Daniel SARRMIENTO: *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*. Prólogo de D. Ruiz Jarabo. ED. Thomson/Civitas y Garrigues, Madrid, 2004, 379 páginas.

El presente estudio es de lectura obligada para aquellos que estén empeñados en la comprensión del Poder Judicial de la Unión Europea. Su provecho nace, como es lógico, de las tesis que se despliegan, a las que dedicaré la esencia de esta recensión. Pero su interés estriba también en la estructura metodológica; el trabajo de Sarmiento plantea cuestiones relativas a los problemas clásicos del derecho público (en esa mixtura tan atractiva de lo constitucional y lo administrativo que provoca el derecho europeo), y lo hace con un detallado conocimiento de la realidad jurídica de la Unión, en este caso de su jurisprudencia. La madurez de la dogmática española que se ocupa del derecho europeo sólo puede transitar por estos caminos.

Se trata de un libro brillante, aunque no perfecto. El autor reconoce que lo escribió en unos cuantos meses (p. 38). Seguramente, con algo más de tiempo se hubieran superado pequeños defectos formales (redundancias lingüísticas evitables y reiteración de argumentos), a la vez que se hubiera aligerado la extensión dando al libro mayor contundencia. En todo caso, el lector no tendrá dificultades para soslayar estos reparos cuando se adentre en los interesantes argumentos del autor. Veamos sus trazas principales para luego realizar una valoración crítica.

I. El punto de partida: La crisis existencial del poder judicial de la Unión.

Sarmiento comienza el libro con un capítulo dedicado a situar el marco de su investigación. En esas primeras páginas espiga una clara comprensión del Poder Judicial de la Unión: «La organización judicial que nos presenta la CE/UE puede calificarse como un poder judicial autónomo, integrado por los Tribunales comunitarios

(TJCE y TPI) y los Tribunales nacionales. Aunque parezcan planos institucionales diferenciados, tanto unos como otros operan en un marco organizativo común debido a una relación de mutua necesidad» (p. 46). Tras esta certera y rotunda definición, el autor destaca, como no podía ser de otro modo, la integración del juez ordinario en el Poder Judicial de la Unión; el juez estatal ostenta potestad para aplicar derecho comunitario en las controversias que le toque resolver¹. Desde esos elementos, Sarmiento llega sin solución de continuidad a la pregunta central del trabajo, que ya había anticipado expresivamente en la p. 43: «Si los jueces nacionales son los jueces de Derecho común y se encargan de solventar el caso concreto, ¿quién será el Tribunal encomendado con la máxima interpretación del derecho Comunitario?»². La «crisis existencial del Poder Judicial de la Unión» radica precisamente en la necesidad de articular el Poder Judicial de la Unión, en concreto la relación entre los jueces ordinarios y el Tribunal de Justicia.

1 No comparto la expresión utilizada por Sarmiento para describir este fenómeno: «desdoblamiento en la función jurisdiccional» (p. 41). La función jurisdiccional permanece intacta en su unidad. Consiste, como nos señala el art. 117 de la Constitución en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» por jueces independientes. La naturaleza de la potestad jurisdiccional y su unidad no se ve alterada por la incorporación de un nuevo ordenamiento en el desempeño de esa función (sea el ordenamiento comunitario o los ordenamientos autonómicos).

2 Esta es una pregunta central en la discusión constitucional de la Unión. Para insertarla en un contexto más amplio remito a mi monografía, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 31-48.

Antes de adentrarse en la respuesta, Sarmiento expone tres modelos posibles de ordenación del Poder Judicial de la Unión, siempre tomando como referencia la cuestión prejudicial (modelos descritos en pp. 62-76 y más adelante otra vez en 284 y sigs.). En el modelo horizontal o de cooperación formal se daría una precisa separación de funciones entre el juez ordinario y el Tribunal de Justicia. Éste sería competente para solventar las dudas de interpretación y validez del derecho comunitario, y el juez ordinario para la resolución de la controversia concreta. En el modelo vertical o de corte federal, el Tribunal de Justicia ocuparía la cúspide del sistema judicial, siendo el órgano llamado a resolver definitivamente toda controversia de derecho comunitario. Finalmente, el modelo discursivo daría lugar a una jurisprudencia fruto de un proceso en el que todas las partes jurisdiccionales tendrían ocasión de pronunciarse, dando lugar así a un resultado «racional».

Una vez expuestos estos modelos abstractos, que serán siempre un patrón de referencia utilísimo, Sarmiento se lanza en los capítulos siguientes a exponer concretamente el modelo de articulación del Poder Judicial de la Unión. Su estudio ofrece una respuesta en la que pretende ordenar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para componer un modelo lógico (capítulos segundo, tercero y cuarto), y concluye con una propuesta final sobre las posibilidades del modelo discursivo (capítulo quinto).

II. La tesis central: El modelo actual del poder judicial de la Unión.

Sarmiento sostiene que la articulación del Poder Judicial de la Unión resulta de una singular combinación de los tres modelos abstractos antes descritos. Se trata, sin duda, de una combinación desequilibrada. El modelo federal, que sitúa al Tribunal de Justicia al frente de un sistema judicial integrado, sería la estructura dominante. Destinada a la resolución de la

mayoría de las controversias de derecho comunitario, cumple la función de asegurar la indispensable uniformidad de la norma comunitaria. El modelo de cooperación formal, riguroso en la distribución de funciones, tendría un espacio residual orientado a salvaguardar la competencia de juez estatal en la interpretación de su propia competencia. Finalmente, el modelo discursivo, caracterizado por el diálogo entre jurisdicciones, sería el adecuado para solventar los asuntos constitucionales, entendidos éstos como la expresión normativa de valores fundamentales de la comunidad política (en p. 235 se expone de manera sintética la conclusión del libro).

1. *El modelo federal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.*

El autor intenta dar sentido⁴ a una serie de principios jurisprudenciales con la intención de demostrar que la interpretación de la cuestión prejudicial por el Tribunal de Justicia resulta en un modelo federal cuya cúspide le pertenece. Esa ordenación de sentido se compone de tres elementos.

Primero, estudiada en el capítulo segundo, se expone la doctrina jurisprudencial que concede al Tribunal de Justicia potestad para ser el guardián último y definitivo de la interpretación del derecho comunitario. Según Sarmiento, los eslabones de esta doctrina son el principio de cosa juzgada material, la objetivación de la duda que obliga al reenvío, las condiciones que se exigen en el planteamiento de la cuestión para que la respuesta del Tribunal sea útil, el monopolio de control de validez, la obligación del juez ordinario de interpretar el derecho estatal de modo favorable al planteamiento de la cuestión

⁴ A menudo, Sarmiento habla de «la estrategia del Tribunal». Esto, en mi opinión, es un exceso de modestia. El trabajo de Sarmiento no es simplemente una exposición ordenada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sino un verdadero esfuerzo intelectual por darle sentido.

prejudicial y el derecho a la tutela judicial de las pretensiones fundadas en derecho comunitario.

En segundo lugar, durante el capítulo tercero, el autor expone los elementos jurisprudenciales que han ampliado los márgenes de la competencia del Tribunal de Justicia. Estos principios serían la capacidad del Tribunal de Justicia para reformular la pregunta y manipular la concreción o amplitud de la respuesta, la extensión del concepto de órgano jurisdiccional, la intervención sobre controversias estrictamente nacionales que tienen su razón de ser en una discriminación inversa provocada por el derecho nacional o en una remisión del derecho estatal al derecho comunitario y la capacidad de controlar la conformidad del derecho estatal con Directivas cuyo plazo de trasposición aún no ha concluido.

El autor desgrana finalmente, a través del capítulo cuarto, el tercer elemento del modelo vertical, que permite al Tribunal de Justicia enjuiciar directamente una decisión judicial concreta (p. 296 y ss.). Se trata de una triple línea jurisprudencial, que, como advierte Sarmiento, está todavía en fase de formación y las consecuencias que se puedan extraer sólo serán titubeantes. Se refiere al recurso por incumplimiento frente a actuaciones estatales que consisten en decisiones judiciales, a la posibilidad de indemnización al particular cuando el incumplimiento nazca de una decisión judicial y, por último, a la primacía del derecho comunitario incluso frente a actos con valor de cosa juzgada.

2. El modelo horizontal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El modelo horizontal, según la exposición de Sarmiento, tiene un espacio residual. Se concentra en aquellas cuestiones que versan sobre el funcionamiento de los jueces estatales, especialmente cuando se discute la falta de competencia de estos jueces. En tales casos, el Tribunal de Justicia elude la decisión apoyándose en la división de funciones que estipula el art.

234 TCE (p. 294 y sigs.). Para el autor, la razón de esta jurisprudencia radica en la voluntad del Tribunal de Justicia de evitar entrar en relaciones conflictivas con los jueces estatales y fomentar así la continuidad de la cooperación (p. 295).

3. Los caracteres del modelo discursivo.

La exposición del modelo discursivo compone la parte más creativa del trabajo de Sarmiento. Posteriormente me detendré en una valoración crítica, por eso me interesa ahora detallar los argumentos del autor. Define este modelo en atención a su objeto, procedimiento y fundamento. Así las cosas, el modelo discursivo sería útil para los supuestos en los que el Tribunal de Justicia ha de resolver asuntos de naturaleza constitucional: «conflictos que ponen en juego los elementos estructurales de un ordenamiento o instituciones que representan los valores superiores de la comunidad» (p. 301). En el modelo discursivo el «Tribunal de Justicia se muestra atento a todos los actores en el discurso judicial...» (sobre todo las instancias nacionales y el TEDH)—, A partir de ahí, el Tribunal de Justicia está en condiciones de elaborar una posición común a la luz de la postura representada por todas las instancias. Esa *communis opinio* no se trata de un estándar mínimo, sino de un producto resultante de una ponderación bajo un marco de racionalidad (p. 302). El modelo discursivo se hace necesario, encontrando ahí su fundamento, en un «ordenamiento plural marcado por la inexistencia de una fuente última de legitimidad». Añade así el autor que en ese modelo «resulta positivo que el Tribunal haga un esfuerzo por buscar un consenso europeo, desprendiendo la autoridad de sus decisiones a partir de un discurso entre todas las tradiciones constitucionales» (p. 325).

III. Valoración.

1. Crisis y reconstrucción del Poder Judicial de la Unión

Sarmiento dedica páginas magníficas a relatarnos la interpretación de corte federal que el Tribunal de Justicia elabora respecto a la cuestión prejudicial. Esa reconstrucción y ordenación de la jurisprudencia resalta una vez más la modulación de la cuestión prejudicial por parte del Tribunal de Justicia. Según el autor logra así este Tribunal un mayor control sobre el derecho estatal y una mayor uniformidad en la aplicación del derecho comunitario.

Creo, no obstante, que conviene seguir planteándonos si el actual modelo judicial es el adecuado para un ordenamiento como el europeo, con vocación constitucional y que predica la primacía de todas sus normas (supuestamente frente a todo el derecho estatal, incluido el constitucional⁵). Recordemos que estamos hablando de un sistema judicial en el que la tutela de los intereses particulares fundada en derecho comunitario corresponde casi en exclusiva al juez ordinario, dada la precariedad de la legitimación activa de los particulares ante el Tribunal de Justicia. Y tengamos también en cuenta que el único instrumento procesal de relación entre el juez ordinario y el Tribunal de Justicia es la cuestión prejudicial, esto es, una cuestión incidental cuyo planteamiento depende únicamente del propio juez ordinario. Es aquí, en mi opinión, donde está la gran debilidad actual del Poder Judicial de la Unión: la primacía del derecho comunitario y su aplicación uniforme se subordina en última instancia a la voluntad del juez ordinario. Así las cosas, la tendencia federal descrita por Sarmiento goza de una gran fuerza persuasiva, pero deja sin responder (y sin formular) qué hacer cuando un juez ordinario no plantea la cuestión prejudicial.

5 Significativamente, la discusión constitucional sobre el Proyecto de Constitución se está concentrando en la extensión de la primacía, véase tanto el Dictamen del Consejo de Estado 2544/2004 como la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre del Tribunal Constitucional. En la doctrina se pueden ya confrontar los trabajos de F. BALAGUER CALLEJÓN: «Soluciones

En el actual estado de cosas, la respuesta sólo puede ser fragmentaria. Por ejemplo, en la jurisprudencia *CILFIT*, el Tribunal de Justicia muestra un esfuerzo por objetivar la duda del juez ordinario, intentado así limitar la discrecionalidad de éste en el planteamiento de la cuestión prejudicial. Yo mismo he intentado fundar que, de acuerdo con *CILFIT*, en algunos casos es posible concebir que existe para el juez ordinario la obligación de elevar la cuestión prejudicial⁶. Y no podemos olvidar, ya en el orden constitucional, la línea de investigación que a principios de los noventa abrieron R. Alonso y J.M. Baño en torno a la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional en amparo frente a la negativa del juez de elevar la cuestión⁷. Durante una década esta veta de pensamiento tuvo escasísimos réditos jurisprudenciales; sin embargo, la sentencia 58/2004, de 19 de abril parece que abre pequeñas fisuras en la proverbial insensibilidad de nuestro Tribunal Constitucional ante el fenómeno jurídico de la integración europea.

apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», Diario La Ley de la Unión Europea, núm. 6138; y J.F. SÁNCHEZ BARRILAO: «Relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho de los Estados Miembros», Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 2, 2004. V. FERRERES Y A. SAJZ: «¿Realmente hay que reformar la Constitución española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución europea?», *Actualidad Jurídica Avanzada*, 2004.

6 M. AZPITARTE SÁNCHEZ: *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, pp. 114 y sigs.

7 R. ALONSO GARCÍA y J.M. BAÑO LEÓN: «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 29, 1990. Cfr. actualmente el excelente libro de R. ALONSO GARCÍA: *El juez español y el derecho comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 282 y sigs.

La fragilidad de las soluciones que acabo de esbozar, ahonda la crisis del Poder Judicial de la Unión, que podría enunciarse en los siguientes términos: el modelo judicial sostenido sobre la cuestión prejudicial, incluso bajo la interpretación federalizante del Tribunal de Justicia, no se adecua a la ambición del ordenamiento comunitario, materialmente constitucional y compuesto de normas dotadas de primacía incondicional que exigen una aplicación uniforme. ¿Cómo reconstruir el sistema judicial de la Unión? Seguramente son muchas las hipótesis que se pueden imaginar, pero en mi opinión, esa reconstrucción ha de acometerse tomando el derecho fundamental a la tutela judicial como referencia inexcusable⁸. El Poder Judicial de la Unión hunde sus raíces en un modelo pensado para la depuración del ordenamiento estatal. No obstante, la interpretación de la cuestión prejudicial por el Tribunal de Justicia lo ha inclinado paulatinamente hacia una comprensión cada vez más centrada en la garantía de derechos. Hoy es posible concebir la tutela por los jueces ordinarios de los intereses fundados en derecho comunitario como un derecho fundamental de la Unión⁹. Y a partir de este vértice creo que es bastante sencilla la reorganización del Poder Judicial. Respetando su estructura judicial —jueces ordinarios y Tribunal de Justicia—, sería preciso añadir junto a la cuestión prejudicial un nuevo instrumento procesal: un recurso devolutivo instado por las partes procesales. En este modelo el juez ordinario conservaría la posibilidad de cooperar mediante la cuestión prejudicial en la efectiva aplicación del derecho comunitario. Pero el particular, como extensión de su derecho fundamental

a la tutela judicial de sus intereses fundados en derecho comunitario, dispondría de la facultad de instar un recurso ante el Tribunal de Justicia frente a las decisiones judiciales que considerara equivocadas. Una moderada tasación de los motivos de recurso y un inteligente uso de la admisión a trámite por el Tribunal de Justicia, asegurarían su uso correcto. La acción procesal de los particulares, que ha sido el verdadero motor de la eficaz aplicación del derecho comunitario, encontraría así su pleno desarrollo, en coherencia con la comprensión contemporánea del derecho al recurso como parte integrante de la tutela judicial. Sin duda, crecerían las posibilidades de conflicto entre el Tribunal de Justicia y los jueces ordinarios, pero creo que la integración jurídica europea ha alcanzado suficiente grado de madurez para soportar las posibles tensiones¹⁰.

2. Posibilidades y límites del discurso entre jurisdicciones.

Comparto con Sarmiento su interés a favor de un «modelo discursivo» para los asuntos de naturaleza constitucional. Según el autor, ese modelo consistiría en un sistema donde el Tribunal de Justicia habría de lograr una *communis opinio* tras un proceso de ponderación en el que tendría en cuenta a los distintos actores del discurso judicial (p. 302). La clave, no obstante, radica en traducir a términos procesales esa declaración abstracta, pues la historia de la integración europea nos recuerda que el diálogo entre jurisdicciones constitucionales (o materialmente constitucionales) puede parecerse más a un proceso de «acción-reacción» que a un verdadero «diálogo racional». Sin duda, contamos ya con instrumentos procesales suficientes para

8 En consonancia con la concepción contemporánea de la función jurisdiccional centrada en la tutela de derechos, cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO: *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 89 y sigs.

9 Cfr. mi monografía *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, pp. 83 y sigs.

10 En esta discusión, aunque con un sentido contrario a mi propuesta, es imprescindible el trabajo de J.C. COHEN.: <<The European Preliminary Reference and U.S. Supreme Court Review of State court Judgments: A Study in Comparative Judicial Federalism>>, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, 1996.

fomentar una fecunda interacción entre jurisdicciones. La remisión del art. 6 TUE a las tradiciones constitucionales, consolidada y perfeccionada en el art. 112 de la Constitución, fuerzan al Tribunal de Justicia al uso del derecho comparado como criterio interpretativo. Ahora bien, este diálogo sólo puede ser pleno si los Tribunales Constitucionales toman conciencia de su dimensión europea y desarrollan todas las potencialidades de la cuestión prejudicial. Únicamente este instrumento puede superar las cortapisas de un diálogo entre extraños para instaurar una verdadera relación procesal entre jurisdicciones y un debate sobre objetos procesales ciertos¹¹.

En otro orden de cosas y pese al interés que suscita el modelo discursivo, conviene estudiarlo en el contexto del entramado constitucional de la Unión y hacer así patentes sus propias limitaciones. A nadie se le escapa la importancia que el Tribunal de Justicia ha tenido en la formación de la narrativa constitucional de la Unión, ya fuera en la definición de los rasgos del ordenamiento de la Unión o en la formulación de sus presupuestos constitucionales. En ese marco se ha de insertar el modelo discursivo; por tanto, sus posibilidades irán siempre anudadas al peso del Poder Judicial, en especial del Tribunal de Justicia, en la construcción del Constitucionalismo europeo.

En mi opinión, este paradigma judicial ha agotado su impulso. Durante mucho

tiempo el Tribunal de Justicia asumió la responsabilidad de formular los elementos constitucionales del proceso de integración. Comenzó por señalar la legitimidad funcional de las Comunidades —Costa, Van Gend—, para más tarde, mediante los derechos fundamentales, indicar que el poder público comunitario encaminado a esos fines había de tener límites. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, por las propias características de la función jurisdiccional nunca ha estado en condiciones de fundamentar el interrogante capital que engendra el problema del poder: ¿cuál es la voluntad política que sostiene un orden constitucional? Y de la indecisa respuesta a esta pregunta nacen ulteriores cuestiones irresueltas: ¿cuál es la norma suprema, la Constitución española o la Constitución europea?, que a su vez se puede expresar, como hace Sarmiento, en términos jurisdiccionales: «¿quién será el Tribunal encomendado con la máxima interpretación del derecho Comunitario?» (p. 43). Parece obvio que todas estas cuestiones no hallarán nunca contestación firme mediante un modelo discursivo entre jurisdicciones, que a lo sumo puede paliar la urgencia de su demanda. Europa, más que nunca, se encuentra en el tiempo de la política y, por tanto, en el espacio de los ciudadanos.

Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ
Universidad de Granada

11 Para una rotunda crítica de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre su incompetencia para plantear la cuestión prejudicial, véase el libro citado de R. ALONSO GARCÍA: *El juez español y el juez comunitario*, pp. 261 y sigs.