

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales



UNIVERSIDAD DE
TALCA

**Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales**

LIBROTECNIA®

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca
Québec 415 esq. Av. Condell
Providencia • Chile

Página web: www.cecococh.cl / E-mail: cecococh@utalca.cl

REPRESENTANTE LEGAL:

Dr. Álvaro Rojas Marín, Rector de la Universidad de Talca.

DIRECTOR:

Humberto Nogueira Alcalá. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca.

SUBDIRECTOR:

Jorge Precht Pizarro. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Público, Universidad de Talca.

Consejo Editorial Nacional

Eduardo Aldunate L.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Raúl Bertelsen Repetto.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector
Universidad de los Andes.

José Luis Cea Egaña.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Kamel Cazor Aliste.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho,
Universidad Austral de Valdivia.

Miguel Ángel Fernández

Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la
Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Católica de Santiago y Universidad de Talca.

Emilio Pfeffer Urquiaga.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Lautaro Ríos Álvarez

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Valparaíso.

Jorge Tapia Valdés.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de
Derecho de la Universidad Arturo Prat, Iquique.

Francisco Zúñiga Urbina.

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile.

Consejo Consultivo Internacional

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santa Fe de Bogotá, Colombia. Ex Presidente de la Corte Constitucional.
Ex Defensor del Pueblo de Colombia.

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magister de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Lima, Perú.

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho Constitucional. Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala.

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine, Italia.

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III, Madrid, España.

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario, Argentina.

Secretaría

María Soledad Ramírez Ramírez

Diseño Gráfico

Editorial Librotecnia

Revisión de Textos

Víctor Concha Anabalón

Editado y distribuido por

Editorial Librotecnia

Bombero Salas 1369, Of. 408

Santiago • Chile

Fonofax: (56-2) 6967076

www.librotecnia.cl

info@librotecnia.cl

EL SISTEMA EUROPEO-CONTINENTAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA *

José Ignacio Martínez Estay **

RESUMEN

El modelo europeo de justicia constitucional se basa fundamentalmente en la existencia de tribunales constitucionales. La Comunidad Europea, uno de los pilares que conforman la Unión Europea, cuenta con un órgano jurisdiccional que, en muchos aspectos, juega el rol de un auténtico Tribunal Constitucional. Se trata del Tribunal de Justicia, verdadero custodio del derecho comunitario, y, en concreto, del Derecho Constitucional de la Comunidad. Ello porque, en último término, la Unión Europea ya tiene una Constitución, y por ende vida constitucional, compuesta por los tratados constitutivos, las principales sentencias del Tribunal de Justicia, las tradiciones constitucionales de los países miembros, etc. Se trata por tanto de una Constitución no codificada, que en el futuro se espera reemplazar por una de tipo codificado, una vez que los estados miem-

* Este artículo constituye la segunda parte del publicado en Estudios Constitucionales, Año 3, N° 1 (149-171), Editorial Librotecnia. Este trabajo ha sido posible gracias al financiamiento otorgado por Fondecyt a través del Proyecto N° 1030624, así como al apoyo otorgado por la Comisión Europea a la "Cátedra Jean Monnet de Derecho Público de la Unión Europea" de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

** Abogado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes. Catedrático Jean Monnet, Universidad de los Andes. Chile. Correo electrónico: jimartinez@uandes.cl (Recibido el 12 de septiembre y aprobado el 14 de octubre de 2005).

bro terminen el proceso de ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución para la Unión Europea.

No obstante, el sistema de control de constitucionalidad de la Comunidad Europea es mixto, pues junto al Tribunal de Justicia los tribunales de los países miembros son también custodios del derecho comunitario.

PALABRAS CLAVE

Control de constitucionalidad. Constitución de la Unión Europea.

ABSTRACT

European model of judicial review is based on constitutional courts. The European Community, one of the pillars of the European Union, has a jurisdictional organ, who acts like an authentic Constitutional Court. It is the Court of Justice, who watch over the Communitarian Law, specifically the Constitutional Law of the Community, because the European Union has a Constitution right now, composed by constituents treaties, the main sentences of the Court of Justice, constitutional traditions of the state members, etc. This Constitution is not codified, but in the future could be replaced by a codified text, when all the states ratify the Constitutional Treaty of the European Union.

But the judicial review in the European Community is mixed, because the Court of Justice and the national courts are together protectors of the European Community Law.

KEY WORDS

Judicial review. The Constitution of the European Union.

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿EXISTE YA UNA “CONSTITUCIÓN” DE LA UNIÓN EUROPEA?

A) ¿Qué hace que una Constitución sea tal?

Durante el Consejo Europeo de Laeken, Bélgica, de diciembre de 2001, se acordó constituir la “Convención Europea” o “Convención sobre el futuro de

Europa”, instancia creada con el preciso fin de proponer un nuevo marco institucional para la Unión Europea, adecuado a la evolución que ella ha experimentado, y a su desarrollo futuro.¹ El 13 de junio de 2003, la Convención, presidida por el ex Presidente de la República de Francia, Valéry Giscard d’Estaing, dio a conocer oficialmente el volumen I de un Proyecto de Constitución para la Unión Europea. Este texto fue presentado al Consejo Europeo que se desarrolló en Tesalónica los días 19 y 20 de junio de 2003.

Más tarde, durante el Consejo Europeo de Bruselas de 17 y 18 de junio de 2004, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea acordaron aprobar un texto de Constitución para la Unión Europea. Finalmente, el 29 de octubre de 2004 el texto fue firmado en Roma por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión. Este Tratado sólo entrará en vigor una vez que sea ratificado por cada uno de los estados miembros con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales.²

Si bien la existencia del Tratado Constitucional podría hacer suponer que hoy en día ésta carece de Constitución, lo cierto es que la teoría constitucional podría conducir a una conclusión radicalmente distinta. No por nada Bryce criticaba la clásica distinción entre constituciones escritas y no escritas, a la que consideraba confusa, por poner “en la categoría de constituciones escritas a las consignadas expresamente en un documento o documentos solemnes; y en la categoría de no escritas, aquéllas cuyo origen no está en un acuerdo o en una estipulación formal, sino en un uso (*usage*) que vive en el recuerdo de los hombres”.³ Y es que, como señala el propio Bryce, “en toda Constitución escrita debe haber y hay..., algún elemento de uso no escrito; en tanto que en las llamadas no escritas existe una fuerte tendencia a considerar las recopilaciones de costumbres o de precedentes como obligatorias”.⁴ Ello sin perjuicio de que además las constituciones no escritas se componen también de normas.⁵ Por

¹ Los objetivos de la Convención se resumen en las siguientes preguntas: “¿Cómo organizar el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros? ¿Cómo definir mejor las respectivas funciones de las instituciones europeas? ¿Cómo garantizar la coherencia y la eficacia de la actuación exterior de la Unión? ¿Cómo reforzar la legitimidad de la Unión?”. En el sitio oficial de la Convención Europea <http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=ES&Content=>

² Hasta la fecha el texto de Constitución ha sido ratificado por catorce países, la mayoría mediante procedimiento parlamentario: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Eslovenia, Eslovaquia, España, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta (España y Luxemburgo lo aprobaron mediante referéndum); dos han rechazado la ratificación mediante sendos referenda (Francia y Holanda), y nueve aún no han tomado una determinación: Dinamarca, Estonia, Finlandia, Irlanda, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia.

³ Bryce, James. 1988. *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, p. 6.

⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁵ *Ibid.*

ello si de clasificar se trata, parece mejor hablar de constituciones “codificadas” y “no codificadas”, expresiones que reflejan mejor la idea de si la Constitución está contenida en un solo texto solemne o no.⁶

En cualquier caso la crítica de Bryce deja al descubierto que esta clásica distinción entre constituciones escritas y no escritas olvida que, en último término, lo que hace que una Constitución sea tal no es el que esté o no contenida en un documento solemne. Recuérdesse que el constitucionalismo nació en el siglo XVII en Inglaterra sin que se hubiese promulgado o dictado ningún documento solemne que respondiese al nombre de Constitución. Más aún, y como recuerda Barnett, la idea de contar con constituciones escritas nace con las revoluciones norteamericana de 1776 y francesa de 1789.⁷ A partir de estos acontecimientos el concepto de Constitución ha estado ligado a la idea de ruptura con un orden anterior, razón por la cual prácticamente la totalidad de los países cuentan con constituciones escritas.⁸ Pero a pesar de ello nadie pone en duda que Inglaterra tiene una Constitución, la más antigua y venerable del mundo, que no sólo ha funcionado ininterrumpidamente desde su nacimiento, sino que además lo ha hecho bastante bien.

Es por todo ello que para determinar si una comunidad política tiene o no Constitución, debe irse más allá de la mera constatación de la existencia o inexistencia de un documento solemne que lleve ese nombre. En concreto, lo que importa es determinar si están presentes o no aquellos elementos que Loewenstein califica como “el mínimo irreductible de una auténtica constitución”,⁹ a saber:

a) Un mecanismo de separación de poderes con sus respectivos frenos y contrapesos, sus sistemas de cooperación interinstitucional y de resolución de conflictos entre los diversos órganos de poder.

b) La regulación de las relaciones entre los poderes públicos y el pueblo.

c) Un procedimiento de reforma constitucional que permita adecuar la Constitución a los cambios políticos y sociales.

d) El reconocimiento de los derechos y libertades que emanan de la naturaleza humana y su protección a través de diversas vías.¹⁰

⁶ Pereira Menaut, Antonio Carlos. 1998. *Teoría Constitucional*. Conosur. Santiago, p. 28.

⁷ Barnett, Hilarie. 2002. *Constitutional and Administrative Law*. London. Cavendish Publishing (4th ed.), p. 8.

⁸ Barnett señala a este respecto que desde 1066 la historia británica no muestra ninguna ruptura, lo que explica en gran medida el carácter no escrito de la Constitución del Reino Unido. *Ibid.*, p. 9.

⁹ Loewenstein, Karl. 1976. *Teoría de la Constitución*. Barcelona. Ariel (2^a ed.), p. 153.

¹⁰ *Ibid.* Ver también Pereira, p. 37.

Wheare entiende también que una Constitución debe contener aquellos elementos, siempre y cuando se trate de un país con un gobierno unitario. Ello porque si se tratase de uno federal su Constitución debería además delimitar “las esferas de autoridad del Gobierno central y de los Gobiernos de las partes constitutivas; debe fijar limitaciones para los cuerpos legislativos; y debe asegurar la supremacía de la Constitución sobre éstos, impidiendo que, eventualmente, sea cual fuere la forma en que la Constitución pueda ser enmendada, no llegue a verse subordinada, sobre todo en lo que respecta a la división de poderes, ni al cuerpo legislativo central ni a los cuerpos legislativos de las partes constitutivas”.¹¹ En cualquier caso, todo lo anterior refleja que lo que hace que una Constitución sea tal es algo más que el hecho de estar o no en un solo texto formal.

Es por eso que en la teoría constitucional existe otra clasificación de las constituciones, que distingue entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material. Así, la primera sería el documento solemne al que una comunidad política denomina Constitución. Por su parte la segunda dice relación con todas aquellas materias que son propias de una Constitución, es decir, que se relacionan con aquel mínimo irreductible del que habla Loewenstein. En este sentido lo constitucional no se agota en el texto formal que lleva por nombre Constitución, sino que abarca además todo aquello que es propio de ésta, independientemente de que esté o no en aquel texto. La realidad demuestra que en la práctica ninguna Constitución en sentido formal agota “lo constitucional”. Como ocurre en casi todas las ramas del Derecho, el sueño ilustrado de la codificación sucumbe también en el ámbito del Derecho Constitucional.

En otros términos, la pretensión de reunir en un solo texto todo el Derecho Constitucional choca con lo que sucede en la práctica. Ello porque a pesar de que muchas veces las apariencias pudieran indicar lo contrario, las constituciones en sentido formal no son autosuficientes. Si bien esto siempre fue asumido como una obviedad en el ámbito jurídico angloamericano, en el sector de influencia europeo-continental sólo viene a reconocerse de manera clara y abierta a partir de la década de los setenta del siglo veinte.¹² Desde ese momento la doctrina francesa acuña la expresión “bloque de constitucionalidad”, entendiendo por tal “al conjunto de los ‘principios y reglas de valor constitucio-

¹¹ Wheare, K.C., 1975. *Las Constituciones Modernas*. Barcelona. Labor (2ª ed.), p. 39.

¹² Según Favoreau, la expresión surge a comienzos de los setenta del siglo veinte en Francia, y durante los ochenta es recogida por el Tribunal Constitucional español. Favoreau, Louis. “Ponencia francesa”, en Favoreau, Louis y Rubio Llorente, Francisco. 1991. *El Bloque de la Constitucionalidad*. Madrid. Civitas, pp. 17 y 19.

nal””.¹³ Como se comprenderá, ello supone asumir que resulta imposible que todo el Derecho Constitucional de una comunidad política pueda estar contenido en un solo y único texto.

En resumen, que una comunidad política cuente o no con una Constitución no depende de si existe o no un documento formal que lleve ese nombre.

B) La actual regulación de la UE desde la perspectiva del Derecho Constitucional

1. *La Constitución “material” de la Unión Europea.* Hace algún tiempo leía en un periódico portugués un interesante artículo escrito por el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto, Paulo Ferreira da Cunha. En él afirmaba abiertamente que “la Unión Europea ya tiene una Constitución, hecha de tratados, de sentencias, de experiencia. Es una Constitución fruto de la historia, del tiempo, una constitución natural, flexible, adaptable, una constitución para el futuro”.¹⁴ Debo reconocer en todo caso que ya antes había leído algo similar, aunque planteado quizá de manera menos vehemente, en un par de interesantes trabajos sobre la Unión Europea. En el primero, titulado *La*

¹³ Favoreau, 20. Según este mismo autor hacia 1989 en Francia dicho bloque estaba formado por elementos esenciales y elementos marginales. Forman parte de los primeros la Constitución de 1958, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y el Preámbulo de la Constitución de 1946. Por su parte los segundos están conformados por los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”; *ibíd.*, 25. Pereira Menaut señala que para determinar el bloque de constitucionalidad español hay que estarse a lo que señala el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y a la jurisprudencia del mismo Tribunal. Según el primero el parámetro para efectuar control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional está compuesto por las leyes dictadas para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas, o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas. Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Constitucional amplió dicho bloque mediante la incorporación de algunos tratados internacionales relevantes, los reglamentos parlamentarios y las leyes sobre delegaciones legislativas. Pero además Pereira estima que el bloque de constitucionalidad español está compuesto también por algunas grandes leyes, como la Orgánica del Tribunal Constitucional, la Orgánica del Poder Judicial, la legislación electoral, “las principales sentencias del Tribunal Constitucional, algunas del Tribunal Supremo y, por último, el Tratado de la Unión Europea y las principales sentencias europeas”. Pereira Menaut, Antonio Carlos, 1996. *Temas de Derecho Constitucional Español. Una visión problemática*, Santiago de Compostela, Follas Novas, 80. En Chile sucede algo similar, pues, además del texto formal, forman parte de “lo constitucional” algunas grandes leyes, como las orgánicas constitucionales sobre el Congreso Nacional, la del Poder Judicial o la de Bases Generales de la Administración del Estado, así como algunas leyes que regulan el ejercicio de determinados derechos y libertades. También integran el bloque de constitucionalidad algunos fallos relevantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Chile.

¹⁴ Ferreira da Cunha, Paulo. 2003. *Constituição europeia?*, *Jornal de Notícias*, Porto, 12 de junio. (La traducción es mía.)

Constitución europea, el profesor Antonio Carlos Pereira Menaut parte de la base de que “ya existe, desde hace algunos decenios, una Constitución de la Unión Europea en sentido material...”.¹⁵ Ésta estaría compuesta por los artículos de los Tratados que “*ratione materiae* son constitucionales, así como a través de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, además de “algunos artículos de las constituciones de los estados miembros y algunas de las sentencias de las más altas jurisdicciones de los mismos, así como por los principios y tradiciones constitucionales comunes”.¹⁶

En el segundo trabajo, llamado *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Celso Cancela Outeda señala que si bien no existe una “Constitución europea plenamente articulada, ni siquiera en el sentido material, sí es posible sostener la existencia de ciertos elementos constitucionales, más o menos desarrollados, en la Unión Europea”.¹⁷ Y agrega que para determinar si la Unión Europea tiene o no Constitución, el análisis debe efectuarse desde una perspectiva constitucional material, pues de lo contrario se corre el riesgo de caer en formalismos ajenos al sentido último del Derecho Constitucional.¹⁸

Dejar los formalismos a los que alude Cancela supone no sólo entender que la Constitución es algo más que un texto único y formal. Además implica que la idea misma de Constitución no está ligada indisolublemente a la de Estado, ni menos aún a la del Derecho como un mero conjunto de normas ordenadas piramidalmente. Si bien la visión contraria es la que ha imperado en los países de tradición jurídica europeo-continental desde la Revolución Francesa, la propia historia del constitucionalismo y la realidad práctica se han encargado de demostrar que ella no es muy acertada. Así, no debe perderse de vista que el Derecho Constitucional no nació de la mano del Estado, sino que en contra de éste. Recuérdese que el Estado es un producto del absolutismo y de su noción de soberanía (plenitud del poder temporal), y que el constitucionalismo surge el siglo XVII en Inglaterra justamente como una reacción frente a estos conceptos. Si bien la Revolución de 1789 supuso el triunfo de la despersonalización del poder, ella adopta la teoría de la soberanía, que si bien ya no está depositada en una sola persona, sino que en el Estado, sigue concibiéndose como plenitud del poder temporal. Entre otras cosas ello se traducía en el monopolio de la pro-

¹⁵ Pereira Menaut, Antonio Carlos; Bronfman, Alan; Cancela Outeda, Celso, y Hakansson, Carlos. 2000. *La Constitución Europea*. Santiago de Compostela. Universidad de Santiago de Compostela, p. 15.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 15-16.

¹⁷ Cancela Outeda, Celso. 2001. *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*. Santiago de Compostela. Universidad de Santiago de Compostela, pp. 278-279.

¹⁸ *Ibid.*, p. 279.

ducción jurídica: no hay más Derecho que el producido por el nuevo soberano, por esa nueva forma de organización política de la sociedad llamada Estado.

Pero además, la Revolución Francesa introdujo la idea de que jurídicamente la soberanía se ejercía y manifestaba mediante la ley. Así, en las ideas revolucionarias ésta se convertía en la cúspide del Derecho, y por ende las demás fuentes quedaban subordinadas a ella. Una postura como ésta poco tiene que ver con el planteamiento de contar con un poder limitado por medio del Derecho, propia del constitucionalismo. Ello porque en esta posición la ley es la manifestación de la voluntad de este nuevo soberano que es el Estado, y por lo mismo es la cúspide del Derecho, lo que hace imposible que haya limitación del poder, sino que a lo más autolimitación. Las cosas no cambian demasiado si, partiendo también de la base de que el Derecho es sólo un conjunto de normas estructuradas piramidalmente, se cambia la cúspide de ésta sustituyendo el lugar de la ley por el de la Constitución.¹⁹

En otros términos, la pregunta acerca de si la Unión Europea tiene o no una Constitución, no puede reducirse a la constatación de si existe o no un texto formal que lleve ese nombre, y a que éste sea la norma básica y fuente última de la juridicidad de una forma de organización política de corte estatal. Si bien ello puede resultar difícil de entender para quienes formamos parte de la cultura jurídica europeo-continental, tengo la impresión de que las cosas son bastante distintas en el ámbito del *common law*. En primer lugar porque el constitucionalismo nació en Inglaterra, y pervive en ese país hasta hoy sin que exista un texto formal y único que se llame Constitución. En segundo lugar porque la forma de organización política de las sociedades anglosajonas no es el Estado, sino que otras, como la Corona (Reino Unido) o la Unión (Estados Unidos de Norteamérica). Y en tercer lugar, porque en el mundo anglosajón el normativismo no deja de ser una posición más bien extravagante, pues en general se asume que el Derecho es mucho más que normas, y que entre los diversos componentes de éste no existe necesariamente una coherencia y perfección estructural.

En pocas palabras, y como afirma Pereira Menaut, para despejar la duda acerca de si la Unión Europea tiene o no Constitución, hay que dejar de lado “el estatismo, la concepción normativista del Derecho como código, ordenamiento jurídico cerrado”, así como “la concepción de la Constitución como norma suprema, única y completa, con un estado, un poder constituyente, un pueblo, un territorio, un poder soberano”.²⁰ Si se aplica esta receta, en mi opinión no

¹⁹ Ésta es la visión del Derecho de Hans Kelsen y su *Teoría Pura del Derecho*.

²⁰ Pereira, *La Constitución...*, p. 16.

debiesen caber muchas dudas acerca de la respuesta a la pregunta formulada en este epígrafe: La Unión Europea cuenta con una Constitución en sentido material, cuyas características se analizarán a continuación.

2. *Características de la Constitución “material” de la Unión Europea.* Si nos ceñimos a los clásicos criterios clasificatorios de las constituciones²¹ y a la forma en que están presentes los elementos y principios clásicos del constitucionalismo, estimo que la actual Constitución de la Unión Europea reúne los siguientes caracteres:

a) Atendido a si está o no escrita. Como se dijo antes, este criterio clasificatorio es engañoso, pues en la práctica toda constitución tiene elementos escritos. En el caso de la Unión Europea la situación no es distinta. Si bien en la actualidad no hay un documento formal que lleve el nombre de Constitución, en los tratados sí existen normas materialmente constitucionales. Piénsese por ejemplo en la creación y regulación de competencias de los órganos de la Unión a través de los tratados.

b) Atendido a si está o no codificada. La actual Constitución de la Unión Europea no está codificada. Pero ello no significa que no pueda reconocerse la existencia de una Constitución en sentido material, compuesta por algunas normas de los tratados, los principales fallos del Tribunal de Justicia,²² así como “por algunos artículos de las constituciones de los estados miembros y algunas sentencias de las más altas jurisdicciones de los mismos,”²³ así como por los principios y tradiciones constitucionales comunes”.²⁴ Es más, puede entenderse que también forman parte de esta Constitución la Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales de 1950 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; las principales decisiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno; algunas declaraciones de los estados miembros,

²¹ En esta parte se siguen fundamentalmente los criterios planteados por Pereira Menaut en *Teoría...*, pp. 26 y ss.

²² Por ejemplo las sentencias *N.V. Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend Loos/ Administration Fiscale Néerlandaise*, de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62 (1963); *Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964, asunto 6/64 (1964); *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70 (1970); *Administration des finances de l'État/Société anonyme Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77 (1978); *Parti Ecologiste “Les Verts”/Parlamento Europeo*, de 23 de abril de 1986, asunto 294/83 (1986).

²³ Por ejemplo la muy conocida del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht, de 12 de octubre de 1993 (*BVerfGE* 89, 1993).

²⁴ Pereira, *La Constitución...*, pp. 15-16.

así como algunas declaraciones y actos no normativos de las instituciones europeas, y algunos acuerdos interinstitucionales.²⁵

Pareciera ratificar todo lo anterior el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, al señalar que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

c) Atendida la dificultad para modificarla. Curiosamente, a pesar de no estar codificada, es una Constitución que presenta caracteres de rigidez,²⁶ pues la modificación de muchos de los elementos que la componen está sujeta a procedimientos especiales. Piénsese por ejemplo en la modificación de los tratados sobre los que se funda a Unión, que de acuerdo al artículo 48 del Tratado de la Unión Europea requiere la aprobación y ratificación de todos los Estados miembros, “de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”, o en los de las propias constituciones de los estados miembros (con la excepción de la británica). Esta rigidez se relaciona sin duda con la naturaleza de la Unión Europea, que se corresponde con un modelo de tipo federal, según se verá más adelante. Al respecto no debe olvidarse que las constituciones de los sistemas federales cuentan con procedimientos especiales y agravados de reforma, lo que resulta lógico si se considera que se trata de formas de organización política estructuradas sobre la base de un acuerdo suscrito por sus miembros. Parece sensato que ese acuerdo cuente con un cierto “blindaje”, que garantice la voluntad original de cada uno de los miembros de la federación.

d) Atendido el grado de concordancia entre lo proclamado en la Constitución y lo que ocurre en la realidad. Como se sabe este criterio clasificatorio se debe a Karl Loewenstein, quien distinguía entre constituciones normativas, nominales y semánticas.²⁷ Desde este punto de vista estimo que la Constitución material de la Unión Europea es en gran medida normativa. Es decir, en términos generales resulta “observada lealmente por todos los interesados”, y está integrada en dicha comunidad política.²⁸ No obstante, lo cierto es que existe un aspecto en el que se observan algunos rasgos más bien propios de las

²⁵ Es lo que sostiene Cancela Outeda, quien además entiende que la doctrina también es parte de esta Constitución europea en sentido material, *op. cit.*, pp. 302-303.

²⁶ La Constitución británica, modelo de Constitución no codificada por antonomasia, es flexible, producto, como se sabe, del principio de soberanía del Parlamento.

²⁷ *Op. cit.*, pp. 216 y ss. Ver también Pereira, *Teoría...*, pp. 29-30.

²⁸ Loewenstein, p. 217.

constituciones semánticas. Y es que si bien la Unión Europea proclama que “las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible” (art. 1 inciso 2º del Tratado de la Unión Europea), y que ella se basa en el principio de democracia (artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea), lo cierto es que adolece de lo que se ha venido en llamar “déficit democrático”, en el sentido de actuaciones “de espaldas a la gente”.²⁹ Si bien éste ha disminuido a partir de los Tratados de Maastricht y de Amsterdam, debido a las facultades otorgadas al Parlamento Europeo,³⁰ lo cierto es que aún subsiste. De hecho en el Consejo Europeo de Niza, de diciembre de 2000, se decidió iniciar un proceso de discusión sobre el futuro de la Unión Europea, y entre los temas a tratar se encontraba precisamente el del déficit democrático y el dar mayor transparencia a la Unión.³¹ En cierto modo ello fue recogido por el Tratado Constitucional, como se verá más adelante.

e) Atendida su aplicabilidad y eficacia jurídica. Desde este punto de vista la Constitución de la Unión Europea tiene, parafraseando a la doctrina española, carácter “normativo directo”,³² es decir, resulta “directly enforceable before a Court of Law”. Más aún, el sistema jurídico-institucional de la Unión Europea cuenta con un órgano judicial encargado de velar por el respeto de esta Constitución, a saber, el Tribunal de Justicia. Y como si eso fuera poco, ya a propósito del Tratado de la Comunidad Económica Europea, el propio Tribunal señaló que éste creó “un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que obliga a sus autoridades”.³³ Es por eso que, en su opinión, “las disposiciones comunitarias directamente aplicables deben, en perjuicio de cualquier norma o práctica in-

²⁹ Pereira, *La Constitución...*, p. 20.

³⁰ Con el Tratado de Maastricht se introduce el procedimiento de codecisión, mediante el cual el Parlamento pasa a intervenir de manera relevante en el proceso legislativo, en conjunto con el Consejo. El Tratado de Amsterdam, junto con simplificar el procedimiento de codecisión, otorgó al Parlamento la Facultad de confirmar el nombramiento del Presidente de la Comisión efectuado por el Consejo.

³¹ Entre los objetivos específicos de esta discusión se cuentan: 1. “La simplificación de los Tratados y de los procedimientos a fin de que sean más comprensibles para los ciudadanos”. 2. “Una mayor participación de los parlamentos nacionales en el proceso de decisión a escala europea, bien a través de su representación en una nueva institución, bien a través un control previo del principio de subsidiariedad”. 3. La eventual “elección del Presidente de la Comisión, ya sea por el Parlamento Europeo, ya sea directamente por los ciudadanos”. 4. “Una mayor claridad en la atribución de competencias entre la Unión y los Estados Miembros y entre las instituciones europeas”; en <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cig/g4000d.htm#d6>

³² Este término tiene su origen en el famoso trabajo de García de Enterría titulado “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. Eduardo García de Enterría, 1981. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Civitas.

³³ Sentencia Costa/Enel, de 15 de julio de 1964, asunto 6/64 (1964).

terna de los estados miembros, producir sus efectos plenos y completos en los ordenamientos jurídicos de estos últimos y ser aplicada uniformemente...”³⁴

f) Atendido a si tiene o no carácter ideológico. Como dice Pereira Menaut, un mínimo de ideología es inevitable en una Constitución,³⁵ y desde luego la de la Unión Europea no es la excepción. Piénsese que tras ésta no sólo se encuentra la idea de crear una institucionalidad supraestatal limitada por el Derecho, y la de garantizar un mínimo de derechos y libertades para los ciudadanos, que es lo ideológicamente propio de toda Constitución. Además, ella encierra la pretensión de lograr la unidad política, económica y social de Europa, ideario que está presente desde los albores mismos de las Comunidades Europeas.

g) Desde el punto de vista del principio de separación de poderes. Si se compara la estructura de los poderes de la Unión Europea con este clásico principio del constitucionalismo, es probable que se llegue a la conclusión de que la actual situación “deja mucho que desear”.³⁶ Tanto en Locke como en Montesquieu la función legislativa era concebida como propia del Parlamento, cuestión que en la Unión Europea no sucede. Más aún, piénsese que tan sólo a partir de Maastricht el Parlamento Europeo comienza a intervenir de manera relativamente importante en el procedimiento legislativo, a través del procedimiento de co-decisión. Pero tanto la Comisión como el Consejo siguen jugando el rol preponderante en esta materia.³⁷

Por otra parte, la función ejecutiva presenta también algunas cualidades especiales, que no encajan muy claramente con la formulación clásica de aquel principio. Así, el Consejo Europeo ejerce en parte las funciones políticas propias de un Poder Ejecutivo, las *politics*,³⁸ pero con la peculiaridad de que este

³⁴ Sentencia *Administration des finances de l'État/Société anonyme Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, asunto 106 (1978).

³⁵ Pereira, *Teoría...*, p. 31.

³⁶ Pereira, *La Constitución...*, p. 20.

³⁷ A la Comisión corresponde de manera casi exclusiva el derecho de propuesta o de iniciativa en materia normativa (art. 211 con relación a los arts. 249 y ss. del TCE). Mangas y Liñán agregan que a la Comisión le corresponde impulsar “la acción normativa”; en Mangas Martín, Araceli, y Liñán Noguerras, Diego J. 2002. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid. Tecnos. 3ª ed., p. 131. Por su parte la intervención del Consejo en la función legislativa es también preponderante, a través de lo que la doctrina denomina “poder de decisión”, que consiste en la facultad que tiene para adoptar o crear normas (arts. 202, 249 y siguientes TCE). Sólo en ciertas materias comparte esta facultad con el Parlamento.

³⁸ De acuerdo al art. 13 apartados 1 y 2 del Tratado UE (antiguo artículo J.3), al Consejo Europeo le corresponde definir “los principios y las orientaciones generales de la política exterior y de seguridad

organismo está por sobre los demás órganos e instituciones comunitarios. Ello porque sobre él no existe ningún tipo de control, ni político ni jurídico. De hecho la única obligación que pesa sobre el Consejo Europeo con respecto a otro órgano comunitario está contenida en el art. 4º inciso final del Tratado de la UE (antiguo art. D), que señala que “el Consejo Europeo presentará al Parlamento Europeo un informe después de cada una de sus reuniones, así como un informe escrito anual relativo a los progresos realizados por la Unión”. Pero desde luego ello no es a efectos de fiscalizar sus actuaciones, sino que tiene un mero carácter informativo para los representantes del “pueblo de la Unión Europea”. Como se comprenderá, ello no se ajusta demasiado a la idea de frenos y contrapesos propia del principio de separación de poderes.

Pero, a su vez, la Comisión y el Consejo también ejercen funciones ejecutivas. Así, la Comisión se corresponde con lo que la estructura del Poder Ejecutivo se denomina Administración,³⁹ es decir, con aquella rama del Poder Ejecutivo encargada de la gestión y ejecución de las decisiones adoptadas por los órganos de dirección de éste.⁴⁰ Pero a su vez el Consejo también ejerce potestad ejecutiva en el sentido de ejecución. De hecho, del artículo 202 del TCE, el Consejo es el encargado de ejecutar “las normas generales y de base”,⁴¹ aunque con el deber de atribuir esta facultad a la Comisión, sin perjuicio de aquellos casos en que decida reservarse la ejecución de determinadas normas. Junto con ello coordina “las políticas económicas generales de los Estados miembros” (art. 202 TCE), labor también de rasgos ejecutivos.

Si bien este extraño reparto competencial de funciones ejecutivas no resulta muy ortodoxo desde el punto de vista de la separación de poderes, al menos la Comisión y el Consejo ven controlado en cierto modo su accionar por el Parlamento. En otros términos, respecto de estas instituciones sí existen ciertos

común, incluidos los asuntos que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa”, y determinar “las estrategias comunes que la Unión deba aplicar en ámbitos en los que los Estados miembros tengan importantes intereses en común”. Asimismo, de acuerdo al art. 23 apartado 2, inciso final (antiguo artículo J.13) del Tratado de la Unión Europea, el Consejo Europeo es un verdadero árbitro al interior de la Unión.

³⁹ Cancela, p. 378.

⁴⁰ Para tal efecto, y como ocurre con la Administración de cualquier Estado, la Comisión puede también dictar normas, ya sea de carácter general, a través de reglamentos o directivas, como de carácter particular, llamadas decisiones (art. 249 del Tratado de la Comunidad Europea), en las materias en que el propio Tratado de la Comunidad Europea le atribuye poder de decisión propio (ej.: artículos 39.3, 274, 75.4, 76, 86.3, 88.2 del Tratado de la Comunidad Europea). Asimismo, como Administración controla el cumplimiento del Derecho Comunitario, tanto respecto de los estados miembros (artículos 211.1 y 10 del Tratado de la Comunidad Europea), como respecto de los particulares nacionales de éstos (artículos 284 del Tratado de la Comunidad Europea y 187 del Tratado Euratom).

⁴¹ Mangas y Liñán, p. 159.

mecanismos que pueden entenderse al servicio de los *checks and balances* propios del principio de separación de poderes. Así, en lo que toca a la primera, el Parlamento interviene en el nombramiento de la Comisión, ya que de acuerdo al artículo 214.2 TCE, debe aprobar la designación de la personalidad que los estados miembros propongan de común acuerdo como Presidente. También conforme a este mismo precepto, tanto el Presidente como el Colegio de Comisarios de la Comisión se deben someter al voto de aprobación del Parlamento. Esta facultad del Parlamento es requisito indispensable y paso previo al nombramiento definitivo por el Consejo.

Pero además, el Parlamento tiene la posibilidad de exigirle responsabilidad a la Comisión a través de la moción de censura (art. 201 Tratado de la Comunidad Europea), que en caso de prosperar debe dimitir en pleno. Si ésta “fuere aprobada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, que representen, a su vez, la mayoría de los miembros que componen el Parlamento Europeo, los miembros de la Comisión deberán renunciar colectivamente a sus cargos” (inciso 2º, art. 201 Tratado de la Comunidad Europea).⁴²

Por su parte el Consejo también está sujeto a un mecanismo de control por parte del Parlamento, aunque en palabras de Cancela Outeda esta fiscalización es “más débil y restringida, porque los parlamentarios europeos sólo formulan preguntas a la Presidencia del Consejo sobre cuestiones estrictamente comunitarias”.⁴³ En concreto, y de conformidad a los artículos 21 y 39.3 del Tratado de la Unión Europea, el Parlamento puede formular preguntas o formular recomendaciones al Consejo respecto de la Política Exterior y de Seguridad Común, y de la Cooperación Policial y Judicial en el ámbito penal, respectivamente.⁴⁴ Y al igual que lo que ocurre respecto de la Comisión, de acuerdo al artículo 232 del Tratado de la Comunidad Europea, el Parlamento puede recurrir al Tribunal de Justicia con el objeto de que declare que el Consejo ha violado el Tratado por omisión.

⁴² Cancela Outeda señala que se ha dicho que la moción de censura es un instrumento poco eficaz, porque ha fracasado en todos los casos en que se ha pretendido utilizar. Pero agrega con gran acierto que “conviene recordar que tampoco en los sistemas parlamentaristas internos suele triunfar”, pues hoy su objetivo principal ya no es hacer caer al Ejecutivo, sino más bien mostrar a la opinión pública que la fuerza política que la promueve es una alternativa de gobierno; Cancela, p. 407.

⁴³ *Ibid.* Folsom señala que el Parlamento puede formular preguntas escritas u orales al Consejo, “virtualmente sobre cualquier materia de la Unión, legislativa o de otro tipo”; Folsom, Ralph H., 1992. *European Community Law*. St. Paul (Minn.). West Publishing, p. 43.

⁴⁴ Cancela, p. 408. Gutiérrez Espada llama la atención respecto del hecho de que en los tratados constitutivos sólo se contemplaba la posibilidad de formular preguntas o interpelaciones a la Comisión, “pero muy pronto también el Consejo se manifestó dispuesto a contestar a ellas, y, asimismo, lo propio hicieron los Ministros de R.R.EE. de los Estados miembros en el marco de la cooperación política”; Gutiérrez Espada, Cesáreo. 1993. *El sistema institucional de la Unión Europea*. Madrid. Tecnos (2ª ed.), p. 119.

Así las cosas, no cabe duda que la separación de poderes al interior de la Unión Europea es, por decir lo menos, *sui generis*. La única excepción parece ser la función judicial, que sí responde a los parámetros clásicos de dicho principio. Ello porque radica en una sola institución de carácter eminentemente jurisdiccional, como es el Tribunal de Justicia (incluido el Tribunal de Primera Instancia) que actúa no sólo con independencia, sino que además sus miembros gozan de inamovilidad.

h) Atendida la forma en que se somete el poder al Derecho. Como se sabe, una Constitución apunta, en último término, a conseguir la limitación del poder mediante su sometimiento al Derecho, que es lo propio del Imperio del Derecho o Estado de Derecho. Para el cumplimiento de este objetivo resulta indispensable contar con jueces, pues paragrafeando a Pereira Menaut, ellos son la clave del Imperio del Derecho.⁴⁵ En otros términos, sin jueces no hay forma de obtener un real sometimiento del poder al Derecho. Pues bien, el sistema institucional de la Unión Europea cuenta precisamente con esa clave, representada fundamentalmente por el Tribunal de Justicia, y en cierta medida por el Tribunal de Primera Instancia. A través de diversos procedimientos estos órganos, y en especial el Tribunal de Justicia, logran someter a Derecho a las demás instituciones de la Unión.⁴⁶ Como se sabe, este control de las actuaciones de los órganos comunitarios se logra a través de tres mecanismos: el recurso de anulación (arts. 230, 231 y 233 del Tratado de la Comunidad Europea); el recurso por omisión (arts. 232 y 233 del Tratado de la Comunidad Europea), y la excepción de ilegalidad (art. 241 del Tratado de la Comunidad Europea).⁴⁷

Pero a su vez el Tribunal de Justicia puede controlar la juridicidad de las actuaciones de los propios estados miembros, a través del recurso por incumplimiento, consagrado en los arts. 226 a 228 del TCE, lo que responde a una lógica muy similar a la de un sistema federal. Y es que en éste el rol de los jueces no sólo se reduce a someter a Derecho a los organismos de la federa-

⁴⁵ Pereira, *Teoría...*, p. 284.

⁴⁶ En palabras de Mangas y Liñán, ello supone “un control de legalidad en sentido estricto, en la medida en que permite la verificación de la conformidad de los actos comparables a los actos administrativos nacionales con las normas que les sirven de fundamento”. Pero a su vez implica “un control de constitucionalidad en la medida en que posibilita la revisión de la conformidad de los actos normativos de carácter general con los Tratados constitutivos”. *Op. cit.*, p. 448.

⁴⁷ Estos mecanismos se ven complementados con las cuestiones prejudiciales, contemplado en el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea, mecanismo destinado a velar por la aplicación uniforme de aquél. A través de las cuestiones prejudiciales “el juez nacional realiza, en colaboración con el juez comunitario, una función que se les atribuye en común y que tiene por objeto asegurar el respeto del derecho en la aplicación y la interpretación de los tratados”, Peláez Marón, José Manuel. 2000. *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*. Madrid. Ed. Tecnos, p. 102.

ción, sino que también a los estados miembros. Desde este punto de vista la situación del Tribunal de Justicia resulta especialmente interesante, pues como señalan Pereira Menaut y Robertson, sus funciones lo transforman en una especie de Tribunal Constitucional,⁴⁸ según se verá más adelante.

i) Desde el punto de vista de los derechos y libertades. El fin último de una Constitución es limitar el poder por medio del Derecho, a fin de garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas. Si bien en un comienzo las Comunidades Europeas apuntaban sólo a asegurar cuatro facultades más bien de tipo económico,⁴⁹ hoy en día la Unión Europea no se restringe sólo a ellas. Así, el artículo 6.2 señala expresamente que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

Pero además, durante el Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000, la Unión Europea aprobó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, documento que si bien no es jurídicamente obligatorio, ha sido adoptado por el Tribunal de Justicia como una guía para la redacción de sus sentencias. Pero esta falta de justiciabilidad de los derechos consagrados en esta carta no significa ausencia de protección de los derechos fundamentales. Ello porque, como señalan Mangas y Liñán, desde finales de la década de los sesenta del siglo veinte, el Tribunal de Justicia comenzó a brindar tutela a dichos derechos.⁵⁰ Ello sobre la base de que éstos forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario, así como de los principios constitucionales de los estados miembros y de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por aquellos mismos estados.⁵¹

j) Desde el punto de vista de la forma en que se organiza la comunidad política. Los orígenes de lo que hoy es la Unión Europea parecen enmarcarse más bien en el ámbito de las relaciones internacionales. De hecho las Comunidades Europeas son producto de tratados internacionales, cuyo fin original era la cooperación intergubernamental más que la creación de una nueva comuni-

⁴⁸ Pereira, *La Constitución...*, p. 20. Robertson señala expresamente que el Tribunal de Justicia cumple un rol de *constitutional court*; Robertson, A.H., 1973. *European institutions*. Londres y Nueva York. Stevens and Sons Limited/Matthew Bender, p. 189.

⁴⁹ Libre circulación de personas, libre circulación de capitales, libre circulación de bienes y libre circulación de servicios.

⁵⁰ Mangas y Liñán, p. 543.

⁵¹ *Ibid.*, p. 544.

dad política. Y es que si bien en el Congreso de Europa llevado a cabo en La Haya en mayo de 1948, surgieron voces que plantearon el objetivo de construir un modelo federal para Europa, lo cierto es que esta posición no prosperó. No obstante, desde 1952 hasta hoy las cosas han cambiado mucho, al punto que puede afirmarse que la Unión Europea no es un mero instrumento de cooperación intergubernamental y de relaciones internacionales. Más aún, los hechos demuestran que la Unión Europea se corresponde más bien con un modelo federal. Más específicamente con aquél que es producto de la unión de diversas comunidades políticas, en lo que se conoce como proceso federal.

Desde este punto de vista es interesante hacer notar que al federalismo se puede llegar por diversas fórmulas. La clásica será la adopción de un pacto federal, representado en una Constitución, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica. Pero como señala Cancela, también puede llegarse al federalismo a través de otros medios “de inspiración federal como la confederación, las ligas, las uniones...”.⁵² La diferencia fundamental “entre las diversas fórmulas es el recorte de poder que implican las comunidades políticas afectadas, la extensión material de la unión, es decir, los ámbitos o materias a los que afecta y la vocación de perdurabilidad de la unión”.⁵³ En cualquier caso, “la riqueza de las fórmulas federales empleadas hace difícil determinar en qué momento pasamos del ámbito internacional al interno, del internacionalismo al federalismo, de la cooperación a la unión”.⁵⁴ Y es que, en último término, la construcción de una unión federal es, como se dijo antes, un proceso, que desde luego ni siquiera acaba con la adopción formal de un pacto federal.

Esta idea de proceso está presente sin duda en la Unión Europea, la que “nace bajo la idea de la progresividad que ha animado al proceso de integración, de modo que el Tratado de Maastricht no es la meta misma de la integración sino ‘una nueva etapa en el proceso creador de una Unión’”.⁵⁵ Más aún, la sustancia de la que se nutre aquel Tratado “es federal –una suerte de ‘federalismo internacional’– y, por ende, política”.⁵⁶ Y precisamente esta idea de proceso no acabado, al que se ha llegado no por la vía clásica de adopción de un pacto federal formal, permite que en la Unión Europea subsistan rasgos propios de una “organización internacional basada en relaciones tradicionales de cooperación –por ejemplo, la Política Exterior y de Seguridad Común hasta el

⁵² Cancela, p. 45.

⁵³ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Mangas y Liñán, p. 64.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 65. La expresión “federalismo internacional”, usada por Mangas y Liñán, ratifica la idea de que la construcción de un modelo federal puede obtenerse por diversas vías, y no necesariamente a través de un pacto federal formal.

Tratado de Amsterdam—, una confederación —por ejemplo, la Política Exterior y de Seguridad Común ahora— o una federación —por ejemplo, materias comunitarizadas hace tiempo como la política agrícola— en la que no faltan su cláusula de supremacía, alto tribunal y cámara de los estados miembros”.⁵⁷

II. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

A) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

La creación de la primera de las Comunidades Europeas, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1952) no estuvo exenta de polémica en cuanto a la forma en que se controlaría el cumplimiento de las normas del Tratado que le dio origen. Así, algunos planteaban “la opción de dotar a la comunidad carbosiderúrgica de un mecanismo de solución arbitral que zanjase los posibles conflictos que pudiesen surgir”, en tanto que otros proponían “atribuir el control nada menos que a la Corte Internacional de Justicia”.⁵⁸ Pero finalmente se optó por crear un tribunal “al que tuvieran acceso además de Estados e instituciones, los particulares y las empresas...”.⁵⁹

En un comienzo los tres tratados constitutivos de las Comunidades europeas⁶⁰ contemplaban su propio Tribunal de Justicia (arts. 31, Tratado CECA; 146, Tratado CEE), los que se fusionaron por la Convención sobre instituciones comunes de 25 de marzo de 1957.⁶¹ Mangas y Liñán señalan que “la articulación del poder judicial comunitario ha permanecido relativamente invariable desde la creación de las Comunidades Europeas”.⁶²

El rol del Tribunal de Justicia en el desarrollo de la Unión Europea ha sido trascendente. Estimo que en gran medida ello se ha debido al hecho de que, como destaca el profesor Pereira Menaut, desde un punto de vista constitucional la construcción europea se ha hecho sobre la base del judicialismo más que del normativismo y del legalismo.⁶³ Folsom señala que ello se ha dado a pesar

⁵⁷ Pereira, *La Constitución...*, p. 22.

⁵⁸ Peláez, p. 99.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA, 1952), Comunidad Económica Europea (CEE, 1957) y Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM, 1957).

⁶¹ *Ibid.*, p. 94.

⁶² Mangas y Liñán, p. 203.

⁶³ Pereira: *La Constitución...*, p. 15.

de la tradición europeo continental, predominante en los países miembros de las Comunidades.⁶⁴

La estructura y competencias del Tribunal de Justicia están reguladas en el Tratado de la Comunidad Europea. Lo propio hace el texto del Tratado por el que se instituye una Constitución para la Unión Europea, cuyas normas sustituirán las del primero una vez culmine el proceso de ratificación de este último.

El Tribunal de Justicia se compone de un juez por cada estado miembro (artículos 221 TCE, I-29 Constitución UE), y cuenta con un Presidente, elegido por los propios jueces, por un período de tres años renovables (artículos 223 TCE, III-355 de la Constitución). El Tribunal cuenta también con un secretario, nombrado por aquél (artículo 223 TCE).⁶⁵ El Tribunal funciona en Salas, en Gran Sala o en Pleno, de acuerdo a lo que dispone al efecto su propio estatuto (artículos 221 TCE, III-353 de la Constitución). El Tratado CE contempla que el Tribunal se reúna “en sesión plenaria cuando lo solicite un Estado miembro o una institución de la Comunidad que sea parte en el proceso” (artículo 223 Tratado CE). Junto a los jueces, el Tratado CE y la Constitución contemplan también la existencia de ocho abogados generales, cuya función es presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia, requieran su intervención (artículos 222 TCE y I-29.2 con relación al III-354, ambos de la Constitución).

Tanto los jueces del Tribunal de Justicia como sus abogados generales son “elegidos entre personalidades que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia”. Ambos son “designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años”, renovándose parcialmente cada tres años (artículos 223 Tratado CE, y I-29.2 con relación al artículo III-355 de la Constitución). Los jueces y los abogados generales salientes pueden volver a ser designados (artículos 223 Tratado CE y I-29.2 de la Constitución).

⁶⁴ En opinión de Folsom la tradición jurídica europeo-continental con su énfasis en el razonamiento inductivo y no en el deductivo, tiende a hacer pensar que los jueces no crean Derecho, lo que a su juicio es ilógico, porque “cualquiera que haya leído un ‘Código’ sabe que éste invita, y a menudo exige, creación de Derecho por los jueces”. Por ello “el mito de que los jueces sólo pueden aplicar derecho, y no crearlo, cae por su propio peso en las mentes de muchos Europeos” (la traducción es mía); en Folsom, p. 56.

⁶⁵ En la Constitución de la UE no existe una norma semejante a ésta, aunque tácitamente sí se puede concluir que también cuenta con un Secretario, como se desprende del artículo III-400.

En el Tratado por el que se instituye una Constitución para la UE se contempla la creación de un órgano especial destinado a dictaminar sobre la idoneidad de los candidatos a juez o abogado general. Se trata de un comité, que actúa antes de la designación de éstos por los estados (artículo III-357). Este “comité estará compuesto por siete personalidades elegidas entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia Europeo y del Tribunal de Gran Instancia, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento Europeo. El Consejo de Ministros adoptará una decisión europea por la que establecerá las normas de funcionamiento del comité, así como una decisión europea por la que designará a sus miembros. El Consejo se pronunciará por iniciativa del Presidente del Tribunal de Justicia Europeo” (artículo III-357).⁶⁶

B) El control de constitucionalidad en la Unión Europea

1. *El Tribunal de Justicia como Tribunal Constitucional*

Como señalan Mangas y Liñán, el Tribunal de Justicia “encarna el poder judicial en las Comunidades Europeas, ya que el artículo 220 TCE le encomienda la función de ‘garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado’”.⁶⁷ Esta última función también le es encomendada expresamente por la Constitución de la Unión Europea en su artículo I-29.1. En complemento de ello, el Artículo IV-438.3 de la Constitución dispone también que “la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se mantiene como fuente de interpretación del Derecho de la Unión”. En opinión de Peláez, a través de su actividad el Tribunal de Justicia ha completado y desarrollado “un derecho que fue concebido y puesto en vigor deliberadamente incompleto”.⁶⁸ Es por ello que, a su juicio, “la función del Tribunal recuerda a la que antaño tuviera el pretor romano dado que, al igual que éste, al interpretar el derecho comunitario no sólo colma las lagunas de los tratados institutivos,

⁶⁶ Junto al Tribunal de Justicia existe un Tribunal de Primera Instancia, que forma parte de aquél, que conoce de determinadas materias, que no tienen carácter “constitucional”. En la Constitución de la Unión Europea se modifica la estructura del Tribunal de Justicia, el que queda compuesto por el Tribunal de Justicia Europeo, el Tribunal General y los tribunales especializados (artículo I-29.1). En otros términos, con la Constitución desaparece formalmente el Tribunal de Primera Instancia. Estos órganos no se estudian en este trabajo, por carecer de competencias “constitucionales”, salvo la que competirá en el futuro al Tribunal General para conocer del recurso de anulación, una vez entre en vigor el texto de la Constitución (art. III-358.1 Constitución UE).

⁶⁷ Mangas y Liñán, p. 203.

⁶⁸ Peláez, p. 100.

sino que procede al desarrollo progresivo del Derecho comunitario en su conjunto”.⁶⁹

Como si lo anterior fuese poco, Pereira Menaut y Robertson entienden que las funciones del Tribunal de Justicia lo transforman en una especie de Tribunal Constitucional.⁷⁰ En opinión del primero ello se relaciona con el hecho de que la Unión Europea ya tiene una Constitución, aunque no codificada, según se vio antes. Y como el Tribunal de Justicia debe velar por el respeto a los Tratados, que serían parte de esta Constitución no codificada, es fácil comprender la razón de la afirmación de Pereira.

Conforme al artículo 245 del Tratado de la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia cuenta con un Estatuto, fijado “en un Protocolo independiente”. El Estatuto puede ser modificado por la unanimidad del Consejo, “a petición del Tribunal de Justicia y previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, o a petición de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Tribunal de Justicia”, con la sola excepción de su título I. Por su parte el artículo III-381 de la Constitución señala igualmente que “el Estatuto del Tribunal de Justicia se establecerá en un protocolo”, y que sus preceptos pueden modificarse “mediante ley europea, que se adoptará a petición del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión, o a propuesta de la Comisión y previa consulta al Tribunal de Justicia”, excepto los “de su Título I y de su artículo 64”.

2. El control de constitucionalidad por el Tribunal de Justicia⁷¹

Como se vio recién, el Tribunal de Justicia es en la práctica un auténtico Tribunal Constitucional, que tutela la Constitución no codificada de la Unión Europea a través de diversos mecanismos. Mediante ellos el Tribunal controla la actuación tanto de los estados miembros como de las instituciones de la Unión. Estos procedimientos son: el recurso por incumplimiento; los sistemas

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Pereira. *La Constitución...*, p. 20. Robertson señala expresamente que el Tribunal de Justicia cumple un rol de *constitutional court*, *op. cit.*, p. 189.

⁷¹ En esta parte se analizarán las competencias del Tribunal de Justicia tal y como están consagradas en la actualidad en el Tratado de la Comunidad Europea, y en la forma que quedarán en el Tratado por el que se instituye una Constitución para la UE. Asimismo, se analizan exclusivamente las competencias del Tribunal de Justicia relacionadas con control de constitucionalidad. Por tanto no se estudiarán otras como las relativas a remoción del Defensor del Pueblo Europeo, remoción de los miembros de la Comisión, y las nuevas facultades que contempla el artículo III-373 de la Constitución respecto del Tribunal, para conocer de una serie de los litigios. Tampoco se analizará la posibilidad contemplada en el art. III-374 de la Constitución para que los estados miembros le otorguen competencia a través de cláusulas compromisorias.

de control de la legalidad comunitaria; la cuestión prejudicial, y el control por vía consultiva, que se pasan a analizar a continuación.

a) El recurso por incumplimiento. Este recurso es un mecanismo mediante el cual el Tribunal de Justicia controla el cumplimiento de las obligaciones comunitarias de los Estados miembros.⁷² Está regulado en los artículos 226 a 228 del Tratado de la Comunidad Europea. De acuerdo al primero de éstos, si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido alguna de las obligaciones del Tratado, “emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones”. Si el Estado infractor “no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia”.

Por su parte el artículo 227 del Tratado de la Comunidad Europea entrega legitimación activa a cualquier Estado miembro para que ocurra ante el Tribunal de Justicia, “si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado”. Pero para que aquello ocurra, el Estado reclamante deberá previamente “someter el asunto a la Comisión”. Ésta deberá emitir “un dictamen motivado, una vez que los Estados interesados hayan tenido la posibilidad de formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio”. No obstante, la Comisión deberá emitir este dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, y si no lo hiciere a tiempo, la falta de éste “no será obstáculo para poder recurrir al Tribunal de Justicia”.

Finalmente, el artículo 228 del Tratado de la Comunidad Europea regula los efectos del recurso que es acogido por el Tribunal, por considerar éste que efectivamente un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones comunitarias. En tal caso, “dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia” (apartado 1). En este sentido la Comisión efectúa un seguimiento de la actitud que adopte el Estado infractor, y si “estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia” (apartado 2). El Estado afectado deberá ajustarse al fallo en el plazo que le fije la Comisión, y si así no lo hiciere “ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia. La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva

⁷² Mangas y Liñán, p. 445.

que deba ser pagada por el Estado miembro afectado” (apartado 2). En este caso, “si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva” (apartado 2).

El recurso por incumplimiento ha sido recogido también por la Constitución de la Unión Europea en sus artículos III-360, III-361 y III-362, en similares términos a los actualmente en vigor, aunque con las salvedades que a continuación se señalan. La primera es que en este caso el objeto del incumplimiento es el texto de la Constitución (artículo III-360). Una segunda se refiere al hecho de que cuando el incumplimiento tiene relación con no haber informado sobre las medidas de incorporación de una ley marco europea, puede imponerse una multa por el Tribunal si así se le solicita (artículo III-362.3).

Pero de acuerdo al artículo III-122 de la Constitución, cuando con ocasión de velar porque los servicios de interés económico general actúen “con arreglo a principios y condiciones, económicos y financieros en particular, que les permitan cumplir su cometido”, se adopten medidas que falseen las condiciones de competencia en el mercado interior, “la Comisión examinará con el Estado interesado las condiciones con arreglo a las cuales dichas disposiciones podrán adaptarse a las normas establecidas en la Constitución” (artículo III-132). Y a pesar de la existencia del recurso por incumplimiento, “la Comisión o cualquier Estado miembro podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia si considera que otro Estado miembro abusa de las facultades previstas en los artículos III-131 y III-436. El Tribunal de Justicia resolverá a puerta cerrada” (artículo III-132). Estas mismas reglas se aplicarán cuando los estados miembros adopten medidas de restricción a la libre prestación de servicios que también supongan falseamiento en las condiciones de competencia del mercado interior (artículos III-132 y III-436).

Asimismo, puede también obviarse la interposición del recurso por incumplimiento en los casos de los artículos III-168. De acuerdo a este artículo, la Comisión o cualquier Estado miembro pueden recurrir directamente al Tribunal de Justicia, en contra del Estado que no cumple con una Decisión Europea que ordene la supresión o modificación de una ayuda otorgada por un Estado miembro por ser incompatible con el mercado interior.⁷³

⁷³ Según este artículo, la Unión Europea puede adoptar leyes o leyes marco europeas con el objeto de aproximar “las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior” (apartado 1). No obstante, los estados miembros pueden apartarse de dichas regulaciones en dos casos: cuando estimen necesario mantener disposiciones nacionales, justificadas por alguna de las razones impor-

b) Control de la legalidad comunitaria. El Tribunal de Justicia controla la jurisdicción de las actuaciones de los órganos comunitarios. En palabras de Mangas y Liñán, ello supone “un control de legalidad en sentido estricto, en la medida en que permite la verificación de la conformidad de los actos comparables a los actos administrativos nacionales con las normas que les sirven de fundamento”. Pero a su vez implica “un control de constitucionalidad en la medida en que posibilita la revisión de la conformidad de los actos normativos de carácter general con los Tratados constitutivos”. Esto último debido a que la jurisprudencia del Tribunal los ha elevado a la categoría de “una auténtica Constitución comunitaria”.⁷⁴ Este control se ejerce a través de tres mecanismos: el recurso de anulación; el recurso por omisión, y la excepción de ilegalidad.

b.1) *Recurso de anulación*. Conforme al artículo 230 del Tratado de la Comunidad Europea, corresponde al Tribunal de Justicia controlar “la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros” (inciso 1º). Para tal efecto el Tribunal tiene competencia para “pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder” (inciso 3º). Según este mismo precepto, tienen legitimación activa para interponer recursos de anulación:

- cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión (inciso 3º; estos legitimados pueden interponer recursos por incompetencia, reclamar de vicios sustanciales de forma, de la violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder);
- el Tribunal de Cuentas y el Banco Central Europeo (pero sólo para defender sus propias prerrogativas; inciso 4º);
- las personas físicas o jurídicas (están legitimadas para impugnar las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente; inciso 5º).

tantes contempladas en el artículo III-43 o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente, lo que deberá comunicar a la Comisión (apartado 4); cuando establezcan “nuevas disposiciones nacionales basadas en novedades científicas relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente y justificadas por un problema específico de dicho Estado miembro surgido con posterioridad a la adopción de la medida de armonización” (apartado 5).

⁷⁴ Mangas y Liñán, p. 448.

El recurso de anulación debe interponerse en el plazo de dos meses contados desde “la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo” (inciso 6º).⁷⁵ En cuanto a los efectos del recurso de anulación, el artículo 231 dispone que si el Tribunal de Justicia lo acoge, “declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado” (inciso 1º). Pero si el acto es impugnado es un reglamento y el Tribunal hizo lugar al recurso, “señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos” (inciso 2º).

En la Constitución Europea se recoge el recurso por anulación en sus artículos III-365 y III-366, sin efectuar prácticamente ninguna variación sustancial, salvo el hecho de que de acuerdo al artículo III-358.1 el conocimiento de este recurso se entrega al Tribunal General.

b.2) *Recurso por omisión*. Está regulado en el artículo 232 del Tratado de la Comunidad Europea. En este caso la infracción al Tratado no proviene de una acción positiva, sino que de una omisión o abstención por parte del Parlamento Europeo, del Consejo o de la Comisión, no obstante existir un deber de actuar por su parte. En tal caso el Tratado confiere legitimación activa para reclamar ante el Tribunal de Justicia:

- a los Estados miembros y a las demás instituciones de la Comunidad “con objeto de que declare dicha violación” (inciso 1º);
- a “toda persona física o jurídica, por no haberle dirigido una de las instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen” (inciso 3º);
- al Banco Central Europeo, para que el Tribunal se pronuncie sobre los recursos que aquél interponga “en los ámbitos de sus competencias iniciados contra el mismo” (inciso final).

No obstante, el Tratado contempla un requisito especial para la interposición de este recurso, a saber, que la institución en contra de quien se reclama haya sido requerida previamente para que actúe. “Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la institución no hubiere definido

⁷⁵ Si bien en la Constitución de la Unión Europea se mantiene este plazo, su artículo III-378 señala que “aunque haya expirado el plazo previsto en el sexto párrafo del artículo III-365, cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione una ley europea o un reglamento europeo del Consejo de Ministros, de la Comisión o del Banco Central Europeo podrá acudir al Tribunal de Justicia, alegando la inaplicabilidad de dicho acto por los motivos previstos en el segundo párrafo del artículo III-365”.

su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses” (inciso 2°).

Por último, el artículo 233 del Tratado de la Comunidad Europea establece una regla común para ambos recursos. Según este precepto “la institución o las instituciones⁷⁶ de las que emane el acto anulado, o cuya abstención haya sido declarada contraria al presente Tratado, estarán obligadas a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia”. Todo ello es sin perjuicio de la obligación de la Comunidad de reparar los daños causados como consecuencia de la acción u omisión constitutiva de la infracción, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2° del art. 288 del mismo Tratado.

El recurso por omisión ha sido también contemplado sin mayores cambios en la Constitución de la Unión Europea, en su artículo III-367, aunque en este caso conoce en primera instancia el Tribunal General, de acuerdo a lo que dispone el artículo III-358.1.

b.3) *La excepción de ilegalidad.* De acuerdo al artículo 241 del Tratado de la Comunidad Europea, a pesar de haber expirado el plazo de dos meses para interponer el recurso de anulación, “cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione un reglamento adoptado conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo o un reglamento del Consejo, de la Comisión o del BCE, podrá acudir al Tribunal de Justicia, alegando la inaplicabilidad de dicho reglamento por los motivos previstos en el segundo párrafo del artículo 230”.⁷⁷ En términos similares se contempla este mismo mecanismo en el artículo III-378 de la Constitución.⁷⁸

c) Las cuestiones prejudiciales: La interacción del juez nacional con el Tribunal de Justicia en el control de constitucionalidad. El Derecho Comunitario europeo está cimentado sobre la base de varios principios de enorme relevancia,

⁷⁶ Se incluye entre estas instituciones al Banco Central Europeo, por expresa disposición de este mismo artículo.

⁷⁷ Según Mangas y Liñán, se trata de un “procedimiento incidental”, cuya introducción en el Tratado “se explica por dos razones: la restringida legitimación activa de los particulares para interponer recursos de anulación contra los actos de alcance general, y el reducido plazo (dos meses previsto por el artículo 230 TCE para solicitar la anulación de un acto”; *op. cit.*, p. 460. En este mismo sentido Gutiérrez Espada sostiene que la excepción de ilegalidad “no constituye en rigor una figura procesal sustantiva sino un procedimiento incidental a hacer valer en un proceso (por lo común en un recurso de anulación)”; *op. cit.*, p. 155.

⁷⁸ Aunque haya expirado el plazo previsto en el apartado 6 del artículo III-365, cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione un acto de alcance general adoptado por una institución, órgano u organismo de la Unión podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, alegando la inaplicabilidad de dicho acto por los motivos previstos en el apartado 2 del artículo III-365.

cuya proclamación y desarrollo se ha debido precisamente al trabajo del Tribunal de Justicia. Entre éstos se cuentan los de prevalencia y directa aplicación del Derecho Comunitario.⁷⁹ Entre otras cosas ello se traduce en que el juez nacional debe no sólo aplicar el Derecho Comunitario, sino que además preferirlo por sobre el del país, en caso de oposición entre ambos. Así, “el juez nacional encargado de aplicar en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas dejando en caso de necesidad inaplicada, por propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación, incluso posterior, sin que deba pedir o esperar la eliminación previa de ésta por vía legislativa o por otro procedimiento constitucional”.⁸⁰

Pero como de lo anterior podría derivarse una aplicación e interpretación no uniforme del Derecho Comunitario, el Tratado de la Comunidad Europea contempla un procedimiento especial, destinado precisamente a velar por la aplicación uniforme de aquél. Se trata de lo que la doctrina denomina cuestiones prejudiciales, reguladas en el art. 234 del mencionado Tratado. Este precepto da competencia al Tribunal de Justicia “para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE;
- c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean”.

Según se desprende de esta norma, existen dos clases de cuestiones prejudiciales, una de carácter facultativa, y otra obligatoria. La primera es aquella que surge en el transcurso de un juicio seguido ante un tribunal nacional, cuyas resoluciones pueden ser recurridas ante un órgano jurisdiccional superior. En este caso, el tribunal ante el que se sigue el pleito “podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo” (inciso 2º). La segunda corresponde a la que nace en el transcurso de un litigio ante un tribunal nacional cuyas resolucio-

⁷⁹ Estos principios han sido consagrados en diversas sentencias del Tribunal de Justicia. A modo meramente ejemplar pueden citarse las siguientes: caso Costa/Enel, sentencia de 15 de julio de 1964; caso Simmenthal, sentencia de 9 de marzo de 1978; caso Van Gend Loos, sentencia de 5 de febrero de 1963; caso Leonesio, sentencia de 17 de mayo de 1972; caso Becker, sentencia de 19 de enero de 1982; caso Marshall, sentencia de 26 de febrero de 1986; caso Fratelli Costanzo, de 22 de junio de 1989.

⁸⁰ Caso Simmenthal, sentencia de 9 de marzo de 1978.

nes no son susceptibles de recurso. En este caso “dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

No obstante, es interesante considerar que quien califica la necesidad de consultar al Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional nacional. Por ello las cuestiones prejudiciales obligatorias pueden más bien no serlo, pues bastará que el órgano jurisdiccional estime que no hay duda interpretativa para que no se eleve la cuestión al Tribunal de Justicia. Ello da origen a lo que Stith denomina “doctrina del acto claro”, que implica que cuando a los tribunales nacionales les parece que una determinada interpretación es obvia, “no precisan pedir una interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.⁸¹

Por otra parte, debe tenerse presente que las cuestiones prejudiciales sólo “pueden ser planteadas por los órganos jurisdiccionales, ya que el mecanismo prejudicial es un sistema de cooperación entre el juez nacional y el TJCE”.⁸² En tal sentido las partes del juicio sólo pueden “sugerir al juez la necesidad de la remisión prejudicial, pero carecen de derecho alguno para exigirle a éste que la formule”.⁸³

Como se comprenderá, la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia en una cuestión prejudicial vincula al Tribunal nacional que efectuó la consulta “con autoridad de cosa juzgada”.⁸⁴ La doctrina concluye también que “la interpretación sentada por el TJ obliga tanto a la jurisdicción interna que solicitó la cuestión prejudicial como a cualquier otra jurisdicción del Estado respecto del mismo asunto; de tal modo que los órganos jurisdiccionales del Estado podrán utilizarla a su vez sin necesidad de plantear de nuevo una cuestión prejudicial”.⁸⁵ Pero además “la sentencia prejudicial de interpretación despliega un efecto general, en el sentido de que la interpretación que realiza de la norma comunitaria vincula a los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros que deban aplicarla en cualquier tipo de litigios”.⁸⁶

En resumen, a través de las cuestiones prejudiciales “el juez nacional realiza, en colaboración con el juez comunitario, una función que se les atribuye en

⁸¹ Stith, Richard: “El problema del alto tribunal no razonable: una visión norteamericana de la jurisdicción de la Unión Europea”, en Stith, Richard, y Weiler Joseph H.H.: *Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2000, pp. 35-36.

⁸² Mangas y Liñán, p. 466.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 471.

⁸⁵ Gutiérrez, p. 168.

⁸⁶ Mangas y Liñán, p. 471.

común y que tiene por objeto asegurar el respeto del derecho en la aplicación y la interpretación de los tratados”.⁸⁷

En la Constitución de la Unión Europea también se contempla esta competencia para el Tribunal de Justicia en sus artículos I-29.3b y III-358.3, en tanto que su artículo III-369 regula expresamente las materias respecto de las cuales ésta puede ejercerse, a saber, “a) sobre la interpretación de la Constitución; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”. En términos generales la regulación de las cuestiones prejudiciales en la Constitución es prácticamente similar al actualmente vigente, puesto que se mantienen las de carácter facultativo y las que resultan obligatorias (artículo III-369).⁸⁸ El artículo III-358 atribuye competencia al Tribunal General para conocer de las cuestiones prejudiciales, ello de acuerdo al nuevo organigrama de este organismo.

Según ese mismo precepto si “cuando el Tribunal General considere que el asunto requiere una resolución de principio que pueda afectar a la unidad o a la coherencia del Derecho de la Unión, podrá remitir el asunto ante el Tribunal de Justicia Europeo para que éste resuelva”. Asimismo, esta norma contempla la posibilidad de que las resoluciones dictadas por el Tribunal General sobre cuestiones prejudiciales puedan “ser reexaminadas con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia Europeo, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto, en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión”.

d) Control de constitucionalidad por vía consultiva. Se trata de una competencia entregada al Tribunal con el preciso objeto de verificar la compatibilidad entre cualquier acuerdo celebrado con terceros y los preceptos del Tratado de la Comunidad Europea. Mangas y Liñán señalan que la competencia consultiva persigue verificar “la compatibilidad material del acuerdo con las disposiciones del Tratado, la regularidad formal en cuanto al procedimiento de celebración del acuerdo y la existencia de la competencia comunitaria para celebrar dicho acuerdo”.⁸⁹

Esta competencia está regulada en el artículo 300 apartado 6 del referido Tratado, el que entrega legitimación activa para solicitar el dictamen al Parla-

⁸⁷ Peláez, p. 102.

⁸⁸ La única diferencia está en el inciso final del artículo III-370 que señala que “cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia se pronunciará con la máxima brevedad”.

⁸⁹ Mangas y Liñán, pp. 473-474.

mento Europeo, al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros. Cabe hacer presente que el dictamen que emita el Tribunal en virtud de esta competencia tiene carácter vinculante. Es por ello que la parte final de este precepto señala expresamente que “cuando el dictamen del Tribunal de Justicia sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea”.⁹⁰

La competencia consultiva está contemplada también por la Constitución de la Unión Europea en su artículo III-325.11, en términos prácticamente iguales a los del Tratado de la Comunidad Europea, con el objeto de que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre “la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones de la Constitución”.

Asimismo, de acuerdo al artículo III-325.11 de la Constitución, “cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones de la Constitución. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo en caso de modificación de éste o de revisión de la Constitución. Por su parte el artículo III-371 de la Constitución dispone que el Tribunal de Justicia tiene competencia para pronunciarse respecto de las disposiciones procedimentales contenidas en el artículo I-59 del Tratado Constitucional, a propósito de la suspensión de los derechos de pertenencia a la Unión.

A su vez en el número 7 del “Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, se atribuye competencia al Tribunal de Justicia “para conocer de los recursos por incumplimiento del principio de subsidiariedad por parte de un acto legislativo, interpuestos de acuerdo con los procedimientos previstos en el artículo III-365 de la Constitución por los Estados miembros, o transmitidos por éstos de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su parlamento nacional o de una cámara del mismo”.

⁹⁰ El artículo 48 del Tratado de la Unión Europea señala: “El Gobierno de cualquier Estado miembro, o la Comisión, podrá presentar al Consejo proyectos de revisión de los Tratados sobre los que se funda la Unión.

Si el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión, emite un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ésta será convocada por el presidente del Consejo, con el fin de que se aprueben de común acuerdo las modificaciones que deban introducirse en dichos Tratados. En el caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario, se consultará también al Consejo del Banco Central Europeo.

Las enmiendas entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”.

III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL PLURALISMO INTERPRETATIVO

Más allá de los formalismos y de los calificativos que puedan dársele al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, lo cierto es que éste ha actuado en la práctica como un auténtico tribunal constitucional, o, si se quiere, como un tribunal supremo, al estilo de la Corte Suprema de los Estados Unidos. De hecho, principios ahora indiscutidos como los de supremacía y directa aplicabilidad del Derecho comunitario, tienen su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Y al igual que en el archiconocido *Marbury v. Madison*, son producto de la interpretación jurisprudencial y no de la literalidad de las normas.

Por otra parte, el modelo de control de constitucionalidad de la Unión Europea se estructura no sólo sobre la base de la actuación del Tribunal de Justicia, sino que también de los órganos jurisdiccionales nacionales, que tienen el deber de aplicar el Derecho comunitario. Para el adecuado cumplimiento de esta función se contempla la ya analizada “cuestión prejudicial”, que permite al juez nacional plantear sus dudas al Tribunal de Justicia.

Pero además, el modelo de control de constitucionalidad de la Unión Europea presenta las cualidades propias de un sistema federal, y por ende, como señala Stith, “no hay un monopolio de la interpretación del Derecho”. Ello porque, en último término, “los sistemas jurídicos nacionales están fuera del dominio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las interpretaciones que dan al Derecho puramente interno”.⁹¹ En tal sentido, la sentencia *Solange I* (BverfGE 271, 1974) y la “sentencia de Maastricht” (89 BverfGE 155, 1993) del Tribunal Constitucional alemán, apuntan en tal sentido.⁹²

La primera reivindica la competencia del Tribunal para proteger los derechos fundamentales de los alemanes, lo que incluía la posibilidad de revisar la conformidad de un Reglamento de la Comunidad Europea con la Constitución alemana. Por su parte en la sentencia de Maastricht el Tribunal Constitucional alemán sostuvo que el Derecho de la Unión Europea debe ajustarse a la Constitución alemana, y por ello el Tribunal es competente para controlar que esto sea efectivamente así.

⁹¹ Stith, p. 33.

⁹² Extractos y comentarios de ambas sentencias pueden consultarse en Stith, *op. cit.*, pp. 34-35; Pereira Menaut, Antonio Carlos: *Sistema político y constitucional de Alemania. Una Introducción*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, 2003, pp. 123-124; Kommers, Donald P.: *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, 2nd ed., pp. 107-114.

Este pluralismo interpretativo se facilita también por el hecho de que si bien las cuestiones prejudiciales son un mecanismo destinado a uniformar la interpretación, su activación depende en último término de los órganos jurisdiccionales nacionales. Ello significa que cuando a los tribunales nacionales les parece clara una determinada interpretación, no tendrán razón alguna para acudir al Tribunal de Justicia.

Desde el punto de vista de la teoría constitucional clásica, un pluralismo interpretativo como el de la Unión Europea parece ser mejor que un monopolio en estas materias. Ello es más acorde a la idea misma de Constitución, que entre otras cosas implica que nadie puede erigirse en la fuente última de la juridicidad y de la producción jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Barnett, Hilarie. 2002. *Constitutional and Administrative Law*. London. Cavendish Publishing (4th ed.).
- Bryce, James. 1988. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Cancela Outeda, Celso. 2001. *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*. Santiago de Compostela. Universidad de Santiago de Compostela.
- Favoreau, Louis. “Ponencia francesa”, en Favoreau, Louis, y Rubio Llorente, Francisco. 1991. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid. Civitas.
- Ferreira da Cunha, Paulo. 2003. “Constituição europeia?”. *Jornal de Notícias*, Porto. 12 de junio.
- Folsom, Ralph H. 1992. *European Community Law* St. Paul (Minn.) West Publishing.
- García de Enterría, Eduardo. 1981. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Civitas.
- Gutiérrez Espada, Cesáreo. 1993. *El sistema institucional de la Unión Europea*. Madrid. Tecnos (2^a ed.).
- Kommers, Donald P. 1997. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press. 2nd ed.
- Loewenstein, Karl. 1976. *Teoría de la Constitución*. Barcelona. Ariel (2^a ed.).
- Mangas Martín, Araceli, y Liñán Nogueras, Diego J. 2002. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid. Tecnos. 3^a ed.

- Peláez Marón, José Manuel. 2000. *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*. Madrid. Tecnos.
- Pereira Menaut, Antonio Carlos. 1996. *Temas de Derecho Constitucional Español. Una visión problemática*. Santiago de Compostela. Follas Novas.
- Pereira Menaut, Antonio Carlos. 1998. *Teoría Constitucional*. Conosur. Santiago.
- Pereira Menaut, Antonio Carlos; Bronfman, Alan; Cancela Outeda, Celso, y Hakansson, Carlos. 2000. *La Constitución Europea*. Santiago de Compostela. Universidad de Santiago de Compostela.
- Pereira Menaut, Antonio Carlos. 2003. *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*. Santiago de Compostela. Tórculo Ediciones.
- Robertson, A. H. 1973. *European institutions*. Londres y Nueva York. Stevens and Sons Limited/Matthew Bender.
- Stith, Richard. "El problema del alto tribunal no razonable: una visión norteamericana de la jurisdicción de la Unión Europea", en Stith, Richard, y Weiler, Joseph H.H., 2000. *Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2000.
- Wheare, K.C. 1975. *Las constituciones modernas*, Barcelona, Labor (2ª ed.).