

# Una reflexión más sobre la primacía del derecho comunitario con ocasión de la sentencia *Michaniki* y a la luz del Tratado de Lisboa

*Ana Santamaría Dacal*

Letrada del Tribunal de Justicia. Letrada del Consejo de Estado

## RESUMEN

En *Michaniki*, el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones constitucionales griegas en materia audiovisual, eran incompatibles con el Derecho comunitario. De esta manera, el Tribunal confirmó su jurisprudencia en virtud de la cual la primacía del Derecho comunitario opera incluso respecto de disposiciones nacionales constitucionales. Las repercusiones de esta sentencia se desarrollarán en este artículo, poniendo un especial énfasis en el papel que desempeñará el Tratado de Lisboa en el estado actual de desarrollo del Derecho comunitario.

**Palabras clave:** Tribunal de Justicia, primacía, derecho constitucional, sector audiovisual.

**Keywords:** European Court of Justice, primacy, constitutional law, audiovisual sector.

## ABSTRACT

In *Michaniki*, the European Court of Justice declared that Greek Constitutional provisions on procurement in the audiovisual sector were in breach of Community Law. In doing so, the Court confirmed previous case law according to which Community Law is supreme over national law, including national constitutional provisions. The consequences of this decision will be explored in this article, with a special emphasis on the role of the Treaty of Lisbon in the current state of development of Community Law.

SUMARIO

- I. LA DOCTRINA DE LA PRIMACÍA ABSOLUTA Y SU RECHAZO POR ALGUNOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES—a) *La vieja doctrina de la primacía*—b) *Su rechazo por algunos Tribunales Constitucionales*—c) *La «recíproca moderación» de los actores*— El Tribunal de Justicia— Las jurisdicciones nacionales
  - II. LA PRIMACÍA EN EL TRATADO DE LISBOA: QUÉ SE PUEDE ESPERAR
-

El asunto *Michaniki*, sometido en forma de cuestión prejudicial por el Consejo de Estado griego al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha ofrecido a éste una de esas raras ocasiones de aplicar su jurisprudencia sobre la primacía del Derecho comunitario hasta sus últimas consecuencias, esto es, en el supuesto de conflicto entre una norma comunitaria de derecho derivado y la Constitución de un Estado miembro<sup>1</sup>.

Puede resultar sorprendente que la simple aplicación de una jurisprudencia con más de cuarenta años de existencia aún sea digna de mención. Pero ciertamente lo es, en particular a la vista de la aparentemente discreta postura adoptada en Lisboa en relación con este capital elemento del sistema jurídico comunitario. Además, el mero planteamiento de la cuestión prejudicial constituye un giro de 180 grados en la posición hasta el momento mantenida por el Consejo de Estado griego.

La sentencia tiene también un indudable interés desde la perspectiva del derecho de la contratación pública, pues con ella el Tribunal de Justicia ha limitado la posibilidad de los Estados miembros de prever, en la legislación nacional, causas de exclusión de la participación en un contrato público de obras distintas a las contempladas en el artículo 24 de la Directiva 93/37/CEE. El análisis de estas cuestiones queda, sin embargo, para otra ocasión<sup>2</sup>.

Preguntaba el Consejo de Estado griego si la lista comprendida en ese artículo 24 de la Directiva es o no exhaustiva, y si respeta los principios generales del Derecho comunitario una disposición nacional que declara incompatibles las condiciones de propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa de medios de comunicación y de una empresa a la que el Estado o una persona jurídica del sector público en sentido amplio confía la ejecución de contratos de obras, suministros o servicios.

La peculiaridad del asunto radica en que la disposición nacional en cuestión tiene rango constitucional, y en que es el propio órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial quien pone en tela de juicio su compatibilidad con el Derecho comunitario.

La decisión del Tribunal de Justicia es, sin embargo, absolutamente neutra desde esta perspectiva. En ningún momento valora el hecho de que esté en juego un artículo de la Constitución griega<sup>3</sup>, ni considera necesario recordar

<sup>1</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 2008 (C-213/07, todavía no publicada en la Recopilación).

<sup>2</sup> Un comentario de esta sentencia puede encontrarse en: BROUSSY, E.; DONNAT, F. y LAMBERT, C., «Chronique de jurisprudence communautaire. Marchés publics», *L'actualité juridique droit administratif* 2009 pgs. 252-254.

<sup>3</sup> Pese a que, como indica el Abogado General Poiares Maduro en el punto 30 de sus conclusiones, «de los fundamentos de la resolución de remisión se desprende que [en el Consejo de Estado griego] surgió un debate sobre si esa circunstancia podía influir en la

su más que conocida jurisprudencia sobre la primacía del Derecho comunitario.

Como corresponde en el marco de un procedimiento prejudicial, la sentencia no se pronuncia sobre la conformidad o no del artículo 14, apartado 9, de la Constitución griega con la Directiva 93/37, limitándose a proporcionar al órgano jurisdiccional remitente «todos los elementos de interpretación pertenecientes al Derecho comunitario que pueden permitirle apreciar tal conformidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido»<sup>4</sup>. Del fallo se deriva claramente, no obstante, la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la citada previsión constitucional, dejando un escaso margen de maniobra al Consejo de Estado griego.

El Tribunal de Justicia hace así una aplicación ejemplar de su tradicional jurisprudencia sobre la primacía, concluyendo que el Derecho comunitario se opone a una disposición nacional como la descrita por el juez remitente. Podría haber añadido, parafraseando *Costa contra Enel*, «cualquiera que ésta [la disposición] sea», es decir, independientemente de su rango<sup>5</sup>, pero no es habitual encontrar, en las decisiones de este tipo, una referencia expresa al principio de primacía. Tampoco figura, por ejemplo, en la sentencia *Kreil*<sup>6</sup>, en la que se juzgó que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres impuesto por una directiva comunitaria debía prevalecer sobre un precepto constitucional alemán que, de manera general, excluía a las mujeres de los empleos militares que implican uso de armas<sup>7</sup>.

*Michaniki* no es el primer asunto en el que la jurisdicción comunitaria se ha enfrentado a un conflicto directo entre un precepto constitucional nacional y una norma de derecho comunitario derivado, pero sigue siendo una decisión importante por dos razones fundamentales.

En primer lugar, porque aunque la jurisprudencia sobre la primacía ha sido afirmada y confirmada por el Tribunal de Justicia durante más de cuarenta años, no puede sostenerse que todos los Estados miembros la hayan respal-

valoración de la compatibilidad de la mencionada causa de exclusión con el Derecho comunitario».

<sup>4</sup> Sentencia *Michaniki*, ap. 51, y jurisprudencia allí citada.

<sup>5</sup> Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa contra Enel* (6/64, Rec. pg. 99): «al Derecho nacido del Tratado no podría entonces (...) oponerse judicialmente un texto interno cualquiera que sea».

<sup>6</sup> Sentencia de 11 de enero de 2000 (C-285/98, Rec. pg. I-69).

<sup>7</sup> Como contraejemplo puede citarse la sentencia de 18 de julio de 2007, *Lucchini SpA* (C-119/05, Rec. pg. I-6199), aunque en este caso no se trataba de un conflicto entre el derecho comunitario y un precepto constitucional nacional, sino de la imposibilidad de respetar simultáneamente una decisión firme de la Comisión en materia de ayudas de Estado y el principio de cosa juzgada consagrado en el Código civil italiano. El Tribunal afirmó que «la apreciación de la compatibilidad de medidas de ayuda o de un régimen de ayudas con el mercado común es competencia exclusiva de la Comisión, que actúa bajo el control del juez comunitario. Esta regla se impone en el ordenamiento jurídico interno a consecuencia del principio de la primacía del Derecho comunitario» (apartado 62).

dado tácita o expresamente. Las reticencias, aun con manifestaciones sutiles, siguen subsistiendo (I).

Y en segundo lugar, porque la sentencia interviene en un momento delicado, tras los avatares que ha experimentado el tratamiento del principio de primacía en el frustrado proceso constituyente y en el todavía inseguro Tratado de Lisboa (II).

## I. LA DOCTRINA DE LA PRIMACÍA ABSOLUTA Y SU RECHAZO POR ALGUNOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

### a) La vieja doctrina de la primacía

Tras la pionera *Costa contra Enel*, el Tribunal de Justicia dictó toda una serie de decisiones confirmando, en asuntos de más claras implicaciones constitucionales, la doctrina de la primacía absoluta del derecho comunitario.

Así, en el asunto *Acciaierie San Michel*<sup>8</sup>, se desestimó una solicitud de suspensión del procedimiento ante el TJCE hasta que el Tribunal Constitucional italiano se pronunciase sobre la constitucionalidad de ciertas disposiciones del Tratado CECA; en *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>9</sup>, se precisó que «la invocación de vulneraciones, bien de los derechos fundamentales formulados por la Constitución de un Estado miembro, bien de los principios de una estructura constitucional nacional, no pueden afectar la validez de un acto comunitario o sus efectos en el territorio de dicho Estado»; y en las posteriores *Comisión contra Italia*<sup>10</sup> y *Comisión contra Bélgica*<sup>11</sup> se afirmó que un Estado miembro no puede invocar dificultades internas ni disposiciones nacionales, incluidas las constitucionales, para justificar su incumplimiento del derecho comunitario.

Igualmente, en su sentencia de 17 de diciembre de 1980, *Comisión contra Bélgica*<sup>12</sup>, el Tribunal manifestó que una disposición constitucional por la que se reservaba a los nacionales belgas el ejercicio de funciones públicas más allá de lo permitido por el artículo 48.4 TCE (actual artículo 39.4) no podía justificar el incumplimiento de las normas comunitarias en materia de libre circulación de trabajadores, pues ese recurso «a disposiciones del orden jurídico interno para limitar el alcance de disposiciones de derecho comunitario tendría por efecto vulnerar la unidad y la eficacia de ese derecho» (apartado 19).

### b) Su rechazo por algunos Tribunales Constitucionales

El carácter absoluto y terminante de esta jurisprudencia comunitaria sobre

<sup>8</sup> Auto de 22 de junio de 1965 (9/65, Rec. 1967 pg. 35).

<sup>9</sup> Sentencia de 17 de diciembre de 1970 (11/70, Rec. pg. 1125).

<sup>10</sup> Sentencia de 13 de julio de 1972 (48/71, Rec. pg. 529).

<sup>11</sup> Sentencia de 6 de mayo de 1980 (102/79, Rec. pg. 507).

<sup>12</sup> Asunto 149/79, Rec. pg. 1291.

la primacía contrasta con la tibia y condicionada aceptación, cuando no claro rechazo, de que ha sido objeto por las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros, a las que, como ha dicho gráficamente el Consejo de Estado español, «se sitúa (...) ante la tesitura de tener que compaginar su función como máximos garantes de la Constitución nacional (incluidas las cláusulas constitucionales de apertura al Derecho comunitario) con la necesidad de respetar un Derecho comunitario con su propio sistema de control jurisdiccional, del que los Tribunales Constitucionales dudan si entrar a formar parte y con qué función (especialmente en relación con el planteamiento de la cuestión prejudicial)»<sup>13</sup>.

Y es que, aunque la diferente lectura que los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal de Luxemburgo hacen del principio de primacía deriva de sus irreconciliables concepciones sobre la soberanía (para los primeros ésta reside en las Constituciones nacionales, mientras que para el segundo el Derecho comunitario nace de una fuente autónoma<sup>14</sup>), subyace también aquí un problema de reparto de competencias jurisdiccionales, problema al que no siempre es ajena la voluntad de auto-reforzamiento de ciertos tribunales nacionales<sup>15</sup>.

Están, por supuesto, la solución irlandesa y holandesa, cuyas Constituciones expresamente consagran la primacía absoluta del Derecho comunitario, en particular con respecto a las normas constitucionales nacionales, pero esta postura sigue siendo, hoy por hoy, minoritaria<sup>16</sup>. En la mayor parte de los Estados miembros, la Constitución nacional representa la cima indiscutida de la pirámide kelseniana<sup>17</sup>, y la primacía del Derecho comunitario derivado sólo se reconoce bajo ciertas condiciones, que varían de unos casos a otros.

<sup>13</sup> Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español de 14 de febrero de 2008, pg. 27.

<sup>14</sup> En este sentido, la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, apartado 3: «al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, no se podría oponer judicialmente, en atención a su naturaleza, cualesquiera reglas de Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin poner en cuestión la base jurídica de la propia Comunidad».

<sup>15</sup> En este sentido, y respecto a la posición de los Tribunales Constitucionales de algunos de los nuevos Estados miembros, véase Wojciech SADURSKI en «Solange, chapter 3: constitutional Courts in Central Europe, democracy, European Union», *European Law Journal*, vol. 14, 2008, issue 1.

<sup>16</sup> El artículo 29.4.10º de la Constitución irlandesa dispone que «No provision of this Constitution invalidates laws enacted, acts done or measures adopted by the State which are necessitated by the obligations of membership of the European Union or of the Communities, or prevents laws enacted, acts done or measures adopted by the European Union or by the Communities or by institutions thereof, or by bodies competent under the Treaties establishing the Communities, from having the force of law in the State». El artículo 94 de la Constitución de los Países Bajos establece que el Derecho europeo, por su naturaleza, tiene un rango superior al Derecho nacional, siguiéndole en el orden jerárquico la Carta magna (*Statuut*), la Constitución (*Grondwet*) y las leyes del Parlamento.

<sup>17</sup> BRUNO DE WITTE, «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en *The Evolution of EU Law*, editado por Paul CRAIG y Gráinne DE BÚRCA, Oxford University Press, 1999, pg. 204.

Las primeras precisiones nacionales al principio de la primacía absoluta surgieron en el plano de la protección de los derechos fundamentales. Así, en la década de los 70, la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional federal alemán elaboraron, respectivamente, la teoría de los *controlimiti* y la famosa jurisprudencia *Solange*.

De acuerdo con la primera<sup>18</sup>, el derecho comunitario no puede vulnerar los principios fundamentales del ordenamiento constitucional (italiano) ni los derechos inalienables de la persona humana, criterios con arreglo a los cuales la Corte Constitucional podría eventualmente enjuiciar las normas comunitarias.

En cuanto a la jurisprudencia *Solange* del Tribunal Constitucional alemán, ha experimentado una evolución en varias etapas. En la primera, plasmada en un auto de 29 de mayo de 1974 (conocido como *Solange I*), el Tribunal de Karlsruhe manifestó que «en tanto» («*solange*») el Derecho comunitario no alcanzase un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalente al del ordenamiento nacional, le correspondía analizar la validez de una norma de derecho comunitario derivado a la luz de la Constitución alemana<sup>19</sup>. La segunda etapa intervino doce años más tarde, con una sentencia de 22 de octubre de 1986 (*Solange II*) en la que el Tribunal cambió de criterio al partir de una nueva premisa: al entender, a la vista de la jurisprudencia de Luxemburgo, que el estándar de protección de los derechos fundamentales se había alcanzado en el derecho comunitario, concluyó que «en tanto» ese nivel de tutela se mantuviese, no cabría valorar una norma comunitaria desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales asegurada por la Ley Fundamental de Bonn. La tercera y última etapa se caracteriza por la confirmación de la anterior decisión<sup>20</sup>.

Así, con una amplia y protectora jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, y al asegurar una tutela equivalente de éstos en el ámbito comunitario, el Tribunal de Justicia calmó, siquiera transitoriamente, las más agudas reivindicaciones de soberanía jurídica y de respeto a las identidades constitucionales nacionales.

<sup>18</sup> Formulada en la sentencia *Frontini* de 27 de diciembre de 1973 y confirmada en las sentencias *Granital* de 8 de junio de 1984 y *Fragd* de 21 de abril de 1989.

<sup>19</sup> Esta decisión se dictó en el mismo asunto que dio lugar a la ya citada sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*. A la vista de la respuesta que el Tribunal de Justicia dio a su cuestión prejudicial, el juez alemán que había formulado el reenvío (preguntando sobre la posible invalidez de un reglamento comunitario a la vista de derechos fundamentales contenidos en la Constitución alemana) se dirigió al Tribunal Constitucional federal, con el resultado ya expuesto.

<sup>20</sup> Sentencia de 7 de junio de 2000, recaída en un asunto relativo al régimen comunitario de la importación de plátanos (*Solange III*). En esta decisión se precisa que la sentencia de 12 de octubre de 1993, relativa a la ratificación del Tratado de Maastricht, no debe entenderse como una modificación de la jurisprudencia *Solange II*. Más recientemente, se ha pronunciado sobre la Euro-orden, manifestando que, pese a introducir importantes derogaciones a la prohibición constitucional de extraditar a los nacionales, no vulnera la identidad constitucional alemana (Sentencia de 18 de julio de 2005).

Sorprendentemente, los tribunales constitucionales de algunos de los nuevos Estados miembros, como la República Checa, Hungría y Polonia, han retomado con distintas formulaciones las ideas iniciales de la jurisprudencia *Solange*<sup>21</sup>.

En los últimos años, el Tribunal Constitucional español y el *Conseil Constitutionnel* francés han adoptado soluciones no muy alejadas de la alemana y la italiana, pero partiendo de los preceptos constitucionales por los que se opera la transferencia de soberanía a la Comunidad, así como del artículo I-5 del Tratado constitucional<sup>22</sup>, en virtud del cual la Unión debe respetar la identidad nacional de los Estados miembros inherente a sus estructuras políticas y constitucionales fundamentales.

En sus decisiones de 10 de junio de 2004 y de 27 de julio de 2006<sup>23</sup>, el *Conseil Constitutionnel* reconoce una cierta primacía del juez comunitario, al declararse incompetente para controlar la constitucionalidad de una Ley de transposición de una directiva. Entiende, no obstante, que el Derecho comunitario ha quedado integrado en el orden constitucional francés por aplicación de los artículos 88-I y siguientes de la Constitución, y que le corresponde velar por el respeto a esos preceptos. Ahora bien, esta facultad de control se encuentra doblemente limitada, pues se circunscribe a preservar el «núcleo duro» de las reglas constitucionales, esto es, las reglas o los principios «inherentes a la identidad constitucional de Francia»<sup>24</sup>, y únicamente puede intervenir para censurar incompatibilidades manifiestas<sup>25</sup>.

La solución adoptada por nuestro Tribunal Constitucional no difiere mucho, como es sabido, de la francesa. En su declaración de 13 de diciembre de 2004<sup>26</sup> manifestó que «la cesión constitucional que el artículo 93 TCE

<sup>21</sup> Este paso atrás es, sin duda, irónico. Como afirma Wojciech SADURSKI, «it would be truly ironic if the constitutional courts were now to build a democracy-based arguments against the supremacy of EU law in new Member States. It would be perhaps even perverse if the courts of the very countries which entered the EU, *inter alia*, to consolidate their democracy and human rights protection, were to erect barriers against a smooth integration within the EU legal framework on the basis of the uncertainty as to the outcome, both in terms of democratic –and rights– protection, or such an integration» (SADURSKY, *op. cit.*).

<sup>22</sup> Reproducido en Lisboa, como luego se verá, en el artículo 4 TUE.

<sup>23</sup> Dictadas con ocasión de la ratificación francesa del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa y del Tratado de Lisboa, respectivamente.

<sup>24</sup> Es decir, que no figuran en el catálogo comunitario. Entre ellos es habitual citar, por ejemplo, el laicismo.

<sup>25</sup> Una posición similar ha mantenido el Consejo de Estado francés en su reciente sentencia *Société ARCELOR Atlantique et Lorraine et autres* (Sentencia de 8 de febrero de 2007, recurso núm. 287110). En este punto, pueden también consultarse las conclusiones del *commissaire du gouvernement* Mattias Guyomar (*Revue Française du Droit Administratif*, 2007, pg. 384).

<sup>26</sup> DTC 1/2004, relativa a la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Un comentario de esta decisión en SANTAMARÍA, A. y DONNAT, F., «Ratification du Traité instituant une Constitution pour l'Europe en Espagne», *Publications de la Fondation Robert Schuman*, synthèse núm. 195, enero 2005.

posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión», que implícitamente se derivan de la Constitución y que «se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia». A diferencia de la solución francesa, y con una peculiar construcción jurídica en torno a las nociones de «primacía» y de «supremacía», el Tribunal Constitucional restringe la operatividad de esta «reserva de constitucionalidad» a los casos de actuaciones comunitarias *ultra vires*.

Sobre el Derecho comunitario pende, en definitiva, una suerte de «espada de Damocles» que los Estados miembros se reservan el derecho a utilizar, en forma de censura excepcional, a través de sus respectivos tribunales constitucionales.

### c) La «recíproca moderación» de los actores

Pese a ello, lo cierto es que, por el momento, la sangre no ha llegado al río, y la oposición conceptual sobre la primacía no ha generado excesivos conflictos. A los casos más paradigmáticos, como el ya mencionado asunto *Kreil*, sobre el acceso de las mujeres al ejército alemán, o la reserva total a los nacionales belgas del ejercicio de funciones públicas (sentencia de 17 de diciembre de 1980, *Comisión contra Bélgica*, también citada), se les puso fin con la más o menos pacífica colaboración de las autoridades nacionales, que procedieron a la inevitable reforma constitucional<sup>27</sup>.

Éste habrá de ser, con toda probabilidad, el desenlace del asunto *Michianiki*, pues la sentencia que aquí se comenta arroja pocas dudas sobre la incompatibilidad del artículo 14.9 de la Constitución griega con la Directiva 93/37, y la jurisprudencia *Simmenthal*<sup>28</sup> hace inaplicable el citado precepto constitucional.

Esta serena coexistencia de ambos sistemas se debe a lo que Jean-Paul Jacqué ha calificado «la recíproca moderación de los actores»<sup>29</sup>, es decir, a una mutua contención de los tribunales nacionales y de la propia jurisdicción comunitaria. Pese a sus respectivas reivindicaciones de soberanía, ambos efectúan concesiones más o menos explícitas a la autoridad del otro orden legal, con la finalidad de evitar un choque directo. Como gráficamente ha señalado Miguel POIARES MADURO, «el orden jurídico europeo se caracteriza

<sup>27</sup> El contraejemplo es el asunto griego del reconocimiento de títulos universitarios, que después se analizará con mayor detenimiento. En este caso, la indiscutible incompatibilidad entre la Constitución griega y las normas comunitarias se solucionó, a nivel interno, con una decisión claramente contraria a varias líneas jurisprudenciales del Tribunal de Justicia, eludiéndose el planteamiento de la cuestión prejudicial.

<sup>28</sup> Sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77, Rec. pg. 629, ap. 17).

<sup>29</sup> JACQUÉ, J.-P., «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 69 (2007), pgs. 3-37.

al mismo tiempo por la norma general (aceptación por los tribunales nacionales de los principios de supremacía y efecto directo) y, como diría SCHMITT, por el poder excepcional ya afirmado, pero todavía no ejercitado, por los tribunales constitucionales nacionales. De hecho, la posibilidad de esto último acaba por determinar la forma en que se lleva a cabo la normal aplicación e interpretación del Derecho comunitario»<sup>30</sup>.

### *El Tribunal de Justicia*

Por parte del Tribunal de Justicia, un claro ejemplo de esta contención es la sentencia *Grogan*<sup>31</sup>. Se trataba en este asunto de determinar si vulneraba el Derecho comunitario la prohibición impuesta por las autoridades irlandesas de distribuir en su territorio publicidad sobre clínicas donde se practicaban abortos, situadas en otro Estado miembro. Tras afirmar que el aborto, cuando se practica legalmente en un Estado miembro, tiene la consideración de «servicio» a los efectos del artículo 60 TCE (actual artículo 50), el Tribunal de Justicia consideró que la prohibición en cuestión quedaba fuera de las disposiciones del Tratado, dado el carácter excesivamente tenue del vínculo entre las asociaciones de estudiantes que llevaban a cabo la distribución de la publicidad y las clínicas. Esta argumentación le permitió declararse incompetente para efectuar cualquier valoración de la medida, tanto desde la perspectiva de las disposiciones en materia de libre prestación de servicios como a la luz de los derechos fundamentales, y eludir pronunciarse sobre un eventual conflicto entre las normas comunitarias y el artículo 40.3 de la Constitución irlandesa, del que, según la jurisprudencia nacional, podía deducirse la legitimidad de la medida en cuestión<sup>32</sup>.

Más recientemente, en el asunto *UGT-LRioja*, el Tribunal de Justicia se enfrentó a un posible conflicto constitucional entre las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado y la disposición adicional primera de la Constitución española. En su sentencia de 11 de septiembre de 2008<sup>33</sup>, el Tribunal trata una vez más de lograr el equilibrio entre la garantía de las normas comunitarias y el necesario respeto a las decisiones del poder constituyente de un Estado miembro. Para ello, deja en manos del órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial (el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco) la decisión sobre si los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco gozan de la autonomía institucional, de procedi-

<sup>30</sup> POIARES MADURO, M., «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en *Sovereignty in transition*, ed. por Neil WALTER, Hart Publishing, 2003, pgs. 521-522.

<sup>31</sup> Sentencia de 4 de octubre de 1991 (C-159/90, Rec. pg. I-4685).

<sup>32</sup> High Court, sentencia de 19 de diciembre de 1986, y Supreme Court, sentencia de 16 de marzo de 1988, *The Attorney General at the relation of the Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd/Open Door Counselling Ltd y Dublin Wellwoman Centre Ltd*, citadas en la sentencia *Grogan*, ap. 5.

<sup>33</sup> Sentencia *UGT-Rioja* (C-428/06 a 434/06, todavía no publicada en la Recopilación).

miento y económica que la jurisprudencia comunitaria<sup>34</sup> exige para excluir la calificación como ayuda de Estado de una medida fiscal.

En *Grogan* como en *UGT-La Rioja*, el Tribunal opta por un deliberado lacerismo como deferencia hacia las Constituciones nacionales y hacia los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. La utilidad de esta técnica es innegable, en cualquier caso, cuando se trata de evitar un debate que pudiera envenenar las relaciones en el seno de la Unión.

Esta técnica del «silencio» es frecuente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tanto en casos con implicaciones constitucionales como en asuntos vinculados con la aplicación de derechos fundamentales, o en casos simplemente «sensibles» por diversos motivos<sup>35</sup>. En el ámbito de los derechos fundamentales, habitualmente el Tribunal reconoce la existencia del derecho a nivel comunitario y delega en el juez nacional su precisión concreta y aplicabilidad en el caso concreto, aunque fijando criterios bastantes estrictos para determinar su contenido<sup>36</sup>.

Ejemplos más explícitos de deferencia hacia los órdenes jurídicos nacionales son las sentencias *Comisión contra Luxemburgo*<sup>37</sup>, *Omega*<sup>38</sup>, y *España contra Reino Unido*<sup>39</sup>.

En *Comisión contra Luxemburgo*, el Tribunal reconoció que, de conformidad con los Tratados, «la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo y respetado por el ordenamiento jurídico comunitario», aunque en ese caso en particular se entendiese que la medida restrictiva de la libre circulación de trabajadores<sup>40</sup> era desproporcionada y, por tanto, no justificable.

<sup>34</sup> En este sentido, la sentencia de 6 de septiembre de 2006, *Portugal contra Comisión* (C-88/03, Rec. pg. I-7115).

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia de 1 de abril de 2008, *Tadao Maruko* (C-267/06, todavía no publicada en la Recopilación). Daniel SARMIENTO distingue tres técnicas de utilización del silencio en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: los casos de silencio total, como en *Grogan*, los de silencio parcial, como en *UGT-La Rioja*, y el que califica como «extraño caso» de soluciones no escuchadas, como en la reciente sentencia *Cartesio* (sentencia de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, todavía no publicada en la Recopilación). SARMIENTO, D., «The silent lamb and the deaf wolves. Constitutional pluralism, preliminary referents and the role of silent judgments in EU Law», en fase de publicación.

<sup>36</sup> En este sentido, pueden mencionarse las sentencias de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, Rec. pg. I-2925); de 26 de junio de 1997, *Familiapress* (C-368/95, Rec. pg. I-0689); de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist* (C-101/01, Rec. pg. I-12971); de 6 de marzo de 2001, *Connolly/Comisión* (C-273/99 P y 274/99 P, Rec. pgs. I-1575 y I-1611, respectivamente); y de 25 de marzo de 2004, *Karner* (C-71/02, Rec. pg. I-3025).

<sup>37</sup> Sentencia de 2 de julio de 1996 (C-473/93, Rec. pg. I-3207).

<sup>38</sup> Sentencia de 14 de octubre de 2004 (C-36/02, Rec. pg. I-9609).

<sup>39</sup> Sentencia de 12 de septiembre de 2006 (C-145/04, Rec. pg. I-7917), en especial ver apartado 79.

<sup>40</sup> Se trataba de la exigencia de la nacionalidad luxemburguesa para el acceso a puestos de trabajo sin participación en el ejercicio del poder público y en la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

En su sentencia *Omega*, el Tribunal de Justicia afirmó que el principio de protección de la dignidad humana, tal y como se entiende en un marco constitucional nacional en particular (en este caso, el alemán), y aunque no corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros, puede justificar una restricción a las libertades comunitarias consistente en la prohibición de la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas en los llamados «laseródromos». Esta decisión constituye un importante punto de inflexión en la jurisprudencia del Tribunal que, hasta ese momento, había negado la posibilidad de apreciar la validez de los actos comunitarios a la vista de los derechos fundamentales formulados en alguna de las Constituciones de los Estados miembros, o de los principios de una estructura constitucional nacional<sup>41</sup>. Como con acierto ha señalado Dominique RITLÉNG, sin duda no es una mera coincidencia el que esta primera manifestación directa, aunque implícita, del respeto debido a la identidad constitucional de los Estados miembros se produjese en el momento exacto de la firma del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuyo artículo I-5 consagra expresamente el derecho de los Estados miembros al respeto de su identidad constitucional<sup>42</sup>.

En la más reciente *España contra Reino Unido*, el Tribunal de Luxemburgo dio el visto bueno a la decisión de las autoridades británicas de atribuir el sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento europeo a los ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar con el argumento de que ningún artículo del Tratado exige expresamente reservar ese derecho a los ciudadanos de la Unión, pero alegando también que la citada decisión es parte de la «tradicición constitucional» británica.

En su sentencia *Michaniki*, por el contrario, el Tribunal ha optado por eludir toda referencia al deber comunitario de respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros. El Abogado General le dedica algunos párrafos de sus conclusiones<sup>43</sup>, pero la sentencia no se hace eco de estas consideracio-

<sup>41</sup> En este sentido, la sentencia de 17 de octubre de 1989, *Dow Chemical* (97/87, 98/87 y 99/87, Rec. pg. 3165), apartado 38. En este asunto se había invocado el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a una decisión de verificación de la Comisión europea; el problema radicaba en que, si el reconocimiento de ese derecho «respecto al domicilio particular de las personas físicas viene impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común al Derecho de los distintos Estados miembros, no sucede así en lo que se refiere a las empresas, pues los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan divergencias no desdeñables en cuanto a la naturaleza y el grado de protección de los locales empresariales frente a las intervenciones de las autoridades públicas» (apartado 14).

<sup>42</sup> RITLÉNG, D., «Le respect de l'identité constitutionnelle nationale des Etats membres», Colloque Université Nancy 2 *La préservation de l'existence des Etats devant la juridiction communautaire: vers un droit fondamental des Etats membres de l'Union?*, 3 de abril de 2009, cuyas actas serán publicadas por la editorial Bruylant.

<sup>43</sup> Pueden consultarse, en este sentido, los puntos 31 a 33, en los que se concluye que «esa obligación de respetar la identidad constitucional de los Estados miembros no puede entenderse como una deferencia absoluta respecto a todas las normas constitucionales nacionales. Si así fuera, los Estados miembros podrían escudarse en las constituciones nacionales para eludir el Derecho comunitario en ámbitos determinados. Más aún, po-

nes pues, como ya se indicó, parte de una absoluta abstracción del rango normativo de los preceptos que están en cuestión.

### *Las jurisdicciones nacionales*

También las jurisdicciones nacionales han practicado una cierta moderación. Buena prueba es el tono europeísta con que se han adornado algunas de las sentencias que con mayor determinación imponen límites a la primacía del Derecho comunitario, así como las decisiones que, con fuertes *obiter dicta* y una retórica soberanista, desembocan en un fallo claramente pro-europeo.

Así, el Tribunal Constitucional checo, en su decisión de 8 de marzo de 2006<sup>44</sup>, reprendió al Gobierno por haber actuado en un ámbito propio de la competencia comunitaria, aunque sin dejar de reivindicar sus poderes de control en todo lo tocante al Derecho comunitario. Igualmente, la sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 11 de mayo de 2005 declaró que el Tratado de Adhesión era conforme a la Constitución polaca, pero aclarando al mismo tiempo que ésta goza de primacía y que el principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene como límite el respeto al texto constitucional y al nivel mínimo de garantías que éste provee<sup>45</sup>. En la misma línea está la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Euro-orden, antes citada.

En la otra cara de la moneda se encuentra la solución adoptada por el Consejo de Estado griego en el asunto de los títulos universitarios: anti-europea en el resultado, contemporizadora en las formas.

De conformidad con el artículo 16 de la Constitución griega, la educación universitaria en la República helénica es exclusivamente pública, y está prohibido el establecimiento de universidades privadas. Existen instituciones privadas que ofrecen una educación superior de tipo universitario, pero el título que emiten no está reconocido en Grecia, por lo que muchas de estas escuelas han concluido acuerdos con universidades europeas, de modo que sus estudiantes pueden finalizar su formación en otro Estado miembro, donde se les expide el correspondiente título universitario. El contencioso que nos ocupa surgió cuando las autoridades griegas se negaron a recono-

drían surgir discriminaciones entre Estados miembros en función del contenido que cada uno de ellos diera a su Constitución. Al igual que el Derecho comunitario tiene en cuenta la identidad constitucional de los Estados miembros, el Derecho constitucional nacional debe adaptarse a las exigencias del ordenamiento jurídico comunitario».

<sup>44</sup> Pl ÚS 50/04, dictada en relación con las medidas transitorias necesarias para la implementación de la OMC del azúcar.

<sup>45</sup> Apenas diez días antes, el 27 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional polaco había declarado inconstitucional la legislación nacional de aplicación de la Euro-orden, indicando a las autoridades la conveniencia de modificar la Constitución. Krystyna KOWALIK-BAŃCZYK ha visto en esta sugerencia un reconocimiento implícito de la supremacía del Derecho comunitario, que el Tribunal negaría después, en la referida decisión sobre el Tratado de Adhesión (KOWALIK-BAŃCZYK, K., «Should we polish it up? The Polish Constitutional Tribunal and the idea of Supremacy of EU Law», *German Law Review*, 2005).

cer estos títulos universitarios europeos, con el argumento de que una parte de la escolaridad se desarrollaba en un establecimiento docente griego de carácter privado. Los interesados impugnaron entonces esas decisiones, alegando que vulneraban los artículos 39 y 43 del Tratado (en aquel momento, artículos 48 y 52 CE), y la Directiva de reconocimiento de títulos de enseñanza superior<sup>46</sup>. La sala sexta del Consejo de Estado griego, primera en pronunciarse sobre esta serie de asuntos<sup>47</sup>, entendió que la incompatibilidad existente entre las normas comunitarias y la Constitución griega debía salvarse con la aplicación prioritaria de esta última, en un claro reto al principio de supremacía del Derecho comunitario.

La decisión final, sin embargo, correspondería al pleno del Consejo de Estado<sup>48</sup>, que prefirió eludir toda discusión sobre la supremacía, concluyendo que la materia en cuestión es competencia de los Estados miembros, con una interpretación literal –y algo forzada– del artículo 149.1 TCE (antiguo artículo 126 TCE). Dispone este precepto del Tratado que «la Comunidad contribuirá al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de éstos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística». De este último inciso dedujo el tribunal griego que la educación universitaria –y, por su conexión, el reconocimiento de títulos europeos– quedaba fuera del ámbito de actuación comunitaria, en la medida en que desempeñaba un importante papel en la preservación de la «diversidad cultural y lingüística» de los Estados miembros. Con esta argumentación se entendió también que la Directiva de reconocimiento de títulos era contraria al citado precepto del Tratado<sup>49</sup>.

Los magistrados griegos optaron así por una solución en apariencia más conciliadora que la propuesta por su sala sexta (en la medida en que nada se dijo sobre la supremacía de la Constitución nacional), aun a riesgo de contradecir frontalmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, bastante clara en este punto<sup>50</sup>. En realidad, se trataba de la única salida posible para

<sup>46</sup> Directiva 89/48/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (DO L 19 de 24.1.1989, pg. 16/23).

<sup>47</sup> Cabe citar la decisión núm. 2808/1997, asunto *Vagias v. DIKATSA*, y la decisión núm. 2809/1997, asunto *Katsarou v. DIKATSA*, ambas de 8 de julio de 1997.

<sup>48</sup> Decisión núm. 3458/1998, de 25 de septiembre de 1998, asunto *Katsarou v. DIKATSA*.

<sup>49</sup> Para un análisis crítico de estas decisiones del Consejo de Estado griego véase MAGANARIS, E., «The principle of supremacy of Community Law – The Greek Challenge», *European Law Review*, 1998, volume 23, issue núm. 2, y «The principle of supremacy of Community Law in Greece – From direct challenge to non application», *European Law Review*, 1999, volume 24, issue núm. 4.

<sup>50</sup> Véanse, por ejemplo, las sentencias de 31 de marzo de 1993, *Kraus* (C-19/92, Rec. pg. I-1663), de 2 de febrero de 1988, *Blaziot* (24/86, Rec. pg. 379), y de 13 de febrero de 1985, *Gravier* (293/83, Rec. pg. 593).

evitar el planteamiento de una cuestión prejudicial, cuyo resultado podría forzar a una no deseada reforma constitucional<sup>51</sup>.

El propio planteamiento de la cuestión prejudicial en el asunto *Michaniki* resulta, pues, sorprendente, y revela un cambio de criterio radical de la alta jurisdicción administrativa griega. Ya en el asunto del reconocimiento de títulos hubo un importante grupo de magistrados que consideraban indispensable el planteamiento de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia<sup>52</sup>; nueve años después, esta minoría disidente se ha transformado en mayoría, situando al Consejo de Estado griego entre aquellos órganos judiciales nacionales que aceptan y llevan a la práctica el principio de supremacía absoluta del Derecho comunitario.

El caso griego es especialmente revelador e importante, por afectar directamente a una norma constitucional, pero no es el único. La posición del Consejo de Estado francés en el reciente asunto *Arcelor*, y la llamada al «diálogo de jueces» que efectuó en sus conclusiones el *commissaire du gouvernement* Mattias Guyomar es también muy expresivo de un posible cambio de tendencia en algunas altas jurisdicciones nacionales.

## II. LA PRIMACÍA EN EL TRATADO DE LISBOA: QUÉ SE PUEDE ESPERAR

Esta situación de equilibrio inestable entre el respeto a los principios comunitarios y la protección de la supremacía de las constituciones nacionales puede quizás explicar el curioso devenir de la cláusula de la primacía desde el proyecto de Constitución europea hasta el Tratado de Lisboa.

El tratado por el que se establece una Constitución para Europa constituyó un primer intento de consagrar una verdadera cláusula de primacía. Su artículo I-6 disponía expresamente que «la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias

<sup>51</sup> Diez años después de las citadas sentencias del alto tribunal griego, el Tribunal de Justicia condenó a la República helénica, entre otras razones, por haberse negado al reconocimiento de los títulos expedidos por las autoridades competentes de otro Estado Miembro al término de formaciones impartidas en el marco de un acuerdo en virtud del cual dichas autoridades homologan una formación impartida por un organismo privado en Grecia (Sentencia de 23 de octubre de 2008), Comisión c. República helénica, C-274/08 todavía no publicada en la Recopilación). La Comisión ha insistido en varias ocasiones a las autoridades griegas sobre la necesidad de cambiar su Constitución en este punto, pero por el momento tal reforma no se ha llevado a cabo. De prosperar el recurso de incumplimiento por acto judicial que ha presentado en el asunto del sometimiento a IVA de los registradores de la propiedad españoles (*Comisión contra España*, asunto C-154/08, recurso presentado el 16 de abril de 2008, publicado en el DO de 5 de julio de 2008, C 171/17), la Comisión podría contar con un nuevo instrumento coercitivo a utilizar en casos como el comentado.

<sup>52</sup> Maganaris (*op. cit.* nota 35) habla de doce magistrados disidentes de los veintinueve que componen el pleno del órgano judicial. Algunos invocaron la jurisprudencia CILFIT (sentencia de 6 de octubre de 1982, 283/81, Rec. pg. 3415).

que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros».

La doctrina aplaudió esta expresa consagración constitucional, en la medida en que permitía reforzar una jurisprudencia muy arraigada en Luxemburgo, pero parcialmente contestada por los Estados miembros. Como acertadamente apuntan Mattias KUMM y Victor FERRERES COMELLA, iba a ser la primera vez que los Estados miembros respaldasen la doctrina de la supremacía del Derecho comunitario. Bien es cierto que, hasta el momento, no la habían revocado ni matizado, pese a que podrían haberlo hecho en cualquier de las sucesivas revisiones de los tratados; pero, como indican los autores citados, esta inacción no refleja necesariamente una aceptación tácita, y puede explicarse por las dificultades inherentes a la regla de la unanimidad<sup>53</sup>.

Ahora bien, la cláusula constitucional tenía limitaciones. Por una parte, las derivadas de su generalidad, pues el precepto hablaba de primacía del Derecho de la Unión «sobre el Derecho de los Estados miembros», dando cabida a las interpretaciones que excluyen de este último grupo las disposiciones nacionales de rango constitucional. Y, por otra parte, las derivadas de su lectura conjunta con el artículo I-5, en el que se retomaba la previsión de respeto a la identidad nacional contenida en el vigente artículo 6.3 TUE, especificándose además que esa identidad es inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros. Este precepto sirvió a algunos Tribunales Constitucionales para moderar el efecto de la cláusula de primacía, a la que precedía en el articulado, creando auténticas «reservas de constitucionalidad» no afectadas por aquélla.

El contenido de este artículo I-5 queda recogido, tras Lisboa, en la nueva redacción del artículo 4.2 TUE. Por el contrario, el Tratado modificativo no incluye ninguna disposición sobre la primacía equivalente al artículo I-6 de la *non nata* Constitución. La Conferencia Intergubernamental prefirió remitir esta trascendental cuestión a una de las declaraciones anejas a su Acta final, la núm. 17, donde recuerda que «con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia».

El cambio de ubicación del principio de primacía –pasando de la proyectada inclusión en el articulado de los Tratados al nivel de la Conferencia Intergubernamental– podría simplemente responder a la general voluntad de hacer un tratado «simplificado», en lugar de un tratado «constitucional» o, como han indicado François-Xavier PRIOLLAUD y David SIRITZKY, al objetivo de impedir cualquier similitud con un «super Estado federal»<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> KUMM, M. y FERRERES COMELLA, V., «The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union», *International journal of constitutional law*, vol. 3 (2005), núms. 2-3, special issue, pg. 477.

<sup>54</sup> PRIOLLAUD, F.-X. y SIRITZKY, D., *Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, La Documentation française, Paris, 2008, pg. 40.

En cualquier caso, este lugar más discreto no resta efectividad al reconocimiento del principio. Existen, por el contrario, cuatro datos que podrían inducir a otorgar mayor fuerza a la declaración sobre la primacía de Lisboa de la que cabía extraer del Tratado constitucional.

En primer lugar, la precisión con que la declaración núm. 17 define la doctrina de la primacía del Derecho comunitario dificulta cualquier malentendido sobre su alcance. Tras recordar que la primacía del Derecho comunitario ha sido reconocida por una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que se aplica en las condiciones establecidas por esa jurisprudencia, incorpora el Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007, cuyo texto merece un detallado análisis.

Por una parte, el referido dictamen indica que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la primacía es un principio fundamental del Derecho comunitario «inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea». Esta última precisión contradice la jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales nacionales, que prefieren buscar el fundamento de esa primacía en sus propios textos constitucionales, con las consecuencias prácticas que eso lleva consigo.

Por otra parte, el dictamen menciona expresamente la sentencia *Costa contra Enel*, y reproduce, en particular, el pasaje de ésta en el que se afirma el carácter autónomo del Derecho comunitario: «(...) se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad». Esta cita expresa de *Costa contra Enel* revela una implícita asunción del sentido absoluto e incondicional que la jurisprudencia de Luxemburgo siempre ha dado al principio de primacía, por ser el propio de un orden jurídico con fundamento autónomo.

La referencia ineludible a la hora de determinar el alcance del principio de primacía es, por tanto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esté o no aquél incluido en los Tratados. El Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo acaba con cualquier duda que pudiera subsistir sobre los efectos del cambio de ubicación de la cláusula, disponiendo lo siguiente: «En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (...) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia».

En segundo lugar, resulta revelador que la declaración núm. 17, a diferencia del artículo I-6 del Tratado Constitucional, no precise que la primacía de las normas comunitarias sólo entra en juego en la medida en que la Unión haya actuado dentro de su esfera de competencias. Evidentemente, esa omisión no modifica el ámbito de aplicación del principio de primacía, pero

podría generar algún efecto indirecto, pues, como indica Frédérique MICHÉA, «el tenor del artículo I-6 TECE podía alimentar las pretensiones de ciertos tribunales constitucionales de ejercitar un poder de anulación de actos de la Unión *ultra vires* desconocedores de la extensión de las habilitaciones constitucionales»<sup>55</sup>.

En tercer lugar, no hay que olvidar que, con la supresión de los pilares, la primacía será predicable de todo el derecho de la Unión, es decir, tanto del actual pilar comunitario como de los actos adoptados en el marco de la PESC. En este último ámbito, no obstante, el papel de garante de la primacía deberá ser eventualmente desempeñado por los jueces nacionales, dadas las limitadas competencias del Tribunal de Justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

Y en cuarto y último lugar, el dato quizás más importante: al sacar la cláusula de la primacía del articulado del Tratado, se separa de la previsión sobre el respeto a la identidad nacional, política y constitucional, de los Estados miembros, incluida en el nuevo artículo 4.2 TUE.

El respeto a la identidad nacional y la primacía del derecho comunitario ocupaban, como ya se indicó, dos preceptos correlativos del Tratado constitucional (el I-5 y el I-6, respectivamente), lo que invitaba a su lectura conjunta.

En el nuevo Tratado modificativo, sin embargo, la declaración núm. 17 consagra de forma absoluta la primacía del Derecho de la Unión, sin el contrapeso inmediato del artículo 4.2 TUE. Algunos autores han visto en esta opción normativa el instrumento para evitar una lectura desvalorizadora de la primacía<sup>56</sup>. En mi opinión, la separación «física» de ambas disposiciones no será la razón que impida a los Tribunales Constitucionales seguir apoyando la existencia de «reservas constitucionales» allí donde lo consideren conveniente, basándose en el nuevo artículo 4.2 TUE. La mayor amplitud de éste, en comparación con el vigente artículo 6.3 TUE, y su referencia expresa a las estructuras fundamentales, políticas y constitucionales, de los Estados miembros, hace difícil pensar lo contrario.

Por esta razón, y pese a todo lo anterior, la solución adoptada en Lisboa sigue siendo parcialmente insatisfactoria. Si se quería reconocer de una vez por todas la primacía absoluta del derecho comunitario, ¿por qué no consagrarla sin ambages en el propio texto del Tratado, en lugar de hacerlo de esta forma tan compleja y casi «vergonzante»? Lo cierto es que la opinión

<sup>55</sup> MICHÉA, F., «La primauté du droit de l'Union à la lumière du Traité de Lisbonne», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 520, julio-agosto 2008, pg. 447. Como ejemplos cita la sentencia *Brunner* del Tribunal constitucional federal alemán, de 12 de octubre de 1993, y la sentencia *Carlsen* del Tribunal Supremo danés, de 6 de abril de 1998.

<sup>56</sup> En este sentido, MICHÉA, F., *op. cit.* pg. 447; y CASSIA, P. y SAULNIER-CASSIA, E., «La primauté du droit de l'Union européenne dans le traité modificatif: ce qui change», *Europe-Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, diciembre 2007, pg. 12.

de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros todavía pesa mucho en el subconsciente colectivo.

Ciertamente, los Estados miembros no podrán, tras Lisboa, ignorar la jurisprudencia *Costa contra Enel*, que expresamente se han comprometido a respetar, pero, ¿es que acaso ese compromiso no existía ya antes de Lisboa?

En definitiva, como indican Paul CASSIA y Emmanuelle SAULNIER-CASSIA, la solución de la Conferencia Intergubernamental parece portadora de «un compromiso encaminado a satisfacer a los defensores de la primacía del Derecho de la Unión y a los de la supremacía de las Constituciones nacionales, o a no satisfacer a ninguno de ellos...»<sup>57</sup>. Un ejemplo más de esa «Europa *en catimini*» (a hurtadillas o a escondidas) diseñada en Lisboa<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> CASSIA, P. y SAULNIER-CASSIA, *op. cit.*, pg. 11.

<sup>58</sup> Tomo prestada la expresión del antiguo juez del Tribunal de Justicia Melchior Wathelet (WATHELET, M., «Un Traité de Lisbonne «simplifié» à la place d'un traité constitutionnel», ou, Comment y arriver, sans le dire et en le cachant?: l'Europe en *catimini*», *Révue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, año 53, 2008, pgs. 203-213).