

LA AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y LAS «FUNCIONES ESENCIALES» DE SU SISTEMA JURISDICCIONAL*

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

SUMARIO

- I. Introducción: la renovada defensa de la autonomía del ordenamiento de la Unión y sus consecuencias sobre el sistema jurisdiccional.
- II. Las razones del sistema.
- III. Razones limitadas y motivos para la apertura de la función jurisdiccional.
- IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN: LA RENOVADA DEFENSA DE LA AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL SISTEMA JURISDICCIONAL

En el año de su cincuenta aniversario, la célebre sentencia del Tribunal de Justicia, *Van Gend & Loos*¹, es una manera oportuna de abrir este ensayo, especialmente con el párrafo en el que declaró:

«[...] ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales».

* Una versión inicial de las ideas recogidas en este ensayo se presentó en el seminario de juristas españoles celebrado el 12 de diciembre de 2012 en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aprovecho para agradecer la invitación al Abogado General Pedro Cruz Villalón y las sugerencias de los participantes.

¹ Sentencia de 5 de febrero de 1963, Rec. p. 336.

Desde el primer instante, esta reivindicación de la autonomía del ordenamiento comunitario cobró carácter fundacional². No en vano, al Tribunal de Justicia le sirvió para ir ampliando el cuerpo de principios estructurales, y la doctrina lo utilizó en la justificación del carácter constitucional de la integración europea³.

Sin embargo, en la segunda parte de los años noventa, la apelación a la autonomía, en su formulación expresa, fue desapareciendo de la jurisprudencia. El Dictamen 1/91 supuso un colofón que parecía dejar el asunto zanjado⁴, bastando en adelante con invocar sintéticamente «la naturaleza» del ordenamiento⁵. A esa consolidación contribuyeron algunos acontecimientos que fueron ganando terreno a finales de los noventa y la primera década del nuevo siglo. Me refiero a la plena asunción por los jueces ordinarios del significado de la primacía. Asimismo, a una creciente cooperación de los Tribunales Constitucionales garantizando la correcta aplicación del derecho de la Unión en la jurisdicción ordinaria, pero, sobre todo, comenzando ellos mismos a cooperar institucionalmente mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial. Además, los flancos más débiles de la autonomía pasaron a debatirse al amparo de otras categorías, singularmente el principio democrático, los contralímites o el pluralismo sin jerarquía. Y, por último, la plena eficacia jurídica de la Carta ha trasladado la idea de la autonomía al lenguaje propio de la teoría de los derechos fundamentales, manifestándose ahora en ideas como el ámbito de aplicación, los límites a los derechos, el principio de proporcionalidad o las tradiciones constitucionales.

De repente, el concepto de autonomía ha vuelto al centro del escenario. Y lo ha hecho con vigor renovado, pues no solo justifica los atributos de las normas de la Unión —primacía y eficacia—, sino que también pretende explicar la particular estructura del sistema jurisdiccional. Me refiero, como el lector lo habrá ya imaginado, al Dictamen 1/09⁶, en cuyo apartado 85 el Tribunal de Justicia ha declarado que:

2 Véase, por ejemplo, su comparación con *Marbury*, D. HALBERSTAM, «Constitutionalism and Pluralism in *Marbury* and *Van Gend*», *Public Law and Legal Theory Working Paper Series—University of Michigan Law School*, 2008; es llamativo que esta decisión sea tomada para explicar el concepto de «revolución judicial», T. SCHILLING, «Justizrevolutionen», *Der Staat*, Vol. 51, núm. 4, 2012, pp. 525-558, en p. 545; o sobre la estrategia para lograr su asentamiento, A. VAUCHEZ, «The transnational politics of judicialization. *Van Gend en Loos* and the making of EU polity», *European Law Journal*, Vol. 16, núm. 1, 2010, pp. 1-28.

3 Por todos, E. STEIN, «Lawyers, Judges, and the making of a transnational Constitution», *American Journal of International Law*, Vol. 75, núm. 1, 1981, pp. 1-27; y, M. MANCINI, «The making of a Constitution for Europe», *Common Market Law Review*, Vol. 26, 1989, pp. 595-614. Este uso «análogo» del concepto de Constitución serviría únicamente para explicar su ordenamiento jurídico, pero no su relación con otros ordenamientos, véase P. CRUZ VILLALÓN, «La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo», en su libro *La Constitución inédita*, Trotta, Madrid, 2004, p. 29 y ss.

4 Como «carta constitucional» calificó el citado dictamen a los tratados, Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. I-6099, ap. 21.

5 La idea de la autonomía, expresada en la referencia a la existencia de un «nuevo ordenamiento» ya no se invoca, por ejemplo, para justificar el principio de interpretación conforme, Sentencia de 13 de noviembre de 1991, *Marleasing*, C-106/89, Rec. I-4556. Y muy ilustrativo es el reconocimiento del principio de responsabilidad por incumplimiento, pues resulta interesante comparar cómo el argumento de la autonomía es utilizado de forma expresa en la Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Franovich*, C-6/90 y 9/90, Rec. I-5403, ap. 31, y, sin embargo, ya no aparece en la Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pecher y Factortame*, C-46/93 y 48/93, Rec. I-1131.

6 Dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011. Como es sabido, la cuestión debatida consistía en analizar los límites jurídicos de la celebración por parte de la Unión (y en paralelo a los Estados Miembros) de un tratado internacional —Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes, que crearía una jurisdicción

«[...] las funciones atribuidas respectivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia son esenciales para la preservación de la naturaleza misma del Derecho establecido por los Tratados.»

Es decir, el sistema jurisdiccional de la Unión se explica a partir de las características del ordenamiento al que sirve, de suerte que alterar una de las piezas supone modificar la otra. A partir de esta tesis, el Tribunal de Justicia desgrana y renueva los principios clásicos de su doctrina. A saber, que los tratados constitutivos han creado un ordenamiento cuyos sujetos son los Estados contratantes, pero también sus nacionales; y sus disposiciones poseen como «rasgos esenciales» la primacía y el efecto directo (apartado 65). En este contexto, al sistema jurisdiccional (Tribunal de Justicia y órganos judiciales de los Estados miembros) le corresponde «garantizar el respeto de ese ordenamiento» (apartado 66) mediante un sistema de cooperación (apartado 84). Concretamente, al Tribunal de Justicia le toca «garantizar la autonomía del sistema jurídico de la Unión» (apartado 67) y a los tribunales estatales «garantizar la aplicación del Derecho de la Unión [...] y la tutela judicial de los derechos que este ordenamiento confiere a los justiciables» (apartado 68). Y para que en esa tarea de los jueces estatales no existan divergencias que quiebren la uniformidad de los efectos del derecho de la Unión, se establece una obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial cuando se dude sobre la interpretación o la validez de las disposiciones comunitarias (apartados 83 y 84). Finalmente, el Tribunal de Justicia controla el correcto ejercicio de esa tarea mediante los mecanismos procesales que le permiten constatar incumplimientos (apartado 86).

Los argumentos esgrimidos en el Dictamen 1/09 merecerían por sí mismos una atención detenida⁷. Pero es que además apuntan a un problema de principio, el relativo a las posibilidades y límites en la internacionalización de la potestad jurisdiccional de la Unión. Es verdad que este no es un tema nuevo⁸, si bien ahora gana una relevan-

especial tanto en su competencia (resolver en exclusiva los litigios sobre la patente comunitaria y europea) como en su diseño institucional (fuera de la Unión y de los Estados Miembros, encarnada en una organización internacional y con una planta territorial particular). El Tribunal de Justicia resuelve la controversia concluyendo que no se puede celebrar un tratado que atribuya siquiera parcialmente la jurisdicción a un complejo sustitutivo de los órganos nacionales en su condición de jueces ordinarios del derecho de la Unión, convirtiéndose así en el interlocutor único del Tribunal de Justicia dentro del ámbito de las patentes, pero sin que éste último pueda controlar su correcta aplicación e interpretación del ordenamiento, sea través del recurso por incumplimiento o la acción de responsabilidad por daños (ap. 79, 80, 86 y 87). Por otro lado, no se deben dejar de lado las Conclusiones de los Abogados Generales de 2 de julio de 2010, en cuyo apartado 113 sugieren distintas soluciones –recurso de casación, recurso en interés de ley o reexamen– para garantizar la autonomía del ordenamiento de la Unión y la posición del Tribunal de Justicia como intérprete supremo.

7 Con un cierto criterio selectivo, pues la bibliografía ya es bien amplia, creo que merecen la pena para un acercamiento crítico, M. CIENFUEGOS MATEO, «La trascendencia de la función como jueces ordinarios del derecho de la Unión Europea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A propósito del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, del Tribunal de Justicia», *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 26, 2012, pp. 1-25; L.N. GONZÁLEZ ALONSO, «¿Fundamentalismo constitucional en Luxemburgo? El Tribunal de Justicia y los límites a la autonomía del sistema jurídico de la Unión a la luz del Dictamen 1/09», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 43, 2012, pp. 251-274; J. ALBERTI, «Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario», *Il Diritto dell'Unione Europea*, núm. 2, 2012, pp. 367-396; R. BARATTA, «National Courts as Guardians and Ordinary Courts of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ», *Legal Issues of Economic Integration* 38, núm. 4, 2011, pp. 297-320.

8 En el ya citado Dictamen 1/91, el Tribunal de Justicia declaró que, en principio, el derecho de la Unión no se opone a un acuerdo internacional que contenga su propio sistema jurisdiccional y el sometido

cia político-constitucional inédita. El asunto de las patentes, señalado una y otra vez como una exigencia fundamental en el progreso económico de la Unión, es síntoma de su importancia. La cual crece cuando consideramos que las medidas destinadas a configurar un marco de rescate financiero han acabado situándose fuera de la Unión, aunque en paralelo, de manera que sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, desempeñan competencias en otro espacio jurídico formalmente separado⁹. Y qué decir del significado constitucional que conlleva la futura ratificación por parte de la Unión del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los trabajos preparatorios, así como los estudios doctrinales, han señalado que uno de los escollos principales consiste en encontrar las fórmulas procesales que permitan cerrar el círculo, salvaguardando la autonomía del ordenamiento de la Unión a la vez que el respeto del Convenio¹⁰.

La renovada defensa que el Tribunal de Justicia hace del concepto de autonomía contrasta con los impulsos políticos que intentan abrir la jurisdicción de la Unión, sea prolongando su intervención hacia fuera, o reconociendo competencia a tribunales ajenos a ella. Dada esta situación paradójica, mi intención es reflexionar sobre el vínculo entre autonomía del ordenamiento y funciones esenciales del sistema jurisdiccional. Para ello, en el epígrafe II, al modo de un intento de arqueología jurídica, me planteo cuáles han sido las razones constitucionales que condujeron a diseñar ese vínculo que el Tribunal de Justicia ha subrayado. En mi opinión, tres divisiones esenciales —la funcional, la institucional y la de parámetros de validez— dan sentido al modelo de cooperación vigilada que sostendría la autonomía del ordenamiento. A continuación, en el epígrafe III, intento mostrar las debilidades actuales del sistema jurisdiccional de la Unión. En primer lugar, pese a que el Tribunal de Justicia hace causa firme de la autonomía, la realidad y las propias exigencias de los Tratados constitutivos llaman a su complemento por otros actores. La pregunta esencial es saber qué función cumplen tales actores en esa labor de adición. En segundo lugar, la tutela que ofrece el sistema jurisdiccional de la Unión es hoy doblemente asimétrica. De un lado, porque no extiende la garantía de la tutela judicial mediante recursos; de otro, porque opera de forma distinta si controla actos del Estado o de los particulares. Finalmente, intentaré defender que estos dos flancos abiertos —una autonomía necesitada de complemento y una tutela asimétrica— explican al menos la razón política encaminada a abrir la jurisdicción más allá de la Unión.

miento de la Unión a las decisiones de ese Tribunal (Dictamen 1/91, ap. 40 y 70). Poco después añadió que un acuerdo internacional puede atribuir nuevas competencias al Tribunal de Justicia a condición de que no desvirtúe su función (Dictamen 1/92 de 10 de abril de 1992, Rec. I-2838, ap. 32). Y también ha aceptado que un acuerdo internacional pueda afectar a las propias competencias del Tribunal de Justicia, siempre que no altere la naturaleza de esas competencias y no ponga en peligro la autonomía del ordenamiento (Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, Rec. I-3498, ap. 21, 23 y 26).

9 De manera lícita, según la Sentencia de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12, ap. 158 y ss. Para un planteamiento general del problema, S. PEERS, «Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework», *European Constitutional Law Review*, Vol. 9, núm. 1, 2013, pp. 37-72.

10 Por todos, T. LOCK, «Walking on a tightrope: the draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the Eu legal Order», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, pp. 1025-1054; J.M. CORTÉS MARTÍN, «Adhesión al CEDH y autonomía del derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y de sus miembros y compatibilidad material», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 22, 2010, pp. 1-54.

II. LAS RAZONES DEL SISTEMA

1. El tipo de conflicto a partir del cual se construye la posición del Tribunal de Justicia

La doctrina del Tribunal de Justicia en los últimos cincuenta años ha compuesto en su foto final y a modo de síntesis un sistema cooperativo vigilado para garantizar dos fines, la autonomía del ordenamiento de la Unión y la tutela judicial de las pretensiones fundadas en ese derecho. Es significativo que el Tribunal de Justicia, en la explicación de las tareas del sistema judicial y la de su propio lugar institucional, haya renunciado a tomar el camino clásico de la especial naturaleza de la función jurisdiccional en el marco del principio de división de poderes¹¹.

Bien es sabido que la formación conceptual de la función jurisdiccional tiene tras de sí un largo proceso histórico, que comienza en tiempo de revoluciones y halla sus últimos hitos en la erección de diversos tipos de jurisdicción supra e internacional. Cabría incluso la exposición del derecho público continental a través de la perfección de la función jurisdiccional¹², entendida ésta como la proyección institucional de la igualdad

11 La distinción de la función jurisdiccional en virtud de sus propias particularidades es un lugar común dentro de nuestro entorno. El debate se centra entonces en marcar el acento en características formales o materiales, véase, por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad y con la mera voluntad de marcar una tendencia H. MAURER, *Staatsrecht I*, C.H. Beck, München, 2005, pp. 657 y ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, 3ª edición, Cedam, Padova, 1998, p. 497. En nuestra doctrina merece la pena recordar una serie de trabajos brillantes que marcaron la pauta oscilando entre lo formal y lo material, I. DE OTTO, «Estudios sobre el poder judicial», publicado inicialmente en 1989, cito ahora por su recopilación en las *Obras completas*, Universidad de Oviedo/CEPC, Oviedo, 2010, p. 1262; L.M. DÍEZ PICAZO, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 19 y ss. E incluso nos vale como ejemplo la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, elaborada no en la explicación de su función, sino para darnos a comprender qué es un órgano judicial facultado para plantear la cuestión prejudicial, fenómeno que se razona desde elementos materiales (actividad jurisdiccional) y formales (obligatoriedad de la decisión) -para una revisión de su jurisprudencia merecen la pena las Conclusiones de la Abogada General Kokott de 20 de septiembre de 2012, Belov, C-394/11, ap. 24-50. E igualmente resulta cada vez más importante la doctrina del TEDH relativa a los derechos procesales del artículo 6 del Convenio, y en la que ha hecho de la «separation of powers» un elemento capital para contrastar si la estructura material de una organización judicial, especialmente su independencia, respetan el citado precepto, por todas, dando cuenta de la doctrina anterior Oleksandr Volkov v. Ukraine, no. 21722/11, 9 de enero de 2013, § 103.

12 Primero, con la jurisdicción contencioso-administrativa, que se abre paso a través de ciertas especialidades, entre las que destaca su propio objeto, un acto administrativo firme, lo que le dará desde su inicio la forma de una tutela de apelación. El debate al respecto es ya una cuestión clásica, recientemente renovada en M. LORENTE SARIÑENA, «División de poderes y contenciosos de la Administración: una —breve— historia comparada», con la respuesta de A.M. HESPAHNA, «Un breve comentario», ambos en *Jornada 22 de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo* <http://www.fcje.org.es/?p=1693>. Y luego la jurisdicción de la ley, que emerge en nuestro continente en torno a la idea de derogación y no bajo el prisma del litigio entre partes, lo que determinará su ubicación en un órgano constitucional particular. También aquí la bibliografía es inagotable, aunque la referencia principal sigue siendo P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1987, que, sin embargo, muestra cómo desde el principio tanto el objeto —lo que sea la ley-, como los efectos de la decisión, admiten matices, véase pp. 352 y ss. y 398 y ss. No obstante, sería ahora la defensa de los derechos fundamentales la tarea principal de los Tribunales Constitucionales y la razón de su justificación primordial, véase al respecto M. AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 35 y ss; V. FERRERES COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 67.

ante la ley y la tutela frente a los abusos del poder público, que, al menos en términos lógicos, ocupa un lugar primordial en la conformación del constitucionalismo¹³. Nada más lejos de mi intención, sin embargo, acometer ahora un recuento de los avatares que han jalonado la evolución del derecho público. Tan solo aspiro a señalar que, doscientos años después, el principio de división de poderes continúa siendo el armazón intelectual desde el que los académicos explican y los tribunales comprenden la función jurisdiccional, por más que esa división de poderes ya no sea un corte entre lo legislativo, ejecutivo y judicial, sino en verdad, una separación entre el espacio de la política y el de la jurisdicción.

El Tribunal de Justicia elude cualquier argumentación en este sentido¹⁴. Tal renuncia plantea ya un interrogante mayúsculo que debe guiar siempre el análisis de la autocomprensión que manifiesta en su jurisprudencia: si el concepto de función jurisdiccional se inserta en el principio de división de poderes, nacido en el seno de una teoría política que tiene por fin la limitación del poder público y con ello la garantía de la libertad, ¿significa entonces que el camino tomado por el Tribunal de Justicia refleja una cierta despreocupación por la razón primera del constitucionalismo, esto es, la protección de la libertad? Una pregunta de este calibre es seguramente exagerada, pero muy útil para comenzar a marcar el terreno político-constitucional sobre el que construir el estatus del Tribunal de Justicia, pues hace evidente que el conflicto subyacente al principio de división de poderes carece de relevancia en la construcción conceptual de la función jurisdiccional dentro de la Unión. En verdad, la importancia cuantitativa y cualitativa reside en la oposición entre el derecho estatal y el derecho europeo. Existen al menos varias razones para explicar la significación de este conflicto.

En primer lugar, la propia idiosincrasia del derecho de la Unión, que todavía no ha perdido su razón finalista, encaminada a levantar los obstáculos estatales al proceso

13 Entiendo que son convincentes las páginas que KRIELE dedica a matizar la tesis clásica de JELLINIK, y situar entonces el primer derecho fundamental («das Ur-Grundrecht») en la reacción frente a la detención injustificada, concretamente en el habeas corpus, véase M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre*, 5ª edición, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1994, pp. 133-137. Desde otro punto de vista, la experiencia de los Estados Unidos en la frontera de los Siglos XIX y XX, muestra la potencialidad del «due process of law» como un derecho fundamental capaz de generar otros derechos fundamentales, véase L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3ª edición, Foundation Press, New York, 2000, pp. 1334 y ss.

14 Lo cual no quiere decir que el control del legislador de la Unión carezca de especiales restricciones, como ha recordado hace poco el Abogado General N. Wahl en las Conclusiones de 29 de mayo de 2013, Schauble, C-101/12, ap. 38-41. O que el equilibrio institucional no suscite controversias, por ejemplo, recientemente sobre la delegación y el concepto de elemento esencial, Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Parlamento c. Consejo, C-355/10; o en relación a la aprobación del presupuesto, Conclusiones del Abogado General Bot de 28 de mayo de 2013, Consejo c. Parlamento, C-77/11.

No faltan autores capaces de explicar el lugar del Tribunal de Justicia bajo el esquema clásico del dilema democrático. Cabe una perspectiva formal, centrada en el modo de elección de los jueces, V. EPPING, «Die demokratische Legitimation der dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaft», *Der Staat*, núm. 36, 1997, pp. 349-380. Y otra material, centrada en la posición constitucional del Tribunal de Justicia, bajo un modelo transnacional donde la solidaridad recíproca es escasa, serviría para proteger a la minoría (a una minoría de Estados Miembros) dando virtualidad al principio de «check and balances», Q. LOC HONG, «Constitutional Review in the Mega-Leviathan: A Democratic Foundation for the Europea Court of Justice», *European Law Review*, Vol. 16, núm. 6, 2010, pp. 695-716, en especial, p. 714.

de integración. La translación de poderes normativos de la periferia al centro es un dato suficiente para atender a las resistencias que se manifiestan en el proceso aplicativo.

En segundo lugar, la naturaleza política del proceso normativo de la Unión, con una larga y cautelosa génesis preparatoria y de deliberación, diseñado expresamente para buscar la integración de intereses, tiende a limar la agudeza ideológica de las disputas y, sobre todo, a vaciarlas de disonancias jurídicas. Por ello, el control de validez como vía de expresión de diferencias político-jurídicas en gran medida carece de sentido.

En tercer lugar, la importancia del conflicto entre las normas estatales y las de la Unión también ha pasado por la funcionalidad de las vías procesales que lo han articulado, a saber, el recurso de incumplimiento o la tutela de la jurisdicción ordinaria. El recurso ha servido para otorgar a la Comisión un control sobre el proceso de transposición, que palia la ausencia del principio de jerarquía administrativa en la organización de la Unión. De este modo, el monopolio de iniciativa de la Comisión ha encontrado en sus potestades de control una continuidad que le permite dotar de coherencia a todo el proceso de creación y aplicación del derecho. Por otro lado, la multiplicación de la acción a través de la tutela en sede judicial estatal actualiza uno de los principios materiales originarios de la Unión, a saber, la no discriminación por motivos de nacionalidad, destinado a tamizar los excesos del Estado nación e integrar al extranjero a través de la igualdad¹⁵ (mayormente al operador económico extranjero), ganando el estatus de ciudadanía¹⁶. Y, además, cuando se trata de hacer valer el derecho armonizado frente al derecho del estado, entonces se estaría defendiendo el clásico principio de igualdad ante la ley, de suerte que el particular reivindica recibir un trato como los restantes ciudadanos en otros Estados miembros.

En definitiva, el conflicto político-constitucional que germina en la autocomprensión del Tribunal de Justicia es bien distinto al que ha dominado el derecho público estatal. No reina la lógica de lo político frente a lo jurídico, propia del principio de división de poderes y que da los rasgos de la función jurisdiccional en el Estado constitucional. La antinomia del derecho estatal y el derecho de la Unión refleja otra tensión constitucional, concretamente la igualdad supranacional frente a la preferencia del nacional, dilema que no puede ser racionalizado bajo el axioma de la división de poderes, nacido para ordenar un problema totalmente distinto. En estas circunstancias, corresponde indagar qué criterios político-constitucionales explican el encauzamiento de la

15 Respecto al proceso de integración como esfuerzo político destinado a modular los excesos del Estado nación, por todos, J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, en especial p. 341. La traslación de este principio en técnicas jurídicas lo presenta con claridad A. SOMEK, «The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement», *European Law Journal*, Vol. 16, núm. 3, 2010, pp. 315-344, en especial p. 30.

16 La ciudadanía europea ha merecido una inagotable atención bibliográfica a tenor de sus consecuencias políticas, puesto que pretende ser una solución o alternativa desde la Unión a las categorías de soberanía y nacionalidad. Siguiendo esta idea, por todos, R. BELLAMY «Evaluating Union citizenship: belonging, rights and participation», *Citizenship Studies*, Vol. 12, núm. 6, 597-611. Concepción que se ha proyectado en el Tribunal de Justicia, como reflejan las Conclusiones de 30 de septiembre de 2009, del Abogado General Maduro en el asunto C-135/08, Rottmann, Rec. p. I-1452, en especial ap. 17. Pero la ciudadanía también ha tenido una consecuencia técnica, ampliando la extensión del principio de no discriminación y convirtiéndose en fuente de nuevos derechos, véase para un esquema clarificador F.G. JACOBS, «Citizenship of the European Union — A Legal Analysis», *European Law Journal*, Vol. 13, núm. 5, 2007, pp. 591-610.

pugna entre lo supra y lo nacional y, por consiguiente, el lugar del sistema judicial de la Unión. En mi opinión, la explicación parte de una división funcional, institucional y de parámetros de validez.

2. Las divisiones constitutivas del modelo judicial de la Unión

2.1. *La división funcional*

Es seguramente inadecuado presentar a la Unión Europea tan solo como la mera organización de un mercado. Pero creo que existe consenso, en cambio, al destacar el papel primordial que este objetivo cumplió en la formación y evolución jurídico-política del proceso de integración; anuencia que se prolonga, pienso, cuando se afirma que a día de hoy continúa siendo uno de sus elementos distintivos. Una de las tesis del presente trabajo consiste en defender que la idea originaria del mercado interior refleja una división funcional entre el Estado y las Comunidades Europeas. División que ha marcado el *adn* político, institucional y jurídico de la integración y que, pese a las modulaciones experimentadas en el tiempo, sigue caracterizando la naturaleza de la Unión, y, por tanto, aporta necesariamente consideraciones capitales respecto al sistema judicial.

La división funcional originaria, de la que actualmente dan rastro evidente los artículos 4 y 5 del Tratado de la Unión, traza una separación entre las responsabilidades del Estado constitucional y las de la Unión. Al primero le correspondería el ámbito de la política, que, *grosso modo*, abarca la generación e integración del pluralismo social (a través de la definición de los derechos civiles, del proceso de creación de derecho o la organización territorial); en su caso, las actuaciones simbólicas de integración; las medidas de policía, en especial las de seguridad interior; y la redistribución de la riqueza, que incluiría la política económica (en sus comienzos también la monetaria), la tributaria y las prestaciones de bienestar. Son todas ellas actividades que acaban dando cuerpo y rostro al *demos*, y en las que emergen las divisiones ideológicas primordiales de la comunidad.

Por el contrario, a la Unión le tocaría integrar los mercados nacionales (deshacer su proteccionismo) y a la par racionalizar el mercado interior resultante. Es este un objetivo infinitamente más modesto que el del Estado, y por ello a priori requeriría únicamente medios para dotar de eficacia al principio de no discriminación por motivos de nacionalidad, mayormente a través de las libertades fundamentales; garantizar la transparencia mediante las reglas de la competencia; un impulso de liberalización, que con el tiempo se desarrollaría en los grandes sectores antaño públicos; y, finalmente, con los llamados fondos de cohesión, instrumentos de fomento y desarrollo de los territorios más debilitados. Cobraría así el proceso de integración una función compensatoria¹⁷, de suerte que el imaginario político permanecería en el Estado, mientras que la Unión se

17 Sobre la función compensatoria, C. JOERGES y F. RÖDL, «Informal politics, Formalised Law and the «Social Deficit» of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*», *European Law Journal*, Vol. 15, núm. 1, 2009, pp. 1-19, en especial p. 8. V.A. SCHMIDT, «Re-Envisioning the European Union: Identity, Democracy, Economy», *Journal of Common Market Studies*, núm. 47, 2009, 17-42, en especial p. 21. No falta, sin embargo, quien actualmente extiende esa función compensatoria a todo el derecho internacional y la dota de elementos genuinamente constitucionales, A. PETERS, «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras

encargaría de tamizar, moldear y reducir la proyección en la economía del proteccionismo estatal. Esta funcionalidad compensatoria implica además dos corolarios. De un lado, la finitud del proyecto de integración, de manera que «la competencia sobre la competencia» queda radicada en los Estados, que conservan la última palabra sobre los Tratados fundacionales, lo que debería generar en favor de la Unión una conexión de legitimidad derivada del Estado constitucional¹⁸. De otro lado, la función esencialmente racionalizadora de la Unión provoca una cierta transformación de la política (entendida como el conflicto entre diversos intereses sociales que se alinean en grupos mayoritarios y minoritarios), pues exigiría básicamente reglas autoaplicativas, las del Tratado, y en un segundo nivel, el de la armonización¹⁹, cuya naturaleza no es equiparable a la dinámica política del Estado constitucional, donde la exteriorización de la divergencia entre los partidos dominantes es un catalizador clave.

Esta división funcional, con todos sus menoscabos²⁰, creo que explica todavía la estructura jurídica de la Unión y con ella la lógica del sistema judicial. No alcanzo a ver

internacionales», en *La constitucionalización de la comunidad internacional*, ed. A. Peters, M. Aznar e I. Gutiérrez, Tirant, Valencia, 2010.

18 Solo existen pueblos nacionales y, por ello, los parlamentos estatales deben tener la última palabra en el proceso de integración. Esta posición, que hace de los Estados «señores» de los Tratados, es ya un tema clásico desde la llamada «sentencia Maastricht» del Tribunal Constitucional Federal Alemán. La bibliografía es inagotable, pero merece la pena recordar que una exposición detallada de la teoría constitucional que sostiene esa sentencia la encontramos en los argumentos del profesor P. KIRCHHOF, entonces juez del Tribunal Constitucional, véase su ensayo, «Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», en *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, dir. Hommelhoff/Kirchhof, C.F. Müller, Heidelberg, 1994; y «Der deutsche Staat im Proze der europäischen Integration», en *Handbuch des Staatsrecht*, Vol. VII, 2ª edición C.F. Müller, Heidelberg, 1994. En términos teóricos, creo que el núcleo argumentativo continúa incólume, algo que también señala A. LÓPEZ CASTILLO, «Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia-Lisboa», de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal Alemán«, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 87, 2009, pp. 337-360, p. 346; si bien ahora la tesis del principio democrático se proyecta en concreto sobre nuevos ámbitos, al respecto C.D. CLASSEN, «¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de procrustes? Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 237-260, p. 254. Y un nuevo ámbito de proyección de la teoría constitucional sería la potestad presupuestaria, véase en relación con los recientes rescates la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de septiembre de 2012 (que da continuidad a la Sentencia de 7 de septiembre de 2011, que enjuició las ayudas a Grecia).

19 El tratamiento dogmático del sistema de gobierno de la Unión es bibliográficamente inabarcable, tanto por el número de trabajos que se ocupan del problema, como por las diversas perspectivas. Así, el intergubernamentalismo continúa siendo un método de análisis con importantes adeptos, véase A. MORAVCSIK, «In Defense of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, núm. 4, 2002, pp. 603-624. También el funcionalismo encuentra sus rescoldos, al respecto basta como ejemplo el monográfico presentado por B. ROSAMOND, «The uniting of Europe and the foundation studies: Revisiting the neofunctionalism of Ernst Haas», *Journal of European Public Policy*, Vol. 12, núm.2, 2005, pp. 237-254. El equilibrio institucional y la división de poderes parece conocer un renacimiento, G. CONWAY, «Recovering Separation of Powers in the European Union», *European Law Journal*, Vol. 17, núm. 3, 2011, pp. 304-322 y J.M. PORRAS RAMÍREZ, «La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 56, 2012, pp. 139-173. Pero, sin duda, hasta la crisis económica el futuro pasaba por el concepto mágico de gobernanza, donde sigue siendo un referente fundamental el Libro Blanco de la Comisión, COM (2001) 428 final, DOCE 12.10.2001, C 278/1.

20 Resulta imposible, sin embargo, eludir las quebras que afectan a esta imagen maestra de la división funcional, y yo no puedo ser insensible a ellas porque dibujan las grandes líneas de reflexión del

una teoría constitucional que la sustituya. Atrás queda el intento que supuso el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa; no parece que la ciudadanía como «estatuto fundamental» conforme todavía una teoría omnicompreensiva; y creo difícil que vaya a surgir un derecho constitucional desde las relaciones deudor/acreador entabladas a consecuencia de las técnicas de rescate. La resistencia de esta división funcional seguramente se asienta sobre su estrecha vinculación con una doctrina político-constitucional de largo recorrido, que le ofrece un contexto de desarrollo adecuado. A nadie se le escapa que es una coda de la separación clásica ente Estado y Sociedad²¹, origen de una teoría constitucional completa, a partir de la cual podría decirse que todas las demás son variantes para reforzarla o combatirla.

Y es aquí donde se encuentra la razón de ser del sistema judicial de la Unión²². Si la finalidad del proceso de integración es crear un mercado interior, surge de manera

derecho constitucional europeo. Sin duda, las soluciones a la crisis económica obligan a discutir la premisa —que la Unión tenga una mera función compensatoria; sus corolarios —la limitación competencial y la singular naturaleza del proceso político de la Unión—, ya estaban siendo puestos en cuestión, fuera por la permanente extensión competencial de la Unión, las consecuencias sobre las políticas sociales estatales de la jurisprudencia relativa ciudadanía y libertades fundamentales, o el intento de una más clara delimitación del elemento político de la Unión a través de la nueva distinción entre actos legislativos y delegados. Surge además una reflexión autónoma que intenta explicar las consecuencias de la crisis sobre la naturaleza de la Unión, véase G. MAJONE, «Rethinking European Integration after the debt crisis», *The European Institute, London's Global University*, Working Paper núm. 3/2012, junio 2012, que en especial critica la separación entre economía y política, pp. 12; J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, «La constitucionalización de la integración regional europea. ¡Más Europa!: de vuelta a una Constitución para Europa, ante la situación de crisis de la Unión», *Estudios de Deusto*, 2012, pp. 71-110, en especial pp. 25 y ss. C. JOERGES, «Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise», *Der Staat*, Vol. 51, núm. 3, 2012, pp. 357-385. D. CHALMERS, «The European Redistributive State and a European Law of Struggle», *European Law Journal*, Vol. 18, núm. 5, 2012, pp. 667-693. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La mutación constitucional de la Unión Europea», núm. 96, 2012, pp. 99-123.

21 Creo que esta división sigue teniendo una gran fuerza explicativa en nuestro derecho público. De alguna forma todos los problemas capitales del constitucionalismo encuentran su punto de partida en esta división, véase C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, p. 137 para el «principio de distribución». De ahí que la reconstrucción del derecho público haya pasado por una nueva reflexión sobre este dilema, al respecto K. HESSE, «Observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre Estado y Sociedad», en el libro del mismo autor *Escritos de derecho constitucional*, P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez (eds.), CEPC/Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2011, en especial p. 124; E.-W. BÖCKENFORDE, «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», en el libro del mismo autor *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, sobre su significado práctico p. 227; y M. GARCÍA-PELAYO, «El Estado Social y sus implicaciones», en el libro del mismo autor *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, particularmente p. 21 y ss. Por último, la debilitación de esta distinción explica algunas perturbaciones actuales del derecho público, baste a modo de ejemplo, el penetrante ensayo de G. MAESTRO BUELGA, «Globalización y constitucionalismo débil», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 137-172, donde expone cómo la Constitución, sobre todo en su contenido social, antes que parámetro es de validez es un mero parámetro de referencia, p. 160; y A. SUPIOT, «The public-private relation in the context of today's refeudalization», *I-Con*, Vol. 11, núm. 1, 2013, pp. 129-145, principalmente p. 141, donde explica las características de la refeudalización contemporánea.

22 Esa ligazón con la matriz de todo pensamiento constitucional contemporáneo, permite a la dogmática del derecho de la Unión valerse a discreción del arsenal conceptual clásico. Porque si el Tribunal de Justicia renunció a utilizar la explicación canónica —la naturaleza de la función jurisdiccional—, sin embargo, echa mano de otra justificación de abolengo, incluso anterior desde el punto de vista lógico, el principio de

inmediata una cuestión de principio: ¿podría el mercado, con un número ilimitado de operadores, sostenerse sobre un modelo judicial caracterizado por el control concentrado y abstracto que ofrece el recurso por incumplimiento, donde la legitimación activa es una prerrogativa en manos de un reducido grupo de actores procesales? Este es el dilema que se presenta con absoluta claridad en *Van Gend & Loos*. Recordemos que para el Abogado General Roemer, la mayoritaria existencia de obligaciones entre Estados, en detrimento del reconocimiento de derechos individuales, sustentaba el peso dominante del recurso por incumplimiento y las limitaciones inherentes de la cuestión prejudicial²³. Mientras, el Tribunal, al inclinarse por leer derechos allí donde el texto parecía formular obligaciones entre Estados²⁴, disparó la preeminencia de la tutela judicial ante el juez ordinario y a la vez dio a la cuestión prejudicial un significado primordial. Por tanto, lo verdaderamente interesante es ahondar sobre la teoría que permite al Tribunal de Justicia desarrollar el Tratado en una concepción ordinamental inclusiva de derechos subjetivos. Y esta línea, más que en *Van Gend & Loos*, se halla en *Costa*²⁵. Bien es cierto que en esta decisión no hay una sola teoría, sino que en modo sumario aparecen diversos acercamientos que se yuxtaponen: la tesis de la soberanía, la del contractualismo y su necesaria reciprocidad, la igualdad y el argumento textual. Pero creo que por encima de todos espiga uno de naturaleza factio-funcional y que se limita a señalar que sin la primacía y la eficacia las obligaciones del Tratado serían eventuales. Dicho de otro modo, la necesidad de que el Tratado realice sus fines, esencialmente la construcción del mercado interior, fue en definitiva la pieza que acabó situando la tutela judicial en el centro del modelo judicial.

Y seguramente no podría haber sido de otro modo, porque la institución del mercado puede vivir sin derechos fundamentales, sin procesos claros de toma de decisiones, sin responsabilidad política, sin principio democrático... pero le resulta imposible existir sin seguridad jurídica, esto es, sin instituciones independientes que de manera definitiva y con ejecutoriedad, impongan las reglas de funcionamiento delimitando derechos subjetivos.

2.2. *La división institucional*

El mercado necesita tutela judicial, pero ¿ha de ser una protección basada en la jurisdicción ordinaria y desarrollada cooperativamente a través de un incidente procesal que pone en contacto al órgano tutelador con el Tribunal de Justicia, llamado a su vez a fijar la interpretación del derecho de la Unión? La teoría y el análisis comparado ofrecen al menos otros dos modelos. Aquel en el que la potestad jurisdiccional periférica

paz jurídica, que implica la renuncia a la autodefensa y la apuesta por la heterocomposición de conflictos, pieza que da pie a la existencia de un poder público objetivo, separado de la mera voluntad de las partes, J. ISENSEE, «Staat und Verfassung», *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. VII, 2ª Edición C.F. Müller, Heidelberg, 1994, p. 640; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I., 11.ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 491.

23 Conclusiones del Abogado General de 12 de diciembre de 1962, *Van Gend & Loos*, C- 26/62, Rec. p. 346, en especial, p. 350.

24 Sentencia de 5 de febrero de 1962, Rec. p. 336, en especial pp. 339.

25 Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa*, C-6/64, Rec. p. 103, en especial pp. 105 y ss.

se reconduce a la unidad a través del instrumento del recurso²⁶. O un sistema donde la jurisdicción central, además de potestad en recurso, posee con su propia organización descentralizada una amplia jurisdicción originaria²⁷.

La pregunta crucial, por tanto, es indagar la razón que lleva al Tribunal de Justicia a marcar el acento sobre la cooperación judicial. Más aún cuando el propio Tribunal ha modulado esa cooperación hasta convertirla en un instrumento vigilado a través de la triada que componen la objetivación de la duda, el control del cumplimiento de los órganos judiciales y, en su caso, la responsabilidad patrimonial²⁸. Y sin olvidar la previsión del artículo 257 del Tratado de Funcionamiento, por el cual el Tribunal de Justicia, mediante una estructura desconcentrada, podría asumir jurisdicción originaria. En mi opinión, la decisión en favor de un modelo cooperativo recogida en los Tratados y su posterior conversión por el Tribunal de Justicia en una función esencial para la garantía de la autonomía del ordenamiento, creo que radica en la división de responsabilidades normativas y ejecutivas entre las instituciones de la Unión y las de los Estados, que a su vez encarna un necesario rearme de legitimidad democrática.

Respecto al sistema de fuentes, a menudo los académicos nos hemos enfangado en una acerba crítica, que reprochaba a los Tratados su simplicidad y su déficit democrático. Pero la verdad es que si regresamos a su configuración inicial, donde el Consejo decidía por unanimidad a iniciativa reservada de la Comisión, es fácil comprender que todo el sistema de fuentes respondía a una sola variable vertical²⁹ -cuánto poder normativo le iba a quedar a los Estados tras la intervención europea-, incógnita que se resolvía con la simple elección entre reglamento o directiva. Y pese a que el panorama ha ido paulatinamente ganando en complejidad³⁰, ese equilibrio sigue siendo un elemento capital³¹.

26 Bastaría aquí a traer a colación el ejemplo español. Así, el interés casacional en materia civil (artículo 477.3 LECivil) demuestra que la necesidad de dar unidad a la interpretación del derecho no es solo un problema federal. Por otro lado, la casación contenciosa, en unificación de doctrina o en interés de ley ofrece todos los perfiles ya sí desde la clave de la pluralidad de ordenamientos (artículos 96 y 100 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

27 Es este un problema clásico de federalismo judicial, donde valen como ejemplo los Estados Unidos, véase L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3ª edición, Vol. I, Foundation Press, New York, 2000, pp. 463 y ss.

28 Para la objetivación de la duda, Sentencia de 6 de octubre de 1982, Cilfit, C-283/81, Rec. I-1076; la oportunidad del recurso de incumplimiento frente a las resoluciones judiciales se confirma en la Sentencia de 9 de diciembre de 2003, Comisión/Italia, C-129/00, Rec. p. I-14637; y la responsabilidad patrimonial encuentra su primer reconocimiento en la Sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, Rec. p. I-10239.

29 K. LENAERTS y M. DESOMER, «Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures», *European Law Journal*, Vol. 11, núm. 6, 2005, pp. 744-765, concretamente p. 746; y J. BAST, «On the Grammar of EU Law: Legal Instruments», *Jean Monnet Working Paper*, 9/03, p. 61 (<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/index.html>).

30 La distinción entre actos legislativos y delegados pretende añadir un criterio político que separe las decisiones que merecen una valoración de oportunidad (legislativas) de aquellas que necesitan del conocimiento experto (delegadas). Véase recientemente, Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Parlamento c. Consejo, C-355/10.

31 Sobran los argumentos normativos: pensemos en las copiosas reservas de directivas establecidas a lo largo del Tratado; la definición de la competencia compartida, como aquella en la que el Estado mantiene po-

El ámbito de la ejecución no es diferente. Ahí está el artículo 291.1 del Tratado de Funcionamiento, que normativiza el clásico principio de reserva de ejecución a favor de los Estados miembros, por el que la actuación de la Comisión, además de una valoración política, precisa de una expresa justificación jurídica, las llamadas «condiciones uniformes de ejecución»³². Es verdad que el mapa completo acrece la realidad y la extiende al escenario de la llamada administración cooperativa, impuesta por mandato expreso en el ámbito clave de la potestad de gasto (artículo 317 TFUE) e incorporada en muy diversos campos a través del derecho derivado³³. En ella, la Comisión se vale de instrumentos que sin llegar a un estadio similar al del principio de jerarquía administrativa, sí le permiten dirigir el programa de ejecución³⁴. Pero es un dato no menos cierto que un elemento esencial de esta cooperación es la intervención final del Estado miembro, cuya administración entabla la relación jurídico-pública con el administrado.

La división institucional en las potestades normativa y ejecutiva debe responder a una teoría constitucional. Queda descartada sin duda alguna la utilidad del principio de jerarquía³⁵. El principio de competencia³⁶ y su distribución de responsabilidades gozaría de cierta fuerza legitimadora en atención a la razón que subyace bajo el reparto de tareas. Igualmente cabría tomar el criterio de eficacia, la necesidad de articular el pluralismo territorial, o el principio de subsidiariedad. Aunque el tenor del artículo 4.2 del Tratado de la Unión parece dar a la identidad constitucional y a la funcionalidad mínima del Estado el fundamento último, al modo de la vieja doctrina de la *dual sovereignty*. Sin embargo, un matiz sutil es preciso en la lectura de este precepto. Garantiza la existencia del Estado y de las estructuras constitucionales que le dan forma, pero no explica completamente lo que nos interesa ahora, esto es, por qué la intervención del

testad normativa mientras que la Unión no ocupe el espacio; y, finalmente, la exclusión de toda armonización en las acciones de complemento.

32 R. SCHÜTZE, «From Rome to Lisbon: «Executive Federalism» in the (New) European Union», *Common Market Law Review*, Vol. 47, 1385-1427, 2010, concretamente pp. 1398 y ss.; U. STELKENS, «Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten — zugleich zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 290 und Art. 291 AEUV —», *Europarecht*, núm. 5, 2011, pp. 511-545, en especial 538.

33 E. SCHMIDT-ABMANN, «Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der EG», en el libro del mismo autor *Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung*, Mohr Siebeck, 2006, pp. 411-442, respecto a las formas de este derecho cooperativo, en especial p. 431. También, T. v. DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2008, pp. 609 y ss.

34 El deber de información, el auxilio, los informes previos de la Comisión, las correcciones que funcionan al modo de instrucciones, las autorizaciones o la potestad de oposición por parte de la Comisión, las decisiones subsidiarias de la Comisión ante la falta de acuerdo de los Estados o la compleción de los planes diseñados por los Estados.

35 El principio de jerarquía presume un orden de prelación de legitimidades indefendible en el ámbito de la integración, donde jamás nadie ha propuesto un mayor valor de la Unión sobre los Estados constitucionales, sobre la imposibilidad de esta propuesta, T. REQUENA LÓPEZ, *El principio de jerarquía*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 97 y ss.

36 El principio de competencias es otro de los criterios que necesita siempre una referencia de precisión, pues son también muchas las lecturas que recibe. Ahora sobra con la explicación canónica de V. CRISAFULLI, «Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de fuentes», trad. J.F. Sánchez Barrilao, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 1, 2004, cito por su versión electrónica. Para el principio de competencia en el contexto de la Unión, P. BIGLINO CAMPOS, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Cepco, Madrid, 2007, en especial pp. 181 y ss.

Estado miembro es imprescindible tanto en la creación como en la ejecución del derecho de la Unión.

Creo que la verdadera razón político-constitucional de la división institucional inherente a la Unión está estrechamente ligada a la división funcional antes expuesta y tiene mucho que ver con la latitud de la legitimidad democrática. Ya hemos visto que el proceso de integración se construye sobre una división funcional compensatoria en la que al Estado le corresponde la construcción del *demos* y a la Unión la racionalización del mercado. En este contexto, la división institucional pretende simplemente reconducir la ejecución del derecho de la Unión, esto es, la relación jurídica entre poder público y ciudadano, al ámbito institucional, el del Estado, donde su instrumental todavía se nutre, con mayor o menor éxito, de los veneros que ofrece el principio democrático y componen el imaginario político del ciudadano. En definitiva, la división institucional es un reintegro de legitimidad: el mercado necesita de reglas y de medidas que aseguren su cumplimiento, y su ejecución voluntaria o coactiva requiere de un aparato que sea concebido por el ciudadano como manifestación de autogobierno.

Tenemos ya todas las condiciones constitucionales para comprender la lectura jurisprudencial del Tratado, que muestra un sistema judicial construido necesariamente sobre la tutela de la jurisdicción ordinaria en relación cooperativa con el Tribunal de Justicia. Si de acuerdo con la división institucional expuesta, el Estado miembro está llamado a ocupar un lugar central en el desarrollo y ejecución del derecho de la Unión, ¿no resulta entonces natural atribuir su control a la jurisdicción que de modo ordinario lo vigila bajo un contexto constitucional bien medido y rodado? ¿Tendría algún sentido práctico otorgar el juicio de la actuación del Estado a una jurisdicción extraña, sea mediante la atribución de jurisdicción originaria o de casación? ¿No conviene más trasladar al ámbito jurisdiccional la mecánica de cooperación dirigida, instaurada en el ámbito legislativo y administrativo?³⁷ La respuesta es por todos conocida. En definitiva, el mercado reclama la tutela de derechos y la división institucional de la Unión empuja a que esa garantía encuentre su sede natural en la jurisdicción estatal.

37 Sobre esta estructura cooperativa, la doctrina se ha concentrado en estudiar el motivo que impulsaría a los jueces nacionales a cooperar con el Tribunal de Justicia. Encontramos una explicación que se apoya en una suerte de revolución legal, de orden cuasi psicológico, por la cual los jueces nacionales reconocerían ahora a los Tratados como norma suprema, N. MacCORMICK, «Law as institutional normative order», *Rechtstheorie*, núm. 28, 219, 1997, en especial p. 230. Otra comprensión, sin duda dominante, daría al derecho europeo y sus aplicadores un carácter instrumental racionalmente ordenado a favorecer la integración, por todos J.H.H. WEILER, «The transformation of Europe», en su libro *The Constitution of Europe*, ob.cit., en especial pp. 16-39. No faltan los que encuentran en la cooperación una agenda propia de los jueces nacionales, que acrecerían sus potestades al poder controlar la ley, K. ALTERN, «Explaining National Court acceptance of European court Jurisprudence: a critical evaluation of theories of legal integration», en *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence*, dir. Slaughter/Sweet/Weiler, Hart Publishing, Oxford, 1998. Recientemente, por otro lado, hallamos exposiciones que describen las «ambiciones paneuropeas» de una élite jurídica, cfr. A. VAUCHEZ, ob. cit., en especial p. 22. Y también se han renovado los argumentos que intentan potenciar la propia naturaleza de la potestad jurisdiccional como razón que dota de sentido a la cooperación, A. GRIMMEL, «Judicial Interpretation or Judicial Activism? The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice», *European Law Journal*, Vol. 18, núm. 4, 2012, pp. 518-535, para la crítica de la visión clásica de naturaleza política, p. 518 y ss., y sobre el resurgir de la propia racionalidad e la función jurisdiccional, p. 528 y ss.

2.3. *La división de parámetros de validez*

La preeminencia de la jurisdicción ordinaria en la tutela de derechos provoca una división latente entre parámetros de validez. El problema es por todos conocido: la conversión del juez nacional en juez de la Unión no le desliga de su sometimiento a la Constitución estatal, de modo que en ocasiones puntuales, pero de gran voltaje, se verá en la tesitura de elegir entre esta norma o la europea. Y es bien sabido que la existencia, siquiera hipotética, de un doble parámetro de validez en el proceso aplicativo del derecho europeo ha provocado un poderoso debate cambiante en sus formas, pero persistente en el tiempo, sobre la autonomía del derecho de la Unión y, en paralelo, sobre la normatividad de la Constitución estatal.

Es innegable que el concepto de autonomía ordinamental utilizado por el Tribunal de Justicia evoluciona precisamente para gestionar la división de parámetros y minimizar sus efectos más devastadores. En esta tarea, la elaboración jurisprudencial ha ido cambiando en el tiempo, respondiendo a las diferentes perturbaciones que se experimentaban. En la época fundacional, el temor consistía en que el juez ordinario se considerase incompetente para desplazar la aplicación del derecho estatal, sobre todo cuando se trataba de una ley y se reservaba al tribunal constitucional en exclusiva su juicio³⁸. La amenaza a la autonomía ordinamental de la Unión era obvia y suponía dar entrada con voluntad de interpretación suprema a un órgano distinto del Tribunal de Justicia. La solución, ya lo hemos visto, se formuló ligando la autonomía del ordenamiento a la propia existencia del proceso de integración, cuyas obligaciones en caso contrario serían «eventuales». Surgió así una comprensión finalista de la autonomía, que pretendía reunir en un círculo perfecto la base de legitimidad, el estatus del ordenamiento y las características esenciales de sus normas: para lograr los fines estipulados en el Tratado (léase el mercado interior), el ordenamiento ha de ser autónomo (léase con la interpretación suprema del Tribunal de Justicia) y sus normas deben gozar de primacía (léase des-

38 Una cuestión que se hace evidente en las conclusiones del Abogado General M. Lagrange de 25 de junio de 1964, Costa, C-6/64, Rec. 115, «por paradójico que pueda parecer a primera vista, las dificultades de principio se encuentran actualmente en los dos países dotados de un Tribunal Constitucional [...]», p. 120. Y no ha perdido actualidad como refleja la Sentencia de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, donde, como es sabido, el Tribunal de Justicia declara que se opone al derecho de la Unión una legislación que dé prioridad al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad frente a la cuestión prejudicial, al respecto de esta decisión, J. GUNDEL, «Die «question prioritaire de constitutionnalité» vor dem EuGH: Unionsrechtliche Vorgaben für die Koordination nationaler Vorlagepflichten mit Art. 267 AEUV und dem Vorrangspruch des EU-Rechts», *Europarecht*, núm. 2, 2012, pp. 213-229, que señala la solución pragmática del Tribunal de Justicia que salva la primacía del derecho de la Unión sin excluir que una transposición tenga vicios exclusivos de constitucionalidad, p. 224. En el mismo sentido, hablando de «notable equilibrio institucional», D. SARMIENTO, «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 37, 2011, pp. 97-111, p. 109. De una limitación de la doctrina de la primacía se habla en la editorial «The Dance of Justice», *European Constitutional Law Review*, núm. 2013, pp. 1-6, p. 2. Y sobre las consecuencias efectivas de las decisiones véase M. BOSSUYT y W. VERRIJDT, «The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment», *European Constitutional Law Review*, núm. 7, 2011, p. 355-391.

plazar en todo caso al derecho del Estado —o incluso impedir «su válida formación»³⁹). En fin, no cabe duda de que esta concepción de la autonomía ordinamental se apoyaría en gran medida sobre la división funcional descrita en las páginas anteriores.

La fundamentación finalista de la autonomía del ordenamiento en la segunda mitad del Siglo XX, era, sin embargo, un cuerpo extraño⁴⁰. Terminados los tiempos en que bastaba la solución formal a través de un presupuesto hipotético, agostada también la referencia a los estados de excepción para hallar al soberano y siendo insuficiente la fe en el poder constituyente, todo ordenamiento que aspirase a la autonomía necesitaba una norma fundacional producto de un proceso constitutivo democrático y dotada de un rico contenido material, donde habrían de destacar los derechos fundamentales, tanto por su proyección de los elementos distintivos de la dignidad humana, como por su garantía incluso frente al legislador.

En estas circunstancias se hacía evidente que la construcción meramente finalista de la autonomía del ordenamiento comunitario era insuficiente. La amenaza no tardaría en surgir cuando los mismos particulares que habían encontrado en la jurisdicción ordinaria la tutela de sus pretensiones como actores de un mercado interior, estaban dispuestos a recurrir a su jurisdicción constitucional para lograr la protección en ese mismo mercado de los derechos fundamentales que les reconocían sus Constituciones. Ahora no solo existía el riesgo de la intervención de una jurisdicción estatal quebradora de la interpretación suprema del Tribunal de Justicia, sino que además se proponía el uso de parámetros de control, los derechos fundamentales, ausentes en los Tratados constitutivos. La respuesta del Tribunal de Justicia ya es leyenda: los derechos fundamentales estaban reconocidos en la forma de principios, cuya garantía correspondía al Tribunal de Justicia y su contenido se configuraría desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Nacía así el derecho constitucional común europeo⁴¹, que venía a completar el presupuesto funcional en la construcción de la autonomía ordinamental de la Unión. Salvaba la posición del Tribunal de Justicia como intérprete supremo y además desactivaba cualquier tipo de conflicto, proponiendo una convergencia material de contenidos, de suerte que la división de parámetros de legitimidad tomaba un cariz puramente competencial. En efecto, ya no existía riesgo de contradicción entre las Constituciones y los Tratados, puesto que la pluralidad de parámetros ganaba una lógica operativa per-

39 Sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77, ap. 17. ¿Es esta afirmación a día de hoy ya un mero exceso verbal, un camino trazado pero no seguido? Yo creo que sí. En un sentido que devalúa la fuerza de la afirmación merecen la pena las Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz Jarabo de 14 de mayo de 1998, IN. CO. GE'90 y otros, C-10/97 y C-22/97, Rec. I-6309, en especial ap. 13 y ss.

40 Ni siquiera del Estado social se extraían consecuencias oportunas a partir de los fines que marcaba al poder público, de manera que la cuestión quedaba generalmente relegada al ámbito infraconstitucional. En este sentido es paradigmático el estudio de A. FERNÁNDEZ MIRANDA, «El Estado social», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pp. 139-180, en especial p. 134. Cumpliría así el Estado social antes una función simbólica (determina la identidad de un país), H.M. HEINIG, «The Political and the Basic Law's Sozialstaat Principle —Perspectives from Constitutional Law and Theory», *German Law Journal*, Vol. 12, No. 11, 2011, pp. 1887-1900, sobre la función simbólica p. 1897.

41 Sobre el concepto, por todos, P. HÄBERLE, «*Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*», en su libro *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, Baden-Baden, 1997.

fecta, y cada uno de ellos desplegaría su eficacia en su espacio competencial propio, de acuerdo con el artículo 51.1 de la Carta⁴².

En definitiva, la defensa de la autonomía del ordenamiento de la Unión, fuera a partir de sus presupuestos finalistas o de los derechos fundamentales, había servido para reforzar la existencia de una división funcional primigenia y con ella la necesidad de tutelar derechos a través de la jurisdicción ordinaria, que en su tarea cooperativa ya no solo reconocía al Tribunal de Justicia como intérprete supremo de las normas de la Unión, sino que, además, daba pie para que ese ordenamiento fuese paulatinamente

42 Creo que esta es la conclusión principal que puede extraerse de la Sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, apartados 55 y ss., que de algún modo desactiva el sentido de una protección de «mayor estándar» que pudiese haberse dado al artículo 53, para imponer una interpretación única de los derechos fundamentales cuando se aplica derecho de la Unión. En este sentido la doctrina considera que «[...] las tradiciones constitucionales de los Estados miembros han quedado relegadas, si es que son siquiera mencionadas, a convidados de piedra [...], p. 35, P. MARTÍN RODRÍGUEZ, «Crónica de una muerte anunciada: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013.

Ahora bien, una pregunta siempre latente consiste en saber si los derechos fundamentales de la Unión podrían superar esa separación de espacios competenciales y desplegar algún tipo de eficacia allí donde no hay una aplicación obvia de derecho europeo. En definitiva, se trata de conocer las fronteras del artículo 51 de la Carta. Un primer ejemplo de esta problemática, antes de que la Carta desplegara efectos jurídicos, lo encontramos en las Conclusiones del Abogado General Maduro de 12 de septiembre de 2007, Centro Europa 7 Srl, C-380/05, para quien un «un incumplimiento grave y constante» justificaría la aplicación de los derechos fundamentales de la Unión frente al derecho del Estado (ap. 20). Para el Abogado General Bot, en sus Conclusiones presentadas el 5 de abril de 2011, Scattolon, C-108/10, la aplicación de la Carta se extiende «[...] en general a todas las situaciones en las que una normativa nacional «abarca» o «afecta» a una materia regida por una directiva cuyo plazo de transposición haya vencido» (ap. 120). Más lejos va la Abogada General Sharpston en sus Conclusiones de 30 de septiembre de 2010, Ruiz Zambrano, C-34/09, cuando afirma que «[...] a largo plazo la regla más clara sería una que no hiciera depender la invocabilidad de la protección de los derechos fundamentales de la UE de si una disposición del Tratado es directamente aplicable o de si se ha aprobado normativa secundaria, sino más bien de la existencia y ámbito de competencia material de la UE. Dicho de otro modo: la regla debería ser que, siempre que la UE tuviera competencia (exclusiva o compartida) en un ámbito jurídico particular, los derechos fundamentales de la UE deberían proteger al ciudadano de la UE aunque dicha competencia no se haya ejercido aún.» (las cursivas son de la Abogada General). La Sentencia a este asunto, de 8 de marzo de 2011, ha sido tomada por la doctrina como el punto de partida para construir una teoría sobre la eficacia de la Carta frente al derecho de los Estados miembros, véase A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI y M. SMRKOLJ, «Reverse Solange —Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States», *Common Market Law Review*, Vol. 49, 2012, pp. 489-520. Que la cuestión sigue abierta se expone con claridad en las Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón de 12 de junio de 2012, Fransson, C-617/10, que reivindica «un esfuerzo complementario de racionalización» (ap. 39) y él mismo sugiere soluciones que atiendan a la «presencia» de derecho de la Unión (ap. 33) que se manifiesta en un interés específico (ap. 40) más allá de la «pura ocasión» (ap. 61). La idea del interés específico que determina a quién corresponde la protección de los derechos fundamentales, la encontramos también en la interpretación del artículo 53 que realiza K. LENAERTS, «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», *European Constitutional Law Review*, Vol. 8, núm. 3, 2012, pp. 375-403, p. 400. Por último, no puede dejar de señalarse la Sentencia de 21 de noviembre de 2011, N.S., C-411/10 y C-493/10, donde el Tribunal, en el marco de una armonización, parece habilitar a los jueces nacionales para negar la eficacia de un acto de otro Estado (apartados 107 y ss.); la doctrina identifica en esta sentencia una «Solange horizontal», I. CANOR, «My Brother's Keeper? Horizontal Solange: «An ever closer distrust among the peoples of Europe?», *Common Market Law Review*, Vol. 50, 2013, pp. 383-422.

completando los valores materiales que habían de dotarlo de sistemática, siguiendo así la senda abierta por el constitucionalismo de postguerra.

III. RAZONES LIMITADAS Y MOTIVOS PARA LA APERTURA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1. Una autonomía que necesita ser completada

1.1. *Ambigüedades y elusiones*

La explicación teórica por parte de un tribunal de los rasgos del ordenamiento que le corresponde aplicar, padece limitaciones intrínsecas a la función jurisdiccional. Los jueces resuelven controversias, no hacen doctrina. Consideración que también es apropiada para el Tribunal de Justicia, por más que tenga tras de sí una brillante historia en la sistematización del derecho de la Unión y de que una lectura ambiciosa del artículo 19 del Tratado de la Unión conduzca a pensar que su responsabilidad de garantizar el derecho es una invitación a la configuración de los elementos basilares del sistema jurídico.

Es obvio que el Tribunal de Justicia experimenta las restricciones propias de todo discurso judicial. El contraste entre las ricas exposiciones de los Abogados Generales y la austeridad pragmática del Tribunal delinea los contornos dogmáticos de sus decisiones y abre innumerables líneas de reflexión que van más allá del pleito concreto, a lo que ayuda, sin duda, la apertura de su procedimiento, que en ocasiones cualificadas reúne una amplia paleta de perspectivas sobre el mismo asunto. No obstante, la decisión responde a lo pedido por las partes o a la cuestión elevada, de manera que incluso la jurisprudencia más ambiciosa configura una narrativa sin soluciones globales, en la que el matiz o la diferencia en el supuesto de hecho suscita siempre la incertidumbre sobre la robustez de la regla. Además, las partes, el juez que pregunta y el Tribunal, como no puede ser de otro modo, utilizan un lenguaje profesionalmente normalizado, y, por tanto, desprovisto de la fuerza persuasiva del discurso político-constitucional que habitualmente se utiliza para formar los principios de un ordenamiento.

Se ha de añadir que el Tribunal de Justicia ha configurado la autonomía del ordenamiento de la Unión sin el sustrato material que asiste normalmente a los altos tribunales. Estos órganos trabajan en la interpretación de una norma suprema cuyo texto da unos asideros que marcan el camino jurisprudencial y lo dotan de legitimidad, de ahí que se puede mantener con mayor o menor entereza la convicción de que la tarea judicial es aplicación del derecho y no un menester discrecional. Pues bien, pese a la extensión de los Tratados, el Tribunal de Justicia ha construido la autonomía sobre presupuestos implícitos, en torno al texto pero no en él. Esta actitud sitúa al Tribunal de Justicia en una posición constituyente⁴³, originando una preeminencia jurisdiccional

⁴³ F. BALAGUER CALLEJÓN, «Niveles y técnicas internacionales de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, en especial el epígrafe 5, versión electrónica, donde señala que esa posición constitucional radica en la potestad del Tribunal de Justicia para reconocer los derechos fundamentales. Tras la plena eficacia jurídica de la Carta,

inédita, aunque sustentada, creo, sobre su carácter parcial⁴⁴: acompaña al texto, pero no lo contradice; es en parte la reacción al impulso dado por los tribunales constitucionales; y, sobre todo, no afecta al proceso de toma de decisiones, cuya racionalización es obra esencial de los tratados.

Estas limitaciones explican una cierta ambigüedad en la jurisprudencia. Bajo el concepto de autonomía, el Tribunal de Justicia parece utilizar indistintamente cuatro ideas —autonomía en sentido estricto, unidad del ordenamiento, uniformidad en los efectos de las normas y existencia de un intérprete supremo— que, estando íntimamente ligadas, sin embargo, no significan lo mismo⁴⁵. La falta de precisión conceptual se convierte directamente en elusión cuando el lector de las sentencias del Tribunal de Justicia trata de calificar la autonomía del ordenamiento de la Unión como originaria o derivada. Este es el centro del problema y seguramente por ello el Tribunal de Justicia prefiere el silencio, consciente de que es un terreno donde se pueden quebrar los equilibrios que sostienen su singular posición parcialmente constituyente. Sin embargo, la academia ha dado múltiples ecos a esa indefinición y podemos encontrar un abanico de tesis que van desde las que defienden la autonomía originaria en virtud de una suerte de revolución legal⁴⁶ hasta las que justifican la autonomía derivada, dada la ausencia de un

la pregunta inmediata es saber si, al menos en el reconocimiento de los derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia ha perdido a favor del texto esa capacidad constituyente. No parece que sea el caso, véase, por ejemplo, la Sentencia de 24 de enero de 2012, Maribel Domínguez, C-282/10, ap. 15 y ss., y las Conclusiones al asunto presentadas por la Abogada General Trstenjak, de 8 de septiembre de 2011, ap. 99-101. En el mismo sentido, J. KOKOTT y C. SOBOTTA, «The charter of fundamental rights of the European Union after Lisbon», *EUI Working Paper-Academy of European Law*, núm. 6, 2010, pp. 2 y ss.; igualmente, valorando las dificultades, pero, creo que dándole un valor positivo a la dualidad, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, «The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights», *Common Market Law Review*, Vol. 49, 2012, pp. 1565-1612, concretamente 1599.

⁴⁴ Y también con una referencia normativa, pues recordemos que el artículo 19 del Tratado de la Unión atribuye al Tribunal de Justicia la potestad para «garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados». Locución que desde antiguo se ha entendido como una habilitación para crear «derecho material», I. PERNICE, «Artikel 164 EVG», en *Kommentar zur Europäischen Union*, Parte I, dir. Grabitz/Hilf, C.H. Beck, München, 1995, p. 17.

⁴⁵ En este campo conceptual existe siempre el riesgo de incomunicación entre interlocutores, que, queriendo decir lo mismo, usan conceptos distintos o, al revés, utilizan sin sinonimia términos idénticos. Es más, en sentido estricto, el concepto de autonomía no ha aparecido con plenitud hasta el propio Dictamen 1/09, valiendo hasta entonces la referencia a «un nuevo ordenamiento». Es sin duda complejo encontrar un consenso a la hora de trasladar los términos de la teoría de ordenamientos a los problemas específicos del proceso de integración, sea por el dominio que han ejercido los acercamientos politológicos o la dogmática en inglés. Para una análisis que plantea los problemas desde una terminología ortodoxa sigue siendo ejemplar, T. SCHILLING, «On the value of a pluralistic concept of legal orders for the understanding of the relation between the legal orders of the European Union and its Member States», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 83, 1997, pp. 568-581; recientemente, G. ITZCOVICH, «Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and its Law in Three Concepts», *European Law Journal*, Vol. 18, núm. 3, mayo 2012, pp. 358-384, en especial el primer epígrafe. Pero no puede dejar de citarse en este sentido la monumental monografía de A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parámetro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napolés, 2012, específicamente la primera parte donde reconstruye históricamente los conceptos hasta el momento actual.

⁴⁶ La revolución se centraría en el hecho de que la integración europea, fundada sobre Tratados, se habría deshecho en parte del vínculo estatal que conlleva este tipo de fuente para cobrar parámetros de validez, véase U. EVERLING, «Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäische Union als Herren der Verträge»,

pueblo europeo, que necesariamente ancla toda legitimidad en los pueblos nacionales⁴⁷. No obstante, después de cincuenta años, con una actitud voluntariamente pragmática, comienza a dominar un camino intermedio, el del pluralismo de ordenamientos sin jerarquía⁴⁸, que pretende amortiguar el problema conceptual y práctico, mediante un minimalismo técnico⁴⁹. Al margen de la oportunidad de estas soluciones, en mi opinión,

en *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für R. Bernhardt*, dir. Beyerlin/ Bothe/Hofmann/ Petersmann, Springer, Berlin, 1995, pp. 1163; T. OPPERMANN, «Zur eigenart der Europäischen Union», en *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, dir. Hommelhoff/Kirchhof, C.F. Müller, Heidelberg, 1994; N. MacCORMICK, «Sovereignty, Democracy, Subsidiarity», *Rechtstheorie*, núm. 25, 1994, pp. 281-290, en concreto pp. 282-285; porque, en definitiva, la historia nos muestra que existe una delgada línea entre lo que es un Tratado y lo que es una Constitución, véase L.M. DÍEZ PICAZO, «Tratados y Constitución», en su libro *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, en especial las conclusiones.

47 Por todos, P. KIRCHHOF, «Der deutsche Staat imProzeß der europäischen Integration», *Handbuch*, op. cit., p. 871; y del mismo autor «Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgericht», *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, dir. Hommelhoff/Kirchhof, C.F. Müller, Heidelberg, 1994, p. 11.

48 Este concepto aún está en formación. Una primera manifestación se encuentra en N. MacCORMICK «Law as institutional normative order», *Rechtstheorie*, núm. 28, 219-234, 1997, p. 231, para quien tal pluralismo sin jerarquía haría referencia a una relación coordinada de dos ordenamientos independientes. Y en nuestra doctrina un acercamiento de este tipo lo encontramos ya en J.L. REQUEJO PAGÉS, *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento*, McGraw Hill, Madrid, 1995, para quien la unidad se lograría a través de la aplicación judicial. Aunque la bibliografía comienza a ser inmensa, destacan tres autores, cuyas tesis podrían leerse como un progreso en las implicaciones del concepto. Así, N. WALKER, «The Idea of Constitutional Pluralism» *Modern Law Review*, Vol. 65, núm. 2, 2002, pp. 317-359, usa el concepto primordialmente desde una perspectiva explicativa con la intención de superar los límites del constitucionalismo clásico; M. KUMM, «The jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, Vol. 11, núm. 3, 2005, pp. 262-307, da un paso más e intenta generar a través del «pluralismo constitucional» criterios que indiquen la conducta adecuada de los tribunales en conflicto; y, M. MADURO, «Three Claims of Constitutional Pluralism», en *Constitutional Pluralism and Beyond*, Avbelj y Komárek (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2012, intenta dar un significado teórico omnicompreensivo al término. La naturaleza todavía formativa del concepto lo encontramos en el debate de los autores, junto a uno de los más eminentes críticos, J. BAQUERO, véase «Four Visions of Constitutional Pluralism —Symposium Transcript», *European Journal of Legal Studies*, Vol. 2, núm. 1, 2008, pp. 325-370. El concepto sigue generando aportaciones, véase, por ejemplo, M. ITZCOVICH, op.cit., p. 377, para quien la razonabilidad y no la unidad ha de ser el elemento distintivo en la relación entre ordenamientos. O bien la «responsabilidad» de que cada ordenamiento se mantenga dentro de sus funciones propias, L. VIELLECHNER, «Responsiver Rechtspluralismus», *Der Staat*, Vol. 51, núm. 4, 2012, pp. 559-580, p. 570.

49 En mi opinión, tan interesante como las elaboraciones teóricas son las soluciones prácticas que se propugnan desde un análisis «pluralista». Tres son, creo, los ejes del debate. En primer lugar, el modo en el que el Tribunal de Justicia resuelve las cuestiones prejudiciales, es decir, lo que contesta y lo que deja sin resolver, véase un sobresaliente análisis en D. SARMIENTO, «The Silent Lamb and the Deaf Wolves. Constitutional Pluralism, Preliminary References and the Role of Silent Judgments in EU Law», en *Constitutional Pluralism and Beyond*, M. Avbelj y J. Komárek, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 286-317, en especial pp. 292; y, T. TRIDIMAS, «Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction», *I-Con*, Vol. 9, núm. 3-4, 2011, pp. 737-756, en especial pp. 741 y ss. En segundo lugar, la función de la interpretación comparada, al respecto véase G. REPETTO, *Argomenti compartivi e diritti fondamentali in Europa. Teoría dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011, concretamente pp. 207 y ss.. Y, en tercer lugar, la deferencia que el Tribunal de Justicia muestra respecto a la acción política de los Estados miembros, confrontar, por ejemplo, un intento de trasladar la técnica del margen de apreciación, J. GERADS, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», *European Law Journal*, Vol. 17, núm. 1, enero 2011, pp. 80-120, p. 85 y ss.; pero también una «deferencia en contexto» para con las decisiones de los órganos judiciales, M. DANI, «Intersectional litigation and the

las posturas doctrinales desvelan de modo obvio que la construcción de la autonomía del ordenamiento de la Unión no se agota en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que necesita complementos procedentes de otras instituciones.

1.2. *De los complementos de la autonomía*

El Tribunal de Justicia no es el único órgano que formula un discurso sobre la autonomía del ordenamiento de la Unión. Su concepción solo se entiende cabalmente si se sitúa en un contexto que incorpore al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora TEDH), a los Tribunales Constitucionales y a las Constituciones nacionales (o el poder de reforma). Apertura que en mi opinión además es exigida por los propios Tratados. No en vano, el artículo 6.2 del Tratado de la Unión estipula un mandato de adhesión al CEDH, y los artículos de la Carta 52.3 (sentido y alcance de los derechos fundamentales igual al Convenio) y 53 (proscripción de limitación del contenido del Convenio) imponen ese complemento. También los artículos 52.4 y 53 de la Carta proponen una reflexión similar en torno a los Tribunales Constitucionales o supremos. Y, finalmente, el artículo 4.2 del Tratado de la Unión requiere destilar el contenido de las decisiones constitucionales estatales, a lo que mucho ayuda la jurisdicción constitucional. En las páginas que siguen intento explorar la función que corresponde a cada una de estas instituciones en la construcción de la autonomía del ordenamiento de la Unión.

a) La función del TEDH en el complemento de la autonomía

La labor estrictamente jurídica del TEDH es de sobra conocida: suministra doctrina jurisprudencial, que le sirve al Tribunal de Justicia como *topos* para el reconocimiento de derechos fundamentales y la delimitación de su contenido⁵⁰. En estas páginas, sin embargo, quiero tomar una perspectiva constitucional más amplia e intentar precisar en qué consiste la función de complemento que desempeña el TEDH. Pienso que la Unión, seguramente al igual que el resto de Altas Partes contratantes, busca en el TEDH una suerte de homologación político-jurídica. El reconocimiento de su jurisprudencia como fuente dúctil⁵¹ es garantía de un contenido constitucional mínimo que dota a la Unión de un *humus* compartido. Una hebra que posee motivos y razones históricas, entroncada con el recorrido que emerge tras la Segunda Guerra Mundial, y que sirve, en sus horrores y logros, como mito fundacional del constitucionalismo con-

structuring of a European interpretive Community», *I-Con*, Vol. 9, núm. 3-4, 2011, pp. 714-736, sobre el concepto p. 732.

50 Además, el TEDH ha abierto la puerta a cumplir también una función de garantía de la autonomía del ordenamiento de la Unión, en cuanto que se considera competente para valorar si un juez nacional ha fundamentado de manera suficiente su negativa a plantear una cuestión prejudicial, véanse los párrafos 54 y ss., de Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique, de 20 de septiembre de 2011 (requetes nº3989/07 y 38353/07).

51 Me refiero a la doble función que cumple la jurisprudencia del TEDH, como desarrollo del Convenio y definición de un estándar mínimo. Sigo el espléndido análisis marcado por A. QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPCO, Madrid, 2008, pp. 86 y ss.

tinental contemporáneo. Así las cosas, el TEDH otorga a la Unión una historia y una cultura constitucional con vocación de explicar de manera completa la posición del ser humano en el dilema clásico de la organización del poder.

Ahora bien, toda historia y cultura constitucional requieren de una actualización permanente. Ocurre, sin embargo, que la Unión carece de una jurisdicción que sea escenario exclusivo o preferente para la exposición por parte de los ciudadanos de su lectura de los derechos fundamentales. El debate sobre los derechos fundamentales en el Tribunal de Justicia es siempre una cuestión incidental, en la que éstos operan antes como límite de las libertades fundamentales⁵² o como parte de un estatuto jurídico mínimo⁵³, que como pretensión central⁵⁴. Por tanto, la Unión se vale de la jurisprudencia del TEDH al modo de un subrogado que la nutre de un discurso constitucional pleno, donde los ciudadanos exponen su comprensión de los derechos fundamentales.

En definitiva, el TEDH da a la Unión una historia, un contexto cultural y un debate directamente constitucional. Cumple así una función clásica, la de integración⁵⁵,

52 Así, dentro del Tribunal se ha reflexionado sobre el modo de ordenar la relación entre libertades fundamentales y derechos fundamentales; y la supuesta «mayor jerarquía» de las primeras sobre los segundos, se ha convertido en cuestión central dentro del propio Tribunal, véanse las Conclusiones de la Abogada General V. Trstenjak de 14 de abril de 2010, Comisión c. República Federal de Alemania, C-271/08, en especial ap. 183 y ss. Una vez más, el principio de proporcionalidad se invoca como solución V. TRSTENJAK y E. BEYSEN, «Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung», *Europarecht*, núm. 3, 2012, pp. 265-284, concretamente p. 277. Problema adicional es saber si los derechos fundamentales permitirían una lectura más amplia de las razones imperiosas que justifican la limitación de las libertades, confrontar las Conclusiones del Abogado General P. Cruz Villalón de 5 de mayo de 2010, Santos Palhota, C-515/08, ap. 48 y ss.

53 «[...] el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión», Sentencia de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, ap. 42. La dificultad estriba, obviamente, en saber cuál es la esencia que queda protegida incluso cuando no hay movimiento, como bien señala con intensidad crítica D. KOCHENOV, «The Right to Have What Rights? EU Citizenship in Need of Clarification», *European Law Journal*, Vol. 19, 2013, pp. 502-516.

54 No deja de ser llamativo que la intensidad del control sobre el derecho derivado, en términos prácticos, ha sido muy menor. Creo que las razones para este resultado son dos. De un lado, el Tribunal de Justicia fuerza a las instituciones de los Estados miembros a una interpretación y aplicación adecuada del derecho de la Unión, que salvaría así la hipotética vulneración de los derechos fundamentales por un acto de derecho derivado, véase como ejemplo paradigmático la Sentencia de 18 de octubre de 2011, Brüstle, C-34/10 (es además sintomático que las cuestiones prejudiciales que directamente plantean la contradicción entre derecho derivado y los derechos fundamentales proceden a menudo de Tribunales Constitucionales, véase la citada Sentencia Melloni o, esta sí estimatoria de la vulneración, la Sentencia de 1 de marzo de 2011, Test-Atachts ASBL, C-236/09). De otro lado, también se minimiza el control por la deferencia que el Tribunal de Justicia declara respecto al legislador de la Unión, véase el asunto ya citado Schaible o, en este caso parcialmente estimatoria, mostrando los límites de esta deferencia, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, Volker y Eifert, C-92/09 y 93/09.

55 No pretendo traer aquí todas las dificultades de este concepto en los términos formulados por R. SMEND. Me conformo con resaltar la función constitucional encaminada a mantener unida a una sociedad, haciendo referencia al dilema clásico de Tocqueville, véase G. FRANKENBERG, «Tocqueville's Question. The Role of a Constitution in the Process of Integration», *Ratio Juris*, Vol. 13, 2000, p. 1-30. En definitiva, subrayar que los textos normativos son para sus destinatarios «[...] expresión de un estadio cultural de desarrollo, medio de una autocomprensión cultural, espejo de un suelo cultural, fundamento de las esperanzas» (traducción propia), P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª edición, Duncker & Humblot, Berlín, p. 83. Cuestión distinta es que la función de integración que desempeña el Convenio

donde el texto jurídico, además de ser un utensilio técnico, sirve para marcar la dimensión temporal y sociológica de la comunidad política, señalando el camino recorrido y quiénes han de formar parte del porvenir. De este modo, la Unión intenta superar la división funcional primigenia y construir un fundamento global de la autonomía que cuente con unas raíces, un ambiente y una renovación constante.

b) La función de los Tribunales Constitucionales en el complemento de la autonomía

La intervención de los Tribunales Constitucionales sirve para reforzar la autonomía del ordenamiento de la Unión. Y a la vez conforma una función típica, la del control del poder, aunque con una alteración de calado, pues abandona su objeto natural, el legislador estatal, y se proyecta sobre dos instancias, el Tribunal de Justicia y el poder de integración, precisamente aquellas que han generado los fundamentos de la autonomía⁵⁶. Recordemos brevemente los tres ámbitos dentro del derecho europeo donde los Tribunales Constitucionales han ejercido su competencia.

En primer lugar, la jurisdicción constitucional se ha convertido en garantía última del respeto de las normas de la Unión por las instituciones estatales, en especial frente a los jueces cuando yerran groseramente en su interpretación o aplicación⁵⁷. Y de ese modo a la vez logran potenciar la posición del Tribunal de Justicia como intérprete supremo del derecho de la Unión, pues la intervención de los Tribunales Constitucionales reac-

se sostenga sobre los equilibrios que construye el TEDH, al respecto J. GARCÍA ROCA, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción del orden público europeo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 183-224, en especial pp. 187 y ss.

56 P. CRUZ VILLALÓN, entiende que este tipo de control ayudaría a racionalizar la «generación de un espacio constitucional europeo», véase «El papel de los Tribunales Constitucionales nacionales», en su monografía, *La Constitución inédita*, ob. cit., p. 75.

57 Para una visión general de la jurisprudencia R. ALONSO GARCÍA, «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, 2009, pp. 11-30. Recientemente el Tribunal Constitucional se ha vuelto a pronunciar sobre este problema. Así, en el fundamento jurídico sexto de la STC 145/2012, que considera vulneradora de la tutela judicial una decisión que aplica derecho del Estado contrario a una sentencia del Tribunal de Justicia, incluso si tal sentencia es posterior al procedimiento sancionador que dio origen al litigio. Por tanto, la garantía de la autonomía radicaría tanto en el aseguramiento por parte del Tribunal Constitucional de que los órganos judiciales plantean la cuestión prejudicial, como en el seguimiento de las decisiones del Tribunal de Justicia, véase D. SARMIENTO, «Reinforcing the (domestic) constitutional protection of primacy of EU law», *Common Market Law Review*, Vol. 50, 2013, pp. 875-892, concretamente p. 887. L. ARROYO JIMÉNEZ, «Hacia la normalización constitucional del derecho de la Unión Europea (A propósito de la STC 145/2012, de 2 de julio)», *Revista de Derecho Europeo*, núm. 45, 2013, pp. 139-169, donde señala que la normalización radicaría en el abandono del término «infraconstitucional» para calificar la aplicación del derecho de la Unión por los jueces ordinarios.

Y la STC 27/2013, de alguna manera recuerda que el control se ciñe a enjuiciar si el órgano judicial ordinario ha dejado de aplicar una norma estatal, una norma europea o ha renunciado a plantear una cuestión prejudicial de validez, de suerte que si su interpretación del derecho estatal es razonable puede prescindir de plantear la cuestión prejudicial de interpretación (ffjj 6 y 7). Sin embargo, la magistrada A. Asúa Batarrita entiende que esta decisión supone una alteración de la doctrina fijada en la STC 58/2010 y que, por tanto, el canon de control no ha de ser la irrazonabilidad o arbitrariedad en la argumentación, sino valorar si el juez ordinario ha seguido las garantías exigidas por el Tribunal de Justicia para justificar la excepción en el planteamiento de la cuestión prejudicial (fj 3).

ción contra el abandono de la jurisprudencia europea⁵⁸. Los Tribunales Constitucionales apuntalan la autonomía, justamente donde su estructura cooperativa, como veremos más adelante, plantea las mayores debilidades al carecer del instrumento de recurso.

En un segundo ámbito, la intervención de los Tribunales Constitucionales se materializa cuando garantiza los derechos fundamentales de su sistema⁵⁹, tarea que abre la posibilidad de control sobre los actos de derecho derivado de la Unión. Su realización⁶⁰, sin duda, supone la consagración de la supremacía constitucional y origina un conflicto a día de hoy irresoluble en los márgenes del derecho. Pero la hipotética limitación de la autonomía del ordenamiento de la Unión también se hace sentir cuando los altos tribunales manifiestan su comprensión de los derechos fundamentales a la vez que evitan el conflicto directo. Son tres los modos de alcanzar este objetivo. En ocasiones, el tribunal correspondiente declara su competencia, si bien, en los juicios concretos modera o vacía su efectivo control⁶¹. En otras, centra su evaluación sobre el derecho estatal que transpone las normas europeas, forzando así una determinada interpretación constitucionalmente adecuada⁶². O bien, formaliza el diálogo a través de la cuestión prejudicial⁶³.

58 Una pregunta esencial consiste en saber qué impacto debería tener esta intervención de los Tribunales Constitucionales sobre la garantía de la autonomía del ordenamiento de la Unión. En este sentido resultan especialmente interesantes las Conclusiones del Abogado General P. Cruz Villalón de 10 de junio de 2010, Elchinov, C-173/09, Rec. I-8895, apartado 25, donde propone una revisión de la doctrina *Rheinmühlen*, entre otras razones por la intervención de garantía de los Tribunales Constitucionales.

59 Tarea que además sirve para actualizar la «tradición constitucional» de la que se vale el Tribunal de Justicia en la interpretación de los derechos de la Carta.

60 Recientemente el Tribunal Constitucional checo ha dado un ejemplo de este conflicto. Véase, J. KOMÁREK, «Playing with matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU *Ultra Vires*; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*», *European Constitutional Law Review*, núm. 8, 2012, pp. 323-337, que da una explicación más centrada en las relaciones del Tribunal Constitucional con los jueces internos, p. 333; señalando una errónea aplicación del derecho europeo por el Tribunal Constitucional checo, R. ZBÍRAL, «A legal revolution or negligible episode? Court of Justice decision proclaimed *ultra vires*», *Common Market Law Review*, Vol. 49, 2012, pp. 1475-1492; y con una mirada muy crítica sobre la textura del diálogo, M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, «Diálogo entre jurisdicciones, *ultra vires* y rabetas: comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, pp. 371-398, en especial pp. 390-393.

61 De alguna forma esta es la posición sostenida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la protección de los derechos fundamentales, pero también para el control de la distribución competencial o de la identidad constitucional, véase R. Chr. Van OYEN, «Mit «Mangold» zurück zu «Solange II»?», *Der Staat*, Vol. 50, núm. 1 2011, pp. 45-59, que habla expresamente de un regreso a Solange II, p. 54; M. PAYANDEH, «Constitutional review of EU law after *Honywell*: contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, pp. 9-38, concretamente el epígrafe cuarto.

62 La euro orden es un caso ejemplar que ha suscitado un control de la norma de desarrollo en diversos países, véase una visión general en O. POLLICINO, «European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to Strike the Right Balance between Interacting Legal Systems», *German Law Journal*, Vol. 9, núm. 10, 2008, pp. 1314-1355; y S. IGLESIAS SÁNCHEZ, «La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del tercer pilar», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 35, 2010, pp. 169-192.

63 Creo que en este supuesto el caso español es paradigmático, dado que evoluciona desde una postura cerrada en su comprensión de los derechos fundamentales (STC 199/2009), a otra que utiliza la cuestión prejudicial para formalizar y comunicar su comprensión (Auto 86/2011). La doctrina ha valorado positivamente este giro, así A. AGUILAR CALAHORRO, «La primera cuestión planteada por el Tribunal

El último escenario en el que se despliega la actuación de los Tribunales Constitucionales es el juicio de la reforma de los Tratados constitutivos. Esta labor ha servido para señalar las fronteras del proceso de integración⁶⁴. Y a través de ella los Tribunales Constitucionales han intentado limitar las posibilidades del poder originario de la Unión, llamado, como es obvio, a configurar la autonomía del ordenamiento. Pero, además, de este modo, los Tribunales Constitucionales no solo inciden sobre la naturaleza material de la autonomía, sino que al mismo tiempo, en la medida que trazan la separación entre el poder de integración y el poder de reforma, deberían servir para fijar el canal democrático adecuado en la construcción del ordenamiento.

c) Las Constituciones estatales

Esta perspectiva nos conduce a las Constituciones estatales, que operarían como tercer complemento. Inicialmente preveían en la mayoría de los casos el procedimiento y los órganos que habían de ratificar los Tratados supranacionales. Luego han ido reaccionando⁶⁵ al proceso de integración al menos de las siguientes formas: enriqueciendo

Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea —Auto del TC 86/2011, de 9 de junio», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2012 (cito por la versión electrónica), para quien la decisión del TC intenta evitar el conflicto «propio del pluralismo constitucional»; L. ARROYO JIMÉNEZ, «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional», *InDret*, núm. 4, 2011, entiende que la cuestión refuerza la «legitimidad institucional» del Tribunal, p. 22; A. TORRES PÉREZ «Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door»; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011», *European Constitutional*, Vol. 8, num. 1, 2012, pp. 105-127, busca los motivos de cambio en la necesidad de evitar una responsabilidad por incumplimiento, la renovación de los magistrados y la presión de la doctrina, p. 122-123; I. TORRES MURO, «La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, pp. 343-370, considera que el Tribunal Constitucional ha puesto fin a una solución «asilvestrada», p. 356. «De buena noticia» lo califica M. REVENGA SÁNCHEZ, «Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 41, 2012, pp. 139-150, p. 148. Mucho más crítico, P. MARTÍN RODRÍGUEZ, ob.cit. para quien el Tribunal Constitucional ha desarrollado una «operación hermeutizante» (p. 25) en busca de una «catarsis» (p. 27) y el Tribunal de Justicia ha ofrecido una respuesta «desenfocada» (p. 31).

64 De las tres, sin duda, esta es la tarea más compleja que desempeñan los Tribunales Constitucionales, pues más allá de la hipótesis de contradicciones textuales explícitas, los altos tribunales se ven impelidos a generar nuevos parámetros ante una realidad, la de integración, que no se ajusta a su labor principal, el control de la ley. Ese juicio desde parámetros recreados y para un objeto inédito —un tratado que tomará diversas formas según su desarrollo—, debilita en ocasiones la labor de mediación de los Tribunales entre los poderes ordinarios y el de reforma, y en la mayoría de los casos parece responder a la necesidad de encontrar para su jurisdicción siquiera un lugar simbólico. De ahí que, en el fondo, parezca en ocasiones que los tribunales bajo una alta retórica dejan campo libre al derecho europeo. A este respecto, dado lo inabarcable de la bibliografía, creo que merecen especial atención las valoraciones de A. SAINZ ARNAIZ, «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en *Constitución española y Constitución Europea*, CEPC, Madrid, 2005, p. 58; Y J.H. WEILER, «The Reformation of European Constitutionalism», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 35, 1997, p. 98.

65 Una clasificación la encontramos en M. CLAES, «Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las «cláusulas europeas» en las Constituciones nacionales: evolución y tipología», trad. Álvaro de Elera, p. 177;

esos procedimientos con un cariz más democrático, que incluso ha incorporado la necesaria ratificación popular (y en algunos casos acomodando esos procedimientos a la naturaleza compuesta del Estado); reconociendo los principios estructurales de la Unión, en especial la primacía y la eficacia directa (últimamente, los principios de equilibrio presupuestario y deuda limitada, reformas éstas impulsadas directamente por el derecho de la Unión, como refleja el artículo 3.2 del Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza); y, en ocasiones, estableciendo límites al poder de integración⁶⁶.

Más que los contenidos concretos que han ido incorporando las Constituciones, me interesa el hecho estricto de la reforma constitucional, pues en mi opinión ha servido para completar la autonomía de la Unión mediante un conjunto fragmentado y diverso de decisiones constitucionales. Una de las mayores fragilidades de la autonomía del ordenamiento de la Unión reside en la ausencia de una voluntad popular fundacional que pueda presentar los Tratados como manifestación de un momento constituyente. Así, en ausencia de una decisión constitucional sobre la naturaleza política de la Unión, las Constituciones estatales completan la pieza, siquiera de manera fragmentaria, para dotar a la autonomía de un fundamento político⁶⁷. Las reformas constitucionales cumplen para la Unión la función propia de un momento constituyente, en el que la comunidad política muestra toda la potencia de su unidad a través de un procedimiento especialmente democrático del que resulta un texto que extrae del debate cotidiano la cuestión de la integración europea, que pasa así a formar parte de los principios estructurales del Estado constitucional⁶⁸.

y en T. GROPPY Y A. CELOTTO «Derecho de la UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites», p. 372, ambos estudios en *Constitución europea y Constituciones nacionales*, dir. Gómez Fernández, Tirant, Valencia, 2005.

66 Aunque lo verdaderamente interesante es ordenar los contenidos por la función que cumplen: finalista, sustancial, ordinamental y procedimental, al respecto, P. CRUZ VILLALÓN, «La cláusula general europea», en *Hacia la europeización de la Constitución española*, coord. P. Cruz Villalón, Fundación BBVA, Madrid, 2006, p. 55 y ss. Cláusulas que han llegado a calificarse, quizá en un ejercicio excesivo, como «föderales Grundrecht», I. PERNICE, «Der Schutz nationaler Identität in der Europäische Union», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 136, 2011, pp. 185-221, p. 193.

67 Dan al proceso de integración un «fundamento hetero constitucional» y a la vez señalan la condición de «parte» de la Unión del Estado miembro, P. CRUZ VILLALÓN, ob.cit., p. 54. Decisiones que, por otro lado, están mostrando problemas muy importantes en su aplicación concreta, véase F. VECCHIO, *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Granada, 2012.

68 Es indudable que en la doctrina española, la fuente reforma constitucional siempre ha sido estudiada con un cierto optimismo epistemológico, centrada en las funciones que cumple y, por tanto, en su necesidad, véase al respeto como ejemplo C. DE CABO MARTÍN, *La reforma constitucional*, Trotta, Madrid, 2003, p. 75; y P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, capítulo primero. Sin embargo, la reciente reforma española del 135 pone de manifiesto que tan importante como la necesidad es valorar las consecuencias de la reforma, tal como ya se había señalado en la teoría constitucional, H. SCHULZE-FIELITZ, «Die deutsche Wiedervereinigung und das Grundgesetz —Zur Theorie und Praxis von Verfassungsentwicklungsprozessen», en *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen*, edición de J.J. Hesse, G.F. Schuppert y K. Harms, Nomos, 1999, págs. 65-96. Es así porque las reformas corren el riesgo incurrir en la banalidad cuando no consiguen reforzar la normatividad de la Constitución, sea ampliando su base social o logrando un ejercicio del poder más eficiente y responsable. Banalidad que se agrava cuando además simboliza procedimientos de reforma materializados con simplificación y premura

2. Una tutela asimétrica

2.1. *La asimetría entre la función de tutela y la función de autonomía*

La clave del sistema jurisdiccional de la Unión, tal y como fija el Dictamen 1/09, reside en la intervención necesaria de la jurisdicción ordinaria y su cooperación con el Tribunal de Justicia, articulación que anuda la tutela de pretensiones y la garantía de la autonomía del ordenamiento. Ocurre, sin embargo, que en esa hilatura se produce una suerte de asimetría. Como es sabido, el conocimiento por el juez nacional de una causa fundada en derecho europeo se construye sobre el acceso a la jurisdicción, entendido éste en términos de un derecho fundamental con contenido doble. Por un lado, el estatal, normalmente con rango constitucional; de otro, el que le concede la Unión, y que a través de los principios de efectividad y equivalencia, en la práctica opera facilitando la admisión de acciones, con el desplazamiento en su caso de las normas procesales que obstaculizan una solución sobre el fondo de la controversia. Esta cualitativa ampliación del contenido de la tutela judicial, por el contrario, choca de plano con la reducción de la posición de las partes en la determinación de la oportunidad del incidente procesal que conducirá a la intervención del Tribunal de Justicia. Ciertamente, tanto el actor como el demandado podrán en sus alegaciones proponer una interpretación posible del derecho de la Unión que ampare sus pretensiones e incluso solicitar el planteamiento de la cuestión prejudicial, pero su posición procesal se queda ahí, y el juez domina completamente la necesidad de la cuestión, el momento para plantearla y su formulación.

Recordemos que dada la división institucional marcada en el origen de la Unión, era recomendable que el control de la transposición y ejecución del derecho comunitario por parte del Estado se depositara en los jueces ordinarios, minimizando los riesgos de un juicio directo por parte de una jurisdicción extraña. Pues bien, este modelo, actualmente, arroja perturbaciones sobre la autonomía del ordenamiento de la Unión y su sistema jurisdiccional.

La primera es conceptual. Resulta difícil ligar unidad y autonomía del ordenamiento con un tribunal, el de Justicia, llamado a ser intérprete supremo, pero que en términos procesales carece de potestad para enmendar jerárquicamente la aplicación que realizan los restantes órganos judiciales del sistema. Cabría incluso pensar que todo el entramado, en última instancia depende de la deferencia de la jurisdicción ordinaria, de su disposición a integrarse, esto es, más de una voluntad que de una exigencia normativa. Tal debilidad tiene evidentes consecuencias prácticas e institucionales. Así, el Tribunal de Justicia precisa vigilar la cooperación y constreñir la discrecionalidad del juez estatal. Y la presencia de los particulares se desplaza crecientemente hacia la cooperación administrativa previa a la intervención de la Comisión⁶⁹.

A la luz de estos datos, con razón se dirá entonces que la cuestión prejudicial gana todo su sentido en el conjunto de los procesos, donde sus insuficiencias quedarían paliadas. Pero siendo esto absolutamente cierto, entonces también se debe aceptar que el

en el debate; entonces, la reforma corre el riesgo de trasladar al proceso de integración todas sus carencias democráticas.

⁶⁹ Véase *Report from the Commission. 28th Annual report on monitoring the application of Eu law (2010)*, draft 2011, p. 5.

vínculo entre autonomía del ordenamiento y cuestión prejudicial no parece tan intenso como pretende reflejar el Dictamen 1/2009.

La articulación de la relación entre el Tribunal de Justicia y los jueces estatales a través de la cuestión prejudicial, conlleva en segundo lugar consecuencias sobre el modo de construir la autonomía y la unidad del ordenamiento. Sin duda, el papel de las partes no carece de importancia. Pero incluso con estas intervenciones, la realidad es que la unidad y la autonomía del ordenamiento no se levantan directamente sobre la tutela de pretensiones particulares, sino sobre la valoración judicial de la duda en torno al derecho de la Unión. Quizá la diferencia es demasiado sutil y seguramente es cierto que toda cuestión trasluce el conflicto de pretensiones subjetivas subyacente⁷⁰. En cualquier caso, siendo la cuestión prejudicial un elemento de apertura en comparación con otros modelos judiciales de origen internacional, se aleja de los tipos constitucionales e incluso del sistema de demanda individual previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷¹. En estos, a través del recurso directo ante el intérprete supremo, se da al particular un espacio para contribuir a desarrollar las bases materiales de la autonomía y de la unidad del ordenamiento. Y normalmente se trata de una intervención que ilumina intereses o interpretaciones minoritarias que no han sido expuestas o no han tenido relevancia suficiente en el debate político. Dicho de otro modo, el recurso directo ante el intérprete supremo compensa las reducciones que haya podido provocar el proceso de formación de la voluntad normativa⁷². No obstante, se podrá sostener que en esa explicación radica precisamente el motivo que justifica la exclusión del recurso en segunda instancia: el proceso político de la Unión no responde al modelo clásico estatal de configuración mayoritaria, por lo que es innecesaria una institución que module sus excesos o defectos⁷³. Ahora bien, si se acepta esta caracte-

70 No en vano, recientemente, en una excelente tesis doctoral se ha defendido la utilidad de la cuestión prejudicial como instrumento para la tutela de derecho subjetivos, A. AGUILAR CALAHORRO, *Dimensión constitucional del principio de primacía*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Granada, 2012, pp. 287 y ss.

71 No han faltado autores que han defendido la inclusión de un recurso directo, véase desde dos perspectivas distintas J. BAQUERO CRUZ, «De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 13, 2005, pp. 35-58; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia», en *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, dir. Ana Carmona Contreras, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 185-206, concretamente p. 202.

72 Considero que sigue siendo de referencia fundamental, J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A theory of constitutional review*, Harvard University Press, Oxford, 1981; y P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, ob.cit., en especial el epígrafe «Verfassung(s)interpretation) als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismus– konzept», cuyas ideas principales fueron publicadas en 1969, véase en el texto citado la nota 236.

73 Tesis que, por otro lado, no deja de resentirse, como muestran intentos de abrir la legitimación activa en supuestos en los que se busca claramente la defensa de la minoría ante los actos normativos de la Unión. Por ejemplo, los esfuerzos de la minoría inuit por hacer valer sus intereses frente a la regulación de la comercialización de los productos derivados de la foca, Auto del Tribunal General de 6 de septiembre de 2011, Inuit, T-18/10; o los intentos de un particular de llevar directamente a la jurisdicción de la Unión el control del Reglamento 407/2010, por el que se crea la «facilidad» financiera, Auto del Tribunal General de 15 de junio de 2011, Thomas Ax, T-259/10. Problema particular dentro del más general referido al concepto de «[...] acto reglamentario que la afecten directamente [persona física o jurídica] y que no incluyan medidas de ejecución», en definitiva, a la legitimación activa para impugnar actos normativos, véase Conclusiones del Abogado General M. Wathelet de 29 de mayo de 2013, Stichting Woonlinie, C-133/12 P. Desde un punto de

rística⁷⁴, habrá entonces que admitirse que la construcción de la autonomía y la unidad a través de la cuestión prejudicial potencia un diálogo de expertos (los jueces), antes que un discurso de la ciudadanía.

El amplio acceso a la justicia ordinaria sin apertura a una segunda instancia ante el Tribunal de Justicia, genera finalmente perturbaciones sobre el mismo valor que pretende servir, la autonomía del ordenamiento. Se ha subrayado insistentemente el incremento de potestades que conlleva para el juez ordinario la tutela de pretensiones fundadas en derecho de la Unión. Pero ese dato puede leerse a la vez como síntoma de la deconstrucción del derecho procesal estatal. Su manifestación es variada y va desde la modulación del principio de jerarquía procesal⁷⁵ a la relativización del efecto preclusivo de los plazos⁷⁶, pasando por la reconfiguración del principio rogado⁷⁷ o la modificación esencial del procedimiento ejecutivo⁷⁸. Hablo de deconstrucción porque se trata de una inaplicación asistemática del derecho procesal estatal en cuanto que no resulta de una planificación completa del proceso y se forma sobre la decisión de casos concretos, con la dificultad que siempre conlleva determinar la aplicación de esa jurisprudencia a asuntos similares pero no idénticos. Este contexto, sin querer llegar a la dramatización, pone en tela de juicio la seguridad jurídica. Así, el ordenamiento estatal, y en especial sus reglas procesales, punto de llegada de la aplicación del derecho de la Unión, se debilita, pues se afloja la convicción de que las controversias serán resueltas de acuerdo con reglas predeterminadas. Y sin seguridad jurídica es imposible sostener la autonomía.

2.2. *La asimetría en la tutela frente a los Estados y la tutela frente a los particulares.*

La unidad del ordenamiento, incluido el supranacional, no requiere la existencia de un derecho único, pero sí la existencia de una sola norma aplicable entre las potencialmente llamadas a solventar cierta controversia. En el caso de la integración de ordenamientos caben varias posibilidades para lograr este resultado. La más sencilla teóricamente supondría la integración por unificación, de tal modo que los ordenamientos antes separados, son sustituidos por uno de nueva planta. Otra solución sería conservar la pluralidad de ordenamientos y estipular las reglas que regulen la elección entre las disposiciones de uno y otro según el conflicto. Bajo este prisma, son también innumerables las hipótesis, pero con la mirada puesta en la libre circulación, elegir entre el ordenamiento de partida o el de llegada es la alternativa fundamental.

vista dogmático, J. BAST, «New categories of acts after the Lisbon Reform : dynamics of parliamentarization of EU law», *Common Market Law Review*, Vol. 49, 2012, pp. 885-928, en concreto p. 898.

74 Característica difícil de aceptar, tal y como refleja la jurisprudencia del TEDH, que ha señalado la inexistencia de un recurso directo para la protección de los derechos fundamentales como el déficit más importante en la protección de los derechos fundamentales de la Unión, véase *BosphorusHavaYollariTurizm ve ticaretanonimşirketi* vs. Ireland, de 30 de junio de 2005 (Application n.º 45036/98) y, levantando esa presunción, *Michaud vs. France*, de 6 de diciembre de 2012 (Application n.º 12323/11).

75 Sentencia de 16 de enero de 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, C-166/73, Rec. p. 33.

76 Sentencia de 25 de julio de 1991, *Emmot*, C-208/90, Rec. I-4292.

77 Sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, Rec. I-4615.

78 Sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11.

En el derecho de la Unión sabemos que han operado básicamente el derecho armonizado y la del derecho de origen a través del principio de reconocimiento mutuo⁷⁹. Esta recomposición de los ordenamientos integrados en pos de una única norma de aplicación aparentemente no ha tenido su correlativo en un sistema judicial único, sino en veintisiete sistemas judiciales coordinados a través de la cooperación vigilada del Tribunal de Justicia, que garantiza la igualdad en la aplicación de la ley.

La descripción anterior, siendo verdad, no es toda la verdad. Realmente, el mecanismo de la cooperación vigilada, la integración de ordenamientos con un único derecho que se aplica a través de veintisiete poderes judiciales, enfoca la imagen que recoge esencialmente un tipo de litigio, aquel en el que el particular recaba protección frente a las limitaciones impuestas por el Estado miembro. En este supuesto, la existencia de veintisiete sistemas judiciales abre, al menos en hipótesis, la posibilidad de que una misma persona, por ejemplo, un prestador de servicios, tenga que accionar veintisiete pleitos para lograr una completa protección. Pero este ejemplo es ciencia ficción, porque tendríamos que encontrarnos ante un individuo que circulara por los veintisiete Estados miembros y que además en todos encontrara obstáculos. Es precisamente esta imposibilidad fáctica la que alimenta un sistema jurídico en el que la unidad se apoya sobre una estructura judicial de cooperación vigilada, donde el poder judicial central no tiene jurisdicción originaria ni potestad jerárquica de enmienda sobre los poderes judiciales periféricos.

Con todo, en el derecho de la Unión existe otro tipo de conflicto, aquel en el que la lesión no procede de un Estado, sino de un particular. En estos casos, la cooperación vigilada sigue siendo útil y resuelve dos controversias, aquella en la que la norma comunitaria goza de eficacia directa también entre particulares (el Tratado, un reglamento), o aquella en la que el derecho armonizado ha sido embebido por el estatal y el conflicto entre particulares se dilucida como una controversia puramente interna. Pero es obvio que el riesgo potencial de veintisiete pleitos para defender una posición jurídica se multiplica exponencialmente, pues las amenazas ahora pueden ser causadas por el número infinito de operadores. Esto explica perfectamente, creo, que desde sus orígenes, el derecho de la Unión en verdad haya jugado con dos sistemas. El de tutela periférica con cooperación vigilada para las lesiones procedentes de los Estados; y un modelo de tutela originaria y jerarquizada para el ámbito en el que las vulneraciones de los particulares son el centro de la cuestión, como ejemplifica claramente la defensa de la competencia⁸⁰. Basta recordar que en este ámbito, por mucho que las últimas reformas hayan impulsado también mecánicas de división de trabajo, el conocimiento de las prácticas colusorias se atribuye por el Tratado a la Comisión, cuyos actos de control son conocidos en vía de

79 Creo que sigue siendo de lectura obligada N. REICH, «Binnenmarkt als Rechtsbegriff», *EuZW*, 203, 1991; y ofreciendo una imagen muy completa de la evolución D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, «La recepción en el derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica», en *Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. M. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo, Vol. I, Justel, Madrid, 2009.

80 Centralizar en la Comisión o mantener un control descentralizado en los Estados, ese fue efectivamente el primer debate en torno al control de los cárteles, véase S. HAMBLOCH, «EEC Competition Policy in the Early Phase of European Integration», *Journal of European Integration History*, Vol. 18, núm. 2, 2011, pp. 237-257, en especial p. 248.

recurso de legalidad por el Tribunal General y en casación por el Tribunal de Justicia. En fin, un modelo de tutela con jurisdicción originaria y jerarquizada.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la controversia entre particulares no encaja en la defensa de la competencia? Pues que emergen con toda claridad las limitaciones de un modelo, el de cooperación vigilada, creado para atender las vulneraciones causadas por los Estados miembros⁸¹. En definitiva, un tipo que potencialmente puede requerir del titular del derecho tantos pleitos como particulares pongan en discusión su título. Creo que desde esta perspectiva se entiende perfectamente que, por ejemplo, en el campo de la protección de las patentes se busque desesperadamente un «sistema unificado», esto es, un sistema en el que baste una sola decisión jurisdiccional para delimitar el contenido del derecho de propiedad del particular y hacerlo valer frente a todas las amenazas y en cualquier lugar.

IV. CONCLUSIÓN

La renovada defensa de la autonomía del ordenamiento por parte del Tribunal de Justicia, de la que además extrae las funciones esenciales del sistema jurisdiccional, contrasta con un momento histórico en el que la apertura de la Unión recibe impulsos inusitados. Dentro de esta tendencia de internacionalización, el reconocimiento de efectos a las resoluciones de órganos judiciales externos pretende, en gran medida, superar las limitaciones de la arquitectura jurisdiccional de la Unión. Es obvio que la llamada del Tratado de la Unión a la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos quiere racionalizar la función de complemento que despliega el TEDH y, a la vez, potenciar las garantías de los derechos fundamentales, dando paso a la posibilidad de una protección directa de los mismos, circunvalando así la asimetría de tutela que provoca la cuestión prejudicial. Por otro lado, el ejemplo de crear un tribunal único para ventilar los litigios relativos a las patentes, muestra a todas luces la asimetría que padece un sistema jurisdiccional incapaz de tutelar de una sola vez pretensiones de derecho privado. En definitiva, la cooperación internacional busca mejorar la garantía de los derechos subjetivos, sea potenciando instrumentos procesales o reaccionando de forma más completa contra las amenazas procedentes de particulares.

Ahora bien, el insistente reconocimiento de jurisdicciones externas subraya la existencia de un conflicto constitucional distinto al que forjó la comprensión del sistema jurisdiccional de la Unión y el vínculo con la autonomía de su ordenamiento. De acuerdo con el epígrafe primero, fue la tensión federal, esto es, la antinomia entre derecho estatal y derecho europeo, la que propició un modelo de cooperación vigilada sostenido sobre tres divisiones básicas. En las relaciones internacionales de la Unión, en la apertu-

81 Un ejemplo claro es la Sentencia de 4 de octubre de 2011, Premier League, C-403/08 y 429/08. Hasta ahora la doctrina ha indagado sobre el fundamento de la eficacia directa de las libertades fundamentales, C. KRENN, «A missing piece in the horizontal effect «Jigsaw»: horizontal direct effect and the free movement of goods», *Common Market Law Review*, Vol. 49, 2012, pp. 177-216; y sobre sus consecuencias constitucionales H. SCHEPEL, «Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law», *European Law Journal*, Vol. 18, núm. 2, 2012, pp. 177-200.

ra de su ordenamiento, sin embargo, el problema constitucional es distinto. No se trata de seleccionar una norma aplicable entre dos válidas que aspiran a resolver una controversia, ni de asegurar que dos litigios iguales se resuelven del mismo modo. La gama de asuntos gira en torno a una matriz diferente: la eficacia de normas generadas a partir de un acuerdo internacional, cuya producción, interpretación y aplicación, o al menos alguno de estos elementos, queda fuera del marco institucional de la Unión. Dicho de forma gráfica, en el conflicto federal la cuestión versa sobre el cierre del ordenamiento, mientras que en las relaciones internacionales la tarea consiste en fijar las dosis adecuadas de apertura.

En estas circunstancias es inevitable volver sobre el concepto de autonomía. Su lógica tradicional, nacida, repito, ante un determinado conflicto constitucional, es insuficiente para afrontar los nuevos retos, más aún si tiende a ocultar las debilidades del sistema jurisdiccional. Seguramente será necesario mantener el camino recorrido, pero parece evidente que se hacen precisas algunas modulaciones en torno al concepto de autonomía. Estas pueden venir, como ha intentado el propio Tribunal de Justicia, a través del reconocimiento de principios materiales⁸². O bien, mediante la búsqueda de técnicas procesales que aseguren un lugar preeminente, que no necesariamente supremo, al Tribunal de Justicia, siguiendo el ejemplo que se está intentando en la negociación del Convenio Europeo de Derechos Humanos o en la cooperación reforzada que alumbrará un tribunal único para las patentes. Pero, en todo caso, cincuenta años después de *Van Gend & Loos*, todo apunta a que la defensa de la autonomía del ordenamiento de la Unión no puede conducir a estructuras institucionales inflexibles. Tales rigores, ni se deducen de la sentencia, ni surgen de forma natural del texto de los Tratados.

TITLE: *The autonomy of the European Legal Order and the «indispensable tasks» of its jurisdictional System*

ABSTRACT: *The European Court's renew vindication of the autonomy of the European Union Legal order opposes against the political impulses directed to open the judicial power of the Union, taking its jurisdiction beyond the Union or giving jurisdiction to court outside the Unión. Do to this paradox, I try to analyze the link between autonomy of the legal order and indispensable tasks of the judicial power of the Unión. In title II, in an effort of juridical archeology, I wonder which have been the constitutional reasons that moved to the link mentioned. In my opinion three fundamental divisions—functional, institutional and validity divisions—justify the jurisdictional model of vigilant cooperation that build the autonomy of the legal order. In title III, I try to show the weakness of this model. Firstly, although the European Court holds strong on autonomy, reality and the constitutive Treaties call for a complement. The essential question is to know what function develop several actors. Secondly, the protection offered by the judicial power of the Union is asymmetric in a double sense: it does not extend the protection through a system of appeals and it works in a different way attending to state or private origin of the wrong. Finally, I try to defend that those two asymmetries explain the political reason towards the opening of the judicial power of the Union.*

82 Sentencia de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat, C-402/05P y 415/05P, que expresamente utiliza el argumento de la autonomía (ap. 283) para justificar un control completo del derecho internacional conforme a los derechos fundamentales (ap. 330). En esta sentencia se quiere ver una alternativa a las tesis pluralistas más radicales y se toma como ejemplo del «constitucionalismo atenuado» que es capaz de generar una serie de principios universalizables y ordenar la relación entre ordenamientos más allá de la solución pragmática de cada conflicto, véase. L.I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012, p. 472.

RESUMEN: *La renovada defensa que el Tribunal de Justicia hace del concepto de autonomía contrasta con los impulsos políticos que intentan abrir la jurisdicción de la Unión, sea prolongando su intervención hacia fuera, o reconociendo competencia a tribunales ajenos a ella. Dada esta situación paradójica, mi intención es reflexionar sobre el vínculo entre autonomía del ordenamiento y funciones esenciales del sistema jurisdiccional. Para ello, en el epígrafe II, al modo de un intento de arqueología jurídica, me planteo cuáles han sido las razones constitucionales que condujeron a diseñar ese vínculo que el Tribunal de Justicia ha subrayado. En mi opinión, tres divisiones esenciales —la funcional, la institucional y la de parámetros de validez— dan sentido al modelo de cooperación vigilada que sostendría la autonomía del ordenamiento. A continuación, en el epígrafe III, intento mostrar las debilidades actuales del sistema jurisdiccional de la Unión. En primer lugar, pese a que el Tribunal de Justicia hace causa firme de la autonomía, la realidad y las propias exigencias de los Tratados constitutivos llaman a su complemento por otros actores. La pregunta esencial es saber qué función cumplen tales actores en esa labor de adición. En segundo lugar, la tutela que ofrece el sistema jurisdiccional de la Unión es hoy doblemente asimétrica, de un lado porque no extiende la garantía de la tutela judicial mediante recursos; de otro, porque opera de forma distinta si controla actos del Estado o de los particulares. Finalmente, intentaré defender que estos dos flancos abiertos —una autonomía necesitada de complemento y una tutela asimétrica— explican al menos la razón política encaminada a abrir la jurisdicción más allá de la Unión.*

KEY WORDS: *European Union, autonomy of the legal order, judicial system*

PALABRAS CLAVE: *Unión Europea, autonomía del ordenamiento, sistema jurisdiccional*

FECHA DE RECEPCIÓN: 13.06.2013. **FECHA DE ACEPTACIÓN:** 30.07.2013.

