

LA «PRIMAUTÉ» DEL DERECHO EUROPEO SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL: UN PUNTO DE VISTA COMPARADO*

Tania Groppi**

Traducción del italiano de Juan Francisco Sánchez Barrilao

SUMARIO

- 1.- «Primauté», contralímites y Tratado Constitucional.
- 2.- Los desafíos nacionales a la «primauté» comunitaria: una tentativa de clasificación.
- 3.- «Primauté» moderada y diálogo entre jurisdicciones.

1. «PRIMAUTÉ», CONTRALÍMITES Y TRATADO CONSTITUCIONAL

La «primauté» del Derecho europeo sobre el Derecho nacional constituye una de las claves para comprender las relaciones entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y el de la Unión Europea. Ello vale tanto para la «primauté constitucional», o prevalencia del Derecho de la UE sobre las Constituciones nacionales, como para la «primauté» ordinaria sobre el Derecho de rango legislativo de los Estados miembros, la cual, aunque diversamente fundada, no se encuentra en discusión en ninguno de los veinticinco países de la Unión.

* Este texto es una reelaboración de la conferencia que presenté en la Universidad de Granada el 13 de junio de 2005, en el marco del Seminario Permanente de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo (prof. Francisco Balaguer Callejón), siendo asimismo deudor de un anterior trabajo escrito junto Alfonso CELOTTO, y que bajo el título «Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. Controlimiti», fuera publicado en Riv.it.dir.pubbl.com, 2004, pp. 1309 y ss.

** Catedrática de Derecho Constitucional. Università di Siena.

Muy al contrario, y con relación a la «primauté» constitucional, cuarenta años después de su introducción por vía jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia, el examen de los ordenamientos nacionales muestra cómo no se ha alcanzado un punto de equilibrio satisfactorio al respecto, manteniéndose una profunda distancia entre los Jueces de Luxemburgo y las jurisdicciones constitucionales nacionales.

Es sabido que el Tribunal de Justicia, desde la Sentencia Costa/ENEL, de 15 de julio de 1964¹, ha precisado que la «primauté» del Derecho comunitario encuentra confirmación en el art. 189 TCE (ahora 249), advirtiendo al tiempo cómo esta disposición, que “no es acompañada de ninguna reserva”, estaría privada de sentido si un Estado pudiera anular unilateralmente sus efectos con una medida nacional que prevaleciera sobre los textos comunitarios; y, por lo tanto, precisando que “el Derecho nacido del Tratado no podría, en razón misma de su específica naturaleza, encontrar un límite en cualquier medida interna sin perder su propio carácter comunitario y sin que resultara removido el fundamento jurídico de la misma Comunidad”. Ya de tal decisión resulta claro que ningún tipo de acto nacional, ni siquiera de rango constitucional (el «qualsiasi» del texto italiano es todavía más eficaz en su versión francesa, donde se indica que «le droit communautaire [...] ne pourrait [...] se voir judiciairement opposer un texte interne “quel qu’il soit”») puede resistir al Derecho comunitario.

Se explicitará luego en la Sentencia Internationale Handelsgesellschaft², donde se observa que la invocación “de los derechos fundamentales, en tanto que enunciados en la Constitución de un Estado miembro, como de los principios constitucionales nacionales, no puede reducir la validez de un acto comunitario, ni su validez en el territorio del Estado”. Una aplicación de ésta idea se encuentra mucho más recientemente en la Sentencia Tanja Kreil³, según la cual la Directiva 76/207/CEE (relativa a la realización del principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres con relación al acceso al trabajo, la formación y la promoción profesional, y las condiciones de trabajo) impide la aplicación de disposiciones nacionales, al estilo del artículo 12 de la Constitución alemana, que en general excluyan a las mujeres de los empleos militares que comporten el empleo de armas, y autorizando su acceso sólo a los servicios de salud y a las formaciones de música militar⁴.

¹ Causa 6/64.

² Sentencia de 17 diciembre de 1970, causa 11/70, en especial § 3.

³ Sentencia de 11 de enero de 2000, causa C-285/98.

⁴ Entre los más recientes exámenes sobre el principio de primacía, vid. J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados

Recientemente el Tribunal de Luxemburgo ha mostrado, en un segundo momento (Sentencia Omega, de 14 de octubre de 2004)⁵, desinterés en las soluciones constitucionales nacionales: ha afirmado que el objetivo de proteger la dignidad humana, buscado por la medida administrativa con que un alcalde alemán había prohibido el empleo de juegos considerados contrarios a tal valor, es compatible con el ordenamiento comunitario, el cual contempla en su interior el principio de la dignidad humana, sin que tenga relieve el hecho de “que, en Alemania, el principio del respeto al principio de la dignidad humana se beneficie de un estatus particular en cuanto derecho fundamental autónomo”.

Que el Tribunal de Justicia no reserve un trato especial al Derecho constitucional nacional y a sus intérpretes, los jueces constitucionales, se encuentra también atestiguado en la célebre Sentencia Köbler, de 30 de septiembre de 2003⁶, en la que se afirma que “el principio según el cual los Estados miembros son obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les son imputables, se aplica también cuando la violación deriva del contenido de una decisión de un órgano jurisdiccional nacional de último grado” (lo que comprende, debemos añadir, los Tribunales Constitucionales nacionales).

Ante esta orientación «absolutista» del Tribunal Europeo, son conocidas las resistencias a la «primauté» constitucional mostradas por algunos Tribunales Constitucionales nacionales (a partir, históricamente, del italiano y el alemán, para llegar, recientemente, al Tribunal polaco), los cuales han desarrollado la doctrina de los así llamados «contralímites», o límites a la cesión de competencias, o limitaciones de soberanía, realizadas en favor de la Unión Europea. Luego, ha sido cada vez más frecuente la introducción de tal tipo de límites en las así llamadas «cláusulas europeas», que han sido añadidas en las Constituciones en sus reformas para permitir la adhesión a la Unión Europea, y encontrando por tanto formulación normativa explícita en la norma fundamental.

miembros: Apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución Europea”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 2, 2004, pp. 127 y ss. (asimismo, en <http://www.ugr.es/~redce/ReDCEportada.htm>). Más en general, sobre las relaciones entre Derecho europeo y Derecho constitucional nacional, vid. AA.VV., Constitución europea y Constituciones nacionales, a cargo de M. CARTABIA, B. De WITTE y P. PÉREZ TREMPES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁵ Sentencia de 14 de octubre de 2004, causa C-36/02.

⁶ Sentencia de 30 de septiembre de 2003, causa C-224/01; entre las violaciones del Derecho comunitario imputables a las jurisdicciones de última instancia se comprende asimismo la negativa a elevar la cuestión prejudicial en los términos del art. 234 TCE.

En este complejo escenario, el Tratado constitucional, firmado el 29 de octubre de 2004, ha codificado en el artículo I-6 la «primauté», la cual, hasta tal fecha, únicamente era parte del «acervo» jurisprudencial. Tal codificación ha sido realizada de forma «incondicionada» (“La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”), de modo que el Tratado y el Derecho europeo derivado prevalecen sobre el Derecho nacional sin especificación o limitación alguna (salvo la no ciertamente secundaria, aunque escasamente relevante para el discurso aquí desarrollado, del respeto de la esfera competencial), clarificando así que la «primauté» vale en conflictos tanto de Derecho nacional de rango primario, como constitucional. Se muestra de este modo imposible, en el momento de la ratificación del nuevo Tratado, ignorar su alcance, y la dimensión de la cesión de soberanía que supone, al contrario de lo ocurrido en el pasado, cuando los singulares ordenamientos podían atrincherarse tras el carácter gradual y predominantemente jurisprudencial de la construcción comunitaria⁷. Los límites dispuestos por varios ordenamientos a la «primauté» del Derecho europeo se vuelven hoy igualmente límites a la ratificación del Tratado Constitucional que tal «primauté» afirma expresamente; tanto es así que sobre la compatibilidad de las Constituciones nacionales con el principio de «primauté» han tenido que pronunciarse, como control preventivo de constitucionalidad del Tratado, tanto el «Conseil constitutionnel» francés⁸, como el Tribunal constitucional español⁹.

Pero no es suficiente. Si no nos quedamos sólo con el artículo I-6, y lo leemos conjuntamente con otras disposiciones¹⁰, en primer lugar junto al artículo I-5 según el cual “La Unión respetará la igualdad de los Estados

⁷ Aunque ello es cierto sobre todo para los Estados fundadores, como precisa B. De WITTE (“Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order”, en P. CRAIG y J. De BURCA -coord.-, *The evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 196 y ss.), para los otros Estados miembros, diferentes ahora de los fundadores, la «primauté» penetra con pleno título, a través del «acquis communautaire», por lo que al momento de su adhesión son, en todo caso, llamados a enfrentarse con ella. Esto ha sido particularmente evidente en el reciente caso de Polonia: la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2005, sobre la constitucionalidad del Tratado de adhesión, está predominantemente dedicada, como se verá más adelante, al tema de la «primauté».

⁸ Vid. la Decisión núm. 2004-505, de 19 de noviembre de 2004.

⁹ Vid. la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.

¹⁰ Entre ellas también las disposiciones «horizontales» de la Carta de los Derechos, hoy contenidas, con significativas modificaciones, en los arts. II-112 y II-113 del Tratado. Vid. al respecto M. CARTABIA, “Unità nella diversità”: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali, en www.giustamm.it.

miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos”, podemos apreciar que hoy la «primauté» deja de ser incondicionada, presentándose, como se ha dicho, «minimizada», «debilitada», «transformada» o «flexibilizada»¹¹. Sobre tal base, el Tribunal de Justicia estará obligado a considerar, en la valoración de la compatibilidad del Derecho de la Unión Europea con el Tratado, el respeto no sólo de las tradiciones constitucionales comunes (por largo tiempo reconocidas a nivel comunitario)¹², sino de las estructuras constitucionales fundamentales de los singulares Estados miembros, entre las que toman cuerpo los «contralímites»¹³. En otras palabras, el ordenamiento jurídico comunitario no puede quedar indiferente a las limitaciones nacionales de la «primauté» constitucional, las cuales, por contra, vienen ahora a formar parte del mismo ordenamiento europeo. Se admite, así, que una norma nacional pueda derogar a una norma comunitaria: los «contralímites» adquieren una legitimación propia, como forma dinámica de prevalencia del Derecho nacional con relación al caso en cuestión; la «primauté» asume contenidos nuevos y diferentes, y admite derogaciones a nivel nacional (como se deduce de la sistemática misma del art. I-5 del Tratado, precediendo al I-6).

Más allá de los problemas advertidos con ocasión de la ratificación del Tratado Constitucional, tras la negativa en los referendos francés y holandés de la primavera de 2005, los dos aspectos anteriores (codificación de la «primauté» y «europeización»¹⁴ de los «contralímites») reconducen al centro de las reflexiones sobre el constitucionalismo europeo el tema de los límites

¹¹ En la doctrina, vid. al respecto P. CRUZ VILLALÓN, “El papel de los Tribunales Constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión”, en *Un communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, 2003, pp. 271 y ss.; hablan de «primauté minimisée» H. LABAYLE Y J. y L. SAURON, “La Constitution française à l’épreuve del Constitution pour l’Europe”, en *Revue fr. droit adm.*, 2005, pp. 1 y ss.; de «flexibilización» de la supremacía del Derecho comunitario habla V. FERRERES COMELLA, “La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea”, en *AA.VV. Constitución española y Constitución europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 86 y ss.; y de «primacía invertida», M. CARTABIA, “Unità nella diversità”: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzione delle antinomie... cit, p. 10.

¹² Por todos, al respecto, vid. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

¹³ Lúcidamente sobre este elemento de novedad, A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie*, en www.forumcostituzionale.it.

¹⁴ Por usar la expresión de A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie*, op. cit.

(o «desafíos»)¹⁵ nacionales a la prevalencia del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho constitucional interno, lo cual mantiene hoy su actualidad independientemente de la suerte del Tratado Constitucional¹⁶: no sólo en razón a que la «primauté» sigue formando parte del «acquis communautaire»¹⁷, sino también porque a través de los «contralímites» se expresan, en los viejos y (sobre todo) en los nuevos Estados miembros, los impulsos profundos de las identidades nacionales¹⁸.

2. LOS DESAFÍOS NACIONALES A LA «PRIMAUTÈ» COMUNITARIA. UNA TENTATIVA DE CLASIFICACIÓN

Sobre la base de la observación del Derecho constitucional vivo de los Estados miembros, formado por las normas constitucionales escritas y por la jurisprudencia, parece posible delimitar (pues es difícil su esquematización, en especial al confrontar ordenamientos hartos diferentes) cuatro respuestas distintas al problema de la «primauté» del Derecho europeo, primario y derivado, con respecto a las Constituciones nacionales. Resulta, sin embargo, necesario tener en cuenta que en algunos países no existen pronunciamientos judiciales: lo que vale no sólo para muchos de los nuevos Estados miembros, sino también para algunos escandinavos. En otros ordenamientos además, como Bélgica¹⁹, los pronunciamientos existentes son sumamente contradictorios, y no permiten especificar una orientación unívoca.

2.1. Países que no admiten la «primauté» comunitaria

Un primer grupo está formado por aquellos países que parecen negar de raíz el predominio del Derecho europeo sobre la Constitución nacional. Se puede incluir aquí a Dinamarca, donde mientras la primacía «ordinaria»

¹⁵ Cfr. M. POIARES MADURO, "Contrapunctual Law", en N. WALKER (coord.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2003, p. 506.

¹⁶ Al respecto, se comparten plenamente las observaciones de A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie*, op. cit.

¹⁷ Vid. por otra parte la Declaración núm. 1, anexa al Tratado: "La Conferencia hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia".

¹⁸ Así, entre otros, M. CARTABIA, "Unità nella diversità": il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali, op. cit.

¹⁹ B. DE WITTE, "Do Not Mention the Word: Sovereignty in Two Europhile Countries: Belgium and the Netherlands", en N. WALKER (coord.), *Sovereignty in Transition* op. cit., p. 354.

es generalmente reconocida (incluso, por los escasos pronunciamientos jurisprudenciales)²⁰, cuando se trata del conflicto Derecho comunitario-Constitución danesa, la mayor parte de la doctrina reconoce la primacía de la Constitución, aunque consista en una hipótesis remota (dado el limitado catálogo de derechos contenidos en la Constitución danesa)²¹. En Dinamarca el control de constitucionalidad, aunque raramente ejercitado, es de tipo difuso, de modo que todos los jueces podrían, en teoría, juzgar la conformidad del Derecho de la Unión Europea con la Constitución. Asimismo, de tal parecer es el Tribunal Supremo, el cual, en Decisión de 6 de abril de 1998, ha apuntado que el art. 20 de la Constitución no permite a las autoridades comunitarias establecer reglas en contradicción con la Constitución danesa, incluidas sus disposiciones en materia de derechos y libertades²².

También en ausencia de pronunciamientos judiciales, los tres Estados bálticos parecerían igualmente insertarse en esta categoría: las análogas vicisitudes históricas que los han envuelto contribuyen a explicar la centralidad que la afirmación de soberanía e independencia revisten en sus correspondientes Constituciones, adoptadas en 1992²³. Cincuenta años de ocupación soviética han inducido a los constituyentes a introducir normas de molde «proteccionistas», dirigidas a enfatizar la soberanía de la nación, sin que a la vista de la adhesión a la Unión Europea tales afirmaciones hayan sido

²⁰ Alguna duda, no obstante, y advirtiendo que en 25 años de pertenencia a la Comunidad parecería no haberse verificado ningún caso de conflicto entre el Derecho comunitario y las leyes danesas sucesivas, avanza B. DE WITTE, "Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order", op. cit., p. 198.

²¹ Así T. DE BERRANGER, "Danemark", en J. RIDEAU (coor.), *Les Etats membres de l'UE. Adaptations, mutations, résistances*, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 133, además de H. RASMUSSEN, "Danemark", en J. C. MASCLEY Y D. MAUS, (coor.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, La Documentation française, Paris, 1993, p. 39.

²² Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 abril de 1998 (caso núm. I-361/1997), sobre el Tratado de Maastricht; sobre ésta, vid. KATROUGALOS, "Le problème du rapport entre droit communautaire et Constitution nationales", en *Rev. Eur. Droit Public*, 2000, pp. 1240 y ss., y H. KOCH, "The Danish Constitutional Order", en A. E. KELLERMAN et alli (coor.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, Asser Institut, The Hague, 2001, pp. 114 y ss. Según tal decisión "Article 20 does not permit an international organization to be entrusted with the promulgation of legal acts or the making of decisions which are contrary to provisions in the Constitution, including its rights and freedoms. Indeed, the authorities of the Realm themselves have no power to enact such measures".

²³ A. ALBI, "The Central and Eastern European Constitutional Amendment Process in light of the Post-Maastricht Conceptual Discourse: Estonia and Baltic States", en *European Public Law*, 2001, pp. 433 y ss.; C. TAUBE: *Constitutionalism in Estonia, Latvia and Lithuania: A Study in Comparative Constitutional Law*, Uppsala, 2001; y T. KERIKMÄE, "Estonian Constitutional Problems in Accession to the UE", en A. E. KELLERMAN et alli (coor.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level...* op. cit., pp. 291 y ss.

mitigadas por una reforma constitucional. Esto se refiere especialmente a Letonia y Lituania, pues Estonia ha aprobado una ley constitucional en la que se especifica expresamente la posibilidad de una relectura de la supremacía de la Constitución a la luz del Tratado de adhesión²⁴.

2.2. Países que, en principio, no admiten la «primauté» comunitaria, pero permiten superar el obstáculo con un procedimiento reforzado

Una segunda categoría, parecida en muchos aspectos a la anterior, es la formada por países que, como los precedentes, no admiten, en principio, la «primauté» constitucional, pero en los que existen mecanismos que permiten superar el obstáculo a través de un procedimiento reforzado, dando lugar a una «nacionalización» del Derecho europeo. Con ello, por tanto, se alcanza su objetivo, la aproximación y la unificación de los Derechos nacionales, pero siguiendo una vía indirecta que pasa a través de un pronunciamiento de sujetos políticos nacionales.

Se trata de países en los que, ante un conflicto entre Derecho europeo y Derecho constitucional nacional, es necesaria una reforma constitucional para permitir al Derecho europeo desarrollar su propia eficacia. La atención en estos países está predominantemente puesta sobre los procedimientos, antes que sobre los límites materiales: se permite en última instancia al Derecho europeo prevalecer, pero como consecuencia de una decisión política «ad hoc» autorizando tal prevalencia²⁵.

²⁴ El tenor de la ley constitucional es el siguiente: "On 14 September 2003 the people of Estonia adopted, on the basis of § 162 of the Constitution, the following Act on amendments to the Constitution of the Republic of Estonia: § 1. On the basis of the fundamental principles of the Constitution of the Republic of Estonia, Estonia may belong to the European Union. § 2. When Estonia belongs to the European Union, the Constitution of the Republic of Estonia shall be applied with due regard to the rights and duties arising from the Accession Treaty. § 3. The present Act may only be amended by referendum. § 4. The present Act enters into force three months from the date of proclamation". El resultado del referéndum, que ha alcanzado el voto favorable del 64% de los votantes, está en <http://www.vvk.ee/rh03/tulemus/enght.html>.

²⁵ Este concepto se encuentra expresado muy bien en la Sentencia de 11 de marzo de 2005, causa K 19/04 del Tribunal Constitucional polaco: en caso de encontrarse ante una antinomia entre Derecho europeo y Derecho constitucional nacional, no soluble en vía de interpretación, "such a collision may in no event be resolved by assuming the supremacy of a Community norm over a constitutional norm. Furthermore, it may not lead to the situation whereby a constitutional norm loses its binding force and is substituted by a Community norm, nor may it lead to an application of the constitutional norm restricted to areas beyond the scope of Community law regulation. In such an event the Nation as the sovereign, or a State authority organ authorised by the Constitution to represent the Nation, would need to decide on: amending the Constitution; or causing modifications within Community provisions; or, ultimately, on Poland's withdrawal from the European Union".

Dicha vía es utilizada sobre todo por los Tratados, el Derecho europeo originario, el cual, penetrando en el ordenamiento después de una reforma constitucional, es finalmente inmune al control de constitucionalidad. Ello ocurre en Francia, Eslovenia, Hungría, España y Polonia, países todos que prevén un control preventivo de constitucionalidad sobre los Tratados internacionales, incluidos los europeos²⁶.

Además de tales países debe ser mencionada Irlanda, donde la ratificación de los Tratados europeos se lleva mediante la vía de la reforma constitucional, como consecuencia de la interpretación dada por el Tribunal Supremo a la «Third Amendment of the Constitution Act», de 1972, donde se preveía expresamente la adhesión de Irlanda a la CECA, a la CEE, y al EURATOM, y se establecía que “las funciones ejecutivas del Estado para las relaciones internacionales son ejercidas, en conformidad con el art. 28 de la presente Constitución, por el Gobierno o bajo su autoridad”. Con ocasión de la ratificación del Acta Única Europea, el Tribunal Supremo, arrogado por un particular que había impugnado la compatibilidad del Acta con la Constitución, ha estimado que la Constitución, consintiendo la adhesión de Irlanda a la Comunidad, comporta también su participación en la evolución de ésta. Por tanto, según el Tribunal, la Constitución autorizaría al Estado a aceptar modificaciones en los Tratados, pero a condición de que “no modificaran el campo de acción principal ni los objetivos de las Comunidades”; la adhesión no debía ser interpretada “como posibilidad de conferir un poder ilimitado de ratificar, sin nueva reforma constitucional, cada reforma de los Tratados”²⁷. De tal pronunciamiento deriva el que las modificaciones más radicales de los Tratados, las aptas para cambiar el campo de acción o los objetivos de

²⁶ Sin embargo, el Tribunal Constitucional español, con la Declaración 1/2004 de 13 de diciembre de 2004, parecería reconocer la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre la Constitución, especificando al mismo tiempo «contralímites materiales», representados por las «estructuras constitucionales fundamentales y el sistema de valores y principios consagrados en la constitución», entre lo que se encuentran los derechos fundamentales. Según esta lectura, el ordenamiento español debería colocarse en la categoría tratada en el siguiente punto.

²⁷ *Crotty v. An Taoiseach (Primer Ministro)*, [1987] IR 173. En particular, se afirma en el punto 6 que «It is the opinion of the Court that the first sentence in Article 29, s. 4, sub-s. 3 of the Constitution must be construed as an authorisation given to the State not only to join the Communities as they stood in 1973, but also to join in amendments of the Treaties so long as such amendments do not alter the essential scope or objectives of the Communities. To hold that the first sentence of Article 29, s. 4, sub-s. 3 does not authorise any form of amendment to the Treaties after 1973 without a further amendment of the Constitution would be too narrow a construction; to construe it as an open-ended authority to agree, without further amendment of the Constitution, to any amendment of the Treaties would be too broad».

la Unión Europea, pueden entrar a formar parte del ordenamiento irlandés mediante un «Act» del Parlamento, sólo a condición de una reforma constitucional: con la consecuencia de que, a la luz del procedimiento previsto en el artículo 46 de la Constitución, hace falta, además del consentimiento de las dos Cámaras, un pronunciamiento popular en forma de referéndum²⁸. De este modo, el Juez constitucional irlandés ha individualizado un límite de tipo procedimental a la «primauté» de los Tratados comunitarios sobre la Constitución: en el sentido de que en caso de que cualquier determinación radical en el proceso de integración debe ser autorizada en la forma de una reforma constitucional. Una vez superado tal escollo y realizada la ratificación, los Tratados gozarán de la cláusula de inmunidad del artículo 29, párrafo 4º, número 10, de la Constitución, prevaleciendo sobre cualquier norma interna, incluso de rango constitucional²⁹.

También se pueden ubicar en tal categoría, siempre limitada al Derecho originario, los Países Bajos: el artículo 91, párrafo. 3, de la Constitución holandesa prevé un control de constitucionalidad sobre los nuevos Tratados, desarrollado por el Parlamento al momento de autorizar la ratificación. En caso de que se estime que el Tratado deroga la Constitución, éste sólo puede ser aprobado con una mayoría superior a dos tercios (o bien, la misma mayoría prevista en el art. 137 para la reforma constitucional). Una vez que el Tratado entre en vigor, será inmune a cualquier control de constitucionalidad; en efecto, el artículo 120 de la Constitución afirma expresamente que la constitucionalidad de los actos del Parlamento y los Tratados no pueden ser juzgados por los Tribunales, haciendo de Holanda el único país europeo donde el control de constitucionalidad está expresamente prohibido por la Constitución³⁰.

En algunos ordenamientos se afronta del mismo modo, también, el problema del Derecho derivado, el cual puede ser sometido al control de constitucionalidad, pero cuya eventual inconstitucionalidad puede ser superada mediante una reforma constitucional. Éste es el caso de Francia: si de un lado el «Conseil» niega poder juzgar la constitucionalidad (en vía indirecta

²⁸ Sobre este aspecto de la experiencia irlandesa, vid. E. LEPKA y S. TEREBUS, "Les ratifications nationales, manifestations d'un projet politique européen?", en *Rev. trim. droit eur.*, 2003, pp. 371 y ss.

²⁹ Así F. ASTENGO, "L'Irlande et l'integration européenne", en *Riv. int. droit comparé*, 1997, p. 665.

³⁰ Vid. al respecto, F. ROSA, "I paesi senza controllo di costituzionalità delle leggi", en M. OLIVETTI y T. GROPPI (coor.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 416 y ss.

ta, por la ley interna aplicativa) del Derecho comunitario derivado en ausencia de puntual contraste con una norma constitucional, a la par que afirma cómo la incompatibilidad del Derecho comunitario derivado con cualquier disposición de la Constitución determina la posibilidad para el legislador francés de no cumplir la obligación de realización del Derecho comunitario³¹. Naturalmente, permanece abierta, sobre el fondo, una posible solución característica del ordenamiento francés: la transposición de la directiva, en caso de contraste, mediante una reforma constitucional³². En tal posición se ha alineado recientemente el Tribunal Constitucional polaco, en un pronunciamiento sobre el mandato de detención europea. El Tribunal ha estimado inconstitucional la ley nacional que daba realización a la decisión marco, pero (utilizando una facultad de que dispone en base a la ley) ha aplazado en dieciocho meses los efectos de su Sentencia para permitir, por medio de la reforma constitucional, la superación del vicio de inconstitucionalidad³³.

Por el contrario, países que se colocan en esta categoría en cuanto al Derecho originario, como Irlanda y los Países Bajos, no pueden ser integrados con relación al Derecho derivado: en ambos ordenamientos, en efecto, existen normas constitucionales que afirman la primacía del Derecho europeo sobre la Constitución o, lo que es lo mismo, excluyen su enjuiciamiento³⁴.

2.3. Países que, en línea de principio, admiten la «primauté» comunitaria, pero ponen límites materiales (contralímites)

En esta categoría se colocan países que prevén límites materiales: éstos pueden estar contenidos en el texto constitucional, generalmente en la «cláu-

³¹ Vid. las Sentencias núm. 2004-496, de 10 de junio, y núm. 2004-497, de 1 de julio.

³² Como afirma expresamente el comentario sobre los Cahiers du Conseil const., en www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/jurisp496.htm.

³³ Así la Sentencia de 27 de abril de 2005, P1/05, en la que se afirma expresamente que "The basic function of the Constitutional Tribunal within the Polish constitutional system is to review the conformity of normative acts with the Constitution. The Tribunal is not relieved of this obligation where the allegation of non-conformity with the Constitution concerns the scope of a statute implementing European Union law".

³⁴ Así el art. 29, par. 4, núm. 10 de la Constitución irlandesa, según el cual "ninguna disposición de la presente Constitución anula las leyes aprobadas, los actos o las medidas adoptadas por el Estado en cumplimiento de las obligaciones de miembro de la UE o de las Comunidades, o bien impide que las leyes aprobadas, los actos o las medidas adoptadas por la UE, las Comunidades, sus instituciones, o los órganos competentes según los Tratados instituyentes de las Comunidades, y tengan fuerza de ley en el Estado". Mucho más indirecto es el caso de los Países Bajos, donde el que no pueda ser controlada la constitucionalidad del Derecho europeo deriva del referido art. 120 de la Constitución.

sula europea», como parámetro ofrecido a los Tribunales para juzgar el Derecho europeo (límites materiales «textuales»); o bien, pueden ser el resultado de una creación jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales, autoatribuyéndose un poder de control de la constitucionalidad del Derecho europeo (límites materiales «no textuales»). La característica común a la categoría es que corresponde a los jueces (constitucionales) controlar, en última instancia, la compatibilidad del Derecho europeo con estos límites de orden constitucional, sin que exista la posibilidad de superar sus decisiones mediante reforma constitucional. Se trata, en efecto, de países que reconocen la existencia de principios constitucionales supremos, sustraídos a la reforma constitucional; y, del mismo modo, los límites a la «primauté» están asimismo dirigidos a la garantía de un núcleo duro, irreformable, de la Constitución.

Se insertan aquí países como Suecia, Finlandia, Grecia y Portugal. En todos estos ordenamientos existen límites materiales explícitos en las Constituciones, e incluso, en ausencia de decisiones judiciales, la doctrina ha sustentado la existencia de un núcleo constitucional irreformable.

En otros Estados como Italia, Alemania y el Reino Unido la existencia de contralímites ha sido introducida (aunque no ha encontrado nunca concreta aplicación) mediante decisiones jurisprudenciales. Muy conocidos son los casos, ya «clásicos», de Italia y de Alemania, sobre los que no hace falta, por tanto, detenerse. Respecto a este último país sólo recordar que, después de las célebres Sentencias Solange I y II, y Maastricht, el Tribunal Constitucional, con la Sentencia de 7 de junio de 2000, sobre el caso «Bananas», ha afirmado ser, en principio, incompetente para decidir sobre la protección de los derechos fundamentales en los actos comunitarios, dada la jurisdicción del Tribunal Luxemburgo siempre activable a través del mecanismo prejudicial del artículo 234 TCE. Un control a nivel nacional, se precisa, que sólo podrá ser operado en casos de violaciones continuadas y sistemáticas de derechos, demostrando una insuperable inadecuación de las instancias comunitarias de tutela³⁵. Justamente esta decisión ha sido leída como un «tratado de paz» del Tribunal Constitucional alemán con el Tribunal de Luxemburgo³⁶, habiendo reconducido los contralímites a una

³⁵ Ampliamente, sobre esta decisión, I. PERNICE, "Les bananes et les droits fondamentaux: la Cour constitutionnelle allemande fait le point", en *Cahiers de droit européen*, 2001, pp. 427 y ss.; también F. PALERMO, "La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 1999-2000", en *Giur. Cost.*, 2001, pp. 3301 y ss.

³⁶ C. GREWE, "Le Ôtraité de paix' avec la Cour de Luxembourg: l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane", en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2001, pp. 1 y ss.

hipótesis extrema, residual, quizás sólo teórica, todavía más después de la aprobación de la Carta de Niza al formalizar la tutela comunitaria de los derechos³⁷.

Interesante es el caso del Reino Unido. El tema de los límites a la «primauté» del Derecho comunitario ha sido afrontado por los Tribunales en los últimos años, encontrando una solución que permite colocar este Estado, falto de Constitución escrita de molde continental, entre los ordenamientos que ponen diques de orden constitucional nacional a la prevalencia del Derecho comunitario.

La Sentencia «Thoburn» de la «High Court» de 2002, conocida como «Metric Martyrs»,³⁸ ha supuesto que los jueces se enfrente a la posibilidad, mediante leyes sucesivas, de abrogar tácitamente la «European Communities Act 1972». Lord Justice Laws, ponente de la decisión, ha creído que un correcto análisis de las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho nacional necesita cuatro precisiones: a) todos los derechos y obligaciones creados por el Derecho de la Unión Europea están incorporados a nivel supremo en el orden nacional a través de la «European Communities Act 1972» y, por consiguiente, todas las normas en contraste con tales derechos y obligaciones presentes en el Derecho británico deben ser consideradas abrogadas o modificadas, aun cuando se trate de normas primarias; b) el «Act» de 1972 es un texto de naturaleza constitucional, con lo que no puede ser abrogado tácitamente; c) esta conclusión no deriva del Derecho comunitario, sino del «common law», el cual reconoce la categoría de los textos de naturaleza constitucional; y d) el fundamento jurídico de las relaciones entre Reino Unido y la Unión Europea se encuentra a nivel nacional, y no comunitario.

La sentencia añade que, consiguientemente, en caso de que un acto comunitario fuese incompatible con un derecho fundamental o constitucional garantizado por el Derecho británico, haría falta preguntarse si el Acta de 1972 es idónea para introducirlo en el ordenamiento nacional y otorgarle la supremacía, aunque esta última afirmación quede en un nivel de mero «obiter dictum», en tanto que estimada como no necesaria para la solución del

³⁷ I. PERNICE, «Les bananes et les droits fondamentaux...», op. cit., p. 440.

³⁸ English High Court (Queen's Bench Divisional Court), [2002] 3 WLR, 247. Una síntesis en *Revue Trim. droit europ.*, 2003, 472 ss. Los efectos paradójicos de la decisión, consistente en no aplicar disposiciones de la UE contrarias a HRA, mientras casos análogos de contraste, aunque se trate de normas internas, son resueltas con la simple declaración de incompatibilidad, se han evidenciado por K. A. ARMSTRONG, «United Kingdom – Divided on Sovereignty», en N.WALKER (coor.), *Sovereignty in Transition...* op. cit., p. 341.

caso. Lord Laws concluye que estos cuatro elementos permiten conciliar la «primauté» del Derecho comunitario y la «primauté» del Parlamento británico: «las dos 'primauté' están en armonía, y no en contraposición».

Sucesivamente, esta formulación ha sido revalidada por el mismo Lord Laws en la Sentencia «McWhirter & Gouriet»³⁹, con la que la «Court of Appeal» ha rechazado una acción de inconstitucionalidad contra la Ley de ratificación del Tratado de Niza: en tal decisión se ha corroborado que, cuando una medida comunitaria, adoptada sobre la base del nuevo Tratado de Niza, resultara contraria a los principios fundamentales del orden constitucional británico, el principio de supremacía del Derecho comunitario podría no encontrar aplicación.

2.4. Países en los que la «primauté» constitucional es aceptada plenamente

El único País que puede ser insertado plenamente en esta categoría es Austria. Incluso, a falta de una explícita norma constitucional sobre la cuestión, la «primauté» del Derecho comunitario en Austria nunca ha sido puesta en tela de juicio. Ampliamente dominante es la posición que estima incondicional la apertura del ordenamiento legal austriaco al Derecho comunitario, relacionándolo directamente al Tratado de adhesión como parte del «acquis communautaire»: se estima que todo el Derecho comunitario, sin diferenciar entre primario y derivado, prevalece sobre el Derecho interno, sea de rango legislativo o constitucional⁴⁰; sólo una corriente minoritaria de la doctrina ha tratado de dilucidar (en vía hipotética) un «núcleo» resistente a la integración («integrationsfester Kern»)⁴¹.

Estas tentativas de la doctrina han sido completamente desautorizadas por el Tribunal Constitucional (VfGH), el cual ha tenido ocasión de precisar que tal primacía del Derecho comunitario puede incluso comportar derogaciones de normas nacionales de rango constitucional. En la Sentencia de 24 de febrero de 1999 (B 1625/98) se ha puesto de manifiesto el conflicto con el Derecho comunitario por la falta de previsión de remedios jurisdiccionales obstaculizando las decisiones de la «Telekom Control Kommission», dispo-

³⁹ Mc Whirter & Gourier v Secretary of State for Foreign Affaire [2003] EWCA Civ 384, sobre la cual vid. A. GUZZAROTTI, Principio di supremazia e costituzione inglese. I due casi "Martiri del sistema metrico" e "Mc Whirter & Gourier", en www.forumcostituzionale.it.

⁴⁰ Cfr. KOECK, "Report on Austria", en FIDE, XX Congresso, Droit communautaire et Constitutions nationales, London, 2002, p. 10; y T. OLINGHER, "Austria", en E. PALICI DI SUNI, F. CASSELLA y M. COMBA (coor.), Le costituzioni dei paesi dell'Unione europea, CEDAM, Padova, 2001, pp. 88 y s.

⁴¹ Como recuerda KOECK, "Report on Austria... op. cit.", nota 42.

niendo por tanto una interpretación adecuada del Derecho nacional, en el sentido de considerar posible el recurso jurisdiccional. En tal ocasión se ha precisado que, en acatamiento a la «primauté» del Derecho comunitario, tiene que ser desaplicado el artículo 133, número 4, de la Constitución austriaca, según el cual, se sustrae a la cognición del Tribunal de Justicia Administrativa las medidas adoptadas por órganos colegiales conforme a determinados requisitos, entre los que se incluye la «Telekom Control Kommission»⁴².

Por cuanto atañe al Derecho derivado, también pueden ser incluidos en esta categoría los Países Bajos e Irlanda, como ya se ha dicho. Irlanda representa un caso de particular interés ya que, aunque se trata del único país europeo en el que la «primauté» del Derecho europeo sobre la Constitución se afirma expresamente en la Constitución misma (sin previsión de cláusulas de limitación material), se han registrado, no obstante, los casos de mayor dificultad en las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y las normas constitucionales.

Aunque en la mayor parte de los casos los jueces irlandeses no han encontrado particulares dificultades en aceptar las nociones fundamentales del Derecho de la Unión Europea⁴³, la excepción ha sucedido con el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, expresamente prohibida por la Constitución mediante una enmienda constitucional, la octava, de 1983, que insertaba un tercer inciso en el artículo 40, párrafo 3, de la Constitución, según el cual “el Estado reconoce el derecho a la vida del concebido y, con el debido respeto al igual derecho a la vida de la madre, garantiza con sus leyes el respeto y, dentro de lo posible, la tutela y accionabilidad de tal derecho”.

El Tribunal Supremo (en la decisión S.P.U.C v. Grogan de 1989)⁴⁴ ha mostrado no querer renunciar a su poder exclusivo de interpretar la Cons-

⁴² Sobre esta decisión, cfr. G. PARODI, “La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 1999-2000, Giur. Cost., 2001, pp. 3065 y ss.

⁴³ Así G. HOGAN, “Rapport sur l’Irlande”, en FIDE, XX Congresso, Droit communautaire et Constitutions nationales... op. cit., 19, quien expresamente afirma: “Save for one isolated and inconclusive instance dealing with abortion, the Irish courts have unhesitatingly acknowledged the supremacy of Community law”.

⁴⁴ «S.P.U.C v. Grogan» [1989] IR 753. El Tribunal de Justicia, decidiendo en un momento subsiguiente sobre la misma cuestión, ha buscado de evitar el conflicto afirmando que la difusión de las informaciones en cuestión no pertenece al campo de operatividad del art. 59 del Tratado, dada la ausencia de cualquier unión económica entre los estudiantes que difundieron las informaciones y las clínicas de otro Estado miembro: CGCE, dec. de 4 de octubre de 1991, «S.P.U.C v. Grogan», en causa C-159/90. En la nueva decisión, siguiente a la del

titución, comprendido el artículo 29.4.10 (en la época, núm. 5), ni a la obligación que la Constitución le impone de proteger los derechos individuales garantizados. Éste ha reconocido contraria al artículo 40.3 la actividad de algunas asociaciones de estudiantes dirigida a difundir información sobre clínicas de otros Estados miembros que practican la interrupción voluntaria del embarazo, ignorando el argumento, aducido por los defensores de las asociaciones, del conflicto entre la norma constitucional irlandesa y el Derecho de la Unión Europea. El Tribunal ha afirmado su deber de hacer valer un derecho, el de la vida del concebido, garantizado por la Constitución nacional, sin tener que tomar en consideración la cuestión del conflicto entre la norma constitucional nacional y la norma comunitaria: "If and when a decision of the Court of Justice of the European Communities rules that certain aspect of European Community law affects the activities of the defendants impugned in this case, the consequence of that decision on these constitutionally guaranteed rights and their protection by the courts will then fall to be considered by these courts"⁴⁵.

En un caso ulterior, concerniente a la libertad de circulación a fin de realizar una interrupción de embarazo en el Reino Unido, el propio Tribunal ha preferido resolver la cuestión mediante la interpretación del artículo 40.3 sin hacer referencia al Derecho de la Unión Europea, al contrario de lo solicitado por el recurrente, que veía en la prohibición deducible de la Constitución irlandesa una violación del Derecho de la Unión Europea. El Tribunal ha afirmado no tener que dirigirse, en vía prejudicial, al Tribunal de Justicia, en cuanto "apart from the practical time scale difficulties of obtaining a ruling by way of preliminary ruling from the Court of Justice of the European Community, pursuant to Article 177 of the Treaty, in time for the due resolution of the problems arising in this case, it is consistent with the jurisprudence of the Court that there being a ground on which the case can be decided without reference to European law, but under Irish law only, that method should be employed"⁴⁶.

Por tanto, éste ha manifestado «preferir» la aplicación de la norma constitucional interna con respecto a la comunitaria, resquebrajando la misma «primauté» afirmada por la propia Constitución irlandesa, en nombre de

Tribunal de Justicia, el Tribunal Supremo afirma claramente estar vinculada por la decisión del Tribunal de Justicia, también en materias sensibles como la anterior: «S.P.U.C v. Grogan» [1998] IR 343.

⁴⁵ La High Court, en el precedente grado jurisdiccional, había elevado cuestión prejudicial, según el entonces art.177 TCE, al Tribunal de Justicia.

⁴⁶ Así «A.G. v. X.», dec. de 5 de marzo de 1992, [1992] 1 IR 1.

la prevalencia, en última instancia, de valores «nacionales». El problema, sin embargo, ha sido en parte superado por la reforma de la Constitución llevada a cabo en 1992, que ha supuesto la introducción de dos nuevas proposiciones en el artículo 40.3.3 dirigidas a conciliar la Constitución irlandesa con el Derecho de la Unión Europea⁴⁷, afirmándose ahora expresamente que “el presente párrafo no pone límites a la libertad de movimiento de un Estado a otro Estado” y que “el presente párrafo no pone límites a la libertad de conseguir o hacer disponibles en el Estado, en el respeto de las condiciones fijadas por la ley, las informaciones relativas a servicios lícitamente disponibles en otro Estado”. Una vez más, así, la reforma constitucional parece tener la última palabra.

3. «PRIMAUTÈ» MODERADA Y DIÁLOGO ENTRE JURISDICCIONES

El análisis comparado muestra que en la mayor parte de los Estados miembros la «primauté» constitucional no es aceptada: frente a un principio que, a nivel comunitario, viene ya siendo afirmado desde hace décadas, los «desafíos» nacionales permanecen intactos e, incluso, más bien se fortalecen con la contribución de nuevos miembros. Tales desafíos, de los que se hacen portavoz en primer término los Tribunales Constitucionales, conducen sin embargo a diferentes resultados, dadas las diversas instancias nacionales a las que les reserva la última palabra: en algunos países ésta corresponde al poder de revisión constitucional, mientras que en otros, en cambio, tales decisiones de los Tribunales no pueden ser superados por dicha vía. No faltan las implicaciones prácticas de ello (asimismo dejando a un lado las cuestiones relativas a la soberanía popular y al principio democrático): es más probable que un referéndum logre obstaculizar la «primauté» comunitaria (aunque sea momentáneamente, como han mostrado las experiencias danesas e irlandesas), antes que un pronunciamiento de un Tribunal Constitucional: los Tribunales Constitucionales son órganos que obran con demasiada ponderación política como para amenazar con poner en juego la participación de los propios Estados en la Unión Europea; el pueblo, en cambio, en su «incontrolable locura», puede tener hasta el «ánimo» de rechazar la Unión Europea o un acto suyo (los ejemplos están a la vista).

⁴⁷ Y con la CEDH, a la luz de la Sentencia de condena del Tribunal de Estrasburgo, de 29 de octubre de 1992, «Open Door et alto. v. Irlanda», en la que la normativa, también constitucional, y la jurisprudencia irlandesa fueron declaradas contrarias al art. 10 CEDH, al constituir violación de la libertad de expresión.

Ante estas resistencias nacionales, la única respuesta capaz de evitar estériles contraposiciones es, como se viene recordando continuamente, la del diálogo entre jurisdicciones. Diálogo que resultaría facilitado en caso de que el Tribunal de Justicia accediera a una lectura «templada» de la «primauté», ofrecida ya por la doctrina y los Tribunales Constitucionales nacionales sobre la base de la valorización del artículo I-5 del Tratado Constitucional, norma que, en espera (o en ausencia) de ratificación, podría operar en calidad de principio general del Derecho comunitario. Consecuencia de la «europeización de los contralímites», el Tribunal de Justicia, en caso de violación por un acto comunitario de los principios supremos de un ordenamiento nacional, estaría obligado a preferir el Derecho constitucional nacional, negando la aplicación del Derecho europeo, por contraste con el artículo I-5. Sin embargo, como se ha advertido, esta solución no es resolutive: el diálogo amenazaría con ser en un único sentido, en cuánto que, en rigor, la interpretación del Derecho constitucional nacional, dado que europeizado, seguiría quedando en manos de la misma Unión Europea, por su Tribunal de Justicia; y ello, justamente, por el órgano que, con su jurisprudencia, ha creado la primacía⁴⁸.

Resulta así bastante difícil definir los «caracteres» de la «primauté» contenida en el artículo I-5 como auténticos límites: parecería más correcto hablar de «autolímites». Y es así muy difícil negar que en Europa continúe existiendo un absolutismo jurídico, ya que el Derecho de la Unión Europea sigue siendo válido según los criterios europeos, y ante los cuales los ordenamientos nacionales se encuentran sin defensa. Si “soberano es el ordenamiento que decide sobre sus criterios de validez”, cada ordenamiento es, desde su punto de vista, soberano. La «soberanía indecisa» queda como característica de la Unión Europea, a pesar del, y justo en virtud del, artículo I-5. ¿Cómo solucionar esta situación? El reenvío prejudicial, si se utilizara por los Tribunales Constitucionales (pues hasta ahora los que han hecho empleo de él más veces han sido sólo el austriaco y el belga, mientras que han sostenido teóricamente posible su recurso el portugués y el polaco), podría revelarse un instrumento de diálogo útil, pero, una vez más, no dirimente, en ausencia de un mecanismo que obligase al Tribunal de Justicia a dirigirse a los Tribunales Constitucionales nacionales⁴⁹.

⁴⁸ Así, R. ALONSO GARCÍA, “Il giudice nazionale come giudice europeo”, en *Quad. cost.*, 2005, pp. 111 y ss.; y M. CARTABIA, “Unità nella diversità”: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali, op. cit.

⁴⁹ Una posible solución es planteada por A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie*, op. cit., el cual anota

Hace falta entonces abandonar el terreno del Derecho, para moverse sobre el, muy próximo, de la cultura. A los fines del desarrollo de un diálogo entre los diferentes y múltiples Tribunales en Europa, existen, y están ya desde hace tiempo en marcha, diversos instrumentos más eficaces que los positivamente previstos por el ordenamiento⁵⁰. Se trata de relaciones informales, conferencias, encuentros de estudio, coloquios, que reúnen más veces al año los «jueces de los derechos». Coloquios horizontales, entre Tribunales Constitucionales nacionales (todos o sólo algunos), verticales (entre concretos Tribunales Constitucionales y los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo), y entre los propios Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo; más o menos formalizados (en cuanto a su cadencia periódica); sobre temas generales o específicas cuestiones; simples visitas de estudio, que implican no solamente a los jueces, sino también sus adjuntos y equipos. Toda una labor subterránea, poco visible y poco conocida, cuyos frutos son, sin embargo, desde hace tiempo legibles en la motivación de las decisiones. Y desde este diálogo, un tipo de «soft law» jurisprudencial, que está naciendo, desde hace años (en todo caso desde mucho antes de que tomara cuerpo una hipótesis de Constitución europea) un Derecho constitucional común en Europa, que podría permitir a la «primacía templada» operar efectivamente como elemento de articulación de un orden sin soberanos.

cómo haría falta que el Tribunal de Justicia pospusiera la cuestión a los jueces nacionales. «Una “prejudicialidad” semejante, sin embargo, como se sabe, no existe o, decimos mejor, no está a día de hoy codificada. Decimos entonces que el Tribunal de Justicia podría (o debería?) declarar la propia incompetencia para pronunciarse sobre la cuestión misma o, mejor, pronunciarse “a primer golpe” sobre ella, rechazando por consiguiente por inadmisibilidad el recurso ante él presentado y no precedido por otro, idéntico (por objeto) recurso avanzado ante el juez nacional y por tanto decidido por éste último, en un sentido o en el otro».

⁵⁰ Sobre las múltiples formas de «diálogo» v. J. LUTHER, “Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo”, en Revista de derecho constitucional europeo, núm. 3, 2005, pp. 159 y ss., y asimismo en <http://www.ugr.es/~redce/ReDCEportada.htm>.