

Comentario de Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

José M.^a de la Torre Monmany
Jurista Lingüista en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de junio de 2010, en respuesta a las peticiones de decisión prejudicial planteadas por la Cour de Cassation de Francia, en los asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, procedimientos seguidos contra Aziz Melki y Sélim Abdeli

Sumario de la sentencia: Remisión prejudicial.— Artículo 267 TFUE.— Examen de la conformidad de una ley nacional tanto con el Derecho de la Unión como con la Constitución nacional.— Normativa nacional que establece el carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad.— Artículo 67 TFUE.— Libre circulación de las personas.— Supresión de controles en las fronteras interiores.— Reglamento (CE) n.º 562/2006.— Artículos 20 y 21.— Normativa nacional que autoriza controles de identidad en la zona comprendida entre la frontera terrestre de Francia con los Estados parte en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y una línea cuyo trazado discurre a 20 kilómetros de esa frontera.

La sentencia que comento resuelve en primer lugar una cuestión de alcance procesal, jurisdiccional, que afecta precisamente a la libertad de los tribunales nacionales, y sus posibles limitaciones, para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia (al que me referiré en adelante como el Tribunal, sin más), antes de entrar en la segunda cuestión, de Derecho material, que es la que ante todo había creado dudas en el tribunal francés, sobre la licitud de los controles policiales en la zona fronteriza autorizados por la legislación francesa, a la luz de las reglas comunitarias sobre su supresión en el contexto de la libertad de circulación en el interior de la Unión Europea.

Ha sido dictada con rapidez, apenas dos meses después de la remisión prejudicial, en un procedimiento acelerado, en este caso atendiendo al hecho de que el tribunal francés, la Cour de Cassation, estaba obligado por su legislación a pronunciarse en el asunto del que conocía en un breve y estricto plazo de tres meses; el tribunal remitente también hizo saber que se dirimía

la libertad de las personas afectadas. En cambio, la duración media de un procedimiento prejudicial ante el Tribunal en el año 2009 fue de 17 meses.

No obstante esa rapidez, en el transcurso de esos dos meses se dictaron en Francia dos sentencias de otros tribunales de rango también superior, el Conseil Constitutionnel y el Conseil d'État, que trataban del problema jurisdiccional que llevó a la Cour de Cassation a dirigirse al Tribunal.

Una de esas decisiones, la del Conseil Constitutionnel, recibe de forma discreta pero inequívoca una respuesta correctora, o admonitoria, del Tribunal, de modo que se establece así un extraño diálogo judicial en el que interviene un tribunal nacional que no lo había abierto ni solicitado, y no obstante el Tribunal ha considerado necesario u oportuno enviar un mensaje, ya que no cabe hablar de respuesta a una cuestión no planteada.¹

El motivo de ese diálogo es precisamente la directiva, no una determinada, sino las directivas en general, como tipo de norma comunitaria cuya relación con el Derecho nacional aún sigue creando algunos problemas, cuarenta años después.²

Y para terminar la presentación de la sentencia, se manifiesta la voluntad del Tribunal de dictar una sentencia cuya autoridad, no como cuestión de Derecho *stricto sensu*, sea reforzada: la sentencia comentada es una sentencia de Gran Sala, de las que se dictaron 41 el año 2009, frente a 371 dictadas por las Salas del Tribunal.

Es oportuno describir ya qué situación real ha dado lugar a esta sentencia, de la que trata la segunda cuestión, la sustantiva, de la Cour de Cassation.

Todo arranca de una banal actuación policial, la identificación de dos personas de nacionalidad argelina, los Sres. Melki y Abdeli, en algún lugar próximo a la frontera francesa con Bélgica. Su resultado fue descubrir que esas personas estaban en situación irregular en Francia y la iniciación de las actuaciones policiales bajo control judicial encaminadas a su expulsión de Francia.

¹ Esa idea es sólo una suposición personal. Nada en la sentencia comentada permite afirmarlo.

² Recuerdo la sentencia Cohn-Bendit de 22 de diciembre de 1978 del Conseil d'État, que anuló la sentencia previa del Tribunal Administratif de Paris que había planteado una cuestión prejudicial al Tribunal, acerca de la interpretación de la Directiva 64/221, en relación con la demanda del interesado para la revocación de la orden de su expulsión de Francia en 1968. El Conseil d'État afirmó entonces que las directivas no pueden ser invocadas por un particular en apoyo de un recurso contra un acto administrativo individual (cuatro años antes se había dictado la sentencia del Tribunal de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, 41/74, Rec. p. 1337, que afirmó el efecto directo de la regla de la Directiva 64/221 según la cual era necesaria la existencia de un motivo de comportamiento personal relacionado con el orden público para aplicar a una persona medidas de expulsión. Hoy esto ya es arqueología jurídica, la doctrina del Conseil d'État ha evolucionado a lo largo de los años hasta alinearse con la del Tribunal. Y el joven alemán expulsado de Francia como perturbador del orden público, Daniel Cohn-Bendit, es hoy eurodiputado elegido precisamente en Francia.

El Tribunal comienza su análisis con la primera cuestión, como había hecho la Cour de Cassation, y la presento a continuación.

La primera cuestión nace de la reforma constitucional francesa de 2008,³ que instauró un control de constitucionalidad de las leyes de tipo difuso, ya que cualquier juez de todo grado u orden puede estimar que una norma de rango legal incurre en inconstitucionalidad (que la cuestión de su posible inconstitucionalidad no carece de seriedad, en los términos de la norma francesa), a causa de la vulneración de derechos o libertades garantizados por la Constitución; es a la vez un control de tipo concentrado y en dos fases: ese juez tiene entonces que plantear su duda de constitucionalidad al tribunal superior de su orden, la Cour de Cassation para todos salvo el administrativo, en el que ese rango corresponde al Conseil d'État.

Si cualquiera de estos dos tribunales superiores decide que la cuestión, incidental según los términos de la norma, es fundada, ha de remitirla al Conseil Constitutionnel, que resolverá definitivamente. Su decisión no es susceptible de recurso alguno y vincula a todas las autoridades administrativas y judiciales; si la norma legislativa es declarada inconstitucional, quedará derogada.

Hasta aquí, no hay nada que salga fuera del ámbito puramente interno. Pero el punto de conexión con el Derecho de la Unión está en que la duda y la cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa abarcan el conflicto potencial entre la Constitución y una regla legislativa no sólo a causa de la posible vulneración de los derechos y garantías protegidos por la Constitución, sino también de los compromisos internacionales de Francia.

Sobre ese último aspecto, recuerdo que el artículo 55 de la Constitución francesa atribuye a las normas de Derecho internacional que obligan a Francia un rango superior al de las leyes francesas; por otro lado, el artículo 88 reconoce la participación de Francia en la Unión Europea, en la que, conforme a los Tratados, los Estados miembros han elegido libremente ejercer en común algunas de sus competencias.

El legislador francés dispuso en su reforma que cualquiera de esos dos tribunales superiores, al decidir sobre la cuestión de inconstitucionalidad que le ha elevado un juez, está obligado, si estima que no carece de seriedad, a plantearla al Conseil Constitutionnel con carácter prioritario, lo que podría significar que no puede dirigir antes o al mismo tiempo una cuestión prejudicial al Tribunal, sino que ha de esperar a que el Conseil Constitutionnel se haya pronunciado.

³ Los apartados 11 a 14 de la sentencia comentada recogen el texto de las normas constitucionales y legislativas francesas reguladoras de la cuestión prioritaria de constitucionalidad que da origen al asunto.

Digo «podría significar», porque precisamente una cuestión abierta en este asunto era la de la interpretación que darían los tribunales superiores franceses a la reforma que establece el nuevo control de constitucionalidad en Francia, en los términos que antes intento resumir.

Tengo que aclarar que la reforma francesa, aunque aprobada en 2008, no entró en vigor hasta el 1 de marzo de 2010, y por ello era al menos incierta la interpretación que en el futuro se haría de ella cuando la Cour de Cassation planteó el 16 de abril de 2010 la cuestión prejudicial que da origen a la sentencia comentada. Pero cuando dictó su sentencia el Tribunal ya tenía conocimiento de las dos sentencias del Conseil Constitutionnel y el Conseil d'État a las que antes he aludido.

La primera cuestión de la Cour de Cassation, como el propio Tribunal la reformuló, es si el Derecho de la Unión (el artículo 267 TFUE, precisamente, regulador de las cuestiones prejudiciales):

«se opone a la legislación de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales que obliga a los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro a pronunciarse con prioridad sobre la remisión al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes de una cuestión referida a la conformidad con la Constitución de una disposición de Derecho interno, cuando al mismo tiempo se plantea si esta última es contraria al Derecho de la Unión».⁴

El Tribunal comenzó por recordar su jurisprudencia acerca de la necesaria libertad del juez nacional para plantear cuestiones prejudiciales⁵ y su obligación de dar efectiva aplicación al Derecho de la Unión sin limitaciones eventualmente impuestas por el Derecho nacional.⁶

⁴ Es transcripción literal del apartado 31 de la sentencia comentada.

⁵ Sentencias de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, Rec. p. 33), apartado 3; de 27 de junio de 1991, Mecanarte (C-348/89, Rec. p. I-3277), apartado 44; de 16 de diciembre de 2008, Cartesio (C-210/06, Rec. p. I-9641), apartado 88; de 9 de marzo de 2010, ERG y otros (C-378/08, aún no publicada en la Recopilación), apartado 32. De ellas, la sentencia Mecanarte es la más cercana al problema principal en la sentencia comentada, pues trata de la relación entre el control constitucional de la ley en Portugal y la cuestión prejudicial en el Derecho de la Unión.

⁶ Sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), apartados 21 y 24; de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, Rec. p. I-2741), apartado 73; de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros (C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565), apartado 72, y de 19 de noviembre de 2009, Filipiak (C-314/08, aún no publicada en la Recopilación), apartado 81. Sin duda la sentencia Simmenthal fue la de mayor trascendencia jurídica; la sentencia Filipiak trataba del control constitucional de la ley en Polonia y su conexión con el procedimiento prejudicial del Derecho de la Unión.

No me extiendo sobre ella porque esa jurisprudencia es seguramente muy conocida, ha sido estudiada por juristas de gran autoridad, y no lo permite el alcance de este comentario, pero creo oportuno recoger la doctrina esencial, según la expuso el Tribunal, cuyo núcleo procede de la histórica sentencia *Simmenthal*:⁷

- El órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional.
- Sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial que redujese la eficacia del Derecho de la Unión por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo a la plena eficacia de las normas de la Unión; así sucedería, en la hipótesis de un conflicto entre una disposición del Derecho de la Unión y una ley nacional posterior, si la solución de dicho conflicto quedase reservada a una autoridad distinta del juez encargado de la aplicación del Derecho de la Unión, investida de una facultad de apreciación propia, aun cuando el obstáculo así resultante para la plena eficacia de dicho derecho no fuese más que temporal.
- Un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio relacionado con el Derecho comunitario, y considera que una disposición nacional no sólo es contraria al Derecho de la Unión, sino que, además, adolece de vicios de inconstitucionalidad, no está privado de la facultad ni exento de la obligación, previstas en el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo ante el juez constitucional. En efecto, la eficacia del Derecho de la Unión se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el juez constitucional pudiese impedir que el juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el Derecho de la Unión, ejerza la facultad, que le atribuye el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión, a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho.

⁷ En los apartados 43 a 45 de la sentencia comentada.

De ahí pasa el Tribunal a exponer la interpretación de la normativa francesa por parte de la Cour de Cassation; según ésta:

«La legislación nacional controvertida en los asuntos principales tiene como consecuencia impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad como, en su caso, después de la resolución del Conseil Constitutionnel sobre esa cuestión, que los órganos jurisdiccionales nacionales de los diferentes órdenes ejerzan su facultad o cumplan su obligación, previstas en el artículo 267 TFUE, de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia».⁸

Sobre ello, el Tribunal manifiesta con firmeza que la normativa francesa, si se interpretara así, no sería conforme con los principios enunciados en la jurisprudencia del Tribunal acerca del alcance de la cuestión prejudicial y de la obligación de dar efectiva aplicación al Derecho de la Unión.

El Tribunal expone seguidamente que cabe otra interpretación, defendida por el Gobierno francés, con apoyo en la resolución n.º 2010-605 DC, de 12 de mayo de 2010, del Conseil Constitutionnel, y en la resolución n.º 312305, de 14 de mayo de 2010, del Conseil d'État⁹, dictadas después de la presentación al Tribunal de Justicia de las peticiones de decisión prejudicial de la Cour de Cassation.

Acerca de esa interpretación alternativa, el Tribunal manifiesta:

«Según esa interpretación, está excluido que una cuestión prioritaria de constitucionalidad tenga por objeto plantear al Conseil Constitutionnel una cuestión de compatibilidad de una ley con el Derecho de la Unión. No incumbe al Conseil Constitutionnel, sino a los órganos jurisdiccionales ordinarios de los diferentes órdenes examinar la conformidad de una ley con el Derecho de la Unión, aplicar ellos mismos y según su propia apreciación el Derecho de la Unión y plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, al mismo tiempo o después de remitir una cuestión prioritaria de constitucionalidad».¹⁰

⁸ Apartado 47 de la sentencia comentada.

⁹ Como me ocupo con más extensión de la sentencia del Conseil Constitutionnel francés, me parece apropiado indicar al menos que la sentencia del Conseil d'État, acerca de la posible vulneración por la legislación francesa de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, afirmó que la reforma francesa del control de constitucionalidad no afecta a la competencia del juez de lo contencioso-administrativo, que es el juez ordinario para la aplicación del Derecho de la Unión, para garantizar la efectividad de éste, mediante la eventual inaplicación de la ley nacional contraria al Derecho de la Unión, y en su caso el instrumento de la cuestión prejudicial dirigida al Tribunal. Es evidente que la sentencia Cohn-Bendit de 1978 pertenece jurídicamente al pasado.

¹⁰ Apartado 34 de la sentencia comentada.

La respuesta del Tribunal, finalmente, será matizada: siempre que la aplicación de la nueva normativa francesa de control constitucional se ajuste a ciertas exigencias, o dicho más claramente, siempre que prevalezca una específica interpretación cuyos principios enuncia el mismo Tribunal, el sistema francés de control prioritario de constitucionalidad no estará en conflicto con el Derecho de la Unión.

Sin embargo, antes de responder así a la cuestión prejudicial, el Tribunal pone cuidado en advertir que, en una situación de posible colisión entre una ley nacional, específicamente elaborada para dar aplicación a una directiva comunitaria, y la Constitución francesa, existen ciertas objeciones, o limitaciones, a la posibilidad de una censura de la ley por motivos constitucionales.¹¹

Al leer la sentencia comentada, esta desviación me intrigó, pues la Cour de Cassation nada preguntaba acerca de ese hipotético conflicto entre una ley nacional para la adaptación a una directiva y la Constitución francesa, totalmente ajeno al asunto. Tampoco las observaciones de las partes habían tratado de esa cuestión ni pudieron mover al Tribunal a entrar en ella.

Según había apuntado la Comisión en sus observaciones, y se refleja en la sentencia, si se admitiera en el sistema francés que el conflicto entre ley nacional y Derecho de la Unión pudiera calificarse *ipso facto* como conflicto entre esa misma ley y la Constitución, el resultado sería transferir al juez constitucional francés el control de la conformidad de la ley con el Derecho de la Unión, y esto con un efecto excluyente: entonces ya no sería el juez nacional que conociera del litigio concreto pendiente el competente para garantizar el respeto del Derecho de la Unión, que es una regla esencial para la aplicación efectiva e inmediata de éste último. Pero en nada se refirió la Comisión a un hipotético conflicto en el que interviniera una directiva.

La explicación de la digresión del Tribunal sobre la directiva, una directiva indeterminada, pero que contenga precisamente reglas imperativas para los Estados, puede estar a mi parecer en la sentencia del Conseil Constitutionnel de 12 de mayo de 2010, a la que el Tribunal alude en la sentencia comentada, al exponer las observaciones del Gobierno francés, y cuyo contenido conocía presumiblemente.¹²

La sentencia del Conseil enjuiciaba la constitucionalidad de la ley francesa de apertura a la competencia y de regulación de los juegos de azar en línea. Pero los recurrentes (diputados de la oposición parlamentaria) no sólo

¹¹ Apartados 54 a 56 de la sentencia comentada.

¹² Esa sentencia del Conseil Constitutionnel francés era precisamente la primera dictada después de la entrada en vigor de la reforma que creó la cuestión prioritaria de constitucionalidad, aunque no resolvía una cuestión de esa clase sino un recurso directo.

alegaban motivos de Derecho nacional estricto; también habían pedido que se examinara la conformidad de la ley con los compromisos internacionales de Francia, en particular con el Derecho de la Unión, invocado en términos genéricos, que según alegaban no exigía la apertura del sector a la competencia.

Ello hizo posible que el Conseil Constitutionnel se pronunciara sobre su función como garante exclusivo de la constitucionalidad de las leyes, distinta de la de controlar el respeto de las obligaciones internacionales y comunitarias de Francia, que en cambio corresponde, en principio, a todos los jueces y tribunales franceses de cualquier orden, pero con una excepción, que según supongo es la que podría haber movido al Tribunal a objetarla en la sentencia comentada.

En efecto, el Conseil Constitutionnel mantiene la doctrina de que la obligación de adaptar el Derecho interno a las directivas constituye una exigencia constitucional que le corresponde hacer efectiva, lo que le permitiría declarar no conforme con la Constitución una norma legislativa manifiestamente incompatible con la directiva a la que se pretendía dar cumplimiento.

El Conseil sustenta esa doctrina en el artículo 88 de la Constitución, al que reconoce así un contenido prescriptivo que va más allá de una proclamación de principios sobre la limitada atribución de competencias estatales a la Unión.¹³

Me parece improbable la situación a la que el Conseil se refiere, como simple hipótesis: se trata de que una ley llegara a vulnerar, y de forma manifiesta nada menos, la directiva a pesar de que esa ley precisamente pretendiera adaptar el ordenamiento interno a la propia directiva vulnerada, pero ése es el supuesto en el que el Conseil Constitutionnel francés se reconoce habilitado para sancionar tal ley por infracción constitucional.

Creo que una hipótesis tan remota de desviación legislativa, una especie de *aberratio ictu* legislativo, no puede encender la señal de alarma para un jurista preocupado por la primacía del Derecho de la Unión, pues el resultado del control del Conseil Constitutionnel sería o bien la confirmación de la ley

¹³ Sobre las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales de la Unión, así como sobre la jurisprudencia dictada por éstos en sede comunitaria, Vid.: LA PÉRGOLA, A., «Constitución e integración europea: la contribución de la jurisprudencia constitucional» en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 6, 1999, p. 9; FONTANELLI, F. y MARTINICO, G., «Cooperative Antagonists - The Italian Constitutional Court and the preliminary referent: Are we dealing with a turning point?» en *Eric Stein Working Paper*, n.º 5, 2008; CASTILLO DE LA TORRE, F., «La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa - Análisis y comentarios» en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 34, 2009, p. 969; y LÓPEZ JURADO, C. y CUESTA RICO, F., «Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea, 2006-2008» en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 34, p. 1011.

por ser conforme a la directiva o por el contrario la derogación de la ley contraria a la directiva. En ambos casos la directiva habría sido respetada.

En cambio, acaso podría provocar cierta alarma la restricción que el Conseil Constitutionnel añade a esa doctrina sobre la garantía del respeto de las directivas de la Unión.

El Conseil enuncia un *caveat* cuyo alcance no es nítido para mí, pero que en cualquier caso sí puede inquietar al jurista preocupado por la primacía del Derecho de la Unión.

El tribunal constitucional francés previene que la adaptación del Derecho nacional a una directiva no podría ser en ningún caso contraria a «*una regla o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia*»,¹⁴ a menos que el mismo legislador constituyente así lo hubiera consentido.

El Conseil Constitutionnel incurrió en una digresión, pues, leída su sentencia, no es patente la necesidad de ese pronunciamiento para su fallo; es sólo un recordatorio de su doctrina ya establecida, sin aplicación al caso concreto, ya que en éste ninguna directiva estaba en juego. Sería pues un *obiter dictum*, si es que esa categoría jurídica aún tiene valor. Es verdad que esa era su primera sentencia dictada tras la entrada en vigor de la nueva cuestión prioritaria de constitucionalidad, y además tenía que responder a una alegación de los recurrentes sobre la discordancia entre la ley francesa impugnada y el Derecho de la Unión.

Siguiendo mi suposición, ya no sería tan enigmática la reacción del Tribunal en la sentencia comentada, saliendo al paso de una doctrina a la que opone varias objeciones.

Comienza por advertir ante todo que un procedimiento de control de constitucionalidad de una ley nacional que se hubiera limitado a la adaptación del Derecho interno a las reglas imperativas de una directiva no podría vulnerar la competencia exclusiva del Tribunal para declarar la invalidez de la directiva.

En segundo lugar el Tribunal previene que una posible declaración de inconstitucionalidad de una ley que se hubiera limitado a adaptar el Derecho nacional a las reglas imperativas de una directiva, a causa de la vulneración legislativa de derechos o garantías constitucionalmente protegidos, podría privar en la práctica al Tribunal de su facultad de controlar la directiva a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento de la Unión.

Y termina exhortando a los tribunales nacionales, y en particular a los de grado superior que están obligados a interrogar al Tribunal sobre la vali-

¹⁴ La traducción y el entrecorillado son míos; la cita procede del considerando 18 de la sentencia del Conseil.

dez de una directiva, para que cumplan esa obligación, y lo hagan así antes o al mismo tiempo de someter a su juez constitucional la cuestión de si una ley nacional que se limite a la adaptación del Derecho nacional a las reglas imperativas de una directiva es inconstitucional por vulneración de derechos protegidos con ese rango.

El Tribunal hace referencia una directiva hipotética, pero de un contenido preciso: que establezca reglas imperativas, lo que entiendo como equivalente a reglas que no dejan margen de apreciación a los Estados al llevar a cabo su trasposición en el Derecho interno.

Tras esa advertencia a la atención de un destinatario fácilmente identificable, si mi suposición no es equivocada, el Tribunal responde finalmente a la primera cuestión,¹⁵ en términos matizados y prudentes; enuncia las dos interpretaciones hipotéticas de la cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa ya apuntadas, una de las cuales la haría incompatible con el Derecho de la Unión, y la otra en cambio sería conforme con éste.

En primer lugar, el Tribunal describe y censura la interpretación rechazable, por ser incompatible con el artículo 267 TFUE, en los siguientes términos:

«El artículo 267 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre dicha cuestión, que todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia».

Y acto seguido el Tribunal define las condiciones necesarias para que la interpretación y aplicación de la cuestión prioritaria de constitucionalidad sean conformes con el Derecho de la Unión:

«En cambio, el artículo 267 TFUE no se opone a dicha legislación nacional, siempre que los demás órganos jurisdiccionales nacionales sigan estando facultados:

- para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad,

¹⁵ Apartado 57 de la sentencia comentada.

- para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y
- para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión».

Esa última interpretación, que es la única que permite evitar el conflicto entre el Derecho de la Unión y la normativa nacional sobre la cuestión prioritaria de constitucionalidad, concuerda sustancialmente con la tesis mantenida por la Comisión en sus observaciones, según las expone la sentencia comentada.¹⁶

El Tribunal no tiene nada que objetar a la función del Conseil Constitutionnel como garante de los derechos y garantías constitucionalmente protegidos en Francia, siempre que no tenga un alcance excluyente de la función de respuesta que corresponde al Tribunal en el procedimiento prejudicial, ni *a fortiori* de la función natural para iniciar éste, atribuida a los jueces nacionales de cualquier grado u orden, y que, en términos más amplios, se preserve la competencia de éstos para aplicar el Derecho de la Unión y proteger efectivamente los derechos subjetivos nacidos de éste.

Así entiendo las tres condiciones enunciadas por el Tribunal. Además, será preciso que no se crucen los límites perfilados en la interpretación censurada, la que no sería conforme con el Derecho de la Unión.

Y ya es hora de presentar la segunda cuestión de la Cour de Cassation, la sustantiva, y su respuesta. Al comienzo de este comentario he resumido la situación real que puso en marcha la cuestión prioritaria de constitucionalidad ante la Cour de Cassation, en primer lugar, y por derivación la cuestión prejudicial ante el Tribunal.

El problema nació porque ante el juez francés que había de decidir acerca de la puesta en libertad de las personas afectadas o su internamiento en espera de la expulsión se alegó la inconstitucionalidad de la norma legal francesa que amparaba las actuaciones policiales, a causa de la vulneración de derechos y libertades garantizados por la Constitución. Este juez acordó elevar la cuestión a la Cour de Cassation, conforme a las reglas del nuevo procedimiento francés de control constitucional.

Ante la Cour de Cassation, los interesados precisaron los términos de su impugnación: la regla legal que permitió la actuación policial, alegaban, se opone a la Constitución francesa, porque es contraria al artículo 67 TFUE, que dispone que la Unión garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores.

¹⁶ Apartado 39.

Y la Cour de Cassation apreció lógicamente que a la cuestión sustantiva así planteada se antepone una cuestión previa, precisamente la de conciliar su obligación de remitirla al Conseil Constitutionnel, con carácter prioritario, según las reglas del nuevo procedimiento francés de control constitucional, con la obligación concurrente de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal.

Esa segunda cuestión prejudicial estaba así presentada al Tribunal:

«¿Se opone el artículo 67 [TFUE] a una normativa como la del artículo 78-2, párrafo cuarto, del Código de procedimiento penal, que prevé que «en una zona comprendida entre la frontera terrestre de Francia con los Estados parte en el Convenio firmado en Schengen el 19 de junio de 1990 y una línea cuyo trazado discurre a 20 kilómetros de esa frontera [...], también podrá controlarse la identidad de toda persona, según las modalidades previstas en el párrafo primero, con vistas a verificar el cumplimiento de las obligaciones de poseer, portar y presentar los títulos y documentos previstos por la ley [...]?»

He omitido las partes de la regla legal francesa que no fueron consideradas relevantes por el propio Tribunal (son precisiones sobre los limitados lugares en los que pueden practicarse esos controles), puesto que éste reformuló la cuestión¹⁷ en los términos siguientes:

«[...] si el artículo 67 TFUE se opone a una legislación nacional que permite a las autoridades de policía controlar, en una zona de 20 kilómetros desde la frontera terrestre de un Estado miembro con los Estados parte [...] la identidad de cualquier persona, con vistas a verificar la observancia por ésta de las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar los títulos y documentos previstos por la ley».

Para dar su respuesta el Tribunal amplió el examen de las reglas relevantes para el asunto, incluyendo el Reglamento de la Unión¹⁸ que dio aplicación a la previsión de ausencia de controles en las fronteras interiores, y que prohíbe no sólo las inspecciones fronterizas en sentido estricto sino además las llamadas inspecciones de efecto equivalente.¹⁹

El artículo 20 del Reglamento establece que las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice inspección fronteriza al-

¹⁷ Apartado 58 de la sentencia comentada.

¹⁸ Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen; DO L 105, p. 1). La Cour de Cassation sólo había prestado atención al artículo 67 TFUE.

¹⁹ Los apartados 9 y 10 de la sentencia comentada presentan los artículos del Reglamento que regulan esos controles.

guna de las personas cualquiera que sea su nacionalidad, y el artículo 21 de ese Reglamento, sobre las inspecciones dentro del territorio nacional, dispone que la supresión de los controles en las fronteras interiores no afectará al ejercicio de las competencias de policía de los Estados, siempre que no tengan un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas, ello también en las zonas fronterizas; y puntualiza que no se considerará que tengan ese efecto equivalente prohibido las actuaciones policiales a condición de que no pretendan establecer un control de fronteras, se encaminen a luchar contra la delincuencia transfronteriza, se diferencien claramente de las inspecciones sistemáticas de personas en las fronteras exteriores y se practiquen mediante inspecciones aleatorias.

No obstante, el mismo artículo 21 admite la posibilidad de que un Estado miembro disponga en su Derecho interno la obligación de poseer o llevar consigo documentos.

La conclusión del examen detallado del Tribunal es que la norma legal francesa no es compatible, y ello porque:

«El artículo 78-2, párrafo cuarto, del Código de procedimiento penal, que autoriza los controles con independencia del comportamiento de la persona interesada y de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público, no contiene precisiones ni limitaciones de la competencia así atribuida, relativas en particular a la intensidad y la frecuencia de los controles que puedan realizarse con ese fundamento jurídico, cuyo objeto fuera evitar que la aplicación práctica de esa competencia por las autoridades facultadas conduzca a controles que tengan un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas».²⁰

Esa apreciación se desarrolla,²¹ en términos de claro carácter prescriptivo, precisando qué es lo que, por omisión, impide reconocer la conformidad de la regla nacional con el Derecho de la Unión:

«[...] una legislación nacional que atribuya a las autoridades de policía una competencia para efectuar controles de identidad, competencia que se limita a la zona fronteriza del Estado miembro con otros Estados miembros, por una parte, y que por otra parte es independiente del comportamiento de la persona controlada y de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público, debe prever la necesaria delimitación de la competencia atribuida a esas autoridades, en particular a fin de orientar la facultad de apreciación de la que disponen estas últimas en la aplicación práctica de dicha competencia. Esa delimi-

²⁰ Apartado 73 de la sentencia comentada.

²¹ Apartado 74 de la sentencia comentada.

tación debe garantizar que el ejercicio práctico de la competencia para efectuar controles de identidad no pueda tener un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas [...]».

Con ese razonamiento, ya es previsible la respuesta final a la pregunta de la Cour de Cassation:²²

«El artículo 67 TFUE, apartado 2, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento n.º 562/2006, se oponen a una normativa nacional que atribuye a las autoridades de policía del Estado miembro interesado la competencia para controlar, únicamente en una zona de 20 kilómetros a partir de la frontera terrestre de ese Estado con los Estados parte [...], la identidad de cualquier persona, con independencia del comportamiento de ésta y de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público, con vistas a verificar la observancia de las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar los títulos y documentos previstos por la ley, sin prever la necesaria delimitación de dicha competencia, que garantice que el ejercicio práctico de ésta no pueda tener un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas».

Me llama la atención el recurso del Tribunal a dos criterios de valoración de la regla enjuiciada que no se manifiestan, expresamente, en los artículos 20 y 21 del Reglamento n.º 562/2006, el del «*comportamiento de la persona*» afectada por el control policial, y el de «*circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público*».

No son criterios nuevos: en términos iguales o semejantes, están en la normativa y en la jurisprudencia comunitaria desde hace largo tiempo, como criterios que condicionan o limitan algunas de las restricciones de la libre circulación.²³

Precisamente el artículo 7 del Reglamento referido, regulador de las inspecciones de las personas en las fronteras exteriores, autoriza que, sin carácter sistemático, se practiquen averiguaciones para asegurarse de que una persona no representa una amenaza real, presente y suficientemente grave para la seguridad interior o el orden público.

Pero en este asunto no se trata de controles en las fronteras exteriores de la Unión, sino de la supresión de los controles en las fronteras interiores y la prohibición de actuaciones policiales que tenga un efecto equivalente a estos últimos controles.

²² Apartado 75 de la sentencia comentada.

²³ «Las medidas de orden público o de seguridad pública deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen» prescribía el artículo 3 de la Directiva 64/221, cuyo efecto directo reconoció el Tribunal en la sentencia Van Duyn, *op. cit.*, nota 2.

Esos criterios de comportamiento personal y riesgo de perturbación del orden público no se enuncian expresamente en el artículo 21 del Reglamento n.º 562/2006, que regula las inspecciones dentro del territorio, y es sin embargo muy detallista al enumerar las condiciones en las que están permitidos los controles, que de no cumplirlas caerían en la categoría de los controles equivalentes a las inspecciones fronterizas y estarían prohibidos.

Siendo entonces criterios extranormativos en este caso, me extraña que no se identifiquen así en la sentencia comentada, que no cita la fuente de tales criterios.

Es cierto que el Tribunal sí alude a la seguridad jurídica, un principio general, como guía para interpretar las reglas, el artículo 21 sobre todo, del Reglamento n.º 562/2006.²⁴ Pero tampoco hay desarrollo alguno acerca del principio en relación con el asunto enjuiciado.

A mi juicio, la fuerza persuasiva de la sentencia comentada habría sido mayor con una motivación más apurada sobre estos criterios y el principio general, y su aplicación a este caso, siendo así que no se encuentran en los artículos 20 y 21 del Reglamento n.º 562/2006.

Como comentario final, opino que la sentencia comentada prolonga una doctrina jurisprudencial del Tribunal ya muy perfilada a lo largo de los años con ocasión de asuntos en los que también había surgido un conflicto potencial entre la norma interna y la comunitaria a propósito de la Constitución nacional o de los procedimientos de control constitucional en relación con el procedimiento prejudicial ante el Tribunal, pieza esencial para la resolución de esos conflictos. Quizá actualmente ya no se plantean esas situaciones con el dramatismo jurídico-político que pudieron tener en el pasado.

No obstante, hay que tener presente que en este caso se enjuiciaba una decisión de largo alcance jurídico-político del propio legislador francés, en una reforma de rango constitucional, y no solo una doctrina jurisprudencial del tribunal constitucional italiano, como en el asunto *Simmenthal*, que no se ajustaba a las exigencias del ordenamiento jurídico comunitario y fue finalmente rectificadas varios años después por la Corte Costituzionale.

Creo también que la respuesta del Tribunal ante esos conflictos ha adquirido con el tiempo un carácter más matizado, menos perentorio, recurriendo a la herramienta de la sentencia de interpretación conforme empleada en algunos ordenamientos nacionales en materia de posible colisión de una regla legislativa con la constitucional, y así el Tribunal ya no sólo actúa como intérprete superior de las reglas del Derecho de la Unión, sino indirectamente también de las propias reglas nacionales, al menos en la medida necesaria para que éstas se apliquen sin vulnerar el Derecho de la Unión.

²⁴ En el apartado 74 de la sentencia comentada.

Y en cuanto a la cuestión de fondo, el Tribunal ensancha a mi parecer el alcance de la libertad de circulación, al poner límites a las competencias policiales de los Estados incluso cuando esos límites no eran evidentes *prima facie* en el texto de la normativa de la Unión que las había regulado, como creo que sucede en este caso.

No es una situación inédita que los Gobiernos descubran que la regla de la Unión a cuya aprobación han concurrido encierra una potencialidad expansiva que acaso no percibieron al acordar su texto.²⁵

Y ese comentario me sirve para cerrar la referencia a las directivas, ajenas al asunto enjuiciado pero presentes en las consideraciones del Tribunal: puede recordarse la sorpresa de muchos observadores, políticos y también jurídicos, ante la revelación en los años sesenta de los inesperados efectos directos no sólo de ciertas reglas de los Tratados, sino también de algunas reglas, de contenido incondicional y suficientemente preciso, de las directivas, y la resistencia de algunos tribunales superiores a aceptar la doctrina del Tribunal que había reconocido esos efectos.

Resueltas así por el Tribunal las cuestiones prejudiciales que había planteado la Cour de Cassation, ésta dictó su sentencia sobre la cuestión prioritaria de constitucionalidad el 29 de junio de 2010.

En los fundamentos de su sentencia la Cour de Cassation recogió ante todo la respuesta del Tribunal a su primera cuestión, y prestó especial atención a la segunda de las condiciones enunciadas para que la nueva cuestión prioritaria de constitucionalidad en Francia fuera interpretada y aplicada de conformidad con el artículo 267 TFUE, que es la exigencia de que el juez nacional esté facultado en cualquier caso para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión.

Dado que, en virtud de las reglas procesales francesas, la Cour de Cassation carecía de esa facultad de protección cautelar de los derechos individuales en el procedimiento de control de constitucionalidad, dedujo como primera consecuencia que en el caso del que conocía debía dejar inaplicada la norma francesa que establece la prioridad del examen de la cuestión de constitucionalidad.

Y como segunda consecuencia, la Cour de Cassation podía juzgar por sí misma la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la regla legal francesa que hizo posible los controles de identidad origen del litigio, para lo

²⁵ Sin que sea un hecho verificado, ha circulado el relato de que Margaret Thatcher se confesó sorprendida por la eficacia real en materia competencial del Acta Única de 1985 una vez que se desarrolló su aplicación, incluso arrepentida de haberla suscrito con la equivocada percepción de que era inofensiva para los criterios soberanistas que mantuvo con tenacidad a lo largo de su carrera como Primer Ministro.

que la vinculaba evidentemente la respuesta del Tribunal a la segunda cuestión prejudicial.

Los términos de la respuesta del Tribunal eran lo bastante categóricos para que no quedara espacio de apreciación propia de la Cour de Cassation, ya que el Tribunal había advertido con claridad que la falta de delimitación legal de las potestades de policía ejercidas en el caso de las dos personas afectadas no garantizaba que el ejercicio práctico de la competencia para efectuar controles de identidad no pudiera tener un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas.

La Cour de Cassation se limitó así pues a declarar que la norma legal francesa no ofrece tal garantía, y remitió al juez competente en materia de libertad y prisión la decisión sobre la licitud del procedimiento policial que dio origen al asunto; lógicamente ese juez debía resolver teniendo presente la interpretación de carácter prejudicial del Tribunal, y su aplicación por la Cour de Cassation. No parece que el juez pudiera dudar de las consecuencias de las dos sentencias en el caso enjuiciado.

Finalmente, la Cour de Cassation pronunció su escueto fallo, más que previsible: no ha lugar a remitir al Conseil Constitutionnel la cuestión prioritaria de constitucionalidad.