

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como tribunal constitucional. Razonamiento jurídico desde una perspectiva de derecho comparado

The European Court of Justice as a Constitutional Court. Legal Reasoning in a Comparative Perspective

Giulio Itzcovich*

Recepción: 16/10/2022

Evaluación: 22/11/2022

Aceptación final: 23/12/2012

Resumen: Tras presentar brevemente algunos aspectos institucionales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el presente informe analiza cuarenta de sus principales sentencias con el fin de evaluar las características generales del razonamiento jurídico desarrollado por el Tribunal en la interpretación de los Tratados. El informe subraya la importancia de la interpretación teleológica y los argumentos basados en precedentes, la frecuencia y contundencia de los argumentos basados en el principio del estado de de-

* Doctor en “Giustizia costituzionale e diritti fondamentali”, Università degli Studi di Pisa, Italia. Profesor asociado, Università degli Studi di Brescia, Italia. Correo electrónico: giulio.itzcovich@unibs.it. Los comentarios son bienvenidos. Este artículo constituye una versión preliminar y ampliada de un estudio que se publicará en el marco de “Conreason: Constitutional Reasoning in a Comparative Perspective” (<http://www.conreasonproject.com/>) dirigido por Andrés Jakab. Agradezco a Jakab, y a los demás participantes del proyecto, sus observaciones y comentarios a una versión anterior de este documento. También estoy en deuda con Giuseppe Martinico, Leonardo Pierdominici, Damiano Canale, Giovanni Tuzet y con los grupos de investigación de Stals – Sant’Anna Legal Studies y la Universidad Bocconi – Departamento Sraffa, por su interés en discutir los resultados de mi investigación. Las decisiones del TJUE que forman parte de la muestra de 40 sentencias analizadas por el documento (“la Muestra”) se citarán en forma abreviada (para las referencias completas, consulte el Apéndice), mientras que las decisiones que no están incluidas en la Muestra se citarán en la forma completa habitual.

recho, la dificultad con la que el Tribunal se refiere a la naturaleza política de la Unión y la tendencia a evitar la retórica constitucional. Sobre todo, el informe subraya el alto grado de impersonalidad que el Tribunal alcanza en sus sentencias y concluye que ello depende de una variedad de factores tales como el carácter colegiado de las sentencias, las cuestiones a decidir, la influencia decreciente pero persistente del modelo francés, la necesidad de traducción e informatización, el uso extensivo de precedentes y de autocitas literales, y el estatuto contradictorio e inestable del Tribunal de Justicia como tribunal constitucional *sensu lato* del espacio jurídico europeo.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Razonamiento jurídico, Razonamiento constitucional, Adjudicación constitucional, Argumentación jurídica

Abstract: After having briefly presented some institutional aspects of the Court of Justice of the European Union, the present report analyses forty of its leading cases in order to assess the general characteristics of the legal reasoning developed by the Court in interpreting the Treaties. The report underlines the importance of teleological interpretation and arguments from precedents, the frequency and cogency of the arguments based on the principle of the rule of law, the difficulty for the Court in referring to the political nature of the Union and the tendency to eschew constitutional rhetoric. Above all, the report underlines the high degree of impersonality that the Court is able to achieve in its judgments and concludes that it depends on a variety of factors such as the collegiate nature of the judgments, their subject matter, the declining but persisting influence of the French model, the need for translation and informatisation, the extensive use of precedents and literal self-quotations, and the contradictory and unsettled status of the Court of Justice as *sensu lato* constitutional court of the European legal space.

Keywords: European Court of Justice, Legal Reasoning, Constitutional Reasoning, Constitutional Adjudication, Legal Argumentation

1. Diseño Institucional

1.1. Introducción: ¿un tribunal constitucional?

Determinar si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es un tribunal constitucional no es una cuestión sencilla, por supuesto.¹ Calificarlo de esa manera requiere introducir algunas precisiones terminológicas y conceptuales, por al menos dos razones distintas.

La primera es tan obvia como contingente. Se trata del hecho de que una consecuencia del debate constitucional iniciado en Laeken, en 2001, y que culminó, primero, con el Tratado Constitucional fallido y, luego, con la aprobación del Tratado de Lisboa en 2007, es una apuesta política o un preciso sesgo político que influye en la respuesta a preguntas como, “¿Tiene la UE (Unión Europea) una constitución?” y, “¿Necesita una?”. Estas preguntas han sido dirigidas a los pueblos europeos y por el momento han recibido una respuesta negativa. Tras los resultados de los referendos francés y holandés, el Consejo Europeo decidió expresamente que los nuevos Tratados europeos “no tendrán carácter constitucional. La terminología utilizada en los Tratados reflejará este cambio: no se utilizará el término ‘Constitución’”.²

La cuestión del carácter constitucional de las instituciones y los tratados de la UE se ha convertido en objeto de una dura controversia política en toda Europa. Así, incluso si se estuviera dispuesto a conceder que la cuestión sobre la “naturaleza constitucional” de algo pudiera tener un sentido puramente teórico, esa concesión perdería parte de su credibilidad en el caso de la UE. Esta es la primera razón por la que, si queremos abordar el TJUE como un tribunal constitucional y evitar malentendidos, es necesario proporcionar algunas aclaraciones preliminares sobre lo que significa ser un tribunal constitucional en el contexto de este análisis.

¹ El tema ya ha sido discutido muchas veces, Maurice Lagrange (1954) argumentaba que el TJUE era un tribunal constitucional en estado embrionario. Véase, para más referencias: Jacobs (1992); Arnall (2003-2004); Vesterdorf (2006); Azoulai (2008b); Tridimas (2011); Sharpston y De Baere (2011).

² Consejo de la UE, IGC 2007 Mandate, documento 11218/07, 26 de junio de 2007, p. 3.

La segunda razón es quizás más interesante desde un punto de vista teórico, porque no se relaciona con las vicisitudes políticas contingentes de la UE, sino con una de sus características más destacadas: denominada por la doctrina jurídica como la naturaleza *sui generis* de la Comunidad. El carácter *sui generis* es el resultado y la formulación sintética de varias novedades institucionales que han caracterizado a las CE (Comunidades Europeas) desde sus inicios: una normativa de aplicación directa, la exigencia de mayoría de votos en el Consejo, la independencia de la Comisión y, por último, pero no menos importante, la competencia del TJUE. Desde la creación de la CEECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero) en 1951, los juristas han siempre calificado a las instituciones de la CE como entidades *sui generis* para expresar el hecho (y respaldar el proyecto) de que se encuentran (y deberían estar) en algún lugar entre el derecho internacional y el derecho constitucional, y entre la organización interestatal y la construcción federal.³

Es cierto que la naturaleza *sui generis* nunca ha sido, por así decirlo, un hecho bruto, un estado de cosas susceptible de ser meramente observado y descrito de manera imparcial y objetiva. Se trata de un hecho institucional complejo o, dicho de otro modo, de una narrativa con notables consecuencias para varias cuestiones jurídicas relativas a la integración europea. En cualquier caso, la autocomprensión institucional y el proyecto político expresado por la fórmula “naturaleza *sui generis*” han afectado profundamente la semántica del derecho europeo. Como consecuencia del carácter *sui generis* de la Comunidad, varios conceptos fundamentales del derecho público, una vez aplicados a las instituciones europeas, han sufrido una importante transformación y adaptación.⁴ Y los conceptos de “constitución” y “constitucional” no son excepciones en este sentido.

Si aplicamos las palabras “constitución” y “constitucional” al TJUE y tratamos de aclarar en qué sentido el TJUE es un tribunal constitucional, nos encontramos con una paradoja. Para mostrar la paradoja, primero debemos dejar de lado el significado no técnico de “constitución” como

³ Paradigmático en este sentido es Schuman (1953, p. 7).

⁴ Sobre los “problemas de traducción” de los conceptos normativos básicos del constitucionalismo del Estado a la UE, véase Walker (2003).

sinónimo enfático y genérico de “ley muy importante”. Este concepto ha sido central en el debate político reciente acerca de la oportunidad de adoptar una carta constitucional integral para la UE y también es, se puede argumentar, crucial en la mayor parte de la literatura jurídica actual sobre la naturaleza constitucional de la UE y su Tribunal de Justicia. También debemos dejar de lado cualquier concepto sustantivo de constitución políticamente orientado. Si, siguiendo a Carl Schmitt, la constitución se entiende como “la decisión integral sobre el tipo y la forma de la unidad política” (“Die Verfassung als Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit”) (2008 [1928], p. 75), un concepto de constitución quizás demasiado exigente, entonces los gobiernos de los Estados miembros y los pueblos europeos habrían tomado una fundamental “no decisión” sobre el tipo y la forma de la unidad política: la UE de hoy estaría marcada por la ausencia de unidad (la UE como una constelación posnacional policéntrica y pluralista)⁵ o por la ausencia de política (la UE como un Estado regulatorio estrictamente técnico y apolítico) (La Spina y Majone, 2000). Ambas reconstrucciones de la actual naturaleza no constitucional o posconstitucional de la UE pueden ser viables y atractivas, pero no parecen tener ninguna relación directa e interesante con la forma en que podríamos concebir el TJUE y describir su razonamiento jurídico.⁶

En cambio, si queremos observar y posiblemente explicar la paradoja inherente a la naturaleza constitucional *sui generis* del TJUE, debemos referirnos al concepto de constitución propuesto por András Jakab, inspirado en Kelsen, y estipular que una constitución es “una norma o un grupo de normas que tienen el rango más alto en un orden jurídico, en el sentido de

⁵ Véase, entre muchos, MacCormick (1999), Pernice (1999), Walker (2002) y Krisch (2010).

⁶ Es obviamente posible adoptar otros conceptos sustantivos de constitución no schmittianos y asumir, por ejemplo, que un documento legal es una constitución si realiza ciertas funciones (por ejemplo, distribuye el poder entre diferentes órganos de gobierno y prevé la protección de ciertos principios y derechos individuales) o tiene ciertas características (es constitutiva, estable, superior, justiciable, escrita, arraigada) (Raz, 1998, p. 153). Sobre la base de la definición que uno elija adoptar, es fácil concluir que los Tratados de la UE son, o no, una constitución: véase, por ejemplo, Vesterdorf (2006): “no puede haber duda de que el TJUE ya lleva a cabo funciones constitucionales”; y Grim (1995, p. 287): “la UE no tiene ni debe tener una constitución porque la constitución es ‘el conjunto superior de normas derivadas del pueblo y dirigidas al poder del Estado’.

que a partir de ellas se mide la validez de todas las demás normas” (2019, p. 1216).

Si adoptamos este concepto de constitución, el TJUE luciría su sombrero constitucional principalmente en los procedimientos de nulidad iniciados en virtud del artículo 263 TFUE (ex artículo 230 del TCE), en los que es competente para controlar la legalidad de los actos de la UE, tales como actos legislativos y otros actos adoptados por las instituciones europeas que están destinados a tener efectos jurídicos. Además, el TJUE actuaría como tribunal constitucional en los procedimientos prejudiciales sobre la validez del derecho de la UE: en virtud del artículo 267(b) del TFUE (ex artículo 234 del TCE), cuando se plantee una cuestión sobre la validez de los actos de las instituciones de la UE ante un órgano jurisdiccional nacional, dicho órgano jurisdiccional puede (o debe, si se trata de un órgano jurisdiccional de última instancia) solicitar al Tribunal que se pronuncie al respecto.

Sin embargo, según una opinión generalizada y fundada, no es en los procedimientos de nulidad donde el Tribunal ha ejercido, o ha adquirido, su rango constitucional, ni tampoco en los procedimientos prejudiciales sobre la validez del derecho comunitario. El TJUE se ha convertido en un tribunal constitucional principalmente gracias a las competencias que ejerce en los procedimientos prejudiciales sobre la interpretación del derecho comunitario. De conformidad con el artículo 267(a) TFUE, cuando un tribunal nacional tiene alguna duda sobre el significado del derecho de la UE, puede (o debe, si se trata de un tribunal de última instancia) iniciar un procedimiento prejudicial sometiendo la cuestión de interpretación al TJUE. Gracias a este tipo de procedimientos, el TJUE ha podido desarrollar una relación constructiva y recíproca (un “diálogo”, como se suele decir) con los tribunales nacionales, lo que significa que los tribunales europeos y nacionales han colaborado en la configuración del contenido del derecho comunitario “en acción” sin que se haya establecido una relación jerárquica formal entre ellos; el TJUE ha iniciado un proceso de “constitucionalización” de los Tratados europeos haciéndolo de una manera que resulta

aceptable para los tribunales nacionales.⁷ Gracias a estos procedimientos prejudiciales, el TJUE ha sentado gradualmente las bases y finalmente ha establecido su “estatus constitucional” más auténtico y significativo.

Nótese que cuando aquí hablamos del estatus constitucional del TJUE en las sentencias prejudiciales de interpretación, las palabras “constitución” y “constitucional” no se emplean simplemente en su sentido no técnico –el TJUE como juez “muy importante”– sino en su significado técnico. Sin embargo, el orden jurídico cuyas normas se evalúan respecto de la constitución ya no se limita al orden jurídico de la UE, estrictamente concebido, como ocurre en los procedimientos de nulidad y en los procedimientos prejudiciales sobre la validez del derecho de la UE; el ordenamiento jurídico respecto del cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea funciona como tribunal constitucional incluye también el ordenamiento jurídico de los Estados miembros. De hecho, una vez que los órganos jurisdiccionales nacionales han aceptado las doctrinas del efecto directo y de la supremacía del derecho comunitario, el TJUE está facultado de facto para decidir, mediante el procedimiento prejudicial, no solo sobre la validez del derecho comunitario, sino también sobre la conformidad de la legislación y las prácticas de los Estados miembros con el Derecho comunitario.⁸

Es cierto que, en los procedimientos prejudiciales, el TJUE no es competente para evaluar la validez de la legislación nacional. Sin embargo, al interpretar la legislación de la UE, el TJUE puede dictaminar de manera indirecta pero inequívoca sobre el respeto del derecho comunitario por parte de los Estados miembros. Los tribunales nacionales han aceptado que el derecho de la UE puede ser directamente aplicable y que, en principio, goza de supremacía. Por lo tanto, como consecuencia de una decisión del TJUE, la legislación nacional puede resultar inaplicable en el caso particu-

⁷ Las obras de referencia estándar sobre el proceso de constitucionalización de la CE son Stein (1981), G. F. Mancini (1989), Slaughter, Stone Sweet y Weiler (1998), Weiler (1999), Stone Sweet (2004) y Alter (2001). Véase también Itzcovich (2006, p. 85 y ss.) y Vauchez (2010).

⁸ “Efecto directo” es la obligación de un tribunal u otra autoridad de aplicar la disposición pertinente del derecho de la UE, ya sea como norma que rige el caso o como estándar para el control judicial, y “supremacía” es la capacidad de una norma del derecho de la UE de prevalecer sobre normas nacionales inconsistentes Prechal (2007, p. 37 y ss.).

lar e, indirectamente, *erga omnes* (Martinico, 2008, p. 91 y ss.; Schermers y Waelbroeck, 2001, p. 305). Este efecto ha podido producirse gracias a la cooperación de los tribunales nacionales: la mayoría de las referencias de los tribunales nacionales están diseñadas para llegar a una conclusión sobre la compatibilidad de la legislación nacional con el derecho de la UE (Broberg y Fenger, 2010, p. 156 y ss.; Lenaerts, 1994), y el TJUE puede ejercer su función constitucional *sensu lato* solo en la medida en que los jueces nacionales acepten de manera general la supremacía del derecho de la UE.⁹

Así, podemos decir que el TJUE es *sensu stricto* un tribunal constitucional –el tribunal constitucional del ordenamiento jurídico de la UE– en lo que respecta a los procedimientos de nulidad y a los procedimientos prejudiciales sobre la validez del derecho de la UE. En este caso, el TJUE es, por supuesto, el tribunal supremo del orden jurídico que tiene la tarea de pronunciarse sobre la validez de las normas en relación con los Tratados, y su competencia es exclusiva ya que ningún otro tribunal (excepto el Tribunal General, que de todos modos es una articulación interna del TJUE) tiene competencia para anular la legislación de la UE.¹⁰

Además, y lo que es más importante, el TJUE es *sensu lato* un tribunal constitucional –un tribunal constitucional *sui generis*– cuando evalúa la “validez europea”, por así decirlo, de la legislación y las prácticas nacionales. En este caso, el TJUE no es solo el tribunal constitucional de la UE, sino el tribunal constitucional –o, mejor dicho, un tribunal constitucional: uno entre muchos– del “espacio jurídico” europeo. Un espacio jurídico que abarca tanto el ordenamiento jurídico de la UE como los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Su competencia constitucional *sensu lato* no es exclusiva, ya que la competencia para anular la legislación nacional corresponde principalmente a los tribunales nacionales. Además, los

⁹ Sobre la relación de colaboración y conflicto, “diálogo” y negociación, entre los tribunales nacionales y el TJUE existe una extensa literatura. Véase Slaughter et al. (1998); Kumm (1999) y Stone Sweet (2000).

¹⁰ *Foto-Frost* (1985), párr. 15: los órganos jurisdiccionales nacionales “no tienen competencia para declarar nulos los actos de las instituciones comunitarias... Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios podrían poner en peligro la unidad misma del ordenamiento jurídico comunitario y menoscabar el requisito fundamental de seguridad jurídica”.

tribunales nacionales son también generalmente competentes, si bien no para anular la legislación de la UE, al menos sí para suspender su aplicabilidad cuando se considere que es incompatible con fundamentales disposiciones constitucionales internas y/o con la decisión expresa del legislador nacional de renunciar a sus obligaciones europeas. Así, en su calidad de tribunal constitucional *sensu lato* del espacio jurídico europeo, el TJUE no está solo, sino que comparte su responsabilidad con otros tribunales, con los tribunales constitucionales de los Estados miembros e, indirectamente, con el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos). No es el tribunal supremo del orden jurídico, pero es uno, entre varios, de los tribunales superiores de justicia del espacio constitucional europeo.

Por tanto, si queremos hablar del TJUE como tribunal constitucional, en los casos en que evalúa indirectamente la conformidad de la legislación y las prácticas de los Estados miembros con el derecho de la UE, en virtud del artículo 267(a) TFUE (resoluciones prejudiciales interpretativas), debemos poner entre comillas la expresión “más alto” en nuestra definición de constitución (“una norma o un grupo de normas que tienen el rango más alto en un orden legal”). Si no concebimos al ordenamiento jurídico de la UE de manera estricta, sino que, en cambio, miramos el espacio jurídico europeo desde una concepción amplia, debemos preguntarnos –y aquí radica la paradoja de la naturaleza constitucional *sui generis* del TJUE– si una constitución que no es la ley suprema, una constitución que es *sui generis*, sigue siendo una constitución, y si un tribunal que no es supremo, un tribunal que es solo una voz autorizada en el diálogo judicial sobre la constitucionalización de Europa, sigue siendo un tribunal constitucional.

Al final, bien podría ser solo una cuestión de palabras. Pero si queremos hablar del TJUE como un tribunal constitucional, algo que parece perfectamente razonable, entonces debemos ser conscientes de que la palabra “constitución” ha sufrido un cambio significativo en la experiencia de la integración europea. Este cambio puede disfrazarse negando la naturaleza constitucional de la UE o construyendo definiciones estipulativas *ad hoc* de “constitución” para acomodar la construcción comunitaria. Alternativamente, este cambio puede reconocerse y destacarse recurriendo a los conceptos sustantivos o formales tradicionales de constitución. En este texto desarrollaremos y trabajaremos con definiciones paradójicas, tal

como aquella que concibe la constitución europea como “una indecisión fundamental” sobre el tipo y forma de la unidad política, y la constitución europea como ley “menos que suprema”.

1.2. La competencia del Tribunal

La jurisdicción de este tribunal constitucional atípico es atípica en varios otros aspectos. En primer lugar, el TJUE está compuesto en la actualidad por tres órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia propiamente dicho, cuyo razonamiento jurídico es el objeto de nuestra investigación; el TG (Tribunal General), anteriormente Tribunal de Primera Instancia; y los juzgados especializados, de los que actualmente solo existe uno, el TFP (Tribunal de la Función Pública). En segundo lugar, y lo que es más importante, los asuntos sobre los que el Tribunal es competente para fallar son tan diversos y los fundamentos de su competencia son tan variados que no tiene un análogo a nivel nacional o internacional. De hecho, podría decirse que el TJUE no es solo el tribunal constitucional *sensu stricto* del orden jurídico de la UE y uno de los varios tribunales constitucionales *sensu lato* del espacio jurídico europeo (véase más arriba), sino que también es un tribunal internacional, un tribunal administrativo, un tribunal de apelación, etc. Para decirlo de un modo tan insustituible como habitual: es un tribunal *sui generis*.

Una descripción detallada de los contornos precisos de la competencia del TJUE estaría fuera de lugar aquí. Baste decir respecto a sus funciones como tribunal internacional que el TJUE tiene competencia exclusiva y obligatoria sobre las controversias que surjan entre las partes contratantes de los Tratados, los Estados miembros de la UE. Cualquier Estado miembro que considere que otros Estados miembros han incumplido las obligaciones que les impone la legislación de la UE puede llevar el asunto ante el TJUE, y solo ante el TJUE; los demás Estados miembros están automáticamente sujetos a la jurisdicción del Tribunal y no pueden invocar ninguna inmunidad; no se requiere una declaración expresa de aceptación, no se permite ninguna reserva.

Sin embargo, los Estados miembros han utilizado muy raramente el poder para presentar un caso contra otros Estados miembros.¹¹ En la práctica, los procedimientos de infracción casi siempre son iniciados por la Comisión, que actúa motu proprio o a instancias de particulares, empresas y asociaciones, y que goza de plena discreción para evaluar si la acción es apropiada y adecuada desde un punto de vista tanto político como jurídico. Los Estados miembros condenados tienen la obligación de cumplir las sentencias del TJUE, aunque las sentencias del Tribunal son de carácter declarativo, no autoejecutables y, por tanto, no dan lugar a ninguna consecuencia jurídica inmediata para los Estados miembros.

Con el fin de dar a los Estados miembros un incentivo para acatar las sentencias del Tribunal, el Tratado de Maastricht le confirió la facultad de imponer sanciones financieras al Estado miembro en cuestión. Además, el TJUE ha sostenido en el caso Francovich (1995) que los Estados miembros están obligados a indemnizar a las personas y empresas por los daños causados por violaciones de la legislación de la UE. Por lo tanto, si el TJUE puede ser considerado un tribunal internacional, entonces debemos concluir que es un tribunal extraordinariamente efectivo, *sui generis*.

Las acciones de nulidad merecen ser mencionadas, porque la competencia del TJUE sobre ellas constituye lo que puede denominarse control de constitucionalidad *sensu stricto*: un control de la conformidad de la legislación de la UE con los estándares establecidos por la ley suprema, los Tratados. La primera teoría jurídica que se ocupó del TJUE consideró esta competencia esencialmente idéntica a la competencia administrativa, en lugar de una de naturaleza constitucional.¹² De hecho, la competencia del TJUE sobre las acciones de nulidad fue originalmente diseñada siguiendo el modelo del *Conseil d'État* francés (Bast, 2009, p. 348; Koopmans, 1991, p. 500; Neville Brown y Kennedy, 2000, p. 157). La acción puede ser interpuesta por ciertos demandantes preferentes (los Estados miembros, el Consejo, la Comisión y el Parlamento) y puede basarse en la falta de com-

¹¹ Un raro ejemplo reciente es el asunto C-364/10, *Hungría contra Eslovaquia* [2012] aún no publicado, sobre la prohibición del presidente húngaro László Sólyom de Eslovaquia en agosto de 2009 (caso desestimado).

¹² Véase, por ejemplo, Lagrange (1954, p. 417 y ss.); Delvaux (1956, p. 19 y ss.).

petencia, la inobservancia de requisitos procesales esenciales, la violación de la ley y la desviación de poder.

El recurso de nulidad también puede ser interpuesto por ciertos órganos especializados de la UE (el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo y el Comité Europeo de las Regiones) con el fin de proteger sus prerrogativas, destacando así el papel constitucional del TJUE como garante del buen funcionamiento del equilibrio interinstitucional de la UE. Según el Tratado de Lisboa, el Tribunal tiene competencia limitada para decidir sobre la legalidad de los actos adoptados por el Consejo Europeo o por el Consejo en relación con una violación grave y persistente de los valores fundamentales de la Unión por parte de un Estado miembro. Por último, pero no por ello menos importante, el recurso de nulidad puede ser interpuesto directamente por cualquier persona física o jurídica (sujetos privados como particulares, empresas, asociaciones, pero también personas jurídicas de derecho público, como las autoridades regionales de un Estado miembro) contra decisiones dirigidas a ellos, contra decisiones y actos reglamentarios que no estén destinados a ellos pero que les afecten directa e individualmente y, después del Tratado de Lisboa, también contra actos reglamentarios que les afecten directamente y que no impliquen medidas de ejecución. Por lo general, este tipo de acción se decide en primera instancia por el TG y el TJUE es el tribunal de apelación.

Otras formas de competencia del TJUE que pueden asociarse a la acción de nulidad –y por tanto a su competencia constitucional *sensu stricto*– son las acciones por omisión y la competencia consultiva para opinar sobre la legalidad de los acuerdos internacionales celebrados por la UE. Si bien la omisión es un motivo típico de reclamación ante la jurisdicción administrativa, este tipo de acción puede asociarse a la acción de nulidad porque ambas consisten en formas de control judicial sobre la (in)actividad de las instituciones de la UE en relación con las normas establecidas por la ley máxima, los Tratados. Lo mismo se aplica a la competencia consultiva del TJUE, ya que el dictamen del Tribunal es vinculante para las instituciones de la UE y, en caso de ser adverso, el acuerdo previsto no puede entrar en vigor a menos que se modifique el Tratado. Así, las facultades del Tribunal al respecto son idénticas a las de un control de constitucionalidad preventivo y abstracto.

El TJUE es un tribunal de apelación contra las decisiones del TG. Las decisiones dictadas por el TG son susceptibles de ser recurridas ante el TJUE únicamente respecto de cuestiones de derecho: cuando el Primer Abogado General considere que existe un riesgo grave de que se vea afectada la unidad o la coherencia del derecho de la UE, puede proponer que el Tribunal de Justicia revise la decisión del TG. Por su parte, el TG tiene competencia, entre otras materias de menor importancia, sobre las acciones de nulidad y omisión interpuestas por personas físicas o jurídicas, sobre acciones interpuestas por los Estados miembros contra la Comisión y, en determinados casos, contra el Consejo, sobre litigios relativos a la responsabilidad extracontractual de la UE y sobre recursos, limitados a cuestiones de derecho, contra las decisiones del TFP.

Sin embargo, no hay duda de que la competencia más importante del TJUE es el poder de dictar una decisión prejudicial sobre la validez e interpretación del derecho de la UE, cuando así lo solicite un tribunal nacional. El procedimiento prejudicial es el instrumento central para el control judicial de la UE, ya que equivale a una especie de control indirecto pero efectivo de la “legalidad europea” de las leyes y prácticas de los Estados miembros. Dado que gran parte de la responsabilidad de aplicar el derecho de la UE corresponde a los tribunales nacionales de los Estados miembros, la subsistencia de este canal procesal entre el TJUE y los jueces nacionales es vital para lograr la aplicación uniforme del derecho de la UE en toda Europa. Además, dado que el procedimiento prejudicial es un medio eficaz para proteger los derechos reclamados sobre la base del derecho de la UE, la subsistencia de este procedimiento convierte a todos los ciudadanos en guardianes potenciales del cumplimiento del derecho de la UE, contribuyendo así enormemente no solo a la uniformidad sino también a la eficacia en su aplicación.

La mayoría de las sentencias más importantes del Tribunal se han dictado en ejercicio de esta competencia, y es revelador en este sentido que en la muestra de las 40 sentencias analizadas para esta investigación (en adelante, “la Muestra”), 32 son decisiones prejudiciales sobre la interpretación del derecho comunitario, 2 son decisiones prejudiciales sobre su validez, 1 es una decisión prejudicial tanto sobre la interpretación como sobre la validez del derecho comunitario, 3 son decisiones sobre procedimientos de

nulidad, 1 es una opinión y 1 es una decisión de apelación. Ninguna sentencia recogida en la Muestra fue dictada en un procedimiento de infracción.

1.3. Acceso al Tribunal y volumen de trabajo, procedimiento y prueba

El TJUE no tiene el poder discrecional de negarse a revisar un caso y debe pronunciarse sobre todos los que se presenten ante su estrado.¹³ Obviamente, como cualquier otro tribunal, el TJUE puede evaluar si tiene competencia sobre los casos que se le presentan. Tiene potestad para cuestionar de oficio la admisibilidad de la acción y, al hacerlo, sienta precedentes que gradualmente definirán de manera más o menos consistente los criterios según los cuales puede pedirse al Tribunal que se pronuncie sobre determinados asuntos. No obstante, el TJUE no goza de discrecionalidad en el sentido estricto de que pueda negarse a revisar un caso sin presentar ningún argumento, sin fundamento o por razones de oportunidad y/o necesidad política. A diferencia de la Corte Suprema de EE.UU., si el TJUE tiene poder para pronunciarse sobre un recurso recurriendo al *certiorari* es “una cuestión de derecho”, no de “discreción judicial”.¹⁴

Una consecuencia importante de la ausencia de tal poder discrecional es la capacidad limitada del Tribunal para determinar de manera autónoma su propia carga de trabajo.¹⁵ El número de casos depende principalmente de factores que son externos al Tribunal, tales como el aumento del tamaño de la UE, la extensión gradual pero constante de las competencias de la UE a nuevas áreas políticas, la mayor prominencia del accionar de la UE, la creciente constelación de intereses económicos, políticos y sociales impli-

¹³ Obsérvese, sin embargo, que el TJUE revisa las decisiones del TG solo cuando el Primer AG considera que existe “un riesgo grave de que se vea afectada la unidad o coherencia del derecho de la Unión” (artículo 62 del Estatuto del TJUE).

¹⁴ Sobre las ventajas de establecer, si no un “certiorari europeo”, al menos una limitación que permita la remisión prejudicial únicamente a tribunales de última instancia, véase Komárek (2007, p. 486 y ss.).

¹⁵ Craig (2001, p. 185 y ss.) examina los mecanismos que posee el TJUE para controlar el número de asuntos que se le presentan.

cados en la aplicación de la legislación de la UE, la actitud más o menos colaboradora de los tribunales nacionales, la voluntad de la Comisión de iniciar procedimientos de infracción contra los Estados miembros, el fenómeno general de la “judicialización” (la tendencia a una mayor presencia de las instituciones judiciales en la vida política y social), etc. Los factores internos, tales como si el Tribunal adopta una actitud liberal o estricta con respecto a la admisibilidad de la acción, no son tan importantes respecto del número de casos.

Tras la constante expansión de las competencias de la UE y las sucesivas ampliaciones de la UE, la actividad judicial del Tribunal ha aumentado constantemente a lo largo del tiempo. En la década de 1950, el Tribunal tenía menos de 50 casos nuevos cada año; en la década de 1960 hubo aproximadamente de 30 a 50 casos nuevos cada año y, por lo general, menos de 100; y en la década de 1970, el tribunal generalmente tenía entre 100 y 200 casos nuevos cada año (con un récord insuperable de 1324 casos nuevos en 1979). En la década de 1980, la carga de trabajo aumentó a entre 200 y 400 casos nuevos cada año; en la década de 1990 hubo entre 300 y 500 casos; desde 2001 ha habido entre 400 y 600 casos nuevos cada año (688 en 2011).¹⁶ Este aumento ha tenido un efecto adverso en la capacidad del TJUE para emitir sus sentencias en un plazo breve. En 1975, el TJUE tardaba una media de seis meses en tramitar las remisiones prejudiciales; en 1983 tardaba 12 meses; en 1988, 17 meses; y en 2003 el período promedio alcanzó un máximo de 25,5 meses y luego comenzó a disminuir a 16,8 meses en 2008 y 16,4 meses en 2011.¹⁷ Las remisiones prejudiciales representan, con mucho, la mayor fuente de casos del Tribunal: en los cinco años que van de 2007 a 2011, más de la mitad de los procedimientos ante el TJUE fueron remisiones para una decisión prejudicial.

A fin de responder a la creciente carga de trabajo, el Tribunal se ha beneficiado de la autonomía de la que disfruta para diseñar su propio reglamento y para organizar y administrar los casos. En los últimos años, el

¹⁶ Las estadísticas detalladas sobre la actividad judicial del TJUE están disponibles en el sitio web del Tribunal. Véase TJUE, Informe Anual 2011, Luxemburgo, 2012, en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/.

¹⁷ TJUE, Informe Anual 2011, cit.

Estatuto del TJUE y su Reglamento interno han sido modificados varias veces con el fin de garantizar una mayor autonomía organizativa, flexibilidad y eficiencia. Sin entrar en muchos detalles, cabe señalar que el uso de las Salas ha evolucionado considerablemente y se ha ido extendiendo hasta la situación actual en la que solo excepcionalmente los asuntos se asignan al Pleno del Tribunal o a la Gran Sala. Originalmente las Salas se utilizaban en sustitución del Tribunal en pleno solo para resolver casos relacionados con asuntos de personal. En la actualidad, el TJUE está dividido en ocho Salas compuestas por tres o cinco jueces, y la regla general es que los casos se asignan a las Salas “en la medida en que la dificultad o la importancia del caso o las circunstancias particulares no sean tales que requieran que deba asignarse a la Gran Sala” (artículo 44(3) del Reglamento de Procedimiento del TJUE).

Además, el procedimiento seguido por el Tribunal es esencialmente escrito, inquisitivo, y desde el punto de vista de un jurista acostumbrado a los procedimientos ante los tribunales nacionales se caracteriza por una gran flexibilidad e informalidad (Biavati, 2009, p. 38 y ss.; Capotorti, 1988, p. 235). La informalidad y la flexibilidad se derivan, entre otras cosas, de la disposición en virtud de la cual el TJUE puede exigir a las partes que presenten todos los documentos y proporcionen toda la información que el Tribunal considere adecuada, y también puede exigir a los gobiernos de los Estados miembros, así como a las instituciones de la UE, que proporcionen toda clase de información que el Tribunal considere necesaria. El Tribunal puede además en cualquier momento encomendar un dictamen pericial a cualquier persona u organización de su elección y puede ordenar que se realice cualquier diligencia de investigación o que se repita o amplíe una investigación anterior. El juez ponente puede presidir reuniones preparatorias informales con las partes y el Tribunal puede decidir prescindir de la parte oral del procedimiento. En la práctica, los procedimientos orales se reducen a intervenciones de los abogados de las partes en tiempos reducidos, normalmente de treinta minutos, preguntas formuladas desde el estrado y respuestas muy breves (Neville Brown y Kennedy, 2000, p. 281 y ss).

El idioma de procedimiento es elegido por el solicitante entre los idiomas oficiales de la UE, excepto cuando el demandado sea un Estado miembro, en cuyo caso el idioma del procedimiento será el idioma oficial

de dicho Estado. En los procedimientos prejudiciales, el idioma es el del órgano jurisdiccional remitente. El idioma de trabajo interno del Tribunal es, sin embargo, el francés: es el idioma en el que los jueces deliberan y el idioma en el que se redactan los informes preliminares y las sentencias.

Los resúmenes de las sentencias del Tribunal de Justicia se publican en el “Diario Oficial de la Unión Europea” (Serie C) y todas las sentencias se publican íntegramente junto con las opiniones de los Abogados Generales en los “European Court Reports”, excepto algunas sentencias menores (por ejemplo, sentencias dictadas, excepto en procedimientos prejudiciales, por Salas de tres Jueces) que, no obstante, son accesibles en el sitio de Internet del Tribunal.

1.4. Composición del Tribunal. Los jueces

Otra respuesta a la creciente carga de trabajo del TJUE fue la creación en 1989 del Tribunal de Primera Instancia (ahora TG), con la intención de aliviar la presión sobre el Tribunal mediante la creación de “un tribunal de investigación especializado en casos relacionados con los efectos económicos de situaciones de hecho complejas” (Arnull, 2006, p. 25). Otras respuestas fueron el establecimiento en 2005 del TFP, un tribunal especializado que entiende en disputas entre la UE y su servicio civil, y, lo que es más importante, el aumento en el número de miembros del TJUE. Tras varias ampliaciones graduales, el actual Tribunal de Justicia de la UE está compuesto por veintisiete jueces del TJUE, veintisiete jueces del TG y siete jueces del TFP, todos designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros por un período renovable de seis años.

Con respecto a los nombramientos de los jueces, la regla básica –originalmente una convención política derivada de la práctica de los gobiernos nacionales, más tarde una regla del Tratado establecida formalmente por el Tratado de Niza– es “un Estado, un juez”; es decir, el TJUE está compuesto por un juez de cada Estado miembro. Cada juez es propuesto por su país de origen, y en la práctica la elección hecha por el gobierno nacional nunca es cuestionada por los demás gobiernos. Por lo tanto, hasta cierto punto, el TJUE es una jurisdicción representativa, y esto plantea la pregunta: ¿que el tribunal sea representativo es compatible con su independencia? Los

miembros del TJUE siempre han sido designados de común acuerdo por los Estados miembros, sin que se haya realizado ninguna evaluación formal de su idoneidad a nivel europeo. “Es en el ambiente sofocante de los gabinetes ministeriales y las reuniones diplomáticas, resguardados de la mirada pública, que se nombran los miembros del TJUE” (Dehousse, 1998, p. 14). Dado que el mandato de los jueces es renovable, el sistema de designación ofrece a las autoridades nacionales un medio para ejercer presión sobre el Tribunal y esto plantea dudas sobre la independencia del TJUE.

Para responder a estas preocupaciones, el Tratado de Lisboa modificó el procedimiento de nombramiento y exigió a los Estados miembros que consultaran a un panel antes de nombrar a los jueces y a los Abogados Generales (AG) del Tribunal de Justicia o del Tribunal General. El panel emite una opinión no vinculante sobre la idoneidad de los candidatos (artículo 255 TFUE).¹⁸ Sin embargo, no hay duda de que la garantía “normativa” más sólida de la independencia del TJUE radica en el hecho de que las decisiones se toman colegiadamente y que las deliberaciones de los jueces se mantienen en secreto. Las sentencias no contienen indicaciones de los votos emitidos ni incluyen opiniones disidentes. Evidentemente, si se publicaran los votos y las opiniones de los jueces, los gobiernos podrían verificar y controlar a sus nominados. Además, podría decirse que una garantía no normativa sino fáctica o institucional la proporciona la fuerte identidad de grupo y la cultura institucional que el TJUE ha sido capaz de desarrollar y consolidar a lo largo del tiempo (Bell, 2003-2004; Chalmers, 1999, p. 168; Edwards, 1995, p. 556 y ss.), lo que disminuye, aunque ciertamente no pueda excluir por completo, el riesgo de que un juez actúe como instrumento dócil de su gobierno de origen.

De todos modos, existe poca información sobre cómo los Estados miembros seleccionan a sus jueces; tampoco se ha realizado un estudio exhaustivo sobre quiénes son esos jueces, su procedencia social y sus preferencias políticas.¹⁹ Sabemos que los jueces del TJUE son principalmente

¹⁸ Sobre los efectos del establecimiento del panel consultivo, véase Dumbrovský, Petkova y Van Der Sluis (2014).

¹⁹ Las excepciones notables son Kenney (1999) y Rasmussen (1986). Trabajos recientes de historia del derecho han iniciado a investigar el primer TJUE y la comunidad legal que lo rodea: véase e.g. Pennera (1995) y Cohen (2007).

profesores, a menudo de derecho comunitario, comparado o internacional; la mayoría de ellos ha tenido experiencia judicial previa en su Estado de origen, a menudo como jueces de los tribunales supremos o tribunales constitucionales. Frecuentemente tienen antecedentes profesionales como funcionarios públicos de jerarquía, como políticos y como abogados. Mientras que el primer TJUE incluyó miembros que no tenían experiencia judicial previa (por ejemplo, un sindicalista y un economista) y juristas de bajo perfil próximos a jubilarse, hoy en día es bastante alta la exigencia de que posean experiencia técnica, conocimiento legal y prestigio profesional, con predominio del componente académico. Pero de los jueces del TJUE no sabemos mucho más. A pesar del enfoque “contextual” e inspirado en la ciencia política de muchos de los estudios actuales sobre la UE, e incluso a pesar de la tendencia a abandonar un enfoque puramente jurídico-dogmático, la teoría jurídica dominante ha sido en gran medida insensible frente al llamamiento de Martin Shapiro a “exponer [...] la carne humana de los jueces [del TJUE]” (Shapiro, 1980, p. 540).

1.5. Los abogados generales

El TJUE es asistido por ocho Abogados Generales. Su presencia es una característica original del TJUE inspirada en los *Commissionaires du Gouvernement* que comparecen ante el *Conseil d'Etat* francés. No participan directamente en las deliberaciones del Tribunal, pero están sujetos a las mismas condiciones de contratación y son designados mediante el mismo procedimiento que los jueces. Además, están sujetos a los mismos deberes de imparcialidad e independencia, reciben el mismo salario y, según el TJUE, “tienen el mismo estatuto que los Jueces, en particular en lo que respecta a la inmunidad y las causas por las que pueden ser destituidos”.²⁰ Su tarea es emitir una opinión escrita después de la audiencia y antes de la sentencia para ayudar al Tribunal a tomar su decisión. En el dictamen, el AG revisa

²⁰ Asunto C-17/98, *Emesa Sugar* [2000] ECR I-665, párr. 11. Véase también el artículo 6 del Reglamento de Procedimiento del TJUE: “Los jueces y abogados generales tendrán la misma precedencia según su antigüedad en el cargo”.

los hechos del caso, valora los argumentos y alegatos de las partes y de los demás intervinientes en el proceso, analiza el derecho existente y los precedentes, y finalmente se pronuncia sobre cómo el Tribunal debería decidir el caso. Por lo tanto, el AG actúa como una especie de *amicus curiae* institucionalizado; un *amicus curiae*, sin embargo, que pertenece al Tribunal.

Según Burrows y Greaves, los AG ayudan al Tribunal básicamente de cuatro maneras diferentes: promoviendo la innovación a partir de un enfoque teleológico, promoviendo la consolidación de la jurisprudencia y de la legislación existente, argumentando en contra de los precedentes y defendiendo una interpretación estricta (Burrows y Greaves, 2007, p. 293 y ss.). La mayor parte de la opinión suele estar dedicada a un cuidadoso, detallado y “casi académico” análisis de la jurisprudencia del TJUE. Esto demuestra “en toda su extensión el respeto otorgado a la jurisprudencia del Tribunal [que] claramente constituye una ‘fuente de derecho’ y, por lo tanto, posee fuerza jurídica independiente” (Lasser, 2004, p. 116). El razonamiento jurídico del AG es mucho más abierto y sincero que el razonamiento jurídico del Tribunal y, a menudo, toma en cuenta factores tales como cuestiones presupuestarias y económicas, preocupaciones pragmáticas, problemas políticos, argumentos basados en la equidad, sentencias extranjeras y artículos académicos que podrían ejercer una fuerza persuasiva sobre las deliberaciones del TJUE, sin que sean adoptados explícitamente en la sentencia final.

Aunque es difícil evaluar la influencia general de las opiniones de los AG en las deliberaciones del Tribunal²¹, su importancia para el razonamiento jurídico del TJUE está fuera de toda duda. Como muestra el análisis de la Muestra, los argumentos de los AG son a menudo confirmados y reiterados por el Tribunal utilizando fórmulas del tipo: “como observó/ indicó/señaló correctamente el Abogado General en el párrafo. de su opinión”²². Lo que es más importante, las opiniones son indispensables para comprender cuáles argumentos influyeron en el Tribunal sin que hayan

²¹ Para una evaluación de esa influencia, véase Tridimas (1997) y Ritter (2006).

²² 13 referencias en ocho sentencias: *Antonissen* [1991], párr. 20; *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 34; *Bosman* [1995], párr. 53, 99 and 110; *Köbler* [2003], párr. 48; *Pupino* [2005], párr. 42 and 48; *Traghetti del Mediterraneo* [2006], párr. 36 and 41; *Mangold* [2005], párr. 53 and 73; *Laval* [2007], párr. 48.

sido adoptados explícitamente en la sentencia final y cuáles argumentos han sido rechazados implícitamente. Las sentencias del TJUE deberían ser un texto autosuficiente, pero en realidad, si queremos comprender completamente su significado, debemos tener en cuenta las opiniones de los AG. Como argumentó convincentemente Mitchel Lasser, no podemos apreciar las características específicas del razonamiento jurídico del TJUE sin tener en cuenta su “estructura bifurcada”:

“[E]l TJUE produce dos modelos argumentativos. En el ámbito de la decisión oficial del TJUE opera el discurso de la aplicación judicial y deductiva del derecho de la UE. En el ámbito de los Dictámenes del AG [...] opera el discurso de la construcción personal y subjetiva de soluciones judiciales dirigidas a la obtención de ciertos fines” (Lasser, 2004, p. 141).

2. Argumentos en el Razonamiento Constitucional

2.1. “Razonamiento Constitucional” en el TJUE

Por las razones esbozadas anteriormente, la expresión “razonamiento constitucional” puede ser entendida de maneras diferentes.

En primer lugar, el TJUE se involucra en un razonamiento constitucional *sensu stricto* cuando interpreta los Tratados para pronunciarse sobre la validez del derecho derivado de la UE. En los procedimientos de nulidad y en los procedimientos prejudiciales sobre la validez del derecho de la UE, el TJUE es, en todos los sentidos, un tribunal constitucional, al menos según la definición de “constitución” que adoptamos, y los Tratados son, como declaró solemnemente el mismo TJUE, la “carta constitucional básica de una Comunidad basada en el Estado de derecho”.²³ En ese contexto, la expresión “razonamiento constitucional” puede ser usada para hacer referencia exclusivamente al razonamiento que se basa en el texto de los Tratados o que tiene por objeto exponer y desarrollar su sentido.

²³ Les Verts [1986], párr. 23. En la Muestra, sobre el Tratado como “carta constitucional”, véase también Opinión 1/91 [1991], párr. 21; *Kadi* [2008], párr. 281.

En segundo lugar, el TJUE lleva adelante un razonamiento constitucional *sensu lato* cuando evalúa la “validez europea” de la legislación y las prácticas nacionales en procedimientos prejudiciales sobre la interpretación del derecho de la UE. En este caso, el objeto de la interpretación no se limita a los Tratados, sino que comprende todo el derecho de la UE. Como se ha mencionado, este tipo de competencia constitucional del Tribunal no es exclusiva (la competencia para anular la legislación nacional pertenece principalmente a los tribunales nacionales), no es suprema (los tribunales nacionales no consideran que el TJUE esté dotado de autoridad última y suprema) y no es directa (la intervención de los tribunales nacionales es necesaria para eliminar el conflicto entre el derecho nacional y el derecho de la UE).

La naturaleza indirecta de la competencia constitucional *sensu lato* del TJUE tiene una consecuencia importante para nuestra investigación. En casi todos los procedimientos prejudiciales decididos por el Tribunal, no es siempre claro si está ejerciendo su competencia constitucional *sensu lato*, controlando indirectamente el cumplimiento de la legislación de la UE por parte de los Estados miembros, o si simplemente está haciendo lo que dice que está haciendo, es decir, está interpretando el derecho de la Unión para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente. Para los propósitos de este estudio, el concepto *sensu lato* de razonamiento constitucional es definitivamente demasiado amplio, ya que, para cada caso analizado en la investigación, la pregunta difícil seguiría abierta: ¿se trata realmente de un razonamiento constitucional o es solo una interpretación ordinaria de la legislación de la UE? Las respuestas a esa pregunta no pueden sino ser especulativas y controvertidas.

Por tanto, analizaremos únicamente los argumentos adoptados por el TJUE respecto de la interpretación de los Tratados. Lo que puede denominarse razonamiento constitucional *sensu stricto*, aun cuando se trate de un tipo de razonamiento que puede emplearse no solo en casos de acción de nulidad y cuestiones prejudiciales sobre la validez del Derecho de la UE, sino también en cualquier otro tipo de procedimiento judicial ante el Tribunal. No hemos considerado los argumentos adoptados por el TJUE para interpretar la legislación secundaria de la UE.

Por ello, no es de extrañar que encontremos sentencias en las que no se ofrece argumento alguno en apoyo de la conclusión interpretativa a la que llega el Tribunal. En el caso *Stauder* (1969), por ejemplo, el Tribunal proporcionó varios argumentos de interpretación no constitucional dirigidos a demostrar que “interpretada de esta manera, la disposición en cuestión no contiene nada capaz de lesionar los derechos humanos fundamentales”. Argumentos que no pueden ser considerados a los efectos de nuestra investigación. Respecto de la interpretación constitucional, el Tribunal se limitó a afirmar que “los derechos humanos fundamentales [están] consagrados en los principios generales del derecho comunitario y protegidos por el Tribunal” sin aportar ningún argumento.²⁴

2.2. Analogías

Encontramos 8 sentencias en las que el Tribunal recurrió al razonamiento analógico. En *Bosman* (1995) el Tribunal consideró el argumento por analogía simplemente para descartarlo como irrelevante para el caso. En *Bosman*, el Tribunal sostuvo que “[l]a argumentación basada en puntos de supuesta similitud entre el deporte y la cultura [no puede] aceptarse” porque la cuestión discutida en el caso se refería “al alcance de la libre circulación de los trabajadores. que es una libertad fundamental en el sistema comunitario”.²⁵

En la gran mayoría de los casos en que se recurre a la analogía, el Tribunal, tal como él mismo reconoce, se limita a hacer referencia a un precedente propio que puede ser aplicado al caso actual “por vía de analogía”. No hay identidad entre la decisión pasada y el caso actual, pero hay de todos modos algunas similitudes que sugieren que la decisión anterior puede extenderse para cubrir el nuevo caso. El razonamiento basado en precedentes y el razonamiento por analogía son tipos de argumentos diferentes.²⁶ Por tanto, hemos considerado como analogía solo aquellos casos

²⁴ *Stauder* [1969] párr. 7.

²⁵ *Bosman* [1995], párr. 78.

²⁶ Véase Lamond (2008), Schauer (2008) y Schauer (2009, p. 85 y ss.).

en los que el Tribunal no se limita a aplicar un precedente, sino que declara explícitamente que está recurriendo a un razonamiento analógico basado en precedentes.²⁷

Un caso interesante de razonamiento analógico no basado en precedentes es *Brasserie du Pêcheur* (1996).²⁸ Aquí en realidad tenemos dos analogías diferentes. En primer lugar, el Tribunal sostuvo que una regla de derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado se aplica “a fortiori en el ordenamiento jurídico comunitario” (el argumento a fortiori puede considerarse como un caso de argumentación analógica). En segundo lugar, sostuvo que “las condiciones en que el Estado puede incurrir en responsabilidad. no pueden, a falta de una justificación específica, diferir de las que determinan la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias similares”.²⁹

Otro ejemplo es el “caso ERTA” (1971) en el que la analogía podría parecer a primera vista un argumento a contrario.³⁰ El Tribunal señaló que las únicas materias explícitamente excluidas del ámbito de aplicación de la acción de nulidad son las recomendaciones o los dictámenes, y que el Tratado establece que las recomendaciones o los dictámenes no tienen efectos vinculantes. Teniendo en cuenta la *ratio legis* de esa disposición sobre el alcance de la acción de nulidad, se sigue que la acción debe entonces en principio admitirse respecto de todos los actos jurídicos que produzcan efectos obligatorios, tales como las actuaciones del Consejo relativas a la negociación y celebración de un acuerdo internacional (el Acuerdo Europeo de Transporte Ferroviario - ERTA) siempre que se pretenda que tengan fuerza legal.

²⁷ *Franovich* [1991], párr. 21 y 43; *Advocaten voor de Wereld* [2007], párr. 59; *Laval* [2007], párr. 87; *Viking* [2007], párr. 34 y 40; *Kadi* [2008], párr. 224.

²⁸ *Brasserie du Pêcheur* [1996]. Langenbucher analiza extensamente *Brasserie du Pêcheur* para brindar un ejemplo de razonamiento analógico del TJUE pero destaca pasajes de la sentencia que no pueden considerarse analogías a los efectos de esta investigación (1998, p. 516 y ss.).

²⁹ *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 34 y 42.

³⁰ Asunto C-22/70 [1971], párr. 39.

2.3. Aplicabilidad de los Tratados

No es de extrañar que hayamos encontrado que al menos un 1/4 de las sentencias de la Muestra (11 sentencias precisamente) se refieren a la aplicabilidad de los Tratados al caso objeto de decisión, o que se pronuncien sobre la cuestión sin ofrecer ningún argumento explícito al respecto. Las competencias de la UE se rigen por el principio de atribución: “la Unión actuará únicamente dentro de los límites de las competencias que le hayan sido atribuidas por los Estados miembros en los Tratados, para alcanzar los objetivos allí establecidos. Las competencias que no hayan sido atribuidas a la Unión por los Tratados siguen siendo de los Estados miembros” (artículo 5, apartado 2, del TUE). El ordenamiento jurídico de la UE es un ordenamiento jurídico sectorial que no pretende ser completo, en el sentido de proporcionar una solución para todas las controversias posibles: ciertas cuestiones quedan fuera del ámbito de aplicación del derecho de la UE. Por lo tanto, la cuestión de la aplicabilidad de los Tratados es bastante común en los litigios sobre derecho de la UE. Por un lado, la denominada distribución “vertical” de competencias entre la UE y los Estados miembros es objeto de frecuentes controversias sobre las que el Tribunal suele tener que pronunciarse; por otro lado, en casi todos los procedimientos legales ante el TJUE, el tribunal remitente, las partes o los Estados miembros intervinientes pueden considerar apropiado plantear la cuestión de si el asunto entra dentro del ámbito del derecho de la UE y, en su caso, cuestionar la jurisdicción del TJUE o la competencia de la UE.

En todos los casos, excepto en uno, el TJUE dictaminó que el asunto caía dentro del alcance del derecho de la UE y que una determinada disposición del Tratado debía ser aplicada al caso. La excepción es *Grogan*: el Tribunal dictaminó que la prohibición irlandesa sobre la distribución de información relativa a las clínicas donde se realizan abortos constituye una limitación a la libertad de expresión y no puede ser considerada una restricción a la libertad de prestación de servicios.³¹

Los argumentos que apoyan la conclusión sobre la aplicabilidad de los Tratados no comparten ningún rasgo estructural y pueden ser muy

³¹ *Grogan* [1991], párr. 27

diversos entre sí: consideraciones teleológicas, argumentos de armonización, principios implícitos, etc. Sin embargo, en la jurisprudencia del TJUE encontramos una forma peculiar de argumentar la decisión favorable a la aplicabilidad de los Tratados, un argumento tradicional que se ha denominado “fórmula de los poderes retenidos” y que es prácticamente capaz de eliminar o superar todo límite positivo a la aplicabilidad de la legislación de la UE (Azoulai, 2011). Si bien la formulación clásica de esta doctrina se puede encontrar en el caso *Schumacker* (1995) y en el caso de los “barcos pesqueros británicos” de 1991 (“los poderes retenidos por los Estados miembros deben, no obstante, ejercerse de conformidad con el derecho comunitario”)³² y sus orígenes se remontan a los casos *Steenkolenmijnen* (1961) y *Casagrande* (1974)³³ (decisiones no incluidas en la Muestra), en nuestro estudio encontramos la misma tesis expresada con palabras ligeramente diferentes en *Viking* (2007) y *Laval* (2007): “incluso si, en los ámbitos que quedan fuera del alcance de la competencia de la Comunidad, los Estados miembros son, en principio, libres de establecer las condiciones que rigen la existencia y el ejercicio de los derechos en cuestión, sigue siendo el caso que, al ejercer esa competencia, los Estados miembros deben, no obstante, cumplir el Derecho comunitario”.³⁴

2.4. Significado ordinario de las palabras

Las cuarenta sentencias analizadas en la investigación han sido consideradas decisiones fundamentales en virtud de su impacto en la cultura jurídica y política de los Estados miembros (p. ej., *Lütticke*, *Simmenthal*, *Factortame*), de su contribución a la instalación del mercado común (p. ej., *Dassonville* y “*Cassis de Dijon*”), o de su influencia en el desarrollo del

³² Asunto C-279/93, *Schumacker* [1995] ECR I-225, párr. 21; Asunto C-246/89, *Commission v United Kingdom* [1991], ECR I-04585, v. 12.

³³ Asunto C-30/59, *Steenkolenmijnen* [1961] ECR 3, 24; Case 9/74, *Casagrande* [1974] ECR 773, párr. 12. Véase también Asuntos acumulados C-6 y 11/69 *Commission v. France* [1969] ECR 523, párr. 17 (“El ejercicio de los poderes reservados no puede, por tanto, dar lugar a la adopción unilateral de medidas prohibidas por el Tratado”).

³⁴ *Viking* [2007], párr. 40; *Laval* [2007], párr. 87 (con una redacción ligeramente diferente).

derecho comunitario y la llamada “constitucionalización” de los Tratados. Por lo tanto, no sorprende que los argumentos literales estén casi ausentes en la muestra.

Encontramos seis casos en los que se hizo referencia al texto del Tratado para proporcionar un argumento a favor o en contra de una determinada interpretación. En tres casos, el argumento literal fue efectivamente considerado y finalmente rechazado por el Tribunal, sobre la base de consideraciones teleológicas y de armonización.³⁵ En *Van Gend en Loos* y en *Costa*, la referencia al texto del Tratado es bastante desconcertante porque no resulta claro qué incidencia tiene el texto respecto del argumento defendido por el Tribunal.³⁶ Encontramos, en cambio, los mejores ejemplos de argumento literal en *Kadi*.³⁷

Dada la naturaleza de la muestra analizada, no es posible resaltar la importancia de este hallazgo. Sin embargo, vale la pena mencionar que, según muchos estudiosos y críticos del TJUE, la relativa poca importancia dada a los argumentos literales es una característica distintiva del razona-

³⁵ *Defrenne II* [1976], párr. 27 (“los términos del artículo 119 no pueden ser invocados para invalidar esta conclusión”); *Antonissen* [1991], párr. 9 y ss., rechazando la interpretación basada en “la estricta redacción de artículo 48”; Opinión 1/91 [1991], párr. 14. Si bien no se ocupa de la interpretación del Tratado, la siguiente afirmación en *Grad* [1970], párr. 12-14, es reveladora del enfoque general del Tribunal: “Es cierto que una interpretación literal... de la decisión podría llevar a la opinión de que... Sin embargo, tal interpretación no se correspondería con el objetivo de las directivas en cuestión... Además, el objetivo de la decisión del 13 de mayo de 1965 solo puede lograrse a nivel comunitario...”

³⁶ *Van Gend en Loos* [1963], 13 (“La redacción del artículo 12 contiene una clara e incondicional prohibición que no es una obligación positiva sino negativa. ... La naturaleza misma de esta prohibición la hace idealmente [sic] aptada para producir efectos directos”). Un argumento análogo en *Costa* [1964], 597. No está claro, sin embargo, por qué el carácter negativo en lugar de positivo de la obligación impuesta por el Tratado debería tener alguna consecuencia sobre la cuestión del efecto directo, y de hecho ese criterio ya fue abandonado en *Lütticke* [1966].

³⁷ *Kadi* [2008], párr. 166 y ss. (las medidas restrictivas decididas en base a los artículos 60 CE y 301 CE deben tomarse contra terceros países, tal como se establece expresamente en estas disposiciones, y no pueden estar dirigidas a personas o entidades presentes en un tercer país, como propone la Comisión) y 199 y ss. (las medidas adoptadas en virtud del artículo 308 CE deben referirse al “funcionamiento del mercado común” que, habida cuenta de la “redacción clara y precisa” de la disposición, no puede considerarse que incluya los objetivos de Política Exterior y de Seguridad Común).

miento jurídico del TJUE.³⁸ Esta característica afecta ante todo la interpretación del Tratado, pero concierne también, aunque en menor medida, a la interpretación del Derecho derivado. Si bien es particularmente evidente en las decisiones más importantes del TJUE, también se puede encontrar, como es obvio, en sentencias menos influyentes.

Además, la relativa poca importancia de los argumentos literales se refleja en varias afirmaciones del Tribunal que sugieren la existencia de una especie de jerarquía entre los argumentos jurídicos. Dentro de la Muestra, el Dictamen 1/91 es ilustrativo al respecto: “El hecho de que las disposiciones del convenio y las correspondientes disposiciones comunitarias estén redactadas de manera idéntica no significa que deban interpretarse necesariamente de la misma manera”, pues el intérprete debe tener en cuenta los “objetivos” (argumentos teleológicos) y el “contexto” (argumentos armonizadores) del acuerdo internacional y del Tratado CEE (párr. 14).

En otras sentencias, no incluidas en la Muestra, podemos encontrar afirmaciones contradictorias en cuanto a la fuerza y la jerarquía del argumento literal. En ocasiones, el Tribunal ha señalado que “no está facultado para asumir el papel del legislador comunitario e interpretar una disposición de manera contraria a su formulación expresa”³⁹ y que el principio de seguridad jurídica le impide apartarse del significado ordinario de la disposición⁴⁰; en otras ocasiones, el Tribunal ha señalado que debe descartarse el significado literal si contradice la finalidad de la disposición.⁴¹

³⁸ Entre los críticos del TJUE, las referencias estándar son (Rasmussen, 1986); (Neill, 1995); (Hartley, 1998, p. 78);(Hartley, 1996). Y, más recientemente, véase Herzog y Gerken (2008): “ignora deliberada y sistemáticamente los principios fundamentales de la interpretación occidental del derecho... sus decisiones se basan en una argumentación descuidada”.

³⁹ Asuntos acumulados C310/98 and C406/98 *Met-Trans and Sagpol* [2000] ECR I1797, párr. 32.

⁴⁰ Asunto C-361/06, *Feinchemie Schwebda* [2008] ECR I- 3865, párr. 50: “Dado que la redacción... es clara e inequívoca, la interpretación... es la única interpretación compatible con el principio de seguridad jurídica, según el cual la legislación comunitaria debe permitir a los interesados conocer con precisión el alcance de las obligaciones que les impone”. Véase también el asunto C-161/06, *Skoma-Lux* [2007] ECR I-10841, párr. 36 and 38.

⁴¹ Por ejemplo, *Grad* [1970], párr. 12-14.

2.5. Argumentos de armonización internos

Este argumento es bastante habitual en la Muestra, encontramos 21 sentencias que lo contienen. En realidad, esta categoría comprende más de un argumento, ya que consiste en una familia de argumentos que comparten la misma característica estructural, a saber, la de fundar una determinada interpretación mediante referencia a otras normas o conjunto de normas.

Así, bajo el epígrafe “argumentos de armonización” agrupamos, en primer lugar, los casos en los que el Tribunal hace alguna referencia genérica al “espíritu del Tratado”, “al esquema completo del Tratado”, al “sistema” establecido por el Tratado o por una disposición o grupo de disposiciones del Tratado, al “sistema general del Tratado y sus principios fundamentales”, etc., sin especificar cuáles son las disposiciones que articulan o encarnan ese “espíritu” y “sistema”. A la jurisprudencia del TJUE no le faltan referencias genéricas de este tipo.⁴²

En segundo lugar, encontramos numerosos casos en los que el Tribunal aclara las relaciones entre diferentes disposiciones del Tratado y construye la regla del caso mediante una interpretación de conjunto de una pluralidad de disposiciones. En estos casos, el Tribunal no se limita a evocar el esquema del Tratado, sino que lo concretiza mediante la interpretación conjunta de un conjunto de disposiciones.⁴³

En tercer lugar, bajo el epígrafe “argumentos de armonización” agrupamos casos en los que el Tribunal manifiesta que una determinada interpretación del Tratado es “confirmada” o “soportada” por otras disposiciones del Tratado, o en los que afirma seguir consideraciones dictadas por “la necesaria coherencia” con otras disposiciones del Tratado de la disposición objeto de interpretación. O casos en los que se interpreta una disposición a la luz de algún “principio fundamental” del derecho comunitario para evitar conflictos internos e incongruencias.⁴⁴

⁴² Por ejemplo, *Costa* [1964]; Asunto C-22/70, *ERTA* [1971], párr. 15; *Defrenne II* [1976], párr. 7.

⁴³ Por ejemplo, Asunto C-22/70, *ERTA* [1971], párr. 22; *Defrenne II* [1976], párr. 63; *CILFIT* [1982], párr. 10.

⁴⁴ Por ejemplo, *Costa* [1964]; *Foto-Frost* [1987], párr. 16 y 17; Opinión 1/91 [1991], párr. 71; *Kadi* [2008], párr. 309.

En cuarto lugar, hemos considerado como casos de argumentación de armonización aquellos casos en los que el Tribunal adopta una determinada interpretación para no “privar de sentido” otros principios del derecho comunitario que, de lo contrario, perderían su “eficacia esencial” o para que no se vea comprometida la consecución de los objetivos establecido en los Tratados. Estos casos difieren de los anteriores en cuanto incluyen una evaluación de los efectos prácticos de la interpretación propuesta y se refieren a los objetivos, fines, propósitos, etc., establecidos por el Tratado. Por lo tanto, este tipo de argumento armonizador es de naturaleza mixta y puede considerarse también como una instancia de argumentación teleológica: es un argumento teleológico en el que el Tribunal declara que tiene la intención de evitar un conflicto con los objetivos perseguidos por el Tratado en su conjunto o por determinadas disposiciones del Tratado.⁴⁵

Finalmente, consideramos como instancias de argumentos de armonización aquellos argumentos que se refieren a la “sedes materie”, es decir, argumentos basados en la estructura sistemática interna de los Tratados, tal como los diseñó el legislador.⁴⁶

2.6. Armonización con el derecho internacional

Encontramos 14 casos en los que el Tribunal se refiere a fuentes de derecho internacional para fundar la interpretación del Tratado. La gran mayoría de las referencias consiste en una cita literal o casi literal de la fórmula de *Nold*: “los tratados internacionales de protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han colaborado o de los que son signatarios pueden proporcionar pautas a ser seguidas en el marco del derecho

⁴⁵ Por ejemplo, *Traghetti del Mediterraneo* [2006], párr. 36; *Advocaten voor de Wereld* [2007], párr. 42; *Laval* [2007], párr. 98.

⁴⁶ Por ejemplo, Asunto C-22/70, *ERTA* [1971], párr. 14 (“esta disposición, colocada al inicio de la sexta parte del Tratado, dedicada a las ‘disposiciones generales y finales’, significa que...”); *Defrenne II* [1976], párr. 15 (“dado que el artículo 119 aparece en el contexto de la armonización de las condiciones de trabajo...”); *van Gend en Loos* [1963] ECR I (“Esta disposición se encuentra al comienzo de la parte del Tratado...”); *Costa* [1964] (“Este artículo, situado en el capítulo dedicado a la ‘aproximación de las leyes’, tiene por objeto...”).

comunitario⁴⁷. En seis casos el TJUE hizo referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁸ y en cuatro casos encontramos referencias a la jurisprudencia del TEDH.⁴⁹ Además, el Tribunal hizo referencia a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo⁵⁰ y a los principios generales del derecho internacional y del derecho internacional consuetudinario.⁵¹ Sin embargo, particularmente en los casos en que el Tribunal menciona la fórmula de *Nold*, está lejos de ser obvio si la referencia a los derechos humanos tiene alguna relación directa con el resultado del caso o es simplemente de naturaleza retórica y declamatoria.

2.7. Precedentes

El Tribunal ha hecho referencia a su jurisprudencia previa desde el comienzo mismo de su actividad: el primer ejemplo se puede encontrar ya en un caso de 1955⁵² y en 1956 el Tribunal citó un propio precedente como base para la tesis de que ciertas disposiciones del Tratado CECA tienen un “carácter fundamental”.⁵³ Las referencias a su jurisprudencia se hicieron cada vez más frecuentes en la década de 1970 y especialmente en la década de 1980, posiblemente como consecuencia de la adhesión del Reino Unido e Irlanda en 1973 (Schermers y Waelbroeck, 2001, p. 135); (Everling, 1987, p. 163). *Contra* (Koopmans, 1982, p. 18). Hoy en día, la práctica de basarse en precedentes está firmemente establecida y casi todas las decisiones del Tribunal contiene tanto extensas referencias a la jurisprudencia como citas del tipo copiar y pegar de sentencias anteriores.

⁴⁷ Asunto C-4/73, *Nold* [1974] ECR 491, párr. 13. Véase, e.g., *Hauer* [1979], párr. 15; *Wachauf* [1989], párr. 17; Asunto C-260/89, *ERT* [1991], párr. 41; *Viking* [2007], párr. 43; *Laval* [2007], párr. 90; *Kadi* [2008], párr. 283.

⁴⁸ *Hauer* [1979], párr. 17; *ERT* [1991], párr. 41; *Bosman* [1995], párr. 79; *Pupino* [2005], párr. 58; *Advocaten voor de Wereld* [2007], párr. 45 and 49; *Viking* [2007], párr. 43.

⁴⁹ *Köbler* [2003], párr. 49; *Pupino* [2005], párr. 60; *Advocaten voor de Wereld* [2007], párr. 50; *Kadi* [2008], párr. 256 and 311.

⁵⁰ *Defrenne II* [1976], párr. 20; *Viking* [2007], párr. 43; *Laval* [2007], párr. 90.

⁵¹ *van Duyn* [1974], párr. 22; *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 34; *Köbler* [2003], párr. 32.

⁵² Asunto C-4/54, *Industrie Siderurgiche Associate* [1955] ECR 91.

⁵³ Asuntos acumulados C-7 y 9/54, *Groupement des industries* [1956] ECR 175.

Tal evolución se refleja en el análisis que hemos realizado. El primer argumento basado en precedentes que encontramos es una referencia genérica y sin nombre a la decisión tomada en *Defrenne* (1976)⁵⁴; la primera referencia explícita está en *Ratti* (1979).⁵⁵ A partir de *Ratti* solo encontramos dos sentencias en que no se hace referencia explícita a su jurisprudencia,⁵⁶ mientras que todos los demás casos contienen referencias extensas y detalladas a sentencias anteriores del Tribunal. En un caso analizado, el Tribunal revocó (casi) explícitamente una decisión anterior.⁵⁷ En general, encontramos 27 sentencias en las que el TJUE ha utilizado el argumento de los precedentes.

2.8. Conceptos y principios implícitos

Encontramos 20 sentencias en las que se invocan conceptos y principios no mencionados en el texto de los Tratados como argumentos a favor de una determinada interpretación constitucional. Tales conceptos y principios son el resultado de la construcción jurídica llevada a cabo por el Tribunal: no son producto de la interpretación del Tratado (no están expresados en ninguna disposición) sino que resultan de un conjunto heterogéneo de razonamientos no-interpretativos (muchas veces implícitos). Algunos de estos conceptos y principios constituyen el “derecho constitucional viviente” de la UE y la razón por la que a menudo se piensa que la UE tiene un origen internacional pero una naturaleza constitucional. En este sentido, el TJUE estableció que “[a] diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado CEE ha creado su propio sistema legal”⁵⁸ y que “los derechos humanos fundamentales [están] consagrados en los principios generales del derecho comunitario y protegidos por el Tribunal”.⁵⁹

⁵⁴ *Defrenne II* [1976], párr. 31 (“...como ya ha constatado el tribunal en otros contextos...”).

⁵⁵ *Ratti* [1979], párr. 19 (“a este respecto, la jurisprudencia sostenida del tribunal, reafirmada recientemente en la sentencia de 1 de febrero de 1977 en el caso 51/76...”).

⁵⁶ *Foglia* [1980]; *Antonissen* [1991].

⁵⁷ Asunto C-70/88, “*Chernobyl*” [1990], párr. 16.

⁵⁸ *Costa* [1964].

⁵⁹ *Stauder* [1969] párr. 7. Véase también *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] párr. 4.

El Tribunal inventó los principios de “uniformidad y eficacia del derecho comunitario”, sostuvo que “el derecho derivado del Tratado, fuente independiente de derecho, no puede, por su propia naturaleza, ser anulado por normas de derecho estatal”⁶⁰ y que “el derecho a la reparación es el corolario necesario del efecto directo”.⁶¹ El Tribunal sentó la piedra angular del mercado común –el principio de reconocimiento mutuo⁶²– y teorizó la existencia de un “equilibrio institucional” entre las distintas instituciones comunitarias –equilibrio que el Tribunal debe ser capaz de mantener controlando la observancia de las distintas prerrogativas de las instituciones cuando así lo requiera una de ellas.⁶³ Finalmente, el Tribunal ha creado la regla según la cual en caso de laguna normativa “corresponde al Tribunal. pronunciarse sobre tal cuestión de conformidad con los métodos de interpretación generalmente aceptados, en particular por referencia a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario y, en su caso, a los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros”.⁶⁴

Además, desde el inicio de su actividad, el Tribunal ha creado una jerarquía valorativa (“axiológica”) entre algunas de las disposiciones del Tratado, calificando como “fundamental” el derecho o principio correspondiente (por ejemplo, el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, la libre circulación de trabajadores, la libre circulación de mercancías, etc.); luego, sobre la base de ese carácter fundamental de ciertas disposiciones, el TJUE ha establecido ciertas presunciones interpretativas. Por ejemplo, en *Defrenne II* (1976) el Tribunal afirmó que “este doble objetivo, a la vez económico y social, demuestra que el principio de igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la Comunidad [...] por lo que, al interpretar esta disposición, es imposible basar cualquier argumento en la morosidad y las resistencias que han retrasado la implementación real de este principio básico en determinados Estados

⁶⁰ *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] párr. 3; véase también *Simmenthal* [1978], párr. 17 (“principio de precedencia del derecho comunitario”).

⁶¹ *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 22

⁶² “*Cassis de Dijon*” [1979], párr. 14

⁶³ Asunto C-70/88, «Chernobyl» [1990], párr. 21

⁶⁴ *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 27

miembros”.⁶⁵ En Antonissen (1991) el Tribunal afirmó que “la libre circulación de los trabajadores constituye uno de los fundamentos de la Comunidad y, en consecuencia, las disposiciones que establecen dicha libertad deben ser interpretadas en sentido amplio”.⁶⁶ De manera análoga, en Van Duyn (1974) el Tribunal enfatizó que el concepto de política pública debe interpretarse estrictamente cuando se utiliza como “una justificación para derogar el principio fundamental de la libre circulación de trabajadores”.⁶⁷

Esta manera de razonar puede ser considerada, de manera alternativa o conjunta, como un recurso a un principio implícito (mientras que el principio que el Tribunal considera fundamental para la Comunidad es explícito, su carácter fundante o fundamental depende de una jerarquía implícita, una jerarquía que no ha sido establecida por el Tratado sino creada por el Tribunal), como argumento no jurídico (la jerarquía es valorativa, axiológica, ya que depende de una elección del intérprete), o como argumento de armonización (ya que la construcción de jerarquías axiológicas es una herramienta común de la interpretación sistemática).

En esta investigación, hemos adoptado la primera opción.

2.9. Fórmulas lingüístico-lógicas basadas en el silencio

Como es bien sabido (Schermers y Waelbroeck, 2001, p. 12), el TJUE es muy reacio a adoptar *un argumentum a contrario* e incluso en algunas de sus primeras decisiones teorizó de manera explícita sobre este punto: “solo es admisible un argumento a la inversa cuando ninguna otra interpretación

⁶⁵ *Defrenne II* [1976], párr. 12-14.

⁶⁶ *Antonissen* [1991], párr. 11. Esta presunción interpretativa ya había sido establecida en el Asunto C-139/85, *Kempf v Staatssecretaris van Justitie* [1986] ECR 1741, párr. 13. Sobre la libre circulación de mercaderías como principio fundamental, véase *Schmidberger* [2003], párr. 51, 60 y 78.

⁶⁷ *Van Duyn* [1974], párr. 18. Véase también *Omega* [2004], párr. 30: “el concepto de ‘orden público’ en el contexto comunitario, en particular como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, debe interpretarse restrictivamente”.

resulta apropiada y compatible con la disposición y su contexto y con la finalidad de esta”⁶⁸

En la Muestra encontramos cinco sentencias que emplean el *argumentum a contrario*, y en cuatro de ellas el argumento fue rechazado explícitamente. El Tribunal sostuvo, por ejemplo, que en el sistema de los Tratados la existencia del procedimiento de infracción no excluye que los particulares puedan alegar la violación del derecho comunitario ante los tribunales estatales cuando el Estado no ha cumplido una obligación que tiene efecto directo⁶⁹, y que del hecho de que, según el artículo 189 CEE, las normas sean directamente aplicables, no se sigue que “otras categorías de actos jurídicos mencionados en dicho artículo no puedan jamás producir efectos similares”⁷⁰

El único caso en el que el argumento fue adoptado por el Tribunal es *Faccini Dori* (1994), allí sostuvo que las directivas no pueden tener efecto directo porque la Comunidad está autorizada a imponer obligaciones a los individuos con efecto inmediato “solo cuando está facultada para dictar reglamentos”⁷¹

Obsérvese que cuando el Tribunal sostiene que, en ausencia de normas comunes relativas a una determinada materia, corresponde a los Estados miembros regularla, no se trata de un *argumentum a contrario*, porque el Tribunal no está interpretando una disposición del Tratado (no está recurriendo a la “interpretación constitucional”) sino que está simplemente aplicando al caso el principio de atribución.⁷²

⁶⁸ Asunto C-9/56, *Meroni* [1958], ECR. p. 133, 140; Asunto C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique* [1956], ECR 293, 300: “Tal argumento es, de hecho, aceptable solo en última instancia cuando ninguna otra interpretación parece ser adecuada o compatible con el texto, el contexto y sus objetivos”.

⁶⁹ *Van Gend en Loos* [1963].

⁷⁰ *Grad* [1970], párr. 5; *Van Duyn* [1974], párr. 12; *Ratti* [1979], párr. 19

⁷¹ *Faccini Dori* [1994], párr. 24

⁷² “*Cassis de Dijon*” [1979], párr. 8.

2.10. Argumentos teleológicos referidos al propósito del texto

En las sentencias analizadas, el argumento teleológico fue usado en nada menos que en 27 casos, imponiéndose así como el argumento más usado en la Muestra. Este hallazgo no es sorprendente. Aunque en el derecho de la UE no existe una teoría generalmente aceptada sobre el peso relativo de los argumentos, la interpretación teleológica disfruta de un historial distinguido y de una posición particularmente sólida ante el Tribunal. Es indicativo a este respecto que el “espíritu”, es decir, la argumentación teleológica, ocupa el primer lugar en la lista de métodos interpretativos formulados en *Van Gend en Loos* (“es necesario considerar el espíritu, el esquema general y el texto de dichas disposiciones”⁷³). El Tribunal es bien conocido por haber adoptado el método teleológico y su sello distintivo es interpretar los Tratados de la manera que mejor se ajuste a sus objetivos generales. Si bien puede ser cierto que en la actividad cotidiana del Tribunal el recurso a la interpretación teleológica es mucho menos frecuente de lo que estamos acostumbrados a pensar, no se puede negar, sin embargo, que la interpretación teleológica es bastante importante en aquellas sentencias que “son ‘famosas’ y que se mencionan continuamente en la literatura” (Neergaard y Nielsen, 2011, p. 122). Varios jueces del Tribunal han explicado y justificado ese método en numerosos trabajos y artículos académicos, en los que afirman que la forma más adecuada de desempeñar su cargo es contribuir al logro de los fines de la Comunidad, teniéndolos en cuenta al interpretar las disposiciones de textura abierta y al colmar las lagunas de los Tratados.⁷⁴

Particularmente, en el caso de los Tratados de la UE, a menudo es imposible distinguir claramente entre la argumentación teleológica y la interpretación sistemática (“argumentos armonizadores internos”). Los Tratados de la UE están imbuidos de teleología de arriba a abajo, ya que son funcionales a un proyecto de transformación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (“una unión cada vez más estrecha

⁷³ *Van Gend en Loos* [1963], 12.

⁷⁴ Pescatore (1972); Kutscher (1976, 1977); Lecourt (1976, p. 235 y ss.); Mancini y Keeling (1994, p. 186); Maduro (2007).

entre los pueblos de Europa”, como se afirma en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea); están “diseñados en términos funcionales” y están “estructurados con miras a la consecución por parte de la Comunidad de los distintos objetivos” que allí se establecen.⁷⁵ La interpretación sistemática tiene por objeto lograr la coherencia y la consistencia entre las reglas del sistema; si estas reglas establecen metas y objetivos de política, entonces la interpretación sistemática implica e incluye la argumentación teleológica.

La distinción entre argumentación teleológica e interpretación sistemática se desdibuja, por lo tanto, en aquellos casos en los que el Tribunal asume que una disposición debe interpretarse de manera coherente con los fines y propósitos establecidos por el Tratado. Por ejemplo, el Tribunal sostuvo que “el objetivo del Tratado CEE, que es establecer un mercado común, cuyo funcionamiento afecta directamente a las partes interesadas de la Comunidad, implica que este Tratado es más que un acuerdo que se limita a crear obligaciones entre los Estados Contratantes”,⁷⁶ y sostuvo que “[d]ado que la Comunidad no solo tiene un fin económico sino también social, los derechos creados por el Tratado sobre la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales deben equilibrarse con los objetivos perseguidos por la política social”.⁷⁷ Aquí la interpretación teleológica y la construcción sistemática son indistinguibles.

La distinción es más clara cuando el Tribunal toma en consideración las consecuencias prácticas de la decisión interpretativa, que a su vez determina a la luz de los objetivos de la Comunidad y de los principios de eficacia y aplicación uniforme del derecho comunitario. Este es un tipo especial de interpretación teleológica: el objetivo rector es la eficacia de la disposición que el Tribunal está a punto de interpretar, o de otras disposiciones del Tratado, y por lo tanto el Tribunal examina las consecuencias extrasistemáticas previsibles de su decisión. Por ejemplo, el Tribunal sostuvo que “[l]a fuerza ejecutiva del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro en deferencia a las leyes nacionales posteriores, pues ello

⁷⁵ Lenaerts (2007). Véase, por ejemplo, Pescatore (1972) e Itzcovich (2006, p. 93 y ss.) para numerosas referencias a la primera producción académica sobre la Comunidad Europea.

⁷⁶ *Van Gend en Loos* [1963], 12.

⁷⁷ *Viking* [2007], párr. 79; *Laval* [2007], párr. 105.

pone en peligro la consecución de los objetivos del Tratado”.⁷⁸ Sostuvo que “[e]n particular en los casos en que las autoridades comunitarias mediante una decisión han impuesto la obligación de actuar de cierta manera, la eficacia (*l’effet utile*) de tal medida se vería debilitada si los nacionales de ese Estado no pudieran invocarla ante los tribunales y los tribunales nacionales no pudieran tomarla en consideración como parte del derecho comunitario”.⁷⁹ El Tribunal sostuvo que “la separación del señor y la señora Carpenter sería perjudicial para su vida familiar y, por ende, para las condiciones en las que el señor Carpenter ejerce una libertad fundamental [la libertad de prestación de servicios]”.⁸⁰

Los objetivos que pueden formar parte del argumento teleológico varían desde objetivos más o menos determinados establecidos en determinadas disposiciones del Tratado o conjunto de disposiciones (por ejemplo, la libre circulación de trabajadores, el principio de igualdad de remuneración, el objetivo de establecimiento de un mercado común) hasta principios generales más abstractos e indeterminados como el “objetivo social de la Comunidad”, la eficacia del derecho comunitario, su aplicación uniforme, el objetivo de garantizar una tutela judicial efectiva, etc. A veces, el objetivo que guía el razonamiento teleológico del Tribunal es totalmente indeterminado y sin nombre (por ejemplo, “el espíritu del Tratado”, “los objetivos del Tratado”, “las obligaciones contraídas en virtud del Tratado”, “el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad”).

2.11. Argumentos teleológicos que hace referencia a la finalidad del constituyente

Las referencias al preámbulo de los Tratados (“que se refiere no sólo a los gobiernos sino a los pueblos”⁸¹) no pueden ser consideradas en modo alguno como instancias de razonamiento teleológico subjetivo, porque

⁷⁸ *Costa* [1964], 594.

⁷⁹ *Grad* [1970], párr. 5; *Simmmenthal* [1978], párr. 18: “... equivaldría a la correspondiente denegación de efectividad a obligaciones asumidas incondicionalmente”.

⁸⁰ *Carpenter* [2002], párr. 39.

⁸¹ Asunto C-26/62, *Van Gend en Loos* [1963] ECR. p. 1.

están esencialmente destinadas a reforzar la argumentación teleológica objetiva dotando al Tribunal de metas vitalizantes y perspectivas brillantes sobre los desarrollos futuros y la profunda *razón de ser* de la Comunidad. El Tribunal no está para nada interesado en lo que tenían en mente los redactores. Por lo tanto, encontramos un solo caso en el que tal vez sea posible sostener que el Tribunal se ha referido a las intenciones subjetivas de los redactores del Tratado, aunque el punto es incierto y abierto a diferentes interpretaciones.⁸²

De hecho, el TJUE siempre ha negado cualquier fuerza vinculante o incluso persuasiva a las intenciones originales de (los representantes de) las Partes Contratantes.⁸³ La razón, dada públicamente, es que el Tribunal no puede basarse en documentos que no han sido publicados y que, por lo tanto, no son accesibles al público en general.⁸⁴ Sin embargo, es probable que la consideración rectora sea que el Tribunal no quiere atar los desarrollos futuros del derecho de la UE a las intenciones pasadas de los representantes de las Partes Contratantes. Además, los tratados internacionales no suelen ser interpretados recurriendo a las intenciones originales de los representantes de los Estados. La Convención de Viena sobre el Derecho

⁸² *Pupino* [2005], párr. 36. El argumento también podría calificarse de interpretación armonizadora y/o razonamiento teleológico objetivo: “Con independencia del grado de integración previsto por el Tratado de Amsterdam..., es perfectamente comprensible que los autores del Tratado de la Unión Europea hayan considerado útil prever, en el marco del Título VI de dicho Tratado, el recurso a instrumentos jurídicos [decisiones marco] con efectos similares a los previstos por el Tratado CE, a fin de contribuir eficazmente a la consecución de los objetivos de la Unión”.

⁸³ Por ejemplo, en el Asunto C-6/60, *Humblet* [1960] 559, 575: “Las opiniones de los gobiernos expresadas durante los debates parlamentarios sobre el Tratado CECA no tocan esta cuestión”.

⁸⁴ Esta justificación puede deducirse de los casos que se ocuparon de la legislación derivada de la CE: Asunto C-15/60, *Simon* 1961 ECR 225: “A falta de documentos de trabajo que expresen claramente la intención de los redactores de una disposición, el Tribunal solo puede basarse en el alcance del texto tal cual se presenta y darle un significado basado en una interpretación literal y lógica”; *Antonissen* [1991], párr. 18: “tal declaración [una declaración registrada en las actas del Consejo en el momento de la adopción de una disposición de derecho derivado] no puede utilizarse para interpretar una disposición de derecho derivado cuando, como en este caso, no se hace referencia al contenido de la declaración en la redacción de la disposición en cuestión. Por lo tanto, la declaración no tiene ninguna relevancia jurídica”. Véanse también los asuntos acumulados C-283/94, C291/94 y C-292/94, *Denkavit* 1996 ECR I-5063.

de los Tratados establece un criterio diferente de interpretación subjetiva (artículo 31.3), que, sin embargo, el Tribunal tampoco sigue: el Tribunal no se refiere a los acuerdos posteriores entre las partes ni a su práctica posterior en la aplicación del tratado.

Por lo tanto, los criterios subjetivos de interpretación de los tratados están casi totalmente ausentes del razonamiento jurídico del Tribunal. Debido a las cada vez más frecuentes revisiones de los Tratados, es probable que las cosas cambien en un futuro próximo.⁸⁵ Después de todo, a partir del Acta Única Europea de 1987, los *travaux préparatoires* de los tratados europeos están a disposición del público de forma regular y extensa. Sin embargo, el Tribunal aún se muestra reacio a usarlos: por el momento, podemos concluir que los Tratados se interpretan como una constitución sin constituyentes, o como un tratado internacional sin partes.

2.12. Argumentos no jurídicos

No encontramos ningún argumento no jurídico (moral, sociológico, económico) en la Muestra. Sin embargo, encontramos algunos casos en los que el Tribunal desestimó un argumento no legal. Ello no se debió a que el argumento fuera infundado o sustancialmente erróneo, lo que contaría como una instancia (negativa) de argumentación no legal y, como tal, habría sido registrado en la investigación. Se debió en cambio a que no era pertinente al caso y/o era *per se* irrelevante. En *Grogan*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que “Cualesquiera que sean los méritos de esos argumentos [contra el aborto] en el plano moral, no pueden influir en la respuesta a la primera pregunta del tribunal nacional. No corresponde al Tribunal sus-

⁸⁵ (Dann, 2005, p. 1463) señala que “la opinión generalizada según la cual la interpretación histórica es inadmisibles en el derecho de la Unión debido a la falta de publicación de los *travaux préparatoires* se ha vuelto inválida desde que comenzaron a publicarse”. Véase, por ejemplo, Asunto C-370/12, *Pringle* [2012], aún no publicado, párr. 135: “De los trabajos preparatorios relativos al Tratado de Maastricht se desprende que el objetivo del artículo 125 TFUE es garantizar que los Estados miembros sigan una política presupuestaria sólida”.

tituir la valoración hecha por el legislador en aquellos Estados miembros donde esas actividades se practiquen legalmente”.⁸⁶

Además, en varias ocasiones el TJUE hizo profesión explícita del positivismo jurídico y se refirió a una doctrina que podría denominarse *dura lex sed lex*. En *Defrenne*, en *Bosman* y en varios otros casos no incluidos en la Muestra, el Tribunal sostuvo que “[a]unque las consecuencias prácticas de cualquier decisión judicial deben tomarse cuidadosamente en cuenta, sería imposible llegar al extremo de disminuir la objetividad de la ley y poner en riesgo su futura aplicación en razón de las posibles repercusiones que, respecto del pasado, pudieran derivarse de tal decisión”⁸⁷. En otros casos, el mismo punto se expresó incluso con mayor claridad: “si bien, ... [el asunto del caso] es un tema social muy sensible en muchos Estados miembros, marcados por sus múltiples tradiciones y sistemas de valores, el Tribunal no está llamado ... a abordar cuestiones de carácter médico o ético, sino que debe limitarse a una interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes”⁸⁸. En un caso sobre los OMG, el TJUE afirmó que la moralidad social es irrelevante a efectos de justificar la infracción de la legislación de la CE, ya que “un Estado miembro no puede apoyarse de esa manera en los puntos de vista de un sector de la opinión pública con la finalidad de impugnar unilateralmente una medida de armonización adoptada por las instituciones comunitarias”⁸⁹.

⁸⁶ *Grogan* [1991], párr. 20.

⁸⁷ *Defrenne II* [1976], párr. 71; *Bosman* [1995], párr. 77; Asunto C-437/97, *Evangelischer Krankenhaussverein Wien and Wein & Co* [2000] ECR. p. I-1157, párr. 57. Otras referencias incluyen el asunto C-69/80, *Worringham and Humphreys v Lloyds* [1981], ECR 767, párr. 31; Asunto 24/86, *Blaizot v Universidad de Lieja y otros* [1988] ECR 379, párr. 30; Asunto C-163/90, *Administration des Douanes et Droits Indirects / Legros y otros* [1992] ECR. p. I-4625, párr. 30; Asuntos acumulados C-177 y 181/99, *Ampafrance y Sanofi* [2000], ECR. p. I-7013, párr. 66; Asunto C-228/05, *Stradasfalti* [2006], ECR. I - 8391, párr. 72.

⁸⁸ Asunto C-506/06, *Mayr* [2008], ECR. p. I-1017, párr. 38; Asunto C-34/10, *Brüstle v Greenpeace* [2011], ECR. p. I-9821, párr. 30. Véase también el asunto C-1/96, *Compassion in World Farming* [1998] ECR. p. I-1251, párr. 67. Véase también el asunto C-1/96, *Compassion in World Farming* [1998] ECR. p. I-1251, párr. 67; Asunto C-92/71, *Interfood GmbH v Hauptzollamt Hamburg Ericus* [1972] ECR. p. 231, párr. 5: “Por insatisfactoria que sea en la práctica... no corresponde al Tribunal remediar esta situación, modificando, a modo de interpretación, el contenido de las disposiciones aplicables a uno u otro caso”.

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 56. Cfr. Asunto C-1/96 *Compassion in World Farming* [1998] ECR. p. I-1251, párr. 67: “En cualquier caso, un Estado miembro no puede confiar en las opiniones o el

Es interesante notar, sin embargo, que el Tribunal insiste en el principio *dura lex sed lex* en dos tipos de ocasiones: para rechazar argumentos no jurídicos basados en consideraciones de equidad, económicas y/o pragmáticas; para aceptar tales argumentos no jurídicos introduciendo una excepción al principio *dura lex sed lex*, como una limitación al efecto temporal de su decisión. Así, en *Defrenne*, en *Bosman* e incluso en *Barber* y en otros casos no incluidos en la Muestra, el Tribunal afirmó que “se podrá, excepcionalmente, teniendo en cuenta las graves consecuencias que la decisión pueda tener respecto de hechos pasados, restringir la posibilidad de que todas las personas involucradas puedan apoyarse en la interpretación que el Tribunal, en un procedimiento de remisión prejudicial, haya dado a una disposición”.⁹⁰

En este último tipo de casos, cuando el Tribunal limita los efectos temporales de sus decisiones en razón de las consecuencias prácticas que implicarían, se puede argumentar que está acudiendo a un razonamiento moral explícito (es decir, no jurídico).⁹¹ Sin embargo, cabe señalar que el Tribunal siempre menciona el principio de seguridad jurídica –que es, por supuesto, un principio jurídico– como fundamento de dicha limitación: “consideraciones importantes de seguridad jurídica que afectan a todos los intereses involucrados, tanto públicos como privados, impiden en principio reabrir la cuestión respecto del pasado”.⁹² Por lo tanto, es todavía discutible si en la actualidad el razonamiento jurídico practicado por el Tribunal hace espacio argumentos que son explícitamente de naturaleza no jurídica.

Puede resultar especialmente difícil distinguir los argumentos no jurídicos de los basados en principios implícitos, es decir, principios que no se mencionan en el texto del Tratado pero que son construidos por la doctrina jurídica y la jurisprudencia. Por ejemplo, en *Faccini Dori*, el Tribunal

comportamiento de un sector de la opinión pública nacional ... para impugnar unilateralmente una medida de armonización adoptada por las instituciones comunitarias”.

⁹⁰ Asunto C-262/88, *Barber* [1990] ECR. p. I-1889, párr. 41. Expresiones análogas en *Defrenne II* [1976], párr. 72; *Bosman* [1995], párr. 142.

⁹¹ Por ejemplo, según Hartley, en *Defrenne II* el TJCE reconoció implícita pero claramente la “naturaleza legislativa” de una sentencia fundamentalmente motivada por “las graves consecuencias económicas que de otro modo se habrían producido” (1999, pp. 41-42).

⁹² *Defrenne II* [1976], párr. 74. Véase análogamente *Barber* [1990] ECR I-1889, párr. 44, y *Bosman* [1995], párr. 144 (“consideraciones primordiales de seguridad jurídica”).

sostuvo que “sería inaceptable que un Estado, cuando el legislador comunitario le exige que adopte determinadas normas..., pudiera invocar su propio incumplimiento de esas obligaciones para privar a los particulares de los beneficios de esos derechos.”⁹³ Si esa oración se interpretara en el sentido de que es “moralmente” inaceptable que un Estado se base en su propia violación del derecho comunitario para privar a los individuos de sus derechos, entonces la oración sería un caso de argumento no jurídico; si se interpretara en el sentido de que es “jurídicamente” inaceptable, entonces el Tribunal se estaría basando en un principio implícito del derecho comunitario, una especie de doctrina implícita de “*estoppel*” que impediría a los Estados miembros beneficiarse de su propia violación del derecho comunitario. Ambas interpretaciones son plausibles, y la distinción entre argumentos no jurídicos y principios implícitos parece depender, por lo tanto, no de ciertas características estructurales distintivas de las razones proporcionadas por el Tribunal, sino de la interpretación de los materiales jurídicos que estamos dispuestos a aceptar: la distinción entre lo que está implícito en el derecho y lo que es externo al derecho es una cuestión de interpretación (normativa) y, por lo tanto, no puede simplemente describirse como si fuera una cuestión de hecho.

2.13. Referencias a trabajos académicos

El TJUE no hace referencia a trabajos académicos. Sin embargo, si definimos “trabajos académicos” en un sentido muy amplio, incluyendo todas las interpretaciones no autoritativas y opiniones jurídicas que explícitamente son tenidas en cuenta por el Tribunal, entonces debe considerarse como tal la referencia a la interpretación proporcionada por el legislador comunitario en *Antonissen*. El Tribunal argumentó que el artículo 48 CEE (libertad de circulación) no comprende únicamente el derecho a aceptar ofertas de trabajo efectivamente realizadas y a circular por el territorio de los Estados miembros con ese fin, como sugiere el tenor literal de la disposición, sino que incluye también el derecho a circular y a permanecer para buscar

⁹³ *Faccini Dori* [1994], párr. 23

empleo. A tal fin, el Tribunal sostuvo que “esa interpretación del Tratado corresponde a la del legislador comunitario, tal como se desprende de las disposiciones adoptadas para aplicar el principio de libre circulación”.⁹⁴

2.15. Referencias al derecho extranjero

En el contexto del razonamiento jurídico del TJUE, “derecho extranjero” es principalmente el derecho de los Estados miembros. Sin embargo, desde *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] “el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del derecho protegidos por el Tribunal”, y “la protección de tales derechos [se] inspira en las tradiciones constitucionales compartidas por los Estados miembros”.⁹⁵ Así, si se examina más de cerca, se podría argumentar que el derecho de los Estados miembros no es en absoluto extranjero: es parte constitutiva del derecho comunitario. El Derecho comunitario mantiene una relación osmótica con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal es el “guardián” de esa ósmosis.

En cualquier caso, encontramos 13 referencias al derecho de los Estados miembros, y la gran mayoría de ellas son citas mecánicas de la fórmula de *Internationale Handelsgesellschaft*. Gracias al puente que permiten tender las “tradiciones constitucionales compartidas”, el TJUE ha aceptado como principios generales del derecho comunitario la función social del derecho de propiedad⁹⁶, la libertad de expresión,⁹⁷ el principio de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y de los Estados miembros por pérdidas y daños causados a las personas,⁹⁸ el derecho a un juicio justo,⁹⁹ el principio de no discriminación por motivos de edad,¹⁰⁰ el principio *nullum crimen*,

⁹⁴ *Antonissen* [1991], párrafo 14.

⁹⁵ *Internationale Handelsgesellschaft* [1970], párr. 4.

⁹⁶ *Hauer* [1979], párr. 20. Con respecto al derecho de propiedad, véase también *Wachauf* [1989], parr. 17-18.

⁹⁷ *ERT* [1991], párr. 41.

⁹⁸ *Brasserie du Pêcheur* [1996], parr. 27-32; *Köbler* [2003], párr. 48 (aplicación del principio de responsabilidad del Estado frente a las decisiones judiciales).

⁹⁹ *Pupino* [2005], párr. 58-59.

¹⁰⁰ *Mangold* [2005], párr. 74-75.

nulla poena sine lege,¹⁰¹ el derecho a emprender acciones colectivas¹⁰² y el derecho a ser oído y el derecho a la revisión judicial efectiva.¹⁰³

Hauer es el único caso en el que el Tribunal no se limita a declarar que una determinada norma proviene de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros y realiza, en cambio, una comparación explícita. En ese caso, para demostrar que las normas y prácticas seguidas por los nueve Estados miembros de la CEE permiten al legislador controlar el uso de la propiedad privada de acuerdo con el interés general, el TJUE hace referencia a la *Grundgesetz alemana*, a las constituciones italiana e irlandesa, y a las “numerosas medidas legislativas” que en todos los Estados miembros “han dado expresión concreta a esa función social del derecho a la propiedad”.¹⁰⁴ Aparte de *Hauer* y quizás *Köbler*,¹⁰⁵ en ninguna otra sentencia de la Muestra el TJUE ha empleado argumentos basados en el derecho comparado.

3. Conceptos clave

3.1. Forma de Estado, forma de gobierno, federalismo, democracia

Evidentemente, en ninguna de las 40 sentencias hemos encontrado una referencia a la “forma de Estado” (monarquía o república) ni a la “forma de gobierno” (parlamentario o presidencial). Estos conceptos difícilmente puedan aplicarse a la CE/UE y probablemente no haya ninguna referencia significativa a ellos en toda la jurisprudencia del TJUE. Ni siquiera hemos encontrado referencias a conceptos análogos que, en la teoría política y en los estudios jurídicos, han sido usados para expresar algunas características

¹⁰¹ *Advocaten voor de Wereld* [2007], párr. 49.

¹⁰² *Laval* [2007], párr. 90; *Viking* [2007], párr. 43 (teniendo en cuenta “diversos instrumentos internacionales que los Estados miembros han firmado o en los que han cooperado”).

¹⁰³ *Kadi* [2008], párr. 283.

¹⁰⁴ *Hauer* [1979], párr. 20.

¹⁰⁵ En *Köbler* [2003], párr. 48 (“la aplicación del principio de responsabilidad del Estado por las decisiones judiciales ha sido aceptada de una forma u otra por la mayoría de los Estados miembros, como señaló el Abogado General en los apartados 77 a 82 de sus conclusiones”).

distintivas de la UE o algunas expectativas normativas relacionadas con la UE. Nociones que son de actualidad en el debate teórico como “gobernanza multinivel”, “constitución mixta”, “Commonwealth Europea”, “asociación de estados”, o incluso la perenne y muy abusada noción de la naturaleza “sui generis” de la Comunidad.

No obstante, consideramos que el “federalismo” fue mencionado en una sentencia en la que el Tribunal rechazó un argumento del Gobierno alemán basado en el principio de subsidiariedad.¹⁰⁶ No hemos considerado como mención al “federalismo” aquellas sentencias en las que el Tribunal hace referencia al principio de leal cooperación basado en el artículo 4.3 TUE (antiguo artículo 5 TCE), aunque es interesante señalar que la etiqueta “leal cooperación”, que obviamente es un calco del concepto alemán de *Bundestreue*, aparece por primera vez en 1991¹⁰⁷ y, dentro de la Muestra, es empleado en *Pupino* (2005).¹⁰⁸ Con anterioridad a esa sentencia, el Tribunal había utilizado la expresión “principio de cooperación”¹⁰⁹ u “obligación de cooperar”¹¹⁰, o simplemente había citado el texto del artículo 5 TCE (“Los Estados miembros tomarán todas las medidas apropiadas... para asegurar el cumplimiento de las obligaciones...”), sin añadir ningún “condimento federalista” a esa fórmula.¹¹¹

El TJUE tiende a abstenerse de recurrir a conceptos que se refieren a la CE/UE como autoridad política. En términos generales, no encontramos ninguna referencia a conceptos que se refieran a la CE/UE como una comunidad política por derecho propio, mientras que no faltan referencias a conceptos que se relacionan con la Comunidad como ordenamiento jurídico autónomo. Es revelador, en este sentido, que en la Muestra solo hay un caso en el que el Tribunal mencionó el principio democrático y lo

¹⁰⁶ *Bosman* [1995], párr. 81.

¹⁰⁷ Asunto C-374/89, *Comisión/Bélgica* [1991] ECR. p. I-367, párr. 15. A partir del asunto C-275/00, *First y Franex* [2002] ECR. p. I-10943, párr. 34, el Tribunal comenzó a utilizar con mayor frecuencia la expresión “cooperación leal”.

¹⁰⁸ *Pupino* [2005], párr. 42.

¹⁰⁹ La expresión se utilizó por primera vez en el asunto C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz* [1976] ECR. p. 1989, párr. 5. Véase también *Factortame* [1990], párr. 19.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 39.

¹¹¹ Véase, por ejemplo, *Franovich* [1991], párr. 36.

hizo de pasada, en un *obiter dictum* que fue totalmente irrelevante para la decisión del caso.¹¹²

Es cierto que, a partir de las “sentencias Isoglucosa” de 1980,¹¹³ el Tribunal ha defendido con frecuencia las prerrogativas del Parlamento sobre la base de lo que llama “el principio democrático fundamental de que los pueblos deben participar en el ejercicio del poder a través de la intermediación de una asamblea representativa”.¹¹⁴ La participación del Parlamento en el proceso legislativo constituye, según el TJUE, “una formalidad esencial cuyo incumplimiento implica la nulidad del acto en cuestión”.¹¹⁵ Recientemente, el Tribunal incluso se ha referido a la “importancia del papel del Parlamento en el proceso legislativo comunitario”.¹¹⁶

Sin embargo, la apelación al principio democrático corre el riesgo de generar divisiones en el contexto de la UE y, en consecuencia, no servir adecuadamente para fortalecer el papel constitucional del parlamento europeo. No está nada claro donde reside la democracia entre las instituciones de la UE: si en la institución representativa del Parlamento Europeo, o en las instituciones intergubernamentales del Consejo de la UE y el Consejo Europeo, o en el control indirecto ejercido por los parlamentos nacionales y por otras autoridades nacionales, o en organismos técnicos como la Comisión Europea, el TJUE y el Banco Central Europeo que conferirían a la UE una “legitimidad de resultado”. A nivel de la UE, ninguna institución puede reclamar el monopolio de la legitimidad democrática y, por lo tanto, en la jurisprudencia del TJUE, las referencias a la legitimidad democrática constituyen poco más que una decoración retórica.

¹¹² *Kadi* [2008], párr. 303.

¹¹³ Asunto C-138/79, *Roquette Frères v Council* [1980] ECR. p. 3333, párr. 33 y Asunto C-139/79, *Maizena v Council* [1980] ECR. p. 3393, párr. 34.

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, el asunto C-300/89, *Commission v Council* [1991] ECR. p. I-2867, párr. 20; Asunto C-130/10, *Parliament v Council* [2012], pendiente de publicación, párr. 81.

¹¹⁵ Asunto C-139/79, *Maizena v Council* [1980] ECR. p. 3393, párr. 34.

¹¹⁶ Asunto C-155/07, *Parliament v Council* [2008] ECR. p. I-8103.

3.2. Soberanía y Nación

Lo que acabamos de decir sobre la dificultad del TJUE para emplear conceptos que implican o se refieren a la naturaleza política de la CE/UE y que, por lo tanto, pueden tener un efecto divisorio en el contexto de la Comunidad se aplica también al concepto de soberanía (política) y a los conceptos de nación y supranacional.

Con respecto a la soberanía, se puede decir con seguridad que el TJUE es muy consciente del entorno político en el que opera y que toma en consideración la dimensión política de la soberanía de los Estados miembros: la prominencia de los intereses e identidades nacionales involucrados en las controversias que llegan ante el Tribunal y la autonomía de las autoridades políticas nacionales. Ocasionalmente, tal deferencia a la soberanía nacional se ha abierto camino en el razonamiento jurídico explícito del Tribunal por medio de la doctrina del margen de apreciación (formulada de modo bastante rudimentario, en comparación con la jurisprudencia del TEDH)¹¹⁷. El Tribunal ha reconocido que “dependiendo de las circunstancias, las autoridades nacionales competentes tienen un cierto grado de discrecionalidad a la hora de adoptar las medidas que consideran necesarias para garantizar la seguridad pública en un Estado miembro”,¹¹⁸ y ha empleado el concepto de *marge d’appréciation* para mostrar respeto por la soberanía política de los Estados miembros en áreas tales como la política pública,¹¹⁹ las exigencias de la moral pública,¹²⁰ el nivel de protección de la salud pública¹²¹ y el con-

¹¹⁷ Sobre la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia del TJCE, véase Shany (2006, p. 927 y ss.); Sweeney (2007); Gerards (2011, p. 89 y ss.), analizando los factores que determinan la intensidad de la revisión de las medidas nacionales por parte del TJUE y abogando por la adopción de una doctrina del margen de apreciación explícita y coherente por parte del TJUE.

¹¹⁸ *Leifer y otros*, C-83/94, ECR. p. I-3231, apartado 35; Asunto C-273/97, *Sirdar v The Army Board & Secretary of State for Defense* [1999] ECR 7403, párr. 27; Asunto C-285/98, *Tanja Kreil c. Alemania*, [2000] ECR. p. I-69, párr. 24

¹¹⁹ *Van Duyn*, párr. 18; Asunto C-30/77, *Regina v Pierre Bouchereau* [1977] ECR. 1999, párr. 34; Asunto C36/02, *Omega* [2004] ECR. p. I-9609, párr. 31

¹²⁰ Asunto C-34/79, *R v Henn & Darby* [1979] ECR 3795, párr. 15.

¹²¹ Asunto C-141/07 *Commission v Germany* [2008] ECR I-6935, párr. 51; Asunto C-84/11, *Susisalo and Others* [2012], aún no publicado, párr. 28. Para esta línea de razonamiento, véase ya el asunto C-322/01 *Deutscher Apothekerverband* [2003] ECR. p. I-14887, párr. 103.

tenido de los derechos fundamentales.¹²² En *Van Duyn* (1974), por ejemplo, el Tribunal sostuvo que “las circunstancias particulares que justifican el recurso al concepto de política pública pueden variar de un país a otro y de un período a otro, por lo que en esta materia es necesario permitir a las autoridades nacionales competentes un margen de discrecionalidad dentro de los límites impuestos por el Tratado”.¹²³

No obstante, el concepto de soberanía como tal no juega un papel determinante en el razonamiento jurídico del TJUE, lo demuestra el hecho de que hemos encontrado solo tres referencias a este concepto en la Muestra. Esto probablemente depende de la naturaleza intrínsecamente polémica del concepto de soberanía: la pregunta “¿quién es (todavía) soberano en la UE?” ha producido un creciente número de investigaciones académicas, pero no es el tipo de pregunta que puede abordarse y resolverse fácilmente *ex cathedra* dentro de los límites de un proceso legal. Que el TJUE declarara el carácter soberano de la Comunidad sería tan inútil y contraproducente como lo sería también declarar el abandono definitivo de su soberanía por parte de los Estados miembros. Declaraciones de este tipo suscitarían una dura controversia y, de todos modos, no contribuirían a la fuerza persuasiva de la sentencia.

Así, si bien la retórica de la limitación de la soberanía de los Estados miembros aparece en algunas sentencias fundacionales de los años 60 y principios de los 70,¹²⁴ pronto tiende a desaparecer de la jurisprudencia del TJUE. En la Muestra la encontramos únicamente en *Van Gend en Loos* (1963), en *Costa* (1964) y en el Dictamen 1/91 sobre la incompatibilidad del Espacio Económico Europeo (EEE) con el derecho comunitario: “la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico de derecho internacional en cuyo beneficio los estados han limitado sus derechos soberanos”.¹²⁵

¹²² Véase, por ejemplo, el asunto C-112/00, *Schmidberger* [2003] ECR. p. I-5659, párr. 82.

¹²³ *Van Duyn* [1974], párr. 18.

¹²⁴ *Van Gend en Loos* [1963], 12; *Costa* [1964], 593. Véase también el asunto C-17/67, *Neumann* [1967] ECR. p. 441, 453; Asunto C-28/67, *Molkerei* [1968] ECR. p. 143, 152; Asunto C-48/71, *Comisión contra Italia* [1972], ECR 529, párr. 9.

¹²⁵ *Van Gend en Loos* [1963], 12; *Costa* [1964], 593: “una Comunidad... que tiene... poderes reales derivados de una limitación de soberanía o una transferencia de poderes de los Estados a la Comunidad”, “los Estados miembros han limitado sus derechos soberanos, aunque dentro de ámbitos limitados”. Véase también Opinión 1/91 [1991], párr. 21, y Opinión 1/09

Incluso en estas sentencias, está claro que el TJUE está utilizando la palabra “soberanía” en un sentido bastante amplio y genérico, como sinónimo de un conjunto de competencias y poderes que los Estados son libres de ceder y transferir a la Comunidad.

Cuando el Tribunal pretendió establecer el principio de que el derecho comunitario no deriva su fuerza vinculante del derecho de los Estados miembros y no está subordinado a sus constituciones y leyes (el que sería el concepto jurídico de soberanía, en contraposición al concepto político), razonó en términos de *primauté* (primacía, supremacía) del derecho de la CE y “autonomía” del ordenamiento jurídico de la CE, y evitó cuidadosamente el vocabulario de la soberanía. Por lo tanto, hemos considerado estos conceptos como corolarios del concepto de Estado de derecho (ver más abajo) en lugar de instancias del concepto de soberanía: mantener que *Kadi* gira en torno a la soberanía de la UE habría sido demasiado enfático, extravagante y confuso, mientras que es adecuado decir que la cuestión en juego, bajo la etiqueta “autonomía del derecho comunitario”, era el respeto del Estado de derecho.

Similares consideraciones se aplican al concepto de nación y al neologismo típicamente europeo de “supranacional”. Dada su naturaleza potencialmente divisiva, estos conceptos no se utilizan con frecuencia en el razonamiento jurídico del TJUE.¹²⁶ No se encuentran mencionados en la Muestra. La única excepción es *Bosman* (1995), donde encontramos una ejemplificación negativa del concepto de nación por parte del Tribunal para desestimar el argumento de que las “cláusulas de nacionalidad” (reglas que restringen la posibilidad de incluir jugadores extranjeros en un partido) estaban justificadas por motivos no económicos: según el Tribunal,

[2011] ECR I-0000, párr. 65, citando ambas a *Van Gend en Loos* y añadiendo la segunda “poseer instituciones propias” a la fórmula “un nuevo orden jurídico... en beneficio del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos”. El concepto es ocasionalmente empleado por el TG.

¹²⁶ Para un caso –no incluido en la Muestra– que trata del concepto de identidad nacional ex artículo 4(2) TUE, véase el asunto C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* [2010] ECR. p. I-13693, párr. 83. Véase también el asunto C-473/93, *Comisión / Luxemburgo* (1996, Rec. p. I-3207), párr. 35; Asunto C-51/08, *Comisión/Luxemburgo* [2011] Rec. p. I-4231, párr. 124; Caso C-202/11, *Las* [2013] aún no publicado, párr. 26-27 (preservación de la identidad nacional como fin legítimo de la política nacional).

no hay nada cualitativamente distinto en el tipo de pertenencia y vínculo que implica el concepto de nacionalidad, ya que “los vínculos de un club de fútbol con el Estado miembro en el que está establecido no pueden considerarse más inherentes a su actividad deportiva que sus vínculos con su localidad, pueblo, región”.¹²⁷

Se puede argumentar que el tipo de razones expresadas por el concepto de nación ya están incluidas, al menos parcialmente, en la noción de margen de apreciación antes mencionada y en otras herramientas que permiten al Tribunal mostrar deferencia por los valores e identidades nacionales. A veces, el Tribunal acepta que los principios del derecho constitucional nacional constituyen un motivo suficiente para restringir libertades que son fundamentales en virtud del derecho de la UE, pero normalmente evita hacer referencia al concepto de identidad nacional como justificación. El Tribunal ha reconocido que “la preservación de las identidades nacionales de los Estados miembros es un fin legítimo, respetado por el ordenamiento jurídico comunitario”,¹²⁸ pero solo se ha referido a ese concepto en contadas ocasiones y siempre de pasada.¹²⁹

El concepto supranacional es aún menos relevante, si es que lo es. La palabra “supranacional” fue eliminada del texto del Tratado CECA por el Tratado de Fusión de 1965, y es utilizada por el Tribunal muy raramente y nunca de manera enfática. El Tribunal toma prestado el concepto principalmente de los demandantes o de los órganos jurisdiccionales remitentes cuando resume sus argumentos. En este sentido, existe una notable discrepancia entre los usos lingüísticos del TJUE y los de la comunidad jurídica que lo rodea, ya que esta última utiliza a menudo el concepto de supranacionalidad, o incluso de posnacionalidad, para referirse al nuevo tipo de comunidad política instanciada por la UE.

¹²⁷ *Bosman* [1995], párr. 131.

¹²⁸ Asunto C-473/93, *Commission v Luxembourg* [1996] ECR. p. I-3207, párr. 35. Véase también el asunto C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* [2010] ECR. p. I-13693, párr. 80, para una referencia a la necesidad de equilibrar el objetivo legítimo de preservar la identidad constitucional austriaca, por un lado, y la libertad de circulación de las personas, por el otro.

¹²⁹ Véase von Bogdandy y Schill (2011, p. 1422 y ss.).

3.3. Principios jurídicos sustantivos, derechos fundamentales, igualdad y derechos procesales básicos

No hemos encontrado ninguna referencia a los conceptos de laicismo e intimidad en la Muestra y hemos encontrado solamente dos referencias al pasar del concepto de dignidad humana, ambas irrelevantes para la decisión.¹³⁰ Por otra parte, hemos encontrado cuatro referencias a la libertad de expresión, dos de las cuales fueron meros *obiter dicta*,¹³¹ otra fue sustantiva y relevante para la decisión.¹³² y la última fue relevante porque permitió al Tribunal desestimar el caso, al considerar que estaba fuera del ámbito de aplicación del Tratado y se relacionaba exclusivamente con los principios del derecho constitucional interno.¹³³

Las referencias al principio de igualdad y a los derechos procesales básicos como el derecho a la revisión judicial, el derecho a un juicio justo, los derechos de defensa y el principio de legalidad de los delitos y de las penas fueron mucho más frecuentes en la Muestra (11 y 7 respectivamente). En algunos casos fueron los principios sustantivos centrales, o uno de los principios sustantivos centrales, que la sentencia del Tribunal tomó en consideración: tuvieron fuerza operativa inmediata en la sentencia y fueron empleados, o al menos habrían podido ser empleados, para garantizar alguna libertad individual fundamental.¹³⁴ En muchos otros casos, sin embargo, el principio de no discriminación y los derechos procesales básicos (en particular, la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva) fueron utilizados por el Tribunal de Justicia ante todo para afirmar, no derechos individuales, sino ciertos principios estructurales del derecho comunitario, como el de efecto directo y el de supremacía.¹³⁵

¹³⁰ *Pupino* [2005] párr. 52; *Laval* [2007] párr. 94. Vale la pena mencionar que la noción de dignidad humana, aunque no se menciona explícitamente, es central en *Stauder* [1969].

¹³¹ *Laval* [2007], párr. 94; *Viking* [2007], párr. 46.

¹³² *ERT* [1991], párr. 44.

¹³³ *Grogan* [1991], párr. 26

¹³⁴ Véase *Defrenne II* [1976]; *Barber* [1990]; *Martínez Sala* [1998]; *Köbler* [2003]; *Pupino* [2005]; *Mangold* [2005]; *Cadi* [2008]. Véase también *Advocaten voor de Wereld* [2007].

¹³⁵ *Costa* [1964]; *Dassonville* [1974]; *Bosman* [1995]; *Viking* [2007]; *Lava* [2007].

Así, por poner solo algunos ejemplos, el TJUE sostuvo que la fuerza del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro en deferencia a las leyes internas posteriores, pues ello daría lugar a la discriminación, prohibida por el Tratado.¹³⁶ Sostuvo también que el alcance de ciertas disposiciones del Tratado no puede limitarse a los actos de las autoridades públicas (los llamados efectos directos “verticales”) pues ello implica el riesgo de que sean aplicadas de manera desigual.¹³⁷ El Tribunal sostuvo que restringir a los procedimientos de infracción las garantías contra una violación del derecho comunitario por parte de los Estados miembros “eliminaría toda tutela judicial directa de los derechos individuales de sus nacionales”,¹³⁸ y que la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva implica que los particulares han de poder obtener reparación cuando sus derechos se vean afectados por una infracción del derecho comunitario imputable a un tribunal de un Estado miembro.¹³⁹

Finalmente, en cuanto a los principios jurídicos sustantivos y los derechos fundamentales a los que se refiere el TJUE, cabe señalar el número relativamente elevado de casos que en la Muestra trataban o mencionaban nociones correlativas como la de proporcionalidad (9 sentencias¹⁴⁰) y la “real esencia” (*Wesengehalt*) de los derechos fundamentales (3 sentencias¹⁴¹). Como señaló Mattias Kumm, la jurisprudencia sobre derechos fundamentales del TJUE muestra de manera paradigmática ciertos rasgos de una idea de derechos fundamentales que es notablemente nueva y distinta de la concepción tradicional (Kumm, 2010). El surgimiento de la proporcionalidad como un “estándar constitucional global” (Stone Sweet y Mathews, 2007) implica que los derechos fundamentales dejan de ser pensados como reglas inderogables que funcionan como “ases” contra cualquier ejercicio ilegítimo de la autoridad pública y pasan a parecerse a razo-

¹³⁶ *Costa* [1964].

¹³⁷ *Bosman* [1995], párr. 84; *Viking* [2007], párr. 34.

¹³⁸ *Van Gend en Loos* [1963] ECR 1.

¹³⁹ *Köbler* [2003], párr. 33; *Traghetti del Mediterraneo* [2006], párr. 33.

¹⁴⁰ *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] parr. 12 y 16; “*Cassis de Dijon*” [1979], párr. 8; *Hauer* [1979], párr. 23; *Wachauf* [1989], párr. 18; *Bosman* [1995], párr. 104; *Mangold* [2005], párr. sesenta y cinco; *Viking* [2007], párr. 46 y 75; *Laval* [2007], párr. 101; *Kadi* [2008], párr. 355.

¹⁴¹ *Hauer* [1979], párr. 23; *Wachauf* [1989], párr. 18; *Kadi* [2008], párr. 335. Para una referencia a la “parte esencial” de las competencias comunitarias, véase la Opinión 1/91 [1991], párr. 41.

nes genéricas y derogables que el TJUE, al igual que cualquier otra autoridad, debe tener en cuenta al fallar sobre cuestiones de políticas públicas.

3.4. Estado de derecho

No sorprende que entre los conceptos clave analizados, el de Estado de derecho ocupe la posición dominante dentro de la Muestra. No menos de 14 sentencias invocaron, explícita o implícitamente, el concepto recurriendo a nociones idénticas o implícitas en el principio de Estado de derecho, como seguridad jurídica, legalidad, irretroactividad y, particularmente importante en el contexto de la Comunidad, la aplicación uniforme del derecho comunitario y la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario.

De hecho, como señala Armin von Bogdandy, la mayoría de las más importantes sentencias del TJUE que condujeron a la constitucionalización de los Tratados no pretendían implementar principios jurídicos sustantivos como los derechos fundamentales, sino que se centraban en “fomentar la integración asegurando la efectiva realización de los resultados del proceso político, es decir, de la ley primaria o secundaria” (von Bogdandy, 2000b, p. 1325). En lugar de la dignidad humana y los derechos fundamentales, en el centro de la jurisprudencia del TJUE encontramos los principios de Estado de derecho, del efecto directo y de la supremacía, de la seguridad jurídica y de la expectativa legítima, de la aplicación uniforme y de la tutela judicial efectiva. “Parece haber un desajuste entre el alcance y la profundidad de las actividades de la UE y la pequeña cantidad de casos relacionados con la afectación de derechos humanos por parte de la UE que son presentados y, todavía en menor cantidad, que tienen éxito”.¹⁴²

Esto puede demostrarse comparando las escasas y algo apagadas referencias a los derechos fundamentales con las referencias a la noción de Estado de derecho y *communauté de droit* (*Rechtsgemeinschaft*, “Comunidad basada en el estado de derecho”). Desde sus inicios, las Comunidades Europeas fueron concebidas como comunidades basadas en el Estado de

derecho para expresar la idea de que, al carecer de medios de coerción física, el cumplimiento voluntario de la legislación comunitaria es la única base para poder alcanzar sus objetivos. El Estado de derecho fue el primer principio constitucional clásico reivindicado para el derecho de la UE, y hoy en día es comúnmente considerado como uno de los principios fundamentales que legitiman el orden constitucional de la UE.¹⁴³ Desempeña un papel crucial en el fortalecimiento de la autoridad de las instituciones de la UE frente a los estados miembros.

Al respecto, el principio del Estado de derecho parece sufrir una transformación significativa cuando es aplicado a las instituciones europeas. Mientras que, en el ámbito nacional, el Estado de derecho es por lo general concebido como un principio que limita el preexistente poder coercitivo del Estado, a nivel europeo aparece como un principio que constituye y justifica la autoridad de las instituciones comunitarias.

Así, según el TJUE, el respeto del principio de Estado de derecho implica, en primer lugar, que el derecho comunitario no puede ser superado por disposiciones legales internas,¹⁴⁴ e “impone a todas las personas sujetas al derecho comunitario la obligación de reconocer que las normas tienen plena vigencia mientras no hayan sido declaradas nulas por un tribunal competente”.¹⁴⁵ La validez del derecho comunitario solo puede juzgarse a la luz de los Tratados y no puede verse afectada por su supuesta incompatibilidad con los derechos constitucionales internos¹⁴⁶ o con las normas internas relativas a la división de poderes entre autoridades constitucionales.¹⁴⁷ Los tribunales nacionales no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias¹⁴⁸: solo el TJUE puede hacerlo y, cuando sea necesario, también puede limitar temporalmente los

¹⁴³ von Bogdandy (2010, p. 28); Pech (2010, p. 362).

¹⁴⁴ *Costa* [1964].

¹⁴⁵ Asunto C-101/78, *Granaria BV v Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten* [1979] ECR. p. 623, párr. 5.

¹⁴⁶ *Internationale Handelsgesellschaft* [1970], párr. 3

¹⁴⁷ *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 33.

¹⁴⁸ *Foto-Frost* [1987], párr. 15.

efectos de sus sentencias teniendo en cuenta “consideraciones superiores de seguridad jurídica”.¹⁴⁹

En resumen, respetar el Estado de derecho implica el principio de seguridad jurídica y uno de sus importantes corolarios, a saber, la necesidad de una aplicación uniforme del derecho comunitario. A su vez, esto fundamenta la primacía del derecho de la UE sobre el derecho nacional, ya que los Estados miembros no pueden incumplir sus obligaciones comunitarias sin poner en peligro la seguridad jurídica y violar el Estado de derecho de la CE. El Estado de derecho implica también la noción de legalidad constitucional europea: cada pieza legislativa de la UE se basa en los Tratados y debe ser conforme con los Tratados. Y, por último, el principio del Estado de derecho incluye el acceso a la justicia, la necesidad de una tutela judicial efectiva, la posibilidad de revisión judicial y la competencia exclusiva del TJUE para interpretar el derecho comunitario y decidir sobre su validez. Todos estos elementos del principio de Estado de derecho parecen resumirse en un pasaje muy citado de la sentencia *Les Verts*:

“La Comunidad Económica Europea es una Comunidad basada en el Estado de derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse a la revisión de la cuestión de si las medidas que adoptan son conformes con la carta constitucional básica, el Tratado. En particular, el Tratado estableció un sistema completo de recursos y procedimientos legales destinados a permitir al Tribunal de Justicia controlar la legalidad de las medidas adoptadas por las instituciones”.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Barber [1990], párr. 44; *Bosman* [1995], párr. 144. Véase también *Defrenne II* [1976], párr. 74.

¹⁵⁰ Asunto C-294/83, *Partie Ecologiste 'Les Verts'* [1986], párr. 23. Véase también *Foto-Frost* [1987], párr. dieciséis; *Kadi* [2008], párr. 281.

4. El contexto del razonamiento constitucional

4.1. Contexto académico: el trabajo de los juristas como contexto del razonamiento constitucional

La actitud de los juristas hacia el TJUE cambió con el transcurso del tiempo. Como señaló Joseph Weiler, hasta la publicación en 1986 de *On Law and Policy in the European Court of Justice* de Hjalte Rasmussen, en prácticamente todos los libros sobre el TJUE “el ethos subyacente [era] de elogio y admiración” y las críticas fueron “mudas y en la mayoría de las ocasiones se limitaban a casos específicos o a áreas de su jurisprudencia y no se referían a la postura general del tribunal” (Weiler, 1987, pp. 555-556). La teoría jurídica que rodea al Tribunal apoyó en gran medida sus esfuerzos de constitucionalización. Todas las decisiones históricas del Tribunal, de las décadas de 1960 y 1970, recibieron el apoyo entusiasta de una “amplia red transnacional de juristas con mentalidad europea” (Rasmussen, 2010, p. 78).¹⁵¹ Se trataba de un grupo relativamente pequeño de académicos, a menudo involucrados profesionalmente en las instituciones de la CE, que fueron muy activos en términos de publicaciones, así como muy homogéneos en términos de ethos profesional y de los valores defendidos. Las voces disidentes generalmente se limitaban a los pocos escritos de académicos tradicionales, que eran más prestigiosos en términos de legitimidad cultural pero, en última instancia, no influyeron en el desarrollo de la jurisprudencia (Itzcovich, 2006, pp. 307-314 y 324-382).

Tras el Tratado de Maastricht (1992), la actitud de la academia jurídica empezó a cambiar rápidamente. A medida que la relevancia política de las instituciones europeas aumentaba significativamente, el interés académico y la dimensión cuantitativa de los estudios jurídicos sobre la UE crecieron enormemente. La composición de la academia jurídica dedicada al estudio de la UE cambió y aumentaron las diferencias internas, tanto en lo que se refiere a los enfoques metodológicos (a la tradicional ciencia jurídica descriptiva y a la dogmática jurídica se sumaron las nuevas tendencias del “derecho en contexto”, un tipo de dogmática y teoría del derecho con

¹⁵¹ Véase también Schepel y Wesseling (1997); Itzcovich (2006, pp. 276-307).

influencias de la teoría política; se sumaron también nuevos enfoques constitucionalistas y de “principios” característicos de una teoría del derecho de orientación normativa y de estudios jurídicos culturales y críticos) como respecto a la evaluación del papel y la jurisprudencia del TJUE (Dann, 2005; Shaw, 2003; Snyder, 1987; von Bogdandy, 2000a; Walker, 2005). La teoría jurídica actual es mucho menos deferente hacia el Tribunal de lo que solía ser. De hecho, parece justo decir que ahora casi todos los trabajos académicos sobre el Tribunal deben contener, para ser atractivos y publicables, una evaluación (mejor si crítica) de ciertos aspectos de su jurisprudencia.

4.2. El contexto político del razonamiento constitucional

En la década de 1990, la ciencia política y la teoría de las relaciones internacionales iniciaron un debate sobre el grado de sensibilidad del Tribunal a los intereses nacionales y a otros factores ambientales. Teóricos inspirados en el realismo (o intergubernamentalismo) avanzaron una interpretación neofuncionalista del papel del Tribunal en la integración europea. Según esta interpretación, las fuerzas motrices del proceso de constitucionalización iniciado con éxito por el Tribunal en las décadas de 1960 y 1970 debían buscarse no en los intereses nacionales sino en las contribuciones de los litigantes privados (principalmente empresas privadas y asociaciones profesionales) y de tribunales nacionales de rango inferior (Burley y Mattli, 1993; Garrett, 1995). Si bien el debate no llegó a conclusiones firmes, es innegable que el Tribunal ejerció su papel más activo y creativo luego de la “Crisis de la Silla Vacía” (1965-1966), que significó el final de toda ambición de protagonismo político por parte de la Comisión (hasta la presidencia de Delors en 1985-1994), un estancamiento legislativo de larga duración a nivel europeo y la llamada “euroesclerosis”: el evidente estancamiento del proyecto comunitario. Según una famosa interpretación de Joseph Weiler (1981), el fin del “supranacionalismo institucional” provocado por la Crisis de la Silla Vacía llevó al Tribunal a fortalecer el “supranacionalismo normativo” siguiendo la política de constitucionalización judicial de los Tratados de la CE. A su vez, tras el Tratado de Maastricht y el inicio del “proceso de revisión semipermanente del Tratado” (De Witte, 2002), el enfoque del

Tribunal cambió significativamente: se volvió más cauteloso y, a veces, comprometido con la moderación.¹⁵² Es probable que la existencia de un escrutinio más estricto del Tribunal, ejercido por una comunidad jurídica ampliada y no siempre amigable, haya influido en este cambio de actitud.

5. Características generales del discurso constitucional. El estilo del razonamiento jurídico del Tribunal

El estilo general del razonamiento jurídico del Tribunal¹⁵³ depende principalmente de cuatro factores que se presentarán brevemente aquí: el procedimiento, el tipo de cuestión a decidir, la influencia del modelo francés, la influencia de otras tradiciones jurídicas, y la necesidad de traducción e informatización.

5.1. El carácter colegiado de la decisión

El primer factor consiste en el procedimiento colegiado de toma de decisiones adoptado por el Tribunal, que es típico de los sistemas de derecho civil europeo. El carácter colegiado de la decisión implica que no se admiten opiniones disidentes y la decisión es el resultado del trabajo colectivo de todo el cuerpo. Además, los miembros del Tribunal suelen intentar lograr el consenso más amplio posible. Esto tiene consecuencias respecto de la naturaleza del razonamiento jurídico desarrollado por el Tribunal: en palabras de un juez del TJUE, Pierre Pescatore, “el sistema de deliberación colegiada adoptado por el Estatuto del Tribunal tiene como consecuencia ‘plastificar’ los motivos de la sentencia hasta el punto de perder todo relieve. Estamos lejos de las sentencias coloridas de los jueces ingleses” (Pescatore, 2007 [1985], p. 292).

¹⁵² Sobre las razones de este cambio de actitud, véase N. Mancini (1990, pp. 236–240).

¹⁵³ Sobre el razonamiento jurídico del TJUE, véase Itzcovich (2009), con numerosas referencias a la literatura existente. Véase además Paunio y Lindroos-Hovinheimo (2010); Neergaard y Nielsen (2011); Conway (2012); Beck (2012) y Sankari (2013).

Especialmente a los ojos del *common law*, el Tribunal parece confirmar el viejo dicho de que un camello es un caballo diseñado por un órgano colegiado: “algunas sentencias del Tribunal de Justicia son camellos” (Edwards, 1995, p. 557). Cuando hay dos líneas de razonamiento que conducen a la misma conclusión y hay desacuerdo dentro del Tribunal sobre cuál es el mejor argumento para el caso, el Tribunal a menudo adopta una solución intermedia que, sin embargo, puede ser insatisfactoria para ambas partes (Hartley, 1998, p. 75). Otro juez del TJUE ha escrito a este respecto que “la jurisprudencia producida en Luxemburgo es correctamente criticada por su razonamiento a menudo atrofiado y su tono frecuentemente oracular; tales deficiencias deben atribuirse a la necesidad de dictar sentencias que sean aceptables para todos los signatarios” (Mancini y Keeling, 1994-1995, p. 398).

5.2. La materia de las sentencias del Tribunal y su tono inconstitucional

El segundo elemento que afecta el estilo general de las sentencias del TJUE depende de la cuestión a decidir. La mayor parte de la legislación de la UE se ocupa de regulación económica: la administración de la política agrícola común, los subsidios estatales, la tributación, la protección del medio ambiente y del consumidor, la propiedad industrial e intelectual, la competencia, etc. Dado que el TJUE no tiene poder discrecional para negarse a revisar un caso por ser trivial, se sigue que las sentencias del Tribunal que presentan un tono constitucional o se entregan a la retórica constitucional son bastante raras.

La mayoría de las sentencias del TJUE tratan de la gestión diaria del mercado interno y, por tanto, de reglamentos detallados y muy técnicos. No es raro encontrar sentencias del Tribunal que se ocupan de cuestiones interpretativas como “si las palabras *emballés séparément* [envasado por separado] se refieren a *morceaux désossés* [cortes deshuesados] o si se refieren por el contrario a las excepciones previstas para les *joues, les abats, le flanchet et le jarret* [las carrilleras, las achuras, la falda y los codillos]”¹⁵⁴

El Tribunal se ha pronunciado sobre las características distintivas de los cierres de cremallera, sosteniendo que en realidad son “dos cintas flexibles a las que se les unen dientes u otros elementos de sujeción en forma escalonada paralela [para que] puedan abrirse o cerrarse mediante la acción de un deslizador”.¹⁵⁵ El Tribunal ha reconstruido cuidadosamente el proceso de fabricación de la goma xantana, para concluir que “la goma xantana ya no es un extracto vegetal sino una nueva sustancia fabricada mediante un proceso industrial que involucra una fundamental conversión química”.¹⁵⁶ En más de una oportunidad, el Tribunal ha sido llamado a exponer el concepto de pijama, adoptando un enfoque pragmático según el cual “la característica objetiva de los pijamas... está en el uso al que están destinados, es decir, vestirlos en la cama como ropa de noche”.¹⁵⁷

Es cierto que la jurisprudencia del TJUE no carece de decisiones de importancia y la Muestra incluye casos de mayor trascendencia constitucional. Sin embargo, en términos generales, los fundamentos que emplea el Tribunal para decidir las “cuestiones constitucionales” sobre las que a veces debe fallar se caracterizan por una cierta minimización del argumento. El Tribunal bien podría ser uno de los muchos tribunales constitucionales del espacio jurídico europeo, pero tiende a ocultar ese estatus en la medida de lo posible. Ocasionalmente se pueden encontrar afirmaciones políticas declamatorias, como la frecuentemente citada frase pronunciada en *Grzelczyk* (“La ciudadanía de la Unión está *destinada* a ser el estatus fundamental de los nacionales de los Estados miembros.”¹⁵⁸), pero en principio, el Tribunal se apega a una comprensión legalista y sin pretensiones de la forma en que debe enmarcarse su razonamiento.

Esta frecuente minimización de los argumentos constitucionales bien podría deberse a razones pragmáticas. Dado que la autoridad del Tribu-

¹⁵⁵ Asunto C-34/78, *Yoshida* [1979] ECR. p. 115, párr. 10

¹⁵⁶ Asunto C-160/80, *Smulung-de Leeuw* [1981] ECR. p. 1767, párr. 10

¹⁵⁷ Asunto C-395/93, *Neckermann Versand* [1994] ECR. I-4027, párr. 7. Véase también el asunto C-338/95, *Wiener* [1997] ECR I-6495 (sobre el concepto de “camisón”) y la Opinión de AG Jacobs: “El presente caso es un ejemplo perfecto de un caso en el que puede cuestionarse si es apropiado que este Tribunal participe”.

¹⁵⁸ Asunto C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193, párr. 31. Véase, por último, el asunto C-503/09, *Stewart* [2011], ECR. p. I-6497, párr. 80.

nal depende de la colaboración continua de los tribunales nacionales, es comprensible que, para evitar ofender sus sensibilidades constitucionales (nacionales), el Tribunal esté dispuesto a mantener un perfil bajo, a subrayar la base estrictamente técnica de sus fallos y a evitar la retórica constitucional. Sin embargo, esta posición del Tribunal puede también ser considerada frágil en términos de legitimidad, ya que puede interpretarse sin mucha dificultad como falta de conciencia o sensibilidad constitucional. Dado su más característico rol de promotor y guardián del mercado interno, el TJUE parecería ignorar las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y, de forma más general, parecería ignorar cualquier principio jurídico no basado en el mercado.

Además, “el estilo críptico y cartesiano que todavía caracteriza muchas de sus decisiones” y “su pretensión de razonamiento jurídico lógico y de inevitabilidad de los resultados” pueden no ser, según los críticos del Tribunal, “propicios para llevar adelante una buena conversación con los tribunales nacionales” y “el estilo de las decisiones judiciales es anticuado, no refleja el carácter dialógico del constitucionalismo europeo” (Weiler, 2001, p. 225 y 219).¹⁵⁹ De acuerdo con esta crítica, al preferir evitar la retórica constitucional, el Tribunal no cumple con su papel de tribunal constitucional *sensu lato* del espacio jurídico europeo. En cambio, si se pretende ampliar y profundizar el “diálogo” constitucional con los tribunales nacionales, el Tribunal debería intentar en la medida de lo posible identificar y desarrollar los principios generales de una cultura jurídica europea común.

5.3. Los antecedentes culturales del Tribunal

La tradicional minimización de ciertos argumentos por parte del Tribunal y su tendencia a evitar la retórica constitucional y las declaraciones políticas audaces están ciertamente vinculadas también con el tercer factor que incide en el estilo general de su razonamiento jurídico: la influencia decreciente pero aún presente del modelo francés.

Al comienzo de su actividad, el TJUE adoptó un estilo de razonamiento jurídico basado en el de los tribunales franceses: “formal, conciso y abstracto” (Hartley, 1998, p. 74); “un resumen escueto y opaco de la decisión y las razones de la misma”, expresado en “forma estrictamente deductiva” (Wells, 1994, p. 92 y 94); “estricto, disciplinado en la forma y de una brevedad apodíctica” (Everling, 1994, p. 59). El idioma de trabajo del Tribunal es el francés y, en un principio, la versión francesa de las sentencias se redactó según el típico modelo francés y silogístico del “*attendus que*”. El *jugement à frase unique* del TJUE consistía en una oración larga, en la que cada párrafo comenzaba con las palabras “mientras que” o simplemente “que” y terminaba con un punto y coma; la conclusión (“*dispositif*”) se introducía con las palabras “*par ces motifs... la Cour... déclare et arrête/dit pour droit*” (“sobre la base de estos motivos el Tribunal declara y ordena/decide según derecho que...”). En consecuencia, el Tribunal desarrolló “un estilo severo, autoritario, expresado en un solo enunciado en el que brilla un único sujeto (el Tribunal)” (Gorla, 1968, p. 16). Sus decisiones se redactaban en una única oración “densa y austera” que “pretendía inspirar respeto en virtud de su poderosa brevedad” (Mimin, 1962, pp. 25-26.). Según un ex juez del TJUE, Antonio Trabucchi, en *Van Gend en Loos* el Tribunal adoptó por primera vez la fórmula “*dit pour droit*”, en lugar del habitual “*déclare et arrête*”, para resaltar el efecto *erga omnes* de sus decisiones, su carácter “declarativo de normas” (o creativo de normas) (Trabucchi, 1963, p. 269).

En Francia, la estructura silogística y el tono magistral demostraron ser en realidad un método para ocultar la discreción del adjudicador, ya que permitían presentar la decisión como una aplicación mecánica y estrictamente lógica de una regla general (una *loi*) al caso concreto. Ese estilo de razonamiento, sin embargo, era distintivamente francés: era de naturaleza demasiado pueblerina y particularista y también demasiado restrictiva respecto del razonamiento jurídico del Tribunal. Pronto se percibió como inadecuado para un tribunal, como el TJUE, comprometido con el proceso de construcción de un orden jurídico supranacional. Por lo tanto, en 1979 el Tribunal abandonó el modelo del *attendus* en favor un estilo de argumentación más discursivo.

Sin embargo, sus sentencias continuaron siendo fuertemente estructuradas y algo rígidas. Los argumentos se introducen con frases estándar como “debe observarse que”, “debe señalarse que”, “está claro que” y “de lo anterior se deduce que”. Según sus críticos, las decisiones del Tribunal todavía tienden a ser “decisiones breves, concisas y magistrales que demuestran una tremenda seguridad interpretativa y sugieren una cierta compulsión lógica” (Lasser, 2004, p. 112).

Sin embargo, no debe exagerarse la importancia de este factor en la determinación del estilo general del razonamiento jurídico del TJUE. La influencia del modelo francés ha ido decayendo y las sentencias del Tribunal han comenzado a incluir, de manera rutinaria, un tratamiento de los eventuales contraargumentos planteados por las partes.¹⁶⁰ El cambio ha sido calificado acertadamente como un “terremoto estilístico” que se produjo cuando el Tribunal, con la finalidad de comunicarse de manera más eficaz con los jueces nacionales a través del procedimiento prejudicial, adoptó un estilo de argumentación jurídica más dialógico, “poniendo a prueba sus razones con una motivación más reflexiva y exponiéndose al debate de la academia jurídica” (Martinico, 2009, p. 37).¹⁶¹ Es indicativo en este sentido que la extensión media de las decisiones del Tribunal ha aumentado con el transcurso del tiempo: desde la brevedad lacónica de sus primeras sentencias se pasó a los 380 párrafos y 29.000 palabras de la sentencia *Kadi* de 2008.¹⁶²

Además, la influencia del modelo francés se ha combinado con diferentes tradiciones jurídicas y antecedentes culturales que han convergido para crear una forma distinta de razonamiento jurídico transnacional.¹⁶³ En las sentencias del Tribunal podemos encontrar referencia a conceptos originalmente propios de la cultura jurídica alemana, como el deber de cooperación sincera (o genuina o leal), el principio de proporcionalidad,

¹⁶⁰ Según algunos autores, sin embargo, la tendencia hacia una mejor argumentación se ha convertido recientemente en una tendencia opuesta. Por ejemplo, Komárek (2007, p. 482); Bobek (2008, p. 1639 y ss.).

¹⁶¹ Davies (2006, p. 213).

¹⁶² *Cadi* [2008]. Esto se debe en parte a la importancia del caso, pero no quiere decir que no haya otros precedentes: véanse, por ejemplo, los párrafos 632 de los asuntos acumulados C-40/73 y otros, *Suiker Unie v Commission* [1975] ECR. p. 1663 (anulación parcial de una decisión de la Comisión sobre prácticas concertadas en el mercado del azúcar).

¹⁶³ Usher (1976); Koopmans (1991); Everling (1987).

la protección de la confianza legítima y otros conceptos jurídicos indeterminados (cláusulas generales, *Generalklausen*) –”los pulmones éticos del derecho positivo” (Mancini y Keeling, 1994-1995, p. 400)¹⁶⁴– que tienen sus raíces en el giro antipositivista que afectó al pensamiento jurídico alemán después de la Segunda Guerra Mundial. El concepto mismo de los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario estaba ausente del texto de los Tratados y fue desarrollado por el TJUE en estricto diálogo con los tribunales alemanes.¹⁶⁵

Uno de los conceptos clave de la jurisprudencia constitucionalizadora del TJUE, el concepto de orden jurídico comunitario autónomo, está fuertemente conectado con la dogmática jurídica italiana. Como escribió una vez Pierre Pescatore, esa expresión “adquiere su pleno significado en la lengua de trabajo [del caso *Costa v ENEL*], es decir, el italiano”, ya que es “una expresión cuasi-filosófica que sugiere la totalidad y la coherencia de lo que se llama un sistema jurídico” (Pescatore, 1970, p. 39).¹⁶⁶

Después de la adhesión del Reino Unido e Irlanda en 1973, la tradición del *common law* afectó el estilo de las audiencias ante el TJUE, donde comenzó a producirse un intercambio de opiniones casi informal entre los abogados y el tribunal. Aunque de manera menos evidente, la tradición del *common law* también incidió en el patrimonio conceptual del Tribunal, en su forma y estilo de razonamiento jurídico. Según Mancini y Keeling (1994-1995, p. 401), por ejemplo, el Tribunal empleó la doctrina de los actos propios en *Ratti* para argumentar que, en determinadas circunstancias, los particulares pueden invocar las disposiciones de directivas aún no aplicadas¹⁶⁷: “un Estado miembro que no haya adoptado las medidas de ejecución exigidas por la directiva en los plazos prescritos no podrá invo-

¹⁶⁴ Sobre la influencia de la cultura jurídica alemana, véase Nolte (1994).

¹⁶⁵ *Stauder* [1969] ECR 419 (petición de decisión preliminar del *Verwaltungsgericht* de Stuttgart); *International Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 (petición de decisión preliminar del *Verwaltungsgericht* de Frankfurt am Main); Asunto C-4/73, *Nold* [1974] ECR 491 (recurso de anulación presentado por una sociedad de responsabilidad limitada con sede en Darmstadt).

¹⁶⁶ Sobre este concepto en perspectiva histórico-teórica, véase Itzcovich (2012).

¹⁶⁷ Véase también Dashwood (2006-2007, p. 86).

car, frente a los particulares, su propio incumplimiento de las obligaciones que impone la directiva”¹⁶⁸

Por último, pero no menos importante, la influencia de la tradición del *common law* se puede ver en la alta consideración de sus propios precedentes por parte del Tribunal. Tras la adhesión del Reino Unido e Irlanda, las técnicas utilizadas por el Tribunal para abordar los precedentes se han vuelto cada vez más sofisticadas. Según un juez del TJUE, Thijmen Koopmans, “[a]unque la manera en que el Tribunal formula principios, o proposiciones generales de derecho, es muy similar a los métodos utilizados por el *Conseil d’Etat* francés, sus técnicas para apoyarse en lo decidido en casos anteriores, o para invocar la autoridad de su propia jurisprudencia, o para determinar la *ratio decidendi* de sentencias anteriores no son diferentes a las utilizadas por los tribunales de *common law* ingleses” (1982, p. 27).¹⁶⁹ De hecho, es justo decir que hoy “gran parte de lo que es más importante en el derecho comunitario está hecho por los jueces” y que el derecho de la UE ha desarrollado “una coherencia interna que se organiza, de manera autorreferencial, a través de precedentes” (Stone Sweet y McCowan, 2003, p. 113). El derecho de la UE tiende a ser un sistema en el que los casos se deciden por referencia a sentencias anteriores y mediante un proceso de lenta extensión o restricción del alcance de sentencias anteriores (Koopmans, 1991, p. 504).¹⁷⁰

Esto tiene consecuencias respecto del nivel de exhaustividad y generalidad de los argumentos del Tribunal. Ocasionalmente, el Tribunal se guía por consideraciones tales como “decir lo menos posible –a veces resigando coherencia, claridad y seguridad jurídica– para no verse limitado por sus precedentes en el futuro” (Ritter, 2006, p. 762). Como afirmó otro juez del TJUE, Ulrich Everling, el Tribunal se volvió “cada vez más cauteloso a la hora de establecer principios generales” tras la llegada de jueces de la tradición del *common law*, “instruidos en el método de casos e inclinados a un enfoque pragmático” (Everling, 1987, p. 163). Al menos en parte, se

¹⁶⁸ *Ratti* [1979], párr. 22. Véase también el asunto C-8/81, *Becker* [1982] ECR. p. 53, párr. 24; *Faccini Dori* [1994], párr. 23

¹⁶⁹ Véase también Koopmans (1991, p. 504); Everling (1994, p. 65).

¹⁷⁰ Véase también Mancini y Keeling (1994-1995, p. 402).

abandonó el tono magistral del primer Tribunal en favor de un desarrollo diario y paulatino de su jurisprudencia.

5.4. Impersonalidad: traducción, informatización y uso de precedentes

Escritas en francés, las sentencias del TJUE están diseñadas para ser traducidas a todos los idiomas oficiales de la UE,¹⁷¹ y esto tiene consecuencias significativas para el tipo de prosa que el Tribunal puede emplear. “Escriba oraciones simples y ordenadas, use un vocabulario lo más simple posible, evite términos abstractos y técnicos” (Pescatore, 2007 [1985], p. 46), recomienda el *Vademécum* que Pierre Pescatore escribió para sus colegas del TJUE. Su sugerencia ha sido generalmente seguida en la práctica. El TJUE tiende a evitar el lenguaje retórico y ornamentado, la prosa elegante y brillante, así como el conceptualismo abstracto y la reflexión académica. Prefiere los términos sencillos, el estilo simple y compacto y, sobre todo, la impersonalidad.¹⁷²

Incluso si fuera cierto que “a lo largo de los años, el TJUE ha desarrollado no solo su propio estilo, sino también, sin duda, una forma única de ver e interpretar el derecho de la Unión” (Horspool, 2011, p. 113)¹⁷³ el estilo del Tribunal sería único, pero ciertamente sin características sobresalientes. Incluso desde el punto de vista de un abogado de derecho continental, y ni que hablar desde el punto de vista de un abogado de *common law*, uno de los aspectos llamativos del estilo del Tribunal es el alto grado

¹⁷¹ Sobre las consecuencias del multilingüismo en el derecho de la UE, véase (Bengoetxea, 2011) (sostiene que hasta ahora la preferencia por el francés ha impedido el desarrollo de un modo verdaderamente multilingüe de razonamiento jurídico).

¹⁷² Una de las pocas excepciones a la regla de la impersonalidad se debe a una imprecisión en la traducción: en los asuntos acumulados C-202/08 P y C-208/08 P, *American Clothing Associates NV* [2009], párr. 47, la frase francesa impersonal “il convient tout d’abord de relever que” se convierte en un muy inusual “permítanme comenzar observando eso”.

¹⁷³ Según Horspool, el TJUE toma prestado elementos de diferentes métodos legales, “pero en general prefiere su propio enfoque”, basado en equilibrar y ponderar los principios/intereses de los Estados miembros y la Unión.

de impersonalidad que se esfuerza por alcanzar y es capaz de lograr en sus sentencias.

La impersonalidad es consecuencia tanto de la necesidad de traducción como de la necesidad de informatización. Las *rationes decidendi* de las sentencias del TJUE tienden a estandarizarse para almacenarse y recuperarse mediante consultas a bases de datos, con el objetivo de que puedan citarse fácilmente en sentencias posteriores. Ya en la década de 1980, el TJUE comenzó a mostrar conciencia de las TIC, reconoció la necesidad de informatización y comenzó a redactar sus sentencias en consecuencia, teniendo en cuenta el requisito de recuperación de la información: según el *Vademécum de Pescatore*, “el razonamiento jurídico, incluso cuando es complicado, debe finalmente reducirse a opciones simples que sean compatibles con el funcionamiento de la máquina” (Pescatore, 2007 [1985], p. 28). Para permitir la informatización, el Tribunal debería utilizar “conceptos explícitos, unívocos y homogéneos” (Pescatore, 2007 [1985], p. 28).

El Tribunal procura evitar la originalidad y sus sentencias se caracterizan por el uso intensivo de extensas citas incluidas con el método de copiar y pegar. La razón de esto no es de naturaleza económica: no se trata de evitar la pérdida de tiempo o el arduo trabajo intelectual de pensar de nuevo los mejores argumentos para el caso. Las citas de copiar y pegar facilitan la recuperación de información en los sistemas de bases de datos y, lo que es más importante, crean (una apariencia de) coherencia en la jurisprudencia o, para decirlo de manera más precisa, crean redundancia (Shapiro, 1972). Muestran que la decisión del caso está profundamente engarzada en una larga lista de decisiones que repiten el mismo principio jurídico y, al hacerlo, otorgan legitimidad a la sentencia y al Tribunal. Así, el uso extensivo de precedentes, autocitas literales y fórmulas típicas no depende única ni principalmente de la influencia de la tradición del *common law*, sino que tiene mucho más que ver con la necesidad de normalización y autolegitimación de un tribunal que opera en un espacio legal pluralista y que está activamente comprometido con un proceso de constitucionalización. Las autocitas redundantes crean la percepción de puntos de referencia estables en un entorno legal y político altamente incierto.

En todo caso, las citas de copiar y pegar tienden también a eliminar cualquier elemento personal o idiosincrático en la justificación de la sen-

tencia. Como señaló Loïc Azoulay, es como si las sentencias del Tribunal fueran “el resultado de un tipo complejo de ‘collage’ de fórmulas judiciales”, es decir, de doctrinas y *rationes decidendi* formuladas en las decisiones más importantes del TJUE. “Este efecto collage es típico de la jurisprudencia comunitaria – hasta tal punto que en algunos casos puede parecer que son las fórmulas las que hablan, en lugar del Tribunal y las preferencias de sus miembros” (Azoulay, 2008a, p. 1339).

5.5. Las cuestiones constitucionales enmarcadas como cuestiones no constitucionales

De las 40 sentencias incluidas en la Muestra, 14 trataban cuestiones de derechos fundamentales, 4 cuestiones relativas a la organización de la CE/UE y en particular a la división “horizontal” de competencias entre las instituciones de la Comunidad, y 24 otras cuestiones como el sistema de fuentes y los efectos jurídicos de los actos jurídicos comunitarios, los deberes interpretativos de los jueces nacionales, la responsabilidad civil por la vulneración del derecho comunitario y los principios rectores del mercado común. Se puede considerar que dos casos (*Defrenne*, 1976 y *Mangoldt*, 2005) involucran tanto cuestiones de derechos fundamentales (no discriminación por motivos de sexo y edad) como cuestiones relacionadas con los efectos de la legislación comunitaria.

El número relativamente alto de sentencias importantes del TJUE que tratan o mencionan derechos fundamentales puede malinterpretarse fácilmente. Los estudios académicos sobre la CE tienden a considerar como más significativas y, por lo tanto, como más influyentes precisamente aquellas sentencias en las que se presenta y refina algún tipo de doctrina de derechos y principios fundamentales. No obstante, la frecuencia de sentencias influyentes sobre cuestiones de derechos fundamentales debe considerarse mucho más reveladora de las tendencias constitucionalistas que prevalecen entre los académicos europeos que de las características del razonamiento jurídico que suele adoptar el Tribunal. De hecho, desde la década de 1960 en adelante, ha habido una creciente presión dogmática e institucional sobre el Tribunal para que adopte lo que podría llamarse, sin

ironía, “retórica constitucional”: un estilo narrativo de razonamiento y una forma argumentativa que se asemejen a los de otros tribunales constitucionales y jurisdicciones basadas en derechos, como la Corte Suprema de EE. UU., el Tribunal Constitucional de Alemania y el TEDH.

La presión institucional sobre el Tribunal resulta de una serie de iniciativas que se remontan a la “Declaración sobre la Identidad Europea” de 1973, que creó la noción de “derechos especiales” de los ciudadanos europeos, y que adquirió mayor importancia en el Debate constitucional europeo tras el Tratado de Maastricht. El Tratado de Maastricht y las modificaciones posteriores de los Tratados adoptadas en Niza, Ámsterdam y Lisboa consagraron solemnemente determinados principios constitucionales como principios fundadores de la UE y, finalmente, condujeron a la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A la larga, es probable que la adopción de la Carta y del lenguaje de los derechos tenga un efecto cada vez mayor en la forma en que el TJUE construye los casos sobre los que debe decidir.¹⁷⁴

La cultura jurídica y el contexto político que rodean al Tribunal generalmente respaldaron estas tendencias, instando al Tribunal a adoptar un estilo de argumentación jurídica diferente y basado en principios. A medida que la Comunidad ha evolucionado de una organización de mercado a una forma más integral de entidad constitucional, el TJUE, se sostiene, debería dejar de ser el promotor de un proceso de integración totalmente basado en las libertades del mercado y comenzar a “tomar (otros) derechos en serio”.¹⁷⁵

La crítica al estilo poco inspirador de argumentación jurídica adoptado por el Tribunal se basa a menudo en la teoría de la democracia deliberativa (la democracia como forma de gobierno que permite una argumentación abierta, pública y basada en principios que conduce a un consenso racio-

¹⁷⁴ Esta es la opinión de la mayoría de los AG entrevistados por Morano-Foadi y Andreadakis: “el lenguaje del mercado común está siendo reemplazado cada vez más por el nuevo lenguaje de los estándares de derechos humanos” (Morano-Foadi y Andreadakis, 2011, p. 599).

¹⁷⁵ Véase, por ejemplo, Cartabia (2009, p. 31): “el Tribunal Europeo, especialmente cuando actúa como tribunal constitucional o tribunal de derechos fundamentales, debería considerar seriamente alejarse de las sentencias telegráficas al viejo estilo”.

nal) y/o en la adopción de un ideal de patriotismo constitucional, según el cual el discurso constitucional puede ser crucial para fomentar un sentido de identidad cívica colectiva (Habermas, 2001). Quienes exigen una cultura jurídica que contribuya a forjar el “Nosotros, los europeos” esperan que el TJUE exponga y desarrolle, si no los fundamentos éticos de la Unión como “hogar” constitucional común de los europeos, al menos las razones de fondo detrás de sus decisiones. La adopción del lenguaje de los derechos se ve como un paso necesario hacia la construcción de un sentimiento de identidad compartida o de una “conversación constitucional” común con las demás cortes de Europa (Weiler, 2001, p. 219 y 225).¹⁷⁶ No está claro si el estilo de razonamiento jurídico tiene alguna conexión con el contenido de la decisión, un punto contra el que los realistas jurídicos seguramente tendrían buenos argumentos, pero los promotores de la adopción del lenguaje de los derechos y principios fundamentales lo recomiendan principalmente por su supuesta capacidad para fomentar la legitimidad del sistema jurídico (y del Tribunal).¹⁷⁷ La idea fuerte que subyace a estas propuestas es que el contenido de las decisiones del TJUE puede ser a veces menos importante que la comunicación que precede y sigue a esas decisiones: el razonamiento jurídico y los discursos públicos a los que dan lugar.

Especialmente, cuando los litigios giran en torno a medidas nacionales que inciden en los principios de la libre circulación, el TJUE se ha resistido a tales tendencias. Si bien es cierto que el TJUE ha aceptado que la protección de los derechos fundamentales puede en ocasiones primar sobre las libertades del mercado,¹⁷⁸ su jurisprudencia en materia de derechos humanos es cuanto menos cautelosa –según los críticos del Tribunal, es simbólica, insuficiente o meramente instrumental.¹⁷⁹ En cuanto al número de casos resueltos por el TJUE, su papel en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales es mucho más limitado que el de un tribunal

¹⁷⁶ Recientemente, Robertson (2010, p. 345).

¹⁷⁷ Por ejemplo, véase Douglass-Scott (2006, p. 661): “Por lo tanto, el TJUE se está consolidando como tribunal de derechos humanos... su estatus como Tribunal Constitucional está mejorando gracias al desarrollo de la jurisprudencia sobre derechos humanos”.

¹⁷⁸ Por ejemplo, Asunto C-112/00, *Schmidberger* [2003] ECR. p. I-5659; Asunto C-36/02, *Omega* [2004] ECR. p. I-9609.

¹⁷⁹ Véase e. g. Coppel y O’Neill (1992).

constitucional nacional (de Witte, 1999, p. 869).¹⁸⁰ En términos generales, el TJUE todavía se esfuerza por evitar la retórica constitucional y se resiste al llamado a convertirse en otra jurisdicción de derechos humanos de pleno derecho junto con los tribunales constitucionales de los Estados miembros y el TEDH.

Al respecto, cabe señalar que en ocasiones el Tribunal reformula pretensiones basadas en libertades civiles clásicas en términos de pretensiones que merecen ser satisfechas en tanto son condición previa para el ejercicio de las libertades de mercado. Al hacerlo, el Tribunal logra el resultado sustantivo buscado – la protección de un derecho individual – al precio, sin embargo, de distorsionar el significado y el alcance de tales derechos. En cambio, se produce una instrumentalización y funcionalización del derecho en cuestión a favor de la consecución de los fines del mercado común.

Dos ejemplos bien conocidos se pueden encontrar en las sentencias *Kostantinidis* (1993)¹⁸¹ y *Carpenter* (2002).¹⁸² En la Muestra, el caso *Grogan* (1991) proporciona un último ejemplo de esta tendencia del Tribunal a evitar el lenguaje de los derechos y principios fundamentales para mantener un enfoque basado en las libertades de mercado y en conceptos que son característicos del derecho de la UE. En este caso, el TJUE sostuvo que la prohibición irlandesa de distribuir información relativa a las clínicas donde se realizan abortos constituía una limitación a la libertad de expresión y no una restricción a la libertad de prestación de servicios: la decisión de

¹⁸⁰ Con razón Bryde señala que esto depende del hecho de que el TJUE no es un tribunal constitucional especializado, sino un tribunal de jurisdicción general en derecho europeo y que el derecho de la UE se sigue limitado principalmente a funciones socioeconómicas (2010, p. 125).

¹⁸¹ Asunto C-168/91, *Konstantinidis* [1993] ECR. p. I-1191 (el derecho a no estar obligado a utilizar una transcripción del propio nombre que distorsione su pronunciación no se basaba en la dignidad humana y ni en el derecho a la identidad personal; el Tribunal había recurrido exclusivamente a la supuesta injerencia en el derecho de establecimiento por el riesgo bastante remoto de que los clientes del solicitante lo confundan con otras personas).

¹⁸² Asunto C-60/00, *Carpenter* [2002] ECR. p. I-6279 (la capacidad de prestación de servicios del Sr. Carpenter se habría visto afectada si su esposa filipina hubiera sido deportada, debido al hecho de que ella era responsable de los niños cuando el marido estaba de viajes de negocios; el Tribunal destacó “la importancia de garantizar la protección de la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros” sobre la base del supuesto de que tal protección es necesaria “para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado”).

calificar la altamente controvertida cuestión de fondo como una “verdadera” cuestión constitucional que implicaba una limitación de derechos civiles fundamentales (la libertad de expresión) fue la estrategia para evitar pronunciarse sobre la materia.

Este enfoque o estilo modesto y, por así decirlo, “inconstitucional” del TJUE podría cambiar, por supuesto, y en muchos aspectos ya ha cambiado.¹⁸³ El caso *Kadi* (2008) proporciona un buen ejemplo de la nueva tendencia, y también *Les Verts* (1986) y el Dictamen 1/91 pueden mencionarse como casos en que se usa un correcto lenguaje constitucional en el ámbito de la organización institucional. El estilo conciso y lacónico de la primera sentencia del TJUE ha sido en gran medida abandonado y, desde la década de 1980, las sentencias se han vuelto considerablemente más largas. Hoy en día, nadie diría que el Tribunal adhiere estrictamente al modelo francés de jurisdicción administrativa. Es probable que la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales y el avance de la UE en ámbitos de políticas públicas como la cooperación policial y judicial en asuntos penales afecten fuertemente al razonamiento jurídico del TJUE. El Tribunal tendrá que abordar más abiertamente cuestiones de derechos fundamentales.

Hasta ahora, sin embargo, el Tribunal ha seguido evitando, en la medida de lo posible, el lenguaje de los derechos fundamentales y los principios constitucionales: habla de “jerga jurídica estricta” y se aleja de toda retórica política y de proclamas morales vibrantes. Sus decisiones parecen aspirar a “un estilo simple y directo” (Pescatore, 2007 [1985], p. 24), no a la luminosidad y a la profundidad. En ese sentido, si bien corren el riesgo de ser áridas y aburridas, no corren el riesgo de ser enfáticas y pomposas.

6. Conclusiones

Las peculiaridades del razonamiento jurídico del TJUE están fuertemente relacionadas con su condición de tribunal constitucional *sui generis* del “espacio jurídico” europeo. Ello quiere decir que su jurisdicción no es

¹⁸³ Véase Haltern (2010, p. 222 y ss.), analiza la jurisprudencia sobre ciudadanía europea para mostrar cómo el Tribunal entró “en lo que podría llamarse ‘retórica política’”.

exclusiva, sino que la ejerce en coordinación y ocasionalmente en competencia con la jurisdicción de los tribunales constitucionales y supremos nacionales. El canal procesal más importante de interacción entre los tribunales es el procedimiento de decisión prejudicial, que el TJUE comenzó a utilizar desde el principio como una herramienta para promover el diálogo con sus homólogos nacionales. Al hacerlo, el TJUE logró un alto grado de uniformidad y eficacia en la aplicación del derecho europeo, ya que convirtió a todos los ciudadanos, y especialmente a las empresas de importación y exportación y otras organizaciones orientadas al mercado, en guardianes potenciales del cumplimiento del derecho europeo. La mayoría de las más importantes sentencias del TJUE han sido decisiones prejudiciales en virtud de la remisión por parte de tribunales nacionales.

Del análisis de la Muestra surge que los argumentos literales están casi ausentes y nunca son concluyentes. Este resultado no debe exagerarse, pero parece validar la opinión generalizada sobre la relativa poca importancia que el TJUE da a los argumentos textuales en su razonamiento. Además, el Tribunal niega cualquier fuerza vinculante o incluso persuasiva a las intenciones originales de las Partes Contratantes: el argumento de la intención del legislador es simplemente irrelevante para la interpretación de los Tratados europeos. Por otro lado, la interpretación teleológica goza en cambio de un historial sobresaliente y de una posición particularmente sólida ante el TJUE. El Tribunal a menudo considera las consecuencias prácticas de sus decisiones interpretativas, que evalúa a la luz de los objetivos de los Tratados y los principios fundamentales de eficacia y aplicación uniforme del Derecho de la UE. El objeto de los Tratados, tal como los entiende el TJCE, no era establecer un orden rígido de derechos y obligaciones mutuos entre los Estados miembros, sino poner en marcha un proceso gradual de integración económica, jurídica y política, que debe promoverse interpretando el derecho europeo a la luz de los objetivos del sistema.

El TJUE tiende a abstenerse de utilizar conceptos que se refieren a la Unión Europea como una autoridad o una comunidad políticas por derecho propio (soberanía, democracia, federalismo, nacional/supranacional), quizás porque estos conceptos corren el riesgo de ser inherentemente divisivos e indeterminados en el contexto de la UE. El Tribunal prefiere hablar de “autonomía” del derecho europeo y evita cuidadosamente el léxico de la

soberanía. Es bastante característico de la jurisprudencia del TJUE que los principios estructurales del derecho comunitario, como el efecto directo y la supremacía –principios que se refieren a la distribución de poderes entre los niveles de gobierno europeo y nacional– se hayan basado en derechos procesales individuales, como la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva, y en el principio del Estado de derecho. El principio del Estado de derecho parece haber sufrido una transformación significativa una vez aplicado a la Unión Europea. Mientras que, en el ámbito nacional, el estado de derecho se concibe generalmente como un principio que limita los poderes coercitivos preexistentes del Estado, en el ámbito europeo constituye y justifica la autoridad de las instituciones europeas, a partir de la serie “norma de derecho – seguridad jurídica – aplicación uniforme del derecho de la UE – efecto directo y primacía del derecho de la UE”.

En cuanto al estilo de las sentencias del TJUE, es decididamente impersonal, incoloro y repetitivo. Varias razones pueden explicar esto. El sistema de deliberación colegiada del TJUE, que implica que las sentencias son el resultado del trabajo colectivo de todo el tribunal; el objeto de las sentencias, que a menudo se ocupan de la gestión cotidiana del mercado interior y de reglamentos detallados y muy técnicos; la influencia decreciente pero todavía presente del modelo francés, con su lenguaje formal, conciso y una estructura rígidamente deductiva; y la necesidad de traducibilidad interlingüística y recuperación de información automatizada: todos estos factores contribuyen a que el estilo de las sentencias del TJUE sea poco inspirador. Aparte de algunas sentencias innovadoras, el TJUE suele mantener un perfil relativamente bajo y se resiste a los frecuentes llamamientos de los estudiosos del derecho para que abrace abiertamente la retórica constitucional y adopte un estilo de argumentación jurídica más persuasivo y basado en principios.

También en este sentido, el Tribunal resulta ser un tribunal constitucional *sui generis*.

Apéndice: La Muestra

1. Asunto C-26/62, Van Gend en Loos [1963] ECR 1
2. Asunto C-6/64, Costa v ENEL [1964] ECR 585
3. Asunto C-29/69, Stauder [1969] ECR 419
4. Asunto C-9/70, Franz Grad [1970] ECR-825
5. Asunto C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125
6. Asunto C-22/70, Commission v. Council (ERTA) [1971] ECR 263
7. Asunto C-8/74, Dassonville [1974] ECR 837
8. Asunto C-41/74, Van Duyn [1974] ECR 1337
9. Asunto C-43/75, Defrenne II [1976] ECR 455
10. Asunto C-106/77, Simmenthal [1978] ECR 629
11. Asunto C-120/78, Rewe-Zentrale (Cassis de Dijon) [1979] ECR 649
12. Asunto C-148/78, Ratti [1979] ECR 1629
13. Asunto C-44/79, Hauer [1979] ECR 3727
14. Asunto C-104/79, Foglia v. Novello [1980] ECR 745
15. Asunto C-283/81, CILFIT [1982] ECR 3415
17. Asunto C-294/83, Les Verts [1986] ECR 1339
18. Asunto C-314/85, Foto-Frost [1987] ECR 4199
19. Asunto C-5/88, Wachauf [1989] ECR 2609
20. Asunto C-70/88, Parliament v Council [1990] ECR I-2041 (“Chernobyl”)
21. Asunto C-262/88, Barber [1990] ECR I-1889
22. Asunto C-106/89, Marleasing [1990] ECR I-4135
23. Asunto C-213/89, Factortame [1990] ECR I-2433
24. Asunto C-260/89, Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) [1991] ECR I-2925
25. Asunto C-292/89, Antonissen [1991] ECR I-745
26. Asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Francovich [1991] ECR I-05357
27. Asunto C-159/90, Grogan [1991] ECR I-4685
28. Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079 (Incompatibilidad entre el derecho de la CE y el tratado EEE)
29. Asunto C-91/92, Faccini Dori [1994] ECR I-3325
30. Asunto C-415/93, Bosman [1995] ECR I-4921

31. Asuntos acumulados C-46/93 and C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA and Factortame [1996] ECR I-1029
32. Asunto C-85/96, Martínez Sala [1998] ECR I-2691
33. Asunto C-60/00, Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department [2002] ECR I-06279
34. Asunto C-224/01, Köbler [2003] ECR I-10239
35. Asunto C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich [2003] ECR I-05659
36. Asunto C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn [2004] ECR I-09609
37. Asunto C-105/03, Pupino [2005] ECR I-5285
38. Asunto C-144/04, Mangold [2005] ECR I-9981
39. Asunto C-303/05, Advocaten voor de Wereld [2007] ECR I-3633
40. Asunto C-438/05 Viking [2007] ECR I-10779
41. Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Kadi [2008] ECR I-6351

Bibliografía

- Alter, K. J. (2001). *Establishing the Supremacy of European Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Arnall, A. (2003-2004). A Constitutional Court for Europe? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 6, 1-34.
- Arnall, A. (2006). *The European Union and Its Court of Justice* (2da ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Azoulay, L. (2008a). The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization. *Common Market Law Review*, 45, 1335-1356.
- Azoulay, L. (2008b). Le rôle constitutionnel de la Cour de Justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence. *Revue trimestrielle de droit européen*, 44(1), 29-46.

- Azoulai, L. (2011). The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law? *European Journal of Legal Studies*, 4(2), 192-219.
- Bast, J. (2009). Legal Instrument and Judicial Protection. En A. von Bogdandy y J. Bast (Eds.), *Principles of European Constitutional Law* (pp. 345-397). Oxford-München: Hart-Beck.
- Beck, G. (2012). *Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*. Oxford y Portland: Hart.
- Bell, J. (2003-2004). European Perspectives on a Judicial Appointments Commission. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 6, 35-48.
- Bengoetxea, J. (2011). Multilingual and Multicultural Legal Reasoning. En A. Kjær y S. Adamo (Eds.), *Linguistic Diversity and European Union* (pp. 97-122). Farnham: Ashgate.
- Biavati, P. (2009). *Diritto processuale dell'Unione europea*. Milano: Giuffrè.
- Bobek, M. (2008). Learning to Talk: Preliminary Rulings, the Courts of the New Member States and the Court of Justice. *Common Market Law Review*, 45, 1611-1643.
- Broberg, M., y Fenger, N. (2010). *Preliminary References to the European Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Bryde, B.-O. (2010). The ECJ's Fundamental Rights Jurisprudence – A Milestone in Transnational Constitutionalism. En M. Poiares Maduro y L. Azoulai (Eds.), *The Past and Future of EU Law* (pp. 119-129). Oxford: Hart Publishing.
- Burley, A.-M., y Mattli, W. (1993). Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration. *International Organization*, 47, 41-76.
- Burrows, N., y Greaves, R. (2007). *The Advocate General and EC Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Capotorti, F. (1988). Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee. En U. d. S. d. Ferrara (Ed.), *Le sentenze in Europa. Metodo, tecnica e stile* (pp. 230-247). Padova: Cedam.
- Cartabia, M. (2009). Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously. *European Constitutional Law Review*, 5, 5-31.
- Chalmers, D. (1999). Judicial Preferences and the Community Legal Order. *Columbia Journal of European Law*, 5, 101-134.

- Cohen, A. (2007). Constitutionalism Without Constitution: Transnational Elites Between Political Mobilization and Legal Expertise in the Making of a Constitution for Europe (1940s–1960s). *Law & Social Inquiry*, 32(1), 109-135.
- Conway, G. (2012). *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Coppel, J., y O'Neill, A. (1992). The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? *Common Market Law Review*, 29(4), 669-692.
- Craig, P. (2001). The Jurisdiction of the Community Courts Reconsidered. En J. H. H. Weiler (Ed.), *The European Court of Justice* (pp. 177-214). Oxford: Oxford University Press.
- Dann, P. (2005). Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law. *German Law Journal*, 6(11), 1453-1473.
- Dashwood, A. (2006-2007). From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 9, 81-109.
- Davies, G. (2006). Abstractness and Concreteness in the Preliminary Reference Procedure. En N. Nic Shuibhne (Ed.), *Regulating the Internal Market* (pp. 210-244). Cheltenham: Edward Elgar.
- de Witte, B. (1999). The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights. En P. Alston (Ed.), *The EU and Human Rights* (pp. 859-897). Oxford: Oxford University Press.
- De Witte, B. (2002). The Closest Thing to a Constitutional Conversation in Europe: The Semi-Permanent Treaty Revision Process. En P. Beaumont (Ed.), *Convergence and Divergence in European Public Law* (pp. 39-57). Oxford: Hart.
- Dehousse, R. (1998). *The European Court of Justice*. London: Macmillan.
- Delvaux, L. (1956). *La Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Exposé sommaire des principes*. Parîis: LGDJ.
- Douglass-Scott, S. (2006). A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis. *Common Market Law Review*, 43(3), 629-665.
- Dumbrovský, T., Petkova, B., y Van Der Sluis, M. (2014). Judicial appointments: The Article 255 TFEU Advisory Panel and selection

- procedures in the Member States. *Common Market Law Review*, 51, 455-482.
- Edwards, D. (1995). How the Court of Justice Works. *European Law Review*, 20, 539-558.
- Everling, U. (1987). The Court of Justice as a Decisionmaking Authority. En M. L. R. Association (Ed.), *The Art of Governance. Festschrift zu Ehren von Eric Stein* (pp. 156-172). Baden-Baden: Nomos.
- Everling, U. (1994). Reflections on the Reasoning in the Judgments of the Court of Justice of the European Communities. En J. Rosenløv (Ed.), *Festschrift til Ole Due* (pp. 55-74). Gad: Kbh.
- Garrett, G. (1995). The Politics of Legal Integration in the European Union. *International Organization*, 49, 171-181.
- Gerards, J. (2011). Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine. *European Law Journal*, 17(1), 80-120.
- Gorla, G. (1968). *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati* (Vol. 1). Roma: Soc. ed. Foro Italiano.
- Grimm, D. (1995). Does Europe Need a Constitution? *European Law Journal*, 1(3), 282-302.
- Habermas, J. (2001). *The Postnational Constellation: Political Essays*. Boston: MIT Press.
- Halter, U. (2010). On Finality. En A. von Bogdandy y J. Bast (Eds.), *Principles of European Constitutional Law* (pp. 727-763). Oxford: Hart Publishing.
- Hartley, T. C. (1996). The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union. *Law Quarterly Review*, 112, 95-109.
- Hartley, T. C. (1998). *The Foundations of European Community Law* (4ta ed.). Oxford-New York: Oxford University Press.
- Hartley, T. C. (1999). *Constitutional Problems of the European Union*. Oxford - Portland: Hart.
- Herzog, R. y Gerken, L. (2008). Stoppt den Europäischen Gerichtshof. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*.

- Horspool, M. (2011). Over the Rainbow: Languages and Law in the European Union. En A. Arnulf (Ed.), *A Constitutional Order of States?* (pp. 99-120). Oxford-Portland: Hart.
- Itzcovich, G. (2006). *Teorie e ideologie del diritto comunitario*. Torino: Giappichelli.
- Itzcovich, G. (2009). The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice. *German Law Journal*, 10(5), 537-560.
- Itzcovich, G. (2012). Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts. *European Law Journal*, 18(3), 358-384.
- Jacobs, F. G. (1992). Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court? En D. M. Curtin y D. O’Keeffe (Eds.), *Constitutional Adjudication in European Community and National Law* (pp. 25-32). Dublin: Butterworth.
- Jakab, A. (2019). Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective. *German Law Journal*, 14(8), 1215-1275.
- Kenney, S. J. (1999). The Members of the Court of Justice of the European Communities. *Columbia Journal of European Law*, 5, 101-134.
- Komárek, J. (2007). In the Court(s) We Trust? On the Need for Hierarchy and Differentiation in the Preliminary Ruling Procedure. *European Law Journal*, 32(4), 467-490.
- Koopmans, T. (1982). “Stare Decisis” in European Law. En D. O’Keeffe y H. G. Schermers (Eds.), *Essays in European Law and Integration* (pp. 11-28). Deventer: Kluwer.
- Koopmans, T. (1991). The Birth of European Law at the Cross-Roads of Legal Traditions. *American Journal of Comparative Law*, 39(3), 493-507.
- Krisch, N. (2010). *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kumm, M. (1999). Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? *Common Market Law Review*, 36, 351-386.
- Kumm, M. (2010). Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm. En M. P. Maduro y L. Azoulai (Eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th*

- Anniversary of the Rome Treaty* (pp. 106-118). Oxford and Portland: Hart.
- Kutscher, H. (1976). Alcune tesi sui metodi d'interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista d'un giudice. *Rivista di diritto europeo*, 283-314.
- Kutscher, H. (1977). Alcune tesi sui metodi d'interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista d'un giudice. *Rivista di diritto europeo*, 3-24.
- La Spina, A., y Majone, G. (2000). *Lo Stato regolatore*. Bologna: Il Mulino.
- Lagrange, M. (1954). La Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 70, 417-435.
- Lamond, G. (2008). Precedent and Analogy in Legal Reasoning. En E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edición de otoño de 2008), <http://plato.stanford.edu/archives/otoño2008/entradas/legal-reas-prec/>
- Langenbucher, K. (1998). Argument by Analogy in European Law. *Cambridge Law Journal*, 57(3), 481-521.
- Lasser, M. d. S.-O.-I. E. (2004). *Judicial Deliberations*. Oxford: Oxford University Press.
- Lecourt, R. (1976). *L'Europe des juges* Bruxelles: Bruylant.
- Lenaerts, K. (1994). Form and Substance of the Preliminary Ruling Procedure. En D. Curtin y T. Heukels (Eds.), *Institutional Dynamics of European Integration* (pp. 355-380). Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Lenaerts, K. (2007). Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection. *The International Lawyer*, 41, 1011-1032.
- MacCormick, N. (1999). *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press.
- Maduro, M. P. (2007). Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism. *European Journal of Legal Studies*, 1(2), 137-152.
- Mancini, G. F. (1989). The Making of a Constitution for Europe. *Common Market Law Review*, 26, 595-614.

- Mancini, G. F., y Keeling, D. T. (1994). Democracy and the European Court of Justice. *Modern Law Review*, 54, 175-190.
- Mancini, G. F., y Keeling, D. T. (1994-1995). Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice. *Columbia Journal of European Law*, 1, 397-413.
- Mancini, N. (1990). Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. *Rivista di diritto europeo*, 229-240.
- Martinico, G. (2008). *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Napoli: Jovene.
- Martinico, G. (2009). Reading the Others: American Legal Scholars and the Unfolding European Integration. *European Journal of Law Reform*, 11(1), 35-19.
- Mimin, P. (1962). *Le style des jugements*. Paris: Librairies techniques.
- Morano-Foadi, S. S., y Andreadakis, S. (2011). Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights. *European Law Journal*, 17(5), 595-610.
- Neergaard, U., y Nielsen, R. (2011). Where Did the Spirit and Its Friends Go? On the European Legal Method(s) and the Interpretational Style of the Court of Justice of the European Union. En U. Neergaard, R. Nielsen, y L. Roseberry (Eds.), *European Legal Method. Paradoxes and Revitalisation* (pp. 95-184). Copenhagen: Djøf.
- Neill, S. P. (1995). *The European Court of Justice. A Case Study in Judicial Activism*. Londres: European Policy Forum.
- Neville Brown, L., y Kennedy, T. (2000). *The Court of Justice of the European Communities* (5ta ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Nolte, G. (1994). General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective. *Modern Law Review*, 57, 191-212.
- Paunio, E., y Lindroos-Hovinneimo, S. (2010). Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law. *European Law Journal*, 16(4), 395-416.

- Pech, L. (2010). A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law. *European Constitutional Law Review*, 6, 359-396.
- Pennera, C. (1995). The Beginnings of the Court of Justice and Its Role as a Driving Force in European Integration. *Journal of European Integration History*, 1(1), 111-128.
- Pernice, I. (1999). Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? *Common Market Law Review*, 36, 703-750.
- Pescatore, P. (1970). Diritto comunitario e diritto nazionale secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. *Foro italiano*, 93(4), 37-48.
- Pescatore, P. (1972). Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. En *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch* (Vol. 2, pp. 325-363). Bruxelles-Paris: LGDJ.
- Pescatore, P. (2007 [1985]). *Vademécum. Recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts* (3ra ed.). Bruxelles: Bruylant.
- Prechal, S. (2007). Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union. En C. Barnard (Ed.), *The Fundamental of EU Law Revisited* (pp. 35-69). Oxford: Oxford University Press.
- Rasmussen, H. (1986). *On Law and Policy in the European Court of Justice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Rasmussen, H. (2010). From *Costa v ENEL* to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution. En M. Poiarés Maduro y L. Azoulai (Eds.), *The Past and Futuru of EU Law* (pp. 69-85). Oxford: Hart Publishing.
- Raz, J. (1998). On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries. En L. Alexander (Ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations* (pp. 152-192). Cambridge: Cambridge University Press.
- Ritter, C. (2006). A New Look at the Role and Impact of Advocates-General – Collectively and Individually. *Columbia Journal of European Law*, 12(3), 751-773.

- Robertson, D. (2010). *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press.
- Sankari, S. (2013). *European Court of Justice Legal Reasoning in Context*. Groningen: Europa Law Publishing.
- Schauer, F. (2008). Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy. *Perspectives on Psychological Science*, 3(6), 454-460. doi:10.1007/978-94-007-4670-1_3
- Schauer, F. (2009). *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Schepel, H., y Wesseling, R. (1997). The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe. *European Law Journal*, 3(2), 165-188.
- Schermers, H. G., y Waelbroeck, D. F. (2001). *Judicial Protection in the European Union* (4ta ed.). The Hague: Kluwer Law International.
- Schuman, R. (1953). Préface. En P. Reuter (Ed.), *La Communauté Européenne de Charbon et de l'Acier*. París: LGDJ.
- Shany, Y. (2006). Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, 16(5), 907-940.
- Shapiro, M. (1972). Toward a Theory of 'Stare Decisis'. *Journal of Legal Studies*, 1(1), 125-134.
- Shapiro, M. (1980). Comparative Law and Comparative Politics. *Southern California Law Review*, 53, 537-542.
- Sharpston, E., y De Baere, G. (2011). The Court of Justice as a Constitutional Adjudicator. En A. Arnall (Ed.), *A Constitutional Order of States?* (pp. 123-150). Oxford-Portland: Hart.
- Shaw, J. (2003). The European Union: Discipline Building Meets Polity Building. En P. Cane y M. Tushnet (Eds.), *Oxford Handbook of Legal Studies* (pp. 325-352). Oxford: Oxford University Press.
- Slaughter, A.-M., Stone Sweet, A., y Weiler, J. H. H. (1998). *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*. Oxford-Portland: Hart.
- Smith, C. (2008 [1928]). *Constitutional Theory* (J. Seitzer, Trans.). Durham: Durham University Press.

- Snyder, F. (1987). New Directions in European Community Law. *Journal of Law and Society*, 14(1), 167-182.
- Stein, E. (1981). Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution. *American Journal of International Law*, 75, 1-27.
- Stone Sweet, A. (2000). *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Stone Sweet, A. (2004). *The Judicial Construction of Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Stone Sweet, A., y Mathews, J. (2007). Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 73-165.
- Stone Sweet, A., y McCowan, M. (2003). Discretion and Precedent in European Law. En O. Wiklund (Ed.), *Judicial Discretion in European Perspective* (pp. 84-115). La Haya-Estocolomo: Kluwer-Norstedts Juridik.
- Sweeney, J. A. (2007). A “Margin of Appreciation” in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights. *Legal Issues of Economic Integration*, 34(1), 27-52.
- Trabucchi, A. (1963). Un nuovo diritto. *Rivista di diritto civile*, 259-272.
- Tridimas, T. (1997). The Role of the Advocate General in the Development of Community Law: Some Reflections. *Common Market Law Review*, 34, 1349-1387.
- Tridimas, T. (2011). Constitutional Review of Member State Action: The Virtues and Vices of an Incomplete Jurisdiction. *International Journal of Constitutional Law*, 9(3-4), 737-756.
- Usher, J. (1976). The Influence of National Concepts on Decisions of the European Court. *European Law Review*, 1, 359-374.
- Vauchez, A. (2010). The Transnational Politics of Judicialization. Van Gend en Loos and the Making of EU Polity. *European Law Journal*, 16(1), 1-28.
- Vesterdorf, B. (2006). A Constitutional Court for the EU. *International Journal of Constitutional Law*, 4(4), 607-617.
- von Bogdandy, A. (2000a). A Bird's Eye View on the Science of European Law. *European Law Journal*, 6(3), 208-238.

- von Bogdandy, A. (2000b). The European Union as a Human Right Organization? *Common Market Law Review*, 37, 1307-1338.
- von Bogdandy, A. (2010). Founding Principles. En A. von Bogdandy y J. Bast (Eds.), *Principles of European Constitutional Law* (pp. 11-54). Oxford: Hart Publishing.
- von Bogdandy, A., y Schill, S. (2011). Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, 48, 1417-1454.
- Walker, N. (2002). The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*, 65, 317-359.
- Walker, N. (2003). Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation. En J. H. H. Weiler y M. Wind (Eds.), *European Constitutionalism Beyond the State* (pp. 27-54). Cambridge: Cambridge University Press.
- Walker, N. (2005). Legal Theory and the European Union: A 25th Anniversary Essay. *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 581-601.
- Weiler, J. H. H. (1981). The Community System: the Dual Character of Supranationalism. *Yearbook of European Law*, 1, 267-306.
- Weiler, J. H. H. (1987). The Court of Justice on Trial. *Common Market Law Review*, 24, 555-589.
- Weiler, J. H. H. (1999). *The Constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weiler, J. H. H. (2001). Epilogue: The Judicial Après Nice. En G. de Búrca y J. H. H. Weiler (Eds.), *The European Court of Justice* (pp. 215-226). Oxford: Oxford University Press.
- Wells, M. (1994). French and American Judicial Opinions. *Yale Journal of International Law*, 19, 85-103.

