



Primera edición: abril de 2010

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc  
C.P. 06065, México, D.F.

ISBN 978-607-468-177-2

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

La compilación de esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*

*A*NUARIO DE LA *C*CULTURA  
*JURÍDICA MEXICANA*

*4-2009*

## **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo  
*Presidente*

Ministro José Ramón Cossío Díaz  
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas  
Ministro Juan N. Silva Meza  
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

### **Segunda Sala**

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano  
*Presidente*

Ministro Luis María Aguilar Morales  
Ministro José Fernando Franco González Salas  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos  
Ministro Sergio A. Valls Hernández

### **Comité de Publicaciones, Comunicación Social, Difusión y Relaciones Institucionales**

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia  
Ministro Sergio A. Valls Hernández  
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

### **Comité Editorial**

Mtro. Alfonso Oñate Laborde  
*Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo*

Mtra. Cielito Bolívar Galindo  
*Directora General de la Coordinación de  
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Gustavo Addad Santiago  
*Director General de Difusión*

Juez Juan José Franco Luna  
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica  
y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez  
*Director de Análisis e Investigación Histórico Documental*

## Contenido

Presentación .....	11
I. CULTURA JURÍDICA: COMUNIDAD, DERECHO Y JUSTICIA	
Juzgar con vocación y cultura. Por Genaro David Góngora Pimentel .....	15
II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL	
Reflexiones sobre el papel de los Poderes Judiciales. Sociología, globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica. Por Olga Sánchez Cordero de García Villegas .....	33
A. ¿Qué es la globalización? .....	35
B. La globalización del derecho y los Poderes Judiciales .....	38
C. Las funciones del Poder Judicial en el marco de la globalización .....	45
a. El reconocimiento del derecho internacional .....	46

b. Justicia y economía .....	49
c. Justicia y democracia .....	50
D. Globalización, tribunales y seguridad jurídica .....	54
Bibliografía .....	58

### III. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Efectos jurídico materiales de la sentencia firme y adversa a la administración pública según las disposiciones de la ley federal de procedimiento contencioso administrativo. Por Juan Carlos Benalcázar Guerrón .....	61
A. Introducción .....	63
B. Excurso sobre las nulidades en el derecho administrativo .....	65
a. Nulidad de actos administrativos ..	65
b. Nulidad de actos normativos .....	72
C. Nulidad lisa y llana y para efectos .....	75
a. Nulidad lisa y llana .....	75
b. Nulidad para efectos .....	77
D. Reconocimiento o reparación de derechos	81
E. Reflexiones finales .....	82
Bibliografía .....	84
2. La cuestión prejudicial de interpretación y su legitimidad democrática en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Por Juan Manuel Gómez Rodríguez .....	87
A. Introducción .....	89
B. La Justicia Constitucional y su influencia en la cuestión prejudicial de interpretación .....	99

a.	El control de constitucionalidad en Europa como antecedente a la cuestión prejudicial.....	99
b.	La legitimidad de la justicia constitucional.....	118
c.	La realización de políticas judiciales por los Tribunales Constitucionales	128
d.	La cuestión prejudicial de interpretación en el ordenamiento jurídico comunitario y la legitimidad de su realización.....	138
C.	Hacia una comunidad de derecho.....	157
a.	La creación de los principios de efecto directo y autonomía en el ordenamiento comunitario .....	160
b.	La creación del principio de primacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales, el inicio de la confrontación .....	170
c.	La creación de la doctrina del acto claro y del acto aclarado como forma de control y reafirmación del papel de intérprete supremo del derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia .....	181
d.	La protección de los derechos fundamentales en la Unión y su influencia en el proceso de constitucionalización europeo .....	187
e.	La doctrina de los poderes implícitos y el "efecto necesario o útil" como canon de interpretación del Tribunal de Justicia y estrategia de expansión de sus atribuciones .....	199
f.	El reforzamiento del principio de primacía .....	204

g. La creación del concepto "constitución interna" y su evolución a "Carta Constitucional de una Comunidad de derecho" para los tratados comunitarios por parte del Tribunal de Justicia .....	209
h. La centralización de poderes y la negativa a la pluralidad en la interpretación del derecho comunitario. El asunto Foto-Frost.....	229
i. La erosión de la autonomía del derecho procesal interno vía cuestión prejudicial; el Tribunal de Justicia como legislador negativo y positivo: las sentencias Factortame Limited and others y Francovich .....	233
D. Conclusiones .....	249
Bibliografía .....	257

#### IV. ORALIDAD Y DERECHO

1. Sistema acusatorio oral (un comparativo México-España). Por José Luis Eloy Morales Brand .....	277
A. Introducción .....	279
B. El sistema acusatorio oral .....	283
a. Derechos Fundamentales y Garantías .....	283
b. Sistema acusatorio oral y sistema de justicia penal.....	289
C. El sistema de justicia penal en México	296
D. El sistema de justicia penal en España	299
E. ¿Qué pasa en México? .....	304
F. ¿Qué se propone para México? .....	306
Bibliografía .....	312

## CASAS DE LA CULTURA JURÍDICA

Lecciones magistrales .....	319
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Teófilo Olea y Leyva”, en Cuernavaca.....	321



## Presentación

El permanente compromiso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de difundir el conocimiento del derecho a través de sus Casas de la Cultura Jurídica se patentiza en esta obra, cuarta entrega del *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*. Como sus antecesores, aparecidos en 2005, 2007 y 2008, este volumen reúne trabajos de investigación y conferencias magistrales que en su momento se presentaron en dichas Casas por especialistas en diversas disciplinas jurídicas. Al igual que los dos números anteriores, éste aparece en formato de libro electrónico.

Los temas tratados en los trabajos aquí reunidos son preponderantes en el debate jurídico contemporáneo. La obra se estructura en cuatro partes: la cultura jurídica, la justicia constitucional, la argumentación jurídica y la oralidad y el derecho. La primera aborda el tema de la vocación de juzgar, mientras que la segunda trata el papel de los Poderes Judiciales en el marco de la globalización del derecho. A su vez, en la tercera parte se abordan los efectos jurídico-materiales de la sentencia firme en materia de contencioso administrativo y la cuestión prejudicial de interpretación y su legitimidad en Europa, y en la cuarta se incluye un

ensayo sobre el sistema acusatorio penal, donde se comparan los sistemas mexicano y español.

Entre los autores destacan los Ministros Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Genaro David Góngora Pimentel. Junto con ellos, tres plumas autorizadas colman las páginas de este documento, esencial para estar actualizado con las tendencias doctrinarias sobre los temas contenidos, que ofrecen a los lectores información útil para el entendimiento de la realidad jurídica nacional e internacional de hoy.

*Comité de Publicaciones, Comunicación Social,  
Difusión y Relaciones Institucionales  
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Ministro Sergio A. Valls Hernández  
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea  
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

I.

CULTURA JURÍDICA:  
COMUNIDAD,  
DERECHO Y JUSTICIA



# **Juzgar con vocación y cultura\***

---

Genaro David Góngora Pimentel\*\*

\* Conferencia dictada el 12 de septiembre de 2008 en el Instituto Federal de la Defensoría Pública.

\*\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La primera palabra tiene que ser una de sincera gratitud para el señor Magistrado J. Apolonio Betancourt Ruiz, Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango, por la distinción que me ha conferido al invitarme a dirigirles la palabra en esta reunión; así como al Contador Público Ismael Hernández Deras, Gobernador Constitucional del Estado; a la Doctora Esmeralda Valle López, Consejera Presidenta del Instituto Estatal Electoral; al Ingeniero Jorge Herrera Delgado, Presidente de la Gran Comisión del Congreso del Estado; y al Contador Público Rubén Calderón Luján, Rector de la Universidad Juárez, por su amable presencia.

Ser orador en un acto como éste, es un honor y asumo esta responsabilidad con temor.

Esta acción de gracias no tiene término prescriptivo y tampoco tiene término de caducidad. Soy deudor de usted a perpetuidad.

En esta ocasión, sólo aspiro a compartir, no unas ideas, porque estas ideas no son mías, son de ustedes, ya las hemos expresado en más de una ocasión, comentando lo que al respecto han dicho los grandes juristas y filósofos como William Santiago, Miguel de Cervantes Saavedra, José Martí, Miguel de Unamuno y el apóstol San Pablo, entre otros.

Sólo aspiro a dejarles, en este momento, sentimientos; convicciones arraigadas que se han venido tejiendo y trabajando en mí, en el curso de los años. Hoy deseo provocarlos con un problema. Hoy no traigo una receta. No traigo una solución. Traigo una interrogante y sé que juntos trabajaremos el trámite, la solución.

Quiero subrayar, además, que hablo como un hijo agradecido del Poder Judicial de la Federación y de mi profesión de juzgador. Pero ello no debe afectar el rigor crítico del análisis que haremos, precisamente obedeciendo al compromiso vital de nuestra vocación y de nuestra cultura.

Si ustedes no recordaran nada de lo que yo diga aquí el día de hoy, me daría por satisfecho si solamente se acordaran del título de esta intervención: "juzgar como vocación y cultura".

Tiene el Poder Judicial de México un pasado glorioso y extraordinario. Ese pasado lo capacita y lo observa. Ese pasado reclama que el juzgador de hoy, cumpla con las funciones de su hora, como servidor de la Justicia. La JUSTICIA con letras mayúsculas, desde la "J" hasta la "A".

Hemos tenido juzgadores cuyos nombres extraordinarios ya se han mencionado en cátedras, en ocasiones pasadas y en asambleas como ésta.

También nos observa una constelación de abogadas y abogados, litigantes ignorados, pero no ignorantes, que en la anonimidad de esta gran ciudad, han cumplido su vocación como primeros juzgadores de los casos litigiosos; sin titulares de los periódicos, sin cámaras,

sin luces, pero con un sentido vocacional de las almas “que van por la vida arrojando las auténticas claridades”.

Permítanme establecer con la ayuda de “*El Quijote*” como báculo, la tesis básica de esta conversación.

Regresa el hidalgo manchego después de su primera salida y de su primera aventura, y se dirige a don Pedro Alonso y le dice con acertada dignidad óptica, estas palabras:

“Yo sé quien soy y sé qué puedo ser,  
Yo sé quien soy y yo sé qué puede ser.”

Es de rigor despejar, de entrada, la incógnita de nuestra identidad. Sabido es que es tarea inconmensurable descubrir la identidad del hombre y ese descubrimiento es la vocación esencial del ser humano.

Antes de ser juzgadores tenemos que saber si somos hombres, si somos seres humanos. Nuestra humanidad genuina es inseparable del conocimiento de lo que somos. Eso es la realidad de los hechos y también de lo que podemos llegar a ser, porque el hombre es un proceso vital, el hombre es también posibilidad humana, punto de partida y punto de llegada, si se realiza en su vocación y en su cultura.

El vocacional es el supremo sentido de la vida. Es lo que lo define, es lo que le da sentido; es lo que cualifica y califica la historia. Lo vocacional es a un mismo tiempo personal, íntimo, subjetivo, social, colectivo y objetivo. No sólo hace a un hombre sino que lo vocacional también hace la historia, le da sentido y meta al proceso histórico.

Tomás Newton, dijo que este sentido de lo vocacional no es “una lotería sobrenatural, sino que es la intervención de dos libertades conjuntas, la libertad de Dios y la libertad del hombre”. Yo quiero consignar aquí, que soy todavía de los hombres que creen en Dios como fuerza motora del proceso histórico en la vida del hombre.

De otro modo, la vocación es lo que el hombre hace con la libertad que la vida le otorga, como ser creado y como ser con capacidad de creer y de crear a otros. Para unos, esta oportunidad puede ser despilfarro irresponsable de derroche de oportunidades, de posiciones, de dinero y de poder.

Otros, invierten esta libertad de oportunidades en una vocación de energía y de servicio, para ellos y para la humanidad. Ahí están los grandes héroes de la historia contemporánea.

Doy por sentado, amigas y amigos, que todos estamos en la inteligencia que de la cultura que venimos hablando, no es una cultura fuera del texto y del contexto que pretendemos explicar.

La cultura no es un almacén de datos, ni de títulos, ni de diplomas, ni de doctorados, ni un archivo de conocimientos, tampoco es civilización, porque para ese almacén de datos están las computadoras y las compañías multinacionales. Recordemos siempre aquella definición clásica de cultura: “cultura es lo que queda cuando ya nada queda”. De eso estamos hablando y José Martí, que también era abogado, nos decía: “*el Derecho mismo, ejercitado por gente inculta, se parece al crimen*”.

En alguna ocasión un alumno, ya de los últimos semestres de la carrera de derecho, me decía:

Usted nos habla de la excelencia de nuestra profesión de abogados y de los juzgadores; pero nosotros, que nos iniciamos, estamos dedicados a labores fastidiosas, rutinarias ¿eso nos llevará al éxito feliz, al triunfo?, ¿eso cree usted que favorece la vocación?

Nunca he olvidado esta pregunta. La respuesta la encontré en el discurso de un Juez norteamericano que dijo que de los detalles de las tareas diarias, es posible derivar un conjunto de principios y valores que no sólo darán a nuestra profesión y a nuestra carrera, sino a nuestro carácter, ese estilo que habrá de hacernos honor. Agregó:

... en esta complicada sociedad tecnológica, que es la nuestra, todos y cada uno de nosotros empezamos en un pequeñísimo rincón, a cargo de una porción infinitesimal de alguna vasta institución. La rutina, la regularidad, el ritmo que nos absorbe, parece ser la senda que lleva al progreso. Y probablemente los primeros pasos hacia un ascenso serán más fáciles, si uno se ajusta a sus compañeros y se somete a determinadas tareas diarias. Pero lo cierto es que las máximas alturas de una profesión jamás serán alcanzadas por los hombres que se limiten a creer que "paso a paso, llegó el hombre a Roma". A la cima de cada profesión, llega sólo este tipo de hombres que se interesan por la historia y la filosofía de su disciplina, por su relación con las normas.

Esto se expresó con mayor poesía en una carta que mandó el Juez Oliver Wendell Holmes a un estudiante:

No importa lo que el hombre sienta hacia su trabajo, la naturaleza se encargará de que su ocupación se convierta en amo y fin, de modo que en un momento dado

podrá percatarse de que ha sido mártir de la ilusión de sus propias aspiraciones. Pero, en parte al menos, solemos catalogar a los hombres por el carácter del interés que los domina, y nos merecen un concepto mucho más alto quienes tienen conciencia de los fines ulteriores, ya se trate de ideales intelectuales, de ver lo universal en lo particular, del simpático anhelo de ayudar a sus semejantes. Por tu propio bien, yo espero que cuando tu trabajo parezca ofrecer sólo detalles mezquinos, comprendas que detrás de cada detalle se oculta el misterio del universo y mantengas en tu corazón una fe imperecedera.

O, como dicen aquellas dos líneas de la canción de Rolando:

Altas son las colinas, gigantescas, cubiertas de nubes; y  
allá, en las profundidades, ruidosas corren las aguas vivas.

Teólogos, psicólogos y novelistas han tratado de hablarnos sobre la paz íntima, sobre la vocación que da el sentido a nuestra humanidad, procurando brindarnos una salida al laberinto fatal que constituye no haber encontrado nuestra vocación y no haber encontrado nuestra cultura.

Hombres y mujeres sembrados y preñados de inseguridades, hipotecados por complejos sin número, como el que nos describe Camus en su obra "La Caída". Aquel hombre de "La Caída" era un hombre que vivía en una celda ancha, pero no lo suficientemente ancha para poder acostarse, ni lo suficientemente alta para poder estar de pie. No podía estar parado ni podía estar acostado. Era necesario vivir en diagonal.

Según este hombre, es una caída segura si nos acostamos; y estar despierto para este hombre es vivir agachado. Eso es un símbolo en nosotros el día de hoy.

Símbolo extraordinario que tipifica a muchos hombres y a muchos de nosotros hoy, como hombres en diagonal, sin base para descansar y sin altura para vivir. Es el hombre que no ha descubierto su vocación, que no ha descubierto su identidad, que no ha descubierto su cultura.

Veamos este problema de la vocación y de la cultura, desde otra óptica, que nos brinda nuestra profesión de juristas. Profesamos, decimos que somos profesionales; profesar es, en cierta forma, hacer un voto, y hemos hecho votos de juristas, en nuestro caso, para juzgar. La toga del juzgador no es símbolo, sino que es un hecho; cuando la toga se encarna se vertebrata, se internaliza, no es un trapo, es el corazón del juzgador, que la lleva con toda la responsabilidad que la toga, como hecho, implica. Pero lo más importante es que, en vez de estar vestidos, seamos investidos de la toga; esto es, desde adentro, con todo lo que ello implica y significa. En esta dimensión, la toga es un carisma y eso es lo que etimológicamente la palabra “vocación” quiere decir; llamado desde adentro, llamada del corazón.

Un personaje de Martín Buber tenía muy mala memoria y nunca encontraba la ropa con que vestirse por las mañanas. No podía recordar dónde estaba cada una de sus piezas. Una noche este personaje novelesco, antes de acostarse, hizo un ejercicio para recordar dónde había colocado todas y cada una de sus piezas. En el ejercicio practicado, se ubicó en forma tal que supo dónde estaba su camisa, dónde estaba su corbata, dónde estaba su saco y se puso hasta el sombrero. Así vestido se situó en el centro de la pieza y dijo lo siguiente:

Ahora sí sé dónde está mi ropa, pero ¿y dónde estoy yo?

Debemos, por fuerza, contestarnos esta pregunta. Yo no puedo saber quién soy; yo no puedo saber qué puedo ser, si yo no sé primero donde estoy. Dónde estoy, es saber dónde está mi vocación y dónde está mi cultura.

Ubicarme, situarme, saber el "*Situs*", como dicen los abogados, es condición *sine qua non* del descubrimiento de nuestra identidad como juzgadores. El vocacional es un sentir que sólo se da en el marco de lo contextual. Ello no opera en el vacío.

Afirmemos ahora una realidad insoslayable: sin geografía no hay historia. Lo cierto es que se nos ha enseñado desde la escuela primaria aquello de los cuatro puntos cardinales. Sabemos dónde está el norte, dónde está el sur, dónde está el este y dónde está el oeste. Hay que reconocer aquí y ahora que existe un quinto punto cardinal. Esto es saber dónde estamos. Sólo así podemos vivir el segmento del tiempo histórico que nuestra profesión nos exige y nos reclama. Sin este quinto punto cardinal, los otros cuatro puntos carecen de sentido. No habrá norte, no habrá sur, no habrá oriente, ni menos habrá occidente en nuestro quehacer jurídico, si no sabemos dónde estamos.

Afirmado lo anterior, vamos a concentrarnos ahora en el empeño de ver algunas de las aberraciones profesionales y culturales que tienden un valladar, para el flujo y reflujo del ejercicio noble y fino de lo vocacional como juzgadores.

Se dice que los Jueces sí están interesados en la justicia, porque ellos no tienen interés alguno en el resultado de ningún juicio.

Ojalá pudiera ser así; en realidad, ciertos Jueces tienen poco interés en la justicia. Ellos también tienen sus propias ideas: algunos se sienten como parte del sistema administrativo encargado de aplicar la ley como ministerios públicos. Buscan, por cualquier medio, que aquellos a quienes piensan culpables, sean condenados. Los Jueces se preocupan también por la eficacia mecánica del sistema, porque no se forme rezago en los Tribunales, porque la justicia, y este es un mandato constitucional, sea rápida.

Además, tampoco desean los Jueces que sus decisiones sean revocadas por Tribunales revisores y algunos ven en esas revocaciones afrentas personales, aun cuando la revocación sea esencial para lograr la justicia.

Por esas ideas, los Jueces provocan injusticias. La obligación de rendir una estadística anual, apresura el estudio de los asuntos y a mayor rapidez, menor cuidado en su examen.

El cumplimiento del mandato constitucional relativo a que los Tribunales deberán administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, se ve, por estas razones, rodeado de las circunstancias naturales del quehacer humano.

La función del juzgador, tan importante, es campo propicio, por su autonomía, por su poder, para que los hombres que la desempeñan demuestren sus inclinaciones naturales: buenos sentimientos, inteligencia, perversidad, corrupción, etcétera.

Es importante también, en mi opinión, el ingrediente del prestigio personal y profesional para exaltar la

función del juzgador; sin embargo, el día de hoy debe ser una meta, porque ya no es más un atributo; debemos ir en pos de ese prestigio como medio que nos obligue a inhibir nuestras inclinaciones negativas y trascender las positivas; con ello lograremos obtener buenos nombres, siendo buenos hombres.

Fue un pensador danés, el que redefinió el concepto de “lo mío”. Uno de los que iniciaron el movimiento teológico y filosófico que se conoce con el nombre de “existencialismo” y ese escritor danés redefiniendo el concepto de “lo mío” nos dice lo siguiente, para los efectos de esta intervención. Hemos venido hablando de mi profesión, de mi vocación, de mi cultura.

Para este filósofo danés “lo mío” no es lo que pertenece al hombre, sino aquello a lo que el hombre pertenece. Dando un ejemplo para ilustrar esta idea, decía que cuando el hombre le dice a una mujer “mi amada” “mi mujer”, no quiere decir con ello que es la mujer que le pertenece, que es la mujer de la cual se ha adueñado, sino la mujer a que él pertenece.

Cuando decimos “mi verdad” no es la verdad de la cual yo soy dueño, no es la verdad que yo manipulo, no es la verdad que yo manejo, sino la verdad a la que yo me debo, a la que yo sirvo y por la cual yo me comprometo. Ese es mi Tribunal, esa es mi vocación, esa es mi cultura, ese soy yo.

Nuestra profesión de juzgadores nos debe poseer, nuestra vocación nos debe poseer. Es, en esta dimensión, que nos realizamos sin miedos y sin temores.

Los juzgadores han sido y son indispensables para la tranquilidad social del pueblo de México. Como toda

empresa humana, tenemos nuestras limitaciones, hemos cometido errores en el pasado y cometemos errores en el presente. Pero estoy seguro que a la hora del inventario de logros, recogeremos las gavillas en vendimia del respeto público y de satisfacción espiritual.

La crítica que nos hacen los periódicos no debe molestartos. Son críticas que, en lo que valen, debemos admitirlas; y en lo inoficioso, debemos rechazarlas.

Pero los Jueces, está bien claro, no pueden estar, no han estado, no estarán, por encima de la ley. Los Jueces, está bien claro, no han estado, no estarán, no pueden estar anteponiendo sus intereses personales frente al interés de la sociedad mexicana. Los Jueces, está bien claro, ha estado claro y estará bien claro, no podrán jamás enredarse en el descargue de su responsabilidad como servidores de la justicia.

No obstante nuestras limitaciones, no pocas veces el clima de libertad en México ha dependido de sus Jueces. Todos sabemos que el precio de la libertad es la eterna vigilancia y que la libertad no es una gracia ni una merced que confiere un líder o el Estado. Aquí estamos para, dentro de nuestras respectivas competencias, en el ejercicio de esa vocación, evitar la tiranía por parte del Estado y del gobierno en el manejo de los asuntos públicos. Para eso estamos.

Los Jueces hemos estado muy ocupados y muy preocupados en ser populares e independientes, y hemos descuidado el ser mexicanos vigilantes de nuestras instituciones democráticas. Cuando esto sucede, hay una falla fundamental en nuestra vocación y en nuestra cultura.

Yo sé que hay motivos para criticar a la judicatura mexicana que es una institución de seres humanos; somos abogados y no ángeles bajados de las nubes. Somos humanos en un constante proceso de crecimiento y de superación. Hay motivos para discutir cómo mejorar la impartición de justicia en este país, para propugnar nuevas reformas. Para lo que no hay motivos, es para menoscabar, barrenar y dinamitar una labor que es de todos, que a todos honra y a todos interesa continuar.

Yo sé y ustedes saben, que no somos perfectos, pero hay en nosotros la vocación de llegar a serlo. Queremos superarnos. Aunque demos una falsa salida, lo importante es alcanzar la meta, llegar al blanco. Esa meta, ese ideal, es lo que nos determina y nos impregna de la esencia humana.

Hace veinte siglos, el gran teólogo de los gentiles, que también era un jurista como ustedes, describía este problema de la vocación y de la identidad que estamos planteando el día de hoy. Escribiéndoles en su largo epistolario a unos amigos que tenía en la ciudad de Filipos, en Grecia, desde Tarso, les decía:

No que yo lo haya alcanzado ni que sea perfecto, sino que prosigo, por ver si alcanzo aquello para lo cual fui llamado. Amigos, yo mismo no hago cuenta de haberlo ya alcanzado, pero una cosa hago: olvidando ciertamente lo que queda atrás y extendiéndome a lo que está delante, prosigo al blanco, al premio de la soberana vocación.

¿Y cuál es la meta y cuál es la senda y cuál es el camino? Les dije al principio que no traía recetas.

Amigos, deseo que ese camino esté lleno de éxitos felices, que en su trabajo como Magistrados, Jueces y secretarios de los órganos de justicia, pongan lo mejor de su vocación y su cultura, para que podamos decir lo que Horacio, el poeta romano, en el epílogo del libro tercero de las Odas, cuando pasaba revista a los logros de su vida y concluía que sus contribuciones a la poesía serían más duraderas que lo que los soldados y constructores hubieren hecho: “he erigido un monumento más duradero que el bronce y más alto que la cima real de las pirámides. Nunca moriré del todo”.

Muchas gracias.



II.  
JUSTICIA  
CONSTITUCIONAL



**Reflexiones sobre el papel de  
los Poderes Judiciales. Sociología,  
globalización, Estado de Derecho  
y seguridad jurídica**

---

Olga Sánchez Cordero de  
García Villegas\*

\* Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*... en la medida en que los derechos de una parte creciente de la humanidad son enunciados en términos de mercancías, y no como auténticos derechos, la globalización contradice y usurpa el principio ilustrado de universalidad, concebido como ideal de emancipación humana y, en ese sentido, de progreso moral.*

Gerardo Pisarello

## A. ¿Qué es la globalización?

Los avances científicos y tecnológicos, las comunicaciones, los cambios sociales aunados al fenómeno de la globalización han contribuido a mejorar las condiciones de vida, pero a la vez han complicado las formas de relacionarnos, de comunicarnos y de entendernos a nosotros mismos.

El comercio internacional, las relaciones económicas y financieras, la Internet, la justicia internacional y la preocupación creciente sobre la protección de los derechos humanos, son muestras claras de ello.

Estos fenómenos, han implicado un cambio en la regulación de las relaciones humanas.

El ámbito jurídico no ha escapado a esta realidad, pues, actualmente, los mecanismos *supra e infra* estatales generan una diversidad de fuentes que implican cambios importantes en la concepción tradicional del derecho.<sup>1</sup>

La “globalización” aparece como un hecho consumado e irreversible; sin embargo, el significado de esa expresión común en la actualidad, es aún vago a grado tal que no existe una teoría generalmente aceptada sobre este fenómeno.

Así, no obstante que se carece de una idea unánime al respecto, sí pueden identificarse tres líneas de pensamiento que intentan explicarla: la concepción de los llamados “globalizadores”, la de los “escépticos” y la de los “transformadores”.<sup>2</sup>

Los “globalizadores” exponen que la economía se está construyendo como una nueva forma de organización social que suplantará a los Estados nación.

Por su parte, los “escépticos”, sostienen que la globalización es un mito, pues los niveles actuales de interdependencia económica no son los más elevados en la historia. Según estos autores, lo que observamos

---

<sup>1</sup> Vid. Al respecto, el sugerente libro de Boaventura de Sousa Santos. *La Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Trad. César Rodríguez, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia, ILSA, Bogotá, 2002.

<sup>2</sup> Existen quienes les han llamado de otra manera, atendiendo más bien a su “filia” por el concepto “globalización”, nosotros preferimos utilizar estos términos, pues en nuestro concepto no puede hablarse de “amor” por la globalización.

es un proceso de regionalización en tres grandes bloques económicos que son: América del Norte, Europa y Asia-Pacífico; y yo agregaría al Sudamericano.

Finalmente, los “transformadores” señalan que los procesos actuales no tienen precedente histórico, que los gobiernos y las sociedades deberán ajustarse a un mundo en el que ya no existe una distinción entre lo “nacional” y lo “internacional”, y que la globalización está transformando al poder del Estado, la política y la forma de vida.

Esta diversidad de posiciones, nos obliga a proponer un concepto de “globalización” para efectos de esta exposición.

Siguiendo a David Held,<sup>3</sup> entendemos por globalización:

Un conjunto de procesos que comprenden una transformación en la organización temporal y espacial de las relaciones y transacciones sociales, y que genera flujos y redes de actividad e interacción (económica, política y cultural) entre Estados, regiones y continentes.

Este concepto me parece valioso, porque implica considerar que existe una reestructuración de la acción humana en tiempo y espacio.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Held, Mac Grew, Goldblantt y Perrtaon, “*Global transformations: politics, economics and culture. Cambridge*”, politico press, 1999.

<sup>4</sup> Por región se entiende el agrupamiento geográfico, jurídico o funcional de varios Estados o naciones identificables por alguna característica común (idioma, religión, económica, política, etcétera) y con una interacción común en relación con el resto del mundo.

Así, en un extremo, se encuentran los flujos, las relaciones y las redes que están organizadas sobre una base local o nacional; en el otro las relaciones, transacciones y redes que se dan en una escala más amplia y que pasan por el nivel transfronterizo; y, es en este último nivel, en donde se presentan los fenómenos propiamente globalizados.

Estudios recientes, demuestran que la globalización no es uniforme ni lineal, sino por el contrario, que es altamente compleja y diferencial. Ésta, en realidad, tiene múltiples y variadas manifestaciones, que constituyen un complejo conjunto de procesos de reestructuración dinámicos de las coordenadas de la acción social.

Así pues, habremos de ver a continuación la relación que se da entre este conjunto de procesos que implica la globalización y los Poderes Judiciales.

## B. La globalización del derecho y los Poderes Judiciales

Existen fenómenos ligados a la globalización que están generando nuevas realidades jurídicas.

Nos referimos no sólo a la compleja relación entre el derecho positivo nacional e internacional, sino a fenómenos jurídicos como la llamada *lex mercatoria* que es un código mundial de usos entre los comerciantes cuya naturaleza es similar a las costumbres mercantes de la Europa medieval y que se basan en una regulación uniforme de actos comerciales y en la necesidad de una justicia rápida y efectiva; su composición

comprende usos y costumbres internacionales, así como “contratos tipo”.

Según algunos pensadores, estas formas de derecho distintas del orden jurídico clásico estatal representan un cuerpo autónomo y autoaplicativo de normas, o la construcción de estructuras jurídicas supranacionales que generan auténticos sistemas de derecho.

Y frente a estas variantes jurídicas, consideremos, en primer lugar, que el espacio normativo del Estado tradicionalmente fue concebido como una corporación territorial en la que prevalece un solo orden jurídico. ¿Cómo explicar entonces que, al lado de la concepción tradicional del Estado, que sólo admite un orden jurídico, existan otros órdenes que se aplican en el mismo territorio, como la *lex mercatoria*?

Gracias a estas formas de organización, fue posible movilizar una enorme cantidad de recursos que tuvieron como resultado las condiciones actuales que permitieron la agilización del comercio y de la información, esas condiciones son la tecnología, la inversión y los medios de comunicación, entre otros factores.

Ello multiplicó las posibilidades de la acción humana, incrementando los intercambios y generando las condiciones que modificarían substancialmente las bases de organización temporal y espacial establecidas por el propio Estado.

Desde esta perspectiva, la globalización significa la aparición de procesos sociales que se desarrollan “fuera” de los ámbitos de organización temporal y espacial propios del Estado moderno.

Muchas de estas acciones se desenvuelven dentro del ámbito estatal y, por ello, están sujetas a su ámbito normativo; pero otras escapan a ese ámbito de validez.

Aquí resulta importante hacer notar que los ámbitos de validez coexisten simultáneamente, generando así una compleja interacción entre lo local y lo global.

Esa mayoría de relaciones sociales que se desenvuelven dentro del ámbito de acción propio de la corporación estatal, implican la sujeción al control exclusivo del Estado, en particular, en su dimensión normativa, en la cual mantiene un conjunto de funciones de gobernabilidad entre las que destacan por su importancia:

Los derechos de la seguridad social;

Los mecanismos para generar condiciones de seguridad jurídica;

El sostenimiento y fortalecimiento de la democracia; y,

El fomento al desarrollo económico.

Pero, además, existen ámbitos de acción que escapan al control exclusivo del Estado y que se desarrollan dentro de su territorio.

Es en este nivel que se dan los intercambios de flujo “globales” y se establecen las redes de interacción. La particularidad de estos ámbitos es que crean espacios normativos que no emanan “directamente” de los órganos del Estado, sino de otras instancias diversas, pero que a pesar de ello resultan igualmente obligatorios para los individuos que se encuentran vinculados.

Así, también existen auténticos regímenes normativos horizontales que implican una compleja interacción

de normas, pues se anteponen a los sistemas jurídicos disposiciones que adquieren una aplicación preferente en relación a los sistemas jurídicos nacionales.

Estos regímenes no son solamente el producto de la actividad de un Estado en particular, sino de un conjunto de actores, como son los Estados entre sí, las organizaciones internacionales tanto gubernamentales como no gubernamentales e incluso, las empresas multinacionales.

Tal es el caso de los aspectos jurídicos relacionados con la integración económica, el comercio internacional, el medio ambiente o los derechos humanos.

La generación de estos espacios normativos a los que hemos llamado “horizontales”, puede sugerir, que nos acercamos a la uniformidad y, en última instancia, a la unificación del derecho en todo el mundo.

Si bien ahora no podríamos identificar un proceso único de concentración de la autoridad a nivel mundial, hay numerosos ejemplos de instituciones que poseen y ejercen responsabilidades de tipo político y jurídico en los procesos de integración a nivel regional o global.

Desde esta perspectiva, la globalización del derecho es impulsada no solamente por las necesidades de la economía global, sino también por la desigual distribución del poder.

Sin embargo, esta primera vinculación entre la globalización y el derecho plantea diversas interrogantes previas:

¿Poseen todos los países los requisitos políticos, sociales y culturales mínimos para esta unificación?

¿Puede hablarse de una verdadera unificación del derecho?

¿No será más bien que se uniforman las normas, pero no la práctica de su aplicación?

¿Se presentan estas tendencias de la misma manera en todos los ámbitos del derecho?

En realidad, la tendencia hacia una uniformidad de las instituciones jurídicas es paralela a la constante multiplicación de órdenes normativos y culturas jurídicas.

Esta multiplicación se debe a numerosos factores, de entre los cuales destacaré los siguientes:

1. Las culturas jurídicas siempre tienen una dimensión histórica, por lo que la introducción del derecho "global", no implica la desaparición completa de la cultura jurídica anterior, sino que requiere necesariamente de adaptaciones graduales a las circunstancias locales;

2. El surgimiento de órdenes jurídicos autónomos dentro y fuera de las fronteras nacionales;

3. El surgimiento de nuevas instituciones internacionales, así como de organismos gubernamentales y no gubernamentales, Tribunales, comités, etcétera, que contribuyen mediante tratados, sentencias, recomendaciones y opiniones, en el contexto jurídico mundial; aunque sujetos formalmente a las decisiones de los Estados soberanos que les dan vida.

4. Los procesos de integración jurídica avanzada, como el que ejemplifica la actual Unión Europea, han puesto de manifiesto las dificultades de alcanzar una verdadera unificación del derecho, o al menos la reducción de las diferencias entre distintos ordenamientos para lograr una armonización.

En esa tesitura, la globalización del derecho podría significar, no la unificación total del derecho, sino más bien la creación de espacios relativamente autónomos que atravesasen las fronteras de los Estados nacionales y que, al entrar en contacto con los ámbitos espaciales propios de esos Estados, generen una evolución del conjunto de los sistemas jurídicos.

Esa evolución se logra a través de la actuación de los Tribunales estatales que se convierten en los órganos centrales del proceso de reconocimiento, aplicación y validación de las normas jurídicas.

Es importante destacar que en este modelo, los Estados siguen permaneciendo al centro del sistema, pues son sus órganos legislativos, judiciales y administrativos los responsables de reconocer y aplicar las reglas jurídicas.

Pero es también necesario que, en la lógica del funcionamiento derivado del sistema de división de poderes, sean los Tribunales nacionales los responsables de reconocer y aplicar, en última instancia, las reglas que se aplican a los casos concretos.

De este modo, los distintos Estados nacionales se encuentran inmersos en una compleja interacción y

el principio de territorialidad se vuelve insuficiente para explicar esas relaciones jurídicas.

Al efecto se pueden traer a colación los siguientes ejemplos:

- La creación de órdenes jurídicos internacionales, que constituyen los sistemas de referencia para la regulación de fenómenos como el comercio, los derechos humanos o el medio ambiente, pero cuya aplicación en última instancia se encuentra localizada en un territorio estatal determinado.
- Los avances en los procesos de integración económica regional, que construyen territorios que escapan al control normativo por parte de órganos supranacionales, el caso más completo y complejo lo constituye la Unión Europea, pero cabe señalar que en el mundo existen más de doscientos acuerdos de integración regional notificados a la Organización Mundial de Comercio también identificada por sus siglas OMC.
- Las fuerzas centrífugas dentro de los Estados nacionales, que generan la creación de órdenes jurídicos regionales o federales y donde el ejercicio real de la soberanía, aunque constitucionalmente única, se ejerce en unidades territoriales fragmentadas.
- La creación de órdenes jurídicos privados deslocalizados, tanto en “micro sistemas sectoriales” o locales como en amplias redes transnacionales, como ocurre, verbigracia, con los órdenes jurídicos religiosos, deportivos, humanitarios, empresariales, académicos, profesionales, etcétera y cuyo punto de referencia no depende de un ancla territorial, sino de un estatus de adhesión voluntaria.

En este sentido, es posible afirmar que los tribunales son uno de los puntos centrales de articulación, reconocimiento y aplicación de las normas jurídicas, cualquiera que sea su origen y constituyen verdaderas “anclas de la globalización”.

Ahora bien, resulta obvio que el nuevo contexto global impone condiciones inéditas para la acción de los tribunales y desde este punto de vista, parece ser que la visión tradicional que concibe a los Tribunales como meros aplicadores de la ley, tiene que ser profundamente revisada.

Pues así como se generan nuevos paradigmas para entender al derecho, del mismo modo es necesario avanzar en la comprensión del papel que tienen los Poderes Judiciales en el mundo globalizado, cuestión sobre la que reflexionaremos a continuación.

### **C. Las funciones del Poder Judicial en el marco de la globalización**

Nuestra tesis central postula que actualmente los Tribunales no realizan sólo acciones locales, sino que interactúan continuamente entre lo local, lo nacional, lo regional y lo global.

Por ello, algunas de sus decisiones tienen un alcance que las “deslocaliza” y las relaciona dinámicamente con el ámbito global; ciertamente no todas las decisiones que adoptan los Tribunales tienen esta característica, pero potencialmente muchas de ellas pueden tener implicaciones que van mucho más allá de

resolver un conflicto local y convertirse en verdaderos fallos con consecuencias jurídicas que trascienden las fronteras del Estado que contiene al órgano jurisdiccional resolutor.

Bajo esta nueva perspectiva, los Poderes Judiciales adquieren un papel trascendental en el proceso de admisión de normas dentro del orden jurídico, pues es a ellos a quienes incumbe en última instancia decidir sobre la forma y términos en los que la nueva regulación puede ser incorporada al orden jurídico, así como plantear las condiciones en las que será posible la creación y, en su caso, admisión de nuevas reglas y prácticas en dicho orden de derecho.

Conforme esta perspectiva, quisiera ahora identificar algunos aspectos en los que, a mi parecer, se está produciendo un cambio en el papel de los Poderes Judiciales.

#### **a. El reconocimiento del derecho internacional**

La creación de normas jurídicas ya no puede considerarse como una función exclusiva del Estado. Si bien éste conserva el monopolio de su expedición formal al interior del Estado, muchos asuntos nos llevan a afirmar que, en realidad, diversos órganos *infra* y *supra* estatales que crean normas jurídicas, logran que éstas sean reconocidas por los Estados a través de diversos mecanismos formales de recepción.

La intensidad de este fenómeno, especialmente en los ámbitos globalizados, obliga a una revisión del

asunto en dos niveles: el de la recepción de los tratados internacionales y el de la creación de órganos de resolución de controversias fuera de la jurisdicción estatal.

Los Estados siempre han celebrado tratados internacionales, pero su aplicación en el derecho interno era relativamente limitada pues el denominado derecho internacional clásico regulaba fundamentalmente las relaciones de Estado a Estado, y los instrumentos internacionales que se firmaban tenían como destinatarios principales a los propios Estados. Sin embargo, esta situación ha cambiado dramáticamente.

Como resultado de la globalización, se han incrementado significativamente los tratados internacionales que regulan materias que impactan directamente en el derecho interno.

Por otro lado, existen actores sociales, tanto internos como externos, que tienen intereses directos en el cumplimiento de esos tratados, por lo que se van generando grupos de interés que luchan por su aplicación y supervisan su ejecución dentro de los estados nacionales.

Cada vez hay más instituciones responsables de la aplicación e interpretación del derecho internacional; auténticas jurisdicciones internacionales o sistemas "cuasi" jurisdiccionales, como los de la OMC, el TLC, el MERCOSUR o cualesquiera otros de los mecanismos arbitrales internacionales.

Estos mecanismos, al ser valorados superficialmente, podrían considerarse como una forma de eludir a las jurisdicciones nacionales; sin embargo, contrariamen-

te a lo que se podría pensar por ese sector, en mi opinión existen vínculos estrechos entre los mecanismos arbitrales internacionales referidos y las jurisdicciones nacionales; basta para ello pensar en la ejecución forzosa de los laudos internacionales.

De ninguna manera estoy negando que los Tribunales ocupen una posición central e insustituible en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, más bien estoy ratificando que, aun en los casos en que se observa el desarrollo de sistemas jurídicos "autónomos", los Tribunales nacionales siguen desempeñando una importante función, real o potencial, en la medida en que los actos y resoluciones jurídicos de tales sistemas pueden terminar sometidos a una jurisdicción estatal.

La principal consecuencia de ello, es que sus funciones ya no quedan reducidas a las que les impone un orden jurídico nacional y, concomitantemente, no se constriñen a defender los intereses jurídicos de un Estado nacional; sino que tienen una responsabilidad directa en la construcción de un orden jurídico mundial o global. Por ello, tienen que abrirse aún más al plano supranacional y funcionar de manera más efectiva como eje articulador entre lo nacional y lo supranacional.

Esta relación entre jurisdicción nacional e internacional no debe reducirse a una mera relación subsidiaria, pues en la medida en que se incrementa el grado de integración entre los países, será necesario idear formas más integradas de articulación entre ambas jurisdicciones.

Un ejemplo que refleja este proceso se observa en el Tribunal de Justicia Europeo, el cual no sustituye a

los Tribunales nacionales, sino que funciona como cabeza de un sistema judicial complejo, en el que interviene de manera selectiva cuando así se lo solicitan los órganos de la Unión y los propios Tribunales nacionales.

### **b. Justicia y economía**

Otro de los cambios para los Poderes Judiciales, se hace particularmente evidente en la economía.

En efecto, para los economistas los Tribunales son vistos como instituciones de importancia capital para garantizar un clima general de estabilidad y predictibilidad, que resulta favorable y esencial para la inversión y el comercio.

Resulta obvio que los Tribunales desempeñan una función económica, por ejemplo, cuando resuelven controversias de negocios que tienen consecuencias económicas directas. Sin embargo, sus actuales funciones en el ámbito de lo económico tienen un alcance mucho mayor, ya que se espera que en realidad faciliten la inmensa gama de relaciones de intercambio que la globalización exige.

Quienes se dedican a formular políticas públicas en todo el mundo, parecen coincidir en que la eficiencia de los Tribunales tiene una importancia creciente, vista la despiadada lucha por las oportunidades en la inversión y el comercio que impone la globalización económica; pero, sobre todo, parecen estar de acuerdo en que se trata de una manera de mejorar las capacidades institucionales y de gobierno de los Estados nacionales; la noción subyacente en esta concepción, es que la ausencia de un sistema judicial eficaz y eficiente

genera costos significativos que obstaculizan el crecimiento económico de una nación.

Cada vez son más los factores de carácter internacional que han conducido a la convicción de que los Tribunales son importantes para el desarrollo económico; por tanto, sería de esperarse que las transacciones económicas internacionales generaran un cierto número de controversias jurídicas que los Tribunales pudieran resolver, pero lo cierto es que también es un hecho que las controversias económicas de carácter internacional tienden a ser sustraídas de las jurisdicciones nacionales y transferidas a los foros internacionales, particularmente, a Tribunales arbitrales *ad hoc*.

En resumen: la necesidad de una infraestructura jurídica adecuada para las transacciones económicas de carácter internacional no implica que los Tribunales nacionales o internacionales puedan ofrecer, por sí solos, solución a los problemas; por el contrario, es más probable que, para tal propósito, pueda desarrollarse un conjunto muy diverso de instituciones judiciales y cuasi-judiciales, tanto internas como internacionales.

El que estas instituciones jurisdiccionales sean utilizadas o no, dependerá de diversos factores, como la procedencia de la vía, las reglas de competencia, las pretensiones de las partes interesadas o las percepciones de los actores sobre justicia y eficiencia.

### c. Justicia y democracia

En el Estado contemporáneo, el Poder Judicial cumple funciones mucho más amplias que las que se limitan

a la resolución de controversias entre particulares; en especial, le corresponde también resolver controversias entre ciudadanos y el poder público, lo que ocurre principalmente a través de los Tribunales administrativos, pero principalmente por medio de la jurisdicción propia de la justicia constitucional, en donde cabe, incluso resolver cuestiones abiertamente políticas entre órganos o niveles de gobierno, así como intervenir en las controversias que se plantean entre mayorías y minorías políticas, como ocurre con nuestras Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad, sin dejar de mencionar, por supuesto, al juicio de amparo.

Sin embargo, lo anterior no es suficiente para explicar el nuevo protagonismo de Jueces y Tribunales en la era de la globalización. Las fuertes presiones económicas y políticas que la globalización genera, conducen a un debilitamiento relativo de los Estados nacionales, y ello a su vez contribuye a la creciente relevancia y poder de los Tribunales; por estas razones se han transformado en un instrumento para abordar demandas políticas, pero sobre todo, demandas morales o ideales.

Así, se espera por la ciudadanía que los Tribunales distingan el bien del mal, que resuelvan los conflictos usando valores intrínsecos al sistema o incluso que no estén en el derecho positivo.

Se han transformado, pues, en el último refugio de un ideal democrático desencantado, y en palabras del jurista Héctor Fix Fierro,<sup>5</sup> en guardianes de las promesas democráticas.

---

<sup>5</sup> Fix Fierro, Héctor, "Poder Judicial", *Transiciones y diseños institucionales*, María del Refugio González y Sergio López Ayllón, editores, UNAM, Instituto

Esta función conlleva riesgos considerables para la misma democracia; las imágenes de una judicatura todopoderosa, omnipresente, decisionista, pueden volverse contra los Tribunales mismos, porque, en tiempos globales, es muy sencillo defraudar las expectativas sociales; y si bien es cierto que resulta inevitable que los Tribunales se politicen, también lo es que su eficacia y legitimidad dependen, del ejercicio apolítico de la jurisdicción en cada caso concreto; precisamente de eso depende el poder político de los Tribunales Constitucionales.

La creciente importancia de la función judicial a la que contribuye la globalización en este campo, agudiza dos problemas particulares que se encuentran interrelacionadas: el del acceso a los Tribunales y el del número y tipos de conflictos que éstos deben resolver.

Tradicionalmente, el del acceso a la justicia ha sido uno de los problemas graves a que se enfrentan las sociedades con altos niveles de pobreza y desigualdad social como las latinoamericanas; la globalización, en la medida en que ha contribuido a aumentar tales desigualdades hace más aguda la cuestión del acceso.

En este punto, conviene reflexionar en medidas que aumenten el acceso de la población a la jurisdicción y para ello habría que pronunciarnos, entonces, por un pluralismo jurídico, un derecho ampliado, tolerante, que incorpore los llamados mecanismos alternativos de solución de controversias, principalmente la mediación, la

conciliación y el arbitraje; pues con la incorporación de estos instrumentos procesales, se puede lograr un mejor funcionamiento de los Tribunales, incrementar el acceso a la justicia, dar mayor participación a la ciudadanía en la solución de sus propios conflictos y, finalmente, instaurar una forma pacífica para tratar las desavenencias sociales.

Por lo que se refiere al número y tipo de conflictos, las sociedades se hacen cada vez más complejas y, sobre todo, heterogéneas, por los impactos de la globalización; esto representa un doble desafío para los Tribunales: por un lado, el de tener que adaptarse a cargas crecientes de trabajo y de asuntos más difíciles y complejos y, por el otro, el de poder diferenciar y especializar su actuación en función de los grupos sociales que acuden a ellos.

Dicho en otras palabras: los Poderes Judiciales no solamente tienen que continuar sus esfuerzos para dar mayor y mejor acceso a la justicia tratándose de los conflictos “tradicionales” de los que conocen, sino que tienen que estar preparados para atender y adaptarse a los “nuevos” conflictos derivados de las reformas políticas y económicas de las últimas décadas ligadas a la globalización.

Afortunadamente, hay evidencia de que, los Poderes Judiciales están respondiendo a este desafío mediante la creación de un marco institucional y un aparato de justicia mucho más complejo, denso y diferenciado.

Y, por último, trataré la parte relacionada con la seguridad jurídica.

## D. Globalización, tribunales y seguridad jurídica

La seguridad jurídica se ha identificado tradicionalmente como uno de los “fines del derecho”; en términos generales, supone la certeza que tienen los sujetos de derecho que su situación jurídica no será modificada sino mediante procedimientos establecidos previamente.

Una perspectiva más sociológica identificaría a la seguridad jurídica como una de las condiciones de racionalidad del derecho ligada a la previsibilidad de las conductas en sociedad.

Resulta obvia la relación entre Estado de derecho y seguridad jurídica, si el primero supone el gobierno de las normas en un tiempo y espacio determinados, esto sólo sucederá en la medida en que dichas normas sean efectivas a través de un aparato especializado responsable de su aplicación, de suerte que la seguridad jurídica no es sino la traducción práctica de la eficacia de las normas como reguladoras de conductas.

Así, la labor de las judicaturas en la construcción de previsibilidad debe abordarse tanto desde un punto de vista técnico como desde un punto de vista institucional; en el primer caso, es necesario analizar la manera en la que se construyen los criterios jurisdiccionales que producen las reglas que serán consideradas válidas dentro del orden jurídico; en el segundo caso, interesa conocer la forma en la que las judicaturas operan para la construcción de dichas reglas. Es decir, las condiciones efectivas imperantes para la producción de normas a cargo de los Tribunales por medio de su jurisprudencia.

Asimismo, interesa revisar la consistencia con la que los Tribunales suelen resolver; es decir, se trata de revisar si los Poderes Judiciales cuentan con mecanismos que permiten evitar la existencia de criterios contradictorios en cuanto a la interpretación de normas y si dichos mecanismos cumplen satisfactoriamente la función de brindar certeza.

Mientras menores sean las contradicciones generadas por los Poderes Judiciales sobre los alcances de las normas y reglas que se someten a su consideración por los actores sociales, mayor será la certeza que produzcan en el ánimo de los justiciables.

En todo caso, los mecanismos para resolver las contradicciones deben estar claramente establecidos y generar criterios de interpretación razonablemente previsibles, como por ejemplo ocurre con los procedimientos de contradicción de tesis entre las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o entre Tribunales Colegiados de Circuito.

En cuanto a la perspectiva que se enfoca en el funcionamiento de los Poderes Judiciales, es conveniente resaltar tanto el tiempo que requieren para emitir sus resoluciones como la eficacia de las mismas.

En el primer caso, la velocidad con la cual los Tribunales resuelven los casos que se someten a su consideración, impacta directamente sobre la forma en la que se producen las relaciones sociales de esta manera, en un escenario en donde la acción de la justicia se presenta de manera tardía, los actores suelen incorporar esta variable a sus transacciones o a su comportamiento en relación con el cumplimiento de una

obligación, en consecuencia, se pueden presentar situaciones en donde un deudor puede optar por no pagar su deuda confiando en que la lenta acción del Poder Judicial hará que el costo de su obligación termine por reducirse y, asimismo genera en beneficio del deudor, una posición mucho más sólida para negociar una reducción de la deuda frente a un acreedor que no puede o no quiere invertir recursos en el cobro; en otro caso, las partes pueden terminar por aceptar cláusulas que plantean intereses moratorios excesivos como un mecanismo que puede desincentivar a un deudor a emplear la lentitud de los Tribunales como un factor en su favor.

Por otro lado, la eficacia del cumplimiento de los fallos emitidos por los Tribunales también impacta directamente sobre la forma en la que se realizan las transacciones en derecho privado.

En este caso, cuando se tiene certeza sobre el posible sentido de una resolución jurisdiccional, pero no se tiene seguridad de que la misma será ejecutada, la posición del actor se torna bastante precaria; en dicho supuesto nuevamente será necesario ponderar la conveniencia de invertir recursos para asegurar el cumplimiento de una obligación.

En suma, los Poderes Judiciales tienen como una de sus responsabilidades el coadyuvar a la generación de seguridad jurídica en un doble plano. En primer término, en el plano externo, pueden construir los mecanismos de certeza jurídica global al inscribirse como partes de un sistema que puede operar de manera articulada al compartir una visión fundamentada en los valores que inspiran la democracia, el Estado de derecho

y la economía de mercado; y desde el punto de vista interno, la seguridad jurídica que generan permite asegurar las operaciones globales de los actores económicos sobre bases de justicia y reciprocidad.

Todas estas ideas, no tienen otro fin que hacer de la globalización un proceso que vuelva la mirada al rostro humano que todo desarrollo histórico debe tener.

No es posible que los Tribunales del mundo pase-mos por alto que, al ser los principales responsables en la adjudicación de derechos y en la resolución de conflictos, no tengamos en cuenta lo que en el epígrafe de estas líneas se menciona: si no procuramos transformar la visión mercantilista de los derechos, hacia una perspectiva más humanitaria, estaremos faltando a los principios más profundos del pensamiento ilustrado, pero sobre todo, estaremos faltando a nuestra propia naturaleza de seres racionales.

## Bibliografía

BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, “La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación”, trad. de César Rodríguez, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Colombia, ILSA, Bogotá, 2002.

HELD, David, MCGREW, Anthony, GOLDBLATT David, PERRATON Jonathan, “Global Transformations”: Polito Press, 1999.

FIX FIERRO, Héctor, *Poder Judicial*, en “Transiciones y diseños Institucional”, González, Ma. del Refugio y López-Ayllón, Sergio, Editores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999.

III.  
ARGUMENTACIÓN  
JURÍDICA



**1. Efectos jurídico materiales  
de la sentencia firme y adversa  
a la administración pública según  
las disposiciones de la ley federal  
de procedimiento contencioso  
administrativo**

\* Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho.  
Maestro en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar.

## A. Introducción

La sentencia que se dicta en el proceso contencioso administrativo despliega sus efectos, tanto en el ámbito procesal, como en el de la relación jurídico material. En lo procesal, la sentencia tiene una eficacia ejecutiva, pues la decisión que contiene puede llevarse a los hechos venciendo cualquier oposición; y otra declarativa, que se traduce en las consecuencias de la cosa juzgada. En el ámbito de la relación jurídico material, la sentencia tendrá repercusión en aquellas realidades a las cuales se refiere la pretensión procesal, esto es, la actuación de la Administración Pública y las situaciones que de ella se derivan.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985, pp. 373 y 405. El proceso contencioso administrativo mexicano tiene un carácter impugnatorio de actos previos, de tal manera que la existencia de un precedente (actuación jurídica de la Administración Pública) constituye un presupuesto procesal ineludible. La actuación de la autoridad administrativa y su incidencia en las realidades de los administrados son, en efecto, el eje de la controversia jurídica que se plantea al conocimiento de los Jueces.

Esta configuración técnica del proceso contencioso administrativo es consecuencia de las prerrogativas que implica la denominada "autotutela administrativa". La Administración Pública —a diferencia de lo que ocurre con los particulares— tiene la facultad de innovar por sí misma, sin intervención de los Jueces, las relaciones jurídicas en las que participa, o bien, de resguardar sus intereses y cumplir sus cometidos sin necesidad de auxilio jurisdiccional.

El presente trabajo se refiere a la problemática de los efectos materiales de la sentencia firme y adversa a la Administración, es decir, aquella resolución jurisdiccional, definitiva y no recurrible, que establece la nulidad de las actuaciones administrativas e impone una prestación en beneficio del administrado. Las implicaciones de esta particular situación son distintas a las que plantea la sentencia favorable a la autoridad, ya que en esta circunstancia el acto impugnado se declarará válido, quedará firme, se legitimarán las consecuencias que de él derivan y, sobre todo, el cumplimiento de la sentencia no representará mayor problema, considerando que la Administración cuenta con todas las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico para hacer valer sus decisiones, incluso, venciendo la resistencia del demandante derrotado.

Diferente es la situación de una sentencia adversa a la autoridad administrativa, pues ésta deberá soportar todas las secuelas que se derivan de la declaratoria de nulidad y de las obligaciones que se le imponen. Ello supone, consecuentemente, una modificación en la relación jurídica administrativa y peculiares vicisitudes para el Juez y el administrado al momento de ejecutar la sentencia, ante todo, porque los efectos del fallo los soporta un ente investido de poder público.

Precisada la temática de este estudio, es necesario también advertir que, tratándose de un proceso que

---

La intervención de los Jueces tiene lugar en el momento preciso en que se debe analizar, conforme a derecho, la validez de los actos que ya ha producido la autoridad administrativa, y resolver sobre las pretensiones procesales que en relación a dichos actos formulan los administrados. Véase, GARCÍA DE ENTE-RRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 12a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, t. I, pp. 497 y ss.

conjuntamente juzga el valor jurídico de la actuación administrativa y la procedencia de las pretensiones procesales, la sentencia deberá abarcar, en primer término, las normas y principios que determinan la validez o invalidez —absoluta o relativa— de un acto de la Administración. Este análisis jurídico que contiene la sentencia del proceso contencioso administrativo hace necesaria una primera remisión a la teoría de las nulidades que se estudia en el derecho administrativo. Por otra parte, el estudio previo de dicho contexto teórico también sirve de sustento para comprender las implicaciones de la distinción entre sentencias que declaran la nulidad lisa y llana, y las que establecen una nulidad para efectos.

## **B. Excurso sobre las nulidades en el derecho administrativo**

### **a. Nulidad de actos administrativos**

Los actos administrativos pueden adolecer de nulidad absoluta o de nulidad relativa (anulabilidad). La primera se origina por un vicio especialmente grave, capaz de producir la total ineficacia jurídica del acto que lo contiene.<sup>2</sup> Este grado de invalidez advierte el incum-

---

<sup>2</sup> Miguel Acosta Romero manifiesta que "[...] la declaración que hacen las leyes de que la nulidad de pleno derecho no produce efectos jurídicos haría pensar que esta declaración tiene efectos automáticos, es decir, que por el sólo efecto de estar consignada en la ley, el acto no produce efectos, situación que consideramos totalmente apartada de la realidad". El autor citado destaca la necesidad de una declaración de la autoridad administrativa o judicial para que se destruyan los efectos que el acto nulo haya producido, sin dejar de considerar que en ciertas ocasiones dichos efectos no podrán eliminarse y será menester la búsqueda de otros procedimientos que reparen, en lo posible, las consecuencias

plimiento de los requisitos esenciales de los actos administrativos.<sup>3</sup>

La doctrina contempla las siguientes consecuencias jurídicas de la nulidad absoluta, que consideramos acordes y coherentes con la magnitud de los vicios que la acarrearán:

1) Ineficacia *ipso iure*. El acto administrativo absolutamente nulo no tiene aptitud jurídica para producir efectos de derecho, de tal modo que las consecuencias que persigue la Administración no tendrán sustento en el ordenamiento jurídico. Los funcionarios y administrados que constaten la causa de nulidad, aun cuando no exista sentencia judicial, legítimamente podrían desconocer a los actos viciados y resistirse a su cumplimiento.<sup>4</sup>

2) Imposibilidad jurídica de convalidación. El acto administrativo absolutamente nulo no puede ser objeto

---

del acto. Véase, ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del Derecho Administrativo. Primer curso*, 13a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 865-867.

En rigor, debe decirse que el acto absolutamente nulo es ineficaz, en cuanto *no tiene aptitud jurídica* para producir efectos de derecho, es decir, para *legitimar, justificar o fundamentar* las consecuencias jurídicas que la Administración pretende lograr. Es verdad que el acto nulo puede traducir resultados en los hechos, pues la Administración goza de prerrogativas suficientes de ejecución. Pero las secuelas del acto nulo no tendrán ningún cobijo en el derecho, de tal modo que la declaración de nulidad reestablecerá el orden jurídico violado, bien eliminando los resultados producidos por la actuación administrativa ilícita, bien reparando los perjuicios ocasionados a los administrados.

<sup>3</sup> Estos requisitos son: a) la competencia del órgano; b) la observancia de los presupuestos de hecho previstos por la ley para que el acto pueda ser dictado; c) el objeto y contenido lícitos; d) el acatamiento de las normas fundamentales del procedimiento administrativo; y, e) el cumplimiento de los fines previstos por el ordenamiento jurídico.

<sup>4</sup> Cfr. BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 164. GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los actos administrativos*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 411.

de convalidación, pues la gravedad del vicio obliga necesariamente a su extinción, sin que pueda admitirse la conformidad del administrado como mecanismo de sanación. No obstante, los actos independientes pueden mantenerse válidos y, asimismo, las partes del acto nulo que no adolezcan de vicio.

3) El acto absolutamente nulo no está cubierto por la presunción de legitimidad, ya que su vicio manifiesta una determinante ilegalidad que contradice dicha presunción.

4) La declaratoria de nulidad o la constatación del vicio produce siempre efectos *ex tunc*, es decir, se retrotrae al momento en que se dictó el acto viciado. Esto se explica porque el acto nunca tuvo aptitud para producir efecto jurídico alguno.

5) La declaratoria de nulidad tiene alcance *erga omnes*, ya que el acto nulo necesariamente debe desaparecer del mundo jurídico, sin que pueda admitirse la subsistencia de efectos respecto de cualquier interesado.

En el derecho mexicano, los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta de un acto administrativo se encuentran precisados en los párrafos segundo y tercero del artículo 6 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo:

El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; *será subsanable, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto*. Los particulares no tendrán obligación de cumplirlo y los servidores públicos deberán hacer constar su

oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa. La declaración de nulidad producirá efectos retroactivos.

En caso de que el acto se hubiera consumado, o bien, sea imposible de hecho o de derecho retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad del servidor público que la hubiere emitido u ordenado (Lo resaltado es del autor).

La disposición del párrafo segundo de la norma transcrita merece algunos comentarios, especialmente, porque un acto absolutamente nulo no podría ser subsanado. Si subsanar significa "Disculpar o excusar de un desacierto o delito", "Reparar o remediar un defecto", o bien, "Resarcir un daño",<sup>5</sup> ¿cómo podrían subsanarse groseros vicios como la incompetencia, la ilicitud del objeto o contenido, o la desviación de poder? La norma que se comenta, además, contiene una intrínseca contradicción, porque no es congruente hablar de invalidez —carencia de valor— con la posibilidad de subsanar, que implica reparar para dar validez y efecto jurídico.<sup>6</sup> De igual manera, es imposible armonizar la noción de subsanación con la disposición de que el acto nulo "no se presumirá legítimo ni ejecutable".

---

<sup>5</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 2101, t. II.

<sup>6</sup> Imaginemos un acto administrativo que, a guisa de "causa de utilidad pública", dispone la expropiación de un inmueble para construir un campo deportivo, el mismo que, a la final, no se destina al beneficio colectivo, sino al esparcimiento de los funcionarios de una secretaría. Este acto administrativo, que de ningún modo se adecua a la finalidad pública y a los presupuestos de hecho previstos por la ley, de ningún modo podría ser subsanado, y peor aun, sería tolerable insistir mediante un nuevo acto en las ilegalidades manifiestas que se cometieron. Simplemente, no existe causa de utilidad pública que autorice a la expropiación, y por ende, no es jurídicamente posible que subsista el acto viciado, ni que produzca efectos jurídicos. Sostener contrario comportaría admitir la consagración de una ilegalidad manifiesta, o bien, la absurda permisividad de que el ordenamiento jurídico tolere su propia violación.

En contraste, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo resulta más coherente con los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta antes expuestos. El literal c) de la fracción I del artículo 57, dispone que cuando la resolución impugnada esté viciada en cuanto al fondo, la autoridad no podrá dictar una nueva resolución sobre los mismos hechos, salvo que la sentencia le señale efectos que le permitan volver a dictar el acto. Por su parte, el inciso c) de la fracción II del artículo 58 contempla la posibilidad de incumplimiento de la sentencia por repetición de la resolución anulada, caso en el cual el Tribunal hará la declaración correspondiente, anulará la resolución repetida y prevendrá a la autoridad de que se abstenga de incurrir en nuevas repeticiones. Estas normas permiten observar que aquellos actos absolutamente nulos —como justamente son aquellos que incurren en violación de la ley o vicios de fondo, según la fracción IV del artículo 51— no pueden ser subsanados y tampoco la autoridad pública podría insistir en el mantenimiento de la situación o resultado ilícito creados por el acto administrativo anulado. Es por ello que la ley, precisamente, prohíbe la repetición del acto.

Especial interés merece el efecto *erga omnes* que la doctrina señala como propio de la declaratoria de nulidad absoluta de un acto administrativo. Advierten González Pérez y Vázquez Alfaro, que en el ordenamiento jurídico mexicano se aplica rígidamente el principio de "relatividad de las sentencias", y las leyes procesales administrativas —siguiendo la legislación de amparo— no establecen excepciones al postulado que afirma que la sentencia únicamente produce efectos

entre las partes.<sup>7</sup> En nuestra opinión, en lo que se refiere concretamente a los actos administrativos, es menester inclinarse por el efecto *erga omnes* de la declaratoria de nulidad absoluta. En primer término, es preciso considerar que el acto administrativo, por naturaleza, *resuelve sobre un asunto concreto y particular*, de tal modo que la declaratoria de nulidad extinguirá el acto, al tiempo que eliminará los efectos jurídicos que, en relación con dicho asunto en concreto, el acto pretendía lograr. Esto necesariamente implica un efecto *erga omnes*, pues resultaría absurdo que el acto declarado nulo —que, se insiste, se refiere a un *asunto concreto y particular*— se elimine para las partes que intervinieron en el proceso, pero quede vigente para quienes no lo hicieron.

En congruencia con lo afirmado, el efecto *erga omnes* de la declaratoria de nulidad evita que se produzcan situaciones anómalas al momento de restablecer el orden jurídico violado y hacer cumplir con lo resuelto en la sentencia. De admitirse que la sentencia sólo tiene efectos entre las partes, nada podría hacerse frente a terceros para restaurar los derechos del administrado que fueron vulnerados por el acto administrativo nulo. Si el acto administrativo viciado no tiene capacidad para producir consecuencias de derecho, la declaratoria de nulidad no puede circunscribirse únicamente a las partes, sino a todas las personas que pretendan hacer valer algún resultado del acto nulo. La solución del efecto *erga omnes*, es preci-

---

<sup>7</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Vázquez Alfaro, José Luis, *Derecho procesal administrativo federal*, México, Porrúa, 2007, p. 296.

samente la que permite restaurar el orden jurídico y reparar los derechos que se hayan vulnerado.<sup>8</sup>

En lo que se refiere a la nulidad relativa o anulabilidad, el artículo 7 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo dispone:

El acto declarado anulable se considerará válido; gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad; y será subsanable por los órganos administrativos mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la plena validez y eficacia del acto. Tanto los servidores públicos como los particulares tendrán obligación de cumplirlo.

El saneamiento del acto anulable producirá efectos retroactivos y el acto se considerará como si siempre hubiere sido válido.

Por su parte, el inciso b) del artículo 57 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, prevé también la posibilidad de subsanar actos viciados por la forma o por el procedimiento, pues aun cuando una sentencia no haya ordenado a la Administración dictar un nuevo acto o reparar los vicios de procedimiento, subsiste la facultad de reponer el acto reparando la transgresión de forma, o bien, de reanudar el procedimiento enmendando las infracciones cometidas.

Como puede observarse, la nulidad relativa refleja vicios susceptibles de reparación, cuya magnitud no

---

<sup>8</sup> Si un ciudadano, por ejemplo, fue despojado ilegalmente de un bien por parte de la Administración Pública mediante un acto administrativo absolutamente nulo, y posteriormente, aquel bien es adjudicado a otras personas, mal podría sostenerse que la sentencia no tenga efectos para los adjudicatarios cuando lo que se pretende es restituir el bien a su legítimo dueño.

trasciende hacia la total ineptitud del acto para producir efectos jurídicos. La anulación del acto administrativo viciado de nulidad relativa produce, por lo general, efectos *ex nunc*. No obstante, pueden admitirse efectos *ex tunc*, como en el caso de que el acto se haya agotado en una sola operación de aplicación, ya que su anulación exigirá la revisión de las consecuencias derivadas del acto, lo cual significa, por ende, una eficacia retroactiva de la declaratoria de anulación.<sup>9</sup>

### b. Nulidad de actos normativos

De conformidad con el artículo 2 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, sólo es posible impugnar mediante demanda contencioso administrativa normas jurídicas de rango inferior al reglamento, cuando sean autoaplicativas o el administrado las controvierta en unión del primer acto de aplicación. Esta disposición nos hace formular un interrogante básico: la declaratoria de nulidad de una Norma Jurídica de rango inferior al reglamento ¿comporta una expulsión del ordenamiento jurídico o sólo favorece a quien propone la respectiva demanda? Y en relación íntima con este interrogante, ¿tiene tal declaración efectos *erga omnes* o *inter partes*?

La Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo no contiene normas precisas que se refieran a los efectos de la declaratoria de nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general. No obstante,

---

<sup>9</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *op. cit.*, nota 4, p. 189.

en el artículo 52, fracción V, inciso c) se dispone que la sentencia definitiva podrá:

Declarar la nulidad del acto o resolución administrativa, caso en que *cesarán los efectos de los actos de ejecución que afectan al demandante, inclusive el primer acto de aplicación que hubiese impugnado*. La declaración de nulidad *no tendrá otros efectos para el demandante*, salvo lo previsto por las leyes de la materia de que se trate (Lo resaltado es del autor).

Esta norma podría considerarse repetitiva, pues la fracción II del artículo citado ya prevé la posibilidad de una declaratoria de nulidad lisa y llana, y es evidente que ésta hará cesar los actos de ejecución que afecten al demandante. María Concepción Martínez Godínez explica que esta repetición se debe a que la Cámara de Diputados realizó algunas "precisiones" al proyecto de ley que se presentó a su conocimiento el 19 de noviembre de 2003, las mismas que terminaron con una formulación imprecisa de la disposición que se comenta. Señala Martínez Godínez que la fracción IV del artículo 53 de dicho proyecto indicaba que la sentencia definitiva podría:

IV. Declarar la nulidad del acto o resolución administrativa de carácter general, caso en que cesarán los efectos de los actos de ejecución que afectan al actor, inclusive el primer acto de aplicación que hubiese impugnado. La declaratoria de nulidad sólo se referirá al caso concreto, sin que tenga un alcance general respecto a la disposición reclamada. Si el acto o resolución administrativa de carácter general anulado otorga beneficios o facilidades administrativas, éstos no serán aplicables a quien obtuvo su nulidad.

La autora citada observa que la disposición que actualmente consta en el inciso c) de la fracción V del

artículo 52 debió referirse a los denominados actos o disposiciones de carácter general, pero:

[...] lo cierto es que ahora tenemos un precepto con dos fracciones referidas a la declaratoria de nulidad de la resolución impugnada, la segunda fracción con precisiones de lo que parece corresponder al Contencioso Subjetivo, por esa razón pudiera pensarse que la otra fracción corresponde a una simple declaratoria de anulación, acorde con las facultades de un Contencioso Objetivo, en donde con la simple anulación del acto se colman las pretensiones del justiciable y, por tanto, cesan los efectos del acto administrativo que afectaban su esfera jurídica. Sin embargo, esa no fue la intención del legislador [...].<sup>10</sup>

A pesar de estas observaciones, la lectura atenta del confuso texto legal en comento permite inferir una intención de regular las consecuencias de la sentencia respecto de actos normativos, pues hablar de "actos de ejecución" y de "actos de aplicación" hace suponer que hay referencia a una norma. De ahí que la declaración de nulidad de un acto normativo de rango inferior al reglamento únicamente se limitará a hacer cesar los actos de ejecución y el primer acto de aplicación que afecten al demandante, sin otra consecuencia adicional. Bien podría sostenerse, entonces, que la Ley no prevé una declaratoria de nulidad con efecto *erga omnes* de una Norma Jurídica de origen administrativo o bien, su expulsión del ordenamiento jurídico.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> MARTÍNEZ GODINEZ, María Concepción, "La sentencia, sus efectos, su cumplimiento y la plena jurisdicción", *A los LXX años de la Ley de Justicia Fiscal*, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, agosto de 2006, pp. 289-293.

<sup>11</sup> Sin embargo, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa ha considerado que sus sentencias no tienen los mismos efectos particulares que las que se dictan en el juicio de amparo. Al resolver el caso de una resolución que impone o confirma medidas compensatorias —acto de carácter general— sostuvo que la declaración de nulidad de dicha resolución tiene efectos *erga*

## C. Nulidad lisa y llana y para efectos

### a. Nulidad lisa y llana

La nulidad lisa y llana supone que el acto impugnado es contrario a derecho y consecuentemente, inepto para producir efecto legal alguno. La sentencia que establece ese tipo de nulidad es de carácter declarativo: constata que el acto adolece de vicio insubsanable y, por tanto, lo elimina del mundo jurídico.

En atención al contexto de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y, precisamente, a lo que dispone la fracción IV del artículo 52, en concordancia con el artículo 51, tales vicios serían determinantes de *nulidad absoluta*: incompetencia, falta de cumplimiento del presupuesto de hecho previsto por la ley para dictar el acto, la desviación de poder (artículo 51, fracciones I, IV y V) y, en general, vicios de fondo.

Sin embargo, la ley, aun cuando exista una declaración de nulidad lisa y llana, deja a salvo la posibilidad del ejercicio lícito de las facultades de la Administración Pública. Es el caso previsto en el inciso a) de la fracción I del artículo 57, que dispone:

Tratándose de la incompetencia, la autoridad competente podrá iniciar el procedimiento o dictar una nueva resolución, sin violar lo resuelto por la sentencia, siempre

---

*omnes*. Como consecuencia, y en cumplimiento de la sentencia del Tribunal, la Secretaría de Economía dejó sin efecto las respectivas resoluciones, tal como puede verse en el *Diario Oficial de la Federación* de martes 24 de abril de 2007.

que no hayan caducado sus facultades. *Este efecto se producirá aun en el caso de que la sentencia declare la nulidad en forma lisa y llana* (Lo resaltado es del autor).

En rigor, como constata la norma citada, la imposibilidad de dictar el acto administrativo afecta únicamente a la autoridad incompetente, quien jurídicamente no está habilitada para dictarlo. Pero esta inhabilidad no se extiende a la autoridad competente, la cual podría emitir un nuevo acto, incluso, con el mismo contenido que el anulado.

De igual manera, una sentencia que declare la nulidad lisa y llana no obsta el ejercicio *lícito* de las facultades discrecionales de la autoridad administrativa, cuyo desempeño no puede condicionar el Juez.<sup>12</sup> Como dicen los dos últimos párrafos del inciso b) del artículo 57 de la ley:

Si la autoridad tiene facultades discrecionales para iniciar el procedimiento o para dictar una nueva resolución en relación con dicho procedimiento, podrá abstenerse de reponerlo, *siempre que no afecte al particular que obtuvo la nulidad de la resolución impugnada*.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Sin embargo, como queda resaltado, el ejercicio de las facultades discrecionales debe ser *lícito*. Si la Administración Pública decide dictar un nuevo acto administrativo o se obliga a reponerlo en el caso del inciso d) de la fracción I del artículo 57 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, debe respetar elementos estrictamente reglados, como son la competencia, el acomodamiento a los fines previstos en el ordenamiento jurídico, la constatación de los hechos que condicionan el ejercicio de las facultades discrecionales, la conformidad con los principios generales del derecho y el acatamiento de los requisitos de fundamentación y motivación. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 1, pp. 475-485.

<sup>13</sup> Según la norma que se cita, este condicionante que se expresa en la frase "siempre que no afecte al particular que obtuvo la nulidad de la resolución impugnada" supone, necesariamente, que ya no existen facultades discrecionales. En efecto, si está en juego un derecho para exigir que se inicie un procedimiento

Los efectos que establece este inciso se producirán sin que sea necesario que la sentencia lo establezca, *aun cuando la misma declare una nulidad lisa y llana* (lo resaltado es del autor).

## b. Nulidad para efectos

De conformidad con la fracción II del artículo 52 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la sentencia definitiva puede:

III. Declarar la nulidad de la resolución impugnada para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, debiendo reponer el procedimiento, en su caso, desde el momento en que se cometió la violación.

Por su parte, la fracción IV del artículo citado establece:

IV. Siempre que se esté en alguno de los supuestos previstos en las fracciones II y III, del artículo 51 de esta Ley, el Tribunal declarará la nulidad para el efecto de que se reponga el procedimiento o se emita nueva resolución; en los demás casos, cuando corresponda a la pretensión deducida, también podrá indicar los términos conforme a los cuales deberá dictar su resolución la autoridad administrativa.

Como puede observarse, la declaratoria de nulidad para efectos constata una *invalidéz relativa* y tiene lugar cuando se constatan los vicios de ilegalidad previstos en las fracciones II y III del artículo 51 de la Ley, es decir:

---

y se dicte una resolución, la Administración no podría decidir discrecionalmente sobre estos aspectos.

- I. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.
- II. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

Según señala Iturbe Rivas, la declaratoria de nulidad para efectos comporta una sentencia de condena, pues obliga a la autoridad administrativa demandada a hacer algo, esto es, a dictar una nueva resolución administrativa o reponer el procedimiento, lo cual sucede, según el caso, cuando es la propia resolución impugnada la que adolece de vicios de forma, o cuando la ilegalidad se cometió durante el desarrollo del procedimiento que culminó con el acto impugnado.<sup>14</sup>

La declaratoria de nulidad para efectos, como ya se dijo, aprecia la existencia de vicios de nulidad relativa, es decir, de aquellos que no comportan una violación de los requisitos esenciales de los actos administrativos. Entendemos que en estos casos la sentencia de anulación producirá el efecto de privar de eficacia al acto declarado ilegal, no obstante lo cual, éste podrá mantenerse si el vicio del que adolece es subsanado por la autoridad administrativa demandada. Precisamente, la sentencia correspondiente puede imponer a la Administración Pública la obligación de reparar la ilegalidad cometida para que se conserve el acto.

Es importante destacar, en atención a lo que disponen las fracciones II y III del artículo 51 de la Ley

---

<sup>14</sup> ITURBE RIVAS, Arturo, *Elementos de Derecho Procesal Administrativo*, México, Porrúa, 2004, p. 190.

Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, que la omisión de formalidades o vicios de procedimiento producirán la nulidad para efectos siempre que se "afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada". No se trata, por tanto, de cualquier vicio de forma o de procedimiento, sino de aquellos que, ocasionando un estado de indefensión en el administrado, sean capaces de incidir decisivamente en el sentido de la resolución administrativa.

De un análisis del contexto normativo del artículo 51 de la Ley —precisamente considerando los casos en que la norma no considera que se vulneran las defensas del particular— puede afirmarse que este estado de indefensión se produciría cuando la administración pública, por acción u omisión que constituya infracción de forma o de procedimiento, priva al administrado de algún elemento constitutivo del derecho de defensa, como puede ser el derecho de audiencia, de ofrecer prueba, de que esta prueba sea considerada para efectos de la resolución, etcétera. La consecuencia de tal acción u omisión debe ser una decisión que pugne con la verdad de los hechos o que no satisfaga debidamente el derecho del administrado.<sup>15</sup>

De conformidad con el artículo 52 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, cuando la sentencia ordena a la Administración Pública realizar un determinado acto o iniciar un procedimiento, la autoridad debe hacerlo dentro del plazo de cuatro meses

---

<sup>15</sup> Sea el caso de un contribuyente que reclama la devolución de una contribución o tributo indebidamente pagado, y en sustento de su pretensión, presenta documentos sobre retenciones en la fuente que no se toman en cuenta por parte de la Administración, lo cual deviene en una resolución que niega la devolución.

contados a partir de que la sentencia quede firme. Dentro del mismo tiempo, la autoridad debe emitir una resolución definitiva, "... aun cuando, tratándose de asuntos fiscales, hayan transcurrido los plazos señalados en los artículos 46-A y 67 del Código Fiscal de la Federación". Esto último se debe a que dichas normas del Código Fiscal establecen que cuando el contribuyente ha promovido un proceso, y hasta que exista sentencia, se suspenderá el plazo de caducidad previsto para el ejercicio de las facultades de comprobación que tiene la Administración Tributaria.

En caso de que la autoridad administrativa no dicte una resolución definitiva en los plazos previstos en el citado artículo 52, se produce la caducidad de sus facultades, a menos que tal resolución, con motivo de la sentencia, sea necesaria para conferir una prestación, reconocer un derecho o abrir la posibilidad de obtenerlo.

Especial referencia merece la disposición de la fracción II del artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, que alude a la "ausencia de fundamentación o motivación". En este caso, al tenor de la fracción IV del artículo 52, se entiende que la sentencia declarará la nulidad para efectos. En principio, la ausencia de fundamentación o motivación es contraria a la garantía prevista en el artículo 16 constitucional, de tal modo que parecería que un acto administrativo que carezca de fundamentación y motivación debe calificarse como absolutamente nulo, precisamente, por ser inconstitucional. No obstante, conforme explica Iturbe Rivas, perfectamente puede ocurrir que la autoridad administrativa tenga la obligación inexcusable de dictar un acto administrativo que resuelva sobre un asunto, caso en el cual no podría eximirse del deber

de resolver que le impone el ordenamiento jurídico. Igual circunstancia se presenta en los casos en que existe una solicitud del administrado, ya que de conformidad con el derecho constitucional de petición, la autoridad debe dictar una resolución. Lo lógico, por consiguiente, es que la sentencia que dicte el Tribunal sea para los efectos de que se dicte un acto debidamente motivado y fundamentado que resuelva el asunto sometido a decisión de la autoridad administrativa.

Por el contrario, cuando la autoridad administrativa actúa en ejercicio de facultades discrecionales, el juzgador no podrá ordenar que la Administración Pública dicte un nuevo acto o cumpla con alguna disposición. Es evidente que si existe una facultad discrecional y en su ejercicio se dictó un acto viciado, la sentencia deberá limitarse a declarar la nulidad lisa y llana, pero no la nulidad para efectos. Esto porque el Juez únicamente habla en nombre del Derecho, de tal forma que no puede sustituir los criterios de oportunidad y conveniencia cuya aplicación el ordenamiento reserva a la Administración.<sup>16</sup>

#### **D. Reconocimiento o reparación de derechos**

Cuando se trata de pretensiones procesales de plena jurisdicción, la sentencia adversa a la Administración Pública, además de contener una declaración de invalidez del acto impugnado, puede tener un carácter

---

<sup>16</sup> Cfr. ITURBE RIVAS, Arturo, *op. cit.*, nota 14, pp. 191-192.

constitutivo o un carácter condenatorio. Es constitutivo cuando la sentencia establece la existencia de un derecho subjetivo del administrado demandante. Es condenatorio cuando se dispone que la autoridad administrativa repare un derecho violado (artículo 52, fracción V, incisos a) y b) de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo).

En estos casos consideramos que la sentencia, en cuanto constata la invalidez de un acto que lesiona o no reconoce un derecho, contendrá una declaración de nulidad lisa y llana, a la cual se suma la disposición de que la autoridad dicte todas las providencias necesarias para que se respete el derecho reclamado.<sup>17</sup> Tal acto administrativo, por ser incompatible con la efectiva vigencia de un derecho subjetivo del administrado, debe necesariamente extinguirse, sin posibilidad de convalidación.

## E. Reflexiones finales

La doctrina de invalidez que se estudia en el derecho administrativo constituye el sustento teórico que permite entender el alcance de las sentencias que declaran la nulidad lisa y llana o la nulidad para efectos de un acto de la Administración Pública. Dicho elemento doctrinario también es de necesaria consideración en el momento en el que la autoridad administrativa procede a dar cumplimiento a la sentencia que dicta el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

---

<sup>17</sup> Cfr. LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal*, 9a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 300.

Sin embargo, como se observó oportunamente, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, precisamente respecto de la nulidad absoluta de los actos administrativos, muestra algunos errores en los cuales no incurre la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. En nuestro criterio, esta última ley demuestra un mayor rigor lógico en el tema de la invalidez y, sobre todo, es más coherente con las exigencias de la justicia.

En lo que se refiere a la declaratoria de nulidad de actos normativos distintos de los reglamentos, es necesario que el legislador reforme el inciso c) de la fracción V del artículo 52 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, con el fin de aclarar el efecto de la sentencia que anula dichos actos. Consideramos que en estos casos el efecto de la declaración de nulidad contenida en la sentencia debe ser *erga omnes*. Debe tenerse presente que las disposiciones administrativas de carácter general (como los instructivos, circulares, etcétera) tienen un valor normativo muy modesto y, sobre todo, su eficacia se circunscribe al interno de la Administración, sin que puedan obligar a los administrados.<sup>18</sup> Admitir en estos casos un carácter *erga omnes* de la sentencia de nulidad permitiría evitar abusos y sería favorable a la necesaria seguridad que los ciudadanos deben tener en la aplicación de las normas jerárquicamente superiores.

---

<sup>18</sup> Véase, Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 199.

## Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del Derecho Administrativo. Primer curso*, 13a. ed., México, Porrúa, 1997.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, TOMÁS, Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 12a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, t. I.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *Derecho procesal administrativo federal*, México, Porrúa, 2007.
- ITURBE RIVAS, Arturo, *Elementos de Derecho Procesal Administrativo*, México, Porrúa, 2004.
- LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal*, 9a. ed., México, Porrúa, 2006.
- MARTÍNEZ GODINEZ, María Concepción, "La sentencia, sus efectos, su cumplimiento y la plena

jurisdicción", *A los LXX años de la Ley de Justicia Fiscal*, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, agosto de 2006

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.



## **2. La cuestión prejudicial de interpretación y su legitimidad democrática en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea**

---

Juan Manuel Gómez Rodríguez\*

\* Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

*{...} El modo en que los valores y principios convivan ya no es un problema de la ciencia constitucional, sino de la política constitucional.*

*Gustavo Zagrebelski*

## **A. Introducción**

La primera inquietud y duda que genera el título de este trabajo es ¿Debe un instrumento de cooperación y diálogo entre el Tribunal de Justicia europeo y los Jueces nacionales tener legitimidad democrática? La pregunta puede aparentar ser ociosa en la medida en que se considere que la función jurisdiccional no se corresponde con una función de carácter democrático o si se quiere, no debe confundirse con una función política o que tenga por efecto la adopción de decisiones de carácter vinculante para todos los miembros de la Comunidad que, dado su impacto en la vida cotidiana, deberían ser discutidas en el debate vigoroso, desinhibido, abierto, y que se instituye en el seno de la representación política.

Sin embargo, la respuesta a esta pregunta depende en gran medida de la concepción que tengamos de la

función jurisdiccional y de la legitimidad democrática. El presente trabajo pretende demostrar que la cuestión prejudicial de interpretación ha sido utilizada no sólo como un instrumento jurídico de cooperación y colaboración entre el Tribunal de Justicia Europeo y los Jueces nacionales para la aplicación del derecho comunitario en el ámbito interno, sino como un instrumento político cuyo objetivo ha sido crear un marco constitucional semejante al del Estado Federal para la Unión Europea.

El objetivo que nos hemos fijado con este trabajo es demostrar que el Tribunal de Justicia europeo al actuar en el marco de la cuestión prejudicial de interpretación no sólo ha llevado su actividad más allá del marco establecido en los tratados sino que, con la colaboración y participación activa de los Tribunales nacionales, especialmente del Tribunal Constitucional alemán, se ha constituido en el creador de principios y reglas generales de actuación, que han alterado el principio de división de poderes y el sistema de fuentes en el ámbito interno de los Estados miembros, y creado una verdadera revolución jurídica<sup>1</sup> al establecer una comprensión

---

<sup>1</sup> Teniendo en cuenta los matices que deben presidir la utilización del calificativo de "activista" en referencia a tal activismo en clave de integración que debe distinguirse respecto al control laxo en relación a las instituciones comunitarias. Al respecto *Vid* TRIDIMAS, T. (1996) "The Court of Justice and Judicial Activism" en *European Law Review*, núm 3, p. 200, en el mismo sentido dando cuenta de la actitud en exceso activista del Tribunal, NEILL, P. (1995) "The European and Court of Justice: A Case Study in Judicial Activism", en *European Policy Forum*, Londres; HARTLEY, T. (1995) "The European Court, Judicial objectivity and the Constitution of the European Union" *Law Quarterly Review*, pp. 95 y ss.; por otra parte, negando cualquiera estrategia que haya existido o que exista cualquier tipo de agenda o programa judicial por parte del Tribunal de Justicia, KEELING, D. (1998) "In Praise of Judicial Activism. But What does it Mean? And has the European Court of Justice Ever practised it?", en *Scritti in Onore di G.F. Mancini*, vol. II, Milan Giuffrè, pp. 507 y ss. Así como el trabajo de EDWARD, D. A. (1996)

material de legitimidad democrática en el ámbito europeo que, gradualmente, afecta y debilita el papel que juega la legitimidad democrática representativa<sup>2</sup> como elemento constitucional inherente a los Estados miembros.

Otra lectura radical a este elemento constitucional sería que la falta de legitimidad democrática inherente a las funciones legislativas que desarrollan los Tribunales

---

"Judicial Activism: Myth or Reality" en *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in Honour of Lord Mackenzie Stuart*. Hampshire, Trenton Publishing, pp. 30 y ss y, finalmente, respecto a la política de integración en clave negativa dirigida a la eliminación de las legislaciones nacionales discriminatorias favoreciendo la desregulación y la liberalización comercial, SHAPIRO, M. (1999) "The European Court of Justice" en *The Evolution of EU Law*. CRAIG P., y G. DE BURCA, Oxford University Press, p. 341.

<sup>2</sup> Como el Tribunal Constitucional alemán se ha encargado precisamente de señalar en su sentencia *Solange I* y en la sentencia de Adhesión al Tratado de *Maastricht* que analizaremos con más profundidad en el capítulo II de este estudio. Para un tratamiento riguroso de la democracia como principio constitucional me remito a BÖCKENFÖRDE E.W. (2000) "La Democracia como principio constitucional", en *Estudios sobre el Derecho y la Democracia* (Trad. R. De Agapito), Madrid, Trotta, pp. 47 y ss. Para este ilustre jurista alemán "con independencia de la forma en que pueda aparecer, la legitimidad democrática del ejercicio del poder del Estado, *tiene siempre que partir del pueblo y tiene que poder reconducirse a él*. No basta que se refiera a algunos grupos o a una pluralidad de hombres. El concepto de pueblo, como punto de partida y como referencia de legitimación democrática, es un concepto fundamental de la democracia". Como tendremos oportunidad de ver fue en este punto en el que incidió precisamente el Tribunal Constitucional alemán cuando afirmó en su sentencia *Solange I*, que la Comunidad no era un Estado y no tenía como sus objetivos la legitimidad democrática, así como en la sentencia *Maastricht* respecto a que la Comunidad no tenía un pueblo como referente, de ahí que algunos autores hayan modificado esta premisa del principio democrático por la *de espacio constitucional europeo*. Vid. CRUZ VILLALÓN, P. (2004) *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid, Trotta, pp. 13 y 75; o de espacio público europeo HÄBERLE, P. (1998) "¿Existe un espacio público europeo?", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, Madrid, CEPC, pp. 113 y ss., o bien de la formación de una esfera pública como efecto y no como presupuesto de una Constitución Vid FERRAJOLI, L. (2004) "De la Carta de Derechos a la formación de una esfera pública europea" en CARBONELL, M., y P. SALAZAR (eds.) *La Constitucionalización de Europa*, México, IJ UNAM, pp. 75 y ss.

Constitucionales en su función de control constitucional, ha sido trasladada al ámbito comunitario. Esta situación podría tener su explicación en el fracaso de las democracias y de la política en particular en la Europa continental después de la Segunda Guerra Mundial, lo que favoreció la necesidad de un mecanismo de control distinto a los mecanismos de control político: la justicia constitucional. De esta forma, la dificultad de justificar desde una perspectiva democrática la actuación de la justicia constitucional en Europa se trasladaría también al ámbito comunitario.<sup>3</sup>

En ese sentido, este estudio busca sostener que los ciudadanos europeos están sometidos a normas individuales que no son deducidas por leyes democráticas, y a reglas y principios generales que no son adoptados democráticamente y que tienen su origen en la cuestión prejudicial de interpretación.<sup>4</sup>

Se ha escogido el análisis de la cuestión prejudicial porque aunque se reconoce que los tratados establecen diferentes instrumentos y recursos jurisdiccionales que conforman el sistema judicial inherente a las

---

<sup>3</sup> En ese sentido, de acuerdo con CRUZ VILLALÓN, P., La Unión ha vivido hasta ahora esencialmente de una "democracia refleja" (constitucionalización heterónoma) es decir, recibida de la propia de los Estados miembros, en forma de un proceso que ha sido calificado de "osmosis". La calidad concretamente de la democracia europea ha sido, así a su vez, reflejo de la calidad de las democracias nacionales. CRUZ VILLALÓN, P., (2004), *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, op. cit., p. 39.

<sup>4</sup> Esta idea puede explicarse mejor en la medida que se acepte que aún en la actualidad no se tiene una comprensión clara de las consecuencias de significar a la Constitución como Norma Jurídica así como de otorgar el control de su regularidad a Tribunales especializados i.e., de privilegiar un control judicial en lugar de un control legislativo respecto de actos que tienen una naturaleza esencialmente política.

actividades del Tribunal de Justicia europeo, en nuestra opinión, ha sido la actividad desarrollada por el Tribunal de Justicia en el ámbito específico de la cuestión prejudicial la que ha sido fundamental para articular el proceso de integración comunitario hacia la construcción de un marco constitucional supranacional.

La hipótesis que se tiene es que la cuestión prejudicial de interpretación se ha convertido no sólo en un control supranacional de los actos y leyes nacionales; sino en un instrumento para la realización de políticas judiciales supranacionales al estilo de las realizadas por los Tribunales Constitucionales, así como en un elemento articulador constitucional supranacional que el Tribunal de Justicia ha utilizado para perfilar un modelo material de Constitución y federal de organización, a través del establecimiento de principios y reglas generales de actuación que condicionan el principio democrático<sup>5</sup> y frenan el avance de la Unión Europea, de una comunidad económica regida por reglas de origen jurisprudencial, a una comunidad política, regida por reglas de origen democrático.

En esta interacción entre derecho comunitario y derechos nacionales, entre el Tribunal comunitario creador

---

<sup>5</sup> El condicionamiento en este caso sería en la actividad del legislador no sólo respecto a los criterios que el Tribunal ha emitido para la aplicación del derecho comunitario *a posteriori* en los ordenamientos nacionales, sino también *a priori* en su elaboración por las instituciones comunitarias. Para AHUMADA RUÍZ, M., que la existencia de jurisdicción constitucional altera la dinámica del juego democrático es claro. {...} resulta innegable que su presencia y actividad tienen el efecto de influir no sólo sobre el modo en que se comportan tales actores sino también sobre la manera en que se conduce el debate político y sobre sus resultados. AHUMADA RUÍZ, M., (2005), *La Jurisdicción Constitucional en Europa*, Madrid, Aranzadi, Thomson Civitas, p. 69.

de doctrina jurídica vinculante y los Jueces de los Estados miembros encargados de su aplicación operativa, la necesidad de explicar la legitimidad democrática de su función,<sup>6</sup> para la adopción de decisiones judiciales en el contexto de la cuestión prejudicial de interpretación, estaría justificada ante la imposibilidad real y efectiva de su control por parte de los Parlamentos nacionales o del Parlamento europeo que, precisamente, caracteriza a este tipo de decisiones.<sup>7</sup>

Aquí es importante realizar una precisión, si bien la jurisdicción supranacional comunitaria desde la perspectiva de la cuestión prejudicial de interpretación suele caracterizarse como un diálogo de colaboración y no propiamente como una jurisdicción en sentido estricto, en nuestra opinión, más allá de hablar de un diálogo, debe hablarse de un debate, de una disputa, de

---

<sup>6</sup> La legitimidad no necesariamente coincide con el concepto de democracia, en ese sentido, es posible considerar dos nociones de legitimidad; con referencia a instituciones o sistemas, la noción de legitimidad formal o legal, supone que todas las exigencias legales se han satisfecho en el establecimiento de la institución o sistema, en cambio con referencia a la sociedad y a los ciudadanos que la integran, la noción de legitimidad social presupone una aceptación social del sistema amplia y empíricamente comprobada, es a esta última a la que nos referimos. Al respecto *Cfr.* H. H. WEILER, J., (1995), *Europa Fin de Siglo*, Madrid, CEC, pp. 106 y ss.

<sup>7</sup> En ese sentido, se coincide con SIMON, H., en que los poderes públicos afectados, en este caso los parlamentos nacionales, carecen de la posibilidad de defenderse contra la limitación de su libertad de deliberación política y de apreciación democrática, mediante la extensiva interpretación constitucional por parte de una instancia superior. *Vid.* SIMON, H., (1996), "La jurisdicción constitucional" en BENDA, E. *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, p. 846. Para ÓLINGHER, T., en su mayor parte "son las decisiones prejudiciales las que han desarrollado e impulsado la constitucionalización de la Unión Europea. *Vid.*, ÖHLINGER, T., (2004), "La influencia del derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de americanización del Derecho europeo," en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*", vol. 8, Madrid, CEPC, p. 372.

una confrontación, de un contrapunto<sup>8</sup> que se asemeja más a una negociación<sup>9</sup> y que indudablemente enriquece, orienta y dirige la aplicación de un nuevo derecho, el derecho comunitario europeo.

La justificación del estudio de la cuestión prejudicial de interpretación y su legitimidad democrática se sustentaría en la necesidad de brindar alternativas al proceso de constitucionalización europeo,<sup>10</sup> es decir, pasar de un constitucionalismo jurídico en el que los Jueces son los principales actores a un constitucionalismo plural, multidisciplinario y cuya base sea la sociedad.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Vid POIARES MADURO, M., (2003) "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea *Revista de Estudios Políticos*, CEPC, núm. 119, pp. 12 y ss.

<sup>9</sup> En el sentido señalado por ALTER K. (2001) *Establishing the supremacy of European Union Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, University Press, pp. 38 y ss. Esta autora ha descrito este proceso no tanto como un diálogo entre jueces, sino como una *negociación* en la que ambas partes ceden posiciones, pero también asumen poderes.

<sup>10</sup> Por proceso de constitucionalización europeo, nos referimos al carácter esencialmente evolutivo que muestra la peculiar construcción de una "Constitución Europea" por el Tribunal de Justicia, *i.e.*, que su orden básico no es un orden fijo previamente dado, sino que se encuentra en un constante proceso de crecimiento y conformación. Vid., CRUZ VILLALÓN, P., (2004), *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, *op. cit.*, p. 32. También puede considerarse a la constitucionalización para describir el campo jurídico o la transformación que ha tenido lugar en los ordenamientos jurídicos continentales europeos a partir de 1945. Vid CRAIG P., (2001) "Constituciones, Constitucionalismo y la Unión Europea", en GARCÍA DE ENTERRÍA E., y R. ALONSO GARCÍA, (Dir.) *La encrucijada constitucional de Europa*, Madrid, civitas, pp. 230 y ss.

<sup>11</sup> Por constitucionalismo entendemos para los efectos de este trabajo, los intentos jurídicos para establecer una "constitución" o límites que regulen el ejercicio del poder político, *cf.* TAMAYO Y SALMORÁN, R., (2002), *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, p. 92. En ese sentido, para SÁNCHEZ VIAMONTE, C., la principal o fundamental pretensión del constitucionalismo es la sustitución del poder personal {...} por el poder impersonal del derecho que se manifiesta en las cláusulas de una Constitución escrita o cristalizada en las costumbres, en las *conventions* o en los *precedentes judiciales*. SÁNCHEZ VIAMONTE, C., (1955), "Constitucionalismo", en *Enciclopedia jurídica Omaba*, t. III, Buenos Aires, Editorial bibliográfica Argentina. Los términos

La idea que subyace a nuestro planteamiento, es que este modelo de constitucionalismo de tendencia jurisprudencial estaría en vísperas de su agotamiento funcional, en parte, porque ya no respondería de forma eficiente a las necesidades de regulación uniforme<sup>12</sup> de una realidad supranacional en constante transformación ante las insuficiencias de información así como de herramientas de conocimiento adecuadas en ámbitos complejos de actuación como la economía, las finanzas, la salud o el medio ambiente o en contextos multidisciplinarios de interacción de diversos ámbitos del conocimiento especializados<sup>13</sup> y, desde otro enfoque, porque

---

Constitucionalismo y constitucionalización tienen una connotación especial en el Derecho de la Unión Europea. Se refieren a la transformación de la Comunidad que pasa de ser de orden jurídico internacional a ser de orden jurídico constitucional. Vid. H. H. WEILER, J., (1995) "Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decisión", *European Law Journal*, vol. 1, núm. 219, pp. 221 y ss.

<sup>12</sup> En ese sentido, CRUZ VILLALÓN, P., (2005), "De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión", en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 13, pp. 35 y ss., ha señalado carencias de eficacia y uniformidad del planteamiento de la cuestión prejudicial, entre otras, que ante el incremento del número de asuntos, el Tribunal de Justicia no podría responder en un tiempo razonable y útil a las cuestiones planteadas. Esta situación generaría que el Tribunal emitiera jurisprudencia con un peso normativo reducido (jurisprudencia pobre), la que al ser vaga y abierta provocaría un comportamiento discrecional por parte de los Jueces nacionales en el marco de la aplicación del derecho comunitario. Los inconvenientes que presenta esta jurisprudencia y que ha referido el mismo autor, son que al ser vaga y abierta, el órgano jurisdiccional nacional puede resolver en un sentido o en el contrario con la sentencia prejudicial en la mano; el justiciable se encuentra en la misma situación de incertidumbre; se reduce y desvanece el valor añadido de la intervención del Tribunal de Justicia; la seguridad jurídica y la uniformidad sufren, dado que los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros podrán interpretar y aplicar dicha jurisprudencia en sentidos muy diferentes y. disposiciones precisas que tienen efecto directo pueden diluirse en interpretaciones excesivamente generales que se traducen en soluciones divergentes.

<sup>13</sup> JOERGES, C., (2005), "¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución Económica Europea?", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, Madrid, CEPC, p. 37, a propósito de la intervención del Tribunal de Justicia en

los criterios estrictamente jurídicos resultan limitados para brindar soluciones apropiadas a los complejos problemas que implica satisfacer las crecientes exigencias de información, participación y acceso a los procedimientos de toma de decisiones que emergen de una sociedad civil plural, compleja y diversa en un contexto supranacional.<sup>14</sup>

Por ello, para satisfacer a los requerimientos y exigencias del pluralismo democrático efectivo y de un

---

la interpretación de las disposiciones del Pacto de Estabilidad y Crecimiento en el ámbito de las políticas fiscales y monetarias, ha señalado que "Quizá nosotros los juristas, no deberíamos tener responsabilidad alguna sobre decisiones en las que nos arriesgamos a contribuir al descrédito del derecho". En el mismo sentido, HERDEGEN, M. J., (1968), "Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Unión: The Law as Guardian of Economic Wisdom" en *Common Market Law Review*, núm. 35, pp. 9 y ss., refiere que "En un campo tan fuertemente acaparado por un conocimiento no experto en derecho y tan difícil de prever con anterioridad mediante criterios estables y bien fundados como éste, existen poderosas razones para ser cautos acerca de la adopción de decisiones a través del derecho".

<sup>14</sup> Detrás de esta visión subyace el hecho de que las soluciones brindadas a través del mecanismo de la cuestión prejudicial de interpretación tienen el efecto de reducir la deliberación y la búsqueda de soluciones a los complejos problemas que plantea el proceso de integración a un marco de deliberación entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales, sin perjuicio de considerar sólo de forma indirecta los argumentos de las partes, de grupo de interés o de la sociedad civil en su conjunto, esto es, de no considerar los argumentos económicos, políticos y sociales que sólo alcanzan un alto grado de inclusión en una deliberación más amplia a la del discurso jurídico. Para POIARES MADURO, M., (2003), "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea", *op. cit.*, p. 31, "El basar la legitimidad del derecho de la Unión Europea en una circunscripción de actores que forman la comunidad jurídica europea hace surgir el problema de la *participación* en esa comunidad. La judicialización de la integración europea impone una carga especial sobre la legitimidad del derecho de la Unión Europea y del papel desempeñado por los Tribunales. De manera similar, la búsqueda de esa legitimidad a través de mecanismos de representación y participación proporcionados a los litigantes particulares por el proceso judicial requiere de esos mecanismos que sean sujetos de análisis y control democráticos. {...} El asunto requiere la extensión de la democracia en Europa al problema de *cómo democratizar los diálogos judiciales y jurídicos* en la Unión Europea."

espacio público de deliberación política, en una sociedad compleja, supranacional y diversa, como es la conformada en los contornos de la nueva Europa, se impone una nueva comprensión del papel de la sociedad civil en el proceso de construcción europea y una recuperación del ámbito político en beneficio de sus ciudadanos.

Para sustentar adecuadamente este trabajo, lo hemos dividido en dos capítulos: en el primero vamos a referirnos al control de constitucionalidad en Europa; las razones para un control concentrado y sus diferencias con la *Judicial Review*, las objeciones realizadas a la justicia constitucional y las razones esgrimidas para su justificación, la transformación del sistema constitucional y trataremos de relacionar dicha transformación con el surgimiento de la cuestión prejudicial de interpretación en el ámbito comunitario.

En este capítulo utilizaremos como herramientas de análisis, las aportaciones que desde el derecho constitucional, la ciencia política y el derecho comunitario se han hecho para intentar explicar las causas de la creación del control de constitucionalidad, los argumentos y razones expresados para la comprensión de su legitimidad democrática, la transformación del ordenamiento constitucional a través de la realización de políticas constitucionales de índole judicial, y trataremos de establecer su influencia como n para el desarrollo y funcionamiento de la cuestión prejudicial de interpretación y las consecuencias de entender este instrumento como elemento bisagra del ordenamiento comunitario europeo.

En el segundo capítulo, vamos a analizar las funciones desarrolladas por el Tribunal de Justicia, a través, de la cuestión prejudicial de interpretación orientando nuestro trabajo a clasificar y describir la jurisprudencia

del Tribunal de Justicia en función de la creación de principios y reglas generales de actuación. Para ello, nos serviremos como herramienta de comparación de las sentencias más relevantes emitidas por el Tribunal Constitucional alemán en el peculiar debate y contrapunto sostenido con el Tribunal de Justicia respecto a la naturaleza del proceso de integración, y trataremos de ofrecer una reflexión acerca de su posible influencia en la conformación de una Comunidad material de derecho y un modelo federal para la Unión que limitarían la posibilidad de una democratización a corto o mediano plazo del proceso de integración. En este capítulo pretendemos evidenciar que las funciones desarrolladas por el Tribunal han creado un contexto de constitucionalización y europeización de los derechos constitucionales nacionales, que poco a poco ven erosionadas sus funciones y atribuciones, en el ámbito de garantizar la democracia como principio esencial del Estado de derecho, en beneficio de la emergencia de un nuevo derecho supranacional, el derecho comunitario europeo que no reconoce las condiciones esenciales para la subsistencia del Estado social y democrático de derecho que ha imperado hasta ahora en Europa.

## **B. La Justicia Constitucional y su influencia en la cuestión prejudicial de interpretación**

### **a. El control de constitucionalidad en Europa como antecedente a la cuestión prejudicial**

Antes de empezar, debo advertir que no es el objeto de este apartado dar cuenta exhaustiva de todos los

rasgos del control de constitucionalidad que darían material para más de un trabajo, sino ofrecer un panorama general que permita una comprensión suficiente del mismo y de algunas de sus características que considero influyen en la estructura de la cuestión prejudicial comunitaria.

Suele asociarse el constitucionalismo a la idea de límites al poder<sup>15</sup> establecidos en función de garantizar derechos y libertades a los individuos. Así, la Constitución se concibe como la norma que establece los principios que fundamentan la existencia de una comunidad política, señalando el procedimiento y los límites que deben orientar la toma de decisiones colectivas. Al ser patrón de su legitimidad, la Constitución no es susceptible de modificarse respecto de tales decisiones.

Tanto la naturaleza sustantiva u objetiva como el grado de respaldo de estas decisiones constitucionales

---

<sup>15</sup> FIORAVANTI, M., (2001), *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. (Trad. M. Martínez Neira), Madrid, Trotta, pp. 163 y ss, expresa que "En la fórmula contemporánea de la *democracia constitucional* parece estar contenida la aspiración a un justo *equilibrio*, entre el principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea, insita en toda la tradición constitucionalista de *los límites de la política* a fijar mediante la fuerza normativa de la Constitución y, en particular a través del control de constitucionalidad". Con una visión distinta, HOLMES S., (1995), *Passions and Constraint. On the theory of Liberal Democracy*. University of Chicago Press, p. 163, señala que "{....} Una Constitución democrática, por analogía, no es simplemente un impedimento para mayorías y autoridades. La Constitución americana ayudó a crear la Unión. También asigna poderes (dota de estructura al gobierno, garantiza la responsabilidad electoral, protege los derechos de la oposición, etcétera) y regula el modo en que estos poderes serán ejercidos (de acuerdo con principios tales como el debido proceso o la igualdad de trato). Decir que las reglas constitucionales son habilitantes (*enabling*), y no inhabilitantes (*disabling*), es rechazar la noción de que el constitucionalismo se ocupa exclusivamente de las limitaciones del poder.

condicionan su estructura normativa. Mientras los contenidos orgánicos y objetivos permiten ser expresados en forma de reglas, los enunciados sobre derechos tienden a ser formulados como principios.<sup>16</sup>

Esto último puede deberse a dos motivos: por un lado, la inconveniencia de establecer *a priori* todas aquellas conductas tuteladas por el derecho que se quiera proteger.<sup>17</sup> Por el otro, la inclusión de principios en las normas sobre derechos se explica por la dificultad de llegar a un consenso que permita una definición de aquello que se quiere resguardar.<sup>18</sup> En este caso, la indeterminación permite satisfacer intereses en conflicto y la coexistencia entre grupos sociales diversos, portadores de diferentes intereses y valores y dejar en manos de la política ordinaria la disputa por la definición de su sentido.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, L., (1998), "Diez argumentos sobre los principios" en *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson pp. 52 y ss. y ATIENZA, M, y J. R. MANERO, (1996), *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, pp. 28 y ss.

<sup>17</sup> BAYÓN, J.C., (2003), "Derechos, Democracia y Constitución", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, p. 230, explica que esas limitaciones para la decisión por mayoría que son los derechos "las formulamos en forma de principios no sólo porque a mayor vaguedad mayor posibilidad de aceptación general, sino también *porque no sabemos ser más precisos* sin correr el riesgo de comprometernos con reglas ante cuya aplicación estricta nosotros mismos retrocederíamos en circunstancias que, sin embargo, no somos capaces de establecer exclusivamente de antemano".

<sup>18</sup> Es importante precisar que algunos enunciados sobre derechos asumen la forma de reglas cuando están respaldados en un amplio consenso o cuando la indeterminación propia de los principios supone un alto riesgo para el derecho que se quiere proteger, al respecto Cfr. BAYÓN, J.C., (1996), "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional", *Jueces para la Democracia*, núm. 27, Madrid, pp. 45 y ss.

<sup>19</sup> Para ZAGREBELSKI, G., "sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo del orden jurídico". Las reglas aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial" y que la distinción esencial entre reglas y principios "parece ser la siguiente: "las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones,

Esto permite entender que el alto grado de indeterminación del texto constitucional, su ambigüedad, la inclusión de conceptos controvertidos o de principios contradictorios,<sup>20</sup> más que ser un defecto a corregir serían una virtud que garantizaría que se reconozcan en ellos los diferentes grupos que componen una sociedad determinada, favoreciendo así, amplios márgenes de discrecionalidad en su interpretación. Precisamente para el control de dicha interpretación se establece el control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad es un diseño institucional que se inscribe dentro de un particular modelo de organización política que es el Estado constitucional de derecho en contraposición al Estado liberal de derecho y para hacer posible el Estado social de derecho.<sup>21</sup> El Estado liberal de derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad. Éste y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos

---

nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas, pero que *a priori* aparecen indeterminadas. ZAGREBELSKI, G., 2005, 6a. ed. "El derecho por principios", en *El derecho dúctil, Ley, Derechos y Justicia*. (Trad. M. Gazcón), Madrid, Trotta, p. 110.

<sup>20</sup> Para un tratamiento amplio respecto a la indeterminación de las normas jurídicas, Vid HABERMAS, J., 2000, 2a. ed., "Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia" en *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (Trad., de M. J. Redondo), Madrid, Trotta, pp. 263 y ss.

<sup>21</sup> Para BENDA E., debe hablarse en cambio, del tránsito de un Estado formal de Derecho a un Estado material y de ahí a un Estado social de Derecho para el caso alemán. BENDA, E., *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, p. 487.

la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.<sup>22</sup>

En todas las manifestaciones del Estado liberal de derecho, la ley se configuraba como la expresión de la centralización del poder político. La fuerza de la ley se vinculaba así a un Poder Legislativo capaz de decisión soberana en nombre de una función ordenadora general en la que se aseguraba los principios políticos y jurídicos de una clase social: la burguesía liberal.<sup>23</sup> Sus presupuestos básicos eran la generalidad y abstracción de la ley y la homogeneidad del derecho, garantizada por la unidad sustancial de la Administración y de la jurisdicción, uniformadas en el respeto a la ley.

En el Estado constitucional de derecho, en cambio, la ley ya no es la expresión de la centralización del poder político, sino que viene sometida a una relación de adecuación y, por tanto, de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. A esto se añade el deterioro y reducción de las características de generalidad y abstracción de la

---

<sup>22</sup> Para una comprensión adecuada del origen, evolución y cambio del concepto de Estado de Derecho, Vid. BOCKENFÖRDE, E. W., 2000, "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, (Trad. R. Agapito), Madrid, Trotta, pp. 17 y ss., así como FIORAVANTI, M., 2004, "Estado y Constitución", en FIORAVANTI, M., (Ed.) *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, Madrid, Trotta, pp. 13 y ss.

<sup>23</sup> Para GROPPPI, T., "en el Estado liberal de derecho, la Constitución se entiende como Norma Jurídica superior que expresa el resultado del compromiso entre el monarca absoluto y la burguesía, limitando la plenitud de los poderes del rey en favor de los ciudadanos burgueses representados en la asamblea electiva". GROPPPI, Tania, 2004, "A la búsqueda de un modelo europeo de Justicia Constitucional", en *La Justicia Constitucional en Europa*, GROPPPI T. A. CELOTTO y M. OLIVETTI (Coords.), México, Fundap, p. 19.

ley ante la multiplicación de leyes de carácter sectorial y transitorio.<sup>24</sup>

La ley ya no es más un reflejo de las aspiraciones de una sola clase social ni expresión de la centralización del poder, sino producto de un proceso político en el que participan diversos grupos sociales admitidos todos a competición para afirmar sus pretensiones. El resultado de este proceso plural es necesariamente temporal, pues la aprobación de nuevas leyes no es motivada por el consenso sino por el predominio de los proyectos políticos de unos grupos sobre otros, lo que reduce la función de la ley como ordenación general de la sociedad.<sup>25</sup>

De esta forma, a la reducción en la generalidad y abstracción de las leyes se une la heterogeneidad de sus contenidos, producto de los intereses y valores de las diversas fuerzas políticas y sociales en conflicto que se incluyen en su contenido. La ley ya no es garantía absoluta y última de estabilidad sino que ella misma se convierte en factor de inestabilidad. Las leyes aprobadas, para poder conseguir el acuerdo político

---

<sup>24</sup>Estas leyes-medida como las llama BÖCKENFÖRDE, son un instrumento necesario para un legislador que interviene en la economía y la sociedad. Desde otro enfoque, JIMÉNEZ ASENSIO, R., caracteriza el cambio de paradigma constitucional en función de la distinción entre el modelo constitucional estadounidense y el modelo continental europeo; entre Constitución normativa y Constitución política. JIMÉNEZ ASENSIO, R., 2003, *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, pp. 105 y ss.

<sup>25</sup> "Los problemas de garantizar una igualdad sustancial y no sólo formal así como la necesidad de garantías jurídico constitucionales que se refieren a prestaciones sociales y derechos de participación de la sociedad civil en su conjunto están detrás de este proceso". Vid. BOCKENFÖRDE, E. W., 2000, "Origen y cambio del concepto de Estado de derecho", en *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, (Trad. R. Agapito), op. cit., pp. 34 y ss.

y social al que aspiran, son ambiguas y contradictorias y expresan la negociación de intereses diversos. En todo caso, esta ambigüedad sería el producto de una intervención democrática por parte de la sociedad en su conjunto, que se concreta en un resultado de composición de intereses y que también busca reflejarse en la formación de la voluntad constituyente.<sup>26</sup>

En este contexto, la Constitución adquiere una nueva comprensión y valor como Norma Jurídica<sup>27</sup> ante la necesidad de asumir la responsabilidad de unificar las diferentes fuerzas sociales que inciden en el orden jurídico.<sup>28</sup> Para ello, se hace necesaria la previsión en su contenido de un conjunto de principios y valores constitucionales superiores<sup>29</sup> sobre los que exista

---

<sup>26</sup> Para FIORAVANTI, M., "{...} La nueva sociedad democrática irrumpe en las instituciones y en el corazón mismo de la experiencia constitucional europea. Esa sociedad no sólo tiene la intención de pactar los contenidos de la ley con {...} los partidos, las organizaciones de intereses, los sindicatos, terminando por demoler la grandiosa imagen {...} de la ley como expresión de la voluntad general, dotada de las características de la generalidad y de la abstracción. Tiene también la intención de aparecer como *voluntad constituyente* {...}". FIORAVANTI, M., (Ed.), *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, op. cit., p. 36.

<sup>27</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (1985), *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, pp. 39 y ss.

<sup>28</sup> Para ZAGREBELSKI, G., "sólo la existencia de una Constitución que se plantea como compromiso entre diversas fuerzas políticas y sociales para configurar un cuadro de principios compartidos, respecto al que cada una de las fuerzas no representa sino un fragmento, consiente la creación de una justicia constitucional". ZAGREBELSKI, G., (1988), *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, p. 25.

<sup>29</sup> Una variable a esta idea es concebir principios o valores que no están contenidos en la Constitución y que sirven para controlar la adecuación de las propias leyes constitucionales a dichos principios y que como consecuencia, no son ejercidos por el Poder Constituyente sino por un poder constituido, en este caso, el Juez constitucional al respecto Vid. TROPER, M., (1993), "La noción de principio supraconstitucional", en *Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, p. 77.

un consenso social amplio que sea indisponible para el legislador.<sup>30</sup>

Por tanto, la Constitución ha de revestirse de ciertas características formales que la distinguan de las demás normas jurídicas: debe desplegar una jerarquía superior a las demás y, como consecuencia, investirse de una especial rigidez que impida su modificación por el procedimiento ordinario.<sup>31</sup> Surge de esta forma la noción de *supremacía constitucional*.<sup>32</sup> Por otra parte, a la habitual exigencia de legalidad en la actividad administrativa y judicial propia del Estado liberal, ahora se extiende dicha exigencia a la actividad del legislador.

La ley cede paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición y crea la necesidad de un instrumento que garantice dicha "supremacía", neutralizando la producción de normas y actos contrarios a la Constitución, el control de constitucionalidad.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Lo que se considera el coto vedado para la actividad legislativa. GARZÓN VALDÉZ, E., (1993), "Representación y democracia", en *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona.

<sup>31</sup> CAPELLETTI, M., refiere que "la escritura y rigidez de la Constitución fueron la condición para la *judicial review*, porque se hicieron explícitas las limitaciones del poder del legislador; pero la supremacía y fundamentalidad de la Constitución nunca dependieron de esas cualidades formales". CAPELLETTI, M., y COHEN, W., (1979), *Comparative Constitutional Law*, The Bobbs-Merryl Company, p. 22.

<sup>32</sup> Al respecto es importante la precisión que realiza BAYON, J.C., de que "la primacía de la Constitución es conceptualmente independiente de la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria, pues suele darse por sentado, que éste es, en la práctica, el instrumento necesario sin el cual aquélla carecería de garantías efectivas", señalando como ejemplos los casos francés, finlandés, portugués o canadiense como constitucionalismos con genuina supremacía constitucional pero con controles de constitucionalidad no estrictamente jurisdiccionales. BAYON, J.C., "Derechos, Democracia y Constitución", en *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 214.

<sup>33</sup> Para AHUMADA RUÍZ, M., "en un periodo de incipiente desarrollo constitucional, un Tribunal Constitucional tiene como misión insustituible exponer los

La construcción de un modelo europeo continental de control de constitucionalidad nace históricamente de la contraposición con la *Judicial Review of Legislation*<sup>34</sup> establecida por el Juez Marshall a partir del célebre caso *Marbury vs Madison* de 1803.

La lógica del sistema americano se desarrolló desde el principio sobre la base de las exigencias de la tutela judicial inmediata de los derechos fundada en la Constitución.<sup>35</sup> La tutela de esos derechos, y no otra

---

principios constitucionales, quizá no tan evidentes, que permitan solucionar los conflictos que genera toda distribución del poder". AHUMADA RUÍZ, M., (2005), *La jurisdicción constitucional en Europa, op. cit.*, p. 43.

<sup>34</sup> Para ROUSSEAU, D., "un elemento importante a menudo olvidado para un sistema que constituye el modelo, es que el control de constitucionalidad de las leyes no aparece inscrito en la Constitución de los Estados Unidos de América. En ese sentido, expresa que la Constitución americana no determinó ni la composición ni la naturaleza de los poderes del Tribunal Supremo, así como tampoco el mecanismo que asegurara la garantía de la superioridad del *corpus* federal. Las circunstancias políticas de entonces, argumenta, no permitían establecerlo con claridad y solemnidad; la mayor preocupación de los padres fundadores fue obtener la ratificación de una Constitución en la que pudieran reconocerse tanto federalistas como antifederalistas, esclavistas y antiesclavistas, por lo que la voluntad comprensible de llegar a un acuerdo tuvo como correlativo el detrimento de la precisión constitucional. Esta situación generaría como consecuencia, el establecimiento del principio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, las razones que explicarían su nacimiento serían la práctica y el silencio de los textos". Una característica que resulta similar respecto a la función del Tribunal de Justicia respecto a los Tratados Comunitarios. Vid. ROUSSEAU, D., (2002), *La justicia constitucional en Europa*, (Trad. T. Freixes San Juan), Madrid, CEPC, p. 8.

<sup>35</sup> Aunque esta función del Tribunal no fue desarrollada plenamente hasta después de la crisis de los años 30s, cuando el Tribunal Supremo de Estados Unidos asoció la *Judicial Review* a la defensa de la democracia y a la garantía de los derechos y libertades de los individuos y de las minorías. Al respecto, AHUMADA RUÍZ, M., refiere que existen tres periodos de evolución de la *Judicial Review* caracterizados por un interés dominante que parece guiar al Tribunal Supremo: el primer periodo abarca de 1789 hasta la guerra civil, la característica de este periodo es el esfuerzo del Tribunal Supremo por construir la Unión; el segundo periodo abarca de la Guerra Civil hasta 1937, el objetivo de este periodo sería situar al Tribunal Supremo como contrapeso de la democracia americana, sin embargo, su avance gradual tendría como consecuencia que ese poder moderador

cosa, constituye la razón esencial de este sistema de justicia constitucional. Este modelo se caracteriza porque todo Juez está legitimado para ejercer el control de constitucionalidad, es decir, se trata de un control descentralizado y difuso.<sup>36</sup>

Además, la *Judicial Review* no se presenta como una acción principal sino como un incidente en procedimientos judiciales sobre controversias que afectan de manera concreta a los derechos de las partes en los que no cabe un espacio de defensa autónoma para las razones del legislador. Los efectos de las resoluciones tienen un carácter declarativo, porque la sentencia mediante la que se inaplica una ley inconstitucional se limita a declarar la inaplicabilidad de la ley por ser incompatible con la Constitución, sin anularla.

Los Tribunales estadounidenses aprecian la constitucionalidad de una ley teniendo en cuenta cuatro cláusulas; la "*due process of law*", definida en la decimocuarta

---

se desviara a tal grado de llegar a una situación de inequívoca inclinación a inmiscuirse en la oportunidad o razonabilidad de cualquier medida o de cualquier política pública, esta situación provocaría una crisis que obligaría al tribunal en un tercer periodo de evolución, a transformar su actuación de garante del ideal de autonomía individual a instrumento al servicio de la defensa de los intereses sociales. Como se verá a lo largo de este trabajo existe una gran coincidencia entre este proceder del Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo de Estados Unidos que no puede ser considerado sólo casualmente. AHUMADA RUÍZ, M., (2005), *La Jurisdicción Constitucional en Europa*, Madrid, Aranzadi, Thomson Civitas, p. 30.

<sup>36</sup> Para TOCQUEVILLE, "los Tribunales son los órganos más visibles de que se sirve el cuerpo de juristas para actuar sobre la democracia. {...}. Armado del derecho de declarar inconstitucionales las leyes, el Magistrado americano se inmiscuye incesantemente en los asuntos políticos. No puede forzar al pueblo a hacer leyes, pero al menos le obliga a no ser infiel a las que se da y a permanecer de acuerdo consigo mismo". TOCQUEVILLE, A. de, (1980), *De la democracia en América*, (Trad. D. Sánchez de Alen), Madrid, Alianza Editorial, p. 253.

enmienda, y que permite a los Tribunales invalidar una ley que, sin la garantía de un procedimiento regular que proteja los derechos naturales, vulneraría las libertades, los derechos procesales o a la propiedad; la cláusula de la "*rule of reason*", que permite a los Tribunales verificar si el legislador ha realizado una ponderación razonable entre el interés general y los intereses de los particulares, o si les ha impuesto sacrificios exagerados; la cláusula de los contratos que permite a los Tribunales invalidar una ley que atente a las obligaciones nacidas de un contrato, protegiendo así las relaciones privadas contra el intervencionismo estatal; y la cláusula de la igualdad, deducida de la decimosexta enmienda, que permite a los Jueces dejar inaplicable toda ley que no asegure a todo ciudadano, con independencia de su raza, una protección igual.

En cambio el modelo europeo continental basado en su planteamiento original, en el modelo austriaco fruto de las ideas de Kelsen, es organizado para garantizar un equilibrio entre las exigencias del legislador y las exigencias de los derechos.<sup>37</sup> El control de constitucionalidad es centralizado, reservado a órganos *ad hoc* separados de la jurisdicción ordinaria, *i. e.*, la llamada jurisdicción constitucional, está destinada a atender

---

<sup>37</sup> Para PÉREZ ROYO, J., "La institución es pensada, pues, desde sus orígenes como instrumento de defensa frente a la opresión, como un instrumento de protección de las minorías, de defensa del pacto constituyente frente a posibles interpretaciones "mayoritarias" futuras poco respetuosas del mismo {...} Es este sentido, básicamente "defensivo" con el que es pensada inicialmente la institución el que nos permite alcanzar una explicación de la configuración jurídica que recibe, en la que el reforzamiento de la posición de las minorías es perceptible desde diversos puntos de vista". PÉREZ ROYO, J., (1988), *Tribunal Constitucional y división del poderes*, Madrid, Tecnos, pp. 42 y ss.

las exigencias de la ley y del legislador, junto a las de los titulares de los derechos constitucionales.<sup>38</sup>

Además, el control de constitucionalidad se solicita en vía de acción, mediante un recurso dirigido a obtener un control abstracto de la compatibilidad de la ley con la Constitución, independientemente de una concreta aplicación de ésta.<sup>39</sup> Sus efectos son constitutivos porque las sentencias en las que se declara la inconstitucionalidad de la ley determinan su derogación, no siendo sus efectos retroactivos, sino que tiene una validez *erga omnes*.<sup>40</sup>

La opción por un sistema concentrado de justicia constitucional, cuyo ejercicio corresponde a un órgano ajeno al Poder Judicial, responde en parte a la búsqueda de un compromiso entre las exigencias del derecho constitucional y las exigencias de la política.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> La principal característica del modelo europeo de justicia constitucional es el llamado "privilegio del legislador": la ley, producto del parlamento, el órgano representativo, no puede ser puesta en las manos de los Jueces comunes, sino que tiene su Juez especial, distinto del de la magistratura ordinaria, caracterizado por un particular sensibilidad política que deriva de su especial composición, sobre la que inciden, con variedad de formas, los órganos políticos. *Vid.* ZAGREBELSKI, G., (1988), *La giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 168.

<sup>39</sup> Para BEYME, K., "La introducción del control abstracto de las leyes (que no todo el mundo ha llegado a aceptar como feliz solución) representa un paso más allá respecto del modelo americano siendo su propósito el de garantizar el grado de protección jurídica más completo posible, no limitado a las cuestiones que surjan en litigios concretos BEYME, K., (1988), "The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary systems", en Ch. LANDFRIED (Ed.), *Constitutional Review and Legislation*, Nomos, Baden Baden, pp. 34 y ss.

<sup>40</sup> GROPPPI, Tania (2004), "A la búsqueda de un modelo europeo de Justicia Constitucional", en *La Justicia Constitucional en Europa*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>41</sup> Para CAPELLETTI, M., "incluso en los Estados Unidos, el papel de la jurisdicción constitucional adquirió su actual importancia sólo en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, cuando se convirtió en el principal instrumento para la reivindicación de ciertos derechos civiles básicos de los individuos y de

Las ventajas que han sido apreciadas en este sistema son: evita las interpretaciones constitucionales divergentes que pueden aparecer entre los Tribunales en las diferentes instancias jurisdiccionales; una jurisdicción única permite precisar de forma inmediata la doctrina constitucional y asegura de una vez la unidad jurisprudencial. Por otra parte, a diferencia de la justicia ordinaria en la que el principio de inamovilidad de los Jueces es garantía de su independencia e imparcialidad, en el caso de la justicia constitucional, el establecimiento de su renovación periódica permite la posibilidad de que los Jueces constitucionales tomen en consideración los contextos sociales y políticos y actualicen sus criterios en función de la realidad imperante.

En Europa, las razones para la implementación del control de constitucionalidad después de la Segunda Guerra Mundial, fueron más bien motivadas por las peculiares circunstancias de crisis en la organización del Estado,<sup>42</sup> derivadas de las experiencias totalitarias en Italia y Alemania.<sup>43</sup>

---

los grupos minoritarios frente a mayorías reacias en los Estados y frente a la pasividad de los poderes políticos federales". CAPPELLETTI, M., (1989), *The Judicial Process in comparative perspective*, Clarendon Press, Oxford, p. 185.

<sup>42</sup> Tradicionalmente en Europa, se había dado un rechazo a la *judicial review*. LAMBERT lo considera un instrumento propio de las "democracias inmaduras". Sobre la influencia de la obra de LAMBERT en el debate europeo sobre la *judicial review*, Vid. FAVOREU, L., (1990), "Constitutional Review in Europe" en HENKIN, L., Y A. ROSENTHAL (1990), (eds.). *Constitutionalism and Rights. The influence of the United States Constitution Abroad*, Columbia University Press, pp. 42 y ss. A la idea tradicional de que la *Judicial Review* era una competencia natural de los Jueces derivada del postulado de la supremacía normativa de la Constitución, los europeos oponían tres objeciones fundamentales que el reconocimiento de esta competencia de control no podía tener lugar *sin violentar el principio de la separación de poderes*; que inevitablemente la *judicial review* colocaba al Poder Judicial en una *posición de supremacía*; y que el ejercicio de esta competencia *propiciaba la intervención de los Tribunales en la política* y era una fuente segura

Entre esas razones no se consideraba únicamente la protección de los derechos y libertades de los individuos y de las minorías como en el caso de la *Judicial Review*<sup>44</sup> sino la contribución que dicho control podría tener en el permanente debate acerca de la eficacia del gobierno para la preservación y desarrollo adecuado de los valores y libertades que consagraba así como para la realización de las aspiraciones constitucionales de una sociedad determinada.<sup>45</sup>

La introducción de la jurisdicción constitucional imponía otra concepción del ordenamiento jurídico que no sólo alteraba el esquema tradicional de división de poderes y forzaba a un cambio de mentalidad en el desempeño de los mismos, sino que implicaba a corto plazo, la aceptación de una nueva fuente de derecho: la jurisprudencia constitucional.<sup>46</sup>

---

de conflictos entre el Poder Judicial y el legislador, o llevado más allá, entre el Poder Judicial y el pueblo al que el legislador daba voz. Vid. AHUMADA RUÍZ, M., (2005), *La jurisdicción constitucional en Europa, op. cit.*, p. 250.

<sup>43</sup> KAELBLE, H., (2005), *Caminos hacia la democracia. Los déficits democráticos de la Unión Europea*. (Trad. C. A. Lemke Duque), Madrid, Biblioteca Nueva, pp. 76 y ss.

<sup>44</sup> Para GRIFFIN, S.M., "Es claro que los Estados Unidos comenzaron a ser una democracia contemporánea sólo después de la II Guerra Mundial", GRIFFIN S. M., (1996), *American Constitutionalism. From Theory to politics*, Princeton University Press, p. 104.

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M., afirma que "la existencia de un Tribunal Constitucional facilita una transformación acelerada del ordenamiento y del modo de entender y aplicar el Derecho. RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M., *et al.*, (1995), *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, CEC, p. 10.

<sup>46</sup> "La Constitución ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil; y a organizar la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio del dominio, sino que se convierte en la positivización jurídica de los "valores fundamentales" del orden de la vida en común" BOCKENFÖRDE, E. W., (2000), "Origen y cambio del concepto de Estado de derecho", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, op. cit.*, p. 40.

La resolución de los casos sometidos a su jurisdicción derivada de un profundo proceso de reflexión y deliberación y su forma de decidirlos, aportaría una comprensión peculiar de la Constitución, lo que pondría en juego su capacidad para considerar en sus decisiones los contextos social y político así como para lograr el delicado equilibrio que entre su obligación de fidelidad de la Constitución y la confianza y aceptación de su doctrina constitucional.<sup>47</sup>

De esta forma la doctrina constitucional se constituiría como la base de una discusión más amplia proyectada hacia el futuro, lo que permitiría reconocer a los Tribunales Constitucionales un papel principal en la modelación de los acuerdos sobre los contenidos de la Constitución y su normatividad.<sup>48</sup>

La necesidad de tomar en cuenta argumentos disconformes o bien, opiniones contrapuestas a la hora de concretar el canon de constitucionalidad y, en otros casos, la necesidad de tomar en cuenta el contexto, esto es, las circunstancias fácticas que envuelven las

---

<sup>47</sup> SIMON H., refiere que "La jurisdicción constitucional sensibiliza en el espíritu constitucional a órganos y ciudadanos y desempeña, mediante su interpretación y aplicación en procesos pluralistas de composición de intereses, una función pacificadora mantenedora y desarrolladora de consenso". SIMON, H., (1996), "La jurisdicción constitucional" en BENDA, E., *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 846.

<sup>48</sup> Sin embargo, un peligro latente a esta actuación de los Tribunales Constitucionales tiene que ver con que al resolver la mayor parte de las controversias constitucionales apelando a doctrina constitucional previamente establecida se provoca el fenómeno de que con el transcurso del tiempo, el contenido constitucional pierde protagonismo en la solución de controversias en la misma proporción en que lo adquiere la doctrina constitucional lo que genera la controversia respecto a si se guarda o no el principio de fidelidad a la Constitución. *Vid.* NAGEL, R. F., (1989), *The Mentality and the Consequences of Judicial Review*, University of California Press, p. 218.

controversias sometidas a su consideración, condicionaría el trabajo de los Tribunales lo que permitiría comprender la variabilidad en el sentido de sus resoluciones en las que, bajo determinadas circunstancias, una ley puede ser declarada inconstitucional y en otras puede no serlo.

Al tomar en cuenta esa diversidad de opiniones, los Tribunales Constitucionales encontrarían justificación en su actuación, en la medida en que su capacidad y habilidad para interpretar la Constitución, expresara el sentir de los valores y principios constitucionales, de esta forma se compensaría su falta de representación por la representatividad de su opinión.<sup>49</sup>

Al implicar a los Tribunales Constitucionales en esta función de participantes en la deliberación respecto del verdadero sentido de las normas constitucionales y, particularmente, de las que regulan la organización del Estado y condicionan la actividad de los poderes públicos, se les estaría facultando para una actividad más allá del control de las leyes y su compatibilidad con la Constitución.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> No obstante, FERRERES COMELLA, V., ha afirmado que al aceptar que la jurisdicción constitucional "se justifica por la contribución que puede hacer el Juez {constitucional} al mantenimiento de una cultura de deliberación pública" tiene consecuencias no sólo para la posición de los Tribunales constitucionales frente a los demás poderes, sino también para determinar los límites internos de su función y el modo en que debe ser ejercida. FERRERES COMELLA, V., (1997), *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid, CEC, p. 139. En el mismo sentido RAWLS, J., caracterizó a los Tribunales como "las instituciones deliberativas por excelencia". RAWLS, J., (1996), *Political Liberalism*, Columbia University Press, pp. 231 y ss.

<sup>50</sup> SIMON, H., afirma que los "poderes públicos afectados carecen sin embargo, de la posibilidad de defenderse contra la limitación de su libertad de ponderación y de acción mediante la extensiva interpretación constitucional por parte

Por esta razón, el establecimiento de la jurisdicción constitucional que proviene de una institución del *Common law*,<sup>51</sup> altera la estructura del sistema de *Civil law* predominante en Europa.<sup>52</sup>

De ahí, que la forma de introducir el control de constitucionalidad haya sido a través de Tribunales Constitucionales que son creados para garantizar un tipo de Constitución inédita en Europa, no sólo por su plena eficacia normativa sino por el lugar que en ella ocupan los derechos, ahora también directamente exigibles al legislador.<sup>53</sup>

Por otra parte, a partir de la expansión de la justicia constitucional en Italia y Alemania, se estableció junto al control abstracto de las normas un control concreto, que se activa en vía de excepción, a través de una

---

de una instancia superior", en SIMON, H., (1996), "La jurisdicción constitucional" en BENDA, E., *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 854.

<sup>51</sup> Para GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El sistema adoptado en Alemania e Italia va a ser el norteamericano de la supremacía constitucional junto con algunos rasgos de otro sistema (el austriaco-kelseniano) en cuanto instrumento técnico, tesis hoy ya común en la doctrina alemana. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (1985), *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>52</sup> Para MERRYMAN, en Europa, el proceso de constitucionalización, y por tal entiende el auge de las Constituciones, la afirmación de su supremacía normativa y el establecimiento de procedimientos de control de constitucionalidad, ha sido uno de los agentes principales de la erosión del sistema clásico de *civil law*. Los otros factores que actúan con similar intensidad en la transformación son la "descodificación" y el federalismo" MERRYMAN, J. H. (1985), *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, pp. 151 y ss.

<sup>53</sup> Para CRUZ VILLALÓN, P., "Hoy se acepta con la mayor naturalidad que las leyes sean sometidas a un proceso de constitucionalidad ante un Tribunal independiente, que dispone de la facultad de declarar su nulidad. Pero ello ha exigido el que, no hace demasiados años, hubiera habido que aprender a *comprenderlo* todo: comprender la naturaleza de la función y comprender la naturaleza del órgano, comprender el sentido del control y el alcance de sus efectos". CRUZ VILLALÓN P., (1987), *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, pp. 36 y ss.

cuestión de constitucionalidad promovida de oficio o a instancia de parte, por un Juez común en el curso de un proceso, en el momento en que debe aplicar una norma a un caso concreto, por tanto se establece una tercera vía, intermedia entre la obligación de aplicarla y la de no aplicarla, que permite al Juez suspender el proceso y remitir la cuestión de constitucionalidad, en vía incidental, al Juez especial.

Por este motivo, se ha señalado que los Tribunales Constitucionales han pasado del control de la ley, al control de su aplicación y de su función de controlar la constitucionalidad de la ley en abstracto a privilegiar el examen de constitucionalidad en relación con casos concretos de aplicación.<sup>54</sup>

Esta es precisamente la variable en la función del control de constitucionalidad que ha influido en la posterior creación de la cuestión prejudicial comunitaria.<sup>55</sup>

La decisión de involucrar a los Jueces ordinarios en el control de constitucionalidad ha provocado un

---

<sup>54</sup> Para FAVOREU, L., "Los Jueces constitucionales alemanes e italianos se dedican fundamentalmente al "control de microconstitucionalidad"; han pasado del controlar la conformidad con la Constitución a controlar la implementación de la legislación", FAVOREU, L., (1990), "Constitutional Review in Europe", en HENKIN, L., Y A. ROSENTHAL, (1990), (eds.), *op. cit.*, p. 54.

<sup>55</sup> MARTÍNEZ CARRASCO PIGNATELLI, J. M., (1998), "La construcción prejudicial en la construcción del ordenamiento jurídico comunitario" en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 20, Zaragoza, IIE Universidad de Zaragoza, p. 45, refiere que "el recurso prejudicial comunitario encuentra también un antecedente en el propio sistema jurídico europeo occidental. Así, se puede apreciar un manifiesto influjo en las técnicas de jurisdicción concentrada de la justicia constitucional, {...}, que después se desarrollaron en todos los Tribunales Constitucionales Europeos (artículo 100 de la Ley fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949; artículo 134 de la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947, artículo 163 de la Constitución española, en relación con los artículos 35 a 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

alteración en su función original que reduce notoriamente la distinción entre control difuso y control concentrado, ya que ahora el Juez ordinario también se ve facultado para participar en el control de constitucionalidad remitiendo sus consultas de interpretación para la aplicación de disposiciones constitucionales a un caso concreto, lo que había servido, entre otras cosas, para distinguir el sistema americano del original sistema austriaco-Kelseniano.<sup>56</sup> Sin embargo, es pertinente precisar que a diferencia de la *Judicial Review*, no se otorga a los Jueces ordinarios atribuciones para ejercer un control descentralizado de la interpretación sino que su monopolio lo sigue conservando el Tribunal Constitucional en forma centralizada. No obstante, la participación de los Tribunales Constitucionales en la interpretación de disposiciones constitucionales aplicables en casos concretos, genera como consecuencia que se asemejen más en sus funciones a las del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.<sup>57</sup>

No obstante, en Europa donde el proceso constitucional está construido sobre la doble exigencia de tomar en consideración no sólo los derechos, sino también el papel legislativo, no se ha establecido por parte de los Tribunales Constitucionales, técnicas como las que ha establecido el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la *Judicial Review*, me refiero a las técnicas de *self*

---

<sup>56</sup> Para un tratamiento general sobre este tema Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., (2004), *La Justicia Constitucional en el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, IIJ UNAM.

<sup>57</sup> "Algunos tribunales constitucionales europeos, contrariamente a su función original, se están volviendo Tribunales ordinarios y convirtiéndose en algo más parecido al Tribunal Supremo de los Estados Unidos." FAVOREU, L., (1990), "Constitutional Review in Europe" en HENKIN, L., Y A. ROSENTHAL, (1990), (eds.) *op. cit.*, p. 57.

*restraint*, mediante las que el Tribunal realiza un ejercicio de auto limitación o auto restricción en su actuación y *political questions*, en las que el Tribunal identifica que las cuestiones sometidas a su conocimiento implican la necesidad de valoraciones políticas y no jurídicas, utilizadas para evitar un ejercicio *ultra vires* de sus funciones. Una forma de explicar esta diferencia es que el control de constitucionalidad en Europa no hace ninguna distinción respecto de las cuestiones a las que debe aplicarse dicho control en función de garantizar la protección de los derechos.<sup>58</sup>

### b. La legitimidad de la justicia constitucional

Tal como señalé en el apartado anterior, tampoco se busca en este apartado dar cuenta del debate y de las discusiones originadas con motivo de la legitimidad de la justicia constitucional que exceden con mucho los objetivos que nos hemos trazado en este trabajo, sólo pretendemos dar cuenta de algunos de los problemas que consideramos más relevantes respecto a la legitimidad de la justicia constitucional y las razones que se han esbozado para explicar la legitimidad de dicha justicia en el ámbito europeo; esto nos permitirá a su

---

<sup>58</sup> Para ZAGREBELSKI, G., "Esto es así porque en Europa, la jurisdicción constitucional nace propiamente como equilibrio entre *iura* y *leges* y, por tanto, no cabría concebir leyes que no entrasen en este equilibrio {...}. Por ello, las cuestiones de legitimidad constitucional de las leyes nunca pueden ser ajenas al control de constitucionalidad. ZAGREBELSKI, G., (2005, 6a. ed.), "La separación de los derechos respecto de la Ley", en *El derecho dúctil, Ley, Derechos y Justicia*, op. cit., p. 64, en cambio para JIMÉNEZ CAMPO, J., Entre la doctrina europea hay cierta tendencia a identificar como "cuestiones políticas" las que a priori han de dejarse a la libertad de configuración del legislador. JIMÉNEZ CAMPO, J., (1998), "La declaración de inconstitucionalidad de la ley", en RUBIO, F. y J. JIMÉNEZ, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, p. 113.

vez señalar algunas de las políticas constitucionales que los Tribunales realizan y situar el contexto de la cuestión prejudicial de interpretación como instrumento para justificar la legitimidad de las estrategias y políticas judiciales llevadas a cabo por el Tribunal de Justicia, tenía que abordar en el tercer punto de este capítulo.

A partir de la instauración de los Tribunales Constitucionales en Europa, ha sido posible observar el tránsito hacia una nueva forma de entender las relaciones entre constitucionalismo y democracia. En relación a los Tribunales Constitucionales como instituciones, Ferreres Comella, V. refiere que deben distinguirse dos sentidos diversos en que puede decirse que una institución puede ser democrática. Una institución puede ser democrática porque su estructura se ajusta a las exigencias democráticas (primer sentido), o por que la norma que la creó fue aprobada democráticamente, es decir, a través de una institución democrática (segundo sentido). Ninguno de estos dos sentidos se ajusta al concepto de Tribunal Constitucional, atendiendo a que en el primer caso, la necesidad de su independencia y neutralidad no posibilitan ajustar su estructura a una exigencia democrática y, en el segundo caso, porque no sería una ley sino la propia Constitución la que lo crea; de sobra es conocido que un proceso constituyente no es democrático en estricto sentido, pues quienes participan en su conformación comúnmente no son elegidos por el pueblo.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> FERRERES COMELLA, V., (1997), *Justicia Constitucional y democracia*, op. cit., p. 47.

Por tanto, una nueva lectura de la democracia requeriría una nueva comprensión del concepto de Constitución no sólo como el principal instrumento de organización política de una sociedad, sino identificar el fundamento de su legitimidad, ya no a través de la representación política, sino de la interpretación que de su contenido y significado en clave democrática material, hace una instancia especial: el Juez constitucional.<sup>60</sup>

El cumplimiento de las tareas del Estado y el ejercicio de las competencias estatales necesita de una legitimación democrática. El objeto de ésta se extiende a toda la acción estatal incluyendo la actividad de los Tribunales. El fin de la legitimación democrática no es otro que poner en marcha y asegurar una influencia efectiva del pueblo en el ejercicio del poder del Estado y existen caminos distintos para alcanzar ese fin.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> "La Constitución no garantiza ya la libertad de una forma incondicionada a través de una delimitación jurídico-formal, sino sólo la que cabe dentro del sistema de valores reconocido por ella; quien se sitúa fuera de este sistema de valores positivado {...} deja de tener derecho a la libertad política" sin embargo, esta concepción "pasa por alto o infravalora {...} de un modo particular el *significado material* que tienen las garantías jurídico-formales y los procedimientos regulados". BÖCKENFÖRDE, E. W (2000). "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, op. cit., p. 41.

<sup>61</sup> Para W. BÖCKENFÖRDE, E. W., (2000), "La democracia como principio constitucional", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, op. cit., pp. 56 y ss., existen diferentes formas de legitimación democrática: una legitimación democrática funcional e institucional, una legitimación democrática orgánico personal y una legitimación democrática de contenido material. La primera serviría para indicar que "el legislador constituyente mismo ha configurado los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como funciones y órganos específicos, a través de los cuales el pueblo ejerce el poder del Estado que deriva de él". En el caso de la legitimación democrática orgánico-personal consistiría en que "los cargos públicos que tienen encomendada la gestión de los asuntos públicos han de reposar sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que pueda retrotraerse hasta el pueblo", finalmente, la legitimación democrática material o de contenido "tiene por objeto asegurar que, por lo que se refiere a su contenido, el ejercicio del poder del Estado deriva del pueblo o se concilia con la

Las objeciones que se han hecho a la justicia constitucional pueden reconducirse a dos aspectos que engloban a su vez dos concepciones distintas cada uno de ellos. El primer aspecto tiene que ver con la labor del Juez constitucional respecto de la interpretación de las disposiciones constitucionales.

La Constitución es una Norma Jurídica obligatoria y hay que asegurar el respeto de esa norma. En ese sentido, el poder de ejercer el control de constitucionalidad por parte del Juez constitucional se explica por la idea del control de adhesión de una norma con otra. En ese sentido, es posible considerar que las disposiciones constitucionales tienen un significado objetivo, su conocimiento constituye, por tanto, una operación simple, en este caso los Jueces aplican una norma de la que ellos no son titulares cuyo sentido está previamente determinado y que les vincula.<sup>62</sup>

---

voluntad del pueblo, y que de esta forma se garantiza el ejercicio del poder del Estado por el pueblo" En el caso de la jurisdicción, señala que al no ser aplicables "la responsabilidad democrática y la sujeción a instrucciones debido a lo específico de su función y a su garantía, tiene que darse, como correlato necesario de esta independencia y precisamente por exigencias del criterio democrático, una *vinculación estricta a la ley* (determinada materialmente) sin que quede margen de juego alguno. {...} Si faltarán ambas, la estricta vinculación a la ley y la responsabilidad equipada con sanciones, entonces *se abriría la puerta a una tendencia hacia la formación de ámbitos de decisión exentos de legitimidad democrática*".

<sup>62</sup> Esto conduce a la tradicional formulación alegórica de Montesquieu en su obra. *El espíritu de las leyes*, (XI, VII,) en referencia a que "{...el poder de juzgar} es, en cierto sentido nula {y los jueces no son} mas que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor". Citado por TROPER, M., (2003), "El poder judicial y la democracia", en *Isonomía*, núm. 18, México, ITAM, Fontamara, pp. 51 y ss. Sin embargo, ya desde su antigua controversia con KELSEN, C. SCHIMIDT había puesto en cuestión que el control abstracto de normas fuese una cuestión de aplicación de normas y, por tanto, una operación genuina de la toma de decisiones judiciales, porque "las reglas generales sólo se comparan entre sí, pero no se subsumen unas bajo otras o se aplican unas a otras" Faltaba ciertamente la relación entre norma y

Para la segunda concepción, las disposiciones constitucionales no tienen un significado objetivo que determine con seguridad el contenido de la ley, las disposiciones pueden tener diversos significados. El Juez debe, antes y en el momento de emitir su decisión, determinar el sentido del texto constitucional, determinar un sentido implica elegir entre varios significados posibles,<sup>63</sup> implica rechazar algunos y retener uno, lo que abre la cuestión de la legitimidad,<sup>64</sup> en la medida en la que el Juez se encuentra en la posición de creador de principios y reglas generales vinculantes.<sup>65</sup>

---

derecho. Vid. SCHIMIDT, K., (1983), *La Defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Madrid, Tecnos, p. 85, a lo que KELSEN, H., sólo pudo replicar que el objeto de control no era el contenido de una norma, sino la constitucionalidad de su producción: "el hecho que en las decisiones sobre la constitucionalidad de una ley se subsume bajo la norma que representa la Constitución no es la norma {...}, sino la producción de la norma" KELSEN, H., (1995), *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, p. 25. Sin embargo, este argumento sólo puede considerarse válido si el control de normas en su totalidad, tiene un carácter procesal y no sustantivo.

<sup>63</sup> El juicio sobre la conformidad de una norma con otra requiere varios actos intelectuales, sobre todo, de interpretación y que ésta implica a su vez juicios de valor y decisiones.

<sup>64</sup> "La libertad y autonomía individuales {...} quedan sometidas al dominio de los que ejercen el monopolio de la interpretación de estos postulados o valores o se los apropian" BÖCKENFÖRDE, E. W., (2000), "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", en *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, op. cit., p. 42.

<sup>65</sup> Respecto a una teoría de la interpretación como actividad constructiva, DWORKIN, R., (1986), *Law's Empire*, Cambridge Massachusetts and London England, Harvard University Press, pp. 52 y ss, caracteriza su procedimiento crítico-hermenéutico como una "interpretación constructiva", que hace explícita la racionalidad del proceso de comprensión refiriéndolo a un paradigma o a un "propósito". "En la interpretación constructiva se trata de imponer un propósito a un objeto o a una práctica en orden a hacer de ese objeto o de esa práctica el mejor ejemplo posible de la forma o género al que se supone pertenece {...}. Diremos entonces que toda interpretación aspira a convertir un objeto en lo mejor que ese objeto puede ser, como ejemplo de alguna empresa supuesta, y que la interpretación toma formas diferentes en diferentes contextos sólo porque diferentes empresas implican estándares diferentes de valor o de éxito".

Si se reconoce que el Juez tiene capacidad de elección y que parte de un texto, esto implica que interpretar un texto envuelve un poder de decisión y que mediante un procedimiento de argumentación decreta la constitucionalidad o no de un determinado acto o disposición.<sup>66</sup> Poco importarán las modalidades de ejercicio que asuma en dicha función, ya sea apoyándose en los textos, en la intención de sus autores, en su espíritu, en el sistema en su conjunto o en los objetivos de protección que se pretenden alcanzar,<sup>67</sup> el Juez estará creando la norma constitucional aplicable.<sup>68</sup>

Pero el poder de la interpretación del Juez, para entenderse razonado motivado e inscrito en el marco de las exigencias normativas y no de la discrecionalidad, debe limitarse a producir reglas y principios constitucionales que tengan por objeto determinar y, llegado el caso, sancionar los actos vulneradores

---

<sup>66</sup> Para ALTMAN A., (1986), "Legal realism, Critical Legal Studies", and Dworkin, *Philosophy and public Affairs*, núm. 15, pp. 202 y ss, "Los jueces seleccionan principios y objetivos y construyen a partir de ellos sus propias teorías personales con las que poder racionalizar sus decisiones. "racionalizarlas", es decir, tratar de ocultar los prejuicios con los que compensan la indeterminación objetiva del derecho".

<sup>67</sup> Todo orden jurídico que se justifica a partir de principios, depende de una interpretación constructiva y, por tanto, de lo que C. R. SUNSTEIN llama "normas de fondo". El texto de la norma es el punto de partida pero sólo se torna inteligible merced al contexto y a las normas de fondo que le dan contenido. Las consideraciones contextuales de varios tipos, incluyendo la historia legislativa, el propósito de las leyes, y la razonabilidad práctica de un punto de vista u otro, pueden suministrar considerable ayuda en estas circunstancias. SUNSTEIN, C.R., (1990), *After the Rights Revolutions*, Cambridge, Massachusetts, p. 157.

<sup>68</sup> En ese sentido BULYGIN, E., sostiene que los Jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen en situaciones especiales, por ejemplo, en los casos de lagunas normativas o en los conflictos de normas. Vid. BULYGIN, E., (2003), "Los Jueces ¿crean derecho?", en MALEM, J., J., OROZCO y R. VÁZQUEZ, *La función judicial, ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, pp. 21 y ss.

de la constitucionalidad de las otras instancias de poder.<sup>69</sup>

El segundo aspecto es que al llevar a cabo estas actividades que derivan de su función de control de constitucionalidad de leyes, se genera como consecuencia que el Juez participe en el proceso de reelaboración de la ley que sea declarada parcial o totalmente contraria al texto constitucional.<sup>70</sup> Otra modalidad de este ejercicio puede señalarse de los casos en que el Juez prefiere mantener la norma pero se enfoca a supervisar cual debe ser el sentido de su aplicación adecuada y coherente con el texto constitucional.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., afirma que "{El Juez constitucional} tiene que hacer servible la Constitución, proteger el Poder Constituyente objetivado en ella, lograr que dé respuesta a problemas no previstos expresamente, resolver ambigüedades y aun aparentes contradicciones acudiendo a una interpretación sistemática y a la noción de Constitución como un todo. Para ello ha de dar sentido explícito a términos sólo enunciados, ha de precisar los significados precisos de unos significantes casi mudos, ha de fijar límites entre derechos en conflicto {...}". TOMÁS Y VALIENTE, F., (1994), "La resistencia constitucional y los valores", *Doxa*, núms. 15-16, p. 641.

<sup>70</sup> TROPPER, M., criticando esta modalidad del trabajo del Juez constitucional refiere que "{....} si el Juez puede 'rehacer' la ley, la misma deja de ser democrática. Ahora bien, el Juez puede 'rehacerla' mediante interpretación e, incluso, 'rehacerla' con efectos retroactivos, puesto que si considera que ella tiene la significación que se le ha atribuido por el Juez no el día de la interpretación, sino el día de su adopción por el Parlamento. {...} como las interpretaciones dadas por los Tribunales constitucionales son respetadas por los Tribunales inferiores, simplemente por la jerarquía de los Tribunales {...}, se tiene un poder legislativo en las manos de los Tribunales". TROPPER, M., (2003), "El Poder Judicial y la democracia", *op. cit.*, p. 56; menos crítico y apoyando el ejercicio de esta función, MICHELMAN, F., expresa que "el Juez, tanto en virtud de sus conocimientos y habilidades profesionales, como merced a sus virtudes personales, está especialmente cualificado para asegurar, en sustitución y representación de los ciudadanos, la integridad de la comunidad jurídica". MICHELMAN, F., (1986), "The Supreme Court 1985 Term, Foreword: Traces of Selfgovernment", en *Harvard Law Review*, p. 72.

<sup>71</sup> "Si el Juez constitucional acepta controlar la validez de las leyes constitucionales desde el punto de vista de su contenido, si para ello necesita interpretar la Constitución y si la actividad de interpretación es una función de la

La jurisprudencia elaborada por el Tribunal Constitucional, y más específicamente su doctrina judicial, vendrían a constituir el material principal del legislador cuando elabora y discute las leyes, al constituirse como un límite a la actividad del legislador.<sup>72</sup> De esta forma, el control de constitucionalidad de leyes permitiría al Juez constitucional influir y limitar el papel del legislador y constreñir el resultado de sus deliberaciones, las que en sus resultados tendrán que tomar en cuenta los criterios adoptados en las sentencias para el desempeño adecuado de su función.<sup>73</sup>

En la otra cara de la moneda, las razones que se han esgrimido para defender la legitimidad de la justicia

---

voluntad, por tanto ese Juez se convierte en co-constituyente. {...} Para controlar la validez de las leyes, en relación con el texto constitucional, es necesario interpretar, es decir, determinar el significado de dicho texto. Ahora bien, una norma no es sino el significado de un enunciado. Entonces interpretar la Constitución es determinar la norma constitucional". TROPER, M., (2004), "La noción de principio supraconstitucional", en *Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, p. 99. Para un análisis puntual de la interacción que se presenta entre el Juez constitucional y el legislador, de la influencia del primero sobre la legislación, así como del proceder del legislador y de la administración en menor medida para anticiparse a los jueces constitucionales *Vid.* STONE SWEET, A., (2000), *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, particularmente el capítulo 3.

<sup>72</sup> BICKEL, A., (1986), *The least dangerous Branch*, Yale University Press, pp. 235 y ss., pretende que los Jueces "moldean la percepción popular de los principios de gobierno y que un Tribunal con autoridad suprema, al declarar como derecho vinculante sólo aquellos principios capaces de lograr en un futuro inmediato, general aceptación, se convierte en configurador y profeta de la opinión que prevalecerá y se consolidará". La pregunta a todo esto sería ¿Corresponde a un Tribunal, inclusive a un Tribunal Constitucional configurar opinión y formular y elaborar principios de general aceptación?

<sup>73</sup> Sin embargo, para STARCK, C., (2003), "La legitimación del principio constitucional y el principio democrático", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 7, Madrid, CEPC, pp. 492 y ss, "Las ideas acerca de que el control constitucional constituye una compensación del poder de la mayoría parlamentaria de un déficit público o, en su caso, un elemento de moderación o equilibrio a través de una función de colegislación, no son parte de la tarea

constitucional pueden ser reconducidas básicamente a dos aspectos, una legitimidad democrática construida sobre su función de ser los órganos de la esfera de los ciudadanos<sup>74</sup> y garantizar así, el respeto de sus derechos y libertades y una legitimidad construida sobre el criterio del control de los poderes como garantía efectiva de la democracia.

Es la Constitución y su garantía y no la democracia en sí en cuanto forma nacida del poder soberano, la que pasa a tomar el papel relevante en la conformación de la organización social; hay aquí un presupuesto, la democracia requiere de garantías para su desarrollo pleno y efectivo en vía de protección de las minorías y, esas garantías, sólo las puede brindar la justicia constitucional en su papel de intérprete supremo de la Constitución.

Un principio subyace a esta comprensión de la democracia, la Constitución debe ser entendida como una norma que contiene principios y valores fundamentales que hay que preservar y salvaguardar y sería la actividad de los Jueces, con la imparcialidad y racionalidad

---

judicial, los contrapesos y los controles políticos, deben concretarse por medios políticos, la oposición, el Senado o elecciones periódicas".

<sup>74</sup> Para FREIXES SAN JUAN, T., la clase política tiene intereses propios independientes de su relación con la ciudadanía a la que representan y que, a veces, pueden resultar incluso contrarios a la propia voluntad popular que se expresó en el momento constituyente y se concretó en una Constitución, por tanto, la justicia constitucional encontraría su legitimidad democrática en la garantía que, a través del control de constitucionalidad de la ley, se establece para evitar que los intereses coyunturales de los electos puedan subvertir los intereses supremos elevados por la ciudadanía al texto constitucional. FREIXES SAN JUAN, T., (2002), "Estudio preliminar: De la justicia constitucional al sistema europeo de garantías de los derechos fundamentales", en *La justicia constitucional en Europa*, ROUSSEAU, D., *op. cit.*, p. XX.

que se les atribuye en su ejercicio, la llamada a realizar dicha función.<sup>75</sup>

Esta argumentación tendría como objetivos, la garantía de la dignidad humana, el valor propio de la persona y el pluralismo social y político, lo que permitiría no sólo desarrollar sus contenidos sino solucionar los conflictos que se producen entre la diversidad de actores de la sociedad civil, basado en la superior autoridad de una Constitución.<sup>76</sup>

La democracia constitucional así entendida, vendría a garantizar la realización plena de la democracia y se sustentaría en una legitimidad distinta centrada en el principio de supremacía constitucional y ya no en el de respeto de la ley, en la garantía efectiva de la protección y realización efectiva de los derechos y libertades y no solamente en el control de los poderes, en la articu-

---

<sup>75</sup> Esta es la caracterización del Tribunal más conocida. Reside en la idea de que el Tribunal Constitucional es un contrapoder encargado de impedir que la mayoría devenga despótica y oprima a la minoría.

<sup>76</sup> Para AHUMADA RUÍZ, M., "Los Tribunales entonces no actúan como impedimento de nuevos consensos que afectarán el modo de entender y realizar los derechos; su intervención hace posible que los cambios se sucedan de modo gradual, consistente con las exigencias de la democracia y los principios del Estado de derecho y, sobre todo, con la debida consideración a los diversos intereses enfrentados, evitando la marginalización y aislamiento de minorías o grupos infrarrepresentados" además esta autora refiere que "Es la intervención de los Jueces en el procedimiento de determinación de los derechos constitucionalizados y no su papel como garante de derechos lo que resulta complicado de justificar no sólo desde los postulados de la democracia; sino también desde los más familiares y tradicionales de la *rule of law*", AHUMADA RUÍZ, M., (2005), *La Jurisdicción Constitucional en Europa*, op. cit., pp. 120 y ss., Mientras que TROPER, M., (2003), "The logic justification of judicial review" *I.CON*, vol. 1, p. 116, expresa que "la idea de que el control judicial es necesario para limitar la democracia y proteger valores fundamentales frente a las mayorías es sólo una variante de la idea más general de que el derecho debería reemplazar a la política".

lación de los mecanismos y condiciones que hacen posible el proceso democrático.<sup>77</sup>

### c. La realización de políticas judiciales por los Tribunales Constitucionales

La atribución a los Jueces de papel de velar porque las condiciones del proceso democrático se respeten, significa asignarles una función que va más allá de la aplicación de las normas de la Constitución escrita cuando en ella no se establecen ni determinan todas o algunas de las reglas y principios básicos de la democracia.<sup>78</sup> Esta facultad supone otorgarles de manera implícita, el control de las reformas constitucionales en este ámbito.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> KELSEN H., (1977), *Esencia y valor de la Democracia*, (Trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra) Barcelona, Guadarrama, pp. 112 y ss., expresa que "para la democracia no es tan característico que la voluntad gobernante sea la voluntad del pueblo, como que una gran parte de éste, la mayor que pueda ser, participe en el proceso de la formación de la voluntad, incluso limitándose, al menos, por regla general, a determinado estadio de este proceso, denominado legislación y aún en éste, a la creación del órgano legislador".

<sup>78</sup> El Tribunal Constitucional alemán abordó esta problemática en su resolución del 14 de febrero de 1973 (BVerGE 34, 269, p.304) refiriéndose al artículo 20, sección 3 de la Ley Fundamental, el cual establece que "El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional". Citada por HABERMAS, J. (2000) "Justicia y Legislación: sobre el papel y legitimidad de la Jurisprudencia Constitucional", en *Facticidad y Validez*, (Trad. M. Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, pp. 316 y ss.

<sup>79</sup> Para HABERMAS J., "Las normas concernientes a principios, que ahora embeben todo el orden jurídico, exigen una interpretación constructiva del caso particular, referida al sistema de reglas en conjunto y, muy sensible al contexto. {...}; pero dentro del sistema jurídico significa un aumento de poder de la justicia y una ampliación del ámbito de las decisiones judiciales, que amenazan con desequilibrar el armazón normativo del Estado clásico de derecho a costa de la autonomía de los ciudadanos". HABERMAS, J., (2000), "Justicia y Legislación: sobre el papel y legitimidad de la Jurisprudencia Constitucional", *op. cit.*, p. 319.

En Europa, a diferencia de lo que ocurrió en Estados Unidos, la justicia constitucional no se limitó a establecer garantías procedimentales para la realización del principio democrático<sup>80</sup> sino a establecer, fijar y salvaguardar lo que se consideraban condiciones esenciales para su realización.<sup>81</sup>

En ese sentido, la Constitución no busca garantizar ya la libertad de forma incondicionada a través de una delimitación jurídico-formal, sino sólo la que cabe dentro del sistema de valores reconocido por ella. Detrás de este proceder, está la convicción de que condicionar la legitimidad de las decisiones colectivas a que se adecuen y adapten a determinados resultados como asegurar la estabilidad y eficacia del gobierno o reconocer y

---

<sup>80</sup> Para ELY, J. H., (1980), *Democracy and Distrust. A Theory of judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, p. 117, "Si la *Supreme Court* ha de vigilar la observancia de la Constitución, habrá de prestar atención *ante todo* a las normas de procedimiento y organización de las que depende la eficacia legitimadora del proceso democrático. El Tribunal ha de cuidar que los "canales" por los que discurre ese proceso inclusivo de formación de la opinión y de la voluntad, mediante el que se organiza a sí misma la comunidad jurídica democrática, permanezcan indemnes: "Sobre lo que primariamente habrá de versar la *judicial review* habría de ser sobre el desbloqueo de obstrucciones en el proceso democrático".

<sup>81</sup> No obstante, "Las reglas constitutivas que en primer término *hacen posible la democracia* no pueden *constreñir (constrain)* la práctica de la democracia como si se tratara de normas externas a ella que se le imponen {...} las condiciones habilitantes (*enabling conditions*) no pueden ser confundidas con condiciones constrictivas (*constraining conditions*)." HABERMAS, J., (2001), "Constitutional Democracy. A Paradoxical Union Of Contradictory Principles?" *Political Theory*, vol. 29, p. 770. Para un tratamiento esclarecedor acerca de las razones por las cuales Estados Unidos desemboca en una democracia constitucional a través de un proceso que ha sido definido como *democratización del constitucionalismo*, mientras que Europa se experimenta una *constitucionalización de la democracia* y cómo ha influido esta circunstancia en una percepción distinta de la relación entre democracia y constitución y en el significado propio de la democracia. Vid. AHUMADA, RUÍZ M., (2005), "Las justificaciones de la jurisdicción constitucional", Capítulo III, en *La Jurisdicción Constitucional en Europa*, pp. 171 y ss.

asegurar derechos básicos constitutivos de la democracia, no son un reflejo de la libertad democrática sino un signo de desconfianza hacia las posibilidades de auto corrección de la democracia.<sup>82</sup>

La desconfianza en la capacidad del pueblo de un país concreto para desarrollar por sí mismo las virtudes cívicas que se atribuyen a una sociedad democrática, resulta un motivo importante para preferir al menos en los inicios la fórmula de la democracia constitucional. Ésta es posiblemente una de las razones que justifican la implementación del control de constitucionalidad europeo después de la Segunda Guerra Mundial en un proceso definido como "constitucionalización de la democracia", caracterizado por condicionar la validez de las decisiones políticas a su adecuación a una Constitución.<sup>83</sup>

En esta situación, un Tribunal Constitucional es un poder legitimador por cuanto a que contribuye a la

---

<sup>82</sup> BÖCKENFÖRDE, E. W., (2000), "Origen y cambio del concepto de Estado de derecho", *op. cit.*, p. 43, critica esta postura por cuanto que al fijar como intangibles valores fundamentales de la regulación de la vida y de su organización política se niega a las generaciones futuras desde el principio el reconocimiento de su propia madurez.

<sup>83</sup> El problema de esta teoría que puede perder justificación e incluso legitimidad en una situación en que se ha alcanzado una estabilidad democrática, como es el caso de la mayor parte de Estados miembros de la Unión Europea. Para AHUMADA RUÍZ, M., "El énfasis en la 'corrección' de los resultados del proceso político, medida en términos de su acomodo a los contenidos materiales de la Constitución, y la pretensión de controlar el desarrollo y los alcances de la política orientándola a la consecución de determinados fines especificados también en la Constitución, revelan la falta de confianza en la capacidad del proceso democrático para producir por sí solo resultados aceptables (en tanto que representativos de preferencias compartidas por la mayoría) y el temor a que la actividad política, desprovista de una guía que le marca objetivos permanentes, morales, y a largo plazo, termine por concentrarse en los de plazo corto, demasiado dependientes de la presión electoral" AHUMADA, RUÍZ M., (2005), *La Jurisdicción Constitucional en Europa*, *op. cit.*, p. 142.

viabilidad del sistema político al favorecer su estabilidad, si son previsibles las dificultades para satisfacer en el corto plazo muchas demandas sociales. De cierta forma, la idea de que el Estado se obliga no sólo a respetar los derechos fundamentales, sino también a establecer las condiciones para su realización y disfrute efectivo, es muy europea.<sup>84</sup>

Los Tribunales Constitucionales cumplen normalmente varias funciones a la vez que confluyen en la tarea de decidir en última instancia cuestiones de interpretación de la Constitución y, por tanto, en mantener también la coherencia del orden jurídico. Pueden distinguirse tres ámbitos de competencias en donde los Jueces realizan actividades con un importante trasfondo político: resolver los conflictos entre los órganos estatales, el control de constitucionalidad de las normas jurídicas en su doble vertiente de control abstracto<sup>85</sup> y control concreto y los recursos de amparo.

---

<sup>84</sup> Para NINO, C. S., (1997), *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, p. 272, "Quizá nuestra intuición a favor del control judicial de constitucionalidad esté asociada con situaciones en las cuales esas condiciones no son satisfechas y, consecuentemente, lo político, llámese "democrático" o no, no es epistémicamente superior al proceso judicial. Además {...} los Jueces pueden establecer {...} condiciones que proveen al proceso democrático de valor epistémico".

<sup>85</sup> Para HABERMAS, J., Dicho control se convierte en el más problemático desde el punto de vista de la división de poderes por cuanto a que en las otras, el control concreto de normas y los recursos de amparo, el Tribunal actúa en el sentido de una unificación y coherencia del derecho. Este dato resulta revelador por cuanto a que desde el punto de vista constitucional no se asumen las posibilidades y efectos que el control de normas en casos concretos puede asumir en un ámbito supranacional como el comunitario para lograr la aplicación uniforme de dicho ordenamiento Para este autor lo que se llama control abstracto de normas pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador. HABERMAS, J., (1998), "Justicia y Legislación: sobre el papel y legitimidad de la Jurisprudencia Constitucional", *op. cit.*, p. 315., mientras que para MICHELMAN, F., (1988), "Law `s Republic", *The Yale Law Journal*, núm. 97, p. 1525. En lo que

A partir de esta concepción, los Jueces en cualquiera de las situaciones mencionadas pueden decidir de qué manera van a interpretar las disposiciones constitucionales, y qué uso van a hacer de su facultad de interpretación de las disposiciones constitucionales. Puede señalarse por tanto, que los Tribunales Constitucionales con su jurisprudencia diseñan una serie de estrategias<sup>86</sup> que les hacen jugar en el contexto del sistema político un papel más amplio del que tradicionalmente se les reconoce. Estas acciones por los efectos que producen en el contorno político y social pueden ser denominadas como "políticas judiciales".<sup>87</sup>

---

respecta a la tarea del control abstracto de las normas, el Tribunal Constitucional sólo puede apelar a una autoridad derivada, a una autoridad proveniente del derecho de autodeterminación del pueblo, cuando interviene en el proceso de producción legislativa y anula leyes aprobadas por la Cámara.

<sup>86</sup> En ese sentido, el análisis constitucional puede presentarse bajo dos formas. La primera apunta a la explicación de la aplicación y del modo de funcionamiento de las Constituciones y se esfuerza por comprender los comportamientos de los actores como la puesta en práctica de estrategias o más en general como el producto de constricciones jurídicas. La otra forma trata de explicar de la misma manera la transformación de los conceptos jurídicos y la evolución de los discursos sobre la constitución. Al respecto Vid. MURPHY, W. F., (1964), *Elements of judicial strategy*, Chicago, Chicago University Press.

<sup>87</sup> Vid. MURPHY W. F., y C. H. PRITCHETT, (1986), *Courts, Judges and politics. An introduction to the Judicial Process*, McGraw-Hill; STONE SWEET, A., les denomina *constitucional politics*; para esta autora "los Tribunales Constitucionales terminan por construir teorías sobre los derechos constitucionales, sobre la justicia constitucional, desarrollan jerarquías de normas y valores dentro de la Constitución. Concebidas como políticas, estas teorías se traducen en mandatos más o menos precisos, acerca de cómo deben ser protegidos los derechos constitucionales por legisladores, administración y Tribunales ordinarios", STONE, SWEET, A., (2000), *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, University Press, pp. 29 y ss., en el mismo sentido CLOSA MONTERO, C., (2005), "Constitución y Democracia en la Unión Europea", en CLOSA MONTERO, C. y N. FERNÁNDEZ SOLA (Coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, Madrid, CEPC, p. 31, distingue entre política normal y política constitucional en la Unión Europea, mientras que KOMMERS, D., al analizar la actuación del Tribunal Constitucional alemán en el ámbito de establecer garantías en el proceso democrático se refiere a ellas como *judicial politics*. KOMMERS, D. P., (1976), *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*, Sage publications, pp. 236 y ss.,

Una de esas primeras políticas judiciales tiene que ver con la protección del ámbito de competencias de los diferentes niveles de organización política interna en Estados que cuentan con una estructura federal como Alemania y Austria o en Estados cuyo sistema constitucional permite concertar con las regiones poderes de decisión política, como es el caso de España, Italia y Bélgica.

En cada uno de estos países los conflictos de competencias entre las regiones o las comunidades con el gobierno central hacen necesaria la intervención del Juez constitucional que de esta forma se ve apoderado de un papel político muy importante pues supone preservar la estabilidad del sistema político en la difícil tarea de ponderar la protección de la decisión política del poder central sin excluir la garantía de las prerrogativas y atribuciones concedidas a las regiones y comunidades.<sup>88</sup>

Igualmente, le corresponde resolver los conflictos de competencias que se suscitan entre los distintos poderes del Estado en el ámbito de la administración nacional o federal. Esta competencia es común a todos los Tribunales Constitucionales con independencia del tipo

---

por su parte CRUZ VILLALÓN, P., (2004), "La política constitucional", en *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, op. cit., supra, describe la política constitucional como forma de armonización en la Unión Europea.

<sup>88</sup> Ya en Estados Unidos, HOLMES, O. W., había afirmado que los Estados Unidos no desaparecerían si el Tribunal Supremo perdiera su facultad para declarar la nulidad de leyes aprobadas por el Congreso, pero la Unión estaría perdida si este Tribunal no pudiera declarar nulas las leyes de los Estados de la federación. HOLMES, O. W., (1922), *Law and the Court*, en "Collected Legal Papers", p. 295.

de organización política que tenga el Estado. Aquí la función consiste en garantizar o restablecer un equilibrio apropiado entre Ejecutivo y Legislativo.

También es posible considerar que a los Tribunales Constitucionales en el ámbito europeo se les atribuye la protección de ciertos derechos que pueden ser considerados una idea común dentro de la tradición jurídica europea aunque no estén establecidos en sus Constituciones de la misma forma,<sup>89</sup> por ejemplo, el caso del derecho de propiedad con una clara filosofía social distinta de la visión clásica de la economía liberal e individualista. Del mismo modo, los principios que caracterizan a una sociedad democrática son reconocidos y protegidos por los Tribunales Constitucionales; la libertad individual, la libertad de circulación, la libertad de reunión y asociación, la libertad de expresión, el acceso a la justicia, el respeto de los derechos de defensa, la celebración de elecciones libres o la libertad de formación de partidos políticos. Sería esta protección de los derechos y libertades lo que garantizaría su legitimidad.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> En ese sentido, HABERMAS, J. refiere que "En sus decisiones el Tribunal Constitucional alemán califica por eso a los derechos fundamentales de principios de un orden jurídico global, cuyo contenido normativo estructura al sistema de reglas en su conjunto". HABERMAS, J., (2000), "Justicia y Legislación: sobre el papel y legitimidad de la Jurisprudencia Constitucional", *op. cit.*, p. 320.

<sup>90</sup> Si adoptamos una definición muy amplia de gobierno como aquel que ejerce toda autoridad respecto a la cual las decisiones son susceptibles de tener consecuencias para la organización y el funcionamiento de la sociedad, según esta definición existiría un gobierno de Jueces dados los efectos y consecuencias que sus decisiones tienen en la determinación de los derechos y libertades. *Vid.* al respecto TROPER, M., (2004), "Del buen uso de los fantasmas. Del gobierno de Jueces al gobierno por los Jueces", en *Ensayos de Teoría Constitucional*. México, Fontamara, pp. 127 y ss.

En su actividad, los Tribunales utilizan una metodología similar; aprecian el carácter razonable, lógico, excesivo o desproporcionado de las vulneraciones producidas a cualquiera de las libertades objeto de protección y, a continuación, otorgan a las grandes categorías de libertades, interpretaciones y soluciones de fondo semejantes, hasta el punto de poder considerar que de esta forma los Tribunales constituyen por vía judicial un patrimonio común de derechos y libertades.<sup>91</sup>

Esta aproximación relativa de las jurisprudencias constitucionales protectoras de los derechos y libertades se ha ido realizando gradualmente gracias a la celebración de conferencias anuales entre los integrantes de los diferentes Tribunales Constitucionales europeos que permiten a sus miembros confrontar sus métodos y sus soluciones.<sup>92</sup>

Otro aspecto en donde es posible observar este fenómeno es en la consideración de situaciones concretas en donde los Tribunales Constitucionales más que razonar de manera abstracta o doctrinal sobre las vulneraciones de los derechos, ejercen su control lo más cerca

---

<sup>91</sup> Para un tratamiento general de este tema Vid. PIZZORUSSO, A., (2002), *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, il Mulino Saggi, particularmente su capítulo IV.

<sup>92</sup> Esta situación ha sido resaltada por el profesor ALONSO GARCÍA, R., el que expresa la necesidad de facilitar el flujo de ideas entre los respectivos intérpretes supremos, cuanto menos en un contexto informal. ALONSO GARCÍA, R., (2005), "La necesidad de potenciar el diálogo entre los intérpretes constitucionales supremos sobre el que cimentar un discurso constitucional europeo común" en *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Navarra, Cuadernos Civitas, pp. 47 y ss.

posible de las situaciones en las que éstas se producen, apreciando concretamente las consecuencias de la ley y evaluando el contexto particular de cada controversia.

En ese sentido, debe recordarse que los Jueces constitucionales son los encargados de determinar el sentido, contenido y alcance del principio que utilizan en el control de la ley, y llegado el caso, de los demás actos jurídicos;<sup>93</sup> y que esta función les proporciona la libertad, mediante la interpretación, de hacer evolucionar el sentido de los diferentes derechos fundamentales o de deducir nuevos derechos a partir de los principios existentes.<sup>94</sup>

La innovación y transformación propiciada por la justicia constitucional, provocaría que el Parlamento ya no fuese el único llamado a realizar la ley, su voluntad quedaría subordinada al respeto de la Constitu-

---

<sup>93</sup> Para SUNSTEIN, C. R., (1990), *Alter the Rights Revolution*, *op. cit.*, p. 170, "Los principios vienen unidos por ciertos fines generales. Estos incluyen sobre todo el esfuerzo por promover la deliberación en el gobierno, por crear sustitutos de ella cuando se haya ausente, por limitar el faccionalismo y la representación auto interesada, y por promover la igualdad política".

<sup>94</sup> Para HABERMAS J., "La aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de la *realización de valores*, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto: *la concretización es la implementación creadora de algo que sólo viene fijado en lo tocante a orientación o a principio y que en todo lo demás está abierto y ha menester que se le determine y se le configure para convertirlo en una norma aplicable.*", "Justicia y Legislación: sobre el papel y legitimidad de la Jurisprudencia Constitucional", *op. cit.*, p. 327.

ción, tal y como el Tribunal Constitucional la interpretara y se la impusiera a su control.<sup>95</sup>

De esta forma, los Tribunales se convierten en un instrumento de importante influencia en el complejo proceso de elaboración de leyes, impulsando la política legislativa del Parlamento, estableciendo un acervo y un marco de orientación a través de la doctrina generada con su jurisprudencia que deberá ser considerado al momento de la discusión legislativa,<sup>96</sup> o bien, aconsejando a los parlamentarios que retomen su trabajo en uno u otro sentido.<sup>97</sup>

La ley aparece no tanto como el producto de la voluntad general expresada por un actor, el Parlamento, sino como el resultado de la deliberación general que

---

<sup>95</sup> No obstante, en la medida en que un Tribunal Constitucional adopta "la teoría de los valores" y la pone en la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos. De esta forma, *la tarea se convierte en la búsqueda entre las normas aplicables, de aquella que mejor se acomode al caso de aplicación*. En ese sentido, ELY J. H., refiere que el Tribunal Constitucional ha de operar dentro del marco de sus competencias en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una *política deliberativa*, que son las que fundan legitimidad. ELY, J. H., (1980), *Democracy and Distrust. A Theory of judicial Review*, *op. cit.*, *supra*.

<sup>96</sup> Al respecto, SUNSTEIN, C.R., refiere que "los Tribunales deberían desarrollar estrategias interpretativas para promover la deliberación en el gobierno, por ejemplo, devolviendo asuntos concernientes a intereses o a grupos constitucionalmente sensibles, para ser reconsiderados por el Legislativo o por los organismos reguladores de que se trate cuando la deliberación parezca haber estado ausente". SUNSTEIN, C.R., (1990), *Alter the Rights Revolution*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>97</sup> Esta realidad hace que algunos autores señalen que entonces no se estaría en una democracia sino en un gobierno mixto, al respecto *Vid.* PASQUINO, P., (1998), "Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative perspectives; USA, France, Italy", en *Ratio Juris*, vol. 11, núm. 11, p. 38.

se organiza entre diferentes instituciones, Parlamento, gobierno y Tribunales Constitucionales, que participan en su elaboración.

#### **d. La cuestión prejudicial de interpretación en el ordenamiento jurídico comunitario y la legitimidad de su realización**

La creación de un Tribunal de Justicia desde los tratados constitutivos de Roma, ha revestido una enorme importancia en la comprensión del orden jurídico comunitario como un "nuevo orden jurídico europeo" que se distingue del orden jurídico internacional en su sentido tradicional y del orden constitucional en el ámbito interno.

Actualmente, las características estructurales esenciales al igual que el contenido del derecho comunitario, son establecidas, en primer término, por su jurisprudencia. El Juez y no el legislador, personifica el elemento dinámico en el derecho sin Estado, como es el caso del derecho comunitario.<sup>98</sup>

El Tribunal de Justicia ha abierto a través de su actividad consultiva y jurisdiccional, no sólo un nuevo cauce de entendimiento para la coordinación de las institu-

---

<sup>98</sup> El problema consiste no en el control que se ejerce sobre la ley o los actos del legislador comunitario que, en todo caso, corresponde en la Comunidad a los Gobiernos de los Estados miembros, respecto a su conformidad con el derecho comunitario sino en que, en aras de resolver controversias a propósito del significado y alcance de los tratados, el Tribunal de Justicia establezca orientaciones, directrices, normas concretas y reglas de aplicación inmediata que afectan el orden jurídico de los Estados miembros, con exclusión de la participación de los parlamentos nacionales en su deliberación.

ciones comunitarias, sino que ha sentado las bases para la cooperación y adaptación de los actos jurídicos de dichas instituciones a los ordenamientos nacionales, privilegiando el papel de las instituciones nacionales en la realización de la forma y las medidas necesarias tendentes a lograr este objetivo.

Sin duda, una manifestación fundamental de esta cooperación, ha sido la cuestión prejudicial prevista en el actual artículo 234 (antes art. 177) del Tratado de la Comunidad Europea que consiste en una fórmula de cooperación que permite a los Tribunales nacionales *aplicar* la norma comunitaria, dejando en manos del Juez comunitario, el Tribunal de Justicia, *la interpretación y el enjuiciamiento* de la misma.<sup>99</sup>

Para Pescatore, el objetivo fundamental del artículo 177 consiste en garantizar en el marco de un sistema ampliamente descentralizado, la unidad del derecho comunitario en la aplicación que hacen de él los órganos jurisdiccionales nacionales y, a través de ellos, las autoridades nacionales en general. Esta aplicación uniforme no sólo respecto de su contenido sino particularmente, de su alcance, sus efectos y su eficacia.<sup>100</sup>

El propio Tribunal ha establecido que el artículo 177 del tratado, no establece un proceso contencioso

---

<sup>99</sup> SARMIENTO, D., (2004), *Poder Judicial e Integración Europea, la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Civitas, p. 50.

<sup>100</sup> PESCATORE, P., (1993), "Las cuestiones prejudiciales", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑAN NOGUERAS, J. D., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, p. 531. Sin embargo, hay que precisar que esta descentralización es exclusivamente de tipo funcional y no con relación a la interpretación, en la que el Tribunal de Justicia conserva su monopolio de único intérprete de los Tratados.

destinado a dirimir una controversia, sino que instituye un procedimiento que, con el fin de garantizar la unidad de interpretación del derecho comunitario mediante la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, permite a estos últimos solicitar la interpretación de los textos comunitarios que deben aplicar a los litigios de que conozcan.<sup>101</sup>

De esta forma, el fundamento de la cuestión prejudicial se encuentra en la regla contenida en el artículo 220 del Tratado de la Comunidad Europea (antes art. 164) "El Tribunal de justicia asegura el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente tratado".

Para Moitinho de Almeida, la cuestión prejudicial tiene su origen en la remisión prejudicial que existen en Alemania e Italia para la apreciación de la constitucionalidad, y por lo que se refiere a la interpretación del derecho comunitario en el sistema francés, según el cual, cuando ante un órgano jurisdiccional nacional se plantea una cuestión relativa a la interpretación del derecho internacional, dicho órgano debe consultar al *Quai d`Orsay* al respecto, quedando vinculado por la interpretación que éste efectúe.<sup>102</sup>

Por tanto, la cuestión prejudicial es un instrumento procesal que no era desconocido para los Estados europeos, sino que estaba presente en algunos orde-

---

<sup>101</sup> Cfr. Sentencia *Biogen* de 26 de marzo de 1996, asunto C-181/95.

<sup>102</sup> MOITINHO DE ALMEIDA, J. C., (1991), "La remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" en *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de 1era Instancia*, Bilbao, Gobierno Vasco, p. 231.

namientos internos con cuestión de inconstitucionalidad. De hecho, el paralelismo entre ambos recursos es significativo, los presupuestos procesales para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, a saber: a instancia de un Juez o Tribunal, norma aplicable al caso, de cuya validez o interpretación dependa su resolución, pueden ser predicables respecto a la cuestión prejudicial.

Para Martínez-Carrasco Pignatelli, este mecanismo encuentra un precedente relevante en el modelo norteamericano con una jurisdicción federal independiente para la aplicación del derecho federal como diferenciado del derecho de los Estados ya que la jurisdicción federal se extiende a todos los casos basados en la ley y en la equidad.<sup>103</sup>

Sin embargo, lo que sí constituye una novedad, es que un instrumento similar no hubiese sido establecido ni en el derecho internacional ni en una organización internacional para la interpretación de un tratado.<sup>104</sup> Por otra parte, otro antecedente es que en el artículo 41 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), ya se había delineado la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia pero sólo para verificar la validez de las decisiones de la Alta Autoridad o del Consejo y no para la interpretación del tratado o de los actos comunitarios.

---

<sup>103</sup> MARTÍNEZ CARRASCO PIGNATELLI, J. M., (1998), "La construcción prejudicial en la construcción del ordenamiento jurídico comunitario", *op. cit.*, p. 45.

<sup>104</sup> Comúnmente las partes de un tratado internacional firman tratados interpretativos en los que las partes acuerdan el contenido atribuido en el tratado principal a determinadas expresiones o conceptos o bien establecen una jurisdicción internacional a la que pueden acudir las partes firmantes del tratado para resolver sus desencuentros interpretativos.

Este mecanismo permite a los Jueces nacionales remitir al Tribunal de Justicia consultas en dos vertientes: una cuestión sobre la validez de actos emanados de las Instituciones comunitarias o del Banco Central Europeo y otra que tiene por objeto solicitar del Tribunal de Justicia la interpretación del tratado o de actos comunitarios.<sup>105</sup>

Ambas se pueden interponer conjuntamente o de manera separada ante el Tribunal de Justicia, si bien lo más frecuente es que las cuestiones de apreciación de validez se susciten a la vez que otras de interpretación pero no al contrario.

Respecto a la presentación de una cuestión prejudicial de interpretación, su ámbito de aplicación puede versar tanto sobre normas de los tratados (derecho originario), como sobre normas emanadas de las instituciones comunitarias.

Por cuanto a la cuestión prejudicial de validez, su ámbito de aplicación sólo alcanza a los actos de las instituciones comunitarias, sin que pueda referirse a los preceptos de los tratados. La pertinencia en la interposición de la cuestión prejudicial de validez dependerá de la existencia de una auténtica necesidad de determinar la validez o invalidez de un acto comunitario para que el Juez nacional pueda resolver el litigio de que esté conociendo.

La cuestión prejudicial comunitaria constituye un incidente en el proceso iniciado ante los órganos jurisdic-

---

<sup>105</sup> P. CHITI, M., (2002), *Derecho Administrativo Europeo*, (Trad. L. Ortega), Madrid, Civitas, p. 306.

cionales nacionales que ha de ser resuelto por otro órgano judicial que se encuentra en un ámbito diferenciado a aquel que está resolviendo el fondo del asunto: el Tribunal de Justicia. La cuestión prejudicial como se ha mencionado antes, no debe entenderse como una relación de sujeción jerárquica sino como una vía de colaboración entre dos órganos jurisdiccionales; así la cuestión presentada ante el Tribunal no excluye la competencia del Juez nacional para resolver el fondo del asunto, aunque deberá atenerse al dictamen expresado por el Tribunal.

El instrumento prejudicial en principio, sólo permite al Tribunal de Justicia una interpretación y enjuiciamiento de *las normas* comunitarias, no así de las normas nacionales aplicables al caso concreto. El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia su negativa a enjuiciar la competencia del Tribunal nacional de donde origina la cuestión, entendiendo que se trata de una cuestión de derecho interno que sólo los órganos jurisdiccionales nacionales deben resolver.<sup>106</sup>

El mecanismo prejudicial está basado en una separación de las funciones jurisdiccionales entre el tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales. La interpretación dada por el tribunal, debe por tanto, permanecer

---

<sup>106</sup> El Tribunal ha afirmado que "Toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del Juez nacional {...} el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre los hechos del asunto principal ni para aplicar a medidas o situaciones nacionales las normas comunitarias que haya interpretado siendo dichas cuestiones de la exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales". Cfr. Sentencia *Fornasar*, asunto C-318/98, de 22 de junio de 2000 y sentencias *campus oil Ltd.*, y otros, asunto 72/83 de 10 de julio de 1984 y *Esso Española*, asunto C-134/94 de 30 de noviembre de 1995.

abstracta y no comportar nunca una aplicación del derecho comunitario a un asunto determinado.

En la práctica no obstante, el estricto respeto de esta distribución de las funciones no siempre es fácil. En efecto, si en su afán de no exceder su competencia, el Tribunal da una interpretación demasiado abstracta, la misma puede quedarse en algo puramente académico y por tanto inutilizable; la interpretación debe ser lo bastante concreta para ser útil al órgano jurisdiccional de reenvío.<sup>107</sup>

En realidad, la cuestión prejudicial no es un verdadero recurso en sentido técnico procesal. Es una cuestión previa y accesoria al litigio principal que puede resultar, no sólo determinante, sino además vinculante para el fallo del asunto que dicte el órgano judicial interno.<sup>108</sup>

A través de la cuestión prejudicial se pretende evitar que se abandone a las diferentes jurisdicciones nacionales la prerrogativa de interpretar, según reglas de derecho interno, las disposiciones del tratado y del derecho comunitario derivado, conjurando de esta forma, el riesgo de que éste sea aplicado de manera heterogénea en los distintos Estados miembros de la Unión Europea.

La cuestión prejudicial para la interpretación de normas comunitarias tiene el objetivo de servir como guía para

---

<sup>107</sup> ISACC, G., (2000), *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, Ariel Estudios Europeos, p. 408.

<sup>108</sup> Una de las funciones que tiene la cuestión prejudicial es la de verificar la compatibilidad de una ley nacional o de un acto administrativo respecto al derecho comunitario.

asegurar dicha uniformidad en la interpretación del derecho<sup>109</sup> y, por tanto, constituye una pieza clave y un mecanismo esencial en el funcionamiento de la estructura en que se articula el ordenamiento jurídico comunitario.<sup>110</sup>

Esta importancia está relacionada con los efectos que genera la cuestión prejudicial. De esta forma, cuando la cuestión prejudicial verse sobre un problema de interpretación, la sentencia que pronuncie el Tribunal de Justicia vinculará al Juez nacional que la planteó y a las instancias superiores e inferiores a él, cuando conozcan de otros asuntos diferentes pero materialmente idénticos a aquél.

Igualmente, los Jueces nacionales distintos al que presentó el recurso prejudicial podrán también, en caso de duda, plantear nuevamente el problema de interpretación al Tribunal de Justicia si no se consideran suficientemente informados o necesitan aclaraciones. Al pronunciarse sobre cuestiones de principio, la jurisprudencia de Luxemburgo necesitaba asumir

---

<sup>109</sup> En su sentencia *Rheinmühlen* de 16 de enero de 1974, asunto 166/73, rec., p. 33, el Tribunal de Justicia había afirmado que la función esencial de la cuestión es la de facilitar y asegurar la interpretación de la norma comunitaria y, por tanto, también la aplicación de ésta de forma uniforme en todos los países miembros de las Comunidades de modo que tenga en todos ellos la misma eficacia práctica.

<sup>110</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., ha afirmado al respecto que "La competencia prejudicial atribuida al Tribunal de Justicia constituye quizá el elemento más importante del conjunto del sistema judicial comunitario. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., (1993), "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C y D. LIÑAN NOGUERAS (Dir.), *El Derecho Comunitario y su aplicación judicial*, Civitas, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Granada.

una fuerza normativa más afín a la del precedente vinculante.<sup>111</sup>

En el ejercicio de esta actividad, el Tribunal se ha convertido en el garante último de interpretación uniforme y adecuada del derecho comunitario, consolidando una comunidad de derecho unitario y sentando las bases para la cooperación política y social.

Con relación a la cuestión prejudicial de validez o invalidez de un acto comunitario, el efecto de la sentencia no supone directamente la anulación de dicho acto sino su inaplicación. Será el órgano nacional o comunitario que dictó el acto declarado nulo a quien corresponderá tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento jurídico nacional o comunitario a los efectos de la sentencia dictada en vía prejudicial.<sup>112</sup>

Pero quizá, el efecto más importante es que habida cuenta de que las disposiciones de los tratados y del derecho comunitario derivado (reglamentos, directivas o decisiones) crean derechos subjetivos en favor de los ciudadanos de los Estados miembros, derechos que deben ser aplicados de la misma forma para todos los ciudadanos europeos con independencia del órgano jurisdiccional que los aplique; la cuestión prejudicial se convierte en su garantía pues, aunque se podría

---

<sup>111</sup> De ahí que para VICTOR LUIS, J., más que hablar de un efecto de autoridad de cosa juzgada para las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal, sea preferible hablar del término de derecho anglosajón "autoridad del precedente". VICTOR LUIS, J., (1983), "Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Instituciones Europeas*, no. 1, pp. 9 y ss.

<sup>112</sup> Vid. Sentencia *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77 y *Foto-Frost* de 22 de octubre de 1987, asunto 314/85.

pensar que se trata de un instrumento de ayuda dirigido exclusivamente a las instancias jurisdiccionales en tanto que ellas son las únicas legitimadas para plantearlo, la cuestión prejudicial ha demostrado en la práctica ser un efectivo mecanismo para la protección y garantía de los derechos de los individuos frente a los actos de instancias nacionales contrarios al derecho comunitario mediante la colaboración que se da en su aplicación entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales.

Al permitir el reenvío prejudicial que el Juez nacional acuda al Tribunal de Justicia cuando estime necesaria una decisión previa sobre la validez o interpretación de la norma comunitaria aplicable al caso, se pone de relieve un reparto de funciones entre el Juez nacional y el Juez comunitario en el desarrollo de una tarea común que es la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario en todo el ámbito de la Unión europea.<sup>113</sup>

La técnica del reenvío prejudicial, al hacer descansar en el Juez nacional la iniciativa de la consulta, implica un grado de confianza y colaboración que exige una especial sensibilidad. A diferencia del Juez comu-

---

<sup>113</sup> En su Informe de 1995 sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha valorado la remisión prejudicial de la siguiente forma: "El desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario es en gran parte fruto del diálogo que se ha establecido entre los Jueces nacionales y el Tribunal de Justicia mediante la cuestión prejudicial. A través de esta cooperación se han identificado las características esenciales de dicho ordenamiento jurídico, en particular su primacía en relación con los derechos de los Estados miembros y el efecto directo de toda una serie de disposiciones, así como la posibilidad para los particulares de obtener reparación cuando sus derechos son vulnerados por una violación del derecho comunitario imputable a un Estado miembro". *Vid Noticias UE*, núm. 134, marzo 1996, p. 22.

nitario que ha tenido no sólo la necesidad de elegir alguna de las posibilidades normativas que ofrecen los tratados sino también cuidar que sus resoluciones tiendan a la convergencia e integración hacia un ordenamiento común europeo, con base en principios comunes a los Estados miembros, el Juez nacional ha tenido la delicada misión de adaptar su función de intérprete del derecho nacional, a una cada vez más penetrante influencia del derecho comunitario en los asuntos a resolver.<sup>114</sup>

Los Tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial están por tanto, integrados en un sistema unitario de control judicial. El hecho de que sea el órgano jurisdiccional nacional el que emita la decisión final es crucial para el procedimiento. El efecto vinculante y el valor ejecutivo de tal decisión, emanada de un tribunal perteneciente al propio Estado miembro hacen que un Estado no pueda desobedecer a sus propios Tribunales y como es obvio, proporciona legitimidad al sistema.<sup>115</sup>

Por ello, la facultad de revisar el derecho estatal en contraste con el derecho comunitario, y de anularlo, como contrario al mismo, de forma autónoma o en cooperación con el Tribunal de Justicia ha revalorizado, en cualquier caso, la posición de los Tribu-

---

<sup>114</sup> Para HERNÁNDEZ GIL, A., (1990), "La unificación Jurídica Europea", *Noticias Unión Europea*, no. 71, p. 19, "La mayor o menor incidencia del derecho comunitario, así como su uniformidad en los diferentes Estados miembros, viene condicionada por la necesaria colaboración de los jueces nacionales".

<sup>115</sup> El Juez no es sólo un mero ejecutor, sino Juez e interlocutor directo en el discurso que activa la cuestión prejudicial.

nales nacionales y, ante todo, de los Tribunales de instancia.<sup>116</sup>

Para Sarmiento, mediante la activación de la cuestión prejudicial el Juez nacional se inserta en un discurso comunitario en ocasiones ajeno a la lógica de cada Constitución nacional y, por tanto, de cada organización jurisdiccional estatal.<sup>117</sup>

La apertura del Tribunal Europeo hacia los Tribunales de los Estados miembros estuvo fundada sobre la idea de un pacto judicial-constitucional, que el nuevo orden legal operaría en ámbitos limitados. El principio de derecho que está en la base del tratado es el principio de competencia limitada. La Comunidad es una persona jurídica de derecho público y a estos efectos posee la capacidad jurídica necesaria para ejercer sus funciones, pero sólo esas.<sup>118</sup>

El problema es que la mutación operada en el ámbito competencial significaba que el nuevo ordenamiento y

---

<sup>116</sup> El abogado general Leger, en sus conclusiones al asunto Kobler 224/01 presentadas el 8 de abril de 2003, ha definido el papel de los Jueces nacionales en los siguientes términos: " Constituidas por el derecho, las Comunidades Europeas se han desarrollado y consolidado esencialmente a través del derecho. El Juez nacional, cuya función es aplicar el derecho, incluido el comunitario, constituye indudablemente una pieza esencial del ordenamiento jurídico comunitario. Situado en la "encrucijada" de diversos sistemas jurídicos, tiende a contribuir esencialmente a la aplicación efectiva del derecho comunitario y, en definitiva, al desarrollo del proceso de integración europea. En consecuencia es comprensible que el Tribunal de Justicia no haya dejado de subrayar, en su jurisprudencia, el papel determinante del Juez nacional en la aplicación del derecho comunitario. Además puede advertirse en este contexto la elaboración progresiva de una verdadera "ética jurisdiccional comunitaria".

<sup>117</sup> SARMIENTO, D., (2004), *Poder Judicial e integración europea*, Madrid, *Civitas*, p. 58.

<sup>118</sup> Asuntos acumulados 7/56, 3-7/57 Common Assamby of the European Coal and Steel Community, citados por H.H. WEILER, J., (1995), *Europa, fin de siglo*, Madrid, CEC, p. 46.

el pacto judicial-legal que lo suscribía, habían de extenderse a todas las áreas de actividad.

Actualmente, es enorme la probabilidad de obtener una resolución inesperada, sin una previsión clara en texto legal alguno, como lo demuestran las habituales sentencias del Tribunal de Justicia o también de los Tribunales nacionales, fundadas en derecho comunitario.<sup>119</sup>

Para Öhlinger, los componentes heterónomos de la aplicación jurídica en el caso del derecho comunitario se desplazan en favor de los componentes autónomos, la aplicación jurídica judicial tiende a la desvinculación; cada jurisprudencia incrementa el componente inmanente de creación jurídica.<sup>120</sup>

Tales sentencias favorecen, a su vez, la propensión a poner en duda cualquier disposición o práctica jurídica tradicional de carácter nacional invocando el derecho comunitario. En ello puede verse una "americanización estructural del derecho europeo continental". El papel de los Tribunales cambia; llegan a aquel punto en el que el derecho, con la sólida ayuda material se halla en gestación.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> A este fenómeno se han referido BAQUERO CRUZ, J., al hablar de la jurisprudencia pobre y la actitud aprovechada de los Jueces nacionales. (2005), "De la cuestión prejudicial a la casación europea: Reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad de la Unión", en *Revista Española de Derecho Europeo*, Madrid, Thomson Civitas, núm. 13, p. 35, y también SARMIENTO D., (2006), "Las interpretaciones estratégicas del derecho comunitario y la crisis de la doctrina del acto claro" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, al referirse a los Tribunales nacionales como *free riders*.

<sup>120</sup> ÖHLINGER, Theo, (2004), "La influencia del derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de *americanización* del derecho europeo," en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 8, Madrid, CEPC, p. 370.

<sup>121</sup> *Ibidem*, pp. 372 y ss.

La caracterización que el Tribunal de Justicia ha realizado del derecho comunitario y la ampliación de competencias de la comunidad, ha revelado la sustracción al ámbito político estatal de espacios relevantes para la deliberación y elaboración de normas y la traslación de dichos espacios a un ámbito comunitario no regido por el principio democrático.

En el establecimiento de doctrina constitucional vinculante se aprecia inevitablemente, un elemento de auto-definición del propio Tribunal de Justicia. Cuando éste adopta dichas decisiones, se está situando implícita o explícitamente en una situación de poder como institución de la Comunidad con autoridad final para adoptar resoluciones materiales y estructurales fundamentales.<sup>122</sup>

La causa de que el Tribunal de Justicia haya perfilado un ordenamiento jurídico nuevo y que los Estados miembros no tuvieran reparos para su aceptación habría que buscarla en las insuficiencias y fallos del proceso político comunitario. De esta forma el desarrollo "jurídico" federal de la integración fue una respuesta y una reacción frente al desarrollo político confederal de la desintegración.<sup>123</sup>

La integración europea ha supuesto que muchas competencias políticas hayan sido transferidas a Bruselas, lo que ha implicado una redefinición funcional que hace que el ámbito de decisiones políticas se traslade de los Estados miembros a la Unión Europea.

---

<sup>122</sup> H.H. WEILER, J., (1995), *Europa, fin de siglo, op. cit.*, p. 130.

<sup>123</sup> H.H. WEILER, J., (1995), *Europa, fin de siglo, op. cit.*, p. 43.

Existen dos problemas que subyacen a las dificultades de explicar la legitimidad democrática en una Unión como es la europea; el primero tiene que ver con las condiciones de su existencia y el segundo con la indefinición geográfica y el carácter permanentemente abierto de sus contornos políticos.

Ahora bien, el debate de la legitimidad en la Unión Europea se ha circunscrito exclusivamente al diseño de su estructura institucional y su enfoque funcional, que se distinguen de la estructura institucional y del enfoque de legitimidad democrática, que caracteriza a los Estados miembros que la integran.

Así, en el caso de los Estados miembros lo que primaria sería la división de poderes, en donde los Parlamentos nacionales como representantes directos de los pueblos son quienes toman las decisiones políticas; el principio de responsabilidad del Ejecutivo frente al Legislativo; y el principio de mayoría para la toma de decisiones.

En cambio, en la Unión Europea, las funciones ejecutivas y legislativas se comparten entre tres instituciones: Comisión, a la que corresponde la iniciativa legislativa que también puede ser ejercida por el Consejo, siendo éste el órgano legislativo cardinal de representación, concertación y toma de decisiones políticas y el Parlamento europeo.

También debe señalarse que a lo largo de la construcción europea se han establecido una diversidad de procedimientos para la adopción de decisiones de tal forma que las asimetrías resultantes de la comple-

alidad de procedimientos, obligarían a adoptar las decisiones por consenso.<sup>124</sup>

Esta peculiar estructura institucional puede explicarse en las dos visiones que desde sus orígenes, han conformado la idea de la integración europea, entendida como fórmula para garantizar la paz después de la Segunda Guerra Mundial.

Por un lado, la visión supranacional,<sup>125</sup> cuya estrategia consiste en rechazar la soberanía, autonomía e independencia plenas así como la defensa y maximización incesante del interés nacional, y la visión intergubernamental basada en la tradicional teoría de las relaciones internacionales entre Estados soberanos, en donde los gobiernos son los actores principales y la Unión Europea es un foro para la negociación, los acuerdos intergubernamentales y la diplomacia.<sup>126</sup>

La constitucionalización durante el periodo fundacional fue propiciada por los Jueces, {...} el deterioro de los procedimientos políticos decisorios supranacionales, la suspensión del voto por mayoría en 1966 y la creación y dominio de órganos intergubernamentales

---

<sup>124</sup> Vid. ALONSO GARCÍA, R., (1999), *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales. Autonomía, integración e interacción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 25 y ss.

<sup>125</sup> Lo que caracteriza esta visión es la cesión o delegación de un conjunto determinado de poderes y facultades soberanas a instituciones supranacionales, el reconocimiento de la interdependencia y la idea de una comunidad de Estados y pueblos que comparten valores y aspiraciones comunes.

<sup>126</sup> Vid. MORAVCSIK, A., (1994), "Preference and Power in the European Community: A liberal Intergovernmentalism Approach", en BULMER, S., y A., SCOTT (eds.), *Economic and political Integration in Europe. Internal Dynamics and Global Context*, Oxford/Cambridge, Blackwell.

tales como el COREPER y el Consejo Europeo, constituyeron las condiciones políticas que permitieron a los Estados miembros digerir y aceptar el proceso de constitucionalización.<sup>127</sup>

El proceso de constitucionalización que endurecía las medidas comunitarias hasta convertirlas en normas supremas, a menudo directamente eficaces significaba que una vez que estas normas habían sido decretadas, los parlamentos nacionales no podían volverse atrás o controlar el desarrollo de su contenido a nivel nacional.

Esta situación generaría un desapoderamiento de los parlamentos nacionales como órganos de control político tradicionales, en beneficio del Consejo, representado por los Ministros de gobierno de los Estados miembros,<sup>128</sup> como nuevo centro de poder político comunitario y, del Tribunal de Justicia.<sup>129</sup> De acuerdo con esta premisa, el sistema de gobierno de la Unión, tendría como resultado, en principio, un reforzamiento del Poder Ejecutivo de los Estados, esto es, de los gobiernos.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> H. H. WEILER, Joseph, (1995), *Europa, fin de siglo*, Madrid, CEC, p. 48.

<sup>128</sup> Para WEILER, el propio Tratado puso la semilla del déficit democrático al hacer del órgano ejecutivo estatal, el legislador máximo de la Comunidad. H. H. WEILER, J., (1995), *Europa, fin de siglo, op. cit.*, p. 50.

<sup>129</sup> Para STARCK, el debilitamiento de los parlamentos nacionales como instituciones responsables de las leyes que se proyectan en el hecho de que estas se dicten ya no en el marco de su respectiva constitución sino para cumplir con los principios comunitarios establecidos por Luxemburgo, debilita a los sistemas políticos, como consecuencia de la pérdida de su necesaria confiabilidad, independencia y autoridad. STARCK, C., (2003), "La legitimación del principio constitucional y el principio democrático", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 7, Madrid, CEPC, pp. 489 y ss.

<sup>130</sup> J. H. H. WEILER, U. R. HALTERN Y F. C. MAYER, (2000), "La democracia europea y sus críticos: cinco problemas," en *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión. Las respuestas del Tratado de Amsterdam*. DE LA QUADRA SALCEDO, T., y A. ESTELLA DE NORIEGA (eds.), Universidad Carlos III, Boletín

De acuerdo con Weiler, las interpretaciones constitucionales de que fue objeto el Tratado de Roma por parte del Tribunal de Justicia tenían una legitimidad derivada de dos fuentes: primero, de la composición del Tribunal que tenía como miembros a prestigiosos juristas de todos los Estados miembros y al razonamiento jurídico de sus propias sentencias.<sup>131</sup>

Este autor hace referencia a que se había establecido un "equilibrio". Por un lado, había un potente proceso constitucional integrador que, en radical mutación del tratado, entrelazaba el ordenamiento de la comunidad con el de los Estados miembros en una relación semejante a la federal y, en contrapartida, un proceso igual de potente que transfería poder político y decisorio a un procedimiento confederal controlado por los Estados miembros en actuación conjunta o separada a través del Consejo.

El enfoque institucional estaría dirigido más hacia la funcionalidad del sistema y sus resultados que a los ciudadanos. Para este modelo, los instrumentos institucionales representan un medio para alcanzar ciertos objetivos más que un fin en sí mismo. En cambio, en el enfoque democrático o parlamentario, la legitimidad democrática resulta esencial pues los parlamentos son considerados depositarios de un importante capital de legitimación en la toma de decisiones.<sup>132</sup>

---

Oficial del Estado, p. 40. Este reforzamiento implicaría también dotar a los gobiernos en el seno del Consejo de una mezcla de poderes normativos y ejecutivos sin ningún tipo de control o interferencia parlamentaria, que no tiene correspondencia en las arenas nacionales.

<sup>131</sup> H. H WEILER, Joseph, (1995), *Europa, fin de siglo, op. cit.*, p. 43.

<sup>132</sup> *Vid.*, DEHOUSSE, R., (2000), "La Arquitectura institucional europea después de Amsterdam ¿Sistema Parlamentario o Estructura Regulatoria?", DE

La indefinición del proyecto europeo en constante dinámica entre las dos visiones, aparentemente la harían diferente a un Estado y, por tanto, carecería de objeto la justificación de su legitimidad democrática desde el punto de vista tradicional pues la pretendida autonomía con la que cada institución debe contar, haría imposible la configuración de un modelo de democracia representativa similar a la existente en los países miembros.<sup>133</sup>

Sin embargo, esta idea soslaya el hecho de que la Comunidad europea durante su periodo fundacional no funcionó precisamente como una construcción supranacional, sino como una construcción dirigida desde los gobiernos nacionales de los Estados miembros que se valió de la creación de un Parlamento Europeo, para dar, al menos, la imagen de una organización democrática, sin perjuicio de que esta institución no tuviera, en principio, más que funciones consultivas.

---

LA QUADRA-SALCEDO, T. y ESTELLA DE NORIEGA, A. (eds.) *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión. Las respuestas del Tratado de Ámsterdam*. Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, pp. 98 y ss. Para una visión del modelo institucional mejor conocido como Neo-funcionalismo enfocado a las soluciones y a los resultados más que al proceso político, *Vid.*, SCHIMITTER, (1992), "La Comunidad Europea como forma emergente de dominación política", en BENEDICTO, J., Y F. REINARES (eds.), *Las transformaciones de lo político*, Madrid, Alianza Editorial.

<sup>133</sup> En ese sentido, para A. PRZEWOSKI, la legitimidad de la Unión Europea no habría que buscarla en la sociedad sino en los resultados de la interacción institucional, *i.e.*, del equilibrio logrado. Este autor, utilizando la teoría de juegos, refiere que la solución al problema de legitimación de la Unión Europea, de existir, pasaría por el descubrimiento de reglas e instituciones que aseguraran una democracia en equilibrio, es decir, en la que las fuerzas políticas involucradas en el *juego democrático* tuvieran la posibilidad de estar de vez en cuando en el bando ganador; de forma que obtengan más utilidades en el largo plazo jugando democracia que rompiendo las reglas o renunciando a participar en el sistema, citado por SÁNCHEZ CUENCA, I., (1997), "El déficit democrático en la Unión Europea", *Claves de Razón Práctica*, núm. 78, diciembre, p. 44.

En ese sentido, a mi juicio, el problema de la legitimación democrática en la Unión Europea no puede solucionarse sin la construcción de un espacio público a la escala de Europa, por el cual los ciudadanos de todos los Estados miembros sean incluidos en el proceso plural de un diálogo político reforzado.<sup>134</sup>

Sin embargo, en ausencia de consenso sobre qué cosa es una democracia supranacional, queda claro que algo que no se comporte dando satisfacción a algunos mínimos exigibles a cualquier sistema político que pretenda merecer el calificativo de democrático, no podrá ser considerado como tal. En ese sentido, de acuerdo con J. Waldron, el valor de la democracia no debe ser visto sólo como un instrumento formal de justificación sino como el proceso que conforma los derechos ciudadanos de deliberación y participación, la fuente de su creación. Por tanto, su realización entraña un valor sustancial y no sólo procedimental.<sup>135</sup>

### C. Hacia una comunidad de derecho

En este apartado nos proponemos demostrar que el Tribunal de Justicia ha establecido, a través de su juris-

---

<sup>134</sup> Para HABERMAS, la legitimación democrática requiere un contacto mutuo entre, de un lado, la deliberación institucionalizada y la toma de decisiones en el interior de los Parlamentos, de los Tribunales y de los cuerpos administrativos, y, por el otro, el proceso inclusivo de una comunicación de masas informal {...} un espacio público democrático tiene como función transformar los problemas sociales en temas de debate y permitir a los ciudadanos referirse al mismo tiempo a temas idénticos de la misma importancia, aportando contribuciones o simplemente adoptando una posición afirmativa o negativa con respecto a noticias y opiniones. HABERMAS, J., (2004), "¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?", en CARBONELL, M y P. SALAZAR (eds.), *La Constitucionalización de Europa*, México, IIJ-UNAM, pp. 59 y ss.

<sup>135</sup> WALDRON, J., (1993), "A right-based critical of Constitutional Rights", *Journal of legal studies*, 13, p. 28.

prudencia, una finalidad cuya naturaleza no ha sido únicamente jurídica. Esta finalidad ha consistido en promover la integración europea en su sentido político promoviendo a través de la cuestión prejudicial un marco constitucional material.

Desde este enfoque también pretendemos demostrar que el Tribunal ha ido más allá de las atribuciones que le fueron conferidas en los tratados, haciendo un ejercicio *ultra vires* de sus atribuciones, aunque en su descargo, también asumiremos que el papel de colaboración que los Tribunales nacionales han tenido en este proceso, particularmente el Tribunal Constitucional alemán, ha sido fundamental para la aceptación de una integración material a través del derecho. Para ello consideramos que el Tribunal se ha inspirado en un particular modelo de integración política, dicho modelo ha sido el de Estado federal.<sup>136</sup>

Esta postura que sostenemos para el Tribunal de Justicia como actor con una determinada agenda política

---

<sup>136</sup> Entre los autores que han abordado con diferentes matices la construcción europea como una construcción federal destacan: PESCATORE, P. y E. MCWHINNEY, (1973), *Federalism and supreme courts and the integration of legal systems*, Brüssel, UGA; STEIN, E., (1981), "Lawyers, Judges and the making of a Translational Constitution", *American Journal of International Law*, p. 1. DEHOUSSE, R., (1995), "Institutional Reform in the European Community: Are there Alternatives to the Majoritarian Avenue?" *EUI Working Paper*. Robert Schuman Center, no. 96/4; H. H. WEILER, J., (1995), *Europa fin de siglo*, Madrid, CEPC y (1998), "Europe: The Case against the Case for Statehood", *Harvard Jean Monnet Working Paper Series*, no. 6/98; MANCINI, G., (1998), "The case for Statehood", *European Law Journal*, núm. 4, p. 29; FISCHER, J., (2000), "From Confederation to Federation: Thoughts on the Finality of European Integration", Federal Trust, European Essay, núm. 8, en la doctrina en castellano se destaca MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (2003), *El Federalismo supranacional ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, Bilbao, Consejo Vasco del Movimiento Europeo Premio Francisco Javier de Landaburu-2002, y HABERMAS, J., (2004), "¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?", en CARBONELL, M y P. SALAZAR (eds.) *La Constitucionalización de Europa*, México, IJ UNAM.

que es la integración política en el ámbito europeo en su sentido federal, no es una postura radical ni subversiva, ya ha sido sostenida en el contexto estadounidense por Shapiro, M., quien se ha encargado de recordar que los Tribunales son instituciones que cuentan con una dimensión política además de la estrictamente jurídica, que es fundamental tener en cuenta incluso aunque la intención del jurista no sea otra que la de moverse en los estrictos límites de la "teoría del derecho".<sup>137</sup>

El Tribunal de Justicia ha intentado llevar a cabo su agenda política, pero tratando de no poner en peligro su propia legitimación como institución judicial.<sup>138</sup> La legitimación del Tribunal de Justicia le va en ello: como toda institución no elegida de forma democrática y como toda institución a la que se le imputa un marcado perfil técnico el Tribunal debe su existencia al mantenimiento "de la ficción" de ser un mero aplicador e intérprete del derecho en relación con casos

---

<sup>137</sup> SHAPIRO, M., (1964), *Law and politics in the Supreme Court. New approaches to Political Jurisprudence*. Glencoe, Free Press, Vid. también del mismo autor "The European Court of Justice, en CRAIG, P y DE BURCA, G., (1999), *The evolution of European Law*, Oxford, University Press.

<sup>138</sup> Una de las razones que pueden explicar este fenómeno es la transformación del Estado liberal en Estado regulador de cuyo proceso no ha permanecido ajena la Comunidad Europea, lo que ha supuesto un claro desafío a la función y métodos tradicionales de actuación del Poder Judicial. Los Tribunales y el Tribunal de Justicia, entre ellos, se enfrentan de forma progresiva a la necesidad de realizar "interpretaciones imaginativas" de los textos legales para atender a las demandas sociales lo que se ha traducido en una clara dinámica hacia la politización del proceso legal. Al respecto Vid. PAREJO ALFONSO, L., (1993), *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Tecnos y MACCORMICK, N., (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press. También del mismo autor (1999), "Juridical Pluralism and the Risk of cnstitutional Conflict", en su libro *Questioning Sovereignty Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, University Press, Oxford, p. 104.

concretos.<sup>139</sup> Para evitar poner en peligro su propia legitimidad, el Tribunal se ha visto constreñido a moverse dentro de los estrictos límites del razonamiento legal. Si bien el Tribunal ha pretendido que el derecho sea el límite de su legitimación como Tribunal, intentaremos demostrar que también ha sido una herramienta fundamental oculta bajo el velo de aparente neutralidad e imparcialidad predispuesta socialmente, para la consecución de sus objetivos de tipo político, rebasando los límites que le han sido impuestos en los tratados y ejerciendo un activismo judicial peculiar.<sup>140</sup>

### a. La creación de los principios de efecto directo y autonomía en el ordenamiento comunitario

La sentencia *Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963,<sup>141</sup> tenía por objeto una cuestión prejudicial elevada al

<sup>139</sup> Para SHAPIRO, M., refiriéndose al contexto norteamericano "lo que se requiere es el mito tradicional del Juez impersonal, apolítico, voz del derecho, cuyas decisiones son el resultado de la lógica inexorable del derecho y no de sus preferencias y discreción" SHAPIRO, M., *op. cit.*, p. 26, mientras que desde la Ciencia Política para BURLEY y MATTLI, (1993), "Europe Before the court. A political Theory of Legal Integración" *Internacional Legal Organization* 47, vol. I, Winter, p. 427, "El derecho no es sólo {...} pura constricción para el Tribunal. También es en realidad una oportunidad, ya que el derecho puede servir de "máscara de la política"

<sup>140</sup> Para POIARES MADURO, M., "Contrariamente a la concepción tradicional de activismo judicial, en la que éste se explica como forma de proteger a las minorías frente a la voluntad democrática mayoritaria, el activismo judicial europeo ha promovido con su jurisprudencia los derechos e intereses de la Comunidad política europea más amplia en contra de los intereses autónomos de los Estados miembros {...} POIARES MADURO, M., (1998), *Whe the court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*. Oxford, Hart Publishing. Para una visión crítica a esta idea Vid. ESTELLA DE NORIEGA, A., (1999), "Algo más que un simple número: la elección de la base jurídica en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de febrero de 1999 (Asuntos acumulados C-164/97 y C-165/97)" *Revista de Gestión Ambiental*, núm. 5, Madrid, La Ley, p. 52.

<sup>141</sup> ALONSO GARCÍA, R., (2003), *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2a. ed., Madrid, CEPC, pp. 91 y ss.

Tribunal de Justicia por la *Tariefcommisie*, Tribunal de lo contencioso holandés que conoce en última instancia de los recursos contenciosos en materia fiscal, para determinar si el artículo 12 del Tratado CEE tenía efecto directo.

Los gobiernos holandés y belga negaron que el Tribunal de Justicia fuese competente respecto a la petición, considerando que no se hallaba sobre la interpretación, sino sobre la aplicación del derecho constitucional y afirmaron que el artículo 12 del tratado, no contenía más que una obligación para los Estados miembros. Para la Comisión y el demandante en cambio, el artículo 12 tenía un efecto directo interno que la Administración y los Tribunales de los Estados miembros, debían respetar. La Comisión apoyaba su posición en el argumento de que en comparación con el derecho internacional convencional, los tratados europeos constituían una profunda innovación.

Por su parte, el abogado general K. Roemer, en sus conclusiones al asunto en cuestión,<sup>142</sup> recordó que los efectos de un tratado internacional dependen, en primer lugar, del alcance jurídico que han querido dar sus autores a sus diferentes disposiciones. De esta forma afirmó que el examen se desenvuelve en el marco de la interpretación del tratado y, por tanto, la cuestión debía ser admitida.

---

<sup>142</sup> Conclusiones del abogado general señor Karl Roemer, presentadas el 12 de diciembre de 1962, con motivo de la petición de decisión prejudicial planteada por la *Tariefcommisie* de Ámsterdam (Asunto Van Gend & Loos). RUIZ-NAVARRO PINAR, J. L. (dir.), (1986), *Las Grandes Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, vol. 1, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, pp. 37 y ss.

Ahora bien, al examinar las cuestiones planteadas, el abogado general consideró respecto a la primera cuestión, que si bien es cierto el tratado contenía disposiciones destinadas a incidir directamente sobre el derecho nacional y a modificarlo o completarlo,<sup>143</sup> el contenido material y el sistema de reglas para su cumplimiento, permitían considerar que las mismas sólo referían una obligación para los Estados miembros por lo que debía excluirse al artículo 12 cualquier efecto interno directo.

El Tribunal por su parte sostuvo su competencia afirmando que se le pedía exclusivamente la interpretación y alcance del artículo 12 del tratado, el Tribunal afirmó que "las consideraciones que hayan podido guiar a un órgano jurisdiccional nacional en la elección de sus cuestiones {...} quedan sustraídas a la apreciación del Tribunal de Justicia",<sup>144</sup> con lo cual abonó las

---

<sup>143</sup> En ese sentido, cita las disposiciones relativas a la competencia y, para tener efectos directos en un momento ulterior, el título consagrado a la libre circulación de personas, servicios y capitales.

<sup>144</sup> Aunque el Tribunal ha afirmado que "Toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del Juez nacional {...} que 'el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre los hechos del asunto principal ni para aplicar a medidas o situaciones nacionales las normas comunitarias que haya interpretado siendo dichas cuestiones de la exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales'", *Vid. Sentencias Fornasar*, asunto C-318/98, de 22 de junio de 2000, *campus oil Ltd.*, y otros, asunto 72/83 de 10 de julio de 1984 y *Eso Española*, asunto C-134/94 de 30 de noviembre de 1995; no obstante, en su sentencia de 12 de noviembre de 2002, *Arsenal Football Club plc c. Mathew Red* con motivo de un litigio por el uso de una marca pareció intentar analizar y resolver cuestiones de hecho cuya competencia corresponde a los Jueces nacionales como establecieron los Tribunales británicos que conocieron del asunto principal, tanto la *High Court of Justice* como la *Court of Appeals* en sus sentencias de 12 de diciembre de 2002 y de 21 de mayo de 2003 al respecto *Vid. GIPPINI FOURNIER, E.*, (2005), "Límites Funcionales del Procedimiento prejudicial: Comentario a las sentencias relativas al asunto *Arsenal*" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 21, Madrid, CEPC, pp. 553 y ss.

semilla de su futura cooperación con los Tribunales nacionales, otorgándoles en principio, un margen de apreciación amplio respecto de las cuestiones que podrían someter a su consulta con el fin de impulsarlos a la utilización de este mecanismo.

Esta postura del Tribunal sería modificada con el tiempo, una vez afianzado el cuerpo constitucional materialmente creado por su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia se dio a la tarea de establecer una serie de criterios para el planteamiento del reenvío prejudicial. De esta forma, el Tribunal desestimó la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales en dos supuestos: respecto a cuestiones con un carácter general o hipotético y respecto a cuestiones que no tienen ninguna relación con la realidad o el objeto del litigio principal.<sup>145</sup>

La idea que subyace a estos criterios, es la exigencia de una relación entre la cuestión prejudicial y el objeto del litigio principal.<sup>146</sup> Otro criterio de exclusión sería en el caso de intentar un caso ficticio o un fraude procesal,<sup>147</sup> con el propósito de evitar un uso abusivo del instrumento de colaboración.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> Vid. Conclusiones del abogado general O. LENZ al caso *BOSMAN*, asunto C-415/93, presentadas el 20 de septiembre de 1995.

<sup>146</sup> Vid. al respecto sentencia *Wienand Meilicke*, asunto C-83/91 de 16 de julio de 1992 y *Bacardi-Martín SAS*, asunto C-318/00 de 21 de enero de 2003.

<sup>147</sup> Vid. Sentencia *Foglia c. Novello*, asunto 244/80, Rec. 1981, p. 3045.

<sup>148</sup> Existen posiciones tanto a favor como en contra de este proceder del Tribunal de Justicia. Para O'KEEFFE, D., (1998), "Is the Spirit of Article 177 under Attack? References and Admissibility" *European Law Review*, "el reenvío como procedimiento clave de toda la arquitectura judicial ha sido herido de muerte", mientras que para RUÍZ JARABO COLOMER, D., (1998), "La cooperación entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales: límites del procedimiento judicial" en *Scritti in onore di G. F. Manzini*, Milán, p. 877, "la jurisprudencia comunitaria que disciplina la utilización del artículo 177 no persigue una reducción del número de cuestiones prejudiciales, para descargar de asuntos al Tribunal de Justicia, objetivo que es inherente a cualquier sistema de filtro".

Al respecto debe señalarse que, al crear condiciones para el planteamiento de la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia fijaba criterios a los Tribunales nacionales respecto de los asuntos que debían ser sometidos a su jurisdicción sin que ni los tratados, ni su Estatuto, ni el Reglamento de Procedimiento previeran dichas formalidades, un gesto distintivo del Tribunal para afianzar su autoridad frente a las instancias nacionales, esto es, aunque la cuestión prejudicial es un instrumento de cooperación y colaboración, al definir con claridad las pautas bajo las cuales tendría qué hacerse el reenvío por los Jueces nacionales reducía notablemente el inconveniente que supone que el Tribunal de Justicia no pueda actuar de oficio sino sólo a instancia de un órgano jurisdiccional nacional, de tal forma que la ausencia de una competencia formal para autoconvocarse deja de ser relevante; esta actitud creativa del Tribunal se consolidaría en sus sentencia *CILFIT* en la que endureció de tal forma la posibilidad de excepcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales del reenvío que les obligó a considerar el planteamiento de la cuestión prejudicial casi de forma inevitable.

Volviendo a la sentencia que nos ocupa, *Van Gend & Loos*, es importante destacar que es el órgano nacional quien solicita dicha interpretación y que las condiciones peculiares del ordenamiento constitucional holandés, no permiten un control judicial de las leyes holandesas.<sup>149</sup> Al respecto, el control respecto a un tratado internacional

---

<sup>149</sup> ROSA, F., (2004), "Los países sin control de constitucionalidad de las leyes Reino Unido, Holanda, Finlandia e Israel", en *La Justicia Constitucional en Europa*. GROPPi, T., A., CELOTTO y M. OLIVETTI. (Coords.) México, Fundap, p. 261. Esta autora destaca que la reforma constitucional realizada a la Constitución holandesa en 1983, no alteró esta situación respecto del control judicial de leyes.

no existe en este ordenamiento de marcada apertura internacional, sino que se limita a establecer en su artículo 93 que, "las disposiciones de los tratados y las resoluciones de las instituciones internacionales *que pueden ser vinculantes* para todas las personas en razón de su contenido, *son vinculantes* desde su publicación".<sup>150</sup>

Esta situación parece explicar el planteamiento de la primera cuestión prejudicial por parte del Tribunal nacional, lo que podría corroborarse tomando en cuenta el artículo 94 de la Constitución holandesa<sup>151</sup> en donde lo que sí se determina es un control sobre leyes contrarias a los tratados internacionales.

Sin embargo, lejos de su propósito inicial, el Tribunal no se limitó a realizar una interpretación abstracta del artículo 12 del tratado, aquél fue más allá, haciendo un ejercicio *ultra vires* de sus atribuciones ya que fundamenta el establecimiento del principio de efecto directo en la propia naturaleza de la Comunidad.<sup>152</sup>

Para llegar a esta afirmación, el Tribunal de Justicia hizo referencia en principio al objetivo del tratado, rela-

---

<sup>150</sup> *Op. cit.*, p. 263.

<sup>151</sup> Este artículo establece que "Las leyes en vigor en el Reino no serán aplicables si su aplicación resulta en contradicción con disposiciones de tratados vinculantes para todas las personas o con resoluciones de instituciones internacionales."

<sup>152</sup> El Tribunal afirmó con relación a la cuestión de si dicho artículo tenía un efecto directo en el derecho interno que "La comunidad constituye un ordenamiento jurídico de nuevo cuño en el campo del derecho internacional, a favor del cual han renunciado los Estados, siquiera en sectores limitados a sus poderes soberanos; ordenamiento que reconoce como sujetos no sólo a los Estados miembros, sino también a sus ciudadanos".

cionándolo con potenciales justiciables que hasta ese momento, sólo tenían una existencia virtual.<sup>153</sup>

Además, en forma inusual hizo mención para justificar su criterio, al Preámbulo del tratado, de donde el Tribunal construye y extrae por su propia iniciativa su argumento de que al referirse a la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos, su ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos.<sup>154</sup>

El Tribunal venía a romper con este proceder, con un elemento característico del derecho internacional público relativo a que las obligaciones contraídas por los Estados en el marco de las negociaciones internacionales, sólo afectan a los Estados y no a sus ciudadanos.<sup>155</sup>

Las únicas excepciones que desde la óptica del derecho internacional público se establecen con relación a esta presunción, es que sea el propio tratado inter-

---

<sup>153</sup> "Considerando que el objetivo del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que dicho Tratado constituye algo más que un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes".

<sup>154</sup> "{...} que esta concepción está confirmada por el Preámbulo del Tratado, que, además de a los Gobiernos, se refiere a los pueblos, y lo hace, de forma más concreta, mediante la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos; {...}."

<sup>155</sup> Para H. H. WEILER, J., la irrupción del principio de efecto directo en la jurisprudencia del Tribunal alteró una de las presunciones clásicas del derecho internacional público, en función de la cual las obligaciones contraídas por los Estados en la arena internacional, son de obligado cumplimiento tan sólo para los propios Estados, dejándose a los derechos internos la resolución de la cuestión relativa a los efectos que los tratados internacionales producen sobre los particulares. H. H. WEILER, J., (1991), "The Transformation of Europe", *Yale Law Journal*, vol. 100, p. 2403.

nacional el que prevea el efecto directo de sus disposiciones, situación que no acontece en el presente caso, o bien, dar una interpretación al tratado en un sentido *self executing*, a partir de la intención de las partes contratantes.<sup>156</sup>

Para Estella de Noriega, A., es obligatorio llamar la atención sobre la magnitud del salto intelectual realizado por el Tribunal que se aleja de la lógica jurídica, al ser el tratado una norma de derecho internacional público, el derecho que emanará de él debería ser también de derecho internacional público, sin embargo, para el Tribunal este origen no le representa ningún obstáculo para determinar que el derecho instituido por el tratado es de naturaleza diversa.<sup>157</sup>

Pero aún más, el Tribunal de Justicia buscó justificar la legitimidad democrática de su decisión, mostrando una absoluta indiferencia a la realidad que presentaba el Parlamento europeo, al no tener en ese momento realmente funciones parlamentarias ni representativas,<sup>158</sup> sino meramente consultivas y no contar con alguna de las atribuciones que normalmente corresponden a este órgano en las arenas nacionales y al hecho de que

---

<sup>156</sup> No obstante para ALONSO GARCÍA, R., este tipo de interpretaciones sólo pueden ser realizadas de forma estricta, precisamente porque violentan la presunción general antes aludida. ALONSO GARCÍA, R., (1994), *Derecho Comunitario, Sistema Constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 252.

<sup>157</sup> ESTELLA DE NORIEGA, A., (2000), *El Dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces y Universidad Carlos III, p. 110.

<sup>158</sup> A esta carencias haría precisamente referencia el Tribunal Constitucional alemán en sus celebres sentencias *Solange I* y *Masstricht* como analizaremos más adelante en este mismo capítulo.

el Comité Económico y Social, no podía de forma alguna suplir la auténtica falta de representación ciudadana.<sup>159</sup>

De esta forma, el Tribunal estableció el principio de efecto directo, alterando la presunción propia de los tratados internacionales clásicos, llegando para ello a la conclusión sin precedentes de que "El derecho comunitario, independientemente de las normas emanadas por los Estados miembros, del mismo modo en el que impone a los particulares obligaciones, les atribuye derechos subjetivos".<sup>160</sup>

Con esta base es posible afirmar que al alejarse el Tribunal del modelo internacional en el que originalmente la Comunidad estaba basada, la opción adoptada por aquél fue una opción de carácter político; la constitucionalización de los tratados y la búsqueda de un modelo federal para la Unión, lo cual no se debe a un desarrollo natural de la letra y espíritu de los mismos sino a una opción determinada desde el propio Tribunal de Justicia.

Esta opción también puede inferirse de otro principio que el Tribunal estableció con esta sentencia y que pocas veces es mencionado, el principio de autonomía del ordenamiento, cuya importancia es esencial para determinar las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, de esta forma, afirmaría: "{...} El derecho comunitario, autónomo respecto a la legis-

---

<sup>159</sup> El Tribunal expresó "{...}" Se ha de resaltar que los nacionales de los Estados reunidos en la Comunidad deben colaborar en el funcionamiento de ésta, a través del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social".

<sup>160</sup> P. CHITI, M., (2003), *Derecho Administrativo Europeo*, Madrid, Civitas, p. 57.

lación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico".

El Tribunal de Justicia no sólo hacía referencia a la autonomía sino también a la titularidad de derechos que nacen en razón de obligaciones que el tratado, según el propio Tribunal, impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares, los Estados miembros, como a las instituciones comunitarias.

Detrás de la afirmación del Tribunal de Justicia se pueden hacer dos reflexiones: la primera es que era la única forma de legitimar materialmente su actuación ya que era consciente de la trascendencia para el principio democrático en el ámbito interno de los Estados miembros y la segunda es que al incluirlos como parte con obligaciones y derechos, a la vez los hacía titulares virtuales del tratado y rompía la visión tradicional de éste como instrumento de derecho internacional público.

En nuestra opinión, esta delimitación de obligaciones de ninguna forma está perfectamente definida en los tratados, ni en el caso de los particulares como tampoco acontece en el caso de las instituciones comunitarias.

Finalmente, remata su construcción judicial señalando que por las razones precedentes, se deduce que, "*con arreglo al espíritu, al sistema y al tenor literal del tratado*, el artículo 12, debe interpretarse en el sentido de que produce efectos directos y genera derechos indi-

viduales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger".<sup>161</sup>

### **b. La creación del principio de primacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales, el inicio de la confrontación**

La segunda sentencia importante a considerar es la sentencia *Flaminio Costa C. Ennel* de 15 de julio de 1964, en donde el Tribunal reconoció otro principio fundamental, "el de supremacía," con motivo de la petición planteada por el *Giudice Conciliatore* de Milán.<sup>162</sup>

Esta petición tenía por objeto la interpretación de los artículos 102, 93, 53 y 37 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, respecto a leyes y decretos posteriores mediante los que la República italiana, procedió a nacionalizar la producción y distribución de la energía, actuación con la que se afectó a un particular italiano, el señor Costa quien reclamó la vulneración de los artículos primeramente citados del tratado, por las leyes italianas.

El gobierno italiano alegó que el *Giudice Conciliatore* no se había limitado a solicitar al Tribunal de Justicia la interpretación del tratado, sino a preguntar acerca de la compatibilidad de la ley italiana con aquél y, por tanto, la cuestión prejudicial era inadmisibile.

---

<sup>161</sup> Es importante destacar esta última parte de la sentencia pues con ella se acredita que ante la falta de previsión o contenido pactado en los Tratados por parte de los Estados miembros para resolver como lo hizo, el Tribunal hizo alusión en forma subjetiva e imprecisa "al espíritu, al sistema y al tenor literal de los Tratados".

<sup>162</sup> *Idem*, p. 44.

Además, señaló que el examen de una eventual violación por parte de un Estado miembro de sus obligaciones comunitarias a través de una ley interna, sólo podía realizarse por el procedimiento de los artículos 169 y 170 del tratado.<sup>163</sup>

En ese sentido, afirmó que el Juez de Milán no había de aplicar disposición alguna del tratado y, por tanto, no podía tener duda alguna acerca de su interpretación, toda vez que sólo debía aplicar la ley interna que regula la materia de que conoce.<sup>164</sup>

Por su parte, el abogado general M. Lagrange, en sus conclusiones respecto a las primeras dos objeciones, se preguntaba si bastaría oponer la jurisprudencia del Tribunal según la cual, éste no ha de enjuiciar las consideraciones por las que el Juez nacional ha apreciado que debía someter a este Tribunal una cuestión prejudicial o si en el caso de supuestos en los que la cuestión planteada careciera manifiestamente de conexión alguna con el litigio principal, debería el Tribunal de Justicia considerarse obligado a hacer una interpretación abstracta del tratado, considerando que dicha interpretación podría tener por objeto cuestiones de gran importancia o que pudieran originar graves conflictos con los órganos jurídicos nacionales.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Objeciones citadas en la sentencia por cuanto al modo de formulación de la cuestión prejudicial.

<sup>164</sup> Objeción basada en la no necesidad de una interpretación. ALONSO GARCÍA, R., (2003), *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, op. cit., pp. 100 y ss.

<sup>165</sup> Conclusiones del abogado general, señor M. Lagrange, presentadas el 25 de junio de 1964, con motivo de la petición de decisión prejudicial planteada por el *Giudice Conciliatore* de Milán (Asunto Flaminio Costa).

En el caso particular de Italia, el abogado general señalaba que para el Tribunal Constitucional italiano era procedente separar la cuestión de la eventual violación del tratado, resultante de la entrada en vigor de una ley contraria al mismo que atañe a la responsabilidad del Estado, del problema de la conformidad de la misma ley con la Constitución y, por tanto, con base a los principios de la sucesión de leyes en el tiempo, la ley posterior contraria debía desplegar sus efectos y no había lugar a enjuiciar si la ley controvertida violaba las obligaciones asumidas por ese tratado.<sup>166</sup>

En ese sentido, el Tribunal de Justicia debía circunscribirse a realizar una interpretación de los artículos citados del tratado, pues no estaba facultado para aplicar el tratado a un asunto determinado, ni a pronunciarse sobre la validez de una medida de derecho interno en relación con aquél, es decir, debía ceñirse a determinar los efectos jurídicos y el alcance de las disposiciones del tratado como norma de derecho internacional y no a determinar la forma o el modo en que se produce el reconocimiento de sus efectos vinculantes en el ámbito interno.

Sin embargo, en su sentencia el Tribunal fue más allá de su función y determinó en la parte relativa a

---

<sup>166</sup> Sin embargo, el abogado general resaltaba que el respeto mutuo del tratado exigía que las disposiciones con carácter *self executing*, del Tratado recibieran aplicación inmediata de los Estados miembros por lo que concluía que debía rechazarse la excepción de inadmisibilidad y entrar al examen de la cuestión solicitada, a pesar de que como el mismo reconocía, el Tribunal remitente sólo estaba facultado para remitir el asunto al Tribunal Constitucional y no al Tribunal de Justicia.

los fundamentos de derecho, en el argumento basado en la obligación del Juez de aplicar la ley interna que:

Considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al derecho creado por el tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad;...(sic).<sup>167</sup>

Al respecto, conviene recordar que ninguna norma de los tratados establecía que el derecho comunitario, originario o derivado estuviera destinado a primar sobre las normas de los Estados miembros; adicionalmente, es importante destacar que el argumento de la primacía no aparece formulado ni en las conclusiones del abogado general ni en los alegatos de las partes en litigio. Se trata pues de un principio originado como idea en el seno del Tribunal y ha sido éste quien lo ha integrado y desarrollado en el sistema legal comunitario, haciendo de él un pilar esencial de su jurisprudencia.

Para el Tribunal, la creación del principio de primacía implicó consolidar su criterio de separación del ordenamiento comunitario del derecho internacional,

---

<sup>167</sup> ALONSO GARCÍA, R., (2003), *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, op. cit., p. 103.

que ya antes había perfilado en *Van gend & Loss* y que vendría a confirmar con contundencia.<sup>168</sup>

No obstante, a esta idea de ejercicio más allá del tratado se puede objetar que la primacía no ha sido sino un desarrollo lógico de la propia estructura jurídica de los tratados. Sin embargo, para de Witte, B., el principio de primacía no es consustancial al derecho internacional público y aunque está presente en muchas constituciones nacionales, como mecanismo para regular conflictos normativos entre leyes federales y regionales, lo que quizá permita considerar también que el Tribunal de Justicia se ha inspirado en dichos modelos constitucionales, su desarrollo más bien ha sido escaso en Estados típicamente federales como Estados Unidos, Canadá o Bélgica.<sup>169</sup>

En ese sentido, refiere que en estos países, se ha preferido instrumentos más flexibles que el principio de primacía siendo la herramienta más comúnmente utilizada el principio de competencia, mientras que el principio de primacía ha operado como mera cláusula residual y de empleo extraordinario, por lo que deduce que no sólo la lectura constitucionalista y no internacionalista

---

<sup>168</sup> El Tribunal establecería en su sentencia que "A diferencia de los Tratados ordinarios, el Tratado ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros {...} creando un Comunidad de duración ilimitada dotada de instituciones propias, {...} y, en particular, de poderes reales derivados de una limitación de soberanía o de una transferencia de poderes {...} aunque en ámbitos restringidos {...} creando así un cuerpo de Derecho {...} emanado de una fuente autónoma, al Derecho nacido del Tratado, por razón de su naturaleza específica original, no puede oponérsele judicialmente un texto interno cualquiera que este sea".

<sup>169</sup> DE WITTE, B., (1998), "Supremacy: A not-so Federal Principle? Paper presented at the Conference: Rethinking European Constitutionalism in the European Unión", Copenhagen, pp. 7 y ss.

de los tratados constituye una opción para el Tribunal, sino que también ha optado por la supremacía en lugar de otros instrumentos de menor contundencia y radicalidad con lo que el Tribunal ha ido más allá de donde muchos Tribunales Constitucionales nacionales han estado dispuestos a llegar.<sup>170</sup>

Un ejemplo interesante que consideramos oportuno traer a colación por sus implicaciones en la comprensión del concepto de primacía, es el de la Declaración que con motivo de la ratificación del tratado por el que se establece una Constitución para Europa por parte de España, realizó el Tribunal Constitucional español. Me refiero a la Declaración 1/2004 de 13 de diciembre, en la que procedió al análisis de diversas cuestiones que le fueron planteadas por el gobierno con base en un dictamen previo formulado por el Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004.<sup>171</sup>

Una de esas cuestiones tratadas por el Tribunal Constitucional fue precisamente la relación entre el principio de primacía que ha sido establecido en el artículo I-6 del tratado y el principio de supremacía establecido en la Constitución española, con el objeto de determinar

---

<sup>170</sup> Por otra parte, si la lógica desde una perspectiva estrictamente jurídica supone que los Tratados al ser normas de derecho internacional público, el derecho que emana de ellos o el que se contiene en ellos, debe ser de esta naturaleza, *i. e.*, de derecho internacional público, esta perspectiva no fue obstáculo para que el Tribunal atribuyera una naturaleza distinta al derecho comunitario; al respecto el Tribunal argumentó que los Estados miembros habían realizado una transferencia de su soberanía a favor de la Comunidad, sin embargo, esta transferencia ha sido de carácter limitado como el propio Tribunal reconoce en su propia sentencia *Van gend & Loss*.

<sup>171</sup> En relación al dictamen del Consejo de Estado me remito a PULIDO QUECEDO, M., (2004), "Constitución europea y la consulta previa al Tribunal Constitucional", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 14, pp. 9 y ss.

el cambio o no que supone la expresión en el tratado del principio de primacía, la posibilidad o no de la existencia de una posible contradicción entre ambos principios<sup>172</sup> y, en su caso, como debían interpretarse para dilucidar si era necesaria una reforma a la Constitución.

El Tribunal en su Declaración refiere que el tratado no hace más que reconocer un principio que ya estaba reconocido por el Tribunal de Justicia y cuyo traslado al texto del tratado no supone ni aporta nada nuevo, esto es, el Tribunal entiende que el desplazamiento de la jurisprudencia al texto del tratado no supone un cambio esencial por lo que procede a emitir una interpretación de conformidad de ambos principios.<sup>173</sup>

El Tribunal comienza por establecer la existencia de límites que condicionan la aplicación del principio de supremacía del derecho comunitario, límites que se encuentran no sólo en la Constitución europea sino que también se encuentran determinados en la Constitución española. Así, señala como límites que el principio de primacía opera sólo respecto del ejercicio de competencias atribuidas a la Unión y que el ejercicio de dichas competencias ha de respetar la existencia de los Estados miembros, sus estructuras básicas así como sus valores, principios y derechos que forman el núcleo de su identidad.

Estos criterios del Tribunal podrían haber sido influidos por las ideas de Cruz Villalón, P, quien había

---

<sup>172</sup> Este era uno de los puntos en los que el Consejo de Estado dictaminó la necesidad de la consulta al Tribunal Constitucional ante la posibilidad de contradicción.

<sup>173</sup> Foja 3 de la Declaración 1/2004.

propuesto la configuración de dos principios para clarificar las relaciones entre el tratado y las Constituciones nacionales y establecer con ello, un papel para los Tribunales Constitucionales en el marco constitucional de la Unión: el criterio o principio de singularidad mediante el que ambas, la Constitución de la Unión y la Constitución nacional reconocerían su específica singularidad, esto es, como fuentes de derecho su condición de únicas en su género, con lo que la Constitución nacional reconocería la específica singularidad de la Constitución de la Unión dentro del conjunto del derecho extraestatal incorporado al propio ordenamiento interno y, a su vez, la Constitución de la Unión reconocería a la Constitución nacional, no como un elemento más, indiferenciado del ordenamiento nacional, sino también como parte singular e integrante de la identidad nacional.<sup>174</sup>

El otro principio al que hace referencia es el de metaconstitucionalidad recíproca que implica que "tanto la Constitución de la Unión como la Constitución nacional, contienen mandatos que se proyectan recíprocamente sobre el orden constitucional del otro, generando tendencialmente estabilidad constitucional. Es muy importante destacar que este autor construye su propuesta teórica tomando como modelos tanto a la Ley Fundamental de Bonn como al Tribunal Constitucional alemán por considerar que es el diseño enmarcado en el modelo mayoritario en la Unión."<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> CRUZ VILLALÓN, P., (2004), "El papel de los Tribunales constitucionales nacionales en el futuro Constitucional de la Unión", en *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, op. cit., p. 72.

<sup>175</sup> Vid, del mismo autor explicando en forma más amplia esta idea, "Constitución nacional y Constitución europea" en *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, op. cit., pp. 139 y ss. Es posible a su vez

Para Gómez Fernández, I., hasta aquí se puede estar más o menos o no de acuerdo con la línea argumental del Tribunal o con la conclusión alcanzada, pero el razonamiento resulta bastante lógico: la primacía comunitaria y la supremacía constitucional son compatibles en tanto la primera respeta los límites impuestos por la segunda y en la medida en que ésta quede garantizada

---

suponer que el profesor CRUZ VILLALÓN haya sido influido en su construcción teórica por PERNICE, I., (2003), "Derecho constitucional europeo y Derecho constitucional de los Estados miembros", en *Revista española de derecho europeo*, núm. 8, Madrid, Civitas, pp. 601 y ss., quien postula el constitucionalismo multinivel para explicar y conceptualizar el derecho primario europeo como parte de un sistema constitucional compuesto en el que se refleja la estructura multinivel de la Unión Europea. Para este profesor alemán, el derecho constitucional europeo y de los Estados forma dos planos de un sistema ligado jurídico-material, funcional e institucionalmente en una unidad. Los elementos *intergubernamental* y *supranacional* de la Unión Europea se complementan en el plano constitucional europeo. Igualmente, refiere que algunas cláusulas de garantía de la forma de gobierno de las Constituciones nacionales y del Tratado UE, particularmente, la establecida en el artículo 6.1 que el denomina el *contenido esencial* del derecho constitucional común europeo, esto es, los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho en combinación con el sistema sancionador establecido en el artículo 7 TUE respecto a la posible vulneración de estos principios, formarían parte de un *sistema de estabilización constitucional recíproco*. En tal sentido, concluye que el principio de primacía *no comporta una relación de supra o subordinación del derecho (constitucional) europeo y nacional, en el sentido de una jerarquía de normas*. En contraposición a esta idea, NETTESHEIM, M., (2003), "El significado constitucional de la primacía del derecho comunitario de la Unión" en *Revista española de derecho europeo*, núm. 6, Madrid, Civitas, pp. 279 y ss., quien afirma que "la relación recíproca está caracterizada por la existencia efectiva de una estructura jerárquica de hecho". Para este autor "es posible incardinar un equilibrio de poderes también en el seno de un sistema normativo jerárquico. El equilibrio  *fáctico*  de poderes no se sitúa necesariamente en contradicción con la asunción  *normativa*  de una jerarquía entre normas jurídicas". Por ello, el rechazo en un caso concreto de la pretensión de aplicación de una norma de derecho comunitario sobre una norma de derecho constitucional por parte de un Tribunal Constitucional nacional no contradice la idea de jerarquía pues sólo mostraría que el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales nacionales no están de acuerdo en los casos de zonas de penumbra en la apreciación de la regla de primacía, lo que conlleva una visión distinta de las relaciones jerárquicas. En el mismo sentido, H. H. WEILER, J., (1991), "The Transformation of Europe" *Yale Law Journal*, vol. 100.

bien por los procedimientos y Jueces propios del derecho comunitario, bien por la jurisdicción constitucional.<sup>176</sup>

Sin embargo, el Tribunal procede a definir la relación entre ambos principios estableciendo una distinción entre las relaciones de jerarquía que caracterizan el ámbito interno y las relaciones de aplicación preferente que caracterizarían el ámbito comunitario de la forma siguiente: "primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados {...} La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas {...}. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente".<sup>177</sup>

De esta forma, el Tribunal optaría por utilizar en su declaración una doble fundamentación, no sólo las ideas de interacción recíproca entre ambos ordenamientos sino también los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional alemán en su jurisprudencia que analizaremos con más detalle en párrafos posteriores.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., (2005), "La Constitución Española 'frente' al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional", en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 14, Madrid, Civitas, p. 312.

<sup>177</sup> La explicación del carácter no jerarquizado de las relaciones entre derecho comunitario y derechos nacionales estaría la convicción de que "ni los Estados miembros ni la Unión son fines en sí mismos; corresponde al interés de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico de la Unión". PERNICE, I., "Derecho constitucional europeo y Derecho constitucional de los Estados miembros", en *Revista Española de Derecho Europeo*, op. cit., p. 635.

<sup>178</sup> El Tribunal Constitucional alemán había establecido en su sentencia BVerfGE 31,145 de 9 de junio de 1971 la aplicabilidad directa en el espacio interno

De vuelta a la sentencia Costa, el Tribunal de Justicia realiza una particular interpretación del artículo 312 del tratado, que hace referencia a que la existencia de la Comunidad no se encuentra limitada en el tiempo, de ahí el Tribunal concluye que la transferencia de poderes que se realice en su favor será definitiva, es evidente que una cosa es ilimitado o indefinido y otra cosa muy distinta derivar de estas palabras el carácter definitivo y por tanto, irreversible de la transferencia de poderes y como consecuencia, de la Comunidad en sí misma que de ninguna forma fue prevista por los Estados miembros en el tratado.

Si bien es cierto, el Tribunal determinó en esta sentencia una clara separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia que no permitía a este último enjuiciar los hechos y fines de la petición de interpretación solicitada con base en el artículo 177, esta tesis no sería respetada por el Tribunal que, en su sentencia *Schwarze*<sup>179</sup> de 11 de diciembre de 1965, establecería el ámbito de relación entre el Juez nacional como Juez comunitario

---

de las disposiciones jurídicas comunitarias, en su sentencia BVerfGE 37, 1974 *Solange I*, de 29 de mayo de 1974, preciso la aplicabilidad inmediata y preferente del derecho comunitario sólo en la medida en que no afectará la estructura básica e irrenunciable que sustenta el ordenamiento jurídico alemán desde su fundamento constitucional y, por fin, en su sentencia BverfGE 73,339 *Solange II*, de 22 de octubre de 1986, determinó que " {... } a través del mecanismo de la cuestión prejudicial, {... } es donde mejor se puede palpar la interacción entre los ordenamientos jurídicos comunitarios y nacionales, *sin que se pueda afirmar que se dé un dependencia entre ambos ya que proceden de fuentes normativas diversas; sino más bien, donde hay que partir del hecho de la cooperación y la colaboración como criterios guía de actuación para la consecución de los objetivos que se buscan con la integración a nivel comunitario*".

<sup>179</sup> Sentencia *Schwarze* de 1 de diciembre de 1965, asunto 16/65. ALONSO GARCÍA, R., (2003), *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, op. cit., pp. 295 y ss.

y el Tribunal de Justicia a afirmar "{...} el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, en el ámbito de sus propias competencias, deben contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros".

Con independencia de lo debatible de la "contribución directa y recíproca" entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales, en esta sentencia se pone de manifiesto el objetivo de garantizar una interpretación uniforme que se reafirma en la sentencia CILFIT y la implementación de la doctrina del acto claro mediante la cual, queda determinado el alcance de la vía prejudicial como medio para esclarecer ante el Tribunal de Justicia, la auténtica validez e interpretación del ordenamiento comunitario.<sup>180</sup>

**c. La creación de la doctrina del acto claro y del acto aclarado como forma de control y reafirmación del papel de intérprete supremo del derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia**

En el asunto *Da Costa en Schaake* de 27 de marzo de 1963,<sup>181</sup> el Tribunal de Justicia consagró un sistema de precedentes relativo, donde se permitía al Juez nacional excepcionar la obligación de plantear la cuestión

---

<sup>180</sup> Sentencia *Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA vs Ministero Della sanita*, asunto 283/ 81 de 6 de octubre de 1982. Rec. 1982, p. 3415.

<sup>181</sup> Sentencia *Da costa en Schaake N. V., Hoechts Holland N.V. vs. Administration fiscale néerlandaise* asunto 28-30/62, de 27 de marzo de 1963, Rec. 1963, pp. 39-91.

prejudicial siempre que se cumplieran determinadas condiciones.

El asunto era idéntico al caso *Van Gend & Loss*, por lo que la Comisión argumentó que debía aplicarse de forma estricta el principio de cosa juzgada y decretar la no admisión de la cuestión prejudicial. Sin embargo, el abogado general Lagrange consideró en sus conclusiones, la posibilidad de hacer uso de la doctrina francesa del acto claro y el acto aclarado<sup>182</sup> y fue precisamente a esta segunda propuesta a la que se acogió el Tribunal de Justicia.

No obstante, la sentencia determina que sólo puede excepcionarse la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando la cuestión interpuesta es "materialmente idéntica a una que ya fue objeto de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo".

Para Cienfuegos Mateo, M., la sentencia favorece la unidad del derecho comunitario y la eficacia de la cooperación jurisdiccional pero no resuelve con claridad la cuestión del alcance y fundamento de la autoridad de sus sentencias.<sup>183</sup> En ese sentido, Rasmussen, H., refiere que la actitud del Tribunal de Justicia es deliberada no en pro de la claridad sino de la afirmación de su auto-

---

<sup>182</sup> El abogado general señaló que "{...} una disposición oscura en sí misma, pero cuyo sentido haya sido constantemente interpretado de la misma forma por el Juez competente para ello, es asimilable a una disposición que no necesita interpretación." Conclusiones del abogado general M. Lagrange al asunto *Da costa en Schaake N.V., Hoechts Holland N.V vs. Administration fiscale néerlandaise*.

<sup>183</sup> CIENFUEGOS MATEO, M., (1998), *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*, Barcelona, Bosch, p. 125.

ridad, esto es, conservar su papel de último intérprete del derecho comunitario.<sup>184</sup>

Por su parte, Palacio González, J., llama la atención sobre otro aspecto a menudo soslayado: el precedente de las sentencias prejudiciales tiene una importancia fundamental en tanto bloque de juridicidad orgánicamente articulado alrededor de un proceso de integración pues permite la asunción, por parte de los Tribunales nacionales, del "potencial normativo" inherente al diálogo prejudicial que se constituye como la condición necesaria y la piedra angular para el desarrollo del ordenamiento comunitario.<sup>185</sup>

En cambio, el Tribunal ha aceptado sin tantos recelos la doctrina del acto aclarado, que exige a los Tribunales superiores de la obligación de plantear cuestión prejudicial interpretativa cuando ya existe un pronunciamiento previo.<sup>186</sup> Si bien con *Da Costa* el Tribunal se pronuncia por el uso de la doctrina del acto aclarado, no será hasta la sentencia *CILFIT*<sup>187</sup> con la que el Tribunal perfecciona el sistema y determina el papel y alcance de la doctrina del acto claro.

La sentencia *CILFIT* surge a partir de una cuestión planteada por la *Corte suprema di casazione*, relativa

---

<sup>184</sup> RASMUSSEN, H., (1984), "The European Court's Acte Clair Strategy in CILFIT", *European Law Review*. Vid. también su artículo (2000), "Remedying the crumbling judicial system" en *Common Market Law Review*, núm. 37.

<sup>185</sup> PALACIO GONZÁLEZ, J., (2000), *Derecho Procesal y del Contencioso Comunitario*, Pamplona, p. 263.

<sup>186</sup> *Cfr.*, FERRERES COMELLA, V., (2003), "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (II), pp. 116 y ss.

<sup>187</sup> Sentencia *Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA vs Ministero Della sanita*, asunto 283/ 81 de 6 de octubre de 1982. Rec. 1982, p. 3415.

a la interpretación de un reglamento comunitario; el eje del caso se encontraba en la inexistencia de una sentencia del Tribunal de Justicia que diera respuesta a un supuesto materialmente idéntico, la Corte italiana preguntaba si cabía una extensión de la jurisprudencia *Da costa* y de esta forma evitar la obligación de plantear cuestión prejudicial incluso cuando los casos no fueran estrictamente los mismos. El Tribunal de Justicia en su resolución no dudó en afirmar la expansión de sus precedentes incluso en los supuestos de hecho que no fueran los mismos pero sí la cuestión de derecho, pero endurece su posición al establecer a la vez una serie de condiciones a cumplir por los Jueces nacionales para ser eximidos del planteamiento.

El Tribunal expresará en su sentencia que "la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia".

Dado que los textos del derecho comunitario están redactados en varias lenguas y que las diversas versiones lingüísticas son auténticas, la interpretación del derecho comunitario supone una comparación de las versiones lingüísticas, algo que ni siquiera el propio Tribunal de Justicia estaba en condición de realizar.

No debe perderse de vista el momento en que se produce este pronunciamiento, en el inicio de los años ochenta, cuando los Jueces nacionales habían adquirido una

mayor experiencia en la aplicación del derecho comunitario y en donde se hacía indispensable dadas las cargas de trabajo que ya afectaban al Tribunal de Justicia, descentralizar la función jurisdiccional y dar un mayor margen a los Jueces nacionales para interpretar y aplicar el derecho comunitario sin perder al mismo tiempo su función exclusiva de interpretación última del ordenamiento comunitario y su posición institucional.<sup>188</sup>

En sus conclusiones al mismo asunto *CILFIT*, presentadas el 13 de julio de 1982, el abogado general F. Capotorti no estuvo de acuerdo con el uso de la doctrina del acto claro pues consideró que supondría una merma para la primacía y la eficacia del derecho comunitario al tener un amplio alcance que privaría de sentido la cuestión prejudicial.<sup>189</sup> Al facultar a los Tribunales nacionales para resolver toda cuestión de derecho comunitario sin contar con la participación del Tribunal de

---

<sup>188</sup> No obstante, puede ser que este margen se haya malinterpretado por los órganos nacionales, en un estudio reciente, SARMIENTO D., hace referencia a cómo algunos Jueces nacionales a los que denomina *free riders* o *gorrones* que quieren realizar una determinada interpretación de su derecho nacional pero que encuentran graves obstáculos internos para llevarla a cabo y por tanto, aprovechan el derecho comunitario así como los principios y reglas establecidas por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, en particular, la cuestión prejudicial para escapar de los obstáculos que representan sus ordenamientos jurídicos internos y obtener un objetivo interpretativo propio distinto de los que persigue la norma europea. Vid. SARMIENTO D., (2006), "Las interpretaciones estratégicas del derecho comunitario y la crisis de la doctrina del acto claro" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, pp. 75 y ss. Este proceder de algunos jueces nacionales en franca actitud individualista y no cooperativa refuerza nuestra idea de que más que hablar de un diálogo entre el Tribunal de Justicia y los Jueces nacionales hay que hablar de una negociación en la que las partes asumen poderes para fines distintos a la pura cooperación o colaboración y de cómo la cuestión prejudicial puede servir para fines de carácter eminentemente político ahora a cargo de los Jueces nacionales distintos a los que le fueron fijados por los tratados.

<sup>189</sup> Conclusiones del abogado general F. Capotorti al asunto *CILFIT*, presentadas el 13 de julio de 1982.

Justicia se llegaría al punto de permitir "interpretaciones nacionales" de disposiciones comunitarias.<sup>190</sup>

En cambio para Alonso García, R., lo que el Tribunal de Justicia intentó fue rodear la utilización de la doctrina del acto claro de la debida seriedad, cuya ausencia había sido manifiesta en la práctica en conexión con la aplicación del derecho comunitario.<sup>191</sup>

Que el Tribunal se excedió al crear condiciones demasiado estrictas para los Tribunales nacionales en aras de mantener su jerarquía institucional, se puede constatar de las conclusiones emitidas por el abogado general Jacobs en el asunto *Wiener*, relativo a una cuestión de derecho aduanero en la que no sólo propuso una mayor descentralización interpretativa con la excepción de los casos en los que la cuestión revista importancia general y el pronunciamiento pueda fomentar la aplicación uniforme del derecho sino una reconsideración del requisito relativo a la comparación entre versiones lingüísticas. En su opinión tal proceder entrañaría un esfuerzo desproporcionado por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, que rara vez aplica el propio Tribunal de Justicia. Del mismo modo en la interpretación de las disposiciones comunitarias se debía atribuir una mayor importancia al contexto y al sistema general así como a su objeto y finalidad.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> JIMENO BULNES, M., (1996), *La Cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, Bosch, pp. 289 y ss.

<sup>191</sup> ALONSO GARCÍA, R., (2003), *El Juez Español y el Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 236 y ss.

<sup>192</sup> *Vid*, las conclusiones del abogado general Jacobs, sentencia *Wiener SI*, asunto C-338/95 de 20 de noviembre de 1997. En una posición contraria el abogado general TIZZANO ha afirmado que en el asunto *CILFIT* se insistía en la función de garantizar la uniformidad en la interpretación del derecho comunitario

#### d. La protección de los derechos fundamentales en la Unión y su influencia en el proceso de constitucionalización europeo

La primera sentencia en la que el Tribunal de Justicia hizo referencia explícita a los derechos fundamentales como elemento medular del proceso de integración fue en *Internationale Handelgesellschaft mbH/ Einfuhr. Und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*,<sup>193</sup> la empresa germana *Internationale Handelgesellschaft* dedicada a la exportación de productos agrícolas, había recurrido ante el *Verwaltungsgericht*, un Tribunal administrativo de *Frankfurt/Main*, para que por medio de una cuestión prejudicial consultase al Tribunal de Justicia respecto a *la compatibilidad de un Reglamento del Consejo y otro de la Comisión*,<sup>194</sup> relativos a la organización común de mercados y a las licencias de exportación e importación de cereales respectivamente, con algunos derechos y libertades consagrados en la Constitución alemana, la Ley Fundamental de *Bonn*. En concreto, el Tribunal alemán preguntaba si estas normas europeas violaban el principio de acción y de disposición, el principio de libertad económica y el principio de proporcionalidad.

---

con el fin de evitar que la inevitable tendencia a la extensión del derecho comunitario y el peligro de una diversificación de su uso y práctica generaran un debilitamiento progresivo del sistema en su conjunto. Conclusiones presentadas el 21 de febrero de 2002, sentencia *Lyckeskog*, asunto C-99/00.

<sup>193</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia *Internationale Handelgesellschaft mbH/ Einfuhr. Und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, asunto 11/70, de 17 de diciembre de 1970, Rec. 1970, p. 1157.

<sup>194</sup> Es relevante destacar que el objeto de impugnación en este caso era un Reglamento comunitario, es decir, un instrumento normativo que no requiere actos de transposición a nivel interno y que goza de aplicabilidad directa.

El Tribunal de Justicia apartándose de una respuesta formal a las cuestiones planteadas determinó que "{...} el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal",<sup>195</sup> sin perjuicio de que dicha cuestión no fue planteada por el Tribunal de *Frankfurt/ Main*.

Además, mediante esta sentencia el Tribunal de Justicia señaló que si bien es cierto "no podría apreciar la validez de los actos de las instituciones comunitarias a la luz del derecho nacional aunque éste fuera derecho constitucional {...} sin embargo, "el derecho fundamental al libre desarrollo y a la libre elección de las decisiones comerciales proclamados en la Ley Fundamental constituirían un elemento de ese fondo común de valores fundamentales que forman parte del derecho comunitario."<sup>196</sup>

De este modo, el Tribunal utilizaba los valores y principios establecidos en la Constitución alemana para respaldar la justificación de su fallo tomando como base los derechos fundamentales contenidos en la misma, sin perjuicio de que con tal proceder excediera el límite de circunscribir su interpretación al derecho comunitario en exclusiva, por no estar facultado para analizar la compatibilidad de un acto comunitario con el derecho constitucional nacional.

Al respecto, el abogado general K. Roemer en sus conclusiones a la sentencia *Stauder/Ulm*, relativa a un

---

<sup>195</sup> Considerando 4 de la sentencia.

<sup>196</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia *Internationale Handelsgesellschaft*, *op. cit.*, p. 1130.

asunto en el que el Tribunal de Justicia negó la existencia de discriminación entre las personas que compraban mantequilla a precios diferentes por encontrarse en situaciones objetivamente diferentes, expuso que "La cuestión planteada al Tribunal no concierne la compatibilidad de un acto comunitario con el derecho constitucional nacional {...}. Este examen no es posible".<sup>197</sup>

Esta forma de proceder del Tribunal de Justicia podría explicarse con base en un argumento utilizado en la sentencia de 18 de octubre de 1967 emitida por el Tribunal Constitucional alemán, en la que al referirse a su imposibilidad para analizar una posible afectación de los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de *Bonn* por la legislación comunitaria, expresó que "no podía modificar la ley que regula su competencia y atribuciones {...}, ni siquiera en nombre de una supuesta mejora del nivel de protección del particular frente a la norma comunitaria {...} pues tal proceder conllevaría una diferenciación entre la garantía que puede lograr un ciudadano alemán frente al resto de ciudadanos comunitarios".<sup>198</sup>

En este punto el Tribunal Constitucional alemán dejaba claro que no intervendría a riesgo de fomentar una

---

<sup>197</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia Erich Stauder/Ciudad de Ulm, asunto 29/69 de 12 de noviembre de 1969, Rec. 1969, p. 428. Esta sentencia es importante pues supuso la creación del principio de igualdad de trato, no contenido en los tratados y que el Tribunal derivó de objetivos presentes en él como un nivel de vida digno y la no discriminación.

<sup>198</sup> Sentencia BVerfGE 22,293, de 18 de octubre de 1967, citada por CANO MONTEJANO, J. C., (2002), *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*, Madrid, CEPC, p. 36. Esta sentencia tenía por objeto resolver una *Verfassungsbeschwerde*, que consiste en un recurso que articula un sistema de protección de los derechos fundamentales similar al que se establece a través del recurso de amparo, interpuesto por varias empresas alemanas contra varios reglamentos del Consejo y de la Comisión.

evidente desigualdad jurídica y dar lugar a una falta de definición clara entre lo que constituye la jurisdicción nacional y la comunitaria. Esta posición sería abandonada por el Tribunal en su sentencia *Solange I*, como veremos más adelante.

Además, el Tribunal Constitucional alemán había establecido en su sentencia BverGE 22,293, que si bien "el Consejo como la Comisión son las instituciones habilitadas de acuerdo con las normas del tratado para dictar Reglamentos que tienen un carácter general {...} ese ejercicio de autoridad {...} está claramente separado del que se ejerce por cada Estado miembro", el Tribunal Constitucional alemán precisa que la Comunidad "no es un Estado en sí misma considerada {...} y tampoco una organización federal".<sup>199</sup>

En la otra cara de la moneda, el Tribunal de Justicia procedió de acuerdo con el precedente de su sentencia *Flaminio Costa c. Ennel*, a determinar la imposibilidad por parte de los Estados miembros de justificar, en su marco constitucional interno,<sup>200</sup> el incumplimiento

---

<sup>199</sup> El Tribunal Constitucional alemán estableció que sólo era competente para enjuiciar los actos emitidos por el "poder público alemán", es decir, sólo los emitidos por los órganos constitucionalmente legitimados y determinados serían de su competencia y que, por tanto, no era factible que se pudiese someter al control de constitucionalidad una norma que se ha dictado por un órgano que queda fuera de la estructura legislativa del Estado alemán, declarando irrelevante el hecho de que para que se produzca esa legislación autónoma, en este caso un Reglamento comunitario, se hubiese necesitado de la cooperación del Estado alemán a través de la ratificación de un Tratado pues ello conllevaría a la *irremediable indeterminación de la línea que divide aquello que es norma interna, y lo que se aplica en Alemania pero no proviene del Estado alemán considerado strictu sensu*. Vid. CANO MONTEJANO, J. C., *op. cit.*, p. 34.

<sup>200</sup> El Tribunal Constitucional alemán había determinado esta situación previamente en la misma sentencia BVerfGE 22,293 citada, el Tribunal afirmó en su resolución que "{...} hay un ejercicio de derechos soberanos de los que los

de sus obligaciones comunitarias, pero fue más allá, al referirse a los derechos fundamentales cuya garantía constituye una parte esencial de la estructura y configuración de las Constituciones nacionales y eje primordial de actuación de los Tribunales Constitucionales al establecer que "Al derecho nacido del tratado {...} no podrían, en razón de su naturaleza, *oponerse las reglas de derecho nacional sean cuales sean* {...} sin que sea puesto en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; por ello, *la invocación de violaciones contra los derechos fundamentales, tal y como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o contra los principios de una estructura constitucional nacional, no podrán afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su eficacia...*"<sup>201</sup>

Por lo que declaraba en su parte resolutive, "que el examen de las cuestiones planteadas no había puesto de manifiesto ningún elemento que pudiera afectar a la validez de las normas europeas cuyo examen de compatibilidad se solicitaba".

---

Estados miembros se han desprendido en favor de la Comunidad por ellos fundada", que la Comunidad "es una Comunidad en un proceso de integración progresiva y que tiene caracteres propios, una institución internacional {...} a favor de la que la RFA ha hecho {...} una atribución de determinados derechos de soberanía" y que "la autoridad de la Comunidad Europea es un poder público de nuevo cuño que se origina con su Constitución, y es autónomo e independiente de los Estados miembros; y por tanto, los actos que de aquella emanen no necesitan ni ratificación ni pueden ser tampoco suspendidos por los Estados miembros", citada por CANO MONTEJANO, J. C., (2002), *op. cit.*, p. 32. A nuestro juicio, el Tribunal Constitucional alemán, si bien reconocía la transferencia realizada de derechos de soberanía, no encontraba un genuino respaldo democrático de ésta en el ámbito comunitario al estar conferida la potestad legislativa en este ámbito al Consejo.

<sup>201</sup> Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, *op. cit.*, p. 1135.

Afirmar que el Tribunal de Justicia se había extralimitado en el ejercicio de sus atribuciones fue algo que puso de relieve el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia *Solange I*,<sup>202</sup> de 29 de mayo de 1974.<sup>203</sup> Para ello, es interesante destacar que el mismo Tribunal administrativo de *Frankfurt/Main* que había planteado la cuestión prejudicial, ahora planteaba con la respuesta del Tribunal de Justicia, una *Vorlage*<sup>204</sup> ante el Tribunal Constitucional alemán, con el objeto de que se pronunciase sobre la compatibilidad de la interpretación dada a la norma comunitaria, en este caso, un Reglamento, por el Tribunal de Justicia con el derecho interno alemán.

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional alemán al admitir a trámite la *Vorlage* no obstante que en esencia, el acto era un acto de ejecución de la atribución competencial legítimamente ejercida, es decir, un acto comunitario consistente en un Reglamento, estaba ejerciendo una competencia que no le correspondía de acuerdo a su anterior razonamiento de que sólo podía enjuiciar los actos que proviniesen del poder público alemán; estaba ejerciendo de esta forma un principio supraconstitucional en el sentido expuesto por

---

<sup>202</sup> *Solange* significa "mientras que" o bien "en la medida que".

<sup>203</sup> BverfGE 37, 1974.

<sup>204</sup> La *Vorlage* es un mecanismo similar al que en España se denomina "cuestión de inconstitucionalidad" de control normativo objetivo que se articula para que cuando un Juez albergue alguna duda sobre si la disposición aplicable al caso del que conoce, y por tanto, siendo una norma que es relevante para la resolución a dictar, presenta algún rasgo que pueda tacharla de inconstitucional, suspenda el procedimiento y plantee, a través del citado mecanismo, sus dudas ante el Tribunal Constitucional alemán para que éste dictamine sobre la compatibilidad o no de la citada norma o disposición.

M. Troper, pues entendía que la protección de los derechos fundamentales contenida en la Ley Fundamental, trascendía al tratado comunitario, sin embargo, el Tribunal Constitucional deja claro desde el primer momento que sólo se trataba de aclarar la relación entre las garantías constitucionales respecto a lo que a derechos fundamentales se refiere y el derecho comunitario derivado o secundario, sin perjuicio de que tal proceder va en contra de los principios de unidad y de jerarquía del derecho comunitario respecto al derecho nacional.

El Tribunal Constitucional comienza por establecer que "el derecho comunitario y el derecho nacional constituyen dos ámbitos jurídicos independientes el uno del otro; de aquí que sobre la interpretación, validez y correcta ejecución del derecho que emana de las instituciones comunitarias sea competente únicamente el Tribunal de Justicia y, correlativamente, respecto al derecho nacional lo sean los correspondientes órganos internos constitucionalmente legitimados y determinados".<sup>205</sup>

También fija su posición respecto a la transferencia de derechos inherentes a la soberanía al establecer que "esto no quiere decir que se abra un mecanismo por el que se pueda llegar a producir una alteración en la estructura básica de la Ley Fundamental alemana".<sup>206</sup> El Tribunal Constitucional alemán precisa la verdadera naturaleza de dicha transferencia como una "apertura" del ordenamiento constitucional alemán y no como una autorización al establecer que, en el caso

---

<sup>205</sup> En línea con su sentencia BVerfGE 22,293, citada.

<sup>206</sup> CANO MONTEJANO, J. C., *op. cit.*, p. 58.

de normas emitidas por instituciones comunitarias de directa aplicación en el ordenamiento alemán que sean incompatibles con normas alemanas "sólo sería admisible esa intromisión en la medida que no signifique una alteración en las estructuras constitucionales de la Ley Fundamental de Bonn y esto tanto en lo que se refiere al derecho de los tratados {...} como en lo que al derecho comunitario derivado atañe {...}"<sup>207</sup>

Es muy importante destacar que de forma previa a esta sentencia del Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal de Justicia había emitido su sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974,<sup>208</sup> en la que el Tribunal de Justicia había intentado dar solución a la cuestión de los derechos fundamentales, afirmando que "en adelante, no se podría considerar conforme a derecho ninguna medida que fuese incompatible con los derechos fundamentales como están recogidos, reconocidos y protegidos en las Constituciones de los Estados miembros", con lo que resolvía las preocupaciones del Tribunal Constitucional alemán. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declinó hacer referencia alguna a la misma.

Continuando con su argumentación afirma que "la parte de la Ley Fundamental relativa a los derechos fundamentales es una parte esencial irrenunciable de la Constitución vigente de la República Federal de Alemania {...} su relativización suscita múltiples reservas desde el punto de vista del artículo 24 de la Ley Fundamental. Para ello tiene una importancia decisiva el estado actual de la integración de la Comunidad. Era muy impor-

---

<sup>207</sup> *Idem*.

<sup>208</sup> Asunto 4/73, Rec. 1974, p. 491.

tante el hecho de carecer de un Parlamento elegido de manera directa y democrática por los ciudadanos europeos, que ostentase el Poder Legislativo y frente al que tuviesen que responder las instituciones que ostentan el Poder Ejecutivo de manera efectiva".<sup>209</sup>

Especialmente se hace mención expresa de "la ausencia de un catálogo codificado de derechos fundamentales {...} tan fiable y exento de futuras ambigüedades {...} y permita {...} una comparación acerca de si, {...} el nivel de derechos fundamentales vinculante para la generalidad de la Comunidad es adecuado {...} al nivel de derechos fundamentales de la Ley Fundamental. *Mientras que (Solange) no se alcance dicha seguridad jurídica, que no queda garantizada sólo con la actual jurisprudencia del Tribunal europeo de justicia {...}, seguirán vigentes las reservas derivadas del artículo 24 de la Ley Fundamental {...}*".

De esta forma, en la medida que el proceso de integración comunitario haya avanzado de tal modo que el derecho comunitario continúe sin tener un catálogo de derechos fundamentales que proceda de un Parlamento legítimamente elegido, y cuyo contenido sea adecuado al contenido en la Constitución alemana, sería admisible que, con posterioridad al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, el Juez alemán *a quo* pueda y deba plantear una *Vorlage* ante el Tribunal Constitucional alemán para que éste lleve a cabo el correspondiente control nor-

---

<sup>209</sup> Para CANO MONTEJANO, J. C., *op. cit.*, p. 93, "es evidente que en la decisión de admitir a trámite una *Vorlage* respecto a la interpretación dada a una norma comunitaria por el Tribunal, pesó de manera definitiva el argumento de la insuficiencia de protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario".

mativo, y esto siempre que aquél considere que no debe ser aplicable la norma comunitaria en el sentido de la interpretación dada a la misma por el Tribunal de Justicia en su respuesta a la cuestión planteada, ya que supondría un atentado contra la Ley Fundamental, por entrar en colisión con alguno de los derechos fundamentales recogidos en la misma.

Además, la defensa de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional alemán estableció la inaplicabilidad, *unanwendbarkeit*, de cualquier disposición de derecho comunitario que necesitase de cualquier acto de transposición, es decir, del ejercicio de un acto de autoridad emanado de un poder público alemán, y en el que se produjese una colisión con una garantía definida constitucionalmente y referida a un derecho fundamental, esta doctrina es relevante pues sería retomada por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Simmenthal*, a propósito del reforzamiento del principio de primacía y que analizaremos más adelante.

Finalmente, el Tribunal Constitucional alemán se ocuparía de delimitar que materia sería competencia del Tribunal de Justicia y que le correspondería a él mismo, al puntualizar que "el Tribunal de Justicia debía de conocer de la validez de las disposiciones de derecho comunitario así como su interpretación pero, cuestiones incidentales que pudiesen surgir en su labor y que hiciesen referencia al derecho de Alemania o de cualquier otro Estado miembro, no podían ser resueltas por el Tribunal de Justicia de manera vinculante para el Estado miembro en cuestión".<sup>210</sup>

---

<sup>210</sup> Para CANO MONTEJANO J. C., "La diferencia constatada entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la de la mayoría de las jurisdicciones nacionales

De lo expuesto se deduce que la cuestión de primacía en el derecho comunitario admite una dimensión dual, bidimensional o si se quiere múltiple, la del Tribunal de Justicia que entiende que el derecho comunitario es un derecho autónomo cuya primacía sobre el derecho de los Estados miembros se encuentra ya afirmada de forma implícita en el Tratado CEE y las actitudes y visiones de cada uno de los Tribunales Constitucionales a la hora de dar efecto a esa primacía en el ámbito interno.<sup>211</sup>

Desde otra perspectiva, resulta muy interesante el voto particular de la sentencia pues asume, entre otras cosas, que es un error pretender imponer al derecho comunitario, principios derivados del Estado de Derecho y del principio democrático en los términos en que los mismos encuentran su expresión en territorio alemán, en especial en lo que se refiere a la regulación de los derechos fundamentales y *la estructura federal*.<sup>212</sup>

---

en lo que concierne al fundamento jurídico de la primacía del derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos nacionales, constituye una anomalía desde el punto de vista de la teoría general del derecho. En efecto, el principio general de no contradicción entre las disposiciones normativas que tienen los mismos destinatarios conlleva el que las relaciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos no puedan ser coordinadas más que por reglas que sean comunes a ambos ordenamientos" CANO MONTEJANO, *op. cit.*, p. 66. Esta opinión refuerza nuestra idea de que en ausencia de dichas reglas lejos de un diálogo entre jurisdicciones lo que ha existido es una disputa que, aún ahora, no ha terminado de finiquitarse.

<sup>211</sup> En ese sentido, las cláusulas de transferencia de poderes soberanos no deben ser entendidas como autorización de una derogación constitucional de otras provisiones constitucionales, para POIARES MADURO más allá de hablar de soberanía abierta, dual, parcial o compartida, debe hablarse de soberanías en competencia. POIARES MADURO, M., (2003), "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea" en *Revista de Estudios Políticos*, CEPC, núm. 119, p. 12.

<sup>212</sup> Este punto es crucial para nuestro trabajo. En el voto particular se hace la distinción, ya establecida desde la sentencia BverfGE 22,293, de 18 de octubre de 1967 pero ahora matizada, de que "La Comunidad no es una estructura federal ni puede ser cotejada con la misma, ya que esta última se *basa en un sistema competencial de atribución*, mientras que la Comunidad lo es a través

Como es posible apreciar de las sentencias que siguen, es nuestra opinión que el Tribunal de Justicia tomó muy en cuenta estos estándares fijados por el Tribunal Constitucional alemán en el voto particular a la sentencia *Solange I* y gradualmente, ha ido cumpliendo cada uno de los elementos fijados para construir con su jurisprudencia una estructura federal para la Comunidad.

De esta forma, podemos considerar que más allá de un diálogo constitucional entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales como han sostenido diversos autores,<sup>213</sup> hay una disputa y un fuerte debate respecto a la base jurídico-constitucional para la inclusión de la primacía en los respectivos derechos internos que se asemeja más a una negociación en la que tanto el Tribunal de Justicia como los Tribunales nacionales ceden posiciones pero se reservan aquellas atribuciones y facultades que consideran esenciales para el ejercicio de sus funciones primordiales.<sup>214</sup>

---

de un sistema teleológico, de consecución de objetivos determinados y concretos" y continua "porque la función del ordenamiento jurídico comunitario, inclusive su contenido en derechos fundamentales, respecto al derecho de los Estados miembros es *diferente al del derecho federal frente a los Länder*" y que "Es necesario recordar que el único Estado federal *strictu sensu* en el conjunto de la Comunidad es la RFA, por ello, declarar que, sólo se podría aceptar la integración en una organización que conllevara el respeto a los principios recogidos en la Constitución alemana, *federal, democrático y de respeto a la dignidad humana en todas sus manifestaciones* {...}. Otro modo de razonar, conllevaría el que la integración *solamente sería válida para el derecho alemán en la medida en que aquella adoptase la forma federal como modelo* {...}."

<sup>213</sup> Vid. SARMIENTO, D., (2004), *Poder Judicial e integración europea*, Madrid, Thomson civitas, pp. 71 y ss. y DE LA MARE, T., (1999), "Article 177 in social and political perspectiva", en CRAIG P. y DE BURCA, G., *The evolution of European Law*, op. cit., pp. 240 y ss.

<sup>214</sup> Vid. ALTER, K., (2001), *Establishing the supremacy of European Union Law, The Making of an international Rule of Law in Europe*, Oxford, University Press, p. 38 y STONE SWEET, A., (2001), *Governing with Judges*, Oxford, University Press.

### e. La doctrina de los poderes implícitos y el "efecto necesario o útil" como canon de interpretación del Tribunal de Justicia y estrategia de expansión de sus atribuciones

Durante los primeros años del proceso de integración, el Tribunal de Justicia utilizó como método de interpretación el método teleológico, tomando en consideración los objetivos de los tratados y su efectividad general. El carácter indeterminado y evolutivo que el Tribunal imprimió a las competencias comunitarias hicieron particularmente apropiado su uso en las sentencias *Van Gend & Loos* y *Costa Ennel*.<sup>215</sup>

Sin embargo, el Tribunal también incluirá como método de interpretación "el efecto necesario" en donde la referencia no es un objetivo previsto en los tratados y que hay que alcanzar, sino que el punto de partida es la comunidad en sí misma. Este método pretende dar respuesta al hecho de que el sistema jurídico comunitario se caracteriza por la indefinición de muchas de sus reglas y por estar basado en la consecución de objetivos.<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> Sin perjuicio de que este carácter indeterminado y evolutivo de las competencias en la jurisprudencia del Tribunal tenía un objetivo político claro, construir un marco de control semejante a los de tipo federal y constituirse como un Tribunal Constitucional o Supremo de la Unión. Al respecto *Vid.* MANCINI, G. F., (2000), *Democracy and Constitutionalism in the European Union*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, pp. 23 y ss., y SAÍZ ARNAÍZ, A., (1999), "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 53, t. II.

<sup>216</sup> Al respecto debe recordarse que el Tratado de Roma en un principio no establecía expresamente como hace ahora en su artículo 5 TCE, que "la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna".

El efecto necesario se enraíza en la "doctrina de los poderes implícitos" cuyo origen se remonta al derecho constitucional norteamericano<sup>217</sup> y que de acuerdo con Alonso García, R., presenta una doble formulación, amplia y restrictiva en el derecho comunitario.<sup>218</sup>

La formulación amplia se desprende del propio Tratado CE al establecer en su artículo 308 que "cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, *el Consejo*, por unanimidad, a propuesta de la *Comisión* y previa consulta al Parlamento europeo, adoptará las medidas pertinentes. En lo que respecta a la formulación restrictiva, la existencia de un determinado *poder*, conlleva la de cualquier otro razonablemente necesario para el ejercicio de aquél.<sup>219</sup>

Nótese que a quien faculta este precepto legal es a los órganos legislativos de la Comunidad, con la salvedad es que en algunos casos, el objetivo no está previsto expresamente y entonces viene a ser definido por el Tribunal de Justicia con base en su criterio de evidente creación pretoriana, de que la existencia de un determinado *poder* conlleva la de cualquier otro razonablemente necesario para el ejercicio de aquél.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> La célebre sentencia *McCulloch vs. Maryland* de 1819. SCHWARTZ, B., (1984), *El federalismo norteamericano actual*, Madrid, Cuadernos Civitas, pp. 39 y ss.

<sup>218</sup> Vid ALONSO GARCÍA, R., (2003), *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Estudio Preliminar, *op. cit.*, p. 18.

<sup>219</sup> Principio este de carácter funcional que, sin embargo, no deja de ser una creación de carácter jurisprudencial.

<sup>220</sup> Para H. H. WEILER, J., (1995), *Europa, fin de siglo*, Madrid, CEC, p. 68, la doctrina de los poderes implícitos no es una auténtica expansión que afecte

En nuestra opinión, esta posición resulta cuestionable, una cosa es que la Comunidad esté habilitada para actuar en un determinado ámbito y otra que los mecanismos que utilice para ello escapen de los límites pactados a ese ámbito, esto es, a la habilitación específica bajo el argumento de que la necesidad de una actuación eficaz implica un ejercicio implícito no establecido por los tratados que aparentemente se desprende de dicha habilitación.

Ejemplo claro de la aplicación de este nuevo método de interpretación y del proceder del Tribunal en vía de creación judicial del derecho lo constituye la sentencia *Comisión c. Consejo* de 31 de marzo de 1971.<sup>221</sup> El asunto consistía en que el Consejo, sin tener una competencia establecida en los tratados, había llevado a cabo una deliberación para coordinar las posiciones de los Estados miembros en las negociaciones que debían llevar a la firma de un acuerdo europeo sobre el trabajo de las tripulaciones de vehículos dedicados al transporte internacional por carretera (AETR), en la que participarían Estados terceros a la comunidad.

Inconforme con este proceder del Consejo, la Comisión planteó un recurso de anulación sobre la deliberación del Consejo que, en efecto, tenía como consecuencia que el Tribunal determinara la existencia o no de competencia comunitaria para celebrar dicho acuerdo internacional.

---

de modo directo el poder de los Estados miembros porque, normalmente, los poderes implícitos se encuentran en un área en donde la Comunidad está ya claramente habilitada para actuar, y los poderes para actuar se interpretan como *los instrumentos* que hacen posible la actuación eficaz en un ámbito determinado.

<sup>221</sup> Sentencia Comisión c. Consejo "AETR", asunto 22/70, Rec. 1971, p. 263.

El Tribunal determinó en la parte motivada de su resolución que "{...} a falta de disposiciones específicas del tratado relativas a la negociación y a la conclusión de acuerdos internacionales en el ámbito de la política de transportes {...} conviene tomar en consideración *el sistema general de derecho comunitario relativo a las relaciones con terceros Estados* {...}."<sup>222</sup>

"{...} Que para fijar {...} la competencia de la Comunidad para concluir acuerdos internacionales, conviene tomar en consideración {...} sus disposiciones materiales {...}"<sup>223</sup> y que "tal competencia resulta no sólo de una atribución explícita del Tratado {...} sino que puede derivarse igualmente de otras disposiciones"<sup>224</sup> {...} y de actos adoptados, en el marco de estas disposiciones, por las instituciones de la Comunidad."<sup>225</sup>

"Que {...} el apartado 1 del artículo 75 encarga al Consejo establecer normas comunes y adoptar, además cualquier otra disposición oportuna"<sup>226</sup> y que "esta disposición se refiere también a los transportes procedentes de Estados terceros o con destino a los mismos".<sup>227</sup>

---

<sup>222</sup> Considerando 12.

<sup>223</sup> Considerando 15.

<sup>224</sup> Con lo que el Tribunal establecía la doctrina del paralelismo de las competencias, esto es, la transposición en el ámbito externo de una competencia que la Comunidad europea ya tiene atribuida en su orden interno. Aunque LLOPIS CARRASCO, R. M., afirma que el establecimiento de esta doctrina por parte del Tribunal no implica activismo judicial pues dicha teoría tendría su origen en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de Naciones, respecto de las organizaciones internacionales. Vid. LLOPIS CARRASCO, R. M., (2000), *Constitución europea: un concepto prematuro*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 122.

<sup>225</sup> Considerando 16.

<sup>226</sup> Considerando 24.

<sup>227</sup> Considerando 26.

"Que por tanto, supone que la competencia de la comunidad se extiende a relaciones que entran en el ámbito del derecho internacional e implica, por consiguiente, en la esfera de que se trata, la necesidad de acuerdos con los Estados terceros interesados".<sup>228</sup>

En nuestra opinión, la postura asumida en esta sentencia sí constituye un ejercicio discrecional del Tribunal de Justicia, pues la referencia al derecho internacional sólo ocurre cuando favorece a sus propósitos de aplicación e interpretación; un ejemplo de ello lo constituye su negativa en aceptar en el derecho comunitario la excepción de reciprocidad presente en el derecho internacional que implica que un Estado miembro rehúse sus obligaciones comunitarias invocando que otro Estado miembro también las incumple.<sup>229</sup>

Desde otra perspectiva, parece olvidar que en su sentencia *Costa Ennel* el Tribunal deja de calificar el derecho comunitario como derecho internacional para decir que es un ordenamiento jurídico propio y autónomo.

Por tanto, el Tribunal desestimaba el recurso. Esta postura expansiva y *ultra vires* del Tribunal<sup>230</sup> contras-

---

<sup>228</sup> Considerando 27.

<sup>229</sup> Vid. la sentencia Comisión vs. Bélgica y Luxemburgo, asunto 90-91/63, de 13 de noviembre de 1964, Rec. 1964, pp. 1217-1228.

<sup>230</sup> El propio Tribunal lo reconocería así veinticuatro años después en su dictamen *OMC*, de 15 de noviembre de 1994, asunto C-1/94. En él sostuvo que "la competencia externa de la Comunidad no se desprende *ipso facto* de su facultad de dictar normas en la esfera interna" de manera que "sólo se convierte en exclusiva en la medida en que se hayan establecido normas comunes en la referida esfera interna". Con independencia de que en el asunto *AETR*, por tratarse de la deliberación para la futura celebración de un Tratado tampoco podía considerarse exclusiva porque el Tratado se celebraría con Estados terceros.

ta con la posición de medida y autocontención exhibida por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 18 de octubre de 1967,<sup>231</sup> en cuanto a su negativa de apreciar una extensión tácita de sus competencias a la vista de la insuficiencia y ausencia de garantías equivalentes en un orden jurídico diferente como el comunitario y su ausencia de pronunciamiento sobre la vinculación de las normas comunitarias a los parámetros constitucionales internos que, muy posiblemente, dio pie al pronunciamiento de poderes implícitos en los tratados por parte del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia asumía así una postura franca de poder constituyente bajo un pretendido *treaty making power* de carácter implícito, no debe perderse de vista que los tratados son precisamente instrumentos internacionales, por lo que al realizar una complementación de los tratados sin considerar que no se había hecho uso alguno del procedimiento fijado en el tratado para la adopción de esta decisión, excedía el ejercicio de sus atribuciones y, sin tener facultad alguna como órgano constitucional de la Comunidad, se arrogaba este papel realizando una función constituyente del orden jurídico comunitario.

#### f. El reforzamiento del principio de primacía

La reacción del Tribunal de Justicia a las sentencias del Tribunal Constitucional alemán que como *Solange I* cuestionaban la primacía en la aplicación del derecho

---

<sup>231</sup> BVerfGE 22, 293.

comunitario ante la ausencia de instituciones democráticas y de un catálogo de derechos similares a las de un Estado federal,<sup>232</sup> vendría con el reforzamiento del principio de primacía con su sentencia *Administration des finances del`État c. Société anonyme Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978<sup>233</sup> en la que, con motivo de la reclamación de la devolución de cuotas pagadas con motivo de tasas de aduana fijadas por una ley italiana de 1973, por contrarias a la libre circulación de mercancías, realizada por la empresa Simmenthal, el Juez italiano encargado del asunto plantea como cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, la posible incompatibilidad entre el derecho comunitario y la ley italiana.

El Tribunal de Justicia determinó en su resolución que "{...} las disposiciones comunitarias directamente aplicables deben, en perjuicio de cualquier norma o práctica interna de los Estados miembros producir sus efectos plenos y completos en los ordenamientos jurídicos de estos últimos {...} se deduce que el alcance de las normas en cuestión debe ser entendido en el sentido de que eventuales disposiciones nacionales posteriores, en contradicción con estas mismas normas comunitarias, deben ser consideradas inaplicables

---

<sup>232</sup> De acuerdo con ALONSO GARCÍA, R., dicha sentencia también fue la reacción a la posición sostenida por la *Corte Costituzionale* de forma previa en su sentencia *Industrie chimice Italia Centrale* de 30 de octubre de 1975 en la que sentó la doctrina de la identificación de las vulneraciones del derecho comunitario por el legislador italiano con infracciones del artículo 11 de la Constitución italiana. Esta identificación ligada al sistema interno del control judicial del sistema de fuentes, conducía a imponer al Juez ordinario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. *Vid.* ALONSO GARCÍA, R., (2004), "El Juez nacional como Juez europeo a la luz del Tratado Constitucional", *The national Constitutional Reflection of European Unión Constitucional Reform*, Conference, Madrid, Universidad Carlos III, 5-7 September 2004.

<sup>233</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia *Simmenthal*, asunto 106/77, Rec. 1978, p. 644.

de pleno derecho sin que sea necesario esperar su eliminación por el legislador nacional o por otros órganos constitucionales".<sup>234</sup>

Esta visión del Tribunal de Justicia según la cual el derecho comunitario constituye de por sí un orden jurídico específico y autónomo, que debe trascender tanto las reglas del derecho internacional clásico como las del derecho constitucional de cada uno de los Estados miembros, fue criticada también por el Consejo de Estado francés, pues en su opinión "el derecho comunitario deriva de un tratado ratificado por los Estados miembros en el ámbito de su soberanía interna, y, por tanto, se debe aplicar en virtud de esa misma soberanía".<sup>235</sup>

De lo anterior se deduce que el Tribunal de Justicia se aparta del conocido principio de derecho público interno que implica que *lex posteriori nulla lex anteriori* y da otro salto gigantesco transgrediendo el principio de división de poderes inherente al orden interno y el sistema de fuentes de los Estados miembros al posibilitar la inaplicación de las normas de derecho interno, incluso cuando sean leyes y su ordenamiento exija la remisión a otro Tribunal, en su caso, el Tribunal Constitucional respectivo.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> Considerando 7 de la sentencia.

<sup>235</sup> Para el Consejo de Estado, si el Tratado CE se encuentra legalmente aplicado en el derecho interno de cada uno de los Estados miembros es porque las reglas constitucionales permiten la consecución de ese resultado. *Vid.* Conseil D'Etat (1982) "Droit Communautaire et droit français", en *Notes et études communautaires*, Paris, p. 15, citado por CANO MONTEJANO, *op. cit.*, p. 67.

<sup>236</sup> Aquí el Tribunal de Justicia tomaba prestado el conocido principio de inaplicabilidad de normas esgrimido por el Tribunal Constitucional alemán con motivo de su sentencia *Solange I* derivada de las relaciones del derecho constitucional alemán con las normas derivadas de tratados internacionales.

Pero aún más, el Tribunal determinará que en virtud de la primacía "{...} las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen como efecto {...} no solamente hacer inaplicable de pleno derecho toda disposición contraria de la legislación nacional existente {...} sino en tanto que estas disposiciones y actos integran {...} el ordenamiento comunitario aplicable {...} impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que son incompatibles con las normas comunitarias".<sup>237</sup>

Este proceder del Tribunal de asociar el principio de primacía con el de efecto directo genera una verdadera revolución jurídica<sup>238</sup> si se considera que el tratado no contenía ningún tipo de cláusula de primacía en qué respaldarse como ocurre en los casos del artículo VI de la Constitución de Estados Unidos o del artículo 31 de la Ley Fundamental de Bonn, *i.e.*, se trata de una práctica *ultra vires* del Tribunal de Justicia por más

---

<sup>237</sup> Considerando 17. El Tribunal venía a establecer de esta forma un control de conformidad de las normas nacionales con el derecho comunitario que tenía *dos efectos constitucionales* a saber, el primero de ellos consistía en prohibir la aplicación por parte de las autoridades nacionales, de preceptos de su orden jurídico interno incompatibles con el derecho comunitario y, el segundo, es operar el llamado efecto "barrera", es decir, que en las relaciones entre derecho comunitario y derechos nacionales, el principio de primacía tiene por efecto no sólo hacer incompatible de pleno derecho toda disposición contraria de la legislación nacional sino que, además, impide la formación válida de nuevos actos incompatibles con las normas comunitarias. De esta forma, el Tribunal alteraba sustancialmente las atribuciones del Juez ordinario italiano a la hora de enfrentarse con leyes de su ordenamiento interno contrarias a su derecho comunitario.

<sup>238</sup> LÓPEZ GUERRA, L., refiere al respecto que "el proceso de integración europea está representando y probablemente seguirá representando en el futuro, una alteración en la posición del Juez respecto del sistema de fuentes, así como en la concepción tradicional de su sujeción al imperio de la ley, de tal naturaleza que sin duda podría definirse adecuadamente como una *revolución constitucional*". LÓPEZ GUERRA, L., (2003), "El Poder Judicial español ante la Unión Europea", *Autonomías, Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 29, p. 40.

que se señale que sus consecuencias son la inaplicabilidad y no la nulidad, pues la finalidad de la primera con base en el principio de primacía sustentado, no sólo es hacer incompatible de pleno derecho toda disposición contraria de la legislación nacional sino que, además, impide la formación válida de nuevos actos incompatibles con las normas comunitarias.

El Tribunal remata su sentencia facultando a los Jueces del caso concreto para llevar a cabo esta labor y de esta manera alterar el principio de división de poderes y liberar a los Jueces nacionales del cumplimiento de su obligación de respetar el orden jurídico establecido por sus Constituciones nacionales<sup>239</sup> al señalar que "el Juez nacional encargado de aplicar {...} las disposiciones del derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas<sup>240</sup> 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".<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> Al respecto es importante destacar que el Tribunal Constitucional italiano sostenía, en la época en que se emitió esta sentencia, que los jueces nacionales debían plantearle una cuestión de inconstitucionalidad en caso de que una ley italiana fuese contraria al derecho comunitario pues los Tribunales ordinarios eran incompetentes para inaplicar las leyes nacionales. Cfr. Su sentencia *Frontini* de 27 de diciembre de 1973. Sentencia núm. 183, Frontini, *Girusprudenza Costituzionale*, 1973 p. 2401, que muy posiblemente, haya sido el origen de los criterios adoptados por el Tribunal de Justicia como reacción en *Simmmenthal*.

<sup>240</sup> Aquí encontramos una aplicación inicial del principio de efectividad que después sería retomada por el Tribunal en sus sentencias *Factortame* de 19 de junio de 1990, asunto C-213/89 y *Francovich* de 19 de noviembre de 1991, asunto C-6 y 9/90 que analizamos más adelante a detalle.

<sup>241</sup> Considerando 24 de la sentencia.

En el caso *Simmenthal* se puso de manifiesto el hecho de que un órgano judicial tiene que aplicar de manera inmediata una norma de derecho comunitario con efecto directo en el ordenamiento jurídico interno, dada su claridad e incondicionalidad, aunque la misma vaya en contra de una disposición legal nacional y ésta sea de rango constitucional, por ello, y una vez aplicada la norma comunitaria, tendría que ser puesta, al menos en teoría, en cuestión ante el Tribunal Constitucional, que sería el único autorizado para decidir sobre la constitucionalidad o no de una determinada ley o reglamentación que se opusiese formalmente a la norma comunitaria.

#### **g. La creación del concepto "constitución interna" y su evolución a "Carta Constitucional de una Comunidad de derecho" para los tratados comunitarios por parte del Tribunal de Justicia**

La creación e imagen de la Comunidad como una Comunidad de derecho y del Tratado como una Carta Constitucional Fundamental fue obra del Tribunal de Justicia en un desarrollo gradual de su jurisprudencia que inició con el dictamen 1/76 de 26 de abril de 1977<sup>242</sup> y culminó con el caso *Les Verts*.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> Rec. 1977, p. 741-762. El dictamen tenía por objeto analizar la compatibilidad de un proyecto de acuerdo para establecer un Fondo que favoreciera el abandono voluntario de los canales fluviales internacionales por parte de los cargadores con el Tratado. En su dictamen, el Tribunal se opuso al acuerdo internacional examinado por entender que constituía una modificación de la *Constitución interna de la Comunidad*, dada la alteración de las prerrogativas de sus Estados miembros.

<sup>243</sup> Sentencia *Parti Ecologista Les Verts/Parlamento Europeo*, asunto 294/83 de 23 de abril de 1986.

Que el Tribunal de Justicia hiciera coincidir la caracterización de la Comunidad europea con el modelo de Estado de derecho, tiene sustento en encontrar soluciones a los problemas generados con motivo de las relaciones entre los diversos sujetos comunitarios, instituciones, Estados miembros y ciudadanos. Por tanto, el recurso a principios generales para encontrar soluciones ajustadas a derecho ha sido una actuación recurrente.<sup>244</sup>

Desde otra perspectiva, otorgar el carácter de "Constitución interna" o "Carta Constitucional Básica" a los tratados comunitarios quiere decir que éstos constituyen el marco originario creador de un nuevo orden jurídico que es autónomo y que superando su origen de tratado internacional, se aproxima a la configuración constitucional por vía jurisprudencial.<sup>245</sup>

El alcance atribuido a principios generales del derecho no sólo corresponde al respeto del derecho escrito sino también a la aplicación de valores éticos, políticos y sociales. Desde su sentencia *Nold*,<sup>246</sup> el Tribunal de

---

<sup>244</sup> Para LLOPIS CARRASCO, R. M., "El principio de equilibrio institucional, asociado al concepto de comunidad de derecho, fundan jurídicamente el recurso del Tribunal de Justicia a la interpretación constructiva mas que a la meramente textual". LLOPIS CARRASCO, R. M., (2000), *Constitución europea: un concepto prematuro*, op. cit., p. 29.

<sup>245</sup> El Tribunal al referirse en concreto al concepto de "Comunidad" y a los principios del Preámbulo no se refería ya a la estructura de los tratados como reparto de competencias, sino al espíritu, a los principios que sustentan a la construcción comunitaria y que se condensan en dicho Preámbulo tal como había hecho referencia en su sentencia *Van Gend & Loss*. La expresión "*Constitución interna*", se refiere por tanto a que el Tratado es la norma que contiene las reglas sobre la producción de las demás normas jurídicas dentro del ordenamiento jurídico comunitario, lo que la convierte en la norma superior de este orden jurídico y en el portador de una serie de valores y de una unidad que se apoyan en el orden sustantivo que conforma esos valores.

<sup>246</sup> Sentencia *Nold* de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, Rec. 1974, p. 491.

Justicia también había establecido el concepto de *Tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros* para referirse al conjunto de valores y principios generales que se desprenden de sus Constituciones nacionales. El objetivo de dicho concepto no era otro que resolver el problema de los diferentes grados de protección jurídica en los Estados miembros. Para ello, el Tribunal no se vincula a una identidad de solución en el derecho de cada Estado sino que da preferencia a la solución ofrecida por el sistema jurídico nacional que mejor se adapta a las exigencias específicas del ordenamiento comunitario.

Ahora bien, respecto al derecho comunitario, es posible afirmar que su articulación gira alrededor de dos ejes; por un lado, el derecho al derecho, esto, es a la seguridad jurídica,<sup>247</sup> y por el otro lado el derecho al

---

<sup>247</sup> El principio de seguridad jurídica fue establecido por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Comisión vs. Francia* de 4 de abril de 1974, asunto 167/73, en el que con motivo de un recurso interpuesto por la Comisión se solicitaba el incumplimiento de Francia respecto de sus obligaciones en materia de libre circulación de trabajadores. El Tribunal determinó que "para la aplicación correcta del derecho comunitario era necesario que se dieran las condiciones objetivas para su correcta aplicación, las cuales no se dan cuando se mantiene derecho interno incompatible con el comunitario, pues ello genera una situación de hecho ambigua, al mantener, para los sujetos de derecho afectados, un estado de incertidumbre jurídica que es necesario eliminar". Vid especialmente los considerandos 34, 35, 41 y 42 de la sentencia. ALONSO GARCÍA, R. (2004) "El Juez nacional como Juez europeo a la luz del Tratado Constitucional", *The national Constitutional Reflection of European Unión Constitutional Reform*, Conference, Madrid, Universidad Carlos III, 5-7 September 2004, p. 14, destaca que el principio de seguridad jurídica no lleva al Tribunal de Justicia, por el momento, hasta el punto de imponer la depuración *erga omnes* vía judicial. Pero no lo es menos que dicho principio si que sirve para marcar *pautas interpretativas* a los sistemas jurídicos nacionales a la hora de hacer operativa la primacía. Esta Conferencia del Profesor ALONSO GARCÍA fue publicada en una versión más corta en "il giudice nazionale come giudice europeo" *Quaderni Costituzionali, Revista Italiana Di Diritto Costituzionale*, núm. 1, Bologna, Il Mulino, p. 111.

Juez o a la tutela judicial.<sup>248</sup> Para apoyar esta visión es posible afirmar que el Tribunal de Justicia se inspiró en la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional alemán.<sup>249</sup>

El mismo Tribunal Constitucional había determinado a partir de su sentencia de 9 de junio de 1971,<sup>250</sup> con motivo de una reclamación basada en una supuesta privación del derecho al Juez en que la ley predetermina para conocer de los conflictos que puedan surgir

---

<sup>248</sup> Vid. Sentencia *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84 Rec. 1986, p. 1663. En dicho asunto se planteaba si la declaración de inimpugnabilidad de una decisión del *Chief Constable* lesionaba el principio de efectividad y, más concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva. La decisión cuestionada prohibía el uso de armas por las mujeres pertenecientes a un cuerpo de policía de Irlanda del Norte. A pesar de ello, las autoridades británicas decidieron poner fin a todas las relaciones contractuales con las agentes de dicho cuerpo y la decisión fue declarada inimpugnable en aplicación del derecho procesal británico. La Directiva sobre no discriminación, establecía en su artículo 6, la posibilidad de que una persona afectada por medidas discriminatorias "pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional". En el caso no sólo estaba en juego el principio de efectividad, sino también la protección de derechos sustantivos derivados de la no discriminación como es el caso del principio de igualdad. A la vista de este contexto, el Tribunal recordó en su resolución que "El control jurisdiccional impuesto por dicho artículo es la expresión de un principio general del derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. {...}" El Tribunal llegó a la conclusión de que tal norma "es por ello contraria al principio del control efectivo consagrado por el artículo 6 de la Directiva". De esta forma, el Tribunal realizó una aplicación del principio de efectividad pero reconfigurando el principio, para asimilarlo a una concepción amplia del derecho a la tutela judicial efectiva.

<sup>249</sup> Este Tribunal no sólo había sostenido el poder autónomo e independiente del derecho comunitario respecto de los ordenamientos nacionales y la naturaleza jurídica de la Comunidad como "una organización supranacional con caracteres propios dotada de un poder público originario" sino también, que los tratados fundacionales "sientan la base constitucional de las Comunidades y conforman junto con el derecho secundario emanado por sus instituciones legislativas, un ordenamiento jurídico autónomo". Sentencia de 18 de octubre de 1967, BVerfGE 22, 293, citada por CANO MONTEJANO, J. C., *op. cit.*, p. 46.

<sup>250</sup> Sentencia BVerfGE 31, 145, citada por CANO MONTEJANO, J. C., *op. cit.*, pp. 38 y ss.

en la interpretación y aplicación el derecho comunitario, ante una aparente omisión en el planteamiento de cuestión prejudicial, que "{...}" aunque es cierto que se reserva al Tribunal de Justicia la jurisdicción para decidir sobre la interpretación del Tratado CEE, sobre la validez y la interpretación de las disposiciones comunitarias que se dictan por el Consejo y la Comisión {...} habría que dejar en suspenso el pronunciamiento sobre si el Tribunal {...} es un Juez en el sentido de un Juez predeterminado por la ley {...}"<sup>251</sup>

Finalmente, estableció respecto del órgano competente para determinar la aplicabilidad del derecho comunitario en el ámbito interno que "no compete al Alto Tribunal la labor de declarar la incompatibilidad de una norma de derecho interno con otra de rango superior pero dimanante del ordenamiento jurídico comunitario. *Este control normativo debe ser realizado, en primer término, por los correspondientes Tribunales que están conociendo de la cuestión*".<sup>252</sup>

---

<sup>251</sup> Es interesante destacar que el Tribunal Constitucional alemán ya había caracterizado de forma previa en la sentencia BVerfGE 22, 293 citada, que a pesar de la equiparación que realiza entre normas legales nacionales y las disposiciones con rango de ley que provienen de la aplicación a nivel nacional de una norma de derecho comunitario, *sólo es competente para entrar a conocer sobre actos en los que haya habido un ejercicio efectivo de autoridad por el correspondiente órgano competente alemán, esto es, aquel constitucionalmente habilitado para el ejercicio del poder soberano* por lo que un Reglamento comunitario emanado de una institución comunitaria que tiene aplicación directa y no requiere transposición no tiene este carácter. CANO MONTEJANO, J. C., *op. cit.*, p. 75.

<sup>252</sup> *Op. cit.*, p. 44. De esta forma, facultó al órgano judicial ordinario que conociera del caso, la competencia para decidir sobre la validez, la aplicación y, por tanto, sobre la necesidad de otorgar la primacía a la norma comunitaria, sin que tenga que acudir para ello al mecanismo de control normativo objetivo de control de constitucionalidad.

Volviendo a la evolución del concepto de Constitución interna a Carta Constitucional Básica, el asunto *Les Verts* consistía en la pretensión por parte del partido ecologista "Los Verdes", de dos decisiones de la Mesa del Parlamento Europeo relativas a la asignación de créditos para la financiación de una campaña de información sobre las elecciones europeas de 1984. El antiguo artículo 173 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) sólo preveía el recurso de anulación contra actos del Consejo o de la Comisión pero no del Parlamento. El partido en cuestión alegaba que si no se admitía el recurso, se produciría indefensión y una vulneración a la obligación del Tribunal de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del tratado.

El Tribunal al resolver determinó que "la Comunidad Económica Europea es una Comunidad de derecho, en la medida en que ni sus Estados ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la *Carta Constitucional Básica que constituye el Tratado*".<sup>253</sup>

Es importante evidenciar que la sentencia no se constriñe a la normativa dispuesta en el tratado, sino que en su interpretación el Tribunal parte de su contenido para caracterizar a la Comunidad como una Comunidad de derecho.<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> Apartado 23 de la sentencia, p. 1365. Para ALONSO GARCÍA, R., Esta calificación del Tratado como Carta Constitucional tiene un trasfondo material, por cuanto desde el punto de vista formal no deja de ser un todo lo *sui generis* que se quiera tratado internacional. ALONSO GARCÍA, R., (2003), *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, op. cit.*, p. 27.

<sup>254</sup> Condición esencial del Estado de Derecho es el control jurisdiccional de la actuación de los poderes públicos. Al respecto, el artículo 220 del Tratado CE que expresa que "El Tribunal de Justicia garantiza el respeto de derecho

La primera consecuencia que se extrae del razonamiento del Tribunal es que al declarar que la Comunidad Europea se basa en el derecho, ni los Estados miembros ni las instituciones comunitarias pueden evitar la revisión jurisdiccional que compruebe que los actos adoptados por ellos son conformes al tratado, *i. e.*, que en esta Comunidad de derecho que es la Comunidad Europea, los Estados miembros no pueden disponer enteramente de los tratados como si se tratase de cualquier otro tratado internacional.<sup>255</sup>

El Tribunal estaría indicando que los fundamentos de la Comunidad europea revisten un valor "supraconstitucional", frente a la revisión. Al respecto, el problema para el Tribunal de Justicia consiste precisamente en decretar que una disposición no puede ser modificada, pues tal proceder situaría al Tribunal de Justicia en pleno activismo judicial, el Tribunal estaría estable-

---

en la interpretación y aplicación del Tratado" parece ser la clave, sin embargo, hay algo más, en el fondo lo que el Tribunal estaba realizando era establecer un núcleo de intangibilidad no disponible a los Estados miembros respecto del tratado que ya había sido enunciado previamente en el dictamen 1/76, respecto de las prerrogativas reconocidas a los Estados miembros, en la medida en que ni los Estados ni sus instituciones podían modificar o reemplazar este elemento como elemento cardinal y parte constitucional del Tratado.

<sup>255</sup> Es importante destacar que el Tratado CE no prevé cosa alguna sobre la intangibilidad de algunas de sus disposiciones, esto es, no se establece límite alguno material expreso a su revisión. Sin embargo, el Tribunal de Justicia en su dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991, Rec. 1991, p. 6111, relativo al acuerdo por el que se creaba el Espacio Económico Europeo, decretó la incompatibilidad de dicho acuerdo con el Tratado CE, fundando su resolución en que no se podía instaurar un sistema jurisdiccional propio para dicho acuerdo, que atentara contra el sistema jurisdiccional establecido por el Tratado CE. Una caracterización negativa de esta consideración del Tribunal parece prohibir una revisión del tratado en este aspecto concreto, pues tal revisión cuestionaría necesariamente *los fundamentos de la Comunidad y la autonomía de su sistema jurisdiccional*. El Tribunal no duda en ver el sistema jurisdiccional del Tratado CE como uno de los elementos fundamentales de la Comunidad Europea.

ciendo límites materiales implícitos para la revisión del tratado y colocándose en la función de creador y garante de estos límites frente al Poder Constituyente Comunitario.<sup>256</sup>

Al "constitucionalizar" ciertas disposiciones del tratado, el Tribunal estaría impidiendo que la revisión destruyera el sistema jurisdiccional establecido por la "Carta Constitucional Básica de una Comunidad de derecho". Así, la consecuencia de esta idea sería la rigidez de los tratados, esto es, su inmodificabilidad por medio del procedimiento legislativo ordinario o de las normas de derecho internacional.<sup>257</sup>

De esta forma, el concepto material del Estado de derecho como el que se ha construido en la Comunidad, se caracteriza porque el poder de la Comunidad se

---

<sup>256</sup> Para CLOSA MONTERO, C., (2005), "Constitución y democracia en la Unión Europea", en *La Constitución de la Unión Europea*, Madrid, CEPC, p. 36., "La rigidez constitucional proporciona un criterio para comprobar el balance entre protección constitucional y legislación democrática. La rigidez afecta tanto al procedimiento para modificar las normas constitucionales como a la precisión y detalle de las disposiciones que regulan el desarrollo de la política normal". En ese sentido, habría una clara asimetría o desequilibrio en el ejercicio del Tribunal de Justicia como promotor de la rigidez de los tratados, pues está función comúnmente esta otorgada en las Constituciones nacionales al Poder Constituyente.

<sup>257</sup> En la sentencia *Les Verts*, el Tribunal utilizó la expresión "Carta Constitucional Básica" para resaltar la superioridad del ordenamiento jurídico comunitario sobre los nacionales y, por tanto, la superioridad de su Norma Jurídica fundamental, los tratados. Esta superioridad sería reforzada en el dictamen 1/91, en el que en su considerando 21, el Tribunal estableció que "El Tratado CE, aunque concluido bajo la forma de un acuerdo internacional, no deja de constituir "la Carta constitucional de una Comunidad de Derecho" y agrega un elemento más para la caracterización federal de la Comunidad separándose de la doctrina sustentada en *Van Gend & Loss* de la "limitación en ámbitos restringidos de sus derechos soberanos" al afirmar "Los Estados han limitado en materias cada vez más extensas sus derechos soberanos y en él, los sujetos son no sólo los Estados sino también sus nacionales".

entiende como vinculado a determinados principios y valores superiores del derecho,<sup>258</sup> así como porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende ya como orientado primariamente a asegurar las garantías formales de la libertad, sino a establecer una situación jurídica justa en sentido material.<sup>259</sup>

Con relación a la interpretación de los tratados como *Carta Constitucional Básica*, su comprensión adecuada en el contexto de un concepto material del Estado de derecho nos lleva a entenderlos no ya como el instrumento que sirve para fijar los alcances y los límites de la formación política de los poderes atribuidos a la Comunidad, frente a las libertades de sus ciudadanos y con relación a la compleja "organización" y articulación de un mercado común, sino que se convierten, enlazados con las tradiciones constitucionales contenidas en las Constituciones nacionales de los Estados miembros por vía judicial, en la positivización de los valores fundamentales de dicha Comunidad.<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup> "Dicho trasfondo, no obstante, presenta sus insuficiencias si se atiende a la esencia de cualquier constitución material, que no es otro que el reparto de poderes y los límites infranqueables de estos frente a los ciudadanos, ni está claro el reparto de poderes entre la Unión y los Estados miembros {...} ni en fin, son diáfanos de cara al ciudadano sus derechos inviolables cualquiera que sea la instancia de poder, nacional o europeo, a la que se enfrenta". ALONSO GARCÍA, R., (2003), *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, op. cit., pp. 27 y 28.

<sup>259</sup> W. BÖCKENFÖRDE, E., (2000), *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trad. (R. De A. Serrano), Madrid, Trotta, p. 40.

<sup>260</sup> CLOSA MONTERO C., hace explícita esta situación al referirse a la Constitución europea y a los problemas para promover la democracia derivados de su peculiar conformación y naturaleza. Este autor identifica dos percepciones de Constitución: la Constitución como límite y la Constitución como programa de acción. En el primer caso, la conjunción de herencias *iusinternacionalistas* y concepción de la constitución como límite, plantea un modelo de constitución que limita las opciones de la democracia como mecanismo de actualización de los valores de la Constitución de la UE. Esta primera percepción podría identificarse

Ahora bien, el concebir la constitucionalización de la Comunidad por parte del Tribunal de Justicia, también puede explicarse como una consecuencia de la orientación del proceso de integración hacia un modelo federal influido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y su evolución.

El Tribunal Constitucional alemán después de *Solange I*, fue realizando gradualmente un acercamiento al derecho comunitario y modificando de la misma forma la postura radical sostenida en dicha sentencia. El punto de partida en este cambio de actitud lo constituye la sentencia de 8 de junio de 1977.<sup>261</sup> En dicha sentencia, los demandantes reclamaban al Tribunal Constitucional alemán "la garantía del principio de confianza legítima" por el cual un particular persona física o jurídica puede entender que una situación había creado una expectativa de derechos que debería ser protegida por el poder público y, en su caso, por los Tribunales competentes.<sup>262</sup>

---

con la rigidez de los mecanismos de reforma que limitan la posibilidad de que las circunstancias políticas cambiantes sean fácilmente incorporadas en la estructura constitucional de la Unión. Respecto a la Constitución como programa de acción, la regulación detallada del contenido de políticas específicas reduciría el margen que tienen los legisladores para disponer de ellas libremente y como consecuencia se reduciría también su ámbito de decisión. En ambos casos, la herencia de los tratados determina más la naturaleza de la Constitución que cualquier inspiración doctrinal. Por tanto, concluye que la estructura constitucional de la UE, por esta combinación de rigidez y objetivos claramente determinados, no permite que los procedimientos democráticos se pongan al servicio de la actualización y adaptación de contenidos normativos implícitos en la propia Constitución. CLOSA MONTERO, C., (2005), "Constitución y democracia en la Unión Europea", en *La Constitución de la Unión Europea*, op. cit., pp. 25 y ss.

<sup>261</sup> BverfGE 45,142. Citada por CANO MONTEJANO, op. cit., pp. 103 y ss.

<sup>262</sup> La expectativa de derechos había sido creada con motivo de la obligación de un organismo de intervención competente de Alemania en materia agrícola para comprar a precio de intervención trigo sin poder discriminar respecto al origen

El Tribunal Constitucional alemán en su resolución determina que "la seguridad jurídica está en estrecha relación con el respeto a la garantía que supone el reconocimiento de la confianza legítima como principio inspirador de la actuación del poder público. {...} de aquí que encuentre uno de sus mejores puntos de apoyo {...}, en la garantía de las expectativas que se hayan generado a través de actos del poder público, o en las relaciones entre particulares. Pero esto no evita que la defensa que otorga el artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn al derecho de propiedad, no sea otorgable en el presente caso".

Dicho artículo, argumenta el Tribunal Constitucional, "protege el derecho de propiedad también contra aquellos actos del gobierno alemán que tengan su base en un derecho extraño y ajeno al de la RFA, en la medida en que este último no contradiga el orden público, teniendo en cuenta que *no se puede afirmar que el ordenamiento jurídico comunitario sea ajeno al derecho alemán, ya que el derecho primario es aplicable junto a aquél en virtud de los tratados de adhesión a las diferentes comunidades, y en lo que al derecho derivado atañe, por la capacidad de éste para incidir directamente y con carácter general en el ámbito interno*".

---

de producción, en este caso en Francia. Una devaluación del franco francés había provocado que numerosos intermediarios aprovecharan la situación para vender en Alemania. Ante tal situación, Alemania solicitó a la Comisión autorización para restringir la compra únicamente al trigo producido en Alemania, ésta fue concedida y Alemania emitió una disposición que restringía la compra con efectos retroactivos a la fecha en que se había interpuesto la Consulta, lo que provocó que entre la fecha de la interposición de la consulta y aquella en que se dictó la disposición administrativa, muchos comerciantes quedaran excluidos y estimaran que se había atacado su derecho de propiedad por vulnerar el principio de confianza legítima.

Otra sentencia importante en este sentido, es la sentencia de 25 de julio de 1979,<sup>263</sup> con motivo de la solicitud de interpretación de una ley interna con el Tratado CE por parte del Tribunal Financiero de Frankfurt, después de que el Tribunal de Justicia se hubiera pronunciado en vía prejudicial respecto a la incompatibilidad de dichas normas.<sup>264</sup>

El Tribunal estimó que la *Vorlage* no era admisible. Para ello, expuso que "la cuestión de determinar si ciertas disposiciones y principios recogidos en el Tratado CEE son contrarios a la Constitución alemana, solamente puede tener lugar para el caso de que la norma que realmente sea sometida a control y compatibilidad con aquélla sea el Acta de Adhesión a la CEE y no la Constitución alemana misma".

La vinculación del Tribunal Constitucional alemán a la interpretación que el Tribunal de Justicia hace de los preceptos del tratado, excluye el que se pueda declarar por aquél una diferente para el ámbito de soberanía de Alemania.<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup> BVerfGE 52,187. Citada por CANO MONTEJANO, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

<sup>264</sup> Lo que se destaca de esta sentencia es que el Tribunal de Frankfurt primero solicita la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre la compatibilidad de una ley alemana con algunas disposiciones del Tratado y una vez obtenida la sentencia en sentido favorable a la incompatibilidad, presenta a su vez una *Vorlage* para obtener del Tribunal Constitucional alemán un pronunciamiento sobre la interpretación y respuestas dadas por el Tribunal de Justicia.

<sup>265</sup> En ese sentido, el Tribunal Constitucional alemán *equipara las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia dictadas en el marco de cuestiones prejudiciales, con el derecho comunitario primario*, esto es, realiza una equiparación a efectos prácticos entre lo que es *strictu sensu* derecho comunitario primario, y la interpretación que del mismo haga el órgano judicial llamado a interpretarlo de un modo auténtico y originario.

Esta consideración del Tribunal es importante pues marca un giro respecto al criterio sostenido en *Solange I*. El Tribunal que interpuso la *Vorlage* en dicho asunto entendía que ésta podía ser admisible considerando el parámetro sostenido por el Tribunal Constitucional alemán en dicha sentencia, habida cuenta que en la misma se había declarado admisible una *Vorlage* en la que se pretendía un control de constitucionalidad de una norma de derecho comunitario derivado con la Constitución alemana.

De este modo, el Tribunal Constitucional alemán se apartó de la doctrina que estimaba que se podía atribuir una competencia de interpretación correctora frente a lo dicho por el Tribunal de Luxemburgo, y también una capacidad para determinar unilateralmente cuando se encontraría frente a un acto claro, para de este modo, poder emanciparse del monopolio interpretativo que ostenta el Tribunal de Justicia.

Pero quizá lo más destacado de esta sentencia es que el Tribunal Constitucional alemán aprovecha la ocasión para expresar una nueva consideración respecto a las relaciones que se establecen entre ambos ordenamientos jurídicos. Para ello, refiere que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y de la Comunidad, *no se encuentran aislados e incommunicados el uno del otro, sino que quedan abiertos de una manera inevitable a interacciones de todo tipo*. También se hace referencia a los principios jurídicos comunes que contribuyen a la formación de un estándar homogéneo en la protección de los derechos fundamentales y a la función de cooperación que se establece a través de la cuestión prejudicial, a la afirmación de objetivos comunes: la profundización de la integración, la seguridad

jurídica y a la igualdad jurídica, en suma, en un tono positivo y de cooperación al que no se había hecho referencia en *Solange I*.

De ahí que el Tribunal Constitucional alemán concluya que "la inaplicabilidad del derecho comunitario primario con base en una supuesta inconstitucionalidad sólo es admisible e imaginable para el caso de que se ponga en cuestión, en primer lugar la compatibilidad con la Ley Fundamental del Acta de Adhesión".

De esta forma, el Tribunal Constitucional alemán preparó el camino para la trascendental sentencia *Solange II o Mitlerweile*,<sup>266</sup> de 22 de octubre de 1986 con la que procedió a evaluar nuevamente el estado del proceso de integración europeo y, en particular, su avance en la configuración de un Estado de derecho aceptable para la protección de los derechos fundamentales de los alemanes reconocido en la Ley Fundamental de Bonn.<sup>267</sup>

---

<sup>266</sup> BverfGE 73,339. *Mitlerweile* significa "hasta el momento". Citada por CANO MONTEJANO, *op. cit.*, pp. 126 y ss.

<sup>267</sup> Dicha sentencia fue originada en un recurso presentado por una empresa importadora en el que se pretendía la anulación de un acto administrativo denegatorio, en este caso, la negativa de una licencia de importación basada en un reglamento comunitario. El reglamento fue anulado estando pendiente de resolverse el recurso, lo que hacía admisible el otorgamiento de dicha licencia. Sin embargo, la empresa mantuvo su impugnación, misma que al ser rechazada por el órgano judicial administrativo competente, dio lugar a un recurso de revisión y, a su vez, al planteamiento de una cuestión prejudicial por el órgano de revisión que fue resuelta por el Tribunal de Justicia dictaminando que no se podía declarar que la Comisión hubiese actuado más allá de lo que podría considerarse acorde con el principio de proporcionalidad. Inconforme con este proceder, la demandante recurrió nuevamente solicitando una cuestión de constitucionalidad o en su caso la presentación de una nueva cuestión prejudicial, al ser rechazada la revisión, la demandante optó por un recurso de amparo solicitando se declarase que se habían vulnerado sus derechos fundamentales desde una perspectiva sustancial y procesal.

El Tribunal Constitucional alemán comienza por determinar que "El Tribunal de Justicia debe ser *considerado como Juez predeterminado por la ley*".<sup>268</sup> Sus miembros están vinculados y sometidos a criterios de independencia e imparcialidad {...}. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia satisface de manera suficiente el derecho al proceso debido, garantiza de modo particular el derecho de audiencia, las adecuadas posibilidades de denuncia y defensa acordes al objeto del procedimiento, y el derecho a la asistencia letrada y a su libre elección queda asimismo perfectamente asegurada".<sup>269</sup>

El Tribunal hace referencia a la cuestión prejudicial al señalar que "los ordenamientos jurídicos nacionales y el comunitario no están aislados e incomunicados los unos del otro, sino que más bien se encuentran mutuamente interrelacionados y comunicados de múltiples maneras", un ejemplo de ello lo constituyen los principios del derecho comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Esta cooperación entre los órdenes jurídicos nacionales y el comunitario se manifestaría en la distribución competencial que se refleja

---

<sup>268</sup> De esta forma, el Tribunal de Justicia daba respuesta a la pretensión de los demandantes de la presentación de una nueva cuestión prejudicial basada en el argumento de no haberse tomado en cuenta respecto al fondo de la cuestión, algunos de los argumentos alegados por la parte actora en el procedimiento principal, pues el Tribunal de Justicia ostenta la competencia exclusiva para determinar cuáles son los hechos y circunstancias sobre las que debe entrar a conocer en su decisión para poder dar respuesta a lo que se demanda de él.

<sup>269</sup> De este modo, el Tribunal de Justicia no sería un Tribunal porque así lo calificara un tratado sino porque reuniría los requisitos que a nivel interno, esto es, en el ámbito de la Ley Fundamental, le serían exigibles a un órgano judicial para que pudiese hacer ejercicio de sus competencias jurisdiccionales.

en la atribución de funciones que subyace de la cuestión prejudicial.<sup>270</sup>

Continuando con su exposición, el Tribunal Constitucional alemán declara que "no se puede apreciar desviación de la atribución discrecional del Tribunal *ad quo* para plantear una nueva cuestión prejudicial que manifestase arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones" {...}. Por otro lado, precisa que una *Vorlage* que se hubiese entablado con tal finalidad, debería haber sido considerada no admisible ya que su objeto es el control de constitucionalidad de disposiciones normativas, en ningún caso de decisiones judiciales, con independencia del órgano judicial del que provengan.

El Tribunal Constitucional alemán precisará que el "hecho de que la decisión del Tribunal de Justicia sea insuficiente para dictar sentencia por el Tribunal nacional *ad quo*, o que aquella no tenga la claridad necesaria o no responda a todos los puntos planteados, no quiere decir que por ello el sistema articulado a través de la cuestión prejudicial vaya en contra de los principios contenidos en la afirmación del Estado de derecho", por lo que concluye que la conformación de la cuestión prejudicial no se aparta de los límites que la Ley Fundamental ha marcado a la transferencia de derechos de soberanía que se pudiesen atribuir a organismos de carácter supranacional.

---

<sup>270</sup> Para el Tribunal Constitucional alemán, el fin de dicho reparto sería, entre otros, la mejor consecución de la igualdad en la aplicación del derecho, la observancia de la seguridad jurídica y la aplicación e interpretación uniformes del derecho comunitario. *Vid.* CANO MONTEJANO, *op. cit.*, p. 137.

En esta sentencia el Tribunal también realiza una serie de precisiones con relación a la primacía del ordenamiento de las Comunidades Europeas al referir que "la validez y primacía ante el derecho interno de las disposiciones jurídicas que emanen de las instituciones de esas organizaciones internacionales tiene que venir acompañado de un orden de aplicación, en este caso, las correspondientes Actas de Adhesión".

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional alemán también pasa a matizar su exigencia expresada en *Solange I*, de un catálogo de derechos emanado por un Parlamento legitimado democráticamente por elección directa y que, a su vez, alcanzase el estándar de protección ofrecido por la Ley Fundamental de Bonn al señalar que, en el ámbito de ejercicio competencial de las Comunidades Europeas, se ha afirmado un criterio de protección de los derechos fundamentales, que es equiparable al estándar de la Constitución alemana desde el punto de vista de la concepción, como del contenido y de los efectos.<sup>271</sup>

El paso decisivo para el Tribunal Constitucional alemán lo constituye la sentencia *Nold*<sup>272</sup> en la que el Tribunal de Justicia afirmó que en lo atinente a la garantía de los derechos fundamentales, tenía que partir necesariamente de las atribuciones de los Estados miembros.

---

<sup>271</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán precisa que "ese estándar comunitario de respeto hacia los derechos fundamentales es *indudablemente de naturaleza jurisprudencial*, ya que se ha elaborado a través de las decisiones del Tribunal de Justicia, que ha ido desarrollando las bases, fijando los contenidos y estableciendo los parámetros {...} Vid. CANO MONTEJANO, *op. cit.*, p. 158.

<sup>272</sup> Sentencia *Nold* de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, Rec. 1974, p. 491.

Es decir, que ninguna medida o actuación comunitaria podría ser considerada como conforme a derecho si entrase en colisión con los derechos fundamentales como vienen reconocidos y protegidos en las Constituciones de los Estados miembros.<sup>273</sup>

El Tribunal Constitucional alemán pasa de esta forma a hacer referencia a los derechos reconocidos por el Tribunal de Justicia, entre ellos, el de propiedad, el reconocimiento de la actividad profesional e industrial, la libertad de asociación, la prohibición de la arbitrariedad, así como los principios fundamentales de proporcionalidad y de adecuación de los medios a los fines en la ponderación entre el interés general común que preside el ordenamiento jurídico comunitario y su relación con los contenidos esenciales e indisponibles de los derechos fundamentales.<sup>274</sup>

De forma importante para nuestro trabajo, el Tribunal Constitucional alemán también se refiere a la Declaración por la democracia emitida por el Consejo Europeo el 7 de agosto de 1978, en la que se declaró que "el respeto de los valores morales, políticos y

---

<sup>273</sup> A partir de dicha base jurídica, el Tribunal de Justicia erigiría los derechos fundamentales como criterio de calificación y enjuiciamiento de la actuación de las diferentes instituciones comunitarias en el ejercicio de sus competencias, con carácter vinculante.

<sup>274</sup> De esta forma se hace referencia a que el Tribunal de Justicia ha recurrido, entre otros instrumentos, al Convenio Europeo sobre derechos humanos y sus Protocolos adicionales así como la Declaración conjunta del Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión de 27 de abril de 1977 en la que afirmaron que "el Derecho de la Comunidad comprende, aparte de las disposiciones de los Tratados y del Derecho comunitario derivado, los principios generales de Derecho y en especial, los derechos fundamentales, principios generales y derechos, que constituyen la base y el fundamento del derecho constitucional de los Estados miembros".

jurídicos, {...} constituyen un elemento a tomar en cuenta en toda la actuación de las Comunidades Europeas" y se afirmó que "la aplicación de los mencionados principios presupone la existencia de una Democracia pluralista; en la que deben, a su vez quedar garantizadas tanto la representación de las diferentes opiniones públicas que intervienen en la construcción del Estado nacional, {...}.

Con relación al mencionado principio democrático, matiza la exigencia fijada al precisar que de ésta no se derivan expresos requerimientos constitucionales, esto es, más que la necesidad de cumplir de manera imperativa una serie de condiciones que en la misma se podría entender habían quedado definidas y acotadas de manera clara y concreta, el Tribunal Constitucional alemán no habría mas que afirmado la responsabilidad de los órganos de donde emana la legislación comunitaria en una situación coyuntural o superable, para que respondieran a la adecuación de la misma con los contenidos esenciales exigibles en lo que a derechos fundamentales se refiere, con lo que abre el camino para el cambio de tendencia jurisprudencial.

Los efectos de esta auto-desvinculación por parte del Tribunal Constitucional alemán respecto de su línea jurisprudencial previa, resultan también importantes para nuestro trabajo, puede resumirse en la constatación de una evolución y no del cambio radical de la concepción jurídica previa; esto es, se desplaza la concepción prevalente en *Solange I* de que, la protección efectiva de los derechos debía producirse fundamentalmente a través de la vía legislativa, es decir, la elaboración por parte del Parlamento Europeo de una tabla de derechos que no dejase dudas respecto a qué estaba

protegido y cómo; y se pasa a un reconocimiento de "que la protección que se puede lograr de los mismos es, por un lado, quizá de mayor importancia que su mero reconocimiento por parte de un legislador más o menos competente para hacerlo, y, por otra parte, y ya en términos de mera eficacia frente al particular, de mayor efectividad, ya que la protección que se pretende siempre necesita de un reflejo jurisdiccional a donde se pueda recurrir de una manera segura para el caso de una posible infracción".<sup>275</sup>

De ahí que el Tribunal exprese que por el momento "mitlerweile", el estándar alcanzado en la protección de los derechos por el derecho comunitario, a través fundamentalmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es satisfactorio, "zureichend". Aquí es importante precisar y destacar que el Tribunal Constitucional alemán no acude a un común denominador derivado de las Constituciones de los Estados miembros a la hora de valorar la actividad del Tribunal de Justicia, sino exclusivamente al criterio de enjuiciamiento que le es disponible: la Ley Fundamental de Bonn, eso es, el derecho constitucional alemán y no otro, con todas las posibles consecuencias y efectos que ello pueda traer al proceso de integración.

Por todo lo anterior, el Tribunal afirmará que de aquí en adelante no se podrán considerar admisibles los recur-

---

<sup>275</sup> CANO MONTEJANO, *op. cit.*, p. 180. El Tribunal parecería querer indicar en su cambio de postura que es preferible una constitucionalización de derechos por parte de un tribunal para garantizar su protección eficaz que su reconocimiento por parte del legislador comunitario con todos los efectos e influencias que su declaración podría generar al Tribunal de Justicia, particularmente, en su dictamen 1/91 y en las sentencias que se mencionan a continuación.

sos que se presenten de acuerdo al artículo 100.1GG (*Grundgesetz*, Ley Fundamental), relativo a la protección de los derechos fundamentales.

#### **h. La centralización de poderes y la negativa a la pluralidad en la interpretación del derecho comunitario. El asunto Foto-Frost**

Otra sentencia que resulta esencial para comprender el tipo de constitucionalización operada por el Tribunal de Justicia es la sentencia *Foto-Frost* de 22 de octubre de 1987.<sup>276</sup> En esta sentencia el Tribunal de Justicia cerró toda posibilidad para un diálogo plural y para una descentralización en la exégesis y no sólo funcional hacia las instancias nacionales respecto a lo que interesa, la validez e interpretación de los actos comunitarios, al erigirse como la única instancia facultada para decretar dicha validez o interpretación.

Los hechos del asunto son los siguientes: la empresa alemana *Foto-Frost* dedicada a la importación, exportación y comercio al por mayor de artículos fotográficos había solicitado al Tribunal Financiero de Hamburgo que anulase una liquidación de derechos de aduana que estaba fundada en una decisión de la Comisión de 6 de mayo de 1983, que obligaba a las autoridades alemanas al cobro de esos derechos.<sup>277</sup>

Como el *Finanzgericht* tenía dudas sobre la validez de dicha decisión por entender que no se ajustaba a lo establecido en un Reglamento del Consejo sobre la

---

<sup>276</sup> Asunto 314/85, Rec. 1987, p. 4.199.

<sup>277</sup> Apartado 8.

materia, interpuso cuestión prejudicial solicitando, entre otras cuestiones, se determinara si un Juez estatal podía examinar la validez de una decisión de la Comisión.<sup>278</sup>

En su respuesta el Tribunal de Justicia determinó que "Estos órganos jurisdiccionales (los Tribunales estatales) pueden examinar la validez de un acto comunitario y, si no encuentran fundados los motivos de invalidez que las partes alegan ante ellos, desestimarlos concluyendo que el acto es plenamente válido".<sup>279</sup>

Es importante destacar que sólo se permitió el examen de validez a los Jueces nacionales en la medida que sirviera para descartar los motivos de invalidez alegados y se declarara la plena validez del acto comunitario. Este aparente gesto de confianza a los órganos jurisdiccionales nacionales, ocultaba su verdadera intención, que no era otra que utilizar a las instancias nacionales como instrumento de legitimación de sus actos, no resulta igual que la declaración plena de validez de los actos comunitarios sea realizada por una instancia comunitaria alejada y extraña a los ciudadanos que si la realiza el órgano jurisdiccional facultado para la aplicación del derecho interno y legitimado por su Constitución.

Por otra parte, declaró que "En cambio no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias. En efecto {...}, las competencias reconocidas al Tribunal de Justicia por el artículo 177 tienen esencialmente por objeto garantizar una aplica-

---

<sup>278</sup> Apartado 9.

<sup>279</sup> Considerando 14 de la sentencia.

ción uniforme del derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta exigencia de uniformidad es particularmente imperiosa cuando se trata de la validez de un acto comunitario {...}. Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios pueden llegar a comprometer la misma unidad del ordenamiento jurídico comunitario y perjudicar la exigencia fundamental de la seguridad jurídica.<sup>280</sup>

Finalmente, la sentencia señalaba que "Es conveniente añadir que cuando en un procedimiento sobre medidas provisionales concurren determinadas circunstancias, pueden imponerse excepciones a la norma según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos comunitarios". Sin embargo, en la cuestión del órgano jurisdiccional remitente no se hace alusión a dicho supuesto.<sup>281</sup>

---

<sup>280</sup> Considerando 15. Es importante precisar que hasta la sentencia no estaba claro que instancia era la competente para pronunciarse respecto a la validez e interpretación de los actos comunitarios. El artículo 234 del Tratado CE sólo establecía la obligación de plantear la cuestión prejudicial a los Tribunales nacionales de última instancia respecto a este punto, pero no respecto a los órganos nacionales inferiores lo que al parecer permitía un interpretación literal en el sentido de que los órganos inferiores nacionales también estaban facultados para pronunciarse respecto a la validez e interpretación de los actos comunitarios. El mismo Tribunal afirmó en el considerando 13 de su sentencia que "{...} el artículo 177 no ha solucionado la cuestión de las facultades de estos órganos jurisdiccionales para declarar ellos mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias". Esto quiere decir implícitamente, que *el Tribunal iba a crear una regla general de observancia general para los Tribunales nacionales para solucionar el problema*. Además, otros modelos constitucionales como el estadounidense permiten el control de validez por parte de las instancias inferiores. *Vid* Las conclusiones del abogado general A. Mancini al asunto *Fot-Frost*, presentadas en audiencia pública el 19 de mayo de 1987.

<sup>281</sup> Considerando 19. Nada se aclaraba respecto a esas "determinadas circunstancias", pero se deduce que para admitir una declaración de invalidez por

De esta forma el Tribunal se erigió como el único intérprete de la legalidad comunitaria. Para justificar su monopolio de los actos comunitarios, el Tribunal señaló tres motivos: la necesidad de garantizar una interpretación uniforme del derecho comunitario,<sup>282</sup> la necesidad de ser coherente con el sistema de recursos, en particular, con el de anulación,<sup>283</sup> y la privilegiada situación del Tribunal respecto a las instituciones comunitarias para resolver este tipo de casos.<sup>284</sup>

---

un órgano nacional el Tribunal de Justicia requería que tal declaración tuviese realmente naturaleza provisional o temporal. No obstante, esta facultad sería revocada por el Tribunal de Justicia con ocasión de su sentencia *Zuckerfabrik* de 21 de febrero de 1991, asuntos 143/88 y 82/89 de 21 de febrero de 1991, al establecer que "un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ordenar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional adoptado en ejecución de un acto normativo comunitario cuando dicho órgano jurisdiccional *tenga serias dudas acerca de la validez del acto comunitario* y cuando, en el supuesto en que no se haya sometido ya al Tribunal de Justicia la cuestión de la validez del acto impugnado, *la plantee él mismo*, cuando sea urgente y el demandante pueda sufrir un perjuicio irreparable, y cuando dicho órgano tenga debidamente en cuenta el interés de la Comunidad". Esta sentencia forzaba en todo caso el planteamiento de la cuestión prejudicial de validez siempre que inaplicara un acto comunitario en vía cautelar. Como ha indicado ALONSO GARCÍA, R., (1994), *Derecho Comunitario, Sistema Constitucional y administrativo de la Comunidad Europea, op. cit.*, p. 395, el Tribunal realizó un claro *overruling* de la excepción abierta en *Foto-Frost*.

<sup>282</sup> No obstante, como refirió el propio abogado general A. Mancini, en sus conclusiones al asunto *Foto-Frost* si se tiene en cuenta que la declaración de invalidez sólo tendría efectos *inter partes*, la diversidad de opiniones entre jurisdicciones sería mínima en comparación con el gran beneficio que obtendría la justicia comunitaria en su conjunto.

<sup>283</sup> Considerando 16. Este argumento esgrimido por el Tribunal se justificaba en la medida en que las exigencias del artículo 173 del Tratado CE para legitimar la actuación de los particulares generaría como un cauce lógico la necesidad del planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del Juez nacional a petición del particular.

<sup>284</sup> Considerando 17. Aquí puede observarse una clara tendencia a la necesidad del Tribunal de proteger la actividad de las instituciones comunitarias de cualquier juicio negativo o cuestionamiento que de sus actos pudieran hacer las instancias jurisdiccionales nacionales. El argumento de que el Tribunal de Justicia estaría mejor posicionado para obtener toda la información que considerara necesaria para efectos procesales, es un argumento débil si se considera

Sin embargo, aunque esta sentencia privó a los Jueces nacionales de una importante facultad, el Tribunal de Justicia les recompensaría permitiendo que hicieran uso del derecho comunitario y de su instrumento primordial, la cuestión prejudicial, para inaplicar su derecho interno convirtiendo al Tribunal de Justicia en un legislador negativo de su ordenamiento nacional y como veremos a continuación, también positivo.

**i. La erosión de la autonomía del derecho procesal interno vía cuestión prejudicial; el Tribunal de Justicia como legislador negativo y positivo: las sentencias *Factortame Limited and others* y *Francovich***

Una de las características que tiene el derecho comunitario es que su aplicación es realizada por los Jueces nacionales. Esta característica ha generado como consecuencia que la aplicación de las normas comunitarias sustantivas, en defecto de una armonización procesal del ámbito comunitario, su aplicación tenga que realizarse a través de las disposiciones procesales de los ordenamientos nacionales. Ahora bien, dadas las particularidades del ordenamiento comunitario, se hizo necesario que el Tribunal de Justicia estableciese una serie de criterios que orientaran las facultades de apreciación de los Jueces nacionales.<sup>285</sup>

---

que toda instancia jurisdiccional tanto comunitaria como nacional puede y debería contar con dicha facultad para el ejercicio de sus funciones.

<sup>285</sup> Este proceder del Tribunal de Justicia tenía como efecto evitar que las normas procesales nacionales obstaculizaran o dificultaran en exceso el efecto útil del derecho comunitario. Para SARMIENTO, D., "Los ordenamientos se encontraron con normas sustantivas de derecho comunitario huérfanas de disposiciones

De esta forma, el Tribunal de Justicia ha venido desarrollando una peculiar doctrina jurídica a través de la creación de los principios de equivalencia y efectividad,<sup>286</sup> que ha sido esencial a la hora de enjuiciar, caso por caso, cuándo el Juez cumple con las exigencias del principio de tutela judicial efectiva en la aplicación del derecho comunitario.<sup>287</sup>

El problema es que la aplicación de esta doctrina también ha generado sobre el derecho procesal nacional, una disminución evidente de su autonomía debido a la actividad de control ejercida por el Tribunal de Justicia lo que, a su vez, ha reforzado el fortalecimiento

---

procesales para efectuar su aplicación en sede jurisdiccional. Los Estados no dudaron en hacer uso de esta deficiencia para eludir en ocasiones el contenido de los actos comunitarios, y el Tribunal actuó en consecuencia {...}. SARMIENTO, D., (2004), *Poder Judicial e integración europea*, op. cit., p. 148.

<sup>286</sup> Estos principios fueron establecidos primero en el marco del mercado interior por el Tribunal de Justicia en su sentencia conocida como "*Cassis de Dijon*", *Rewe Zentralfinanz eG*, de 16 de diciembre de 1976, asunto 33/76, p. 5, precisamente en virtud de un caso generado por la falta de armonización normativa en ese sector en la que el Tribunal determinó: "a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que a favor de los justiciables genera el efecto directo del derecho comunitario, quedando claro que estas normas no pueden ser menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno". Básicamente pueden reconducirse a que por el principio de equivalencia las normas procesales nacionales no pueden colocar al titular de un derecho subjetivo comunitario en una posición menos ventajosa que al titular de un derecho subjetivo nacional (principio de equivalencia) y que las normas procesales internas no pueden hacer excesivamente difícil o imposible el ejercicio del derecho reconocido por el ordenamiento comunitario. (principio de efectividad).

<sup>287</sup> Como se señaló en el caso de la sentencia *Johnston*, al imbricarse el principio de efectividad y equivalencia en el derecho a la tutela judicial efectiva, uno de los derechos fundamentales presente en la mayor parte de las Constituciones nacionales, alcanzaron una mayor legitimidad y reconocimiento que el que tenían como principios de creación jurisprudencial del Tribunal.

de la primacía del derecho comunitario y la gradual orientación a la armonización de las normas procesales nacionales.<sup>288</sup>

El ámbito y contexto jurídico ha sido importante para la intervención del Tribunal de Justicia en el arte de ponderar adecuadamente cada caso, un ejemplo de cómo el Tribunal asume este control de forma diferenciada lo constituyen los asuntos *Van Schijndel*<sup>289</sup> y *Peterbroeck*, resueltos por el Tribunal de Justicia el mismo día.<sup>290</sup> Ante la diferencia de escenarios en un caso y el otro, el Tribunal realiza una matización de la intensidad de su intervención.

---

<sup>288</sup> Para modular la intensidad de su intervención en la legislación procesal nacional de los Estados miembros, el Tribunal ha establecido un conjunto de reglas generales que enlaza con la protección del derecho a la tutela judicial efectiva: *la concreción de la normativa comunitaria aplicable al caso, el ámbito y contexto jurídico de la cuestión y la afectación o no al derecho a la tutela judicial efectiva*. Estas reglas permiten al Tribunal ejercer un control diferenciado que reviste una gran intensidad en los casos que considera pueden plantear dificultades a la hora de acceder a la cuestión prejudicial o bien flexibilidad si considera que el procedimiento en análisis no plantea mayores complicaciones y el procedimiento permite un mejor acceso a la protección judicial.

<sup>289</sup> Sentencia *Van Schijndel y Van Veen*, de 14 de diciembre de 1995, asunto C-430 y 431/93. En este asunto derivado de un proceso civil entre particulares respecto a la legalidad de un plan de pensiones, el Tribunal de Justicia no dudó en declarar que la prohibición establecida en la legislación procesal holandesa a las partes de esgrimir argumentos basados en derecho comunitario no era contraria al principio de efectividad pues consideró que en un procedimiento civil las partes pueden disponer con mayor libertad del procedimiento.

<sup>290</sup> En cambio, en la sentencia *Peterbroeck* de 14 de diciembre de 1995, asunto C-312/93, con motivo de una disposición del Código Fiscal belga que fijaba un plazo perentorio de sesenta días para recurrir ante la Corte de Apelación en contra de cualquier resolución desfavorable de la Administración Tributaria, el Tribunal declaró que la fijación de un plazo de sesenta días era contrario al principio de efectividad, pues en este caso, el Tribunal de Justicia consideró el contexto jurídico en el que se formulaba la cuestión así como las características del procedimiento, en este caso un procedimiento administrativo en el que un contribuyente recurre frente a una administración y en el que el particular no tiene las mismas opciones de disposición que en el procedimiento civil.

Desde otra perspectiva, al mismo tiempo que se reforzaba la primacía del derecho comunitario, los Jueces nacionales se dieron cuenta de las facultades que tenían como Jueces de derecho comunitario, así como las posibilidades que podía brindar dicho ejercicio en vía de expansión a las atribuciones que les otorgaban sus ordenamientos nacionales.

Una sentencia que demuestra nítidamente esta nueva comprensión de sus poderes lo constituye la sentencia *Factortame*<sup>291</sup> que marcó un punto de inflexión en la tradición constitucional británica basada en la soberanía del Parlamento y fue el paradigma de intervención del Tribunal de Justicia como legislador comunitario en un elemento tan sensible a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros como es su derecho procesal.<sup>292</sup>

El marco legal de dicho litigio era una ley y unos reglamentos relativos a la navegación mercante y a la matriculación de los buques pesqueros respectivamente, adoptados por el Reino Unido que tenían por objeto

---

<sup>291</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia *The Queen y Secretary of State for Transport, ex parte. Factortame Ltd y otros* de 19 de junio de 1990, asunto C-213/89. Vid. ALONSO GARCÍA, R., (2003), *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. op. cit.*, pp. 454 y ss.

<sup>292</sup> La sentencia tenía por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia por la *House of Lords*, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional una decisión prejudicial sobre la interpretación del derecho comunitario relativa al alcance de la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para ordenar medidas provisionales cuando se cuestionan derechos conferidos por el ordenamiento comunitario. Dichas cuestiones se habían suscitado en el marco de un litigio ante el *Secretary of State for Transport*, por una parte, y por otra, *Factortame Ltd*, y otras sociedades regidas por el Derecho del Reino Unido.

establecer condiciones de nacionalidad a los buques de pesca para tener derecho a ser inscritos en un nuevo registro general establecido por la ley.<sup>293</sup> Estas disposiciones afectaban a los buques de las sociedades demandantes porque en su mayor parte sus accionistas eran de nacionalidad extranjera.<sup>294</sup>

---

<sup>293</sup> Para SARMIENTO D., "lo significativo de *Factortame* reside en el objeto de la tutela cautelar, nada menos que una norma con rango de ley, lo cual era frontalmente incompatible con el sistema jurídico público británico en cuya cúspide se encuentra el mito de la soberanía parlamentaria". SARMIENTO, D., (2004), *Poder Judicial e integración europea*, op. cit., p. 158. Al respecto no sólo cabe señalar el mito sino que era una realidad pues el Tribunal inglés se refirió a él claramente como una regla del *Common Law*, es decir, del derecho del Reino Unido y, nos atreveríamos a decir, de su derecho constitucional pues entraña la soberanía del Parlamento y los límites constitucionales de los Jueces británicos en materia de medidas cautelares frente a la Corona y el Parlamento. Al respecto, la pregunta es, ¿Hasta qué punto la aplicación uniforme del derecho comunitario puede ir en contra de un principio constitucional de un Estado miembro?

<sup>294</sup> Inconforme con este proceder, la Comisión interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia con el fin de que se declarase que al imponer requisitos de nacionalidad en la ley, el Reino Unido había incurrido en incumplimiento a las obligaciones fijadas en el Tratado CEE.

Dado que los buques de las sociedades demandantes iban a ser privados del derecho de pesca, impugnaron mediante un recurso administrativo que interpusieron ante la *High Court of Justice Queen's Bench Division* y solicitaron la concesión de medidas provisionales.

Mediante su resolución de 10 de marzo de 1989, la *Divisional Court* de la *Queen's Bench Division* decidió suspender el procedimiento y formular al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, sobre los extremos de derecho comunitario suscitados durante el procedimiento y ordenó con carácter de medida provisional, que se suspendiera la aplicación de la ley y de los reglamentos respecto de los demandantes. Aquí es importante señalar como el Tribunal ordinario inglés hace uso del derecho comunitario para ordenar medidas cautelares aun en contra de lo establecido en su derecho interno, una muestra de cómo el principio de tutela judicial efectiva ha servido para que los Jueces inapliquen derecho procesal interno con la autorización del Tribunal de Justicia.

El *Secretary of State for Transport* recurrió en apelación contra la resolución dictada por la *Divisional Court* en cuanto a las medidas provisionales. La *Court of Appeal* decidió en su sentencia que en virtud del derecho nacional, los órganos jurisdiccionales no tenían la facultad de suspender provisionalmente la aplicación de las leyes y anuló la resolución de la *Divisional Court*.

El litigio fue sometido ante la *House of Lords*, y en su resolución declaró que eran fundadas las alegaciones de las apelantes en el litigio principal acerca del perjuicio irreparable que sufrirían en caso de que no se concediesen las medidas provisionales solicitadas; sin embargo, *también consideró que, según el derecho nacional, los órganos jurisdiccionales británicos no tenían la facultad de ordenar medidas provisionales en un caso como el del asunto principal; más concretamente, se oponía a ello la antigua norma del Common Law, según la cual no puede concederse ninguna medida provisional contra la Corona, es decir, contra el Gobierno;*<sup>295</sup> norma que había que interpretar en relación con la presunción de que las leyes nacionales son conforme al derecho comunitario, mientras no se haya resuelto acerca de su compatibilidad con este derecho, por lo que se planteó la cuestión de si, a pesar de ello, los órganos jurisdiccionales británicos tenían la facultad de ordenar medidas provisionales contra la Corona basándose en el derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia en su resolución recuerda la doctrina sostenida en *Simenthal* en donde declaró que "en virtud del principio de primacía {...}, las disposiciones del tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables producen el efecto en sus relaciones con el derecho interno {...} de hacer inaplicable {...} cualquier disposición contraria de la legislación nacional (apartado 17)."<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> Es importante destacar como el Tribunal inglés invoca una parte de la tradición jurídica constitucional del Reino Unido de deferencia a la Corona en caso de necesidad de medidas cautelares, pues precisamente a esta ataca el pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

<sup>296</sup> Es muy importante destacar como el Tribunal va hilando los argumentos que motivan su resolución con criterios elaborados en otros asuntos como *Simmenthal*, en donde también había elaborado reglas generales como es el principio

También establece que "según la jurisprudencia de este Tribunal, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del *principio de cooperación leal*, establecido por el artículo 5 del tratado,<sup>297</sup> proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del derecho comunitario.<sup>298</sup>

Asimismo, añade que "la plena *eficacia* del derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de derecho nacional pudiera impedir al Juez, que conoce de un litigio regido por el derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial {...} con base en el derecho comunitario".<sup>299</sup>

---

de primacía y su engarce con el de efecto directo, ambos principios de indudable creación jurisprudencial.

<sup>297</sup> En ese sentido, como refiere ALONSO GARCÍA, R., "el Tribunal de Justicia ha ido construyendo, apoyándose en el principio de cooperación leal todo un arsenal de poderes-deberes del Juez nacional frente al derecho interno incompatible con el comunitario". ALONSO GARCÍA, R., (2004), "El Juez nacional como Juez europeo a la luz del Tratado Constitucional", *The national Constitutional Reflection of European Unión Constitucional Reform*, *op. cit.*, p. 6, inclusive, refiere que este principio ha quedado finalmente generalizado en el artículo I-5.2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, una muestra de cómo el Tribunal de Justicia influye en la incorporación de principios que, sin perjuicio de que el tratado constitucional sea ratificado o no finalmente, tienen un marcado carácter constitucional.

<sup>298</sup> El Tribunal consideró también que "sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento o *toda práctica, legislativa, administrativa o judicial*, que redujese la eficacia del derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente {...} la facultad {...} para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, *incluso temporal*, a la plena eficacia de las normas comunitarias".

<sup>299</sup> Considerando 21. El Tribunal de Justicia amparó su decisión en la eficacia del artículo 234 del Tratado CE, dado que las medidas cautelares venían a garantizar la efectividad de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Aquí puede verse claramente una reestructuración del poder público interno a los fines de la integración, tomando en cuenta que el ordenamiento jurídico comunitario

Por lo que determina que "procede responder a la cuestión planteada que el derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, {...} debe excluir la aplicación de una norma de derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales".<sup>300</sup>

Ahora bien, el Tribunal no se ha contentado con jugar un papel pasivo como legislador negativo en la conformación de su jurisprudencia, también ha llevado a cabo actos que equiparan su función a la de un legislador positivo de la ley procesal nacional, ese es el caso de la sentencia *Francovich y Bonifaci*.<sup>301</sup>

El Tribunal de Justicia se había satisfecho con responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales en forma negativa, esto es, indicando qué contenidos de la normativa nacional debían ser inaplicados por oponerse a la norma comunitaria, adoptando un enfoque del caso concreto al enjuiciar las normas nacionales.<sup>302</sup> Sin embargo, a partir de *Francovich*, el Tribunal reconoce la creación de un nuevo recurso procesal que es fruto exclusivo de su jurisprudencia.

---

opera en términos de descentralización funcional, esto es, su aplicación la realizan los Jueces nacionales quienes de esta forma se ven apoderados de facultades que sus ordenamientos nacionales no les reconocen.

<sup>300</sup> Punto resolutivo.

<sup>301</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991, asuntos C-6/90 y 9/90. Vid. ALONSO GARCÍA, R., (2003), *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, op. cit., pp. 597 y ss.

<sup>302</sup> El Tribunal hasta este momento había aplicado los principios de equivalencia y efectividad con la idea de garantizar que los cauces procesales fueran suficientes, esto es, adaptándose a los existentes en el derecho nacional sin crear nuevos recursos.

Dicha sentencia tenía por objeto varias peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia por la Pretura de Vicenza (Italia) (asunto C-6/90)<sup>303</sup> y por la Pretura de Bassano del Grappa (Italia) (asunto C-9/90)<sup>304</sup> destinadas a obtener una interpretación de una directiva sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.<sup>305</sup> Dicha directiva preveía en particular garantías específicas para el pago de sus créditos impagados en lo relativo a retribución.

Con relación a la posible responsabilidad para reparar los daños por la no transposición al derecho nacional de la directiva que también había sido formulado como cuestión prejudicial el Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

Cuando como ocurre en el presente asunto, un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe, en virtud del párrafo tercero del artículo 189 del tratado, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado

---

<sup>303</sup> El señor Francovich parte del litigio principal en el asunto C-6/90, había trabajado para la empresa "CDN Elettronica snc" en Vicenza y no había percibido a cambio más que anticipos esporádicos sobre su salario. Por tanto, interpuso una demanda ante la Pretura de Vicenza, que condenó a la empresa demandada. Sin embargo, durante la fase de la ejecución de la sentencia, el *Ufficiale giudiziario* adscrito al Tribunal tuvo que extender una diligencia negativa de embargo. El señor Francovich invocó entonces el derecho a obtener del Estado italiano las garantías previstas por la Directiva 80/987/CE (apartado 5).

<sup>304</sup> En el asunto C-9/90, la Sra. Danila Bonifaci y otras treinta y tres trabajadoras por cuenta ajena interpusieron una demanda ante la Pretura de Bassano del Grappa, contra la Republica Italiana, indicando que habían prestado sus servicios en la empresa "*Gaia confezioni srl*", declarada en quiebra el 5 de abril de 1985. Las demandantes solicitaban, habida cuenta de la obligación que le incumbía de aplicar la Directiva 80/987/CE, que se le condenase a pagarles los créditos que les correspondían en concepto de atraso de salarios. (apartado 6)

<sup>305</sup> Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980.

prescrito por una directiva, la plena eficacia de esa norma de derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos.<sup>306</sup>

El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.<sup>307</sup>

Estos tres requisitos son suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el derecho comunitario.<sup>308</sup>

---

<sup>306</sup> Apartado 39. El Tribunal funda su resolución nuevamente en el principio de efectividad, esto es, en la tutela completa y efectiva de los derechos que invoca el particular. El Tribunal había establecido que "{...} la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados {...}" (apartado 33). Sin perjuicio de ello, como señala HARLOW C. (2000) "A common European Law of Remedies?" en KILPATRICK, C., NOVITZ, T. y SKIDMORE, P. (eds.) "The future of remedies in Europe, Oxford, "el Tribunal desempeña el papel de legislador comunitario, creando una acción procesal con un régimen sustantivo propio que de ningún lugar cabía deducirse".

<sup>307</sup> Apartado 40.

<sup>308</sup> Apartado 41. De esta forma, el Tribunal se convertía así en un Juez legislador de la ley procesal nacional creando una acción que complementaba la regulación procesal de los Estados miembros en materia de responsabilidad. Para GARCÍA DE ENTERRÍA E., (1993), "La ampliación de competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del derecho comunitario. Sentencia Borelli de 3 de diciembre de 1992 del Tribunal de Justicia y el artículo 5 del CEE", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, pp. 305 y ss, "La introducción de un nuevo remedio procesal funciona en cuanto a la producción de la primera sentencia innovativa. A partir de ella, es evidente que esa sentencia asume inmediatamente la función de una verdadera norma comunitaria; todas las jurisdicciones nacionales deberán aplicar en adelante como una verdadera norma comunitaria, la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia que haya arbitrado vías procesales específicas. {...} Es así patente que el Tribunal de Justicia actúa aquí como un verdadero legislador, según el viejo apotegma del Juez Holmes: los Tribunales *do and must legislate*."

El Tribunal concluye que "corresponde al *órgano jurisdiccional nacional* garantizar, en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad, el derecho de los trabajadores a ser indemnizados por los daños resultantes de la no adaptación del derecho nacional a la directiva.<sup>309</sup>

Al respecto cabe señalar que la cuestión de si debe establecerse legislación procesal o no y que contenido debe tener, implica la estimación de intereses que incluyen a partes no afectadas por un procedimiento judicial, supone una apreciación política que el Juez no debiera atribuirse. Una cosa es inaplicar una legislación que resulta válida únicamente con relación a los actores del proceso en cuestión y otra muy distinta establecer criterios que dan vida a reglas de alcance general más allá de las partes en el proceso.

Quizá, como respuesta al activismo judicial que comenzaba a observarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se presentó una nueva ocasión para que el Tribunal Constitucional alemán sentara las bases del particular debate y negociación sostenido con el Tribunal comunitario a propósito del proceso de integración europeo con la sentencia *Maastricht* de 12 de octubre de 1993.<sup>310</sup>

Que hayamos elegido esta sentencia para concluir nuestro análisis no resulta fortuito ni casual, la sentencia *Maastricht* es quizá, la sentencia más importante

---

<sup>309</sup> Apartado 45. Aquí el Tribunal fundamenta su fallo en el principio de cooperación leal condicionando no sólo la actividad de los Jueces nacionales sino también de las otras instancias del Estado.

<sup>310</sup> BverfGE 89,133.

y completa que haya pronunciado un Tribunal Constitucional nacional respecto al proceso de integración y contiene numerosas aportaciones que consolidan la posición sostenida en este trabajo respecto a la influencia particular de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán en la conformación del peculiar marco constitucional y federal de organización para la Unión.

Dicha sentencia se emite con motivo de una serie de recursos planteados contra las leyes alemanas de aprobación del Tratado de *Maastricht* y de reforma de la Ley Fundamental *Grundgesetz*.<sup>311</sup> Los reclamantes argumentaban, entre otras cosas, que se atentaba contra el derecho a una representación democrática y a participar por medio de ella, en el ejercicio del poder público;<sup>312</sup> que los poderes públicos alemanes ya no retendrían más competencias esenciales, y por tanto los parlamentarios alemanes, y el pueblo a través de ellos, se verían privados de participar en las parcelas de poder público correspondientes a esas competencias trasladadas al ámbito comunitario; se impugnaba también el déficit democrático al señalar que el poder legislativo europeo lo constituyen los ejecutivos nacionales,<sup>313</sup> se alegaba

---

<sup>311</sup> Ley de 28 de diciembre de 1992 para la ratificación del Tratado de la Unión Europea y la Ley de 21 de diciembre de 1992 que modifica la *Grundgesetz*.

<sup>312</sup> Este derecho se vería atacado debido a que el Tratado UE atribuye a la comunidad de una competencia de la competencia *Kompetenz-kompetenz* a través de su artículo F.3. Dicho artículo establecía "que la Unión se dotará con aquellos medios necesarios para la consecución de sus fines y la ejecución de sus políticas. De tal modo que el reclamante supone que la UE podría llegar a utilizar ésta de tal manera que, discrecionalmente, podría ir atribuyéndose cada vez espacios competenciales más amplios.

<sup>313</sup> Se señala por los querellantes que el Parlamento europeo ostenta, fundamentalmente, una función meramente consultiva con lo que se atenta al principio democrático y no se puede afirmar que dicha carencia se vea subsanada

una disminución de la protección de la dignidad humana, y una pérdida de la protección de los derechos fundamentales; se sostenía también la eliminación del sistema Constitucional alemán y el ataque a su sistema electoral,<sup>314</sup> también que las normas recurridas constituían un atentado a la participación de los *Länder* en la legislación en la medida que las competencias legislativas dejan de estar en el Parlamento Alemán; que resultaría amenazada la existencia misma del Estado alemán como independiente y soberano pues el proceso de integración se planteaba como irrevocable<sup>315</sup> y, en fin, que como muchas de estas cosas afectaban al núcleo intangible de la Constitución alemana, resultaría activado el derecho de resistencia del artículo 2.4 de la Ley Fundamental.<sup>316</sup>

El Tribunal Constitucional alemán en su sentencia no admitió más que uno de los recursos interpuestos, sólo en lo que hace referencia a la contravención alegada al derecho al voto<sup>317</sup> y aún así, falló contra el

---

por la actuación de los Parlamentos nacionales *debido a la ausencia de colaboración en la elaboración de las disposiciones normativas comunitarias*. Vid. CANO MONTEJANO, *op. cit.*, p. 268.

<sup>314</sup> Para los recurrentes esto se manifestaría en que al otorgarse ese derecho a ciudadanos de otros países comunitarios, conllevaría un empobrecimiento del poder de voto del nacional del país miembro en el que el ciudadano comunitario ejerce el derecho que le otorga el Tratado UE.

<sup>315</sup> Esta impugnación fundada por los recurrentes en el ingreso de Alemania a la Unión Económica y Monetaria y a observar el proceso de unificación monetaria como irrevocable.

<sup>316</sup> Los recurrentes entienden que se está atacando el orden fundamental establecido en la *Grundgesetz* y más en concreto, los caracteres que enumera su artículo 20 respecto a la forma de Estado y régimen de gobierno de la RFA, como son *la estructura federal estatal, el reconocimiento de la democracia y el principio social, la afirmación de que todo poder es ejercido en nombre del pueblo alemán, del que emana y en donde encuentra la legitimación última su ejercicio en cualquiera de las formas en que éste se pueda manifestar, legislativo, ejecutivo o judicial*.

<sup>317</sup> Es importante destacar que este no se limita sólo al derecho objetivo al sufragio sino que va más allá, en la medida en que a través del sufragio recibe

recurrente pero volvió a realizar una evaluación completa de las características del proceso de integración europeo.

En su argumentación, precisa que "la Unión Europea no crea un verdadero Estado europeo, sino una confederación de estados soberanos que son democráticos *Statenverbund*". De ahí que la Unión no tenga personalidad jurídica como para ser titular de "competencias propias" porque según el Tratado de la Unión Europea no es un sujeto de derecho autónomo sino que lo son sus miembros cuando actúan en común.

El Tribunal Constitucional alemán hace referencia al Tratado de la Unión Europea, señalando que "es un acuerdo jurídico-internacional en torno a un agrupamiento de estados miembros siendo éstos los que permanentemente tienen que darle vida. Si bien admite que la Unión Europea pueda tener soberanía, ésta le es otorgada por unos Estados miembros que "siguen siendo soberanos" y titulares de la soberanía originaria.

Desde otra perspectiva, aunque el Tratado de la Unión Europea otorga a ésta derechos de soberanía, éstos son "jurídicamente determinables y limitados". Una de esas limitaciones lo constituye precisamente el principio de Democracia, intangible por el artículo 79.3 de la Ley Fundamental lo que implica que el *Bundestag* debe conservar atribuciones y competencias de peso sustancial.

---

el poder público sus atribuciones que emanan del pueblo, esto es, la legitimación del ejercicio del poder que no encuentra otro basamento que el respaldo que se le ha otorgado por el titular de la soberanía. Vid. CANO MONTEJANO, *op. cit.*, p. 282.

Para el Tribunal Constitucional alemán, el *Bundes-tag* debe decidir sobre la adhesión a la Unión Europea, como también "sobre su mantenimiento y evolución futura". Al respecto de forma contundente refiere que "la Ley alemana de aprobación del Tratado de la Unión Europea no autoriza ulteriores modificaciones sustanciales del programa de integración ni de su ritmo; en caso contrario, los actos de los órganos de la Unión Europea no serían vinculantes en territorio alemán y las autoridades alemanas estarían impedidas de su aplicación por considerarse un ejercicio *ultra vires* que tendría que ser apreciado por el Tribunal Constitucional alemán que aclara, no es el caso, pues el Tratado de la Unión Europea satisface esos requerimientos."<sup>318</sup>

Si bien afirma en su sentencia que la Unión Europea tiene una duración ilimitada, matiza que la pertenencia a la misma puede ser reversible mediante un acto de sentido contrario. También aclara que la unión monetaria no conduce automáticamente a la unión política ni a la económica. El Tratado de la Unión Europea no implica una secuencia automática que ya no se pueda controlar por Alemania, pues en cada etapa será preciso el otorgamiento del consentimiento por el *Bundes-tag* y, para el caso de que no se logre la estabilidad monetaria, Alemania podría retirarse de la Comunidad como último recurso.

---

<sup>318</sup> Para WEILER, el Tribunal podría haber insistido en que la disparidad entre la legitimación formal y la deficiencia democrática material debería ser considerada como temporal y que no podría ser aceptada a medio y largo plazo. De este modo, el Tribunal Constitucional alemán habría añadido su formidable poder a la presión por la democratización. J. H. H. WEILER, U. R. HALTERN Y F. C. MAYER (2000), "La democracia europea y sus críticos: cinco problemas," en *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión. Las respuestas del Tratado de Amsterdam*. DE LA QUADRA SALCEDO, T., y A. ESTELLA DE NORIEGA (eds.), Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, p. 49.

El Tribunal Constitucional alemán determina que "la aplicación del derecho europeo en Alemania depende de la orden de aplicación del derecho resultante de la ley de aprobación del Tratado de la Unión Europea; por tanto, Alemania es uno de los "Señores de los Tratados, *die Herren de Verträge*".<sup>319</sup>

De la misma forma, precisa que la Unión Europea no dispone automáticamente de recursos ni de los otros medios necesarios para sus objetivos, a pesar del artículo F.3 del Tratado de la Unión Europea, serán los Estados miembros los que tendrán que dotarla de los medios en cada caso. El Tribunal reitera el carácter limitado de las habilitaciones especiales hechas a favor de la Unión Europea. Esto es, que ésta no tiene la competencia de las competencias.<sup>320</sup>

El Tribunal Constitucional alemán declara que el artículo F.3 del Tratado de la Unión Europea "no instituye una competencia en materia de competencia"; lejos de eso, se trata de "una declaración de intenciones con valor de programa", como dice el gobierno alemán con la aprobación del Tribunal.

Para el Tribunal Constitucional, los órganos comunitarios sólo puede actuar "en la medida en la que una norma de habilitación que forme parte de los tratados les confiera competencias."<sup>321</sup> Esta posición lo lleva a

---

<sup>319</sup> Dicha expresión fue utilizada por primera vez en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 8 de abril de 1987, BverfGE 75,223. Citada por CANO MONTEJANO, *op. cit.*, p. 193.

<sup>320</sup> En ese sentido la supremacía del derecho comunitario no opera automáticamente sino que será el Tribunal Constitucional alemán el que tenga la última palabra al respecto.

<sup>321</sup> Para el Tribunal Constitucional alemán queda claro que la soberanía permanece en los Estados miembros.

criticar las doctrinas de los *implied powers* y del *effet utile*, de las que entiende se vino abusando hasta ahora y, por lo que respecta al Tratado de la Unión Europea, advierte que en el futuro tales doctrinas no serán vinculantes para Alemania.

También establecerá que al principio de limitación de competencias se añade el de subsidiariedad que el Tribunal Constitucional alemán entiende que "no instituye ninguna competencia a favor de la comunidad "sino que limita el ejercicio de sus competencias"<sup>322</sup> y el principio de proporcionalidad que es una prohibición de excederse en los propios poderes y que afecta a todas las competencias comunitarias, exclusivas o no.

## D. Conclusiones

Hoy, Europa aparece como un continente gobernado constitucionalmente con los instrumentos del Estado de derecho en contrapartida, es posible observar una erosión de la democracia representativa.

No obstante, el desarrollo de una dimensión constitucional para la Unión Europea puede ser considerado como un triunfo del constitucionalismo anglosajón: un triunfo del concepto no codificado de Constitución sobre el codificado, del concepto material sobre el formal, del

---

<sup>322</sup> En este proceder hay una interpretación restrictiva del principio federal de que todo lo no atribuido expresamente al poder central seguirá en manos de los titulares originarios, esto es, los Estados miembros y que todo lo que se pueda hacer en el nivel menor, en este caso también el de los Estados miembros, se haga por ellos y no por la Unión Europea.

judicialismo sobre el legalismo, incluyendo la producción de un derecho común europeo.

El Tribunal de Justicia se ha ido conformando más como un Tribunal Supremo y Constitucional que como un Tribunal Internacional y ha construido en Europa un marco constitucional y una estructura federal prospectiva.<sup>323</sup> Para ello, el Tribunal se ha servido de la cuestión prejudicial de interpretación y de la disputa, confrontación y negociación sostenida particularmente, con el Tribunal Constitucional alemán, sin excluir por supuesto, a las relaciones con otros Tribunales Constitucionales como el Tribunal Constitucional Italiano, el Consejo Constitucional francés o más recientemente, el Tribunal Constitucional español.<sup>324</sup>

Esta influencia quizá puede representarse de mejor forma en el condicionamiento que desde el artículo 23.1, reformado precisamente a raíz de la sentencia *Maastricht* del Tribunal Constitucional alemán, se realiza el modelo de integración comunitario y que el profesor Cruz Villalón advierte como cláusula de garantía estructural y como un fenómeno en el que la Constitución nacional actúa como "metaconstitucionalidad de la Unión

---

<sup>323</sup> ACKERMAN, B., (1999), *La política del Diálogo Liberal*. (Trad. G. L. Alonso) Barcelona, Gedisa, p. 50, quien caracteriza este modelo como el intento del centro por establecer que el tratado limita leyes ulteriores inconsistentes sancionadas por Estados individuales en la periferia y que implica, en caso de aceptación por los Tribunales nacionales, pasar de un tratado a una Constitución.

<sup>324</sup> En nuestra opinión, la reserva que los Tribunales nacionales han hecho como última instancia de revisión del derecho comunitario respecto a la defensa de los derechos fundamentales o por razones de carácter constitucional o competencial, implica asumir que no se está en el ámbito del diálogo y la cooperación, sino del debate y la negociación.

Europea",<sup>325</sup> con independencia de que en este condicionamiento y proceder no participen los demás Estados miembros, con todo lo que ello implica para la legitimidad de la Constitución Europea si se pretende que rija por igual en todo el territorio comunitario.

Matizando nuestra segunda conclusión, el modelo constitucional desarrollado por el Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial adopta características tanto de la *Judicial Review* como del modelo de control de constitucionalidad continental.

Con respecto a la *Judicial Review*, ambos Tribunales, la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal de Justicia, desarrollan su labor de interpretación en vía incidental y han contribuido de forma fundamental a la consolidación de los procesos de unidad del ordenamiento y de aplicación uniforme, con una destacada excepción, la interpretación en el caso estadounidense es descentralizada lo que permite una pluralidad de interpretaciones, mientras que en el caso europeo la interpretación del ordenamiento comunitario es una interpretación centralizada que corresponde en forma exclusiva al Tribunal de Justicia; si bien es cierto que, como ocurre en el caso del Tribunal Constitucional alemán, su jurisprudencia ha servido como fuente de inspiración al Tribunal de Justicia, no debe olvidarse que dicha interpretación la ha realizado siempre desde el punto de vista interno, esto es, desde su ordenamiento nacional y en especial de la Ley Fundamental que le sirven de parámetro de enjuiciamiento.

---

<sup>325</sup> CRUZ VILLALÓN, P., (2004), "Constitución nacional y Constitución Europea", en *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, pp. 140 y ss.

Por cuanto hace a las características que comparte con el control de constitucionalidad continental de influencias austriaca y alemana, podemos señalar que se trata de un control concentrado que admite dos vertientes: el control de constitucionalidad abstracto de leyes y el control por excepción relativo a casos concretos; por su parte, la cuestión prejudicial de acuerdo con el artículo 234 del Tratado CE, admite también dos cauces, una cuestión prejudicial de validez, respecto de los actos de las instituciones comunitarias y del Banco Central europeo y un cuestión de interpretación respecto del contenido de los tratados y demás disposiciones comunitarias de derecho derivado contenidas en reglamentos y directivas. Desde otra perspectiva, ambos comparten la característica de ser modelos de una jurisdicción concentrada en la que el monopolio de la interpretación la tienen el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia en sus respectivas esferas de competencia con el objeto de garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario.

De esta forma, la cuestión prejudicial de interpretación implica una extensión de competencias que incluye tanto funciones de control ordinario de control contencioso, como de marcado carácter constitucional, lo que refuerza su capacidad como instrumento de transformación del orden jurídico que no tiene equivalente alguno en el ámbito internacional.

Con relación a la premisa de nuestra introducción respecto a la carencia de legitimidad democrática de la cuestión prejudicial de interpretación como instrumento articulador de políticas judiciales de la Unión Europea, esta carencia resulta clara aún en los momentos actuales, es algo que expresa claramente el profesor

Closa Montero al referir que "el proyecto de Constitución y la Convención constitucional marcan un intento de identificar, explícitamente, las bases del constitucionalismo de la UE (un ámbito hasta ahora reservado a los juristas comunitarios) a través de la política constitucional (esto es, la práctica política de discutir y elaborar las reglas básicas de una comunidad).<sup>326</sup>

Y si bien existen voces tan destacadas como la del profesor Martín y Pérez de Nanclares, que sostienen que desde la perspectiva jurídico-institucional, la evolución de las instituciones comunitarias y, en particular, refiriéndose al Parlamento y al Consejo, "las atribuciones del Parlamento Europeo, han limado en buena parte dicho déficit pues ahora tiene una amplia legitimidad democrática material al controlar la acción de la Comisión mediante la posibilidad de mociones de censura y co-legisla en la mayoría de las materias con el Consejo, participando también en la elaboración del presupuesto comunitario", y por cuanto hace al Consejo "no deja de estar formado por representantes de los gobiernos democráticos de los Estados miembros que al menos, argumenta, *"están sometidos o al menos deberían estarlo"* a los controles pertinentes por parte de los Parlamentos nacionales" por lo que puede afirmarse que el procedimiento decisorio comunitario "no está tan alejado de los sistemas bicamerales típicamente federales" y por tanto, "las recientes críticas al principio democrático basadas en el alejamiento de los ciudadanos, la preponderancia del ejecutivo sobre el legislativo

---

<sup>326</sup> CLOSA MONTERO, C., (2005). "Constitución y democracia en la Unión Europea", en CLOSA MONTERO, C. y N. FERNÁNDEZ SOLA (Coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, Madrid, CEPC, p. 18.

y la complejidad del sistema institucional resultante, son críticas que podrían tener cierto fundamento en el marco de la eficiencia en el funcionamiento de la Unión, pero ajenas por completo a la cuestión de legitimidad democrática".<sup>327</sup>

No se está de acuerdo con tal razonamiento en el sentido de que tales críticas sean ajenas a la cuestión de legitimidad democrática y se coincide con el profesor Menéndez de que "la dignidad democrática de la Constitución exige que ésta sea marco de la vida política de la Comunidad, y excluye que la Constitución sea sustituto o alternativa de la política".<sup>328</sup> El que se señale que la Unión deriva su legitimidad de la de sus Estados miembros, no se corresponde con la realidad jurídica, económica y social de la Unión Europea, en la que la acción judicial a través de la cuestión prejudicial como se ha podido apreciar en este trabajo, afecta la vida cotidiana de los ciudadanos europeos.

---

<sup>327</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (2003), *El Federalismo supranacional ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, Bilbao, Consejo Vasco del Movimiento Europeo Premio Francisco Javier de Landaburu-2002, pp. 58 y ss.

<sup>328</sup> MENÉNDEZ, A. J., (2005), "Ni Constitución ni tratado sino todo lo contrario. Un análisis del proyecto de Tratado Constitucional desde la perspectiva de la democracia deliberativa", en CLOSA MONTERO, C. y N. FERNÁNDEZ SOLA (Coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, Madrid, CEPC. Este autor analiza el proceso por el que se aprobó el tratado en el que se establece una Constitución para Europa y concluye que presenta deficiencias muy serias debido a la sobreconstitucionalización de los tratados que quebranta notablemente la legitimidad democrática del nuevo orden constitucional europeo al imposibilitar el papel de los legislativos europeo, nacional y regional en la el ámbito decisorio y porque no existe una relación apropiada y dinámica entre las instituciones públicas, o públicos institucionalizados, incluido el espacio donde se reúnen los representantes elegidos por los ciudadanos y los públicos generales o la sociedad civil que se traduce en su débil participación en los procesos de toma de decisiones.

Una prueba más de la evidencia de la importancia que tiene este instrumento en la vida pública de los ciudadanos y en particular, en el modelo de gestión y organización europea, son las propuestas que se realizan para su fortalecimiento y consolidación, como es el caso de la propuesta de Weiler de crear un Consejo Constitucional para la Comunidad.<sup>329</sup>

No obstante, a nuestro juicio, la deliberación acerca del contenido de los derechos y libertades y de la configuración del proceso democrático en Europa no debe circunscribirse al diálogo judicial de manera casi exclusiva, excluyendo de forma predeterminada, la posibilidad de la formación cívica del ciudadano europeo y de conocer y valorar la responsabilidad de sus actos, proceder indispensable para que participe de forma efectiva en un diálogo que corresponde a todos los miembros de la sociedad civil en su conjunto y no únicamente a los Jueces. ¿Cómo formar en la dignidad, la tolerancia, la pluralidad de ideas y su deliberación vigorosa, desinhibida y abierta, si es intolerable la participación y la necesaria pluralidad de actores no judiciales en las decisiones que atañen a todos los ciudadanos de la Unión?

Por tanto, se sostiene la necesidad de un nuevo constitucionalismo para la Unión en el que se incluya a los Parlamentos nacionales y a los grupos de la sociedad civil en su conjunto, quizá lo que está haciendo

---

<sup>329</sup> J. H. H. WEILER, U. R. HALTERN Y F. C. MAYER (2000), "La democracia europea y sus críticos: cinco problemas," en *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión. Las respuestas del Tratado de Amsterdam*. DE LA QUADRA SALCEDO, T., y A. ESTELLA DE NORIEGA (eds.), Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, p. 84.

falta es articular instrumentos de cooperación y colaboración a modo de la cuestión prejudicial pero para los Parlamentos nacionales, el Parlamento europeo y los grupos de la sociedad civil que de verdad impulsen la participación efectiva de los ciudadanos en la Unión y les permita sentir el proyecto comunitario como suyo.

La Unión Europea retomó en estos últimos cincuenta años, el camino iniciado por Roma dos mil años atrás, cuando mediante la creación del *jus gentium*, y gracias al talento de sus juristas, enriqueció la concepción del derecho romano con los usos y costumbres de regulación de los innumerables pueblos que formaron parte del Imperio, heredando al mundo occidental un rico bagaje cultural, social y político. Ahora es momento de retomar la tradición de Grecia hacia una democracia integral y plena que recupere el espacio público para sus ciudadanos.

## Bibliografía

ACKERMAN, B., *La política del Diálogo Liberal*, trad. G. L. Alonso Barcelona, Gedisa, 1999.

ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario, Sistema Constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

\_\_\_\_\_, *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales. Autonomía, integración e interacción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

\_\_\_\_\_, *El Juez Español y el Derecho Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

\_\_\_\_\_, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2a. ed., CEPC, Madrid, 2003.

\_\_\_\_\_, "El Juez nacional como Juez europeo a la luz del Tratado Constitucional", *The national Constitutional Reflection of European Unión Constitutional Reform*, Conference, Madrid, Universidad Carlos III, 5-7 September 2004.

\_\_\_\_\_, *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Cuadernos Civitas, Navarra, 2005.

ALTER K., *Establishing the supremacy of European Union Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, University Press, 2001.

ALTMAN A., "Legal realism, Critical Legal Studies, and Dworkin", *Philosophy and public Affairs*, núm. 15, 1986.

ATIENZA, M, y J. R. MANERO, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

AHUMADA RUÍZ, M., *La Jurisdicción Constitucional en Europa*, Aranzadi, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

BAQUERO CRUZ, J., "De la cuestión prejudicial a la casación europea: Reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad de la Unión", en *Revista Española de Derecho Europeo*, Thomson Civitas, núm. 13, Madrid, 2005.

BAYÓN, J. C., "Derechos, Democracia y Constitución", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

\_\_\_\_\_, "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional", en *Jueces para la Democracia*, núm. 27, Madrid, 1996.

BENDA, E., *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid.

BEYME, K. V., "The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary systems", en Ch. LANDFRIED Ed., *Constitutional Review and Legislation*, Nomos, Baden Baden, 1988.

BICKEL, A., *The least dangerous Branch*, Yale University Press, 1986.

BOCKENFÖRDE E. W., "La Democracia como principio constitucional", en *Estudios sobre el Derecho y la Democracia*, trad. R. De Agapito, Trotta, Madrid, 2000.

"Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. R. Agapito, Trotta, Madrid.

BULYGIN, E., "Los Jueces ¿crean derecho?", en MALEM, J, J. OROZCO y R. VÁZQUEZ, *La función judicial, ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003.

BURLEY y MATTLI, "Europe Before the Court. A political Theory of Legal Integration" en *International Legal Organization* 47, vol. I, Winter, 1993.

CANO MONTEJANO, J. C., *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*, CEPC, Madrid, 2002.

CAPELLETTI, M., y COHEN, W., *Comparative Constitutional Law*, The Bobbs-Merryl Company, 1979.

CAPPELLETTI, M., *The Judicial Process in comparative perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

CIENFUEGOS MATEO, M., *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*, Bosch, Barcelona, 1998.

CLOSA MONTERO, C., "Constitución y democracia en la Unión Europea", en CLOSA MONTERO, C. y

N. FERNÁNDEZ SOLA (Coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2005.

CRAIG, P. y DE BURCA, G., *The evolution of European Law*, University Press, Oxford, 1999.

CRAIG P., "Constituciones, Constitucionalismo y la Unión Europea" en GARCÍA DE ENTERRÍA E., y R. ALONSO GARCÍA, (Dirs.), *La encrucijada constitucional de Europa*, Civitas, Madrid, 2001.

CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004.

\_\_\_\_\_, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987.

CRUZ VILLALÓN, P., "De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión", en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 13, 2005.

DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge Massachusetts and London England, Harvard University Press, 1986.

DEHOUSSE, R., "Institutional Reform in the European Community: Are there Alternatives to the Majoritarian Avenue?" en *EUI Working Paper*, Robert Schuman Center, no. 96/4, 1995.

\_\_\_\_\_, "La Arquitectura institucional europea después de Amsterdam ¿Sistema Parlamentario

o Estructura Regulatoria?", DE LA QUADRASALCEDO, T. y ESTELLA DE NORIEGA, A., (eds.), *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión. Las respuestas del Tratado de Ámsterdam*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

DE WITTE, B., "Supremacy: A not-so Federal Principle? Paper presented at the Conference: "Rethinking European Constitutionalism in the European Unión", Copenhagen, 1998.

EDWARD D. A., "Judicial Activism: Myth or Reality" en *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in Honour of Lord Mackenzie Stuart*, Hampshire, Trenton Publishing, 1996.

ELY, J. H., *Democracy and Distrust. A Theory of judicial Review*, Cambridge, Massachussets, 1980.

ESTELLA DE NORIEGA, A., "Algo más que un simple número: la elección de la base jurídica en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de febrero de 1999 (Asuntos acumulados C-164/97 y C-165/97)" *Revista de Gestión Ambiental*, núm. 5, La Ley, Madrid, 1999.

---

\_\_\_\_\_, *El Dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Centro de Estudios Ramón Areces y Universidad Carlos III, Madrid, 2000.

FAVOREU, L., "Constitutional Review in Europe" en HENKIN, L., Y A. ROSENTHAL, (eds.), *Constitu-*

*tionalism and Rights. The influence of the United States Constitution Abroad*, Columbia University Press, 1990.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., "La Justicia Constitucional en el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano, IIJ UNAM, México, 2004.

FERRAJOLI, L., "De la Carta de Derechos a la formación de una esfera pública europea" en CARBONELL, M., y P. SALAZAR (eds.), *La Constitucionalización de Europa*, México, IIJ UNAM, 2004.

FERRERES COMELLA, V., *Justicia Constitucional y democracia*, CEC, Madrid, 1997.

\_\_\_\_\_, "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (II), 2003.

FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, (Trad. M. Martínez Neira), Trotta, Madrid, 2001.

\_\_\_\_\_, (Ed.) *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y Derecho*. Trotta, Madrid.

FISCHER, J., "*From Confederation to Federation: Thoughts on the Finality of European Integration*", Federal Trust, European Essay, núm. 8, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.

\_\_\_\_\_, "La ampliación de competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho Comunitario. Sentencia Borelli de 3 de diciembre de 1992 del Tribunal de Justicia y el artículo 5 del CEE", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993.

GARZÓN VALDÉZ, E., "Representación y democracia", en *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1993.

GIPPINI FOURNIER, E., "Límites Funcionales del Procedimiento prejudicial: Comentario a las sentencias relativas al asunto *Arsenal*" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 21, CEPC, Madrid, 2005.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., "La Constitución Española 'frente' al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional", en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 14, Civitas, Madrid, 2005.

GROPPI, Tania, "A la búsqueda de un modelo europeo de Justicia Constitucional", en *La Justicia Constitucional en Europa*, GROPPY T. A. CELOTTO y M. OLIVETTI (Coords.), FUNDAP, México, 2004.

HABERMAS, J., "Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia" en *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del*

*discurso*, (Trad., de M.J. Redondo), 2a. ed., Trotta, Madrid, 2000.

\_\_\_\_\_, "Justicia y Legislación: sobre el papel y legitimidad de la Jurisprudencia Constitucional", en *Facticidad y Validez*, (Trad. M. Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 2000.

\_\_\_\_\_, "Constitutional Democracy. A Paradoxical Union Of Contradictory Principles?" *Political Theory*, vol. 29, 2001.

\_\_\_\_\_, "¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?", en CARBONELL, M y P. SALAZAR (eds.), *La Constitucionalización de Europa*, IJ- UNAM, México, 2004.

HARLOW C., "A common European Law of Remedies?" en KILPATRICK, C., NOVITZ, T. y SKIDMORE, P. (eds.), *The future of remedies in Europe*, Oxford, 2000.

HARTLEY, T., "The European Court, Judicial objectivity and the Constitution of the European Union" en *Law Quaterly Review*, 1995.

HERNÁNDEZ GIL, A., "La unificación Jurídica Europea", *Noticias Unión Europea*, no. 71, 1990.

HOLMES, O. W., *Law and the Court*, en "Collected Legal Papers", 1922.

HOLMES S., *Passions and Constraint. On the theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, 1995.

H. H. WEILER, J., "Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision", *European Law Journal*, vol. 1, núm. 219, 1995.

\_\_\_\_\_, *Europa Fin de Siglo*, CEC, Madrid, 1995.

"Europe: The Case against the Case for Statehood", *Harvard Jean Monnet Working Paper Series*, no. 6/98.

H.H. WEILER, J., "The Transformation of Europe" en *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991.

J. H. H. WEILER, U. R. HALTERN Y F. C. MAYER, "La democracia europea y sus críticos: cinco problemas," en *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión. Las respuestas del Tratado de Amsterdam*. DE LA QUADRA SALCEDO, T., y A. ESTELLA DE NORIEGA (eds.), Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 2000.

ISACC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel Estudios Europeos, Barcelona, 2000.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

JIMÉNEZ CAMPO, J., "La declaración de inconstitucionalidad de la ley", en RUBIO, F y J. JIMÉNEZ, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

JIMENO BULNES, M., *La Cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Bosch, Barcelona, 1996.

JOERGES, C., "¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución Económica Europea?", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, CEPC, Madrid, 2005.

KAELBLE, H., *Caminos hacia la democracia. Los Deficits democráticos de la Unión Europea*, (Trad. C. A. Lemke Duque), Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

KELSEN H., *Esencia y valor de la Democracia* (trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra), Guadarrama, Barcelona, 1977.

\_\_\_\_\_, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.

KEELING, "In Praise of Judicial Activism. But What does it Mean? And has the European Court of Justice Ever practised it?", en *Scritti in Onore di G.F. Mancini*, vol. II, Milan Giuffrè, 1998.

KOMMERS, D. P., *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*, Sage publications, 1976.

LÓPEZ GUERRA, L., "El poder judicial español ante la Unión Europea", en *Autonomies, Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 29, 2003.

LLOPIS CARRASCO, R. M., *Constitución europea: un concepto prematuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

\_\_\_\_\_, "Juridical Pluralism and the Risk of constitutional Conflict", en su libro *Questioning Sovereignty Law, State and Nation in the European Commonwealth*, University Press, Oxford, Oxford, 1999.

MANCINI, G., "The case for Statehood", *European Law Journal*, núm. 4, p. 29, 1998.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Federalismo supranacional ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, Bilbao, Consejo Vasco del Movimiento Europeo Premio Francisco Javier de Landaburu-2002, 2003.

MARTÍNEZ CARRASCO PIGNATELLI, J. M., "La construcción prejudicial en la construcción del ordenamiento jurídico comunitario" en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 20, IIE Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1998.

MENÉNDEZ, A. J. "Ni Constitución ni tratado sino todo lo contrario. Un análisis del proyecto de Tratado Constitucional desde la perspectiva de la democracia deliberativa", en CLOSA MONTERO, C. y N. FERNÁNDEZ SOLA (Coords.) *La Constitución de la Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2005.

MERRYMAN, J. H., *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, 1985.

MICHELMAN, F., "The Supreme Court 1985 Term, Foreword: Traces of Selfgovernment", en *Harvard Law Review*, 1986.

\_\_\_\_\_, "Law`s Republic", en *The Yale Law Journal*, núm. 97, 1988.

MOITINHO DE ALMEIDA, J.C., "La remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" en *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de 1era Instancia*, Gobierno Vasco, Bilbao, 1991.

MORAVCSIK, A., "Preference and Power in the European Community: A liberal Intergovernmentalism Approach", en BULMER, S., y A., SCOTT (eds.). *Economic and political Integration in Europe. Internal Dynamics and Global Context*. Blackwell, Oxford/Cambridge, 1994.

MURPHY, W. F. *Elements of judicial Strategy*, Chicago University Press, Chicago, 1964.

\_\_\_\_\_, y C. H. PRITCHETT, *Courts, Judges and politics. An introduction to the Judicial Process*, McGraw-Hill, 1986.

NAGEL, R. F., *The Mentality and the Consequences of Judicial Review*. University of California Press, 1989.

NEILL, P., "The European and Court of Justice: A Case Study in Judicial Activism", en *European Policy Forum*, London, 1995.

NETTESHEIM, M., "El significado constitucional de la primacía del Derecho comunitario de la Unión" en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 6, Civitas, Madrid, 2003.

NINO, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

ÖHLINGER, T., "La influencia del Derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de *americanización* del Derecho europeo," en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*", vol. 8, CEPC, Madrid, 2004.

O'KEEFFE, D., "Is the Spirit of Article 177 under Attack? References and Admisibility" *European Law Review*, 1998.

PALACIO GONZÁLEZ, J., *Derecho Procesal y del Contencioso Comunitario*. Pamplona, 2000.

PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993.

PASQUINO, P., "Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative perspectives; USA, France, Italy", en *Ratio Juris*, vol. 11, 1998.

P. CHITI, M., *Derecho Administrativo Europeo*, (trad. L. Ortega), Civitas, Madrid, 2002.

PÉREZ ROYO, J., *Tribunal constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988.

PERNICE, I., "Derecho constitucional europeo y Derecho constitucional de los Estados miembros", en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 8, Madrid, Civitas, 2003.

PESCATORE, P. y E. MCWHINNEY, *Federalism and supreme courts and the integration of legal systems*, Brüssel, UGA, 1973.

PESCATORE, P., "Las cuestiones prejudiciales", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LIÑAN NOGUERAS, J. D., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993.

PIZZORUSSO, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, il Mulino Saggi, 2002.

POIARES MADURO, M., *Whe the court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*. Oxford, Hart Publishing, 1998.

POIARES MADURO, M., "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, CEPC, 2003.

PRIETO SANCHÍS, L., "Diez argumentos sobre los principios" en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.

PULIDO QUECEDO, M., "Constitución europea y la consulta previa al Tribunal Constitucional", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 14, 2004.

RAWLS, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996.

RASMUSSEN, H., "The European Court's Acte Clair Strategy in CILFIT", en *European Law Review*, 1984.

RASMUSSEN, H., "Remedying the crumbling judicial system" en *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000.

RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M., *et al. La jurisdicción constitucional en España*, CEC, Madrid, 1995.

ROSA, F. "Los países sin control de constitucionalidad de las leyes Reino Unido, Holanda, Finlandia e Israel", en *La Justicia Constitucional en Europa*. GROPPI, T., A., CELOTTO y M. OLIVETTI. (Coords.) FUNDAP, México, 2004.

ROUSSEAU, D., *La justicia constitucional en Europa*. (trad. T. Freixes San Juan), CEPC, Madrid, 2002.

RUÍZ JARABO COLOMER, D., "La cooperación entre el Tribunal de Justicia y los Jueces nacionales: límites del procedimiento judicial" en *Scritti in onore di G. F. Manzini*, Milán, 1998.

RUÍZ-NAVARRO PINAR, J. L., (dir.) *Las Grandes Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, vol. 1, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1986.

SAÍZ ARNÁIZ, A., "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional" en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 53, t. II, 1999.

SÁNCHEZ CUENCA, I., "El déficit democrático en la Unión Europea" en *Claves de Razón Práctica*, núm. 78, diciembre, 1997.

SÁNCHEZ VIAMONTE, C., "Constitucionalismo", en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. III, Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.

SARMIENTO, D., *Poder Judicial e integración europea*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

SARMIENTO D., "Las interpretaciones estratégicas del derecho comunitario y la crisis de la doctrina del acto claro" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006.

SCHIMIDT, K., *La Defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.

SCHIMITTER, "La Comunidad Europea como forma emergente de dominación política", en BENEDICTO, J., Y F. REINARES (eds.), *Las transformaciones de lo político*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.

SCHWARTZ, B., *El federalismo norteamericano actual*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984.

SHAPIRO, M., *Law and politics in the Supreme Court. New approaches to Political Jurisprudence*, Glencoe, Free Press, 1964.

"The European Court of Justice", en CRAIG, P. y DE BURCA, G., *The evolution of European Law*, Oxford, University Press, 1999.

- STARCK, C., "La legitimación del principio constitucional y el principio democrático", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 7, CEPC, Madrid, 2003.
- STEIN, E., "Lawyers, Judges and the making of a Translational Constitution", *American Journal of International Law*, p. 1, 1981.
- STONE SWEET, A., *Governing with Judges*, University Press, Oxford, 2001.
- SUNSTEIN, C. R., *After the Rights Revolutions*, Cambridge, Massachusetts, 1990.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Introducción al estudio de la Constitución*, Fontamara, México, 2002.
- TOCQUEVILLE, A., de, *De la democracia en América*, (trad. D. Sánchez de Alen), Alianza Editorial, Madrid, 1980.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., "La resistencia constitucional y los valores", *Doxa*, núms. 15-16, 1994.
- TRIDIMAS, T., "The Court of Justice and Judicial Activism" en *European Law Review*, núm. 3, 1996.
- TROPER, M., "El poder judicial y la democracia", en *Isonomía*, núm. 18, ITAM, Fontamara, México, 2003.
- TROPER, M., "The logic justification of judicial review" *I. CON*, vol. 1, 2003.

TROPER, M., "La noción de principio supraconstitucional", en *Ensayos de Teoría Constitucional*, Fontamara, México, 2004.

Del buen uso de los fantasmas. Del gobierno de Jueces al gobierno por los Jueces", en *Ensayos de Teoría Constitucional*, Fontamara, México.

VICTOR LUIS, J., "Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Revista de Instituciones Europeas*, no. 1, 1983.

WALDRON, J., "A right-based critical of Constitutional Rights" en *Journal of legal studies*, 13, 1993.

ZAGREBELSKI, G., "El derecho por principios", en *El derecho dúctil, Ley, Derechos y Justicia*, (trad. M. Gazcón), 6a. ed., Trotta, Madrid, 2005.

"La separación de los derechos respecto de la Ley", en *El derecho dúctil, Ley, Derechos y Justicia* (trad. M. Gazcón), Trotta, Madrid.

ZAGREBELSKI, G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988.

IV.  
ORALIDAD Y DERECHO



# **1. Sistema acusatorio oral (un comparativo México-España)**

---

José Luis Eloy Morales Brand\*

\* Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

## A. Introducción

El derecho se traduce en todo el conjunto de normas, actitudes, prácticas, costumbres y hechos concretos, que se observan en un lugar y tiempo determinados, y se traducen en facultades y obligaciones que tienden a lograr, de manera justa, el desarrollo, protección y convivencia de los seres humanos en la sociedad.<sup>1</sup>

Pero ¿los objetivos de la sociedad son los que en verdad se pugnan dentro de las instituciones? pues si en verdad se busca el bienestar social, la prestación de los servicios públicos y el desarrollo individual, basta dar una mirada a cualquier nación del mundo, donde siguen imperando los problemas de pobreza, desnutrición, falta de servicios y abuso de poder.

Por ello surge el control social, que deriva del concepto de Estado, como ente organizado para lograr el beneficio social, por lo que es necesario imponer ciertos

---

<sup>1</sup> Confróntese al Dr. Miguel Polaino Navarrete en el capítulo «Las dimensiones básicas del Derecho: de la teoría tridimensional a la teoría tetradiimensional del Derecho», de su obra *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, Ed. Porrúa, México, 2001, pp. 8 y ss.

límites al ejercer nuestra libertad para evitar conflictos; lo anterior, mediante procesos sociales destinados a inducir conformidad social para alcanzar las metas y fines del ser humano. El sistema jurídico, como medio de control social, sirve para integrar a los sujetos o bien contrarrestar las conductas que alteran el funcionamiento social, tratando de restaurar el equilibrio a la comunidad mediante mecanismos de control social institucionalizados para prevenir las desviaciones.

De los sistemas de control social, el que nos interesa para el presente estudio es el Derecho Penal, que opera sólo en el caso de que la conducta exterior del sujeto afecte a otro; por lo que surge la coerción y la amenaza legal para impedir ciertas acciones o disuadir al probable actor de realizarlas.

Esta faceta del control social formal se ejerce mediante el sistema de justicia penal que tiene como objetivo la protección de la convivencia de los seres humanos en la comunidad mediante la represión y prevención de la criminalidad; sistema que debe sujetarse, invariablemente, al garantismo penal de un Estado Constitucional de Derecho, que implica el reconocimiento y respeto de la dignidad humana de todo involucrado en un delito (inculcado, víctima, sociedad) y acerca la posibilidad de una justicia penal en que gocen del pleno respeto a sus derechos fundamentales.

Pero, ¿qué pasa en la realidad?; el énfasis se centra en el combate a toda costa de la delincuencia y el proveer de seguridad a la ciudadanía, por lo que los derechos humanos y garantías individuales han quedado en segundo término; se permite detener, consignar y en el proceso averiguar, torturar, obtener pruebas

de manera ilícita, presumir culpable y peligroso al indiciado, mediante procesos que funcionan bajo el prejuicio de que el imputado es culpable hasta en tanto no demuestre fehacientemente su inocencia.

El legislador penal es aficionado a la técnica de la reforma reiterativa,<sup>2</sup> lo que nos indica una política criminal errática que propicia un furor reformador desmesurado, que ha diseñado una mecánica carente de sistemática, es decir, la de reformar la reforma.<sup>3</sup> Esto provoca la impunidad y el mal funcionamiento del sistema penal, ya que el órgano investigador sigue basando su investigación en la obtención de pruebas de cualquier forma, que a futuro se convierten en ilegales y violatorias de los derechos humanos; el problema se agrava cuando la autoridad judicial, incluyendo Tribunales de amparo, siguen sosteniendo criterios que permiten esta actividad ilícita de la parte acusadora; por lo que muchas veces se condena a inocentes, y se absuelve a verdaderos delincuentes porque se sigue creyendo que con la obtención de pruebas por cualquier medio, aunque sea ilícito, se obtendrá una sentencia condenatoria.

En México, anterior a la creación de la Constitución de 1917, el sistema punitivo imperante era inquisitivo y se basaba en la presunción de culpabilidad y, por ende, la prueba confesional era la reina, pues obteniéndose, el procedimiento era de mero trámite. A partir de 1917 nuestro sistema penal está basado en el principio acusatorio, de la carga probatoria, de contradicción

---

<sup>2</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *La reforma penal española de 2003*, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 13.

<sup>3</sup> *Idem.*

y, en consecuencia, de la presunción de inocencia del reo, pero las leyes secundarias y la práctica penal han contradicho a la Constitución, y los Tribunales han emitido criterios respaldando hechos violatorios de esos derechos constitucionales.

Por ello, en la actualidad se escuchan voces que pugnan por una necesaria reforma del sistema de justicia penal, para que todos sus actores cumplan con mayor eficacia en sus funciones, disminuyendo la violación de los derechos humanos, restituyendo su dignidad humana a los sujetos procesales, y obteniendo sentencias justas que traten de mejorar los problemas de criminalidad social y victimización, mediante un funcionamiento eficaz del sistema punitivo.

El 26 de febrero de 2008, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión aprobó un dictamen de iniciativa de reforma constitucional en materia penal, cuya justificación es la de hacer más efectiva la lucha contra la delincuencia, y elevar la confiabilidad de los procedimientos al querer implementar el sistema acusatorio oral. Dicha reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de junio de 2008.

Muchos de los artículos del dictamen de reforma pretendían establecer el sistema acusatorio oral, y no simplemente los «juicios orales», lo cual me parece acertado, puesto que se pretende implementar un control jurisdiccional de todas las fases del sistema de justicia penal, desde el inicio de la averiguación hasta la ejecución final de las sanciones, lo que, bien aplicado, logrará disminuir las violaciones a derechos humanos que mayormente se dan en las fases de

investigación y ejecución por parte de la autoridad administrativa o ejecutiva, la que en la actualidad no cuenta con verdaderos o eficaces controles de su poder sobre los ciudadanos.

De ahí que, la finalidad de este estudio, sea la de exponer un comparativo con el modelo español, que influencia con mayor medida la propuesta de reforma constitucional en materia de justicia oral, para entender su contenido y adecuarlo a nuestras necesidades y realidades. Aclarando desde estos momentos, que los juicios orales no serán la panacea para obtener un sistema garantista, sino que éste debe reformarse en su integridad y, sobre todo, concientizar a toda la sociedad de una nueva cultura jurídica en materia penal.

## **B. El sistema acusatorio oral**

### **a. Derechos Fundamentales y Garantías**

Para regular y controlar la violencia innata del ser humano, las personas se agrupan en sociedades que pretenden lograr intereses comunes y establecer valores generales que ayuden a su desarrollo y bienestar. Esto implica controlar los impulsos y sancionar los hechos calificados como antisociales para efecto de lograr un verdadero respeto del otro.

Los medios de control social son procesos destinados a inducir conformidad para alcanzar las metas y fines del ser humano; y lo ejercen todos y cada uno de los organismos o instituciones que tienen influencia en la forma de actuar de cada uno de nosotros, como son

la familia, escuela, religión medios de comunicación, instituciones públicas y un largo etcétera.<sup>4</sup>

Ejemplos de esos modelos o mecanismos son el derecho y el Estado, principales medios de control social formalizados, que pretenden lograr una convivencia adecuada, vinculándose a la atención de los conflictos generados a partir de la violencia; es decir, buscan atenuar violencia callejera o social, mediante una violencia institucional o estructural, más racional y formalizada (de ahí su carácter coercitivo).

A la creación del derecho, como medio de control y convivencia, se le agrega el Estado, como organización jurídica-política de una sociedad, bajo un poder jurídico de dominación, que se ejerce en determinado territorio. Es decir, el Estado es la fuente formal de validez de todo el derecho, pues sus órganos lo crean y lo aplican en su interior, para lograr (teórica y principalmente) el bienestar del individuo y sus derechos, proteger al grupo y otorgar las condiciones necesarias para su desarrollo pleno.<sup>5</sup>

Ahora bien, el Derecho no sólo busca controlar a los miembros de la colectividad, sino también a sus operadores, y es cuando hablamos de un Estado de derecho: cuando sus poderes públicos son conferidos por la juridicidad y ejecutados de acuerdo a la misma (la acción de los poderes está regulada y sujeta a normas jurídicas previamente establecidas). Así, el Estado crea

---

<sup>4</sup> MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso de la parte general del derecho penal*, 3ª. ed actualizada, Talleres de Impresión Digital de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2007, p. 47.

<sup>5</sup> *Idem*, pp. 6 y 7.

al derecho y se somete a él, pues lo específico del Estado de Derecho no es solamente que el Estado recurra al derecho para controlar la vida social, sino que el propio Estado quede sometido y controlado por el derecho.<sup>6</sup>

Ese Derecho se plasma en la norma constitucional, que es una limitación del poder llevada a cabo por medio del derecho, y asegurando una esfera de derechos y libertades de los ciudadanos.<sup>7</sup> De aquí se deriva el concepto de Estado constitucional de Derecho: las autoridades y los ciudadanos quedan sometidos a la Constitución o Ley Fundamental, en la cual se establece la forma de organización del Estado, la realización de sus funciones, pero sobre todo la protección y garantía de los derechos humanos y los límites impuestos a las autoridades, pues su finalidad principal es la de garantizar y hacer efectivo el goce de los derechos de los seres humanos.

En el seno del Estado constitucional de derecho surgen los derechos fundamentales como los componentes estructurales básicos del orden jurídico, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. En consecuencia, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la

---

<sup>6</sup> GARCÍA MANRIQUE, Ricardo y ESCOBAR ROCA, Guillermo, «Estado de Derecho», cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, en el Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

<sup>7</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Teoría Constitucional*, 2ª. ed., Ed. Jurídica ConoSur Ltda, Chile, 1997, p. 23.

esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.<sup>8</sup>

Los derechos fundamentales<sup>9</sup> son expectativas positivas —de prestación— o negativas —de que no se lesione—, las cuales se atribuyen a un sujeto por la norma constitucional. Por otro lado, las garantías son los deberes correspondientes a esos derechos, que igualmente se establecen en una Norma Jurídica, y se traducen en obligaciones o prohibiciones relativas a restringir o intervenir de manera indebida el goce del derecho y si llegan a violarse, generan otras obligaciones de sanción o anulación de tales infracciones.

Así, más allá de su proclamación constitucional, un derecho no garantizado no es un verdadero derecho; por lo que podemos definir a la garantía individual como el correspondiente deber jurídico establecido a una persona para que respete el goce del derecho subjetivo de otro y no lo restrinja de manera ilegal, y que en caso de no observar ese deber jurídico, la garantía se traduce en la aplicación de la sanción o anulación de la infracción, como medio de protección jurídico. La garantía individual es la institución que asegura a la persona el goce de su derecho subjetivo reconocido por la Norma Jurídica; es el mecanismo concreto de protección a un derecho fundamental.

---

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional Español, STC 53/1985.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías; la ley del más débil*, Ed. Trotta, España, 1999, p. 37.

De este concepto se desprenden los elementos siguientes:<sup>10</sup>

- a) El objeto de protección de la garantía, que será el derecho fundamental de la persona y que podrá hacerlo valer frente a otra, ya sea física (particular) o moral (Estado), para que sea respetado su goce y ejercicio;
- b) El titular del derecho fundamental, también llamado sujeto activo, es toda aquella persona en cuya esfera operen actos que restrinjan o vulneren el goce y disfrute de los derechos que le son atribuidos;
- c) Aquella persona que tiene el deber jurídico de observarlo y respetar su goce, es decir, el sujeto pasivo, que por lo regular es el Estado, pero igual puede ser un particular y reclamarse al primero que no otorgó las condiciones necesarias (garantías) para que no se vulneren los derechos subjetivos del titular; estas personas tienen la obligación de actuar correctamente y no restringir de manera arbitraria los derechos fundamentales de una persona; es decir, deben de observar el medio que garantiza el goce del derecho atribuido y, además, implementar todos los medios necesarios para que, de manera efectiva, se asegure el ejercicio de aquel; y

---

<sup>10</sup> MORALES BRAND, José Luis Eloy, *La declaración del inculcado. Medio de defensa o prueba de cargo*, Editorial de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2006, p. 78.

- d) La relación jurídica o el medio concreto por el cual se asegurará el goce de ese derecho en caso de que la garantía primaria, es decir, el deber jurídico de respeto y observancia que tiene el sujeto pasivo, no haya cumplido su cometido, por lo que debe sancionarse y anularse.

El nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica, sino normativa, y puede darse el caso que existan los derechos pero no se asegure un goce real al individuo. La ausencia de garantías es considerada como una laguna que los poderes públicos tienen que colmarla como obligación; y asimismo las violaciones de derechos cometidas por tales poderes en contra de los ciudadanos deben ser concebidas como contradicciones indebidas que deben sancionarse y anularse.

En un Estado constitucional de derecho, la garantía fundamental es la jurisdicción, los Tribunales judiciales: la función judicial es una garantía de todos los ciudadanos frente al mismo Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos fundamentales.<sup>11</sup>

Dentro de esa garantía de jurisdicción, encontramos el procedimiento penal como garantía jurídica de instrumentación de los derechos del individuo, que deben ser protegidos en contra del propio Estado, pues se traduce en un esquema de derechos conferidos a los individuos que les deben ser respetados, y de obligaciones que garantizan la efectividad de los derechos de terceros y la conservación del orden social; esto implica

---

<sup>11</sup> *Idem*, p. 139.

una permisión legal de afectación del individuo que cometió un delito, pero respetando su esencia humana y garantías que le protegen.

La equidad y equilibrio entre el interés en la búsqueda de la verdad y el interés del inculpado y la víctima en la salvaguarda de sus derechos individuales, constituyen la finalidad del procedimiento penal, como mecanismo de tutela de sus derechos fundamentales.

### **b. Sistema acusatorio oral y sistema de justicia penal**

La finalidad esencial del Estado constitucional de derecho es lograr el desarrollo, protección y convivencia de los seres humanos; y uno de los mecanismos para lograrlo es el sistema de justicia penal, que en sí no pretende resolver el problema delictivo, sino atenuar las afectaciones a los ciudadanos mediante la represión de la criminalidad.<sup>12</sup>

Se trata de un control social punitivo o represivo a cargo del Estado, que es la respuesta más violenta en contra de los ciudadanos que rompan el orden de la comunidad.

Y en virtud de que este medio de control social es una estructura de poder del Estado, debe estar sometido y regulado por el derecho, limitado claramente para controlar su ejercicio, de tal forma que sus detentado-

---

<sup>12</sup> MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Reformas al sistema de justicia penal en México*, Ed. Epiqueia, México, 2007, p. 68.

res no abusen de él en su relación con los otros integrantes del conjunto social.<sup>13</sup>

El conflicto para limitarlo es que el derecho punitivo ha tenido tantas justificaciones como modelos políticos han existido; así, en cada modelo político se produce un derecho penal que se requiere para cumplir con los fines estatales; entonces, la función del derecho penal y su legitimación depende de la función que se atribuya al Estado específico que promulgue la legislación;<sup>14</sup> pero en un Estado constitucional de derecho, las prácticas de control social deben estar sustentadas en la protección de los derechos fundamentales de las personas a las que va dirigido.

Y es aquí donde hablaremos del sistema acusatorio oral como un mecanismo procesal penal que pretende responder al problema de la criminalidad, mediante el respeto de los derechos de los ciudadanos. Para explicar este modelo de resolución penal, también hablaré del modelo opuesto, el inquisitivo.

En la evolución del derecho penal, encontramos que la función represiva se dio bajo distintas perspectivas que dieron origen a los sistemas punitivos denominados inquisitivo y acusatorio.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> SAURRE, Oscar Emilio, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal*, Ed. Universidad, Argentina, 1998, p. 75.

<sup>14</sup> ORTIZ, Serafín, *Los fines de la pena*, Instituto de Capacitación de la PGR, México, 1993, p. 64; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología», en *El pensamiento criminológico*, vol. II Estado y Control, Editorial Temis, Colombia, 1983, pp. 11 y ss.

<sup>15</sup> MORALES BRAND, José Luis, *El artículo 21 constitucional ¿Seguridad jurídica en el ejercicio de la acción penal?*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2002, p. 19.

En sus principios, la función represiva se ejerció a través de la venganza privada, la ley del talión del «ojo por ojo, diente por diente»; el delito era una violación a la persona en lo individual y la justicia se hacía por propia mano de la víctima u ofendido; posteriormente, el poder social organizado imparte justicia a nombre de la divinidad y del interés público, donde el afectado acusaba al delincuente, directamente ante el Tribunal, quien decidía e imponía las penas, dándose origen al sistema inquisitivo penal.

En el sistema inquisitivo, el presunto autor de un hecho antisocial sufre diversas vejaciones y violaciones a sus derechos como persona, que en su momento, eran permitidas por la legislación vigente; sus garantías para defenderse eran nulas, ya que se le aislaba e incomunicaba, incluso algunas veces ni siquiera sabía el por qué era juzgado, y quién le imponía el castigo. El Estado estimó que la investigación de los delitos era una función social de gran importancia que debía ser de su incumbencia, pero se cayó en el error de darle la facultad persecutoria al Juez, quien se encargaba de averiguar los delitos, buscar las pruebas, y resolver los negocios que ellos mismos investigaban, para convertirse en Juez y parte dentro de un sistema inquisitivo de enjuiciamiento.

Al paso de los años, conforme se fortalecían las ideas iusnaturalistas de protección a los derechos de la persona, y se creaban las primeras instituciones tuteladoras de los derechos humanos, el procedimiento penal se fue adecuando a las demandas garantistas, que tenían su base en las Constituciones Políticas de los Estados nacientes, cayendo en descrédito el sistema inquisitivo; el Estado creó un órgano público y permanente

que sería el encargado de la acusación ante el Poder Judicial; así nació el Ministerio Público como representante de los grandes valores morales, sociales y materiales de los Estados, originándose el sistema acusatorio, en el cual, este representante social es el que acusa ante el Juez a una determinada persona por la comisión de un delito; se encarga de aportar las pruebas, de vigilar la debida realización del procedimiento y obtener el castigo del Estado al infractor social; el Juez sólo decide sobre la causa y el acusado tiene mayor posibilidad de defensa; la víctima y ofendido del delito tienen una pobre participación dentro del proceso, pues se estima que la actividad persecutoria del delito es prioridad estatal y no particular.

Mientras al sistema acusatorio le corresponde un Juez espectador, dedicado, sobre todo, a la objetiva e imparcial valoración de los hechos y, por ello, más sabio que experto; el rito inquisitivo exige, sin embargo, un Juez actor, representante del interés punitivo y, por ello, leguleyo, versado en el procedimiento, y dotado de capacidad de investigación.<sup>16</sup> El método inquisitivo requiere solamente un juicio, cualquiera que sea, como condición necesaria de la pena; mientras que el acusatorio, si bien exige un juicio, requiere que se desarrolle con las garantías procesales en materia de prueba y de defensa, que hacen posible la verificación y refutación.<sup>17</sup>

Es decir, el sistema acusatorio implica que en el proceso penal debe existir una clara separación entre

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, España, 2002, p. 575.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 605.

acusación y juzgamiento; que haya igualdad plena entre acusación y defensa, y que el juicio sea público y oral.<sup>18</sup>

Contrariamente, en un sistema inquisitivo, el procedimiento penal es escrito y secreto; no existe una real defensa; al inculcado se le aísla e incomunica; no se le da a conocer la acusación; no tiene igualdad frente al acusador; los Jueces son llamados «sin rostro», pues no se conocía quién juzgaba; y el juzgador hace las funciones de investigar, consignar, procesar, acusar y juzgar, por lo que nunca existirá imparcialidad al tomar la decisión.

Cuando se endurece el derecho penal, deja de ser un instrumento de protección de los ciudadanos y se convierte en un medio para combatir a los enemigos del Estado;<sup>19</sup> nos encontramos en la intervención de un derecho penal que no espera producción de lesiones a bienes jurídicos, sino que castiga a los ciudadanos antes de que actúen; invierte la carga de la prueba y ve con recelo la presunción de inocencia; y eliminando las garantías individuales por ser obstáculos para combatir la criminalidad. Los actos se ven legitimados, pues la persona se convierte en un enemigo que constituye una amenaza, y del que solamente se está defendiendo, lo que autoriza a los peores extre-

---

<sup>18</sup> MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Reformas... op. cit.*, p. 117.

<sup>19</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *El derecho penal del enemigo*, Serie de Conferencias Magistrales b. 6, INACIPE, México, 2003, p. 25. JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, Colección de estudios núm. 28, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, p. 49.

mos, incluso a poder exterminarlo;<sup>20</sup> y esto es lo que ocurre en un sistema inquisitivo de juzgamiento.

En cambio en un sistema acusatorio se respetan los derechos humanos; existe un órgano público encargado de la acusación distinto a quien juzga; realmente hay igualdad en los sujetos procesales, pues el acusador y la defensa son distintos e independientes del juzgador; el procedimiento es público y oral; y el Ministerio Público, más que un enemigo del inculcado, es un vigilante del debido proceso, para proteger sus derechos, al igual que los de la víctima.

Un juicio acusatorio oral puede ser definido<sup>21</sup> como un conjunto cerrado probatorio, en el que existe un Juez imparcial, donde las partes, con igualdad procesal, presentan sus argumentos para probar la existencia de un hecho, el cual puede ser calificado como delito; esos argumentos se presentan de forma oral, dando oportunidad a ambos sujetos procesales de rebatir y contradecirlos de manera inmediata; en consecuencia, en el mismo juicio existe una aplicación del principio de inmediatez procesal entre el Juez, las partes y los argumentos, al igual que la publicidad y transparencia en la toma de decisiones.

La oralidad es una forma del procedimiento que implica fundamentar la resolución judicial únicamente en

---

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología*, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 241.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ, MENDIETA, BUSCAGLIA Y MORENO, *El sistema de justicia penal y su reforma*, Distribuciones Fontamara, Aquesta Terra y Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A. C., México, 2005, pp. 187 y 188.

el material aportado y desarrollado oralmente ante el órgano judicial; en cambio, la escritura implica un proceso en el que la resolución se fundamenta en los datos alegados por las partes en forma escrita.

Actualmente, no existe procedimiento que sea radicalmente oral o escrito, por lo que se catalogan de acuerdo a lo que predomine en sus actuaciones, pero un sistema acusatorio oral se caracteriza en que las partes acuden ante el tribunal y someten a su consideración una causa, para que éste pueda dictar sentencia; por lo que carecería de lógica convocar a las partes ante el Juez para formular lo que convenga a su derecho, si, de otro modo, sus alegaciones hubieran de presentarse por escrito. Por ello, la oralidad va ligada a la inmediatez, es decir, a la necesidad de que lo actuado por los sujetos procesales en el juicio contradictorio, se realice ante la presencia del juzgador.<sup>22</sup>

La característica de inmediatez se traduce en que el juzgador que resuelva el proceso, debe haber asistido a la práctica de las pruebas en forma directa, apreciando las declaraciones y observando todos los medios de prueba desahogados. Por otro lado, la publicidad es la garantía de transparencia de la decisión del Tribunal, pues se traduce en la posibilidad de que las actuaciones sean presenciadas por los sujetos procesales y la sociedad en general. Finalmente, las características de celeridad y concentración se traducen en el

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 60.

desahogo de las pruebas en audiencia única para que el juicio se realice en forma rápida y expedita.

Pero un sistema acusatorio oral no es simplemente un procedimiento rápido mediante una audiencia verbal; un verdadero sistema acusatorio implica mantener un control jurisdiccional de todas las fases del sistema de justicia penal, desde el inicio de la averiguación hasta la ejecución final de las sanciones, lo que, bien aplicado, disminuye las violaciones a derechos humanos que mayormente se dan en las fases de investigación del hecho y ejecución de las penas; por lo que estimo necesario explicar cómo se conforma actualmente el sistema de justicia penal mexicano, y compararlo con el sistema de justicia penal español, que es prácticamente el modelo que se retoma en las propuestas de reforma.

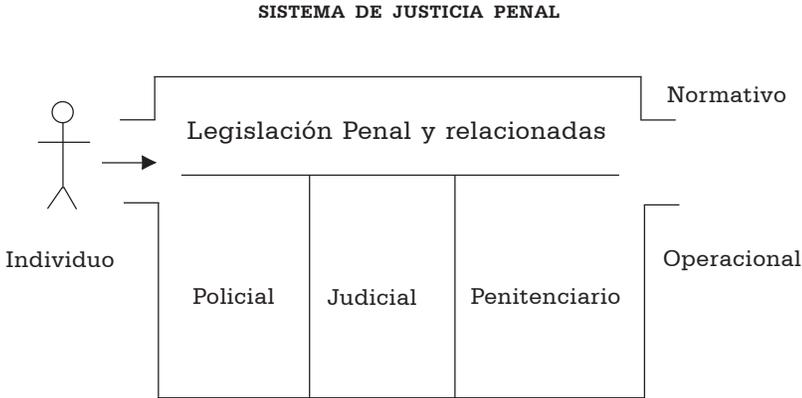
### C. El sistema de justicia penal en México

El sistema de justicia penal en México<sup>23</sup> se integra por un sector normativo o legislativo y un sector operativo, que se refiere a las acciones realizadas por los subsistemas de procuración de justicia, integrado por el sector policial que preside el Ministerio Público; el de administración de justicia, que incluye el jurisdiccional dirigido por el Juez, y el de ejecución de sanciones o sector penitenciario que está a cargo de la autoridad

---

<sup>23</sup> ZAMORA GRANT, José, *La víctima en el sistema penal mexicano*, Inacipe, México, 2002, p. 114.

ejecutora, y puede ser representado de la siguiente manera:



El sector normativo se conforma por el cúmulo de leyes (sustantivas —define los bienes jurídicos merecedores de protección— y adjetivas —establece los procedimientos para la determinación de la responsabilidad y la aplicación de una pena—) que contiene todas y cada una de las disposiciones observadas de manera obligatoria en el Estado, relacionadas con el derecho punitivo.

El sector operativo, y de aplicación práctica del normativo, se integra, en un primer momento, por un subsector policial, que no se refiere en sí a la policía preventiva y/o estatal, sino a aquella entidad de la administración pública dependiente del Poder Ejecutivo, que se encarga de la investigación de los delitos, ubicación y explicación de las conductas desviadas; es decir, el Ministerio Público, quien propondrá al Juez que determinada conducta sea calificada como delito

y su autor como delincuente. Es la primera institución que enfrenta el conflicto criminal y se auxilia de los cuerpos policíacos para reprimir los comportamientos valorados como transgresores de los bienes fundamentales del hombre.

Luego aparece el subsector jurisdiccional, es decir, del Poder Judicial o autoridad encargada de la aplicación de la norma al caso concreto; los Jueces tienen la obligación de declarar el derecho con motivo de la comisión de un hecho presuntamente delictivo; se valoran los hechos y determinan si se dio el delito y la culpabilidad del individuo; tiene una función netamente garantista, pues es aquella que impondrá las penas al acusado por el representante social o Ministerio Público.

Finalmente, encontramos el subsector penitenciario, que nuevamente (al igual que el policial) se identifica con la autoridad administrativa integrante del Poder Ejecutivo, a la que le corresponde organizar el sistema de ejecución de las penas impuestas, orientado al logro de la readaptación social del sujeto que cometió el delito; el Estado tiene la obligación, tanto de sancionar al sujeto que lesiona un bien tutelado, como la de otorgarle los medios para su reintegración a la sociedad; su función entonces será la terapéutica.

El conflicto en México es que en el subsector policial, encontramos la llamada averiguación previa, que es escenario frecuente de violaciones graves a los derechos humanos, por detenciones ilegales, privación de la libertad, incomunicación, tortura y confesión, intervención de domicilio y comunicaciones privadas; y lo

más delicado es que en el subsector jurisdiccional se otorga pleno valor a las diligencias recabadas por el Ministerio Público, siempre y cuando cumplan con los «requisitos de ley». La autoridad judicial valora las pruebas recabadas durante la averiguación previa en forma plena, sin que el inculpado tenga una real posibilidad de defensa, puesto que las primeras probanzas, de acuerdo al principio de inmediatez, tienen mayor valor que las recabadas o rendidas con posterioridad. Y finalmente, no existe control judicial de la ejecución, por lo que la autoridad penitenciaria es arbitraria en el tratamiento de los sentenciados y en la forma de hacer cumplir las sanciones.

#### D. El sistema de justicia penal en España

El sistema de justicia penal en España se estructura<sup>24</sup> desde la perspectiva del interés común, por lo que el *Ius Puniendi* corresponde en exclusiva al Estado, el cual aplicará el derecho penal en forma exclusiva, a través de sus Tribunales, mediante un proceso en el que se escuche a los sujetos procesales; por lo que en los casos en que se estime la existencia de un hecho delictivo, el proceso debe ponerse en marcha a través del Ministerio Fiscal o la persona que asuma la posición activa de la parte acusadora; en consecuencia, comprende básicamente un proceso de declaración, compuesto por un procedimiento preeliminar, el juicio oral, y la ejecución

---

<sup>24</sup> GONZÁLEZ, MENDIETA, BUSCAGLIA Y MORENO, *El sistema... op. cit.*, p. 270.

penal; esto puede ser representado de la siguiente manera:<sup>25</sup>

SISTEMA DE JUSTICIA PENAL



En el caso de que exista un hecho que pueda constituir delito, y una vez que se tenga la noticia de su realización, el Juez de instrucción, auxiliado por la Policía Judicial, recabará las pruebas necesarias que le ayuden a comprender la realidad de ese supuesto fáctico, respetando todos los derechos y garantías de los involucrados, siendo auxiliado por el Ministerio Fiscal, que, como vigilante de la legalidad y el respeto al Estado de derecho, finalmente será el que decida si ejerce la acción penal ante los Tribunales, el cual puede ser acompañado por otros acusadores que hagan valer sus derechos en el proceso; por lo que una vez ejercida dicha acción, entra en escena el Juez de orden de aprehensión,

<sup>25</sup> Cuadro basado en lo expuesto por GONZÁLEZ, MENDEIETA, BUSCAGLIA Y MORENO. *Ibidem*, pp. 272 y 282.

que decidirá si se detiene o no al imputado para el inicio del juicio oral; y una vez de terminado lo anterior, aparece el Juez de lo Penal, o Tribunal central que llevará a cabo el juicio oral, en el que se desahogarán las pruebas, serán calificadas y valoradas, y se emitirá la sentencia correspondiente, declarando o no la existencia del delito y la responsabilidad del imputado en su comisión; para luego ejecutar y vigilar el cumplimiento de las penas impuestas y declaradas en esa determinación.

En síntesis, investigar o instruir, acusar y juzgar, son actividades que se encomiendan a órganos diferentes, sin posibilidad de que uno pueda asumir la función del otro.<sup>26</sup> Así, un Juez instruye la causa, el Ministerio Fiscal u otros sujetos ejercen la acusación, y un Juez distinto al que instruye, dicta la sentencia.<sup>27</sup>

El proceso penal en España responde a un modelo mixto,<sup>28</sup> en el cual se distinguen dos fases: una de instrucción, con reflejo en formas inquisitivas, pero tiende a respetar el proceso contradictorio; y otra fase de juicio o decisoria, oral y pública, inspirada en los principios de contradicción, concentración e inmediación, que es iniciada sólo si existe acusación.

---

<sup>26</sup> A pesar de lo anterior, existe una excepción en la cual el Ministerio Fiscal tiene funciones instructoras, que es en el proceso penal de menores. En los restantes procesos penales, es decir, en casi la totalidad, la instrucción está encomendada a un Juez de Instrucción. GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro. «Las partes acusadoras en el proceso penal español por delitos», en *Temas de derecho procesal penal de México y España*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 308.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, «Aspectos generales sobre el proceso penal español», en *Temas ...*, *op.cit.*, p. 51.

A diferencia del procedimiento penal mexicano, en el sistema penal español, estas dos fases procesales son completamente jurisdiccionales. En México, la investigación previa se encomienda al Ministerio Público, que se encuentra fuera del Poder Judicial, y dentro de la administración del Ejecutivo. En España, la instrucción corresponde a los órganos jurisdiccionales y no al Ministerio Fiscal.<sup>29</sup>

En un análisis comparativo, la estructura del sistema español ofrece mayores garantías al imputado en la conformación de las actuaciones preparatorias del juicio, ya que en la instrucción se toman decisiones de trascendencia para afectar los derechos fundamentales del inculpado, por lo que el legislador optó por este modelo en el cual, quien dirige las actuaciones, es un órgano estatal independiente y autónomo del Poder Ejecutivo.

El respeto a los derechos del imputado y la mixtura de los sistemas inquisitivo y acusatorio, se observan cuando cada una de esas fases del proceso penal se encomienda a dos Tribunales diferentes; la primera al Juez de instrucción, cuyo objetivo es el de averiguar el hecho, determinar la concurrencia o no de indicios racionales de criminalidad y poner al sospechoso a disposición judicial para la segunda fase, que es la etapa del juicio oral, público, contradictorio y con plenitud de garantías para los sujetos procesales, a cargo de otro Tribunal judicial, que emite la sentencia en función de lo alegado y probado por las partes en el juicio, y cuyo comienzo depende de un acto de acusación formal

---

<sup>29</sup> MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Reformas... op. cit.*, p. 55.

contra el inculpado, formulado por el Ministerio Fiscal, o cualquier persona con legitimación, en clara demostración de que el interés público está presente en el proceso penal y es compatible con el sistema de enjuiciamiento contradictorio.<sup>30</sup>

De esta explicación surge la pregunta del ¿por qué atribuir cada una de las fases a órganos jurisdiccionales diferentes?, lo cual se responde con el principio del *derecho al Juez no prevenido*,<sup>31</sup> como derecho fundamental incluido en el proceso garantista, pues a través de éste se pretende evitar, en aras de la imparcialidad del juzgador, la formación en el tribunal sentenciador de cualquier prejuicio en favor o en contra del inculpado, que pudiera adquirir internamente de haber participado en la instrucción; por ello la creación de los juzgados de lo penal y de los juzgados centrales de lo penal, acorde al contenido del artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>32</sup>

Esto es lo que se busca en la reforma al sistema penal mexicano, ya que en su actual conformación, el mismo Juez que ordena la apertura del proceso y sujeta a prisión al inculpado, es el mismo que lleva la fase de juicio y dicta la sentencia y, regularmente, se forma el prejuicio en contra del imputado, pues desde la formal prisión valora las pruebas en su perjuicio y, por otro lado, el Juez no tiene control de la averiguación previa y la ejecución penal, por lo que el Ministerio Público y el Ejecutor, actúan arbitrariamente.

---

<sup>30</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, «Aspectos...» *op. cit.*, p. 54.

<sup>31</sup> Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional Español.

<sup>32</sup> SENDRA, GIMENO, Vicente, *Derecho Procesal*, t. II, vol. I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, pp. 65 y 66.

## E. ¿Qué pasa en México?

Los sistemas procesales penales que han existido<sup>33</sup> son el inquisitivo (donde el proceso es secreto, escrito, y el inculcado tiene nula la posibilidad de defenderse), el acusatorio (donde el procedimiento es público, oral y el inculcado cuenta con igualdad frente al acusador y con amplias facultades de defensa, limitando la arbitrariedad de las autoridades), y el mixto (que combina las características de los anteriores).

De acuerdo a los elementos de esos sistemas procesales (inquisitivo, acusatorio y mixto), en el sistema de justicia penal mexicano, la tendencia o modelo seguido con mayor preponderancia, en la teoría, es el acusatorio; aunque en la realidad no es más que una modalidad disfrazada de un sistema inquisitivo, que se evidencia con más fuerza y claridad en el período de la averiguación previa; lo que se ha provocado en gran medida por la interpretación judicial.

En la averiguación previa, el Juez instructor desapareció para sólo cambiar de nombre al de Ministerio Público, que se erige en Juez-policía, y que la práctica y los criterios jurisprudenciales lo institucionalizaron en una etapa procesal en la que investiga, desahoga y valora pruebas ante sí mismo.

En el sistema penal mexicano, se acentúa el carácter administrativo de la intervención penal por la extensión de las medidas de policía y de la prisión

---

<sup>33</sup> SOSA Y FERNÁNDEZ, *Juicio oral en el proceso pena*, Editorial Astrea, Argentina, 1994, pp. 2-3.

preventiva en contra del derecho a la presunción de inocencia; existe una creciente discrecionalidad del poder punitivo del Estado por el carácter vago e indeterminado de los tipos penales; en la práctica, se limitan los derechos de defensa en la fase de averiguación previa,<sup>34</sup> pues se niega la expedición de copias de la investigación cuando las solicita el inculpado o su defensor, o también se niega la práctica de pruebas ofrecidas por estos sujetos procesales; se incrementan las decisiones judiciales arbitrarias, debidas, no tanto a malos Jueces, sino a técnicas legislativas caracterizadas por un lenguaje confuso, amplio y genérico, basados en el abuso de figuras de delito de formulación indeterminada; se otorga pleno valor a las diligencias recabadas por el Ministerio Público, siempre y cuando cumplan con los requisitos de ley e, inclusive, sirven de base para abrir procedimientos sumarios, siempre y cuando se conforme con el auto de formal prisión decretado con base a tales medios de convicción; así como de premiso de atenuación o agravaciones de la pena, en relación con el grado de colaboración prestado por el inculpado al sujeto procesal acusador.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Existen infinidad de quejas que han sido declaradas fundadas por la Comisión Estatal de Derechos Humanos, y amparos concedidos por el Poder Judicial de la Federación, en virtud de que los Agentes del Ministerio Público investigadores, de la Procuraduría General de Justicia de Aguascalientes, niegan la expedición de copias de actuaciones a los inculcados o sus defensores; también niegan el desahogo de pruebas de descargo, pretextando que son inconducentes, o no hay tiempo para su desahogo; todo con el claro fin de limitar la defensa del procesado. Fuente: estadísticas de la Comisión de Derechos Humanos de Aguascalientes; <http://www.dhags.org>.

<sup>35</sup> Véanse los artículos 35, 36 y 37 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 7 de noviembre de 1996, en la que se otorgan premios o beneficios, a los inculcados que cooperen en la persecución de los demás partícipes.

Entonces, ¿por qué se mantiene vivo ese sistema inquisitivo en el procedimiento penal?, esto se debe principalmente a una falta de cultura de respeto a los derechos humanos que mantiene una mentalidad inquisitiva dentro de los actores que componen el sistema de justicia penal, cuando por el contrario, el desarrollo del derecho penal ha buscado lograr ser el instrumento donde más se reivindicuen y respeten esos derechos fundamentales del hombre, al establecer rígidos límites a la actividad de la autoridad. Como lo señala Zaffaroni, la realidad nos muestra que todas las garantías penales naufragan frente a una ley procesal que posibilite la arbitrariedad del Ministerio Público en la averiguación previa, y deja al Poder Judicial como un organismo que parece creado para limitarse a cubrir la mera forma republicana con su participación nominal.<sup>36</sup>

## F. ¿Qué se propone para México?

Si bien puede afirmarse que tanto el sistema de justicia mexicano como el español, revisten características mixtas en las que predomina el modelo acusatorio, ya que desde la etapa de investigación, el inculcado tiene derecho a conocer sobre las pruebas, los hechos, y se le da posibilidad de contradecir y ejercer su defensa; también lo es que en la realidad del sistema penal mexicano, el Ministerio Público, dependiente de un Poder

---

<sup>36</sup> ZAFFARONI, Eugenio, *Sistemas penales y derechos humanos en América latina (informe final)*, documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), Ed. DePalma, Buenos Aires, 1984, p. 258.

Ejecutivo, se olvida de su buena fe en la integración de esa etapa investigadora y, en forma inquisitiva, resuelve sobre las libertades y derechos del inculgado, sin tener control de un juzgador de garantías, como sí lo hay en el sistema español, donde el órgano jurisdiccional es el que investiga, en forma imparcial e independiente, y si encuentra datos de la existencia de un delito y la probable comisión de una persona, el Ministerio Fiscal o alguno de los acusadores, pueden ejercer acción penal, para que otro juzgador, no prevenido ni prejuzgado, intervenga y resuelva si es procedente esa acusación.

Nuestro sistema penal necesariamente debe ser reformado, de tal forma que se transfiera el poder y las funciones del Ministerio Público a los órganos jurisdiccionales, para que se realice eficazmente el principal derecho constitucional de los ciudadanos de ser juzgados por los Jueces. Esto conllevará a la posibilidad de que los juicios penales se desarrollen plenamente y desde el principio ante los Jueces, manteniéndose los procesados en libertad, salvo los casos de delitos muy graves.

Esta reforma implica además, una auténtica conversión de los especialistas y de la sociedad en general a partir de la toma de conciencia de que los tintes inquisitorios de nuestro sistema de justicia penal, lejos de contribuir a la seguridad pública, generan desconfianza de la población hacia las autoridades.

La reforma implica, no la implementación de un simple juicio oral, sino de un verdadero sistema acusatorio que acabe con el inquisitivo, para que los Jueces de Instrucción, llamados Ministerios Públicos, estén con-

trolados por el juzgador, y sean completamente imparciales frente al inculpado. Bajo un esquema inquisitivo, la averiguación de la verdad es secreta, e interesa más la decisión justa que los medios para llegar a ella; el papel de la defensa resulta irrelevante o se le considera como un obstáculo para la marcha del juicio; entonces, el objeto primordial del proceso no es el hecho punible, sino la personalidad criminal del acusado. Así, la separación del Juez y la acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tiene atribuidas las de postulación, sino también el papel de parte asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del Juez respecto a las partes de la causa, que es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del Juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio.<sup>37</sup>

La reforma esencial al sistema de justicia penal implica quitarle todo el poder de autoridad al Ministerio Público dentro de la averiguación previa, para que los inculcados dejen de ser tratados en forma indigna, con violación a sus derechos humanos, y se les respeten sus garantías de defensa, para que el proceso

---

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 567.

cumpla en mejor forma con su finalidad de administrar justicia sin la obtención de pruebas en forma ilegal.

La averiguación previa o fase inicial del procedimiento penal es el momento más potestativo de toda la actividad procesal, ya que es donde hay menor saber, supuestamente por la presunción de inocencia, pero mayor poder, por la falta de vigilancia de la autoridad judicial; por ende, para asegurar la separación del Juez de la acusación, se necesitan, además, otras garantías procesales específicas, como las relativas a la conducción de la instrucción, la publicidad del juicio, las modalidades del interrogatorio, y las técnicas de formación y refutación de pruebas.<sup>38</sup>

Si el Juez no puede tener funciones acusatorias, la acusación pública no debe tener funciones judiciales; por tanto, deben excluirse todos aquellos poderes, típicamente judiciales, como la restricción de la libertad personal, o el desahogo del interrogatorio del inculcado, que se otorgan al Ministerio Público, ya que no debe tener otra atribución, que no sea la de acusar;<sup>39</sup> puesto que si tiene poderes para formar procesos, dirigirlos, e influir de algún modo en las fases escritas que, posteriormente, tendrán un valor probatorio en contra del acusado, deja de ser un simple investigador, para constituirse en un Juez de parcialidad.

Por ello, se deben crear normas ordinarias claras que excluyan del proceso judicial los medios de violación a esos derechos; lo cual se traducirá en un elemento

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 582.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 583.

disuasivo para las autoridades que abusan de su poder, pues verían que los juzgadores rechazarán las acusaciones, porque se encuentran basadas en medios originados por vulneraciones a los derechos del acusado, dentro de la investigación. La reforma provocará que las autoridades ministeriales y policiales, realicen con mejores y eficaces técnicas sus funciones constitucionales; no busquen obtener pruebas en forma ilícita, sino que obtengan las necesarias para acreditar el hecho punible, tanto aquellas que beneficien al inculpado como las que lo perjudiquen, y así el derecho cumpla con sus fines valorativos, normativos y reales, al resolver los problemas sociales de manera justa.

No basta una reforma legal, por buena que sea, para acabar con ese problema de aplicación de un sistema inquisitivo violatorio de derechos humanos; pues se reitera que el sistema acusatorio estaba previsto desde la Constitución de 1917. El sistema inquisitivo debe eliminarse no sólo desde un ámbito legal, sino también del punto de vista valorativo y sociológico de nuestro sistema de justicia.

El sistema garantista ya está dado en nuestra Constitución, por lo que además de la reforma a las leyes ordinarias o procesales, el otro cambio es el de mentalidades de todos los individuos que integramos las instituciones y formamos parte del Estado, pues mientras la sociedad, por estereotipos y convencionalismos sociales, siga pidiendo un culpable, y no un responsable, para sentirse segura, y la autoridad sea lo que le entregue con claros fines de justificación social, en esa línea educativa seguiremos creciendo, y todos seguiremos trabajando para ese fin, y no para el de garantizar

los derechos humanos de los gobernados; pues, en palabras de Paulo Freire, «la realidad no es así, la realidad está así; y está así, no porque ella quiera. Ninguna realidad es dueña de sí misma: esta realidad está así porque estando así sirve a determinados intereses del poder. Nuestra lucha es por cambiar esta realidad y no acomodarnos a ella».

## Bibliografía

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología», en *El pensamiento criminológico*, vol. II, Estado y Control, Editorial Temis, Colombia, 1983.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, España, 2002.

\_\_\_\_\_, *Derechos y garantías; la ley del más débil*, Editorial Trotta, España, 1999.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo y Escobar Roca, Guillermo, «Estado de Derecho», cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, en del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, «Aspectos generales sobre el proceso penal español», en *Temas de derecho procesal penal de México y España*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

GONZÁLEZ, MENDIETA, BUSCAGLIA y MORENO, *El sistema de justicia penal y su reforma*, 1ª. ed., Distribuciones Fontamara, Aquesta Terra y Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A. C., México, 2005.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro, «Las partes acusadoras en el proceso penal español por delitos»,

en *Temas de derecho procesal penal de México y España*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, Colección de estudios, núm. 28, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004.

MORALES BRAND, José Luis Eloy, *La declaración del inculpado. Medio de defensa o prueba de cargo*, Editorial de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2006.

\_\_\_\_\_, *Nuevo curso de la parte general del derecho penal*, 3ª. ed. actualizada, Talleres de Impresión Digital de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2007.

\_\_\_\_\_, *Reformas al sistema de justicia penal en México*, Editorial Epiqueia, México, 2007.

\_\_\_\_\_, *El artículo 21 constitucional ¿Seguridad jurídica en el ejercicio de la acción penal?*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *El derecho penal del enemigo*, 1ª. ed., Serie de Conferencias Magistrales b. 6, INACIPE, México, 2003, p. 25.

ORTIZ, Serafín, *Los fines de la pena*, Instituto de Capacitación de la PGR, México, 1993.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Teoría Constitucional*, Editorial Jurídica ConoSur Itda, Chile, 1997.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, Editorial Porrúa, México, 2001.

\_\_\_\_\_, *La reforma penal española de 2003*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología*, Editorial Porrúa, México, 2000.

SAURRE, Oscar Emilio, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal*, Editorial Universidad, Argentina, 1998.

SENDRA, Gimeno, *Derecho Procesal*, t. II, vol. I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.

Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional Español.

Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional Español.

SOSA Y FERNÁNDEZ, *Juicio oral en el proceso penal*, Editorial Astrea, Argentina, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio, *Sistemas penales y derechos humanos en América latina (informe final)*, documento final del programa de investigación desa-

rrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), Buenos Aires, DePalma, 1984.

ZAMORA GRANT, José, *La víctima en el sistema penal mexicano*, Inacipe, México, 2002.



CASAS DE LA  
CULTURA JURÍDICA



## **Lecciones magistrales**



**Ponentes en conferencias magistrales  
de la Casa de la Cultura Jurídica  
“Ministro Teófilo Olea y Leyva”,  
en Cuernavaca**

- Lic. Rubén Paulo Ruiz Pérez  
Poder Judicial de la Federación, Juez Cuarto de Distrito  
del XVIII Circuito Judicial  
“Presentación de las instituciones judiciales francesas”  
04 de marzo de 2008
- Lic. Hertino Avilés Albavera  
Tribunal Estatal Electoral  
“La Suprema Corte, Tribunal Constitucional en México”  
Jornadas de Promoción de la Cultura Jurídica  
12 de marzo de 2008
- Mtro. Carlos Agustín Barreto Zamudio  
Escuela Nacional de Antropología e Historia  
“Por qué debemos conocer los archivos judiciales”  
Jornadas de Promoción de la Cultura Jurídica  
13 de marzo de 2008
- Lic. Guillermo del Castillo Vélez  
Poder Judicial de la Federación

“La importancia de la labor del juzgador”  
Jornadas de Promoción de la Cultura Jurídica  
13 de marzo de 2008

- Ministro José Ramón Cossío Díaz  
Suprema Corte de Justicia de la Nación  
“La enseñanza del Derecho Constitucional en México”  
13 de marzo de 2008
  
- Ministro Genaro David Góngora Pimentel  
Suprema Corte de Justicia de la Nación  
“Insuficiencia del Juicio de Amparo para el Acceso a la Justicia Ambiental”  
Seminario de Derecho Ambiental  
05 de junio de 2008
  
- Dr. Juan Manuel Gómez Rodríguez  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos  
“La Cuestión Prejudicial de Interpretación y su Legitimidad Democrática en el Proceso de la Constitucionalización de la Unión Europea”  
09 de julio de 2008

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos Serifa BT de 8, 10, 12, 14 y 17 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares. Abril de 2010.

