

**EL RETORNO DE LOS LÍMITES  
CONSTITUCIONALES A LA PRIMACÍA: A  
PROPÓSITO DEL RECIENTE RUGIDO DEL  
GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA**  
**European Law primacy and the return of the  
constitutional limits: on the recent roar of the German  
constitution's guardian**

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE<sup>1</sup>  
*Investigador Ramón y Cajal. UNED*

**SUMARIO:**

- I. Planteamiento.
- II. El problema de la interpretación constitucional en el orden jurídico multinivel europeo: el pluralismo ante el espejo del diálogo constitucional.
- III. La importancia de la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión Europea.
- IV. El retorno de los límites constitucionales (contralímites).
- V. Consideraciones finales: el diálogo como necesidad.

*La verdadera amistad busca tres cosas: la virtud, por honesta;  
el diálogo, como deleite; y la utilidad, como necesidad, Plutarco.*

**I. PLANTEAMIENTO**

Recientemente el Tribunal Constitucional Federal alemán ha declarado, en una sentencia de 5 de mayo (2020), de gran eco mediático, que el Tribunal de Justicia de

<sup>1</sup> Agradecimientos. El autor agradece el apoyo de la Ayuda del Programa “Ramón y Cajal” (RYC) 2015 (RYC-2015-188821), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación a través de la Agencia Estatal de Investigación (EAI), y cofinanciado por el Fondo Social Europeo. Asimismo, agradece las observaciones realizadas por los evaluadores anónimos, así como por el Secretario de la Revista, D. Miguel Azpitarte Sánchez, pues han permitido mejorar el texto; todos los errores remanentes son imputables al autor.

la UE en su decisión *Weiss y otros* (2018)<sup>2</sup> habría dictado una sentencia *ultra vires*, no siendo vinculante ni aplicable en territorio alemán<sup>3</sup>.

El Tribunal Constitucional Federal conoce en este caso de un recurso planteado por algunos grupos particulares en Alemania en el que se impugnan las decisiones de compras llevadas a cabo por Banco Central Europeo dentro del Programa de Compras del Sector Público (PSPP, por sus siglas en inglés), cuyo objetivo era la compra de bonos soberanos en mercados secundarios, para mantener la estabilidad tanto de los precios como de la inflación.

En opinión de los recurrentes estas decisiones constituían un acto *ultra vires* que infringía el reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, conforme a lo previsto en el art. 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>4</sup>, según el mandato del BCE del art. 127.1 y 2, así como en los artículos 17 a 24 del Protocolo (núm. 4) sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (Protocolo SEBC y BCE), y vulnerarían el artículo 123 TFUE<sup>5</sup>; así como también supondrían una vio-

2 Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2018, *Weiss y otros*, 493/17, EU:C:2018:1000.

3 Decisión de 5 de mayo de 2020, BVerfG, *PSPP*, 859/15.

4 Art. 119 TFUE: “1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá, en las condiciones previstas en los Tratados, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia. /2. Paralelamente, en las condiciones y según los procedimientos previstos en los Tratados, dicha acción supondrá una moneda única, el euro, la definición y la aplicación de una política monetaria y de tipos de cambio única cuyo objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la política económica general de la Unión, de conformidad con los Principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia. / 3. Dichas acciones de los Estados miembros y de la Unión implican el respeto de los siguientes principios rectores: precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable”.

5 Art. 123.1 TFUE: “Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo ‘bancos centrales nacionales’, en favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales”.

lación del principio democrático que consagra la Ley Fundamental, atentando contra la identidad constitucional de Alemania.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, cuando conoció del caso, planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, en el que preguntaba básicamente si las decisiones del BCE, en las condiciones en que se estaban ejecutando, infringían los artículos antes referidos del TFUE. En particular hacía énfasis en la posible falta de motivación de las decisiones y de la información posterior facilitada, e interrogaba también sobre las consecuencias de un hipotético impago por parte de un Estado miembro.

El Tribunal de Justicia examina estas cuestiones y no aprecia que exista ninguna circunstancia que afecte a la validez de las decisiones; no admitiendo la última de las cuestiones referida a un hipotético supuesto en el que un Estado miembro entrara en impago y se requiriera la recapitalización.

Es importante tener en consideración que la sentencia *Weiss* no estuvo exenta de críticas. Desde el principio se apuntó que mantenía básicamente los mismos argumentos que en *Gauweiler (2016)*<sup>6</sup> y que reflejaba cierta dejación, falta de voluntad, o incluso una renuencia a revisar en sentido estricto las acciones del BCE, al prescindir o abstenerse de examinar los efectos reales o prácticos de la implementación de las medidas<sup>7</sup>; también se señaló que, en realidad, desarrollaba una especie de control de proporcionalidad procedimental (y por tanto no sustantivo) con cierta deferencia hacia la posición del BCE, lo que chocaba inevitablemente con la perspectiva del Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>8</sup>.

Pero, sin duda, la crítica más dura ha venido precisamente en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal que resuelve el caso y la declara ultra vires, lo que no deja de llamar la atención si tenemos en cuenta que fue más deferente en la anterior ocasión cuando resolvió el caso *Gauweiler*<sup>9</sup>. Las palabras que utiliza el Tribunal Constitucional germano son duras. Entiende que la sentencia europea no ha revisado de forma suficiente la proporcionalidad de las decisiones de compra adoptadas

6 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2015, *Gauweiler y otros*, 62/14, EU:C:2015:400.

7 M. van der SLUIS, "Similar, Therefore Different: Judicial Review of Another Unconventional Monetary Policy in Weiss (C-493/17)", *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 46, núm. 3, 2019, pp. 263-284.

8 M. DAWSON y A. BOBIĆ, "Quantitative easing at the Court of Justice- Doing whatever it takes to save the euro: Weiss and Others", *Common Market Law Review*, vol. 56, núm. 4, 2019, pp. 1005-1040.

9 Decisión de 21 de junio de 2016, BVerfG, *Gauweiler*, 2728/13.

por el Banco Central Europeo, y por ello considera que la sentencia dictada es *ultra vires*, y no sería vinculante ni aplicable en Alemania.

La sentencia se ha recibido con una gran reacción crítica, tanto desde las instituciones<sup>10</sup>, como de la dogmática<sup>11</sup> siendo minoritarias algunas visiones positivas desde una perspectiva pluralista<sup>12</sup>.

El propósito aquí no es tanto realizar un comentario o análisis jurídico de la sentencia alemana<sup>13</sup>, sino del reto que supone, desde la perspectiva pluralista, el retorno –si es que alguna vez se fue<sup>14</sup>– de la cuestión de la soberanía y los límites constitucionales con el nuevo rugido del guardián de la norma constitucional alemana.

10 Incluyendo al propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede verse el Comunicado de prensa a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Comunicado de Prensa núm. 58/20, 8 de mayo de 2020, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058es.pdf> [Consulta 23 de julio de 2020].

11 Véase en este sentido, D. SARMIENTO, y D. UTRILLA, “La Corte Constitucional de Alemania se ha vuelto nuclear”, *Euronews*, 15 de mayo de 2020, <https://es.euronews.com/2020/05/15/la-corte-constitucional-de-alemania-se-ha-vuelto-nuclear-punto-de-vista>; R. D. KELEMEN, P. EECKHOUT, F. FABBRINI, R. UITZ, “National Courts Cannot Override CJEU Judgements”, *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 26 de mayo de 2020, <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/>; A. MANGAS MARTÍN, “El Tribunal Constitucional alemán y su ‘fuego amigo’ sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE”, Real Instituto Elcano, *ARI* núm. 72, 2020; B. LOZANO CUTANDA, “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: ¿y ahora qué?”, *Gómez-Acebo & Pombo – Análisis*, mayo 2020, <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/05/La-Sentencia-del-Tribunal-Constitucional-Aleman.pdf> [Todos los enlaces, consulta 23 julio 2020].

12 M. AVBELJ, “The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision”, *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 6 de mayo de 2020, <https://verfassungsblog.de/the-right-question-about-the-fcc-ultra-vires-decision/>, con traducción en español de J.A. TELLO MENDOZA, en “La pregunta correcta sobre la decisión ultra vires del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, *Enfoquederecho.com*, 24 de mayo de 2020, <https://www.enfoquederecho.com/2020/05/24/la-pregunta-correcta-sobre-la-decision-ultra-vires-del-tribunal-constitucional-federal-aleman/> [Consulta 23 de julio de 2020].

13 Para un breve comentario de la misma, véase J. NOWAG, “The BVerfG’s Proportionality Review in the PSPP Judgment and its Link to Ultra Vires and Constitutional Core: Solange Babel’s Tower Has Not Been Finalised”, *Lund University Legal Research Paper Series*, núm. 1, 2020. Accesible en SRN, <https://ssrn.com/abstract=3634218>; así como el trabajo crítico de D. U. GALETTA, y J. ZILLER, “¿Karlsruhe Über Alles? La insostenible pesadez del Juez Constitucional Alemán (sobre la sentencia Zweiter Senat del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 5 de mayo relativa al programa PSPP del Banco Central Europeo)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 73-74, 2020, pp. 179-212.

14 A. BOBIĆ, “Constitutional Pluralism Is Not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice”, *German Law Journal*, vol. 18, núm. 6, 2017, pp. 1395-1428.

## II. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MULTINIVEL EUROPEO: EL PLURALISMO ANTE EL ESPEJO DEL DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

El problema de la interpretación, no se puede negar, siempre ha preocupado al Derecho, también al Derecho constitucional<sup>15</sup> y, por tanto, siempre está presente, más si cabe, cuando se goza, disfruta o vive bajo una Constitución normativa<sup>16</sup>; pues el carácter de la Constitución y, en este caso, la propia Constitución normativa, como manifestación de la última fase del constitucionalismo, incide sobre el núcleo de la ciencia jurídica, de su paradigma científico o su dogmática<sup>17</sup>; por más que uno no pueda ser ajeno a las dinámicas de tensión que para esta normatividad tienen los tiempos líquidos en los que vivimos<sup>18</sup>.

La interpretación que interesa no puede limitarse al texto constitucional, sino que se proyecta también a la interpretación constitucional de cualquier norma jurídica o, si se prefiere, del ordenamiento jurídico. Sin lugar a dudas, la teoría del ordenamiento jurídico de Santi Romano es útil –por el institucionalismo y el pluralismo– para poder explicar ordenes jurídicos complejos como el caso del europeo, y las relaciones en el ordenamiento jurídico de la Unión y los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros<sup>19</sup>.

15 Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, 4.ª edición, Sanz y Torres, Madrid, 2018, p. 211.

16 Conforme a la célebre adjetivación de Loewenstein, que diferencia, desde una perspectiva ontológica, entre constituciones normativas, nominales y semánticas, constituyendo las constituciones normativas aquellas que determinan el proceso político que se somete a las reglas y principios de la Constitución, de forma que las reglas de la misma se ajustan también a las necesidades del país. Véase K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2018.

17 F. BALAGUER CALLEJÓN, “El derecho constitucional de la integración supranacional”, en F. BALAGUER CALLEJÓN, (coord.), *Introducción al Derecho Constitucional*, 5.ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, p. 33.

18 I. VILLAVERDE, “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI”, *Revista de Ajuris*, vol. 45, núm. 144, 2018, pp. 529-555.

19 Sobre la tesis de Santi Romano, véase S. ROMANO, *Ordenamiento Jurídico*, edición de L. Martín-Retortillo, CEPCC, Madrid, 2013; S. MARTÍN RETORTILLO, “La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 39, 1962, pp. 39-78; F. FONTANELLI, “Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations”, *Transnational Legal Theory*, vol. 11, núm. 2, 2018, pp. 67-117. Sobre una interpretación constitucional del ordenamiento, véase asimismo M.

Por ello, la perspectiva constitucionalista parte de la Constitución, pero se proyecta al resto de normas, que interpreta a la luz del texto constitucional; por ello, la interpretación, desde el propio paradigma de la Constitución, será necesariamente constitucional.

Ahora bien, en el marco del proyecto de integración supranacional que supone y constituye la Unión Europea, el texto constitucional no es cerrado, sino que se abre al propio Derecho de la Unión Europea, con sus principios y reglas que penetran en el ordenamiento jurídico interno hasta alcanzar, en algunos casos, rango constitucional, como ocurre con los consagrados principios de autonomía, efecto directo, primacía, e incluso interpretación conforme, que proclama la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>20</sup>, y que permiten dotar de efectividad al ordenamiento jurídico europeo, y por tanto también, a los derechos que el mismo reconoce<sup>21</sup>.

Esto hace difícil, sino imposible, una visión radical tanto de la soberanía nacional –hoy limitada por la transferencia o cesión de competencias a la Unión Europea–, como de la supremacía jerárquica del Derecho de la Unión, y hace más necesario que nunca, tener en consideración los planteamientos pluralistas para una interpretación de las normas e instituciones jurídicas, en el ámbito del proyecto de integración europea.

Las posiciones pluralistas, desde la dogmática constitucional, *iuspublicista*, o incluso comunitarista, han tratado de explicar, desde un punto de vista ordinamental en la mayoría, sino en todos los casos, las relaciones entre el Derecho de la UE y el Derecho interno de los Estados miembros. Quizá son mayoritarias las teorías vinculadas con los llamados pluralismo constitucional (*constitutional pluralism*)<sup>22</sup> y el constitucionalismo multinivel (*multilevel constitutionalism*)<sup>23</sup>.

L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

20 Véase las Sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, EU:C:1963:1; de 15 de julio de 1964, *Costa*, 6/64, EU:C:1964:66; de 13 de diciembre de 1990, *Marleasing*, 106/89, EU:C:1990:395. Algunos autores consideran que estamos ante la proclamación, con autoridad, de principios calificados como constitucionales. G. DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo entre tribunales*, trad. P. Tenorio Sánchez, Civitas, Madrid, 2010, p. 120.

21 J. SARRIÓN ESTEVE, *La efectividad de los derechos en el (y del) orden jurídico de la Unión Europea y sus límites*, CEPC, Colección Foros y Debates, (en prensa).

22 Véase N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 703-750; y K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Para una revisión de la literatura sobre esta teoría, A. BOBIĆ, “Constitutional Pluralism Is Not Dead...” *cit.*

23 I. PERNICE, “Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Cons-

Cabe considerar que aunque ambas teorías pueden tener un origen y un desarrollo diferentes, como se ha señalado ya, comparten ciertas similitudes en términos de su fundamentación teórica y la solución que proporcionan al problema de interconexión de las normas<sup>24</sup>. Así, ambas parten de una perspectiva ordinal, y tienen por objetivo tratar de explicar una arquitectura de relaciones entre ordenamientos jurídicos autónomos, cada uno con su respectiva norma fundamental que define los criterios de validez de sus propias normas y las relaciones con otros ordenamientos. Ordenamientos que están entrelazados de forma que llegan a ser interdependientes, desde una visión o perspectiva integradora y plural que permitiría superar los eventuales conflictos derivados de las teorías soberanistas a partir de un paradigma o teoría en el que los centros de poder y legitimación nacional y transnacional coexisten e interactúan<sup>25</sup>; pudiendo calificarse, estos ordenamientos, y desde la teoría o paradigma multinivel, como subsistemas o subordenamientos que se integran en el complejo sistema u ordenamiento multinivel que los abarca e integra<sup>26</sup>.

Al menos, estas teorías permiten una aproximación racional desde la dogmática constitucional a la compleja realidad jurídica en la que vivimos<sup>27</sup>; además de no ser

titution-making revisited?”, *Common Market Law Review*, vol. 36, 1999, pp. 703-756, y “Multilevel constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, núm. 5, 2002, pp. 511-529; F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 133-158; T. FREIXES SAN JUAN, “Constitucionalismo multinivel e integración europea”, en: T. FREIXES SAN JUAN; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ; y A. ROVIRA VIÑAS (dir.), *Constitucionalismo Multinivel y relaciones entre Parlamentos: Parlamento europeo, Parlamentos nacionales, Parlamentos regionales con competencias legislativas*, CEPCC, Madrid, 2011, pp. 37-50; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, cit., pp. 45 y ss.

24 F. C. MAYER y M. WENDEL, “Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism”, en: A. MATEJ y J. KOMÁREK, (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, p. 151.

25 Sobre la comparativa entre la visión soberanista y pluralista, con cierta crítica al pluralismo, véase F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 15-25.

26 Por lo que se puede afirmar que “el *multilevel* puede configurarse como un paradigma autónomo en el arco del proceso de integración europea, dirigido a explicar esta complejidad jurídica, aplicable a los sistemas integrados por subsistemas que, en el constitucionalismo, pueden enlazarse con el federalismo y con la interpretación sistemática”, véase T. FREIXES SAN JUAN, “Constitucionalismo multinivel e integración europea”, cit., p. 41.

27 Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, cit., pp. 45 y ss.

meramente descriptivas, a pesar de las críticas recibidas en este sentido<sup>28</sup>, sino que ofrecen pautas de resolución de las situaciones de conflicto, es decir, son prescriptivas o, si se prefiere, normativas<sup>29</sup>. Así, estas teorías, se basan en la prescripción de un diálogo constructivo y flexible –en leal cooperación– que se debería dar entre Tribunal de Justicia y los jueces nacionales, en particular los jueces constitucionales, que no pueden quedar limitados a la mera obligación de inaplicación de la norma nacional en conflicto<sup>30</sup>. De esta forma, el problema de la interpretación se colocaría en el centro del tablero y se haría necesario aumentar las ocasiones de diálogo, el cual no debería quedar limitado al diálogo formal a través de las sentencias, sino que debería incluir otros mecanismos como, por ejemplo, los encuentros periódicos entre Tribunal de Justicia y Tribunales Constitucionales<sup>31</sup>.

Otra solución parece difícil ante el “espejismo” de una separación entre ordenamientos<sup>32</sup>, sobre todo tras el Tratado de Lisboa que ha abierto un nuevo horizonte constitucional<sup>33</sup>, lo que acredita tanto el ya frecuente planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de los tribunales con función constitucional, como el propio diálogo que se puede derivar, y la propia revitalización de la doctrina de los contralímites, reservas constitucionales, o límites constitucionales a la primacía del Derecho

28 Sus detractores suelen aludir a que son teorizaciones más bien descriptivas que no resuelven ni aportan soluciones a los conflictos prácticos. Véase precisamente una dura crítica a este respecto en R. D. KELEMEN, P. EECKHOUT, F. FABBRINI, R. UITZ, “National Courts Cannot Override CJEU Judgements”, que incluso llega de forma no muy velada a imputar a las mismas que el Tribunal Constitucional Federal Alemán se haya envalentonado para dictar su reciente sentencia.

29 D. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 352.

30 L. S. ROSSI, “La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter ‘creativi’ (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea”, *Federalismi.it Revista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 3, 2018, p. 9.

31 L. S. ROSSI, “Il ‘triangolo giurisdizionale’ e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana”, *Federalismi.it Revista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 16, 2018, p. 14.

32 I. BORRAJO INIESTA, “Las fricciones jurisdiccionales en la cooperación prejudicial: los tribunales constitucionales ante el Derecho Comunitario”, *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 95, 2007, p. 251.

33 Ciertamente, aunque esta perspectiva se consolidó con el fallido proyecto constitucional, el Tratado de Lisboa ha recogido ese horizonte constitucional, aunque no se llame Constitución. Sobre el nuevo horizonte constitucional abierto tras el Tratado de Lisboa remito a mi trabajo previo, J. SARRIÓN ESTEVE, “El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales”, *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, 121, 2011, pp. 53-102.



de la Unión Europea a la que asistimos<sup>34</sup>; que no es sino manifestación del diálogo antes mencionado, en ocasiones más pacífico, en ocasiones más un debate subido de tono si se quiere, pero diálogo al fin y al cabo.

Piénsese, por ejemplo, en el tortuoso diálogo mantenido por el Tribunal de Justicia con el Tribunal Constitucional checo en *Landtová* (2011)<sup>35</sup>, que acaba con la primera decisión de un tribunal constitucional declarando la sentencia europea como *ultra vires* (2012)<sup>36</sup>, por más que haya parecido un alto en el camino de la cooperación<sup>37</sup>; en el pacífico y conciliador diálogo con el Tribunal Constitucional español en el caso *Melloni* en el que el propio Tribunal Constitucional corrige su jurisprudencia para aceptar la primacía (2013-2014)<sup>38</sup>; con el Tribunal Supremo danés en el caso *Danks Industri/Ajos* (2016) en el que respecto al principio general de Derecho de la UE de no discriminación por razón de edad, que el Tribunal Supremo danés no va a considerar aplicable al caso a pesar de la sentencia europea<sup>39</sup>; con la

34 A este respecto, permítaseme remitir en extenso a J. SARRIÓN ESTEVE, *Los límites a la integración europea en la doctrina constitucional*, Comares, Granada, 2020.

35 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de junio de 2011, *Landtová*, 399/09, EU:C:2011:415.

36 Decisión del Tribunal Constitucional Checo de 31 de diciembre de 2012, Pl ÚS 5/12.

37 Siendo el único caso, parece que el Tribunal Constitucional Checo ha mantenido después una actitud mucho más cooperativa y conciliadora. Véase, A. BOBIĆ, “Constitutional Pluralism Is Not Dead...*cit.*”, pp. 1422-1423.

38 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni*, 399/11, EU:C:2013:107; y STC (Pleno) 26/2014, de 13 de febrero de 2014. Véase J. SARRIÓN ESTEVE, “Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni”, en J.M BAÑO LEÓN (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPCC, 2016, vol. 1., pp. 201-220.

39 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de abril de 2016, *Danks Industri*, 441/14, EU:C:2016:278; y Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de diciembre de 2016, caso n. 15/2014, DI actin for Ajos. Véase D. GONZÁLEZ HERRERA, “Dinamarca contraataca: el caso AJOS, un nuevo desafío para el diálogo judicial”, *European Papers*, vol. 2, núm. 1, 2017, pp. 329-338; M. MADSEN, H. PALMER, y U. SADL, “Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court’s Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation”, *European Law Journal*, vol. 23, núm. 1-12, 2017, pp. 140-150; M. BENACKOVA, “Ajos (Danks Industri)- A challenge to the primacy of EU law?”, KSLR EU Law Blog, 4 de septiembre de 2017, [https://blogs.kcl.ac.uk/kslreuropeanlawblog/?p=1150#\\_ftn3](https://blogs.kcl.ac.uk/kslreuropeanlawblog/?p=1150#_ftn3) [Consulta 25 de julio de 2020], y más recientemente R. HOLDGAARD, D. ELKAN, G. K. SCHALDEMOSE, “From cooperation to collision: The ECJ’s Ajos ruling and the Danish Supreme Court’s refusal to comply”, *Common Market Law Review*, vol. 55, núm. 1, 2018, pp. 17-54.

Corte Constitucional italiana en la reciente y conocida saga *Taricco* (2015-2017)<sup>40</sup>; o el diálogo con el Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la posición y funciones del Banco Central Europeo en *Gauweiler* y ahora *Weiss* (2015-2020), por destacar los ejemplos más conocidos<sup>41</sup>.

Por ello, se hace necesaria una profunda reflexión sobre el papel que deben asumir tanto el Tribunal de Justicia como los Tribunales Constitucionales y Supremos con función constitucional en diálogo constructivo del proyecto de integración europea, lo que requiere una especial atención desde la dogmática constitucional.

### III. LA IMPORTANCIA DE LA PRIMACÍA Y LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

He mencionado que, como es conocido, algunos principios del Derecho de la Unión Europea, proclamados y desarrollados por el Tribunal de Justicia, pueden ser considerados como principios de rango constitucional. Así ocurre, desde luego, con los bien conocidos principios de autonomía, efecto directo, primacía, e interpretación conforme<sup>42</sup> que, además, posibilitan o permiten dotar de efectividad al propio ordenamiento jurídico de la Unión, y a los derechos que el mismo reconoce.

40 Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015, *Taricco I*, C-105/14, EU:C:2015:555; y de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S, M.B.*, C-42/17, EU:C:2017:936; y Corte Costituzionale, 10 de diciembre de 2018, núm. 115/2018, IT:COST:2018:115. Sobre este diálogo se ha escrito muchísimo, puede acudirse a L. S. ROSSI, “How Could the ECJ Escape from the Taricco Quagmire?”, *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 21 de abril de 2017, <https://verfassungsblog.de/how-could-the-ecj-escape-from-the-taricco-quagmire/> [Consulta 22 de julio de 2020]; y V. FAGGIANI, “El diálogo jurisdiccional tras la sentencia del TJUE M.A.S. y M.B.: entre estándar europeo de protección y tendencias centrípetas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 60, 2018, pp. 639-676.

41 Sin duda, hay cierta revitalización de la doctrina constitucional de los contralímites o límites constitucionales a la primacía, muy vinculada al principio de identidad constitucional, y que se manifiesta también en cierta tendencia por parte de los tribunales constitucionales a manifestar nuevas resistencias a la aplicación de la primacía del Derecho de la UE, en mi opinión el peligro no está cuando se plantea una cuestión prejudicial y se mantiene un diálogo franco con el Tribunal de Justicia, por más que el diálogo pueda ser más o menos amistoso, dado que cada tribunal o corte está llamado ser guardián de su ordenamiento, y el mejor entendimiento deriva del diálogo a través de las sentencias; ahora bien, quizá se puede negar cierto peligro de que algunos tribunales constitucionales puedan obviar el diálogo para adentrarse en una senda unilateral de desarrollo de su identidad nacional. Véase G. HALMAI, “Abuse of constitutional identity: The Hungarian Constitutional Court on interpretation of Article E(2) of the Fundamental Law”, *Review of Central and East European Law*, núm. 43, 2018, pp. 23-42.

42 Sentencias *Van Gend & Loos*, *Costa*, y *Marleasing*, ya citadas.

La primacía funciona, desde la perspectiva del Tribunal de Justicia, como dowe central en la arquitectura del orden jurídico de la Unión, al servir como criterio de resolución de los eventuales conflictos que pueden surgir entre sus normas y las normas nacionales, dentro de las relaciones entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento nacional en el que el primero se integra. Esta primacía se puede manifestar en dos vertientes: una normativa (conflicto abstracto), y otra aplicativa (conflicto concreto), produciéndose esta última cuando en un caso concreto hay que elegir entre la norma aplicable, y no pudiendo optar por la interpretación conforme de la norma nacional<sup>43</sup>; el operador debe aplicar la norma europea siempre que goce de efecto directo, desplazando la disposición nacional, con independencia de su naturaleza aunque tuviera rango constitucional<sup>44</sup>, o de su carácter temporal anterior o posterior a la disposición europea<sup>45</sup>. Si la norma o disposición europea careciera de efecto directo, y no fuera posible la interpretación conforme de la disposición nacional con la europea, entonces se abriría la puerta a la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión<sup>46</sup>; y sin perjuicio de la obligación del Estado de proceder posteriormente a la modificación, anulación o derogación de la norma nacional constatada como incompatible<sup>47</sup>; o en caso de mantenimiento del incumplimiento la posibilidad de que la Comisión Europea inicie un procedimiento de infracción del Derecho de la Unión (art. 258 TFUE).

43 D. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, cit. pp. 314 y ss. También cabe explicar el juego de la primacía con los llamados efectos de exclusión (se impide la aplicación de la norma nacional contraria), y de sustitución (se aplica la norma europea en sustitución de la norma nacional). Véase A. LÓPEZ ESCUDERO, “Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 64, 2019, pp. 795-796.

44 Por tanto, también respecto a normas constitucionales, véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, EU:C:1970:114, y *Melloni*, cit.

45 No estando el juez nacional obligado a esperar la modificación, derogación o anulación de la disposición nacional, ya sea por procedimientos legislativos o judiciales. Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, *Simmmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, apartado 24.

46 D. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 272.

47 R. ALONSO GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 5.ª edición, Civitas, Madrid, 2014, p. 92; que si bien quedaría en manos del Estado conforme a los principios de autonomía institucional y procedimental, es algo funcional para garantizar el efecto útil del Derecho de la UE, y por tanto, es controlable por el Tribunal de Justicia. Véase D.A. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Springer, Cham, 2011, p. 122.

Pero la efectividad del Derecho de la UE se garantiza al mismo tiempo con otros principios que complementan la primacía, y que están reconocidos en el TFUE, como son el principio de cooperación leal que obliga tanto a la Unión como a los Estados miembros para la consecución de los objetivos derivados de los Tratados (art. 4.3 TFUE)<sup>48</sup>, y el principio de identidad nacional y constitucional cuyo respeto obliga a la Unión (art. 4.2 TFUE)<sup>49</sup>.

Ahora bien, ¿quién debe determinar la identidad nacional y constitucional de los Estados miembros? ¿Es acaso cada tribunal con jurisdicción constitucional nacional el que debe, a la luz de su constitución normativa, delimitar el núcleo de su constitución, esto es, la identidad constitucional de su Estado?, ¿debe ser el Tribunal de Justicia el que delimite hasta qué punto la efectividad del Derecho de la UE, y por tanto la primacía debe ceder o verse limitada para preservar esta identidad, y por tanto definirla?

La Unión Europea está formada actualmente por 27 Estados miembros<sup>50</sup>; por eso es muy sugestivo el razonamiento que hace Cruz Villalón en sus conclusiones a

48 Art. 4.3 TFUE: “Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. / Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. / Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”.

49 El principio de identidad nacional se introduce con el Tratado de Maastricht en 1992 (“La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros”, art. 6.3), pero se amplía con la reforma de los Tratados, y el actual art. 4.2 TFUE dispone “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”. Sobre este importante principio se ha escrito ya bastante: A. SANZ ARNAIZ y ALCOBERRO LIVIA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, Intersentia, Reino Unido, 2013.

50 Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos (Holanda) que en 1951 firman el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) que entra en vigor el 23 de julio de 1952 por un período de 50 años; en 1957 los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA, o EURATOM), que entran en vigor el 1 de enero de 1958. El resto, que se incorpora en diferentes ampliaciones, son: Irlanda y Dinamarca (1973); Grecia (1981); España y

*Gauweiler*<sup>51</sup>, en el sentido de que: “me parece una tarea poco menos que imposible la de preservar esta Unión, tal como hoy la tenemos, si se la pretende someter a una absoluta reserva, apenas especificada y prácticamente a la libre disposición de cada uno de los Estados”, pues “dejaría muy probablemente al ordenamiento de la Unión en una posición residual”.

Y lo es porque, al mismo tiempo, si dejamos en las exclusivas manos del Tribunal de Justicia esta facultad, difícilmente sería posible la pervivencia de ciertas identidades constitucionales, que sucumbirían al arrastre de las tendencias centrípetas de la uniformidad y efectividad de un Derecho de la Unión más preocupado por preservar las tradiciones constitucionales comunes, o la cultura constitucional común, que no la idiosincrasia constitucional o nacional de algunos Estados miembros. En este sentido, si bien el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre esta cuestión en *Gauweiler*, el propio Cruz Villalón lo puso de manifiesto de una forma clara:

“Esa cultura constitucional común aparece como parte de la identidad común de la Unión, con la importante consecuencia, a mi juicio, de que la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del Derecho de la Unión debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros”<sup>52</sup>.

Es el diálogo entre Cortes el instrumento necesario, idóneo, para poder comprenderse y entenderse. El Tribunal de Justicia ha dado muestras de comprensión hacia la identidad constitucional de los Estados miembros, a veces de forma explícita, piénsese, por ejemplo, en *Omega* (2004)<sup>53</sup> respecto a la importancia que tiene

Portugal (1986); Austria, Finlandia y Suecia (1995); República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia (2004); Rumanía y Bulgaria (2007); Croacia (2013). Una nota particular merece el Reino Unido que, tras su incorporación en 1973 junto a Irlanda y Dinamarca, abandona la UE con efectos de 31 de enero de 2020.

51 Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de enero de 2015, *Gauweiler*, 62/14, EU:C:2015:7, apartados 59 y 60.

52 *Idem*, apartado 61.

53 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de octubre de 2004, *Omega*, 36/02, EU:C:2004:614.

la dignidad humana en la identidad constitucional alemana; en *Sayn Wittgestein* (2010)<sup>54</sup> en relación con el principio de igualdad en la identidad constitucional de Austria; o en *M.A.S, M.B* (2017) en el marco de la saga *Taricco* que antes hemos comentado, y donde habría aceptado la identidad como excepción a la primacía, de forma que no serían ni podrían ser comprendidos como conceptos antitéticos y llamados a la contradicción<sup>55</sup>, aunque esta sentencia también puede ser leída de otra manera, ya que el Tribunal de Justicia obvia los contralímites y se apoya más bien en el concepto de las tradiciones constitucionales comunes, evitando de esa manera el conflicto directo entre primacía e identidad constitucional<sup>56</sup>.

Tampoco parece que las decisiones *Gauweiler* (2016), y *Weiss y otros* (2018), ya en el diálogo con el Tribunal Constitucional Federal, puedan considerarse ejemplos de consideración hacia la identidad y los límites constitucionales de los Estados miembros, sino más bien sentencias enfocadas desde y para el Derecho de la UE, con el problema añadido de la deferencia, quizá excesiva, manifestada por el Tribunal de Justicia hacia la posición y funciones del Banco Central Europeo, cuestión de indudable relevancia para el Derecho constitucional europeo.

#### IV. EL RETORNO DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES (CONTRALÍMITES)

No se puede identificar, sin más, identidad nacional y constitucional con los límites constitucionales, contralímites o las llamadas reservas constitucionales; entendiendo como tales no tanto las reservas o límites formales que pueden existir en los textos constitucionales sino más bien una doctrina constitucional desarrollada por los tribunales constitucionales o tribunales supremos en algunos Estados miembros para la defensa de los principios del núcleo o corazón de su constitución, de forma que se aceptaría formalmente la primacía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, pero condicionada a la preservación de estos mínimos principios que formarían el corazón constitucional del ordenamiento.

El origen de esta doctrina es bien conocido, debiendo buscarla en Italia y en Alemania, donde a diferencia del resto de Estados fundadores, sus respectivos Tribunales constitucionales buscaron los recursos constitucionales necesarios para recono-

54 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2010, *Sayn Wittgestein*, 208/09, EU:C:2010:806.

55 V. FAGGIANI, *op. cit.*, p. 653.

56 L. S. ROSSI, "How Could the ECJ Escape from the Taricco Quagmire?", *cit.*

cer la primacía del Derecho comunitario, pero limitando su operatividad a través de los contralímites o las reservas constitucionales<sup>57</sup>.

La importante doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal alemán es muy conocida<sup>58</sup>, y parte desde *Solange I* (1974)<sup>59</sup>, *Vielleicht* (1979)<sup>60</sup>, *Solange II* (1986)<sup>61</sup>, *Maastricht Urteil* (1993)<sup>62</sup>, *Banana case* (2000)<sup>63</sup>, *Arrest Warrant* (2005)<sup>64</sup>, *Lisboa* (2009)<sup>65</sup>, *Honeywell* (2010)<sup>66</sup>, *OMT* (2014)<sup>67</sup>, *Arrest Warrant II* (2015)<sup>68</sup>, *Gauweiler* (2016)<sup>69</sup>, y la reciente sentencia del caso *PSPP* (2020)<sup>70</sup>.

57 Siempre una cuestión problemática al tratar de un análisis jurisprudencial que puede variar de forma dinámica tanto como consecuencia de una evolución jurisprudencial como debido a alguna modificación en el texto constitucional. En J. SARRIÓN ESTEVE, “En búsqueda de los límites constitucionales a la integración europea”, *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, núm. 131, 2011, pp. 81-142, se identifica el desarrollo de la doctrina de los límites constitucionales siguiendo el ejemplo de Italia y Alemania, en Bélgica, Irlanda, España, Dinamarca, Reino Unido (que aún formaría parte UE), Francia, Polonia, Chipre, y la República Checa. Me ocupo más en extenso en el reciente trabajo J. SARRIÓN ESTEVE, *Los límites a la integración europea en la doctrina constitucional*, cit. Hoy habría que prescindir de alguno de estos casos, incluyendo a Chipre por una modificación constitucional, y añadir otros casos como el de Hungría.

58 Se puede acudir a los excelentes trabajos de C. VIDAL PRADO, “Alemania”, en J. TAJADURA y J. DE MIGUEL (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal, Cuadernos y Debates*, CEPC, Madrid, 2008; y D. GRIMM, M. WENDEL, y T. REINBACHER, “European Constitutionalism and the German Basic Law”, en A. ALBI, S. Bardutzky (ed.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, vol. 1, Asser Press, Springer, The Hague, 2019, pp. 407-492.

59 Decisión de 29 de mayo de 1974, *Solange I*, BVerfG, 52/71.

60 Decisión de 25 de julio de 1979, *Vielleicht*, BVerfG, 4/168.

61 Decisión de 22 de octubre de 1986, *Solange II*, BVerfG, 197/83.

62 Decisión de 12 de octubre de 1993, *Maastricht case*, BVerfG 2134, 2159/92.

63 Decisión de 7 de junio de 2000, *Banana Market*, 1/97.

64 Decisión de 18 de julio de 2005, *Arrest Warrant*, BVerfG, 2BvR 2236/04.

65 Decisión de 30 de junio de 2009, *Lisbon Treaty*, BVerfG, 2 BvE 2/08. Sobre esta sentencia véase el excelente estudio de A. LÓPEZ CASTILLO, J.A. MENÉNDEZ, y C. VIDAL PRADO (coord.), *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, CEPC, Madrid, 2011.

66 Decisión de 6 de junio de 2010, *Honeywell*, BVerfG, 2BvR 2261/06.

67 Decisión de 14 de enero de 2014, *OMT*, BVerfG 2728/13.

68 Decisión de 15 de diciembre de 2015, BVerfG, *European Arrest Warrant II*, 2735/14.

69 Decisión *Gauweiler* 2728/13, ya citada.

70 Decisión de 5 de mayo de 2020, BVerfG, *PSPP*, 859/15.

En síntesis, se puede decir que en la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán podemos encontrar tres tipos de reservas constitucionales diferentes: 1) la referida a la protección de los derechos fundamentales, que se desarrolla en Solange II; 2) la referida al control *ultra vires*, que se manifiesta en el control de las competencias, desde la sentencia Maastricht, pasando por Lisboa, *Honeywell*, *OMT*; y 3) la reserva de identidad constitucional nacional, o la revisión de identidad, que sería a día de hoy el concepto quizá más difuso, y de la que se habría ocupado algo en *OMT*<sup>71</sup>.

La reciente sentencia del caso *PSPP* o *Weiss*, en la que declara *ultra vires* la sentencia del Tribunal de Justicia se incardinaría en el segundo tipo de reservas constitucionales; pero en el fondo la cuestión implícita es el consabido problema de la competencia de decidir la propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), manifestado en *Lisboa*.

A pesar de los recelos existentes, y de los miedos derivados del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana, que se han puesto de manifiesto en el planteamiento, no se trata de una doctrina novedosa, sino la aplicación práctica de los contralímites, quizá prescindiendo de la deferencia para atacar la falta de motivación y el juicio de proporcionalidad realizado por el Tribunal de Justicia en *Weiss*.

Creo, como Avbelj, que el problema en el reciente rugido constitucional no está en el pluralismo constitucional en sí<sup>72</sup>, sino que se trata de un grito en un debate de titanes, aunque ciertamente es mejorable todo diálogo y preferible cierta aterciopelada suavidad en el mundo del Derecho. Pueden buscarse fórmulas para mejorar este diálogo como, por ejemplo, potenciando el diálogo informal, al modo que propone Rossi, con encuentros entre jueces constitucionales a través de altas conferencias<sup>73</sup>; o la propuesta de *lege ferenda* de Weiler y Sarmiento de crear una cámara constitucional mixta que pueda resolver los conflictos constitucionales<sup>74</sup>; quizá el Tribunal de Justicia debería de haber realizado un escrutinio más riguroso sobre el ejercicio de las funciones constitucionales del BCE, pues todo poder conlleva responsabilidad y dar cuenta de la misma; y también el BCE debe estar sometido al control judicial.

71 D. GRIMM, M. WENDEL y T. REINBACHER, *op. cit.*, pp. 423-426.

72 M. AVBELJ, *op. cit.*, *in fine*.

73 L.S. ROSSI, “Il ‘triangolo giurisdizionale’ e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana”, *cit.*, p. 14.

74 J.H.H. WEILER, y D. SARMIENTO, “The EU Judiciary After Weiss- Proposing a New Mixed Chamber of the Court of Justice”, *eulawlive.com*, 2 junio 2020, <https://eulawlive.com/op-ed-the-eu-judiciary-after-weiss-proposing-a-new-mixed-chamber-of-the-court-of-justice-by-daniel-sarmiento-and-j-h-h-weiler/> [Consulta 28 de julio de 2020].



Asimismo, sería importante, para que pueda fructificar un diálogo cooperativo, que igual que los tribunales constitucionales han aceptado –aunque sea con matizaciones– el principio de primacía del Derecho de la UE, el Tribunal de Justicia pueda abrirse a dialogar sobre los contralímites o reservas constitucionales, pues aunque estén en algún caso implícito es mejor enfrentar el dilema de frente; como también debe hacer, aunque esto es más sencillo por su reconocimiento en el propio Tratado, en relación con el principio de identidad nacional y constitucional que, si bien hay que respetar su preservación, debe tener también sus propios límites.

## V. CONSIDERACIONES FINALES: EL DIÁLOGO COMO NECESIDAD

El propósito de este trabajo ha sido realizar una pequeña aproximación al debate en torno a la primacía y efectividad del Derecho de la UE y sus límites, a través de los contralímites o límites constitucionales, desde una perspectiva abierta y pluralista.

La identidad nacional (y constitucional) no puede ser reconducida sin más, en mi humilde opinión, a la búsqueda de una síntesis de las tradiciones constitucionales comunes o de una cultura constitucional común europea que integre y subsuma las identidades constitucionales, pues esto implicaría la desaparición de algunas de ellas; las tradiciones constitucionales comunes, integran, junto con los principios constitucionales reconocidos en los Tratados o en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea esa cultura constitucional común, ese Derecho constitucional europeo que debe regir y determinar el Derecho de la Unión.

Pero uno de esos principios es el respeto a la identidad nacional y constitucional de los Estados miembros; y si bien cabe exigir que esa identidad se ajuste a unos mínimos constitucionales compartidos (Democracia, Estado de Derecho, Derechos Fundamentales y sus garantías, etc.), no por ello debe imponer, más allá de esos mínimos, lo común sobre la diversa identidad que responde a la historia constitucional de cada Estado miembro (estructuras territoriales, políticas constitucionales, principios constitucionales o derechos fundamentales singulares).

Precisamente, esta dinámica de tensión permanente entre lo común y lo diverso, entre la primacía y efectividad del Derecho de la UE y la identidad constitucional en el marco de los contralímites, que se manifiesta en el diálogo constitucional entre tribunales, es lo que puede permitir un avance significativo, y sin pausa, del proyecto común europeo con el indudable enriquecimiento de la dialéctica constitucional.

Y ello sin, al mismo tiempo, abrir la puerta de salida del proyecto de construcción común al diferente o minoritario. No debe asustar el diálogo franco o audaz, sino el silente desprecio por la primacía y efectividad del Derecho de la Unión, si se produjera, y ciertos riesgos que sin duda son manifiestos en algunos sistemas, pero frente a los que existen instrumentos que pueden garantizar la necesaria efectividad del Derecho de la Unión, que también puede permitirse respetar la identidad constitucional, porque en ello también está su propia efectividad, entendiendo el Derecho de la UE de una forma comprensiva, es decir, integradora de la diferencia, dentro los mínimos exigibles.

Así, el diálogo colaborativo e incluso competitivo, siempre para ser constructivo, y en aras de un mejor entendimiento y una mayor exigencia en la aplicación del Derecho, puede y debe ser bienvenido. Habrá que estar atentos al avance del mismo los retos que plantea.

### **Resumen**

*Recientemente hemos podido asistir a una revitalización del debate sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea y los eventuales límites de la misma que algunos tribunales constitucionales defienden para preservar la identidad constitucional y otros principios esenciales del orden jurídico interno.*

*El Tribunal Constitucional Federal alemán ha declarado, en sentencia de 5 de mayo de 2020, que la sentencia Weiss y otros del Tribunal de Justicia de la UE es ultra vires. La reacción mayoritaria institucional y doctrinal ha sido la de cuestionar la decisión del Tribunal alemán, así como el pluralismo constitucional que entienden está detrás de la misma.*

*Este trabajo, desde una perspectiva abierta y plural, trata de aproximarse al debate constitucional, identificar algunos de los problemas existentes en el orden jurídico multinivel europeo, y defender que, no siendo las cosas fáciles, se hace más necesario que nunca huir de posiciones absolutas y buscar el diálogo entre tribunales.*

#### **Palabras clave**

*Primacía, contralímites, identidad constitucional, pluralismo constitucional, constitucionalismo multinivel.*

### **Abstract**

*There is a revitalization of the debate on the primacy of European Union law and the eventual limits defended by some constitutional courts in order to preserve constitutional identity and other essential principles of the internal legal order.*

*The German Federal Constitutional Court has declared recently, in a judgment of 5th of May of 2020, that the Weiss and others judgment of the EU Court of Justice is ultra vires. The major part of the institutional and doctrinal reaction has been to question the decision of the German Court, as well as the constitutional pluralism that they understand is behind this decision.*

*In this work, from an open and plural perspective, I try to make an approximation to the*

*constitutional debate, and to identify some of the problems of the European multilevel legal order, and I also defend that, although things are not easy, it is more necessary than ever to avoid absolute positions and to seek the dialogue between courts.*

**Keywords**

*Primacy, counter-limits, constitutional identity, constitutional pluralism, multi-level constitutionalism.*

Recibido: 8 de octubre de 2020

Aceptado: 8 de noviembre de 2020