia directa

Al principio de supremacía el juez comunitario asocia, en momentos distintos, los principios de eficacia directa y de responsabilidad del Estado. El primero de ellos cobra una dúplice relevancia potencial en la consolidación del paradigma comunitario: en el plano hermenéutico-comparativo y en la apertura hacia la aplicación horizontal de las normas comunitarias.

El principio de eficacia directa es relativo - afirman Liñán Nogueras y Araceli Mangas Martín<sup>53</sup>: tiene una coloración más dialógica y, a la vez, afecta directamente las relaciones entre particulares. Cobra particular importancia la circunstancia de que algunas normas del Tratado fundacional pudiesen ser invocadas en una disputa *inter privatos*<sup>54</sup>. A mediados de los años Setenta, por tanto, las normas sobre la prohibición de discriminación de género se aplican directamente a las situaciones entre particulares: empresas y empleado. “*Thanks to the private-law axiom of across-the-board consistency, European integration smoothly conquered the land of private contracts. Its entrenchment in member states’ legal systems, as a result, became immensely more significant*”<sup>55</sup>. El esclerotizado modelo del principio de primacía terminaba por provocar una confrontación silenciosa y profunda con los jueces constitucionales, que hasta hace un lustro se habían negado a aceptar el impulso comunitario.

Justamente en la interrelación sistémica entre estos dos principios surge la necesidad de recuperar-interpretar la norma nacional contraria a las reglas de Derecho Comunitario según la letra y el significado atribuido a la normativa supranacional. La progresiva y lenta apertura del principio de eficacia directa de las normas comunitarias, siempre que reúnan las condiciones de incondicionalidad, suficiente claridad y precisión, a nuevas hipótesis [en su aplicación efectiva al reglamento<sup>56</sup>, directiva<sup>57</sup>, etc.] revela una mayor concienciación de la corte comunitaria a las exigencias intrínsecas del sistema y un mayor grado de diálogo con los jueces estatales. “El reconocimiento de la posibilidad para las directivas de producir efecto directo fue una de las interpretaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas más novedosas y más controvertidas de los años setenta, que encontró, en general, resistencia en los Estados miembros, y en particular en algunos tribunales recalcitrantes, franceses, italianos y alemanes”<sup>58</sup>. Y ya en las decisiones Von Colson y Kamann<sup>59</sup>, Harz<sup>60</sup>, Johnston<sup>61</sup> y Costanzo<sup>62</sup>, se asoma tímidamente la necesidad

---

<sup>53</sup> A. Mangas Martín – D. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Tecnos, 4.<sup>a</sup> ed., 2004.

<sup>54</sup> Sentencia, 8 de abril de 1976, Defrenne/Sabena (Defrenne II), Rec. 1978-6. pp. 136

<sup>55</sup> D. Caruso, *The Private Law and the State-Making in the Age of Globalisation*, cit., 43.

<sup>56</sup> Sentencia de 5 de abril de 1979, Asunto 148/78, Ratti, Rec. 1979, p. 1629.

<sup>57</sup> Sentencia de 6 de octubre de 1970, C-9/70, Rec. p. 825.

<sup>58</sup> L. Millán Moro, *La eficacia directa de las directivas: evolución reciente*, en *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 18, 1991, 845.

<sup>59</sup> Sentencia de 10 de abril de 1984, Asunto C-14/83, Von Colson y Kamann, Rec. 1984, p. 189.

<sup>60</sup> Sentencia de 10 de abril de 1984, Asunto. 79/83, Harz, Rec. 1984, p. 1921.

<sup>61</sup> Sentencia de 15 de mayo de 1986, Asunto. 222/84, Johnston, Rec. 1986, p. 1663, cdo 53, p. 1690.

<sup>62</sup> Sentencia 22 de junio de 1989, Asunto. 103/88, Fratelli Constanzo, Rec. 1989, p. 1839, cdo. 31, p. 1871.

de interpretar el Derecho nacional conforme a la directiva, que será confirmada plenamente en la decisión Marleasing S.A.<sup>63</sup>. La relación de colaboración judicial conduce al juez comunitario a calibrar, según los momentos históricos y las exigencias manifestadas por los interlocutores privilegiados nacionales, una compleja congerie de soluciones no aprioristamente concebidas y, en ocasiones, claramente contradictorias, como en el caso de Cia Security<sup>64</sup>, Unilever<sup>65</sup> y Delena Wells<sup>66</sup>.

C) La primeras aperturas hacia los sistemas nacionales: los criterios de efectividad y equivalencia y la *cross-fertilisation* en el principio de responsabilidad del Estado

Siempre en esta óptica sancionadora, a partir de los años Setenta el Tribunal de Justicia elabora una estructura procesal más permeable a las instancias estatales, remitiendo tutela procesal de los derechos de origen comunitario a las dispares disciplinas nacionales. La segunda generación de tutela judicial se modela inicialmente alrededor de la institución publicista del enriquecimiento injusto<sup>67</sup>.

Con la sentencia Rewe<sup>68</sup> los principios de equivalencia (igualdad de los remedios disponibles para ejercitar tanto las pretensiones basadas en el derecho interno tanto con las fundadas en el Derecho Comunitario) y de efectividad (prohibición de normas que hagan imposible o excesivamente difícil la reivindicación de derechos de matriz comunitaria) activan un mecanismo judicial de circulación mínima entre el orden jurisdiccional comunitario y los ordenamientos nacionales. El principio de equivalencia cobra particular relevancia en el diálogo judicial sobre el nivel de protección de los derechos fundamentales, pues fundamenta la circulación de modelos de tutela de los derechos fundamentales en la saga alemana Solange y en los fallos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en relación al nivel de protección ofrecido por el Derecho Comunitario. Se trata de un principio de colaboración o de integración entre sistemas de carácter claramente crítico y hermenéutico.

El paradigma comunitario, que implica una mayor atención al sistema nacional, y, por tanto, una aplicación continua de la metodología comparativa, y que sólo se quedaba *in nuce* en los primeros años de vida de las comunidades europeas, emerge timoratamente también a nivel axiológico en la sentencia Nold<sup>69</sup> y en la transcripción legislativa de la dinámica judicial inaugurada con un principio ínsito en el fallo Rewe: el principio del reconocimiento mutuo. El seísmo provocado por el desbloqueo de la libre circulación de mercancías preanuncia el despegue también del paradigma comunitario.

En primer fallo la corte comunitaria reclama la aplicación de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros en la dirección también determinada por la Convención Europea de los Derechos Humanos, inaugurando un esbozo de diálogo entre cortes europeas que se consolidará con mayor éxito en los últimos años. Este avance de envergadura constitucional se consuma una vez más gracias a la aportación ofrecida por los métodos comparativos, cristalizándose en la norma básica del Derecho Europeo del actual art. 6 TUE, el cual implanta la Grundnorm europea de los valores constitucionales filtro

---

<sup>63</sup> Sentencia de 13 de noviembre de 1990, Asunto C-106/89, Marleasing S.A.

<sup>64</sup> Sentencia de 30 de abril de 1996, CIA Security International, Asunto C-194/94, Rec. p. 2201.

<sup>65</sup> Sentencia de 26 de septiembre de 2000, Unilever Italia Spa c. Central Food Spa, Asunto C-443/98, Rec. p. I-7535.

<sup>66</sup> Sentencia de 7 de enero de 2004, Delena Wells c. Security State for Transport, Asunto C-201/02, Rec. p. I-723.

<sup>67</sup> Cfr. A. Lazari, *La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: el "esquema de la crisis"*, en *Rev. Der. Comun. Europ.*, 9, 2005, 177 ss.

<sup>68</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz EG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland, 33/76, Rec. p. 1989.

<sup>69</sup> Sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold, 4/73, Rec. p. 491.

para las nuevas incorporaciones del art. 49 TUE y constituye la norma primaria del “quien somos los europeos”, cuya violación dará lugar a la respuesta expresada en el siguiente art. 7 TUE. La compleja realidad europea, plasmada en esta norma básica, ha requerido en la sentencia Nold y requiere en el propio art. 6 TUE segundo párrafo la aportación comparativa: cualquier avance de naturaleza constitucional o privatista se consume gracias a la dinámica comparativa.

En la sentencia Rewe, la lógica comparativa, que se transfunde en los principios jurisprudenciales de efectividad y equivalencia, asume una dimensión legislativa en el art. 100 TCEE, actual art. 95 TCE. La epistemología comparativa judicial que había llevado a la elaboración de la *Grundnorm* constitucional del art. 6 TUE, precedida por la sentencia Nold, se refleja significativamente también en la estructura normativa de la norma básica en materia de aproximación legislativa. El relanzamiento del mercado interior en virtud del fallo Rewe abre las puertas a las posteriores iniciativas de la Comisión Delors no mediante una norma que rompe la balanza de las competencias comunitarias a favor exclusivo de las exigencias comunitarias, sino que introduce un sistema dialéctico de ponderación crítica de los intereses nacionales y comunitarios efectuado por la Comisión Europea y previsto por los párrafos 2, 3 y 4 del art. 95 TCE. Una vez más, el sistema comparativo ha de ofrecer los instrumentos epistemológicos necesarios para medir críticamente las normas nacionales respecto de la disciplina comunitaria; sistema metodológico que luego se transfunde *mutatis mutandis* en el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en materia de nivel de protección de los derechos. La metodología comparativa, por tanto, se va desarrollando paulatinamente en varias actividades judiciales a principios de los años Ochenta y se combina con la inicial versión absolutista del principio de supremacía comunitaria. También la profundización sistémica de los remedios judiciales se mueve en esta dirección, en el momento histórico en que se necesitaban respuestas más drásticas al grave y sistemático incumplimiento del Derecho Comunitario. El principio de los años Noventa representa el punto de inflexión del proceso de integración europea<sup>70</sup>.

El principio de responsabilidad del Estado no mueve sus primeros pasos en la dirección de un diálogo jurisprudencial. El fallo Francovich promueve un modelo de responsabilidad del Estado de corte objetivo<sup>71</sup>, sideralmente lejano de la mayoría de los sistemas nacionales de responsabilidad administrativa, fundados en un variable concepto de culpa<sup>72</sup>. Con dicho principio se pretendía reforzar el sistema sancionador ante la sistemática violación de las directivas comunitarias, activando una circulación de modelos jurídicos siempre a la sombra de los dos ejes de la equivalencia y efectividad: el mecanismo de judicial *cross-fertilisation*<sup>73</sup>. Sin embargo, este movimiento de armonización normativa basada en la labor de conjugación del juez nacional no arriba a las orillas de las Altas Cortes y aún menos de los tribunales constitucionales nacionales; ni tiene por contenido la protección de derechos que desborden la frontera conceptual y política del mercado común. El proceso de *cross-fertilisation*, por tanto, asume una dimensión parcial y significativamente mutilada por la ausencia de todas las cortes constitucionales europeas. Tras años de silencio de oro<sup>74</sup> y de una arraigada resistencia cultural a responsabilizar al legislador nacional<sup>75</sup>, se activa

---

<sup>70</sup> El momento constitucional del que habla J. Weiler, *The Constitution of Europe. 'Do the new clothes have an emperor?*, Cambridge University Press, 1999, 3.

<sup>71</sup> Cfr. R. Alonso García, *La responsabilidad del estado miembro por vulneración del derecho comunitario*, Taurus, Madrid, 1997.

<sup>72</sup> Cfr. A. Lazari, *Modelli e paradigma di responsabilità dello Stato*, cit., 301 ss.

<sup>73</sup> A. Lazari, *La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: «el esquema de la crisis»*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2005, 177-225; M.P. Granger, *National application of Francovich and the construction of a European administrative jus commune*, en (2007) 32 *E.L. Rev.*, 157 ss.

<sup>74</sup> C. Harlow, *State Liability: Tort and Beyond*, Oxford University Press, 2004, 45.

<sup>75</sup> Cfr. entre otras, sentencias Conseil d'Etat Ass., 28 de febrero de 1992, SA Rothmans International France and Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France [1992] AJDA 224; Corte di Cassazione,

tímidamente un mecanismo de recepción interna sólo en algunas cortes supremas nacionales tras la decisión aperturista Factortame III-Brasserie de Pêcheur<sup>76</sup>. Muy emblemático es el método seguido en la conjugación del paradigma lexical comunitario diseñado en las sentencias del Tribunal de Justicia: es decir, “*‘domestic integration’ approach reflects a desire to preserve the integrity of traditional torts regimes, whilst accommodating the new Community rule*”<sup>77</sup>.

Desde la perspectiva privatista, el dialogo judicial se ahonda en el tema de la responsabilidad civil extendida también a la actividad *inter privatos* en el fallo Courage<sup>78</sup>. En esta sentencia se leen a contraluz algunas consideraciones generales que trascienden los límites del caso concretos para asumir una dimensión axiológica: “entre los elementos de apreciación que puede tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional competente debe mencionarse el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, así como, según señala con razón el Gobierno del Reino Unido, el poder de negociación y el respectivo comportamiento de ambas partes en el contrato”. Emerge, pues, aunque sea *in nuce*, una dimensión valorial que sólo se puede ver reforzada por una dialéctica institucional vertical, con los jueces nacional, y horizontal, con los otros órganos comunitarios.

A menudo un paso en el proceso de “verticalización” de las relaciones entre ciudadanos europeos e instituciones comunitarias, que ha, en definitiva, caracterizado el mecanismo de constitucionalización europea, sigue un avance paralelo en la “horizontalización” del mismo principio en la relaciones entre privados<sup>79</sup>. Por este motivo, no es posible definir el fenómeno de progresivo alejamiento de la dinámica institucional y jurídica típica del Derecho Internacional clásico tan sólo en términos de constitucionalización, allí donde ella abarca un más amplio radio de acción judicial.

No es necesario comprar un nuevo lujoso ropaje, sino que se “recicla” el vestido tradicional estatal, ajustándolo a las nuevas exigencias comunitarias<sup>80</sup>. Los pronunciamientos ingleses<sup>81</sup>, italianos<sup>82</sup>, y españoles<sup>83</sup> corroboran *ex multis* esta nueva inclinación judicial europea.

Como hemos tenido modo de profundizar *aliunde*<sup>84</sup>, la connotación principal del paradigma comunitario reside en su capacidad de superar el canon conceptual derecho estatal-derecho internacional para alcanzar una síntesis dialógica. El primer paso hacia esta operación, es decir la formulación del principio de *primauté*, asume paradójicamente la característica pétreo y excluyente de su correspondiente *forma mentis* nacional. No se trata, entonces como ahora, de excluir agentes políticos o culturas estatales, sino más bien de edificar

---

Sez., Lav., enero 1997, n. 133 en *Foro It.*, 1998, 1366; y en Grecia Symvoulío tis Epikateias, sesión plenaria, 26 de febrero 1999, en [1999] *Deltio Forologikis Nomothesias* 1783-1787; [2000] *Eur. C.L.*, Pt 6, n. 75.

Cfr. J. Bell, *French Administrative Law and the Supremacy of European Laws*, en (2005) 11 *European Public Law* 490.

<sup>76</sup> Sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame III, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029.

<sup>77</sup> M.P. Granger, *National application of Francovich and the construction of a European administrative jus commune*, cit., 160.

<sup>78</sup> TJCE, 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage*, en Rec., 2001, p. I-6297

<sup>79</sup> Cfr. C. Joerges, *Il ruolo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.* 2000, 278 ss.

<sup>80</sup> Cfr. A. Lazari, *Modelli e paradigmi di responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>81</sup> House of Lords, R. V. Secretary State for transport ex p. Factortame (n. 5), [2000] 1 A.C. 524.

<sup>82</sup> Corte di Cassazione, Sezione III, 1 abril 2003, n. 915, *Repubblica Italiana v. Della Minola*, en *Giustizia Civile* [2003] I, 1193.

<sup>83</sup> Tribunal Supremo, 12 de junio de 2003, Canal Satélite Digital, en (2004) 41 C.M.L. Rev. 1717. Cfr. S.M. Lange – H. Brokelmann, *The Liability of the Spanish State for Breach of EC Law: the Landmark Ruling of the Spanish Tribunal in the Canal Satélite Digital Case*, en (2004) 24 E.L. Rev., 530.

<sup>84</sup> Cfr. A.Lazari, *La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: «el esquema de la crisis»*, cit., 200.

‘judicial dialogues’<sup>85</sup> o ‘co-operative constitutionalism’<sup>86</sup>. Asimismo, no se trata de esculpir normas o principios definitivos, sino de trazar cauces de diálogos institucionales y jurídicos. El silencio ensordecedor de los tribunales constitucionales en tema de aplicación nacional de la *primauté* comunitaria<sup>87</sup> significa Euro-esclerosis del mismo principio. Durante lustros esa mudez se ha interpretado simplistamente como una lucha de poderes jurisdiccionales, explicitada en la ausencia absoluta de cuestiones prejudiciales por parte de las cortes constitucionales. Hay algo más detrás de un mero conflicto jurisdiccional; existe una confrontación entre paradigmas, entre “*the two different narratives on the question of ultimate authority developed by the European Court of Justice and national constitutional courts*”<sup>88</sup>, ya evidenciado en la distintas claves de lectura del fallo Costa. Dicha carencia de talante aperturista se interpreta por otros autores en clave de ausencia de capacidad persuasoria ostentada por la corte comunitaria: “*to put it bluntly, the ECJ can say whatever it wants, the real question is why anyone should heed it*”<sup>89</sup>.

La distancia entre los paradigmas de primacía - interno y comunitario - pasa de ser implícita o esporádica<sup>90</sup> a constituir una ostentación del rechazo en las decisiones de los tribunales constitucionales originadas por la ratificación del Tratado de Maastricht, *incipit* de un renovado y contrastado constitucionalismo europeo. En la estela de la notoria decisión de la corte alemana, el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992, afirmó a todas luces la primacía constitucional estatal sobre los Tratados internacionales, incluidos los comunitarios<sup>91</sup>.

No obstante, el tránsito de Rey absoluto a Emperador, del constitucionalismo material a su entronización formal, se consuma en el Tratado que establece una Constitución para Europa. El denominado Tratado Constitucional contempla expresamente dicho principio en el artículo I-6, según el cual “la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta *primarán* sobre el Derecho de los Estados Miembros”<sup>92</sup>. La cristalización de la cláusula de primacía en un entramado de tipo constitucional tendría por objetivo proporcionar a los ciudadanos europeos un valor jurídico sancionado por medio de la transparencia y, en clave política, frenar las aspiraciones soberanistas expresadas por algunos Países del ex bloque soviético<sup>93</sup>. El *travestimento* del principio de *primauté* en los “paños menores” de la Declaración 17 tiene el doble sentido de esconder el núcleo duro del constitucionalismo comunitario a los ciudadanos y, máxime, a las cortes constitucionales. “*La vicenda appare, dunque, il sintomo più acuto della scomparsa di fiducia reciproca nell’Unione Europea*”<sup>94</sup>, es decir que el *travestimento*

---

<sup>85</sup> A. Stone Sweet, *Constitutional Dialogues in the European Community*, in A.M. Slaughter, A. Sweet Stone y J.H.H. Weiler (eds), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context* (Oxford, Hart Publishing 1998) p. 325-326.

<sup>86</sup> A. Sajó, ‘*Learning Co-operative Constitutionalism the Hard Way: the Hungarian Constitutional Court Shying Away from EU Supremacy*’, en *2 Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* (2004) p. 351.

<sup>87</sup> B. de Witte, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order*”, en P. Craig and G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 201: “*the proposition that Community law has absolute primacy, even over national constitutional provisions, is generally not accepted by national supreme courts*”.

<sup>88</sup> M. Poiares Maduro, *Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action*, en Neil Walker, ed., *Sovereignty in Transition* (Hart: Oxford 2003), 502.

<sup>89</sup> K. J. Alter, “*The European Court’s Political Power*”, en *West European Politics* 19 (1996): 458 at 459.

<sup>90</sup> La teoría de los denominados contralímites surge en el tribunal constitucional alemana Solange I (sentencia de 29 de mayo 1974 BVerfGE 37) y II (22 de octubre de 1986 BVerfGE 73) y *mutatis mutandis* en Italia con la decisión Frontini de 27 de diciembre de 1973, n. 183 e de 21 de abril 1989 Fragd, n. 232.

<sup>91</sup> Declaración del Tribunal Constitucional, de 1 de julio de 1992, n. 1236/1992

<sup>92</sup> Apuntalado por una Declaración (cfr. CIG 43/03, PRESID 7), conforme a la cual “la Conferencia hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia”.

<sup>93</sup> J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, cit, 2007, 139.

<sup>94</sup> J. Ziller, *Il nuovo Trattato Europeo*, cit., 140.



poético del Rey constituía la manifestación más diamantina del quebrantamiento del ejercicio del paradigma comunitario. A partir del siglo XXI, el Tribunal de Justicia emprende un tortuoso y arduo camino, despojándose de todo oropel soberano y a través de la *judicial conversation* cultivando la parcela de los derechos humanos: acepta el reto lanzado por las cortes constitucionales en las citadas sentencias de las cortes constitucionales nacionales. El juez de Luxemburgo procura, pues, aplicar la tendencia aperturista, el paradigma comunitario, también a las relaciones (nulas hasta entonces) con los homólogos jueces constitucionales.

El paradigma comunitario nace bifronte, en la medida que se construye un nuevo ordenamiento supranacional con la necesidad de preservar a la propia arquitectura estatal. Es paradigma, es decir implica una compleja operación de comparación según su primordial acepción griega  $\square\square\square\square\square\square\square\square\square$ . Frente al proceso de encorsetamiento del principio según los cánones legislativo simplista y uniformadores (art. 6 del Tratado Constitucional), se desarrolla recientemente una florida tendencia a la aplicación del paradigma comunitario en sede constitucional. Hay que distinguir, pues, entre el pomposo ropaje del Rey, su proclamación en 1964 y su canonización en el Tratado Constitucional y el proceso dialéctico subyacente. En este contexto se halla la esencia del paradigma comunitario y del principio de tolerancia constitucional, en la capacidad de conjugar, que no de abrogar. Y en esta óptica la reciente labor de la corte comunitaria ha dado sus frutos también en las arenas constitucionales y privatistas.

Por otro lado, la creciente atención a los temas relacionados con el mundo privatista, vuelve a evidenciar la posibilidad de proyectar las normas constitucionales europeas (los denominados superprincipios) a las relaciones interprivatistas, superando la barrera conceptual del paradigma tradicional internacionalista. Aquí se entrelazan las cuerdas con las que el Ulises-Estado tras el doloroso reconocimiento de su debilidad en la Segunda Guerra Mundial se ha autoatado: la cuerda sutil del Derecho Internacional, *in primis* de las normas acerca de los Derechos Humanos, inicialmente relegadas al hiperuranio platónico de la sistemática desaplicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y la cuerda gruesa de los valores constitucionales, sólidamente agarrados a la cultura nacional y capaces de sobreponerse y orientar la actividad del legislador estatal. Precisamente en la constitucionalización del Derecho Privado Europeo se ha evidenciado la oportunidad de colorar de tintes axiológico el proceso de integración también a nivel privatista<sup>95</sup>. Empresa incluso más ardua que el propio Tratado Constitucional ha resultado el proceso de unificación o armonización de los Derecho Privados nacionales, ofreciendo un sentido único o unificador a la “selva” de directivas específicas de armonización adoptadas en virtud del citado art. 95 TCE. Más allá y en coincidencia con las distintas experimentaciones doctrinaria y de *soft law*, el Tribunal de Justicia ha perseguido, y está persiguiendo en estos últimos meses, un diseño más intrusivo también en ámbitos usualmente lejanos a su competencia como el Derecho del Trabajo, la lucha antiterrorista y la propia bioética mediante la destilación de principios constitucionales europeos (como se definen literalmente en la sentencia Kadi), que se van a revertir en la actividad *inter privatos*. La operación pretoriana de conjunción del Derecho Comunitario con las raíces más profundas de las Constituciones posbélicas nacionales y con las constituciones decimonónicas de los derechos privados nacionales se consuma gracias a la contribución epistemológica comparativa y mediante el principio hermenéutico de recuperación-rescate de los derechos nacionales de la interpretación conforme.

En las sentencias Pupino<sup>96</sup> y Cordero<sup>97</sup>, *ex multis* el redescubrimiento del principio de interpretación conforme se mueve en la misma dirección epistemológica: la de comparar y

<sup>95</sup> Cfr. *ex multis* AA.VV., *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, editado por G. Comandè, Torino, 2004.

<sup>96</sup> Sentencia Tribunal de Justicia 16 mayo 2005, María Pupino, asunto C-105/03.

<sup>97</sup> Sentencia Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2006, Cordero Alonso, C-81/05.

calibrar culturas jurídicas sin imponer un baremo inflexible. El nuevo constitucionalismo europeo no ahonda sus raíces identitarias en la imposición de un principio de primacía *tout court*. Si bien es necesario establecer un criterio valorativo único y uniforme<sup>98</sup>, esta operación ha de consumirse en la perspectiva del diálogo entre jueces, entre sistemas políticos y entre instituciones (en esta dirección ha de entenderse la colaboración inaugurada en el Tratado de Lisboa entre parlamentos nacionales y europeo). La actual proliferación de una *cross-fertilisation* en el terreno de la responsabilidad del Estado, su aplicación a las relaciones entre privados y el propio principio de interpretación conforme confirma una tendencia pretoriana a abrir nuevas puertas al tránsito de ideas y culturas, que está avalada por un renacimiento de la conversación institucional con los jueces nacionales. De la poética de los arreglos cosméticos, del *travestimento* político, a la prosa del diálogo judicial europeo. A la operación de «desconstitucionalización» formal<sup>99</sup>, consistente en la eliminación de la referencia al principio de primacía incorporado bajo la vestimenta de la Declaración número 17, corresponde significativamente un impetuoso *rinascimento* de un nuevo constitucionalismo europeo, basado esencialmente en tres líneas de desarrollo distintas. A la elaboración y publicación del *Draft of Common Frame of Reference* la corte comunitaria responde ocupándose con siempre mayor atención y frecuencia de temas relacionados con la privatista de los derechos fundamentales.

El primer aspecto evidente *ictu oculi* del constitucionalismo europeo del siglo XXI se refleja en la extensión de las materias abarcadas por el Tribunal de Justicia y objeto de primacía: desde la bioética hasta el terrorismo, pasando por temáticas de Derecho Laboral. Se trata claramente de una muestra de constitucionalismo sustancial, inherente al contenido de las sentencias de la corte comunitaria. Interrelacionada con la dimensión - podríamos decir - competencial se encuentra la penetración vertical del principio de la nueva primacía. Su mayor grado de intrusividad se expresa en su verticalidad respecto a los sistemas nacionales, chocando directamente contra criterios constitucionalmente o tradicionalmente garantizados, como el concepto de *res judicata*. La cláusula de primacía en su relación con los principios constitucionales estatales va apuntalándose con el principio de eficacia, asumiendo a menudo el aspecto hermenéutico de interpretación conforme a las normas de Derecho Comunitario, como testimonia la sentencia Maria Pupino. Esta mayor verticalidad recae también en el correlativo principio de responsabilidad del Estado por actuación de los jueces nacionales, como en la decisión Traghetti. El paradigma comunitario se colorea ontológicamente de tintes comparativos, que representan la nuda sustancia del derecho pretoriano, al margen de las complementarias y paralelas iniciativas legislativas. Y, a la vez, el discurso sobre los máximos sistemas civilista y publicista, “*once used to keep private law under comprehensive State control and to shelter it from harmonisation*”<sup>100</sup>, está gradualmente abocado a difuminarse en la dirección del tótem de la defensa de los derechos humanos.

#### 4. El Rey anda desnudo: las principales expresiones del nuevo diálogo judicial

Sin ánimo de exhaustividad, examinaremos la vanguardia del dialogo judicial que aflora en recientes pronunciamientos de la corte de Luxemburgo, abarcando nuevos horizontes en las relaciones con los órdenes nacionales.

<sup>98</sup> Cfr. J.P., Puissochet, *La primacía del Derecho comunitario*, en *Estudios de derecho judicial*, 2006, (95) 30.

<sup>99</sup> Dicha operación se completa con la adquisición de la plena virtualidad jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales sin integrarse en los Tratados; con la supresión del término «Constitución»; con la eliminación de los términos «ley» y «ley marco», el cambio de denominación del «Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión» que pasaría a llamarse «Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad» y la eliminación de las referencias a los símbolos de la UE (bandera, himno o divisa).

<sup>100</sup> D. Caruso, *Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property*, cit., 765.

Los principales cambios constitucionales de los primeros años del siglo XXI tienen su epicentro en la reinterpretación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales<sup>101</sup>. La Carta ha traído linfa vital fresca a la variopinta planta de la corte europea. Una vez más, no es tanto la redacción de un catálogo escrito de derechos fundamentales que constituye el corazón pulsante del nuevo constitucionalismo, cuanto su reinterpretación pretoriana en la óptica de la protección de derechos fundamentales. La clave de lectura de tal mecanismo está en la relación inversamente proporcional entre el proceso político de integración con sus altibajos institucionales y el acusado activismo de la rama judicial. Asimismo, está claro que a más desconstitucionalización formal sigue más constitucionalismo material en la misma dirección en que el acantonamiento de cualquier aspiración de una Constitución Europea cede el paso al protagonismo del Tribunal de Justicia en el desarrollo constitucional de la Unión Europea.

La nota vertebradora y característica de la nueva onda del activismo constitucional judicial en la Unión Europea se explicita en una actividad intensa en campos relacionados con los derechos fundamentales, donde los Estados Miembros muestran un patrimonio común<sup>102</sup>, pero también tradiciones diferentes y una actitud sensiblemente pluralista. En este contexto, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, confiada en manos del Tribunal de Justicia, genera muchas ventajas y, a la vez, considerables riesgos, el más obvio de los cuales radica en la perspectiva de que la corte europea, que actúa *volens nolens* como un juez constitucional en cuestiones concernientes a los derechos fundamentales, representa un elemento potencial de la centralización. Este movimiento institucional centrípeto incide, a nivel más estrictamente jurídico, al principio de primacía<sup>103</sup>. La Carta de Derechos Fundamentales ha ciertamente imprimido un nuevo impulso al proceso de integración europea, pero no en su proclamación oficial, pendiente aún del reconocimiento de derecho justiciable, sino más bien en su capacidad de constituir la plataforma de una novedosa interpretación judicial. El centro de gravedad argumental de la corte comunitaria se desplaza paulatinamente hacia problemáticas ajenas al mero escrutinio sobre las libertades económicas de la Unión Europea.

Los críticos de la jurisprudencia de la corte comunitaria expresaban a menudo la sospecha sobre la autenticidad de la garantía de la Comunidad de los derechos fundamentales, “ganzúa jurídica” para revestir con legitimidad real al principio de primacía, según los propios dictámenes de las cortes constitucionales italiana y alemana. Esta interpretación explicaría una particularidad distintiva del Derecho Comunitario, que eleva la libre circulación de personas, servicios, bienes y capital a las filas de derechos fundamentales. Durante mucho tiempo, la protección pretoriana de derechos fundamentales fue muy condicionada por los objetivos generales de la integración económica europea y antes que nada por el establecimiento del mercado común. Hasta muy recientemente, el juez comunitario ha mostrado gran deferencia por las libertades económicas del mercado común, cada vez que ha sido necesario crear un equilibrio entre ellos y otros derechos fundamentales. En efecto, el Tribunal de Justicia nunca ha valorado a libertades fundamentales ni a los derechos fundamentales en términos absolutos y, por consiguiente, siempre ha procurado guardar un equilibrio entre los motivos de la libertad económica y las

---

<sup>101</sup> AA.VV., *La Carta Europea de Derechos y su reflejo en la Justicia y Jurisprudencia Constitucional. Los casos español e italiano*, editado por A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggiero, A. Saitta, G. Silvestri, Giuffrè Editore y Tirant lo Blanch. 2002.

<sup>102</sup> Cfr. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

<sup>103</sup> A. Von Bogdandy, *The European Union as a Human Right Organization?*, en *Common Market Law Review*, n. 6, 2000, 1308: “Human rights as the core of the supranational order is a tantalizing prospect. They might provide a strong, visible, incontestable *raison d’être*, something the Union is longing for, given the technicality of the common market and its policies”

instancias subyacentes a los derechos fundamentales. No obstante, el punto de gravedad constitucional se ha desplazado lentamente en la decisión Schmidberger de 2003<sup>104</sup>. En esta decisión, la corte comunitaria, llamada a resolver una controversia entre la clásica libertad de circulación de bienes y algunos derechos fundamentales - la libertad de asociación y de expresión, surgida por una demostración de una asociación ambiental que bloqueó la autopista Brenner durante 30 horas, sorprendentemente concede la prioridad a éstos últimos, en una decisión equilibrada, en la cual las necesidades de la economía por una vez no inculcaron la sustancia de los derechos civiles.

Incluso más sorprendente, en muchos aspectos, es la decisión de Omega de 2004<sup>105</sup>.

En este caso también el juez comunitario tiene que afrontar un conflicto entre una libertad económica protegida por el Tratado (la libre circulación de servicios y, en menor grado, de bienes) y la protección de derechos fundamentales, que en este caso específico consisten en la dignidad humana en relación a un servicio comercial del entretenimiento de video-juegos que simulan asesinatos mediante armas láser.

En este juicio surge la oportunidad para la corte comunitaria de desplegar sus argumentaciones acerca de la dignidad humana mediante un *obiter dictum*, asegurando que tal super-principio no constituye sólo uno de los valores básicos de la Constitución alemana, sino que forma parte de los valores fundacionales del sistema jurídico europeo. El juez de Luxemburgo pretende, asimismo, acentuar deliberadamente el compromiso de parte de la Unión Europea hacia el respeto por la dignidad humana<sup>106</sup>.

Así en Omega, como en Schmidberger, los derechos fundamentales prevalecieron sobre libertades económicas y terminaron por justificar las restricciones importantes implícitas en ellos<sup>107</sup>.

El nuevo contenido del concepto de primacía despliega sus efectos también en el perfil laboral<sup>108</sup>.

En las dos sentencias Laval y Viking, emitidas por el Tribunal de Justicia los días 11 y 18 de diciembre de 2007 vuelve a afrontar el espinoso tema del conflicto entre la salvaguardia de

---

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de junio de 2003, Schmidberger, Asunto C-112/00

<sup>105</sup> Sentencia Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2004, Omega, Asunto C-36/02.

<sup>106</sup> M. Cartabia, *Taking Dialogue Seriously” The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, en *Jean Monnet Working Paper* 12/07.

<sup>107</sup> J. Moijn, *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution*, en *European Law Journal*, 2006, I, 15

<sup>108</sup> Por últimos, la sentencia TJCE, de 3 de abril de 2008, C-346/06, Dirk Rüffert, en tema de restricciones a la libre prestación de servicios, debidas a la normativa sobre la protección social de los trabajadores. La Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, interpretada a la luz del artículo 49 CE, se opone, en una situación como la controvertida en el asunto principal, a una medida de carácter legal, adoptada por una autoridad de un Estado miembro, que exija a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se trate, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución. Cfr., también las sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de octubre de 2007 - Comisión de las Comunidades Europeas / República Federal de Alemania, asunto C-112/05; asunto C-205/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria, y asunto C-249/06 Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Suecia. Esta decisión es particularmente importante por lo que respecta a los convenios protegidos con arreglo al artículo 307 TCE. Mientras que la normativa nacional, en virtud de los principios de primacía y de efecto directo, se puede ver derogada por la futura normativa comunitaria, estos convenios pueden contar con un régimen de salvaguardia especial. Cfr. P. Zumbansen – D. Saam, *The ECJ, Volkswagen and European Corporate Law: Reshaping the European Varieties of Capitalism* (November 15, 2007), en *CLPE Research Paper No. 30/2007*.

La corte europea había afrontado la cuestión del reconocimiento del derecho de huelga con cierto *pudeur* institucional, excluyendo explícita y tácitamente tal eventualidad. Las conclusiones del Abogado General Jacobs en el caso Albany, 28 enero 1999, C-67/96, hacían entrever la posibilidad de reconocer el derecho de huelga de los trabajadores, pero no en términos de derecho fundamental.

los derechos de libre establecimiento y de libre prestación de servicio respecto a la manifestación del derecho de huelga para lograr las mejores condiciones.

La novedad de la decisión comunitaria reside en la irrupción de la corte en una arena política muy controvertida, objeto de reivindicaciones sindicales, de la propia campaña referendaria en Francia y de la recién aprobada directiva Bolkestein. La incursión de la corte comunitaria en el terreno constitucional europeo reviste un alcance extraordinario si se considera la explícita exclusión realizada por los propios Estados miembros de la provisiones sobre política social en materia de huelga en el art. 137.5 TCE: “Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal”. Sin embargo, una vez más la decisión de envergadura constitucional se basa en la reinterpretación judicial de la Carta de Niza, que, al contrario, contempla la salvaguardia del derecho de huelga. El conjunto de vasos comunicantes jurisprudencial requiere, con arreglo a la probable incorporación del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos en el entramado constitucional de la Unión Europea, un diálogo constante con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ya ha afrontado con cautela la temática del derecho de huelga<sup>109</sup>.

El compromiso político alcanzado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión, consistente en que en el plano fiscal, fuera la legislación del país de origen, pero en las normas sociales, la del país receptor, se ve sensiblemente afectado por el binomio jurisprudencial *Laval*<sup>110</sup>-*Viking*<sup>111</sup>. Una vez más la corte de Luxemburgo asume un papel

---

<sup>109</sup> TEDH, 10 enero 2002, *Unison v United Kingdom*, nr. 53574/99 y TEDH, 17 julio 2007, *Satilmis v. Turkey* nos. 74611/01, 26876/06 and 27628/02. Cfr., K. Ewing, *The implication of Wilson and Palmer*, en [2003], *Industrial Law Journal*, p. 18.

<sup>109</sup> TEDH, 17 julio 2007, *Satilmis v. Turkey* nos. 74611/01, 26876/06 and 27628/02

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd/Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, C-341/05. Se refiere a una demanda de una empresa letona que quería imponer las condiciones laborales de dicho país a trabajadores de la misma nacionalidad que iban a trabajar a Suecia en la construcción de una escuela. Se negaba a suscribir ningún acuerdo con el sindicato sueco de construcción que equipararía las condiciones laborales de los trabajadores a los estándares suecos. Ese rechazo a la negociación, dado que las condiciones económicas letonas eran claramente inferiores a las suecas, provocó que el sindicato sueco bloquease la entrega de materiales y ante la solidaridad del sindicato sueco de electricistas, la obra finalmente se tuvo que suspender y la empresa letona, que había ganado el concurso de construcción -seguramente con los cálculos de hacer frente a menores salarios que los dispuestos en Suecia-, quebró.

Demandó a un tribunal sueco la ilegalidad de las acciones del sindicato sueco y el apoyo que recibió de parte del sindicato de electricistas y la indemnización por el perjuicio recibido como consecuencia del cierre de la obra. El Tribunal sueco elevó una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia Europeo sobre la interpretación de los artículos 12 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea (CE) así como de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios. La sentencia viene a decir que la acción sindical fue excesiva y dado que no existen en Suecia normas mínimas legales laborales (es un país donde la negociación colectiva es uno de sus fundamentos y es asumida por empresarios y sindicatos y de ahí la carencia de normas estatales), y ante el conflicto de intereses y los derechos invocados por cada parte, el derecho de la negociación colectiva y la huelga para conseguir mejoras por parte sindical y la libertad de circulación económica, por parte empresarial, prevalece ésta última. Por lo que se sanciona, en la práctica, con la interpretación que hace de la Directiva (96/71/CE) de desplazamiento de trabajadores, el dumping social.

<sup>111</sup> *Viking* es una empresa finlandesa de transporte marítimo que, entre otros servicios, realiza la ruta Helsinki-Tallín (Estonia). Dado que los trabajadores estonios tienen menores retribuciones, la empresa finlandesa quiso rematricular el barco en Estonia y contratar trabajadores estonios. El sindicato finés FSU convocó una huelga para lograr que los trabajadores tuvieran las condiciones contractuales finlandesas, apoyado por la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF), con sede en Londres. *Viking* demandó al FSU y a la ITF en un Tribunal británico. Éste planteó una petición prejudicial al TJUE sobre la interpretación

consustancialmente político, afrontando temáticas que afectan de lleno al propio equilibrio institucional y fundacional, activando posiblemente un proceso de desregulación social, una aceleración de deslocalizaciones jurídicas y el *dumping* social.

En el otro plato de la metafórica balanza, se ha de recordar que con su decisión el juez comunitario proyecta en el escenario más amplio de la entera Unión Europea el derecho de huelga que había sido claramente excluido por el Reino Unido y la República polaca de la aplicación del Capítulo Cuarto de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>112</sup> en el punto 1(2) del Protocolo sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales del Tratado de Reforma de Lisboa. Afirma la Corte en su punto 91 de la sentencia Laval: “aunque debe reconocerse que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones. En efecto, como reafirma el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, este derecho está protegido de conformidad con el Derecho Comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”. El propio criterio de proporcionalidad implica en última instancia dos elementos de extraordinaria importancia: el reconocimiento del derecho de huelga en términos de derecho fundamental de la Unión Europea y, consiguientemente, la ponderación constitucional con los derechos económicos tradicionales. El paradigma comparativo es esencial, pues, en cualquier decisión de la corte, también en el nuevo panorama constitucional<sup>113</sup>. La solución al *punctum crucis* de este dilema reside en el paradigma comunitario; es decir se requiere la valoración fáctica del juez nacional del principio de proporcionalidad, estableciendo, sin embargo, algunos puntos firmes en sede comunitaria. La valoración de Joerges acerca de esta nueva intervención jurisprudencial es en conjunto negativa: “*it is sufficiently clear, however, that this jurisprudence is a step towards the ‘hard law’ of negative integration*”<sup>114</sup>. Desde la óptica de una Europa social, y sopesando las reivindicaciones manifestadas en ocasión de la aprobación de la Directiva Bolkestein, “*the decisions may represent one step forward and two steps back for the trade union movement*”<sup>115</sup>.

Desde la perspectiva más estrictamente jurídica, la envergadura de la decisión se reverbera en el terreno del efecto directo horizontal. Una vez más la cuerda gruesa del incipiente derecho constitucional europeo se enlaza con el hilo sutil del derecho privado. Sostiene el Abogado General Maduro sostiene que “las normas constitucionales dirigidas al Estado se transforman en normas jurídicas que se aplican entre particulares, ilustrando que «el gobierno es el tercero en todo litigio entre particulares y lo es a través de la propia Ley y del juez que la aplica”.

---

del artículo 43 del Tratado de la Comunidad Europea y del Reglamento (CEE) 4055/86 relativos a la libertad de establecimiento y a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte. La sentencia del TJE admite la huelga como derecho de los trabajadores, pero lo matiza diciendo que no debe suponer restricciones a la libertad de establecimiento, poniendo en duda que se pueda declarar para evitar el libre establecimiento empresarial.

<sup>112</sup> Sobre el alcance de la Carta de Niza en los derechos de los trabajadores B. Bercusson, *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Nomos, Baden-Baden, 2006.

<sup>113</sup> A.C.L. Davis, *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ*, en *Industrial Law Journal*, Vol. 37, No. 2, Junio 2008, 127.

<sup>114</sup> C. Joerges – F. Rödl, *On De-formalisation in European Politics and Formalism in European Jurisprudence in Response to the “Social Deficit” of the European Integration Project. Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, en *neevia.com*.

<sup>115</sup> A.C.L. Davis, *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ*, en *Industrial Law Journal*, Vol. 37, No. 2, Junio 2008, 127. Cfr sobre el tema AA.VV., *Cross-border collective actions in Europe: a legal challenge*, editado por F. Dorsemont, T. Jaspers e A. van Hoek, Intersentia, Antwerpen e Oxford, 2007; AA.VV., *Industrial relations in the new Europe; enlargement, integration, and reform*, editado por P. Leisink, B. Steijn, U. Veersma, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007.

Otra operación de equilibrio de alcance constitucional, llevada a cabo por el tribunal de Luxemburgo mediante el criterio de proporcionalidad, concierne la sentencia *Dynamic Medien*<sup>116</sup>, donde nuevamente a la libre circulación de mercancías se contraponen la normativa nacional que prohíbe la venta por correo de soportes gráficos que no hayan sido sometidos a control y clasificación a efectos de la protección de los menores. No se trataría de una medida de efecto equivalente en tanto que la disciplina nacional está concebida con el objetivo de salvaguardar los menores de edad. El revestimiento argumentativo del juez comunitario representa una novedosa aportación de naturaleza constitucional. “La protección del niño está igualmente consagrada en instrumentos elaborados en el marco de la Unión Europea, tales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364, p. 1), cuyo artículo 24, apartado 1, dispone que los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar”. Esa operación alquímica de equilibrio entre las libertades de carácter económico que perseguía la corte en los años Setenta mediante el llamamiento al criterio de proporcionalidad<sup>117</sup> se tiñen ahora de una coloratura claramente constitucionalista; mientras con el tradicional mecanismo de *bilanciamento* se sacrificaban los derechos fundamentales en nombre del interés comunitario<sup>118</sup> (“buen funcionamiento del mercado”<sup>119</sup>, “necesidad de garantizar la conservación del Derecho Comunitario”<sup>120</sup>, etc.), recientemente la instancia excepcional que aflora echa sus raíces en ámbito nacional y está salvaguardado por el gran paraguas normativo de la Carta de Niza. Mucho tiempo ha pasado, pues, desde el caso *Grogan*<sup>121</sup> en tema de aborto y libre circulación de trabajadores o de la sentencia *Jani* en tema de prostitución<sup>122</sup>. Es más. Asegura la corte que “a este respecto, es necesario señalar que no es indispensable que las medidas restrictivas adoptadas por las autoridades de un Estado miembro para proteger los derechos de los niños, mencionados, correspondan a una concepción compartida por la totalidad de los Estados miembros por lo que respecta al nivel y a las modalidades de dicha protección (véase, por analogía, la sentencia *Omega*). Puesto que tal concepción puede variar de un Estado miembro a otro según consideraciones de orden moral o cultural, procede reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación seguro”. En forma embrionaria esta aserción de la corte comunitaria encierra un intento de calibrar comparativamente las dispares culturas jurídicas nacionales.

Desde otro punto de vista, en años más recientes el Tribunal de Justicia tiende a ampliar el alcance del conjunto de derechos fundamentales, yendo más allá de los límites de competencia de la Unión Europea que la propia doctrina *de incorporación* permitiría. Esta tendencia es claramente visible en dos casos recientes inherentes a los derechos de dos sujetos transexuales. *K.B.*<sup>123</sup> y *Richards*<sup>124</sup>. Ambos casos provienen del sistema jurídico inglés donde en el momento de los acontecimientos era vigente una peculiar situación legal, que por una parte permitió un cambio de sexo; pero que, a la vez, no permitió que tal modificación se reflejara en el juzgado municipal, impidiendo al transexual disfrutar del *status* reservado a la persona del sexo al cual perteneció después de la operación. En los

<sup>116</sup> Sentencia Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06.

<sup>117</sup> El Tribunal de Justicia ha sido acusado reiteradamente de no “tomar en serio” la tutela de los derechos fundamentales. Cfr. Coppel-O’Neill, *The European Court of justice: Taking Rights Seriously?*, en *Common Market L. Rev.*, 1992, 669 ss.

<sup>118</sup> Cfr. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 39 ss.

<sup>119</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, 13 diciembre 1979, C-44/79.

<sup>120</sup> Sull’argomento, cfr. più approfonditamente ROSSI, «Costituzionalizzazione» dell’UE e diritti fondamentali, in ID. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell’Unione europea*, Milano, 2002, 272 ss.

<sup>121</sup> Sentencia Tribunal de Justicia, 4 de octubre 1991, Asunto C-59/90, *Grogan*.

<sup>122</sup> Sentencia Tribunal de Justicia, 20 noviembre 2001, Asunto C-268/99, *Jani* y otros.

<sup>123</sup> Sentencia Tribunal de Justicia, 7 de enero 2004, Asunto C-117/01, *K.B.*

<sup>124</sup> Sentencia Tribunal de Justicia 27 abril 2006, Asunto C-423/04, *Richards*.

casos traídos a la atención del Tribunal de Justicia, la imposibilidad para registrar el cambio de sexo impidió al demandante formar matrimonio y así de disfrutar de la pensión del sobreviviente, en un caso, y de ser capaz de jubilarse a los sesenta años- la edad para el retiro femenino - en el segundo caso. En ambos casos la ley inglesa es considerada incompatible con la prohibición de discriminación por razones de género, en varias ocasiones reprobadas por el Tribunal de Luxemburgo y por el Tribunal de Estrasburgo en cuanto a la imposibilidad de la corrección de datos personales registrados en el nacimiento en caso del cambio de sexo. El sistema legislativo inglés terminó por adaptar su propia legislación a las demandas requeridas por distintos principios europeos.

Un aspecto interesante de esta jurisprudencia radica en que en estos casos los derechos fundamentales del Derecho Comunitario afectan al régimen del estado civil británico, asunto seguramente lejos de la competencia de la Unión. A la corte comunitaria simplemente se plantea una cuestión prejudicial acerca del principio de no discriminación del sexo en el derecho de la pensión del sobreviviente y la definición de edad de jubilación, sin embargo, su decisión termina por tratar una materia bioética que los Estados miembros no tuvieron la intención seguramente de transferir a las instituciones de la Comunidad.

Tal obra extensiva de la corte de Luxemburgo se encuentra en una reciente decisión de la corte comunitaria **Tadao Makuro c. Vddb**<sup>125</sup>, donde se afirma que el artículo 1 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa alemana, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia. Una vez más la decisión comunitaria remite al órgano jurisdiccional comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la prestación de supervivencia. La incursión del juez comunitario en el terreno minado de la bioética, aun con sus limitaciones argumentativas y competenciales, representa un paso ulterior en la óptica constitucionalista, pues en este escenario las determinaciones de alcance constitucional no están soportadas por ninguna pieza de apoyo recabada por las tradiciones constitucionales comunes. Ciertamente es que el parámetro valorativo es nuevamente el principio de igualdad sustancial, superprincipio de la actual corriente constitucionalista europea; y que, de todas formas, la corte se adhiere a una opción ya autónomamente realizada por el legislador alemán mediante modificación del art. 46 del Código de la Seguridad Social. No obstante, la *ratio decidendi* de la corte es estentórea: “Las consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o las razones de carácter presupuestario que influyeron o pudieron influir en que el legislador nacional estableciese un determinado régimen no pueden prevalecer si la pensión sólo afecta a una categoría particular de trabajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo”.

La Corte ha empezado a moverse como un juez constitucional a la hora de efectuar un *bilanciamento* entre derechos y libertades fundamentales<sup>126</sup>. La valorización del Tribunal de Justicia no deriva de un incremento competencial de sus funciones, sino más bien de una ampliación de los parámetros evaluativos para la resolución de cuestiones de carácter constitucional. Principios y valores establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales

---

<sup>125</sup> Sentencia TJCE, 1 abril 2008, Asunto C-267/06, 267/06, *Tadao Makuro c. Vddb*

<sup>126</sup> Cfr. A. Biondi, *Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedom and Fundamental Individual Rights*, en *Europ. Human Rights L. Rev.*, 2004, 51 ss., según el cual «it is clear that the Court is rapidly developing a human rights discourse which is already implicitly incorporating the rights and values expressed in the Charters».



enriquecen tales índices jurisprudenciales que empiezan también a extenderse a la actividad de los propios órganos comunitarios.

En esta nueva óptica la importancia del caso **Modjahedines** es inequívoca<sup>127</sup>. La decisión fue entregada por el Tribunal del Primer Grado a finales de 2006. Este juicio pertenece a un grupo importante de decisiones en tema de terrorismo y considera algunas regulaciones del Consejo de la Unión Europea que, en la ejecución de resoluciones de Naciones Unidas, prevén restricciones patrimoniales importantes para los grupos de ciudadanos y asociaciones presuntamente relacionados con redes terroristas. En todos los casos relacionados con actividades terroristas las numerosas violaciones de derechos fundamentales fueron reclamadas por la violación del derecho a la propiedad, el derecho a la defensa y el derecho a la tutela judicial eficaz. Los recursos provienen de la circunstancia que las listas de supuestos terroristas son compiladas sin permitir a los sujetos explicar sus propios motivos, sin permitirles refutar la prueba recogida contra ellos. El Tribunal de Primer Grado afrontó esta problemática en varios casos, como Yusuf y Kadi<sup>128</sup>, Ayadi y Hassan<sup>129</sup> y en el caso Modjahedines con diferentes resoluciones.

El primer grupo de decisiones termina por sacrificar completamente los derechos fundamentales de los demandantes. En los casos Yusuf y Kadi los jueces de primer grado, tras realizar un complejo giro argumentativo sobre las relaciones entre fuentes comunitarias, fuentes internacionales, derechos fundamentales y *jus cogens*, zanjaron cualquier tipo de censura, afirmando que la revisión de los actos de la Unión Europea terminaría en una revisión indirecta de las resoluciones de Naciones Unidas, que, como fuentes de derecho internacional, prevalecen sobre el Derecho Comunitario. Las resoluciones de Naciones Unidas sólo están delimitadas por *el jus cogens*, que el Tribunal no considera haya sido violado en el caso de autos.

En los juicios Ayadi y Hassan, el Tribunal repite el núcleo conceptual de las decisiones anteriores, considerando que los reglamentos comunitarios impugnados no implican el ejercicio de algún poder discrecional de las instituciones de la Comunidad, de modo que un juicio del Tribunal acerca de tales actos comportaría inevitablemente un juicio de las resoluciones de Naciones Unidas. El caso Modjahedines, sin embargo, se diferencia de los precedentes grupos porque el Tribunal detecta una violación de derechos fundamentales respecto de la Posición Común 2002/340/PESC del Consejo, de 2 de mayo de 2002 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, que incluye la *Organización des Modjahedines du peuple d'Iran* en la lista de terroristas.

La diferente actitud del Tribunal en este caso último reside en el hecho de que, a diferencia de los casos anteriores, la inclusión de los demandantes en la lista de terroristas no se realizó directamente en virtud de las resoluciones de Naciones Unidas, sino, al contrario, por las instituciones europeas. *People's Mojahedin Organization of Iran* sufre múltiples prejuicios derivados por sanciones económicas en virtud de una opción discrecional de las instituciones europeas, que, a fin de poner en práctica una resolución de Naciones Unidas, identificaron a las personas jurídicas y físicas que cometen o tratan de cometer actos de terrorismo, o ayudar e instigar a tales personas u organizaciones y

---

<sup>127</sup> TPI, 12 de diciembre de 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran contra Consejo de la Unión Europea, Asunto T-228/02.

<sup>128</sup> Sentencias Tribunal de Primera Instancia, 21 septiembre 2005, Asuntos T-306/01, Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo, y T-315/01, Yassin Abdullah Kadi/Consejo

<sup>129</sup> Sentencias Tribunal de Primera Instancia, 12 julio 2006, Asuntos T-253/02 y T-49/04, Chafiq Ayadi / Consejo de la Unión Europea y Faraj Hassan / Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas.

sanciones infligidas como la congelación de activos y medios financieros. En el punto 117 se afirma que “puesto que la determinación de las personas, grupos y entidades contemplados en la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y la adopción de la medida de congelación de fondos que la acompaña constituye el ejercicio de una facultad propia, que implica una apreciación discrecional de la Comunidad, el respeto del derecho de defensa de los interesados se impone, en principio, a las instituciones concernidas, en este caso el Consejo, cuando éstas actúan para cumplir la mencionada Resolución”. La determinación esgrimida por los jueces de primer grado representa un importante punto de inflexión, porque no sólo el Tribunal usó la sanción de anulación del acto impugnado, allí donde ni las propias decisiones de los tribunales constitucionales nacionales parecen preferir soluciones de naturaleza interpretativa; sino que los jueces comunitarios resultaron ser más severos y exigentes hacia sus propias instituciones respecto de lo requerido por las organizaciones internacionales y los Estados miembros. La actitud valiente del Tribunal de Primer Grado ha sido posteriormente moderada por la reciente decisión de 23 de octubre siempre acerca el mismo asunto, pero que se enmarca en una posterior Decisión 2007/445/CE del Consejo, de 28 de junio de 2007, surgida a raíz de la sentencia de 2006. El elemento de mayor innovación, no obstante, se alberga en la relación dialógica que el TPI instaura con los jueces nacionales al remitirse a una decisión de la *Proscribed Organisations Appeal Commission* (Open Determination) PC/02/2006, de 30 de noviembre de 2007, que estimó un recurso interpuesto contra la decisión del *Home Secretary* de 1 de septiembre de 2006 por la que se negaba a levantar la prohibición de la demandante como organización implicada en actos de terrorismo y ordenó al citado *Home Secretary* que presentara al Parlamento del Reino Unido un proyecto de resolución (Order) por el que eliminaba a la demandante de la lista de organizaciones prohibidas con arreglo al *Terrorism Act* 2000. En esta decisión, el juez inglés calificó de «perversa» la conclusión del *Home Secretary*, contenida en su decisión de 1 de septiembre de 2006 por la que se negaba a levantar la prohibición impuesta a la demandante y según la cual ésta todavía era, en esos momentos, una organización «implicada en actos de terrorismo», en el sentido del *Terrorism Act* de 2000. La apreciación del órgano decisorio inglés se mueve en el sentido de que, basándose en los datos que el *Home Secretary* tenía a su disposición, ninguna persona razonable podría haber llegado a tal conclusión. La decisión de anular el artículo 1 de la Decisión 2007/868/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2007 se basa exclusivamente en la consideración de que “la decisión de la POAC reviste una importancia considerable para el presente procedimiento”, en la medida en que las objeciones efectuadas por la corte inglesa no han sido suficientemente apreciadas por el Consejo de la Unión Europea. Pero aún más relevante es la sentencia **Kadi** del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2008<sup>130</sup>, que procede a anular las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 21 de septiembre de 2005, *Kadi/Consejo y Comisión* (T-315/01) y *Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión* (T-306/01). Se anula, además, en lo que respecta al Sr. Kadi y a *Al Barakaat International Foundation* el Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 467/2001 del Consejo. A la misma guisa de las “sentencias transitorias” de los tribunales constitucionales nacionales, sin embargo, la corte comunitaria decide mantener los efectos del Reglamento n° 881/2002, en lo que respecta al Sr. Kadi y a

---

<sup>130</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, 3 septiembre 2008, *Kadi*, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P.

Al Barakaat International Foundation, durante un período de tres meses como máximo a partir de la fecha en que se dicte la presente sentencia. Este *grand arrêt* del Tribunal de Justicia culmina probablemente la trayectoria constitucional europea, allí donde se ocupa de los límites del control de la legalidad interna del reglamento 881/2002 desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Asevera el juez de Luxemburgo que “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El CEDH reviste en este contexto un significado particular (véase en particular la sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*, C-305/05, Rec. p. I-5305, apartado 29 y jurisprudencia que allí se cita)”. El círculo de *cross-fertilisation* judicial se cierra. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia revierte el perfil de protección de los derechos fundamentales en la apreciación de legalidad de los actos comunitarios. “De estos precedentes se deduce que las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los **principios constitucionales del Tratado CE**, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, y que el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido por dicho Tratado” [énfasis añadida]. Estamos ante una imprescindible aserción judicial, que prescinde por completo de la entrada en vigor del Tratado Constitucional. El cuerpo del sistema comunitario sigue andando a despecho de la desnudez del rey. Pero tal sustanciación constitucional no puede prescindir de las relaciones con las otras cortes internacionales y nacionales: es un léxico jurídico dialógico, necesariamente dialógico. Esta conexión dialéctica se refleja *de plano* en el principio de *primauté*, que en el caso analizado se refiere al nexo entre Derecho Comunitario y el superordinado Derecho Internacional. La vía permeable entre dos órdenes claramente ha de ser seguida también en la relación entre el propio Derecho Comunitario y los sistemas constitucionales nacionales. “El artículo 297 CE autoriza implícitamente los obstáculos al funcionamiento del mercado común provocados por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar para hacer frente a las obligaciones contraídas por él para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, no cabe interpretar dichos artículos en el sentido de que permitan establecer excepciones a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, consagrados como bases de la Unión en el artículo 6 UE, apartado 1”. El artículo 6 del abortado Tratado Constitucional se sustancia en su vertiente constitucional mediante la referencia al actual artículo 6 TUE. Naturalmente la culminación constitucional de la operación de reelaboración de la Carta de Derechos Fundamentales ha provocado un indudable incremento de la legitimidad material de la propia corte comunitaria, que, como ya *ad abundantiam* apuntado, se incrementa sólo mediante la innovadora característica de permeabilidad de los principios vertebradores de las relaciones entre Derecho Comunitario y ordenamientos estatales. El caso Kadi de 2008 ha mostrado *apertis verbis* que la actividad jurisdiccional no puede ser reducida a la aplicación mecánica de la ley en forma del silogismo judicial y que en años recientes el papel de los jueces asume más relevancia, en particular en campos relacionados con derechos fundamentales. En esta óptica es esencial estudiar las reacciones de los jueces nacionales, máxime de rango constitucional. También es necesario analizar la recaída de los principios de *primauté*, eficacia directa y responsabilidad con el fin de alejar los espectros del “colonialismo judicial”<sup>131</sup>. El funcionamiento del paradigma comunitario, al contrario, abre

<sup>131</sup> M. Cartabia, *Taking Dialogue Seriously” The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional*

horizontes diversos al temido efecto de centralización, divisado en algunas decisiones comunitarias citadas. Es cierto que en los terrenos más éticamente sensibles, como en tema de bioética o de libertad de religión, no existiendo un consolidado cimiento en las tradiciones constitucionales nacionales, la corte comunitaria se expone al riesgo de alterar el equilibrio existencial de varias culturas diferentes.

La mayor parte de casos elevados ante de la Corte europea de justicia conciernen sujetos débiles como mujeres, homosexuales, transexuales y trabajadores migratorios y comprensiblemente el Tribunal pretende llevar a cabo su propia misión constitucional hacia ellos. El Tribunal de Justicia no elude su labor de lucha contra la discriminación sobre la base de género, orientación sexual y nacionalidad. Sin embargo, en la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea los problemas relacionados con la orientación sexual, el matrimonio sexual, el aborto, cuestiones bioéticas, inmigración y otros por el estilo, marcan hendiduras profundamente culturales y políticas y es por lo general tratado con extremo cuidado en la arena política - en particular en los parlamentos - a fin de encontrar soluciones equilibradas que reconcilian los puntos de vista diferentes en juego. La Corte europea de justicia ha asumido su propia "política judicial" a favor de mujeres, inmigrantes, homosexuales, transexuales y en general de todos los sujetos débiles. Imponer una dirección unívoca mediante el principio de *primauté* podría inducir a un rechazo jurisprudencial, máxime en las cortes constitucionales<sup>132</sup>.

## 5. El nuevo registro hermenéutico: la gramática del diálogo judicial

Si la corriente judicial de naturaleza constitucional pretende fluir en futuro en la dirección emprendida por la reciente sentencia Kadi, ha de emprender contemporáneamente una paralela labor de confrontación con los órganos decisorios nacionales deudados a la aplicación e interpretación de su Constitución. Analizaremos, pues, los principales cambios en el nuevo planteamiento de los principios básicos de las relaciones Estados-Derecho Comunitario.

La tensión dialéctica en la perspectiva de la articulación entre ordenamientos jurídicos ha de desarrollarse naturalmente en un plano inclinado, es decir siempre en la dirección del sistema comunitario. El punto firme del diálogo jurisprudencial sigue siendo el principio de primacía de las normas comunitarias, incluso respecto de las sentencias firmes nacionales. La dirección de la *judicial conversation* se determina en dos sentencias siempre en materia de ayudas de Estados: una en materia de *res indicata*, la decisión Lucchini<sup>133</sup>, la otra en tema de responsabilidad del Estado, el fallo Traghetti del Mediterraneo<sup>134</sup>. En ambos pronunciamientos la referencia es la conformación particular entre ordenamiento comunitario y sistema estatal, caracterizada, en la opinión del Tribunal Constitucional español, no por una sobre ordenación jerárquica (supremacía), sino por una preferencia aplicativa (primacía). Esta perspectiva "*rifugge dalla categoria gerarchica per accarezzarne una di tipo assiologico-sostanziale sembra confermata se si prende coscienza del fatto che i rapporti fra le due giurisdizioni sovranazionali europee già ora sembrano caratterizzati da una sostanziale «armonia»*"<sup>135</sup>.

---

*Activism in the European Union*, cit., 15.

<sup>132</sup> M. Cartabia, *Taking Dialogue Seriously*" *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, cit., 21.

<sup>133</sup> [Sentencia del Tribunal de Justicia \(Gran Sala\), 18 julio de 2007, Ministero dell' Industria, del Commercio e dell' Artigianato/Lucchini Siderurgica SpA, Asunto C-119/05.](#)

<sup>134</sup> Sentencia Tribunal de Justicia, 13 de junio de 2006 , Asunto C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA/Repubblica italiana

<sup>135</sup> R. Conti, *Impronte digitali e diritti umani. In ricordo di Rosario Livatino*, en *Politica dir.*, 2008, 601.

En la primera sentencia la corte comunitaria aclara que la decisión de la Comisión acerca de la devolución de los fondos estatales, considerados ayudas de Estado ilícitas, prima sobre el artículo 2909 código civil italiano sobre el dogma de la “res iudicata inter partes”. En febrero 2008 con la decisión *Kempter*<sup>136</sup>, llega la confirma de la jurisprudencia *Kühne & Heitz*<sup>137</sup> en orden a la primacía del Derecho Comunitario sobre las decisiones administrativas nacionales. En el marco de un procedimiento ante un órgano administrativo que tiene por objeto revisar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza en virtud de una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional que conocía en última instancia, estando dicha sentencia fundada en una interpretación errónea del Derecho comunitario a la vista de la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia, las decisiones adoptadas con arreglo al Derecho Comunitario priman sobre las resoluciones administrativas. Una vez encauzado el sentido del diálogo judicial (es la corte de Luxemburgo quien impulsa este mecanismo de intercambio judicial: el plano está inclinado a favor del órgano judicial de integración), hay que precisar que el vocablo primacía implica una regla de conflicto de competencia y la nueva regla de primacía una nueva dimensión bidimensional supranacional-estatal. “*Against this background, it has been commented that [t]he principle of supremacy remains essentially “two-dimensional”, it is a complex, layered reality of dialogue and persuasion*”<sup>138</sup>. Este diálogo judicial de tipo metodológico puede expresarse en diferentes orientaciones: en los contenidos del principio de primacía constitucional mediante la dialéctica de los *controlimiti*<sup>139</sup> estatales, en el funcionamiento de *cross-fertilisation* judicial y en los procesos hermenéuticos de aplicación.

El primer elemento, objeto de ulterior análisis en la segunda parte del trabajo, va ahora encuadrado en un discurso conceptual de colaboración, no ya entendido en términos de “*counter-limits, which represent both the ‘gun’ on the table which forces the actors to have a dialogue and the ultimate barriers beyond which the dialogue cannot go on*”<sup>140</sup>, sino como patrimonio constitucional que circula entre cortes estatales y Tribunal de Justicia y está destinado a formar parte también del bagaje cultural de la corte comunitaria. En este sentido el principio de primacía es bidimensional, es decir permeable a varias realidades constitucionales y capaz de fomentar el diálogo entre jueces. Tania Groppi afirma que el nuevo constitucionalismo se mueve justamente no en una dirección de contraposición (*Primauté vs. Controlimiti*), sino en una dirección de vivaz y tensa colaboración entre sistemas constitucionales (*Primauté y Controlimiti*)<sup>141</sup>. Justamente en el momento en que se ha cristalizado la cláusula de *primauté* en el Tratado Constitucional, la Unión Europea no afirma una versión granítica a la par de la Costa c. ENEL, sino una visión dinámica que admite desde su interior el límite del art. 5 del abortado Tratado Constitucional sobre el respeto de la identidad nacional por parte de la Unión, en vía aplicativa por el artículo II-53 sobre el nivel de protección de los derechos. Se ha defendido en este contexto la imprescindible relevancia de una nueva teoría de la interpretación, capaz de conjugar el sistema nacional con el paradigma comunitario<sup>142</sup>. “*In*

---

<sup>136</sup> Sentencia Tribunal de Justicia, 12 febrero 2008, Asunto C-2/06, *Kempter KG vs.*

*Hauptzollamt Hamburg-Jonas*.

<sup>137</sup> Sentencia Tribunal de Justicia, 13 de enero de 2004, Asunto C-453/00, *Kühne & Heitz*.

<sup>138</sup> M. Claes, *The European Constitution and the Role of National Constitutional Courts*, en A. Albi - J. Ziller (eds.), *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, The Hague, Kluwer Law International 2007,

<sup>139</sup> Cfr. T. Groppi, *La primauté del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional; un punto de vista comparado*, en *Rev. Der. Comun. Europ.*, 2006, 225-243

<sup>140</sup> G. Martinico – O. Pollicino, *Between Constitutional Tolerance and Judicial Activism: the ‘Specificity’ of European Judicial Law*, en *European Journal of Law Reform*, Vol. X, no. 1, 125.

<sup>141</sup> T. Groppi, *La primauté del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional; un punto de vista comparado*, en *ReDCE*, 2006, 225-243.

<sup>142</sup> A. Ruggeri, “*Tradizioni costituzionali comuni*” e “*controlimiti*”, *tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, en AA. VV., (cur.), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, editado por Falzea – Spadaro – Ventura, Torino, 2003, 505 ss.

*pratica, l'art. 53 della Carta [...] si configura come la clausola di legittimazione della dottrina dei controlimiti, visti però non più in chiave statica, come momenti di estrema difesa dell'ordinamento nazionale, quanto piuttosto in chiave dinamica, come momenti di raccordo finalizzati a garantire il massimo di tutela ai diritti?* Como veremos en la segunda parte, en los últimos años los tribunales constitucionales, aun reafirmando la existencia de *controlimiti*, han abierto las puertas al diálogo con el Tribunal de Justicia, elevando cuestiones prejudiciales como el tribunal constitucional austriaco<sup>143</sup>, la *Cour d'arbitrage* belga<sup>144</sup> y la *Corte Costituzionale* italiana<sup>145</sup>, entre otras. Una Unión europea que tiende a un nuevo constitucionalismo judicial, no puede consentir la aplicación de un principio de primacía *tout court*, máxime en materia de derechos fundamentales: debe reconocer la posibilidad de aplicar disposiciones nacionales que reconozcan niveles más elevados de protección. “*Si ammette, così, che una norma nazionale possa derogare alla norma comunitaria: i controlimiti acquistano una propria legittimazione, quale forma dinamica di prevalenza del diritto nazionale, rispetto al caso concreto; la primauté assume contenuti nuovi e differenti, ammettendo deroghe a livello nazionale. In questo quadro, la problematica primauté vs controlimiti acquisisce un'impostazione del tutto diversa primauté e controlimiti*”<sup>146</sup>.

Del análisis de las recientes decisiones de naturaleza constitucional, se deduce *de plano* que la dialéctica legislativa del art. 95 TCE en tema de armonización de legislaciones, en la que se halla latente la problemática de la *primauté* del Derecho Comunitario sobre las normas nacionales, ha de completarse con otra tipología de armonización de carácter jurisprudencial y constitucional, que ya no se limita a asumir como punto de referencia las libertades fundamentales, cuya *ratio communitatis* se impone a las *exceptiones nationis*, sino que alarga el horizonte a nuevos derechos fundamentales en materia de terrorismo, bioética, derecho de huelga, etc. Cuanto más profundamente radicados se hallen estos derechos fundamentales en las tradiciones constitucionales nacionales y en su transcripción constitucional comunitaria de la Carta de Niza, tanto más ardua será la operación de *ponderación* de los intereses a nivel constitucional efectuada por la corte comunitaria. Aquí, por tanto, no se trata ya de sopesar la *ratio* de la *primauté* y sus excepciones nacionales, máxime porque los derechos fundamentales emergentes no van interpretados en clave restrictiva, sino de cambiar la misma óptica sustancial y procesal del principio de primacía, entablando un diálogo *inter pares* con las cortes constitucionales nacionales. Los derechos fundamentales no han de ser considerados ni son, en efecto, límites externos a las libertades fundamentales, como ha sido en la época más “mercantilista” de la interpretación pretoriana del art. 100 TCEE y del actual art. 95 TCE; en virtud de su elevado rango constitucional y, dentro de este terreno, de la extrema variedad de soluciones compartidas por la mayoría de las tradiciones constitucionales o de la heterogeneidad de las políticas nacionales, como en la temática de la bioética, “*l'operazione di bilanciamento cui è chiamata [el Tribunal de Justicia] ha una complessità assai diversa e non può favorire prese di posizione ferme*”<sup>147</sup>. De aquí la exigencia muy sentida en la corte comunitaria de proceder a un intercambio

<sup>143</sup> Decisión 8 noviembre 2001, C- 143/99, Adria-Wien.

<sup>144</sup> Cour d'Arbitrage Belga 16 julio 1998, C-93/97, Fédération Belge des Chambres Syndicales de Médecins v Flemish Government.

<sup>145</sup> Como afirma la Corte Costituzionale italiana en el auto n. 103 del 15 aprile 2008, con la que por primera vez ha sido utilizado por el “juez de las leyes” el mecanismo de la cuestión prejudicial, “*con la sottoscrizione dei Trattati di Roma l'Italia è entrata a far parte di un sistema giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello nazionale che, proprio in virtù di tale autonomia, ha l'ambizione di essere effettivo*”.

<sup>146</sup> A. Celotto - T. Groppi, *Primauté e controlimiti nel progetto di Trattato costituzionale*, en *Quaderni costituzionali*, 2004, 870.

<sup>147</sup> E. Palmerini, *Le frontiere del biodiritto*, en AA.VV., *Liber amicorum per Francesco Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2008, 293.

institucional y conceptual con las cortes constitucionales, fundado en una óptica de “*primauté* templada”<sup>148</sup>.

Si el principio de primacía experimenta un sensible cambio procesal y sustancial, tal cambio se extiende también a los otros principios regidores de las relaciones entre sistemas estatales y ordenamiento comunitario. En primer lugar, el elemento conceptual de mayor importancia en el paradigma comunitario es el principio de interpretación conforme, bisagra jurídica entre los dos principios de primacía y eficacia directa.

A la hora de aplicar el derecho interno relevante para el Derecho Comunitario, la corte ha considerado que el juez nacional, habida cuenta de la interpretación de los derechos fundamentales ofrecida por el juez comunitario, esté obligado a desaplicar cualquier disposición nacional discriminatoria, independientemente de la existencia en el derecho nacional de disposiciones que le atribuyan competencia al respecto. Justamente esta tendencia jurisprudencial hacia la afirmación de los derechos fundamentales orienta al juez nacional hacia la superación de los límites a los efectos horizontales de las directivas. En la sentencias Del Cerro Alonso<sup>149</sup> e *Impact*<sup>150</sup>, que tienen por objeto de la controversia una vez más la política social, y en especial los contratos de duración determinada, la corte comunitaria pone en el centro de su actividad hermenéutica el principio de igualdad, como principio vertebrador de un nuevo derecho europeo, en la misma línea de lo analizado en los mencionados casos Laval y Viking. Allí como en el fallo *Impact*, la prohibición de discriminación se eleva a principio aplicativo de la eficacia directa del Derecho Comunitario, no sólo establecido hacía el derecho primario (Laval y Viking) sino también en el plano del derecho derivado, en especial en las directivas y Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Está claro que la común referencia a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores induce a una mayor apertura interpretativa del texto normativo en materia laboral: “la cláusula 4 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social comunitario que no puede ser interpretado de manera restrictiva”<sup>151</sup>. Ya desde las iniciales decisiones (Adeneler, Marrosu e Sardino y Vassallo), hasta la más reciente Velasco Navarro<sup>152</sup>, la normativa secundaria adquiere una pujanza y un alcance completamente nuevos: a la luz del principio fundamental del Derecho Comunitario de la igualdad, de ellas brotan situaciones jurídicas directamente accionables en el óptica de la eficacia de las medidas comunitarias dirigidas a prevenir abusos del derecho o a mejorar las condiciones de trabajo. En las últimas dos sentencias *Impact* y Del Cerro Alonso, tal concepto fundamental se aplica a una directiva que recoge un Acuerdo Marco firmado por las partes sociales. El Tribunal de Justicia desarrolla en la dirección de un nuevo constitucionalismo sustancial su propia función equilibradora, combinando el principio de igualdad con la obligación de interpretación conforme. Una vez más se escoge un instrumento hermenéutico con el fin de ampliar el horizonte constitucional europeo sin disipar el bagaje cultural de las constituciones nacionales.

El efecto directo reivindicado en estas sentencias se entrelaza con el principio de primacía del Derecho Comunitario<sup>153</sup> mediante el reciente relanzamiento del principio hermenéutico

---

<sup>148</sup> T. Groppi, *La primauté del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional; un punto de vista comparado*, cit., 243.

<sup>149</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, Asunto C-307/05.

<sup>150</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de abril de 2008, *Impact*, Asunto C-268/06.

<sup>151</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de abril de 2008, cit., punto 114.

<sup>152</sup> Sentencia de Tribunal de Justicia C-246/06, 17 Enero 2008, Velasco Navarro.

<sup>153</sup> Vd. en el tema de efecto directo como “ a social ordering”, P. Craig, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization in EEC Law*, 1992, OJLS 458; B. de Witte, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order*, en P. Craig e G. De Burca, *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 1996.

de la interpretación conforme<sup>154</sup>. Se trata de un efecto estructural<sup>155</sup> de la norma comunitaria, en tanto que dirigida a asegurar la continua adecuación de las normas, anteriores o posteriores, del sistema interno al contenido y a los objetivos del ordenamiento comunitario<sup>156</sup>. La obligación de interpretación conforme es inherente al sistema del Tratado y se extiende al ordenamiento nacional en su conjunto, por tanto también a los convenios colectivos: “el principio de interpretación conforme requiere, por tanto, que el órgano jurisdiccional remitente haga todo lo que esté dentro de sus competencias, tomando en consideración el conjunto de normas del Derecho nacional, para garantizar la plena efectividad de la Directiva”<sup>157</sup>.

Con la posterior sentencia Pupino<sup>158</sup>, la corte va más allá, extendiendo el principio de interpretación conforme al tercer pilar y afirmando que, además, este concepto requiere que “el juez nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la decisión marco”<sup>159</sup>. La corte de Luxemburgo ha luego confirmado, en la discutida *Mangold*<sup>160</sup>, su propio papel de *law maker*<sup>161</sup> en la elaboración del sistema comunitario de derechos fundamentales, llegando a la conclusión que los principios generales del Derecho Comunitario - de momento sólo el metaprincipio de igualdad y no discriminación - imponen la desaplicación de la normativa interna contraria, a prescindir de la vinculatividad de la norma comunitaria.

En la siguiente decisión Cordero Alonso<sup>162</sup> el Tribunal de Justicia impone una declinación del principio de colaboración en clave de desaplicación de la ley nacional contraria con un principio general, aun cuando la jurisprudencia constitucional del Estado (español, en el caso específico) interprete de diferente forma el mismo principio reclamado en ámbito comunitario. Una vez más, en el campo del Derecho del Trabajo se ha cristalizado el trascendente criterio una mayor colaboración judicial en la propia actividad de interpretación del superprincipio europeo de igualdad.

Con la reciente sentencia Velasco Navarro<sup>163</sup>, la denominada “comunitarización” del ordenamiento interno, declinada por el juez comunitario de manera aislada en el fallo *Mangold* en clave de incompreensible tutela de los principios generales del derecho supranacional, asume una dimensión harto consolidada. A la extensión horizontal de las materias de rango constitucional culminada en la decisión *Kadi* de 2008, corresponde, pues,

---

<sup>154</sup> Cfr. S. Prechal *Directives in EC law*, Oxford, 2005; D. Simon, *La directive européenne*, Paris, 1997; De Burca, *Giving effect to European Community Directive*, *Modern law review*, 1992, 215; Cretine, *L'applicabilité directe en droit interne des dispositions des directives communautaires*, *Gazette du Palais*, 1971; V. Piccone, S. Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, *Foro it.*, 2006, IV, 342; M. Ruvolo, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, *Eur.dir.priv.*, 2006, 4; S. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni* (Milano 2002), Id., *L'efficacia obiettiva delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati: Riflessioni a margine delle sentenze sui casi Linston e Unilever*, *Dir. Un. Eur.*, 2001, 1, p.95.

<sup>155</sup> Conclusiones Abogado Tizzano en Tribunal de Justicia, 22 noviembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Rüdger Helm*, punto 117: “La obligación de interpretación conforme es uno de los efectos «estructurales» de la norma comunitaria que permite, junto con el instrumento más «invasivo» de la eficacia directa, la adaptación del Derecho interno a los contenidos y a los objetivos del ordenamiento jurídico comunitario”

<sup>156</sup> Sentencia Tribunal de Justicia, de octubre de 2004 Pfeiffer, asunto C 397/01 – 403/01

<sup>157</sup> Sentencia Pfeiffer, cit., punto 118.

<sup>158</sup> Sentencia Tribunal de Justicia 16 mayo 2005, Maria Pupino, asunto C-105/03.

<sup>159</sup> Sentencia Tribunal de Justicia 16 mayo 2005, Maria Pupino, cit., punto 47.

<sup>160</sup> Sentencia Tribunal de Justicia, 22 noviembre 2005 *Mangold*, C-144/04,.

<sup>161</sup> “Comparable with the role of the Supreme Court” of United States of America según Schermes y Waelbroeck, *Judicial protection in the European Communities*, V ed., Deventer, 1992

<sup>162</sup> Sentencia Tribunal de Justicia, 7 septiembre 2006, Asunto C-81/05.

<sup>163</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, 17 enero 2008, C- 246/06, Velasco Navarro/ Fondo de Garantía Salarial.



la completa tutela judicial mediante el principio de interpretación conforme con la sentencia Velasco Navarro de 2008. Los puntos 33 y 34 de ésta última rezan: “Debe recordarse que el artículo 33, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores dispone, en caso de insolvencia del empresario, tal garantía de pago de determinadas indemnizaciones a causa de despido o extinción de los contratos previstas por este mismo Estatuto. Por consiguiente, procede estimar que a dicha disposición nacional le es aplicable, desde la fecha de entrada en vigor de la Directiva 2002/74, el artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 80/987 y por ello está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En consecuencia, está supeditada, desde esa fecha, al respeto de los principios generales y los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario”. Se va cerrando el círculo constitucional así como ya divisado en la premonitora aserción del Abogado Saggio en la famosa sentencia *Océano*<sup>164</sup>: “una aplicación correcta del principio de supremacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno y el deber de garantizar una aplicación uniforme de las normas comunitarias implican que las Directivas a las que no se ha adaptado el Derecho interno, una vez transcurrido el plazo para ello, pueden producir el efecto de *excluir la aplicación de la norma nacional no conforme*, también cuando, por falta de precisión o porque no tienen eficacia directa en las relaciones «horizontales»”.

Ya la decisión *Océano* había tímidamente abierto las puertas a la inserción en sede privatista del mismo concepto de dignidad, ofreciendo la plataforma axiológica para una operación de coparticipación de valores nacionales<sup>165</sup>.

El fallo *Leitner* representa, en cambio, un claro ejemplo de inaplicación del método comparativo<sup>166</sup>. El Tribunal de Justicia no acoge la interpretación armonizadora del art. 5 de la directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, omitiendo de emplear la perspectiva comparativa tanto a la hora de abordar la temática del daño moral en los Estados miembros, liquidándolo simplemente con la expresión “consta que, en el ámbito de los viajes combinados, la existencia de la obligación de reparar los perjuicios morales en algunos Estados miembros, y su inexistencia en otros”<sup>167</sup>, como en la dirección de una aplicación comparada y extensiva de la norma del art. 9 de la directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos 85/374 CEE<sup>168</sup>. Asunto del que anteriormente se había ocupado la misma corte en la sentencia *Veedfald*<sup>169</sup>, interpretando la Directiva 85/374/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que en el punto 27 se refiere al principio de interpretación conforme.

Nuevamente se asoma en el campo del Derecho Privado Europeo el principio de equivalencia, explicitado ejemplarmente en el caso *Mostaza*<sup>170</sup>. El ámbito de autonomía

---

<sup>164</sup> Conclusiones en el asunto *Océano Grupo Editorial*, presentadas el 16 de diciembre de 1999 (STJCE de 27.6.2000, C-240 a 244/98).

<sup>165</sup> Sentencia 27 de junio de 2000, asuntos asociados de C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, Rec. I-4941.

<sup>166</sup> Sentencia, 12 de marzo de 2002, C-168/00, *Leitner*, Rec. I-2631.

<sup>167</sup> A propósito de una desatención del tribunal comunitario hacia los efectos sistémicos internos, habla de ‘*schematic effect utile*’ C. Schmid, *The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code*, en ERCL, 2005, 212 ss.

<sup>168</sup> Solución avanzada por V. Mak, *Harmonisation Through ‘Directive-Related’ and ‘Cross-Directive’ Interpretation: The Role of the ECJ in the Development of European Consumer Law*, en *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2008/8*.

<sup>169</sup> Sentencia de 10 de mayo de 2001, C-203/99, *Henning Veedfald y Århus Amtskommune*, Rec. I-03569.

<sup>170</sup> Sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro vs. CENTRO MÓVIL MILENIUM, S.L.*, Rec. I-10421.

procesal confiado a los sistemas nacionales encuentra el límite de la equivalencia de los medios de tutela judicial internos respecto de los derechos de origen comunitario. En el caso *Mostaza* se procede a invalidar la norma procesal española contraria a la directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, siguiendo la misma línea ya inaugurada en el caso *Océano Grupo*. Las recientes sentencias del 4 de junio de 2009, C-285/08, **Moteurs Leroy Somer**<sup>171</sup> y **Pannon**<sup>172</sup> ofrecen una visión integradora del Directiva 85/374/CEE<sup>173</sup>, no oponiéndose a la interpretación del hipótesis de la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional, contemplada por el Derecho nacional y ajena al cuerpo normativo de la misma directiva e instando al juez nacional a examinar de oficio la naturaleza abusiva de una cláusula.

También en la provincial del Derecho Privado, la corte comunitaria ha llevado a cabo en los últimos años una política de profundización y armonización basándose en una interpretación comparativa no sólo respecto de los sistemas nacionales, sino hacia el complejo de las directivas relacionadas con el derecho privado: la denominada ‘*crossdirective interpretation*’<sup>174</sup>. En un horizonte institucional más amplio es importante destacar que el juez de Luxemburgo no puede prescindir de una colaboración muy activa con el legislador comunitario. En este contexto, sin embargo, en la edificación del Derecho Privado Europeo emerge la necesidad de entablar una colaboración activa con los jueces nacionales mediante la aproximación comparativa. Paradigmáticas son las conclusiones del Abogado General Tizzano en la trascendente decisión *Leitner*, donde en el punto 40 se hace clara referencia al método comparativo para sufragar la solución avanzada<sup>175</sup>. Se confirma la observación que cuanto más incisiva sea la sentencia del Tribunal de Justicia, tanto más la corte comunitaria utiliza la aportación de la metodología interpretativa comparativa.

También en ámbito privatista se nota un punto de inflexión histórico allí donde la corte comunitaria no se encierra en una postura defensiva de la mera interpretación literal de la legislación comunitaria, como en el caso de la jurisprudencia sobre la directiva de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, sino que aplicando un método interpretativo de conformación de la normativa nacional a los principios comunitarios. En esta óptica el perfil de la comparación es esencial, tanto en la perspectiva vertical, dirigida a la comparación entre el sistema comunitario y los ordenamientos nacionales en la operación hermenéutica adecuada, como en la dirección horizontal de conseguir principios mediante la continua comparación entre sistemas<sup>176</sup>. No se reprime - podríamos decir con Caruso, sino que se colabora<sup>177</sup>.

<sup>171</sup> Sentencia 4 de junio de 2009, C-285/08, *Moteurs Leroy Somer*.

<sup>172</sup> Sentencia 4 de junio de 2009, C-243/08, *Pannon*.

<sup>173</sup> Teoría que no había sido acogida en la condena de la República Francesa por violación de la misma directiva. Cfr. Marie-Eve Arbour, *Compensation for Damage Caused by Defective Drugs: European Private Law Between Safety requirements and Free-Market Values*, 10 EUR. L. J. 87, 95-97 (2004)

<sup>174</sup> W. van Gerven, *The ECJ Case-Law as a Means of Unification of Private Law*, en AA.VV., *Towards a European Civil Code*, editado por Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, 3rd edn., 2004, 101, 102.; V. Mak, *Harmonisation Through ‘Directive-Related’ and ‘Cross-Directive’ Interpretation: The Role of the ECJ in the Development of European Consumer Law*, cit., 4; y H. Unberath/A. Johnston, *The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection*, en *Common Market L. Rev.*, 2007, 44, 1237, 1263-65.

<sup>175</sup> “Ahora bien, en mi opinión los eventos de mayor interés se encuentran en la evolución de la legislación y la jurisprudencia de los Estados miembros, en las cuales, pese a la señalada variedad de las soluciones, no sólo se están ampliando de manera general los supuestos de resarcimiento de los daños morales, sino que, más concretamente, desde hace algunos decenios se está prestando una atención cada vez mayor a la posibilidad de resarcimiento del «daño derivado de las vacaciones frustradas»

<sup>176</sup> F. Sabatini, *Il diritto privato ed il contesto comunitario: la ricerca di conformità e l’interpretazione del diritto nazionale alla luce delle direttive*, en *Contratto e Impresa/Europa*, 2007, 150 ss.

<sup>177</sup> D. Caruso, *The Private Law and the State-Making in the Age of Globalisation*, cit., 49: “EU legislators base the harmonization of private law on the necessity of allowing smoother inter-state transactions and leveling the playing field for

En las últimas decisiones de la corte comunitaria parece emerger un mecanismo interpretativo según el cual, cuando el resultado esperado pueda ser conseguido, acantonando los obstáculos presentes en la ley nacional, se puede recurrir tan sólo al principio de primacía sin verificar la operatividad del efecto directo. Tal recurso ha de ser avalado mediante las directrices de los derechos fundamentales. Paralelamente a la profundización constitucional, se va proponiendo en los mecanismos aplicativos del Derecho Comunitario un desplazamiento del eje del plano de la teoría de las fuentes al de la teoría de la interpretación<sup>178</sup>, poniendo la tutela de los derechos fundamentales más allá de la *querelle* sobre competencias y en coincidencia con la tendencial afirmación de los derechos fundamentales en ámbito constitucional.

Ante el reforzamiento de los llamados mecanismos paliativos al principio de eficacia un letrado del Tribunal de Justicia se preguntaba si ha llegado el momento para abandonar completamente el concepto de efecto directo de las directivas y, a largo plazo, del propio acto-directiva<sup>179</sup>. “Esta aproximación radical tendría la ventaja de simplificar las reflexiones en un ámbito caracterizado por una gran complejidad”<sup>180</sup>. La simplificación, representada por el instrumento de normación jurídica del reglamento, “presenta importantes ventajas en términos de sencillez en la ejecución y la seguridad jurídica”<sup>181</sup>. ¿Es posible en este momento histórico promulgar reglamentos capaces de recaer uniformemente en veintisiete Estados distintos, con distinta cultura jurídica y política?

El reciente recurso al principio hermenéutico - muy frecuente y extensivo como se ha podido notar – denota una aproximación epistemológica intrínseca a un paradigma comunitario, fundado en la coexistencia del bagaje cultural nacional y del criterio de *civilización* del sistema comunitario.

El requisito de la interpretación conforme a las directivas es el revulsivo conceptual para un proceso legal que no pretenda armonizar unilateralmente los sistemas europeos en la dirección vertical, todavía menos los unifica coercitivamente, sino que los conduce en la relación mutua con perspectiva de producir compatibilidades normativas. El requisito de la interpretación conforme a las Directivas comunitarias genera una formación evolutiva del Derecho. Esto provoca la emersión de fuerzas integrantes dentro de los sistemas internos que estimulan el aprendizaje institucional, provocando un proceso empírico que nunca llega a un final pero continuamente se reactiva, es decir funciona en la manera evolutiva.

Esta condición hermenéutica es, en efecto, “*not a ‘command to take over foreign law’ but, with a little exaggeration, a ‘self reflexivity order’*”<sup>182</sup>.

Por una parte, este proceso apunta hacia la formación de un orden legal policéntrico del Derecho Europeo no tanto mediante la *ley sustancial*, sino por la vía *procesal*. En cierto modo,

---

*business entities throughout the internal market. This functionalist logic weighs against states’ attachment to traditionally local private-law rules and supports the ECJ’s judicial repression of national resistance to harmonization*”[énfasis añadida].

En el territorio judicial italiano en el tema de diálogo judicial, cfr. Corte appello Firenze, 9 giugno 2007; Corte app. Firenze 3 abril 2007; Trib. Prato 23 marzo 2007; Trib. Palermo, 18 gennaio 2007.

<sup>178</sup> Cfr. A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti. Costituzione europea. Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, ponencia presentada en *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, organizado por el Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 28 febrero-2 marzo 2007.

<sup>179</sup> T. Millet, *El efecto directo de las directivas ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?*, en *Estudios de Derecho judicial*, 2006, 69-138

<sup>180</sup> T. Millet, *El efecto directo de las directivas ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?*, en *Estudios de Derecho judicial*, cit., 136.

<sup>181</sup> Siempre T. Millet, *El efecto directo de las directivas ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?*, en *Estudios de Derecho judicial*, 137.

<sup>182</sup> M. Amstutz, *In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning*, en *European Law Journal*, 2005, 769.

este mecanismo conlleva que los sistemas de Derecho de los Estados miembros estén destinados a interactuar entre ellos no tanto interviniendo a nivel sustancial de la ley, sino influyendo en doctrinas metodológicas nacionales.

Además, la exigencia de interpretación en conformidad con las Directivas es principalmente *una norma de conflicto legal*, y sólo secundariamente *una norma interpretativa*.

El Tribunal de Justicia no está, mediante el instrumento de interpretación en conformidad con directivas, imponiendo modelos unilaterales de derecho y sociedad en los Estados miembros, sino que pretende a menudo estimular el desarrollo del aprendizaje institucional directamente en los sistemas legales municipales<sup>183</sup>. Cuando, al contrario, se limita a interpretar literalmente las normas de derecho privado o cuando impone modelos unilaterales, como en el primer esquema objetivo del principio de responsabilidad, inaugurado con el fallo Francovich, esta predisposición al diálogo se encasquilla. El sistema judicial, y en general el paradigma comunitario, sólo funciona con una apertura dialógica que se sustancia en los fenómenos de *cross-fertilisation* y de interpretación conforme. De no ser así, las dos cuerdas (derecho nacional/derecho supranacional, derecho privado/derecho público<sup>184</sup>) permanecen distantes y se continúan aplicando métodos y modelos del paradigma tradicional<sup>185</sup>. Actualmente, es el *formante* judicial que mejor ha sabido emplear el paradigma dialógico comunitario.

Este proceso cognitivo se aclara cuando, usando la distinción propuesta por Hayek entre orden legal y orden de acciones, se observa cómo el juez comunitario obliga a los mundos tradicionalmente monadológicos de los sistemas legales a abrirse cognoscitivamente. La esencia del paradigma comunitario reside, pues, en que "*Court of Justice's procedure seeks to achieve this interweaving by accepting differences: the core of its concern is for the Member State's legal systems to approximate to each other from their own forces, utilising the properties and peculiarities of their specific legal cultures, as it were 'organically' and not by grafting foreign legal ideas on*"<sup>186</sup>.

En términos de teoría legal, los sistemas nacionales tienden a oponer una resistencia persistente a la transferencia institucional: "*in short, a remarkable historical continuity in their own stubborn development, even and especially in times of all-levelling globalization*"<sup>187</sup>. La aceptación en ámbito interno de este proceso hermenéutico va más allá del nivel meramente legislativo: aquí la armonización se desarrolla en un vía más profundamente cultural.

Tal operación hermenéutica implica una diversa sensibilidad judicial y una distinta función crítica del juez nacional. En este nuevo contexto 'constitucionalista', el órgano jurisdiccional nacional ha de adoptar una actitud institucional no meramente mecanicista, sino más bien responsable. "*Là où est la responsabilité, là est le pouvoir*". A la mayor permeabilidad de los nuevos principios de primacía y efectividad consigue una mayor concienciación del juez nacional llamado a conocer y conjugar paradigmas, una mayor responsabilidad en el nuevo paradigma comparatista comunitario.

---

<sup>183</sup> Cfr. F. Nicola, *Le politiche in gioco nell'armonizzazione del diritto europeo*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, 305 ss.

<sup>184</sup> Cfr. M. Poiares Maduro, *Striking The Elusive Balance between Economic Freedom and Social Rights in the EU*, en AA.VV., *The Evolution of EU Law*, editado por G. De Burca & P. Craig, Oxford, Oxford University Press, 1999; G. Comandé, *Co-determining European Private Law(s) and Constitutionalization Process(es)*, en AA.VV., *Constitutional Values and European Contract Law*, editado por S. Grundman, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2008, Vol 13, 169 ss.

<sup>185</sup> Harold Koh sostiene que también en la escala internacional los procesos de integración "*breaks down two traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law: between domestic and international, public and private*"; H. Kohn, *Transnational Legal Process*, en *Neb. L. Rev.*, 1996, 75 181. Cfr., en la misma dirección, Boaventura de Sousa Santos, *Towards a New Legal Common Sense*, Butterworths Lexis Nexis, London, 2002, 83-84.

<sup>186</sup> M. Amstutz, *In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning*, cit., 775.

<sup>187</sup> G. Teubner, *Idiosyncratic Production Regimes: Coevolution of Legal and Economic Institutions in the Varieties of Capitalism*, en AA.VV., *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, editado por J. Ziman, Oxford University Press, 2002, 174.

La mayor flexibilidad valorativa introducida en la responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario con la introducción de la violación suficientemente caracterizada ha activado el mecanismo de colaboración judicial, favoreciendo el funcionamiento del mecanismo de *cross-fertilization*. La sentencia Traghetti se perfila como banco de prueba de la culpa como vehículo de *judicial cross-fertilization*, aclarando el alcance y extensión de la *faute lourde* en el terreno de la responsabilidad judicial. Ya en las postrimerías del Tratado de Maastricht se abrió camino la convicción de que la sistemática inutilización del cauce institucional del diálogo judicial, es decir la cuestión prejudicial establecida por el art. 234 TCE, tenía que ser objeto de un método sancionador más vinculante<sup>188</sup>. Una vez más a la vigilia de la Conferencia Intergubernamental de Niza el informe encargado al antiguo presidente del Tribunal de Justicia Ole Due contemplaba la necesidad de endurecer las sanciones por mancada remisión de las cuestiones prejudiciales por parte de las Altas Cortes nacionales también mediante condena en el procedimiento previsto por los arts. 226 ss<sup>189</sup>. Los representantes gubernamentales trataron de encauzar la respuesta sancionadora dentro del entramado del Tratado de la Comunidad Europea, mientras la corte comunitaria contraataca estableciendo el principio de responsabilidad también por la conducta de las cortes de últimas instancias con las decisiones Köbler de 2003<sup>190</sup> y Traghetti 2006. La sentencia Traghetti, por tanto, va a incidir significativamente justamente en el núcleo del nuevo constitucionalismo hermenéutico, es decir en la capacidad interpretativa del juez nacional<sup>191</sup>. De esta operación de responsabilización de la actividad hermenéutica judicial se ha ocupado paralelamente la Comisión Europea en el caso C-129/00, 9 diciembre 2003, Comisión c. Italia, donde se contestaba a la República Italiana de haber mantenido en vigor una normativa nacional que, así como interpretada por los jueces italianos, incluida la *Corte di Cassazione*, hacía prácticamente imposible o excesivamente difícil el reembolso de los impuestos percibidos, violando el Derecho Comunitario. La comisión no reclamaba la incompatibilidad respecto de las normas comunitarias del legislador nacional, cuya disciplina podía calificarse de manera neutral, sino su interpretación por parte de la jurisprudencia.

El mecanismo epistemológico no sólo connota la faceta sancionadora, sino que aflora muy emblemáticamente en sede de conjugación de los requisitos diseñados por el Tribunal de Justicia para reclamar la responsabilidad del Estado.

La propia corte comunitaria especifica que la violación suficientemente caracterizada, mutuada por el sistema francés de *faute administrative*, ha de ser calibrada al margen de discrecionalidad confiada a las autoridades nacionales y, por tanto, en el supuesto de la responsabilidad del Estado por actividad judicial sólo se manifiesta en casos excepcionales en que el juez ha violado de manera manifiesta el derecho viviente. Es la reelaboración comunitaria del requisito de la *faute lourde* francesa, que va a conjugarse, a modo de paradigma gramatical, con los sistemas nacionales de responsabilidad administrativa, originando figuras híbridas, frutos de la dinámica de la *cross-fertilisation* judicial<sup>192</sup>. Frente a una conducta nacional de amplios márgenes de discrecionalidad, cuyo perfil sancionador se delinea en términos de excepcionalidad, emergen otras situaciones connotadas por la *faute simple*, es decir por una violación *in re ipsa* de las normas de Derecho Comunitario.

---

<sup>188</sup> Cfr. T. Tridimas, *Knocking on Heavens Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Ruling System*, 40 CMLRev (2003) 9 ss

<sup>189</sup> *The report by the working party on the future of the European Communities' court system*, 16.

<sup>190</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia 30 de septiembre de 2003, Asunto C-224/01, Gerhard Köbler / Republik Österreich

<sup>191</sup> Cfr. A. Lazari, *Modelli e paradigmi di responsabilità dello Stato*, Giappichelli, 2005, 279; R. Conti, *Responsabilità per atto del giudice, legislazione comunitaria italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, en *Danno resp.* 2006, 11, 1516.

<sup>192</sup> Cfr. AA.VV., *Convergence and Divergence in European Public Law*, editado por P. Beaumont-C. Lyons- N. Walker, Hart Publishing, Oxford, 2002.

La gradualidad de la culpa del aparato estatal comprende un abanico de supuestos que abarca desde la *faute anonyme* (por ejemplo, violación de una directiva) hasta la *faute lourde* (violación grave y manifiesta de una obligación comunitaria de extensa discrecionalidad)<sup>193</sup>. No sólo muda el paradigma jurídico de responsabilidad del juez, sino además la función del juez no sólo simple ejecutor de la ley, sino conciencia crítica del engarce entre ordenamiento comunitario y sistemas nacionales. No sólo cambia el paradigma comunitario hacia horizontes de coloraciones más constitucionales, sino consiguientemente el papel de quien aplica tal paradigma.

## 6. El traje de Arlequín<sup>194</sup> y la nueva prosa comparatística del juez europeo

Se ha podido notar cómo a menudo a un mecanismo de mayor profundización vertical, que se enfoca en el fenómeno de constitucionalización del Derecho Comunitario, corresponde una profundización de tipo horizontal en sede privatista. Sintomática es la cuestión de la prevención de obstáculos a las libertades de circulación, que se perfila en clave extremadamente invasiva, previendo un sistema de control comunitario *ex ante* de la legislación nacional de normas técnicas mediante la directiva 98/34 CE<sup>195</sup>. Este sistema va a incidir en la propia libertad absoluta del legislador nacional que ha de conformarse a la disciplina comunitaria antes de la publicación de la ley nacional. El legislador comunitario prevé en los artículos de 2 a 7 un mecanismo de información y de cooperación, que se ve reforzado gracias a la intervención de la corte comunitaria que concede efectos directos horizontales a tales normas en las decisiones *Cia Security*<sup>196</sup> y *Unilever*<sup>197</sup>. Asimismo, el incumplimiento de estas normas provoca la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos no notificados entre particulares.

Constitucionalización del Derecho de la Unión Europea y europeización del Derecho Privado han de ser visto, pues, en una única óptica de amplio respiro, que recientemente se enriquece de la aportación de la interpretación jurisprudencial de la Carta de Niza.

La nueva corriente judicial echa sus raíces en una reelaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales, que se abre significativamente al diálogo con las cortes constitucionales y que implica un sensible ensanchamiento del radio de acción consustancialmente constitucional de la corte europea. El hilo conductor con el que se hilvana el nuevo traje de Arlequín está compuesto de un intricado haz de derechos fundamentales. Esta innovadora sustanciación constitucional implica consiguientemente una reelaboración de los principios vertebradores de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas jurídicos nacionales, abriendo nuevos horizontes a la reciproca influencia de carácter constitucional. La progresiva incorporación de nuevos derechos de alcance poderosamente constitucional ha provocado una colisión con el consolidado acervo de políticas y libertades de origen económico, obligando a la corte europea a una consiguiente y necesaria labor de ponderación constitucional mediante el renovado principio de proporcionalidad. Los principios de interpretación conforme y de proporcionalidad testimonian este intento de mediar y calibrar principios distintos procedentes de órdenes y culturas jurídicos diferentes. Entonces, el Tribunal de Justicia se aleja paulatinamente pero claramente del

<sup>193</sup> Cfr. AA.VV., *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, editado por D. Fairgrieve, M. Adenas, J. Bell, BIIICL, 2002; y J. Bell, *Governmental Liability: Some Comparative Reflections*, en *Dret* 1/2006.

<sup>194</sup> C. Goldoni, *Arlecchino servitore di due padroni*, Bur, Milano, 2005. La referencia implícita alude a la posibilidad de trabajar en un dúplice ámbito: supranacional y nacional.

<sup>195</sup> Cfr. AA.VV., *Derecho Comunitario Material*, MacGraw Hill, Madrid, 2000, 38.

<sup>196</sup> Sentencia de 30 de abril de 1996, *CIA Security International*, Asunto C-194/94, Rec. p. 2201.

<sup>197</sup> Sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Unilever Italia Spa c. Central Food Spa*, Asunto C-443/98, Rec. p. I-7535.

primer periodo absolutista de reivindicación de su autonomía institucional y política, para pasar a una nueva era de colaboración judicial en los principios de *primauté*, eficacia y responsabilidad del Estado.

También en la provincia del Derecho Privado el papel desarrollado por los derechos fundamentales implica una profunda revisión axiológica del principio decimonónico de la autonomía privada y de la libertad contractual. Es anacrónico volver a proponer en el incipiente *acquis communautaire* el famoso mote de Ripert “*Qui dit contractuel dit juste*”<sup>198</sup>. En esta óptica la superación del periodo meramente mercantilista, de construcción negativa del mercado interior coincide con la creación de nuevas formulas jurídicas que extienden su alcance también a las relaciones entre particulares. Una vez más también en el campo privatista cualquier giro jurisprudencial ha sido acompañado por la utilización de una aproximación comparativa: la propia sentencia Kadi no sólo es muestra del entrelazamiento de las cuerdas constitucionales e internacionales, sino también de la progresiva superación crítica de la *summa divisio* entre derecho público y derecho privado. Campo privilegiado de observación no es sólo la aplicación de las directivas de alcance privatista, sino también toda la jurisprudencia comunitaria sobre los contratos discriminatorios<sup>199</sup>: el *arrêt* Mangold docet. Se pasa de una legislación y una *judicial case law* europeas que encuentra su base legal en la libre circulación de trabajadores<sup>200</sup> a una mayor protección otorgada a las personas que disponen de la ciudadanía europea para concluir con una tutela completa extendida a cualquier persona, gracias a la citada conversación judicial entre juez comunitario y el juez de Estrasburgo<sup>201</sup>. La clave de lectura jurídica reside en el principio crítico de primacía, que funda la norma del art. 53 de la Carta de los Principio Fundamentales de la Unión Europea y que plasma la estructura de la sentencia Kadi del tribunal de Luxemburgo y antes del fallo Bosphorus del juez de Estrasburgo<sup>202</sup> y que recalca en sede nacional en la sentencia de la Corte Costituzionale n. 348/2007 en tema de indemnización en la que se afirma que en la relación entre normas constitucionales y la disciplina del Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos la corte italiana afirma que “*il controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117, 1° comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione*”<sup>203</sup> y en la decisión de la *Corte di Appello di Firenze*, 9 giugno 2007 en materia de beneficios asistenciales a ciudadanos extracomunitarios, donde se sostiene que “*le due Corti sovranazionali abbiano "imparato" a rispecchiarsi ed a concorrere all’adeguata tutela delle posizioni fondamentali della persona che rappresentano ora anche per il diritto dell’Unione un punto imprescindibile e come, dunque, non sia priva di grande rilevanza la circostanza di essere un*

<sup>198</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955. Cfr. S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, en *Europa e diritto privato*, 2005, 1, 51 ss.

<sup>199</sup> Cfr. sentencia, 28 abril 2005, *Comisión c. Alemania*, caso C-329/04.

<sup>200</sup> Sentencias 20 octubre 1993, *Phil Collins c. Imtrat Handelsgesellschaft mbH*, , C-92/92; 20 marzo 1997, *David Charles Hayes e Jeannette Karen Hayes c. Kronenberger GmbH* caso C-323/95; 2 octubre 1997, *Stephen Austin Saldanha e MTS Securities Corporation c. Hiross Holding AG*, C-122/96.

<sup>201</sup> Cfr. M. Hesselink, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, in AA. VV., *The New European Private Law*, editado por M. Hesselink, Kluwer International, The Hague, 2002, 177 ss.

<sup>202</sup> Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda*, en *Riv. Dir. Intern.* n. 3\2005; Cfr. también F. Schorkopf “*The Judgment of the European Court of Human rights in the case of Bosphorus Hava Hollari Turizm\ Ireland*”, en *German law Journal* n. 9\2005; A. H. Parga, *Bosphorus v Ireland and the protection of fundamental rights in Europe*, en *Europ. L. Rev.*, n. 1\2006, 56 ss.

<sup>203</sup> Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, en *Foro it.*, 2008, I, col. 39 con notas de A. Travi y R. Romboli, y comentario de L. Cappuccio, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell’uomo e Costituzione*, y F. Ghera, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio – ma non in quelli con il diritto comunitario*. En la misma óptica también Corte cost. 18 aprile 2008, n. 109, en *Giur. cost.*, 2008, 1358 con nota de C. Pinelli, *Interpretazione conforme (rispettivamente, a Costituzione e al diritto comunitario)* relativa a las disposiciones de actuación de decisión-marco sobre el mandato de arresto europeo.

punto fermo delle più recenti ed impegnative argomentazioni della Corte di Lussemburgo non solo l'affermazione del principio di uguaglianza come uno dei più significativi denominatori comuni del sostrato europeo (per tutte v. Cge 22.11.2005, C-144/04, Mangold), ma anche il richiamo dell'art. 6 Tue, ai sensi del quale l'Unione è fondata sul principio dello stato di diritto e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Cedu, "in quanto principi generali del diritto comunitario".

Nace así un nuevo concepto de derecho, basado en la interlegalidad. Así describe el entrelazamiento de las cuerdas Collins: "the break with the traditional private law reasoning lies in the need to refer to two or more bodies of law, both the traditional private law rules in civil codes and the statement of human rights and constitutional principles found in a different branch of the law such as the national constitution or bill of rights"<sup>204</sup>.

El principio de primacía se une simbióticamente con el criterio judicial de interpretación del derecho nacional mediante un bagaje hermenéutico comunitario: se trata de un nuevo sistema de aprendizaje jurídico<sup>205</sup>. Aquí reside la base de la *cross-fertilisation* europea, no tanto en la abrogación de normas (operación más adecuada a un sistema jurídico piramidal kelseniano)<sup>206</sup>. El principio Costa revela una manera de concebir las relaciones interordinamentales, que se explica en una perspectiva 'defensivista', justificada por el momento histórico del principio de la aventura europea, de desprendimiento del cordón umbilical del Estado, pero que en una época vigorosamente predispuesta hacia una más estrecha unión interestatal, aparece en conjunto incomprensible y, cuando menos, desentonada. Es en parte cierto el vaticinio por el cual: "la positivación del principio jurisprudencial en el artículo 1-6 del Tratado Constitucional está destinada a cambiar la esencia del debate existente al día de hoy, conforme al cual el 'carácter absoluto e incondicional con que dicha primacía parece concebida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia'<sup>207</sup> está lejos de ser asumido por los Tribunales Constitucionales y Supremos de los Estados miembros"<sup>208</sup>. Es tiempo de diálogo sin muros ideológicos ni principios absolutos.

En la estela de la distinción efectuada por la decisión del Tribunal Constitucional español, se ha aseverado que "la primacía es una palabra que se ha predicado siempre de las normas, concretamente de la Constitución; la supremacía es una palabra histórica y sustantivamente judicial (la supremacía en la justicia la tenía el Rey). Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en dos órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de una norma válida; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que están infraordenadas. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas,

---

<sup>204</sup> H. Collins, *Governance implications of the changing character of private law*, en AA. VV., *The Making of European Private Law. Governance Design*, editado por F. Cafaggi – H. Miur-Watt, Edgar Elgar Publishing, Massachussettes, 2008, 279.

<sup>205</sup> Cfr. F. Sabatini, *Il diritto privato ed il contesto comunitario: la ricerca di conformità e l'interpretazione del diritto nazionale alla luce delle direttive*, en *Contratto e Impresa/Europa*, 2007, 113 ss.; contra P. Mengozzi, *Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo e la preconciliazione di un principio di « interpretazione comparativa orizzontale »*, *ibidem*, 2008, 63 ss.

<sup>206</sup> Cfr. R. Alonso García, *Actividad judicial v. inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros)*, en *Revista de Administración Pública* 77 Núm. 151. Enero-abril 2000, 96; R. Alonso García -E. García de Enterría, en AA.VV., *The Birth of a European Constitutional Order (The Interaction of National and European Constitutional Law)*, editado por J. Schwarze, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, p. 287 y ss., especialmente 333-334.

<sup>207</sup> G.C. Rodríguez Iglesias, "Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993,, p. 1191.

<sup>208</sup>R. Alonso García, *El Juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado Constitucional*, en AA.VV., *Constitución europea y constituciones nacionales*, editado por Itziar Gómez Fernández- Marta Cartabia - Bruno de Witte - Pablo Pérez Tremps, 2005, 680.



de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tiene capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente”<sup>209</sup>. El genoma intrínseco de la Unión Europea se traduce en el contexto del nuevo constitucionalismo europeo, y en particular en los principios que regulan las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas nacionales, en un nuevo sistema epistemológico, un nuevo paradigma que liga dos sistemas independientes e interdependientes. Esta nueva *forma mentis* se basa en un nuevo concepto de aprendizaje<sup>210</sup>, asentado en una *cross-fertilisation* judicial, en un modelo hermenéutico de interpretación conforme y en un concepto de “primacía templada”, que no de supremacía, abierto a las instancias constitucionales nacionales<sup>211</sup>. En última instancia, este nuevo proceso hermenéutico gira alrededor del pivote de la ciencia comparativa, del conocimiento del Otro. No es posible, en efecto, enrocarse tan sólo en el cómodo ideario del propio sistema jurídico: la *cross-fertilisation* no recurre a los instrumentos del derecho clásico, ni nacional ni internacional, necesita, al contrario, indisolublemente de la aportación de la metodología comparativa. El nuevo constitucionalismo europeo es la demostración más evidente de la bondad científica de la Tercera Tesis de Trento, por la cual “*La comparazione non produce risultati utili finché non si misurano le differenze che intercorrono fra i sistemi giuridici considerati. Non si fa comparazione finché ci si limita agli scambi culturali o all’esposizione parallela delle soluzioni esplicitate nelle diverse aree*”. El abatimiento de las barreras científicas entre derecho nacional, derecho internacional público y privado está debido, en definitiva, a la afirmación jurisprudencial del método comparativo: es el legado conceptual de la sentencia Kadi.

El centro de gravedad permanente de tal nueva arquitectura conceptual es el juez, responsable crítico de la conjugación de paradigmas y ya no mera *bouche de la loi* de napoleónica memoria. No ya un juez-rey absolutista, ni el Hércules dworkiano<sup>212</sup>, sino un juez-tejedor, que dispone de unas nuevas herramientas epistemológicas en el contexto de dos ordenamientos integrados<sup>213</sup>. Ya no se trata de interpretar al universo jurídico a través del único prisma del sistema nacional, para rebajar a simple hecho toda manifestación jurídica ajena. La visión interna del propio ordenamiento difiere de quien desde fuera la contempla en términos de mero hecho. Es la especulación de Hart, que así teoriza cualquier norma acerca de la interpretación codicista, como el art. 12 de las *Disposizioni preliminari* al código civil italiano<sup>214</sup>. El legado epistemológico del proceso de integración comunitario se anida en que no existe realmente ningún ordenamiento interno y/o externo, compartiendo la preceptividad del otro ordenamiento. Desde la óptica tradicional, la contribución del derecho comparado a la formación y aplicación del Derecho Internacional es nula o casi<sup>215</sup>. La universalidad de los Derechos Humanos mal se casa con el objetivo del método de la ciencia comparativa de medir las distancias sistémicas entre ordenamientos

---

<sup>209</sup> R. De Mendizábal Allende, *Intervención* en P. Puissochet, *La primacía del Derecho comunitario*, cit., 52.

<sup>210</sup> En el campo del derecho privado europeo, muy iluminantes son las teorías de G. Benacchio, *Diritto privato delle Comunità Europee. Fonti, modelli, regole*, Cedam, Padova, 2008, esp. 168 : “*Ci limiteremo ad osservare ed analizzare il fenomeno in atto, che è essenzialmente culturale*”.

<sup>211</sup> La teoría avanzada por Kumm, ‘*Constitutionalism Beyond the State*’ proporciona un cuadro conceptual capaz de explicar los motivos de la riqueza y complejidad del conflicto constitucional en Europa. M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, en *European Law Journal*, Vol. 11, No. 3, May 2005, pp. 262–307.

<sup>212</sup> R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1988.

<sup>213</sup> Cfr. R. Alonso García, *El Juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado Constitucional*, en AA.VV., *Constitución europea y constituciones nacionales*, editado por Itziar Gómez Fernández- Marta Cartabia - Bruno de Witte - Pablo Pérez Tremps, 2005, 682

<sup>214</sup> H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968. Cfr. también F. Sabatini, *Il diritto privato ed il contesto comunitario: la ricerca di conformità e l’interpretazione del diritto nazionale alla luce delle direttive*, cit., 113.

<sup>215</sup> Habla de irrelevancia y/o distancia de las relaciones entre Derecho Comparado y Derecho internacional según una visión clásica del último G. Ajani, *Diritto comparato e diritto internazionale*, en *Dir. Pubb. Comp. Europ.*, 2001, esp. 1589.

jurídicos. “*La branca del diritto che sarebbe stata destinata ad amministrare la globalizzazione avrebbe dovuto essere il diritto comparato*”<sup>216</sup>. Así, en la perspectiva del derecho supranacional de la Unión Europea se pierde la concepción de autorreferencialidad y exclusividad del ordenamiento nacional, favoreciendo la continua confrontación con los otros ordenamientos. El derecho comparado tiene, en primer lugar, una dimensión epistemológica de medición de las diferencias implícitas entre sistemas jurídicos; pero su aplicación por parte del legislador comunitario en la fase de elaboración de las normas jurídicas y de la corte comunitaria a la hora de valorar las distancias entre los veintisiete sistemas nacionales y encontrar principios generales mediante tal examen comparativo cobra cada vez mayor relevancia.

Desde la perspectiva legislativa, cualquier norma del ordenamiento de la Unión Europea implica *naturaliter* un previo estudio de comparación jurídica<sup>217</sup>. Es más. La misma directiva comunitaria ha de ser interpretada, teniendo bien presente que es el resultado de la interacción entre los dos ordenamientos, aunque su aspecto exterior sea la normativa nacional<sup>218</sup>. Es un nudo de la red<sup>219</sup>, entrelazado entre el sistema comunitario y el ordenamiento nacional<sup>220</sup>. De esta declinación interfacial ha de percatarse el juez-tejedor a la hora de aplicar una ley de transposición. El juez europeo es la Penélope homérica, transposición jurídica de la debilidad de la Venus kaganiana, que se encarga fatigosamente de tejer la red normativa entre los hilos comunitarios y las cuerdas nacionales. El juez comunitario es simplemente el operador crítico de un sistema intrínsecamente predispuesto a la comparación<sup>221</sup>. Lenaert mide la aportación del método comparativo en las ya citadas decisiones *Internationale*, donde las sugerencias del Abogado General Duthillet hacia este parámetro hermenéutico han sido desatendidas por la corte comunitaria, y *Nold*, donde se inicia a razonar en términos de comparación a niveles constitucionales. Se ha visto anteriormente cómo estas dos decisiones han marcado los diferentes caminos de la colaboración judicial<sup>222</sup>.

El método comparativo, además, está en la base de los propios fenómenos de *cross-fertilisation* y de la interpretación adecuadora<sup>223</sup>. Mientras que en el segundo criterio, el juez ha de detectar la legislación nacional que mejor se preste a la normativa comunitaria. Además, la corte distila los principios generales siempre refiriéndose a un previo análisis comparativo: es la interpretación comparativa en la expresión de Ballarino<sup>224</sup>.

<sup>216</sup> Así P.G. Monateri, *Globalizzando il diritto*, en *Biblioteca delle libertà*, 1998, 31.

<sup>217</sup> Cfr. V. Zeno-Zencovich, *Il modo di formazione della legislazione europea di diritto privato: un laboratorio comparatistico*, en AA.VV., *Saggi di diritto privato europeo*, a cura di R. Pareolesi, ESI 1995

<sup>218</sup> En la decisión Van Colson se sostiene que el juez debe aplicar la norma de la directiva comunitaria, al margen incluso de la ley nacional de trasposición de la misma. Sentencia, 10 de abril de 1984, Asunto C-14/83, van Colson, Rep. 1984, p. 515.

<sup>219</sup> Apunta a elementos mágicos de la red jurídica G. Amato, *Multilevel Europe and Private Law*, en AA. VV., *The Making of European Private Law. Governance Design*, editado por F. Cafaggi – H. Miur-Watt, Edgar Elgar Publishing, Massachussettes, 2008, 40.

<sup>220</sup> Cfr. F. Ost – M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique droit*, Publications des Facultés universitaires Saint – Louis, Bruxelles, 2002.

<sup>221</sup> Muy iluminante resulta el ensayo de K. Lenaerts, *Interlocking legal orders in the European Union and comparative law*, en *International and comparative law quarterly*. Vol. 52 (2003), part 4, 873-906.

<sup>222</sup> Aunque sea desde otra perspectiva más escéptica, invoca una mayor atención de los efectos “de recaída” de sus propias sentencias F. Nicola, *Le politiche in gioco nell’armonizzazione del diritto europeo*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, 303.

<sup>223</sup> F. Sabatini, *Il diritto privato ed il contesto comunitario: la ricerca di conformità e l’interpretazione del diritto nazionale alla luce delle direttive*, cit., 117: “Esiste oggi un ‘ideale’ di armonizzazione frutto di una cultura giurídica europea che fa del confronto e della comparazione una vera e propria tecnica di sviluppo del diritto”.

<sup>224</sup> T. Ballarino, *Manuale di diritto dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2001, 218.

En la *cross-fertilisation*, a la conjugación elaborada por el tribunal comunitario se pasa a la segunda fase de declinación nacional. Sin un previo análisis comparativo, el juez comunitario se enfrenta a la *sanction of inaction*<sup>225</sup>, es decir al resultado de la inactuación judicial, al silencio de los jueces. Ha sido el destino del modelo objetivo de responsabilidad del Estado, acuñado con la sentencia Francovich. La inserción del ya mencionado requisito de la violación suficientemente caracterizada corresponde al resultado del análisis comparativo, revisitando en ámbito comunitario la *faute administrative* francesa mediante una lógica comparativa explicitada en el mismo punto 27 del fallo<sup>226</sup>.

En esta óptica se ha de situar la *cross-fertilisation* judicial que se ha analizado en la última generación de remedios judiciales y que paradójicamente va extendiéndose *a rébour* también a los primordiales principios de eficacia directa y primacía. Este último criterio ha experimentado recientemente un desarrollo judicial considerable abriéndose a un fascinante diálogo con los jueces constitucionales. La conjugación del paradigma conceptual y gramatical comunitario representa, pues, el núcleo del nuevo constitucionalismo europeo, que tiene alcance sustancial, encarando nuevas y espinosas temáticas antes de exclusivo monopolio estatal, y procesal, abriendo las puertas de la dialéctica judicial al propio principio de *primauté*. En este nuevo escenario no existe un Rey absoluto, sino un *princeps inter pares* perceptivo de las temáticas constitucionales nacionales, rodeado de jueces constitucionales menos recelosos de sus competencias y más humildemente inclines al diálogo con el Tribunal de Justicia. Ha llegado “*la hora de la modestia de los Tribunales Constitucionales*”<sup>227</sup>.

El rey está desnudo, desprovisto de su ropaje constitucional o codicista, de su vestimenta más áulica. Sin embargo, el cuerpo del rey sigue andando y se enfunda un traje mucho menos pomposo y más prosaico: el lenguaje del diálogo judicial es el vestido de Arlequín, compuesto por muchas piezas ofrecidas por las aportaciones de los varios jueces nacionales<sup>228</sup>. La excesiva atención prestada a los avatares de la Convención Europea, del Tratado Constitucional ha distorsionado el verdadero alcance del constitucionalismo europeo<sup>229</sup>. La reducción en la faja formal del art. 6 del Tratado constitucional de una compleja dinámica, que recientemente encuentra ulteriores e interesantes márgenes de desarrollo, ha redimensionado un fenómeno epistemológico mucho más complejo y más respetuoso de las culturas nacionales<sup>230</sup>.

---

<sup>225</sup> Expresión utilizada por J. Tallberg, *European Governance and Supranational Institutions: Making States Comply*, Routledge, 2003.

<sup>226</sup> Sentencia Brasserie du Pêcheur SA, cit., punto 27: “A falta de disposiciones en el Tratado que regulen de forma expresa y precisa las consecuencias de las infracciones del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros, corresponde al Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la misión que le confiere el artículo 164 del Tratado, consistente en garantizar la observancia del Derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado, pronunciarse sobre tal cuestión según los métodos de interpretación generalmente admitidos, recurriendo, en particular, a los principios fundamentales del sistema jurídico comunitario y, en su caso, a principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros”.

<sup>227</sup> En palabras del entonces Magistrado de nuestro TC González Campos en el mismo Seminario de Jueces de Tribunales Constitucionales celebrado en Roma en 1995, p. 220. Cfr. B. Markesinis – J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il mulino, Bologna, 2009.

<sup>228</sup> Cfr. D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire: étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, 2006.

<sup>229</sup> R. Bellamy, *The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism*, en *Constellations Volume 13*, No 2, 2006, 181.

<sup>230</sup> Siempre R. Bellamy, *The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism*, cit., 182: “The result has been a deep and nuanced jurisprudence that has obliged both the ECJ and national courts to have a fuller appreciation of the concerns of different traditions. EU law has been the beneficiary, gaining in the process strong domestic sources of legitimacy within the member states, which after all are ultimately responsible for its implementation. Replacing this evolving and flexible European common law tradition, based on mutual recognition and tolerance, with a single document presided over by a higher court was an

Justamente en esta perspectiva, una de las exiguas novedades introducidas por el Tratado de Lisboa, la aportación de los parlamentos nacionales a la vida democrática europea, sancionado por el nuevo art. 8 C, se enlaza con la temática comunitaria dialógica interordinamental. Se fomenta, pues, una correlación activa no sólo a nivel horizontal mediante el consolidado principio de equilibrio constitucional y mediante los acuerdos interinstitucionales, sino principalmente la dialéctica a nivel vertical entre parlamentos nacionales y parlamento europeo. Es extraordinaria una pieza de apoyo para sustanciar el principio de supremacía del Derecho de la Unión Europea y para involucrar en la edificación del nuevo paradigma conceptual comunitario también a las instituciones comunitarias<sup>231</sup>. Hasta ahora quién mejor era capaz de conjugar y traducir el paradigma europeo ha sido el juez<sup>232</sup>. En esta dirección el constitucionalismo formal podría aportar un componente formidable al constitucionalismo material, de la misma forma en que las orientaciones afloradas en la jurisprudencia jusprivatista comunitaria<sup>233</sup> se pueden ver avaladas y sustanciadas por una confrontación dialéctica con la misma Carta de Niza<sup>234</sup> y/o con otros instrumentos procedentes de la doctrina y del legislador como los *Principles of European Contract Law*<sup>235</sup> y el *Draft of Common Frame of Reference*<sup>236</sup>. “Y desde este diálogo que está naciendo desde hace años (en todo caso desde mucho antes de que tomara cuerpo una hipótesis de Constitución Europea) un derecho constitucional común, que podría permitir a la ‘primacía templada’ operar efectivamente como elemento de articulación de un nuevo orden sin soberanos”<sup>237</sup>. A la objeción de la lejanía social y política a la que hacían referencia las principales críticas al principio del trabajo se acompaña una mayor cercanía institucional en el diálogo entre jueces y, mente, entre jueces y doctrina y parlamento europeo.

---

*unnecessary and retrograde step*” [énfasis añadida]. Cfr. H. Collins, *European Private Law and the Cultural Identity of the States*, en *Europ. Rev. Priv. L.*, 1995, 353.

<sup>231</sup> En la provincia del derecho privado europeo G. Comandé, *Co-determining European Private Law(s) and Constitutionalization Process(es)*, cit., 199 habla de *European civic citizenship*.

<sup>232</sup> Profundos son los análisis llevados a cabo por C. Joeges, *Il ruolo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2000, 278 ss.; H. Micklitz, *Prospettive di un diritto privato europeo: jus commune praeter legem?* en *Contratto e impresa/Europa*, 1999, 35ss.; y R. Conti, *Impronte digitali e diritti umani. In ricordo di Rosario Livatino*, en *Politica dir.*, 2008, 555 ss.

<sup>233</sup> Se cita a modo de ejemplo algunos fragmentos de la sentencia Courage, cit., punto 40, donde se hace referencia a la valoración judicial del equilibrio y de la inferioridad contractuales: “incumbe al citado órgano jurisdiccional examinar si la parte que alega haber sufrido un perjuicio, en razón de la celebración de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición” y del fallo Mostaza Claro, cit., punto 36: La importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán al consumidor». Se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas”.

<sup>234</sup> Para la progresiva permeabilidad del derecho contractual europeo hacia los derechos fundamentales, cfr. O. Cherednychenko, *Fundamental Rights and Contract Law*, en *Europ. Rev. Contract Law* 4/2006, 490 ss.

<sup>235</sup> Cfr. H. Hartkamp, *Principle of Contract Law*, en *Towards a European Civil Code*, editado por Hartkamp, Hesselink, Hondius y otros, Hague-Boston, 1998, 110 ss.

<sup>236</sup> Cfr. M.W. Hesselink - C. Mak - Jacobien W. Rutgers, *Constitutional Aspects of European Private Law. Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, en *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/05*; J. Smits, *The Draft-Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward*, en *Europ. Rev. Contract Law*, 2008, 3, 270 ss.

<sup>237</sup> T. Groppi, *La primauté del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional; un punto de vista comparado*, cit., 243.

El proceso de interacción entre los intereses nacionales y las instancias supranacionales representa el nuevo lenguaje político-jurídico de la convivencia entre Estados en un periodo histórico determinado por la confrontación entre sistemas culturales. Ciertamente es que tal gramática ha de ser sustanciada por un discurso axiológico más enérgico y radicado<sup>238</sup>, pero es indudable que este fenómeno que profundiza una dinámica trascendente lo público y lo privado, que se remonta ya a los años Ochenta<sup>239</sup> y que acertadamente se puede definir de *State-making*<sup>240</sup>, introduce una novedad fascinante en el escenario internacional<sup>241</sup>. La cifra de nuestro tiempo es la diferencia; la respuesta es la convivencia. No consideraría el microcosmos comunitario intrínsecamente nefasto, ni el edén ideológico: solo un laboratorio de ideas, un observatorio privilegiado de una dinámica político-jurídica susceptible claramente de mejoras<sup>242</sup>. “*A genuine achievement of the EU – the bringing together of the peoples of Europe in ways that promotes cooperation without abolishing their differences*”<sup>243</sup>. En la “gramática do tempo” Boaventura De Sousa<sup>244</sup> apunta a la operación de traducción como la única alternativa posible para construir el aprendizaje a la convivencia. El mismo filósofo teoriza un nuevo sentido común del derecho, enraizado en una dimensión hermenéutica inter-legal<sup>245</sup>. Parece ser éste, en última instancia, el núcleo de la cuestión. Europa ha sido durante siglos un espacio en que entraban en contacto muchas lenguas y muchas culturas capaces de constante diálogo<sup>246</sup>. Europa ha sido el lugar preeminentemente de floritura de la hermenéutica y la patria de la traducción constante. Se trata ahora de trasponer esta capacidad lingüística en una capacidad cultural<sup>247</sup>. De la traducción poética-política de Sanguineti a la traducción prosaica-comparativa de Boaventura De Sousa<sup>248</sup>.

---

<sup>238</sup> Cfr. F. Cafaggi, *The making of European private law: governance design*, en AA. VV., *The Making of European Private Law. Governance Design*, editado por F. Cafaggi – H. Miur-Watt, Edgar Elgar Publishing, Massachussetts, 2008, 289 ss.

<sup>239</sup> Por ejemplo cfr. Gaja, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, en *Riv. dir. int.*, 1988, p. 574 ss.

<sup>240</sup> D. Caruso, *The Private Law and the State-Making in the Age of Globalisation*, cit., 1 ss.

<sup>241</sup> Iluminante es la reconstrucción histórica realizada por C. Joerges, *Cosa resta della Costituzione economica europea*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, 50.

<sup>242</sup> Acertadamente sostiene G. Comandé, *Co-determining European Private Law(s) and Constitutionalization Process(es)*, en AA.VV., *Constitutional Values and European Contract Law*, editado por S. Grundman, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2008, Vol 13, 169: “*Economic rights, solidarity and social justice principles coexist. It is a matter of degree*”

<sup>243</sup> R. Bellamy, *The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism*, en *Constellations Volume 13*, No 2, 2006, 187.

<sup>244</sup> Boaventura De Sousa, *A Gramática do tempo: para unha nova cultura política*, Porto, Edições Afrontamento, 2006

<sup>245</sup> Boaventura De Sousa, *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, 2nd edition, Butterworths, London, 2002. Cfr. también, H. Collins, *Governance implications of the changing character of private law*, en AA. VV., *The Making of European Private Law. Governance Design*, editado por F. Cafaggi – H. Miur-Watt, Edgar Elgar Publishing, Massachussetts, 2008, 279.

<sup>246</sup> Sobre la connatural complejidad de la epistemología jurídica actual, cfr. P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, en *Quaderni fiorentini*, vol.32, Milano, 2003, 33: “*La società – al contrario di quella creatura semplicissima che è lo Stato moderno – è strutturalmente plurale e complessa, il diritto che le è speculare non potrà non registrare queste qualità, non potrà che proporsi plurale e complesso*”. Cfr. siempre P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 43 ss.

<sup>247</sup> Z. Bauman, *L'Europa è un'avventura*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 9: “*L'Europa può svolgere ancora un ruolo fondamentale nel concepimento, nella nascita e nella maturazione di una comunità planetaria, facendo valere la propria capacità di “traduttore del mondo”*”.

<sup>248</sup> Cfr. N. Walker, *Constitutionalism and the Problem of Translation*, en J. H. H. Weiler and M. Wind (eds), *European Constitutionalism Beyond the State* (Cambridge University Press, 2003), 53–54.