

**UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA**

**IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DEL PROCESO DE  
INTEGRACIÓN EUROPEA.  
EL ART. 93 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO CLÁUSULA DE  
APERTURA A LA INTERRELACIÓN ORDINAMENTAL EN UN MARCO  
PLURALISTA**

**MARCO APARICIO WILHELMI**

**DEPARTAMENT DE CIÈNCIA POLÍTICA I DRET PÚBLIC  
UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA**

**IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DEL PROCESO DE  
INTEGRACIÓN EUROPEA.**

**EL ART. 93 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO CLÁUSULA DE  
APERTURA A LA INTERRELACIÓN ORDINAMENTAL EN UN MARCO  
PLURALISTA**

**TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO  
DIRECTOR DE LA TESIS: DR. MANUEL GERPE LANDÍN**

**JUNIO DE 2002**

*A mi madre*

*A mi padre*

*A Diana e Irene*

*A la Maria*

## ***PRESENTACIÓN***

A nadie escapa que la realidad jurídico-política de lo que conocemos como Estado ha sido objeto de profundas transformaciones desde su conformación inicial. De la tríada de Jellinek territorio-población-poder político, ha sido el último de estos elementos el que más se ha visto convulsionado; sus atributos han sufrido importantes variaciones tanto en el nivel de su proyección interna, esto es, en la relación existente en un Estado entre poder político y sociedad e individuo, como en el plano externo, es decir, en lo referido a cómo ese poder político interactúa con centros de poder supranacionales, tanto estatales como no estatales, fundamentalmente de tipo económico.

El Estado permanece, pues sigue existiendo una población asentada en un territorio en el que actúa un centro de poder político estructurado de manera institucionalizada, que es a su vez creador de un sistema de normas, y que cuenta con el monopolio de la coacción para asegurar el cumplimiento de dicha regulación. Pero el Estado es ya “otra cosa”. Aún concebido formalmente como Estado-nación tal y como se perfilara en el siglo XIX, pierde a marchas forzadas la posibilidad de incidencia en numerosos ámbitos de la vida social. Conserva, por así decirlo, su caparazón, pero asiste al vaciamiento de parte de su contenido, parte de sus tradicionales funciones y competencias.

Sin duda alguna, uno de los motores principales de tal proceso está en las dinámicas que acompañan a lo que se conoce con el nombre de “globalización”, fundamentalmente económica, aunque con efectos en muchas otras esferas de la realidad. Ahora bien, tales transformaciones no pueden ser solamente explicadas como fruto de tales dinámicas “mundializadoras”. Por el contrario, se trata de una serie de cambios que surgen, y a la vez son reflejo, de fenómenos diversos, ciertamente interrelacionados, algunos de los cuales, no todos, adoptan formas jurídicas.

En nuestro contexto, uno de los fenómenos con mayor incidencia en la mutación de los atributos y funciones estatales es el proceso de integración europea. Un proceso, como sabemos, que adquiere una formulación jurídica específica: la Unión Europea, que tiene como núcleo la realidad institucional que le ofrece la Comunidad Europea.

¿Qué alcance tiene la transformación del Estado operada a partir de su pertenencia a esa nueva entidad comunitaria? ¿De qué manera quedan afectadas las posibilidades de

vigencia de los principios del constitucionalismo democrático? ¿Qué implicaciones constitucionales se derivan de la noción de integración que incorpora el art. 93 de la Constitución española?

A la hora de abordar el análisis de las implicaciones jurídicas del proceso de integración comunitaria, existen en el actual panorama doctrinal y jurisprudencial tres grandes posicionamientos: en primer lugar se sitúan las visiones representadas por el *monismo comunitarista* del Tribunal de Justicia de la Comunidad, que entienden que pese a existir una división competencial entre ordenamientos, finalmente, en caso de conflicto, es necesario trazar una relación de superioridad jerárquica a favor del ordenamiento comunitario y su máximo garante. Dicha posición, muy sumariamente, se derivaría de la naturaleza constitucional autónoma del ordenamiento comunitario, así como de la necesidad de asegurar su aplicación uniforme como premisa básica para el cumplimiento de los objetivos que, aceptados por los Estados miembros, se hallan plasmados en los Tratados constitutivos y sus sucesivas reformas.

La segunda posición es la representada por nuestro Tribunal Constitucional, que siguiendo en parte las doctrinas del Tribunal Constitucional alemán, ha venido reiterándose en el convencimiento de la primacía constitucional en caso de conflicto, sobre la base que la integración permitida por el art. 93 en ningún caso puede comprender lo que ha venido a llamarse como *autorruptura* del ordenamiento constitucional. Tal posición puede ser denominada como posicionamiento monista de carácter *estatalista* o *soberanista*.

Las dos perspectivas recién mencionadas aunque enfrentadas en cuanto a resultados son coincidentes por lo que a los planteamientos de fondo se refiere. Ambas concuerdan en una visión monista según la cual debe poder identificarse el ordenamiento, el órgano o institución, que tenga la última palabra y asegure así la coherencia de un sistema que en último extremo debe resultar unitario.

Finalmente, hallaríamos un tercer grupo de visiones que coincidirían a la hora de entender el conflicto interordinamental como irresoluble en términos jurídicos, por lo que habría que confiar en la prudencia política de ambos *bandos*, como única forma de evitar o solucionar por medios no traumáticos una posible colisión. Este planteamiento suele apoyarse en el carácter transitorio del momento actual del proceso de integración, que encamina sus pasos a la conformación de un supraordenamiento constitucional en el que la

coherencia del sistema volvería a quedar asegurada. Como puede verse, incluso en esta tercera visión asoma el mismo presupuesto ontológico: la unidad ordinamental.

El presente trabajo viene motivado principalmente por la consideración del carácter insatisfactorio de los planteamientos recién recogidos. Se considera, por un lado, que se trata de perspectivas incapaces de describir las verdaderas implicaciones del proceso de integración europea. Por otra parte, se cree que de tal insuficiencia nace además una manifiesta incapacidad prescriptiva de cara a proponer los instrumentos jurídicos que deban asegurar la vigencia de los principios propios del constitucionalismo, esto es, la exigencia del control y limitación de los distintos centros de poder, así como la existencia de cauces reales de participación popular en la toma de decisiones políticas (legitimación democrática de origen y de ejercicio), partiendo del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

El análisis propuesto, visto el punto de partida, se iniciará por medio de la aproximación a las posturas *monistas* para, después de poner de manifiesto las carencias apuntadas, proceder a construir los elementos de una explicación distinta.

Puesto que la principal razón que motiva la necesidad de proponer una lectura distinta de las implicaciones a que da pie el art. 93 de nuestra Constitución, se sitúa en la constatación de la quiebra del principio de unidad ordinamental y de poder, factor común en las interpretaciones dominantes, la apuesta deberá dirigirse hacia una perspectiva de carácter pluralista, que entienda la autonomía de los ordenamientos en presencia como elemento central del análisis.

La quiebra del principio de unidad ordinamental, obliga a repensar la idea de Estado tanto por lo que respecta a sus distintos atributos o *fragmentos* (pueblo, poder y territorio), como por lo que se refiere a sus funciones. Y es desde tal replanteamiento desde el que se deberá enfocar el análisis de las implicaciones del proceso de integración comunitaria.

Hay que señalar, que se parte aquí de una premisa, intuitiva si se quiere, que resulta básica para entender el planteamiento adoptado: la Comunidad/UE no puede ser entendida más que a través de la redefinición del Estado, para lo cual contamos con la valiosa ayuda del Derecho por lo que éste nos cuenta del Estado al que se refiere: las transformaciones que el Derecho estatal sufre (fruto de la segmentación del poder) vienen a ofrecernos la medida de la mencionada redefinición de lo estatal y, asimismo, de la definición de un fenómeno, el comunitario, que tanto tiene que ver en dicha redefinición. Por ello, el análisis

del proceso de integración debe comprender a la vez los dos planos ordinamentales que comporta.

Se tratará pues de un trabajo de contenido jurídico que identifica el análisis desde el Derecho como instrumento útil a la hora de explicar las implicaciones del proceso de integración comunitaria, pero de ahí no se deriva la consideración de que sólo desde una perspectiva jurídica resulta posible comprender en todos sus aspectos las mencionadas implicaciones. Aunque en el marco del análisis jurídico sea posible, al margen de necesario, incorporar las dimensiones políticas y económica del contexto del que se parte, no puede dejar de reconocerse que cualquier realidad, y la comunitaria no es excepción, expresa una interconexión de factores diversos entre los que el Derecho es uno más.

Ahora bien, debido a la complejidad de las implicaciones de dicho proceso y, dado que además la integración comunitaria ha sido en buena parte jurídica, una aproximación desde el Derecho (que no sea puramente formalista) ha de resultar de enorme utilidad para identificar el terreno en el que el proceso de integración tiene lugar.

El riesgo que cualquier aproximación de tipo jurídico encierra, que es el de atribuir una dimensión descriptiva a lo que en realidad posee más bien una función prescriptiva, no puede ser soslayado totalmente. Por esta razón, vale la pena advertir que aunque la visión pluralista se adopte como propuesta descriptiva de los fenómenos jurídicos que la integración comunitaria comporta, resulta necesario introducir algunas matizaciones en función de la realidad a la que nos referimos. Dicho de manera más sencilla, no resulta comprable sin más la dinámica pluralista a la que se enfrenta el ordenamiento de un Estado miembro de los considerados “fuertes”, que la que presenta los Estados con menor capacidad de incidencia económica y política.

Ello no obstante, la preocupación sobre las posibilidades de vigencia de los principios constitucionalistas en el marco que se deriva de la integración comunitaria, exige tratar de acercarse lo más posible a la dinámica en la que dicho proceso se desarrolla, para así identificar los aspectos que requieren una reformulación. En este sentido, y volviendo a las críticas de las perspectivas monistas, ni el *comunitarismo*, que da por hecho el carácter constitucional del proyecto comunitario y permite acelerar sin freno su profundización, ni el *soberanismo*, que no reconoce la dimensión de las transformaciones en el Estado

(soberano) que la integración, junto con el más amplio contexto de la globalización, implica, son capaces de hacer frente al reto planteado.

Una última advertencia debe ser realizada. Sin duda, el proceso de integración es, como su propio nombre indica, un acontecer, algo eminentemente dinámico. Ello no obstante, resulta posible, al margen de deseable, realizar una aproximación que trate de extraer los elementos definidores de una realidad que existe en un momento concreto y que requiere ser explicada desde la consideración de ese momento, entre otras cosas por la trascendencia que la comprensión de lo actual tiene en cualquier debate sobre escenarios futuros. Con todo, la explicación deberá ser considerada *rebus sic stantibus*.

Al margen de que, en efecto, pueda afirmarse que nos hallamos en un momento de transición, un momento de quiebra de ciertos moldes y de conformación de otros nuevos, la imposibilidad de esclarecer tanto el destino final del proceso como las distintas fases venideras por las que ha de atravesar, obliga a realizar un esfuerzo por, sin perder de vista el inherente dinamismo comunitario, tratar de fijar algunos de sus elementos estructurales, independientemente de que puedan cambiar en un futuro.

Por último, llega el momento de efectuar la tarea más sencilla de todas las que una tesis comporta: la de los agradecimientos.

En primer lugar, debo mencionar al *Comissionat d'Universitats i Recerca* de la Generalitat de Catalunya, responsable de haberme concedido una beca predoctoral de formación de personal investigador en 1996. Igualmente, en el apartado de la cobertura institucional, debe aparecer el Institut d'Estudis Autònomic de la Generalitat de Catalunya, pues fue una de sus becas la que me permitió realizar una estancia en el *Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* de Heidelberg, entre octubre de 1998 y julio de 1999, cuya generosa biblioteca me surtió de numerosos materiales indispensables para la elaboración del trabajo.

En el plano personal y profesional, querría empezar mostrando mi agradecimiento a las compañeras y compañeros con quienes he tenido la suerte de coincidir: del *Departament de Dret Constitucional i Ciència Política de la Universitat de Barcelona*, del *Àrea de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona*, y, actualmente, del *Àrea de Dret Constitucional de la Universitat de Girona*.



Entrando en el terreno donde lo académico, pese a su intensa presencia, no tiene más remedio que empezar a dejar paso a lo personal, quiero mencionar especialmente a tres personas: Miguel Ángel Aparicio, Miguel Ángel Cabellos y Gerardo Pisarello. Los tres han accedido a leerse sin apenas rechistar ilegibles e interminables borradores de este trabajo, tras lo cual han tenido fuerzas para criticar, orientar y animar. En definitiva, han hecho que me sienta acompañado.

Por último, quiero dar las gracias al director de esta tesis, el profesor Manuel Gerpe Landín, quien, al margen de ser el responsable del nacimiento de mi interés por la materia objeto de estudio, con suma paciencia ha sabido esperarme al final de los embrollados caminos donde me iba metiendo, para, a mi llegada, ofrecerme las advertencias y las pautas necesarias que han permitido concluir este trabajo.

## ***PARTE PRIMERA: Las distintas lecturas sobre la dimensión de la integración comunitaria en el plano jurisprudencial y doctrinal***

### **CAPÍTULO PRIMERO. El concepto de integración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

#### **1. Introducción**

A estas alturas del proceso de integración comunitaria, resulta una obviedad que la capacidad de incidencia de la normativa comunitaria sobre cada uno de los ordenamientos de los Estados miembros es extraordinariamente elevada. Como sabemos, la presencia de dicha normativa se deja sentir en ámbitos de altísima significación constitucional, como por ejemplo en materia de derechos fundamentales o en relación con el mismo sistema de ordenación de fuentes, lo que conlleva cambios que inciden en una reestructuración del propio sistema institucional estatal (en cada uno de sus tres poderes) y también en el plano de la distribución territorial del poder en los Estados descentralizados.

Sin asomo de dudas, se puede llegar a afirmar que se trata de hondas transformaciones con plena incidencia en algunos de los elementos en los que tradicionalmente se ha asentado las ideas de Estado y de Derecho. En este sentido, Muñoz Machado señala que “el impacto del ordenamiento comunitario europeo sobre el sistema interno de fuentes es singularmente interesante por la riqueza de matices que afloran por todas partes, pero también por la puesta en cuestión de algunos dogmas capitales en que se asienta la vida de los Estados actuales en los que se aprecia la resistencia intensa a admitir limitaciones en sus decisiones soberanas”<sup>1</sup>.

El mismo autor, apoyándose en Capurso, prosigue constatando que “tanto el dogma de la soberanía del Estado como la exclusividad estatal del Derecho han concluido por convertirse en los elementos teóricos de una vida del Estado perfectamente cerrada en sí misma, lo que lleva a la consecuencia de que se acepte con dificultad la transformación de

---

<sup>1</sup> Muñoz Machado, S., *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1980, páginas 19 y 20.

los instrumentos jurídicos tradicionales, gestados con esfuerzo en el seno de concepciones estatistas originadas siglos atrás”<sup>2</sup>.

Esa excepcional capacidad de incidencia, jamás vista en ningún tipo de organización internacional, viene dada desde las previsiones de los Tratados constitutivos (y sus posteriores modificaciones), pues suponen la creación de un sistema jurídico-institucional con dos principales características: en primer lugar, se trata de un sistema competencial basado en la consecución de objetivos (amplios) y no en un listado cerrado de materias atribuidas; y en segundo lugar, dicho sistema se basa en un esquema institucional que, por su propia configuración, promueve una dinámica política de ampliación progresiva del ámbito de incidencia, o como señala Rubio Llorente, que “no es coyuntural, ni fruto del apetito de poder de «los burócratas» de Bruselas, sino absolutamente estructural. Consecuencia necesaria del *telos* de la integración que el Tratado de Maastricht define como búsqueda de «unión cada vez más perfecta», de la ilimitación del proceso y de la técnica utilizada para la atribución de competencias a la Comunidad”<sup>3</sup>.

Pese a que, como a lo largo del presente capítulo tendremos ocasión de comprobar, nuestro TC, a la luz de su jurisprudencia, no se caracterice precisamente por mostrarse dispuesto a acoger un concepto amplio de integración, y tampoco de integración comunitaria, lo cierto es que ha habido algún supuesto en el que ha llegado a admitir cuál es la esencia de la especificidad del concepto: la producción de efectos jurídicos directos e inmediatos al margen de todo tipo de intervención estatal. Así se puede deducir de una interpretación *a contrario* de su STC 245/91, de 16 de diciembre (el célebre caso *Bultó 2*), en la que el Alto Tribunal rechaza que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenga el carácter de “instancia superior supranacional, en el sentido técnico del término” a causa de lo cual le está vedada la posibilidad de efectuar una “revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas”.

---

<sup>2</sup> *Ibidem*. Capurso, M., “Le ideologie giuridiche dello stato nazionale moderno e l’ordinamento comunitario nella giurisprudenza italiana”, en *Scritti in onore di Constantino Mortati*, I, Giuffrè, Milán, 1977, páginas 87 y siguientes.

<sup>3</sup> Rubio Llorente, F., “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 48, 1996, p. 19, páginas 9 a 33, publicado también en Rubio Llorente, F., Daranas Peláez, M., *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Madrid, 1997, páginas XI a XXVII; y también como “Constitutionalism in the «integrated» States of Europe”, *Harvard Jean Monnet Working Papers*, núm. 5, 1998, Cambridge, 1998 (cuyo texto puede hallarse asimismo en <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/98>).

También podemos encontrar referencias expresas del TC a que “cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales. Pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades Europeas puede considerarse a ciertos efectos como «interno»” (STC 165/94, de 26 de mayo, FJ 4º).

La duda que nos proponemos solventar puede expresarse en términos sencillos: ¿cómo se incorpora la realidad normativa comunitaria en los ordenamientos estatales, y en concreto, en el ordenamiento español?

El punto de partida es claro: un fenómeno de consecuencias transformadoras esenciales dentro del sistema político y constitucional estatal requiere necesariamente una , decisión normativa básica o, en términos schmittianos, una decisión constitucional fundamental; un verdadero *indirizzo politico*<sup>4</sup>.

A juicio de Pérez Tremps, incluso habría que comparar las consecuencias que comporta la apertura a la integración con lo que en su día supuso la incorporación de la cláusula del Estado social. Y en cierta medida es así, por cuanto se abre una fase en la que de acuerdo con las previsiones constitucionales, el Estado puede adoptar una nueva configuración en la que necesariamente las notas características de su forma anterior referidas a la relación entre el poder y el individuo quedan profundamente alteradas. Por ello no duda el mencionado autor en considerar que la apertura ordinal “debe considerarse como un verdadero principio general del sistema constitucional español”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Expresión utilizada por Mortati en primer lugar en su *Ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, y posteriormente en *La costituzione in senso materiale*, Milán, 1940. El término de *indirizzo politico* ha sido traducido como “función de dirección política”, y no como mera “orientación política”, en la reciente publicación en castellano, según la traducción realizada por Bergareche Gros, A., “Estudio Preliminar” a Mortati, C., *La Constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. XXXIX. La misma traductora, indica que el concepto de *indirizzo politico* “supone la introducción de la política en el Estado haciendo depender la identidad de éste de la primera. Actividad que no se desarrolla de modo arbitrario y casual sino en formas típicas y constantes (...), la definición de actividad de dirección política del Estado de Mortati aparece en clave de función del Estado. Una función suprema que precede lógicamente a todas las demás y de la que directamente depende la identidad del Estado entendido como organización jurídica de competencias y de funciones normativamente determinadas y reguladas: la política se transforma en función del Estado no dentro de una Constitución como límite al poder y espacio de las prerrogativas estatales sino como proceso organizado con su propia y constituida normatividad permanente”. *Ibidem*, páginas XXXVIII y XXXIX.

¿Existe tal decisión en nuestro ordenamiento constitucional? ¿Cuál es su verdadera dimensión? ¿Se da cabida a la normativa comunitaria sin ningún tipo de condicionamiento? ¿Existen límites constitucionales a la integración?

Si bien su formulación es sencilla, la complejidad de las respuestas a los interrogantes planteados es ciertamente elevada, y han sido, son y seguramente seguirán siendo, objeto de enconados debates en los que buena parte de las principales nociones de la Teoría constitucional se sitúan en el espacio de discusión. Teniendo pues presente dicha dificultad, la única manera de tratar de realizar una aproximación mínimamente satisfactoria pasa por acometer con cautela cada uno de los pasos a dar.

El primero de ellos va a consistir en abordar las cuestiones a partir de una de las realidades normativas en juego, en este caso la del ordenamiento constitucional español, como si fuese posible hacerlo de manera aislada desde, al margen de las referencias doctrinales que se aportarán, lo que establece el texto constitucional tal y como se interpreta por parte del TC.

Con ello no se habrá más que realizado un planteamiento parcial de la cuestión, pues pese a provenir del TC, no deja de ser uno de los actores en presencia, cuya visión choca en el plano teórico con las bases en que fundamenta su posición el máximo garante de la eficacia de la normativa comunitaria, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJ, en adelante). No nos detendremos en un repaso de los principales hitos jurisprudenciales en los que el TJ articula sus doctrinas sobre la primacía del Derecho comunitario, su aplicabilidad inmediata y su efecto directo, en parte por que las aportaciones doctrinales que se han ocupado de ello son innumerables, y en parte porque tendremos ocasión de referirnos puntualmente a los planteamientos del TJ a medida que avancemos en nuestro análisis.

En cualquier caso, nos situamos ahora, como punto de partida, en la descripción del *cómo* se integra, según nuestro TC, el Derecho comunitario en el marco del ordenamiento

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 26. Por su parte, el TC se refirió tempranamente a la incorporación de normativa internacional en materia de derechos fundamentales como “decisión constitucional básica”. Concretamente es en el fundament jurídico décimo de la STC 21/1981, de 15 de junio (asunto *Pirarch*), donde señala que “no cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”.

jurídico estatal. Más adelante deberemos abordar *cómo se establece verdaderamente* dicha realidad normativa en el seno ordinamental interno.

El desfase entre uno y otro momento, ya puede ser avanzado, es tributario del enfoque del TC, que como veremos se halla basado en la consideración de la realidad constitucional como estructura que acoge un ordenamiento de origen externo sin apenas, por así decirlo, “costes”, esto es, sin tener que asumir que se trata de un supuesto que exige una reformulación profunda de las tradicionales relaciones entre el ordenamiento constitucional y el Derecho internacional.

## **2. El art. 93: puerta constitucional a los *Tratados de integración***

### **2.1 La incorporación de la normativa internacional al ordenamiento español**

La Constitución española recoge en el Capítulo III de su Título III las previsiones relativas a los Tratados internacionales. En ellas se contemplan tres tipos de Tratados, tipología acorde con tres clases de procedimientos de aprobación previa a la ratificación establecidos a su vez en función de las consecuencias que dichos convenios comportan para el ordenamiento español. En primer lugar, como tipo de Tratado de, por así llamarlo, *menor entidad*, el art. 94.2 habla de aquellos acuerdos internacionales que por no afectar a determinados ámbitos sustantivos ni implicar modificación o derogación de normas con rango de ley o exigir medidas legislativas para su ejecución, pueden vincular al Estado por la sola voluntad del ejecutivo, sin necesidad de intervención del Parlamento (aunque se preceptúe la obligatoriedad de dar cuenta al mismo).

Si, por el contrario, el Tratado implica en las formas comentadas a normativa con rango de ley, comporta obligaciones financieras para la Hacienda Pública, afecta a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I, o se trata de Tratados de carácter político o militar, entonces, según lo previsto por el art. 94.1, sí se exige intervención previa de las Cortes Generales, que deberá autorizar al Gobierno para que preste el consentimiento del Estado.

Finalmente, el art. 93 abre la puerta a los Tratados de mayor entidad, aquéllos por los que se atribuye “a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, esto es, tanto de carácter legislativo, como

ejecutivo y judicial, para lo cual se requiere la aprobación de una ley orgánica por medio de la cual los representantes directos del pueblo acepten el compromiso internacional que de dicho acuerdo se derivará.

Por su parte, y con el fin de asegurar la compatibilidad entre los Tratados y la Constitución, el art. 95.1 establece que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”. Como correlato, la Constitución prevé en su art. 95.2 la posibilidad de interponer ante el TC un recurso previo de inconstitucionalidad para los casos en los que pueda dudarse de la compatibilidad entre los Tratados que pretenden ser ratificados y la Constitución<sup>6</sup>.

Finalmente, cerrando el capítulo, el art. 96 establece que tras la incorporación de los Tratados al ordenamiento interno, que tendrá lugar tras su válida celebración y una vez publicados oficialmente en España, sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

## **2.2 Los Tratados de integración**

El esquema recién descrito resulta más complejo de lo que aparenta. Si dejamos de lado cuestiones como la del carácter de la incorporación de la norma internacional al ordenamiento estatal, o la definición del tipo de relaciones que se establecen entre los Tratados y las normas estatales (en especial las que poseen rango de ley<sup>7</sup>), sin duda uno de

---

<sup>6</sup> Así ocurre también en las Constituciones francesa (art. 54) y portuguesa (art. 278.1), y en cambio no existe tal previsión específica en la Ley Fundamental de Bonn, aunque ello no ha sido óbice para que el TCF haya podido conocer de manera previa a la ratificación del Tratado a partir de entrar a enjuiciar la constitucionalidad de la ley mediante la que se presta el consentimiento, llegando así al mismo resultado final de control previo, aunque indirecto, de la constitucionalidad del Tratado.

<sup>7</sup> Las dudas se centran en si se trata de relaciones de tipo jerárquico o competencial. En el lado de la relación competencial se sitúan autores como Muñoz Machado, para quien “la relación tratado-ley no es, en efecto, de supra y subordinación sino, estrictamente, de separación. Lo que ocurre es que el tratado válidamente celebrado, acota para su disponibilidad un ámbito material o un concreto conjunto de competencias del que queda privado el legislador estatal”, con lo que nos hallamos ante un supuesto en el que se han puesto en marcha “un mecanismo de separación de campos competenciales, voluntariamente operado por el propio legislador estatal (...). Es pues la incompetencia el vicio que explica la invalidez de las normas estatales sucesivas que afecten al contenido del tratado”. Muñoz Machado, S., *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea...*, ob. cit., páginas 26 y 27. Semejante opinión sostienen otros autores como García

los aspectos cuya clarificación mayores dificultades presenta es el del concepto de *Tratados de integración* de los que habla el art. 93.

Lo primero que hay que advertir es de la nota que define a los Tratados de integración frente a los Tratados internacionales a los que se refiere el art. 94, pues en ellas se encuentra el origen de la complejidad que acompaña cualquier intento que trate de descifrar su significación. Se trata del hecho de que en sí mismos no delimiten todo el contenido normativo que los ordenamientos estatales van a recibir mediante su conclusión. Así es, por suponer tales convenios la atribución de competencias normativas a un ente distinto al Estado, éste queda sujeto no sólo a las reglas jurídicas que establezca el Tratado (que ya veremos que pueden tener también carácter sustantivo), como sucede con el resto de los Tratados internacionales, sino que queda también vinculado a la producción normativa que realicen *pro futuro* los órganos creados por dicho acuerdo internacional (o la ya creada en el caso de una incorporación posterior), normativa que, en el caso de la integración comunitaria se conoce con el nombre de Derecho derivado, según es sabido.

La complejidad no se detiene ahí, por cuanto dicha apertura puede llegar a incluir entre las “competencias derivadas de la Constitución” no sólo las de carácter estrictamente

---

Enterría y Ramón Fernández, para quienes “la materia cubierta por los tratados y convenios internacionales suscritos por España queda acotada como una esfera autónoma más dentro de nuestro concreto sistema de fuentes y sometido a un tratamiento procesal específico, el propio del Derecho internacional...”. García Enterría, E., Ramón Fernández, T., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1993, p. 143. En el mismo sentido también Parejo Alfonso, L., “Algunas cuestiones de Derecho público interno en relación con los tratados, convenios y acuerdos internacionales, en especial el control jurisdiccional”, en *La celebración de los tratados internacionales por España, problemas actuales*. Ministerio de AAEE, Madrid, 1990, páginas 55 y 56. Remiro Brotons, en contra de tales argumentos, considera que el redactado final del art. 96.1 de la Constitución, pese al esfuerzo de quienes presionaron para que se suprimiera la referencia a la superioridad jerárquica de los tratados, recoge una fórmula en la que sin decirlo se parte del carácter supralegal, pues recordemos que se asegura la fuerza pasiva de los tratados frente a todo tipo de ley posterior. De todos modos, el mismo autor, sostiene que “conviene sopesar con realismo las consecuencias de promover incondicionalmente la superioridad de los tratados sobre la ley (...). Los mantenedores a ultranza de la supralegalidad de los tratados están obsesionados... con no comprometer la responsabilidad internacional del Estado..., pero no se oculta que la revisión judicial de la conformidad de las leyes con los tratados es capaz de provocar, dentro del Estado, serias tensiones institucionales. El Tribunal Constitucional no puede ser –menos aún los jueces ordinarios– el cancerbero del rango supralegal de los tratados sin mortificar a las Cortes en su soberanía legislativa (...). Arrostrar la responsabilidad internacional del Estado... puede ser, en términos reales de cálculo, más económico que caer en la polarización de actitudes contradictorias de los Poderes estatales en el plano doméstico”. Remiro Brotons, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, páginas 339 a 342. La jurisprudencia del TS se ha manifestado también más favorable a considerar la relación en términos de jerarquía. A modo de ejemplo, las STS de 3 de septiembre de 1982 (Sala 3ª), Aranzadi 1982, núm. 4917; de 31 de octubre de 1983 (Sala 3ª), Aranzadi 1983, núm. 5295; de 22 de mayo de 1989 (Sala 1ª), Aranzadi 1989, núm. 3877; de 18 de junio de 1991 (Sala 1ª), Aranzadi 1991, núm. 4520. Y por parte del TC, la STC 11/1985, de 20 de enero, FJ 4º.



normativo sino también, como se ha dicho, algunas de carácter jurisdiccional. Con ello, la integración no sólo puede comportar la recepción de normativa “externa” (en el sentido de origen distinto al sistema exclusivamente interno), sino que a su vez puede suponer que el control de la normativa que se incorpora quede en manos de un órgano creado en virtud de dicho Tratado de integración. Como sabemos, ese es el supuesto de las Comunidades Europeas a las que el 1 de enero de 1986 España se adhirió mediante la aplicación de los dispuesto por el art. 93.

El análisis que recién se inicia va a versar sobre el proceso de integración comunitaria a que dan lugar los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (en adelante, simplemente “Comunidad”<sup>8</sup>) y sus posteriores modificaciones. Resulta un lugar común, pese a que en su literalidad no se advierta, que el art. 93 está específicamente orientado a permitir la incorporación de España a la Comunidad. No obstante, los Tratados a los que se refiere el art. 93 no son sólo aquellos que coincidan con las características que presentan los Tratados comunitarios, de modo que habrá que entender que la interpretación del art. 93 debe ser capaz de comprender otro tipo de fenómenos de integración que podrían llegar a tener características algo distintas.

En este sentido, pese a que no se pueda negar la fuerza configuradora que la dinámica comunitaria tiene también respecto de los propios contornos del art. 93, que sin duda contribuye a fijar, no debería subordinarse totalmente el contenido del art. 93 al desarrollo efectivo de la realidad jurídica de la integración, que es un concepto más amplio que el delimitado por la integración comunitaria. Aunque finalmente se optara por adecuar la interpretación de la cláusula de apertura a una realidad, la comunitaria, para la que dicha

---

<sup>8</sup> Obviamente, el principal Tratado de referencia va a ser el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), Comunidad que tras la reforma operada por el Tratado de Maastricht, y como consecuencia de la importante ampliación competencial experimentada incluso antes de dicha reforma, pasa a ser denominada Comunidad Europea y, por consiguiente, el TCEE pasa a ser TCE. De todos modos, y dado que existe una unidad institucional y una coincidencia en el sistema de fuentes respecto de las tres Comunidades, el análisis respecto del fenómeno comunitario versará sobre las tres organizaciones. La Unión Europea (UE), y su Tratado (TUE), que como sabemos tiene su origen en el Tratado de Maastricht, también será incluida en parte de las reflexiones que efectuemos, por cuanto pese a contar con dos pilares de raíz intergubernamental (la política exterior y de seguridad común –PESC– y el pilar sobre asuntos de justicia e interior), en su conjunto puede ser considerada, de manera amplia, como instrumento del fenómeno de integración comunitaria. No obstante, en muchos supuestos el análisis sólo se referirá a las formas de verdadera integración jurídica, que provienen sólo del pilar comunitario. Por tales razones, en ocasiones se hará referencia a la Comunidad y en otras a la UE en su conjunto (o a la Comunidad/UE, resaltando el mayor peso del pilar comunitario).

cláusula ha sido orientada principalmente<sup>9</sup>, la renuncia absoluta a cualquier intento de delimitación de los principales caracteres de la noción de integración de la que parte nuestra Constitución supondría un injustificado menosprecio del valor normativo de la propia Ley Fundamental, también presente en las cláusulas de apertura a sistemas supranacionales.

Partiendo pues de la adhesión de España a la Comunidad, el objetivo propuesto es el de tratar de descubrir si el art. 93 es fundamento constitucional suficiente para dar cabida al conjunto de transformaciones de todo tipo, y especialmente en cuanto a la ordenación del sistema de fuentes, que supone dicha incorporación. Como manifestación principal de lo que supone la integración comunitaria, ese conjunto de cambios se contienen dentro de la relación interordinamental que la existencia de dos ordenamientos aplicables en un mismo territorio comporta. Ese va a ser el verdadero terreno del análisis, aunque anteponiendo los términos de la relación entre Derecho comunitario y Constitución, por ser los que definen la relación ordinamental en su conjunto.

Para cerrar este apartado, vale la pena recordar que aunque el art. 93 constituya específicamente el precepto destinado a dar entrada a la integración supranacional, no hay que olvidar que dicha apertura cuenta además con la previsión del art. 10.2 relativa a la incidencia de la regulación internacional en general en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Según veremos, esa intersección tendrá lugar en la jurisprudencia del TC.

Ambos preceptos demuestran, en definitiva, la evidente conciencia de nuestra Constitución respecto de la necesidad de prever la superación del marco jurídico estatal para la satisfacción de intereses sociales que a finales del siglo XX ya demandaban fórmulas distintas, más incisivas, que la habitual cooperación entre Estados.

---

<sup>9</sup> En efecto, “si desde el punto de vista teórico, el artículo 93 resulta aplicable a cualquier organización internacional de integración, por lo que no es un precepto exclusivamente «comunitario», en la práctica no existe hoy en la sociedad internacional otras organizaciones internacionales de esta naturaleza, al menos de las que España pueda ser previsiblemente miembro”. Sánchez Rodríguez, L. I., “El artículo 93 de la Constitución española y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, I*, Civitas, Madrid, 1991, p. 222 (páginas 219 a 250).

## 2.3 El control constitucional del Derecho comunitario

### 2.3.1 Introducción

Siendo el objetivo la clarificación conceptual del concepto de integración comunitaria, y con él de las implicaciones constitucionales que la misma comporta, sin duda una buena manera de acometer tal tarea es apuntar un interrogante inicial, que versa sobre si el ordenamiento supranacional al que se refiere el art. 93 (o si se quiere concretamente el Derecho comunitario), puede ser, y si es así en qué circunstancias, objeto de control de constitucionalidad.

Dada la magnitud de lo que encierra el mencionado interrogante, no nos queda otro remedio que ir desbrozando los distintos aspectos que incorpora. En primer lugar, debemos diferenciar que dentro del terreno del control de la constitucionalidad del Derecho comunitario se dan en función de que nos hallemos ante un control de tipo previo, esto es, anteriormente a la entrada en vigor de la norma en cuestión, o *a posteriori*. En la resolución de tales cuestiones, deberá también repararse en la necesidad de distinguir o no entre el Derecho contenido en los propios Tratados de integración (Derecho originario) y el Derecho fruto de los órganos creados por los Tratados de integración (Derecho derivado).

En realidad, el tipo de control constitucional que pueda acabar aceptándose depende de una cuestión más general que finalmente deberemos poder abordar en sus distintas manifestaciones. Esta cuestión es la que hace referencia al carácter del art. 93 como *lex specialis*: se trata de determinar si el art. 93 más allá de representar tan sólo la previsión constitucional de apertura a un ordenamiento supranacional bajo las mismas condiciones que el art. 94 (en sus dos modalidades) lo hace respecto del ordenamiento internacional tradicional, introduce un régimen especial que hace modular los términos de su relación con la Constitución<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> De hecho, para empezar ya existe un ámbito en el que se excepciona la normativa acogida a partir del art. 93 del régimen general previsto para los Tratados internacionales. Se trata de la exigencia de la publicación oficial en el *BOE*, que según el art. 96.1 de la Constitución se impone a los Tratados y, de manera analógica, a los actos de los organismos internacionales pero que en cambio deja al margen a la normativa derivada de las organizaciones supranacionales, cuya publicación en el *DOCE* es considerada suficiente a los efectos de la publicidad normativa establecida como principio de obligado cumplimiento por el art. 9.3 de nuestra Constitución. Precisamente la cuestión de la publicación del Derecho derivado ocupó parte del debate en torno a la necesidad de que la ley orgánica de autorización de los Tratados de integración fuera más allá de la

### 2.3.2 *El control previo*

Empezando por la distinción entre el control previo y el control posterior de la normativa comunitaria, la primera respuesta que hallamos parte de la que situamos como una de las principales características, sino la esencial, del Derecho supranacional a que se refiere el art. 93: la existencia de un conjunto de normas sobre las que el Estado de manera individual no expresa su voluntad de obligarse (Derecho derivado), a diferencia de los Tratados que dan pie a tales normas (Derecho originario). A partir de ahí, debemos diferenciar entre ambos tipos de normas, ya que como las normas derivadas no requieren aceptación previa para entrar en vigor (basta con su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas –*DOCE*–), sólo las normas de los Tratados podrán ser objeto del control de constitucionalidad previo a que se refiere el art. 95.1.

Hay que decir que cuando se produce una adhesión posterior a la creación de la Comunidad, como es el caso de España, la ratificación de los Tratados comporta la aceptación de todo el conjunto normativo (incluyendo las prácticas y convenciones, así como las construcciones jurisprudenciales) ya existente, lo que se conoce como *acervo comunitario*. De este modo, el control previo de la constitucionalidad de los Tratados no podrá versar estrictamente sobre el texto de los Tratados, sino que habrá de incluir un juicio sobre dicho acervo.

### 2.3.3 *El control posterior*

---

mera autorización para contener algunas previsiones que especificaran los efectos de dicha integración. Así, uno de los focos iniciales de la discusión fue si el Derecho derivado podía excepcionarse de la exigencia de publicación en el *BOE* establecida por el art. 96.1, aunque la contradicción de esta pretensión con los principios del sistema comunitario consagrados por la jurisprudencia del TJ (quien, como sabemos, ya había insistido por entonces sobre el rechazo a medidas internas de recepción) y el hecho de que la publicación en el *DOCE* (en todos los idiomas oficiales de los Estados miembros) ya satisface los requisitos de publicidad que la seguridad jurídica consagrada en el art. 9.3 de la Constitución demanda, hicieron que, junto con las reticencias a superar su mero carácter de autorización formal (que más adelante serán comentadas), la ley orgánica de adhesión no contemplara tales soluciones.

Sin duda, los principales problemas se presentan respecto de un posible control del Derecho comunitario posterior a la conclusión de los Tratados de integración. La respuesta que ofrece el TJ es muy clara: toda norma de Derecho comunitario, independientemente de que sea de Derecho originario o derivado, es aplicable directamente y con primacía sobre todo tipo de norma estatal, “incluso constitucional”<sup>11</sup>.

Así es, el TJ ha insistido en la imposibilidad de oponer a la aplicación del Derecho comunitario “disposiciones del Derecho interno de cualquier naturaleza que sean”<sup>12</sup>, extremo que impediría todo tipo de control estatal posterior sobre la normativa comunitaria.

Para abordar la respuesta que nuestro sistema constitucional ofrece a la cuestión recién planteada debemos primero aclarar de manera general si cabe un control posterior a la entrada en vigor de los Tratados.

Aunque la Constitución no lo disponga expresamente, nuestro sistema jurídico permite proceder a controles de constitucionalidad de los Tratados una vez éstos han sido concluidos<sup>13</sup>. En efecto, ni el art. 95, que se refiere al control previo, ni los artículos 161 a)

---

<sup>11</sup> Sentencia del TJ de 6 de mayo de 1980 (*Comisión c. Bélgica*, asunto 102/80, Rec. 1980, p. 1487). En el mismo sentido, sentencias de 13 de julio de 1972 (*Comisión c. Italia*, asunto 48/78, Rec. 1972, p. 535), de 4 de abril de 1974 (*Comisión c. Francia*, asunto 167/74, Rec. 1974, p. 371), de 13 de julio de 1976 (*Watson et Belman*, asunto 118/76, Rec. 1976, p. 1198), o la de 13 de diciembre de 1979 (*Hauer*, asuntos acumulados 44 a 79/79, Rec. 1979, p. 3744), en la que el TJ afirma que “la introducción de criterios particulares, procedentes de la legislación o del orden constitucional de un Estado miembro determinado, por el hecho de que atentaría contra la unidad material y la eficacia del Derecho comunitario, tendría irremisiblemente el efecto de quebrar la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad”.

<sup>12</sup> Sentencia del TJ de 13 de julio de 1972 (*Comisión c. Italia*), recién citada.

<sup>13</sup> Esta posibilidad ha sido calificada por algunos como “aberrante” puesto que vulnera “los principios del carácter obligatorio de los Tratados y de la continuidad del Estado y podría comprometer la responsabilidad internacional”. Blumann, C., “L’article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des Traités en France”, *RGDIP* (1978-2), p. 570 (según cita de Mangas Martín, A., *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 128). Por su parte, Remiro Brotons ha criticado con contundencia no sólo la regulación constitucional, sino sobretudo el desarrollo dispensado a la misma por la LOTC. En este sentido, señala que “en el Derecho español, la estrecha, incompleta y mal diseñada gama de medios profilácticos se ha compensado con enérgicos remedios terapéuticos cuyo empleo evidencia contraindicaciones en el orden internacional...”. Y concretamente señala que “es un despropósito que se admita la legitimación activa de minorías parlamentarias y órganos autonómicos para recurrir *a posteriori* la constitucionalidad de un tratado y no se le permita hacerlo antes de su conclusión, a menos que se haya caído en el maquiavélico cálculo de que el Tribunal siempre será más reacio a declarar la inconstitucionalidad de un tratado ya en vigor...”. A lo que hay que añadir que en la regulación de dicho control posterior el legislador haya carecido “de la sensibilidad suficiente para dotarlo de una reglamentación que tenga en cuenta el doble plano normativo en el que se mueve el tratado”, no permitiendo soluciones como, por ejemplo, la que presenta la Constitución austriaca al permitir al Tribunal Constitucional prorrogar durante uno o dos años la aplicación de un tratado declarado inconstitucional para posibilitar la subsanación de la contradicción o bien la denuncia del tratado. Remiro Brotons, A., *Derecho Internacional...*, ob. cit., páginas 139, 140 y 336. Otros

y 163, incluyen explícitamente el control constitucional de los Tratados. Ahora bien, a partir de los últimos preceptos citados, que establecen la posibilidad de plantear recurso y cuestión de inconstitucionalidad, respectivamente, respecto de “leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley”, la doctrina ha venido aceptando dicho control por considerar incluidos implícitamente a los Tratados, que en conformidad con al art. 96 reciben fuerza pasiva de ley.

En cualquier caso, la LOTC se ha encargado de recogerlo de manera expresa: “son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad (...) los tratados internacionales” (art. 27.2 c)), siendo posible interponer tanto recurso de inconstitucionalidad (art. 161.1a de la Constitución en relación con los artículos 27.2c y 32.1 LOTC), como cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución en relación con el art. 35 LOTC), como, llegado el caso, mediante autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC).

Con ello, se opta abiertamente por priorizar la salvaguarda de la primacía constitucional por encima de las consecuencias que en plano de la responsabilidad internacional puedan derivarse. Los tratados son situados en una posición inferior, subordinada, al texto fundamental, una posición que no se podía derivar tan claramente como en ocasiones se ha pretendido tan sólo de lo dispuesto por el art. 95, que en sí mismo considerado podría ser interpretado como cláusula de cautela llamada a prevenir, por razones de seguridad jurídica, la colisión entre la norma constitucional y la internacional, como lo demuestra el carácter previo del control que dispone.

Una cierta relativización de la primacía del texto constitucional puede decirse que se contenía en el art. 55.3 del Anteproyecto de Constitución de 5 de enero de 1978<sup>14</sup>, según el cual era posible la ratificación de tratados con disposiciones inconstitucionales sin necesidad de reforma previa pero exigiendo una mayoría parlamentaria equivalente a la

---

autores muestran también una actitud crítica frente a la amplitud con que nuestro sistema constitucional contempla la posibilidad de un control a posteriori y de que el legislador no haya primado la posibilidad de los controles previos. En este sentido, González Campos, J. D., Sánchez Rodríguez, L. I., Andrés Sáenz de Santa María, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 1998, p. 197. Consciente en parte de todo ello, el TC ha declarado en su Declaración de 1 de julio de 1992 (DTC 108/92), a la que luego se hará cumplida referencia, que “aunque aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (...) o cuestionar (...) la constitucionalidad de los tratados una vez formen parte del ordenamiento interno (art. 96.1 C.E.), es evidente la perturbación que, para la política exterior del Estado, implicará la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada...”.

<sup>14</sup> Anteproyecto de 5 de enero de 1978. *Boletín Oficial de las Cortes*, nº 44, enero 1978, páginas 669 a 698.

exigida en el procedimiento de revisión constitucional<sup>15</sup>. De haberse aprobado finalmente dicho texto, de alguna manera, y de cara a la integración comunitaria, se hubiesen podido aceptar las tesis a que posteriormente se hará referencia y que, en caso de colisión con la Constitución, vienen a equiparar la integración comunitaria con un mecanismo implícito de reforma, aunque tan sólo limitado a los supuestos en los que las previsiones constitucionales afectadas no se hallan entre las referidas por el procedimiento agravado de reforma del art. 168 de la Constitución. Ahora bien, la negativa a aceptar dicho texto vendría a constatar la separación conceptual entre reforma e integración.

En cuanto a los motivos de inconstitucionalidad, no existe restricción, pudiendo ser de carácter sustantivo (inconstitucionalidad *interna*), en cuyo caso la declaración de inconstitucionalidad afectaría a los preceptos concretos que se opongan a la Constitución<sup>16</sup>, o referida al procedimiento constitucional de autorización prescrita por los artículos 93 y 94 (inconstitucionalidad *externa* o *extrínseca*)<sup>17</sup>, en cuyo caso se concluiría con la nulidad del procedimiento de prestación del consentimiento, afectando pues a todo el Tratado<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Semejantes son los términos del vigente art. 91.3 de la Constitución holandesa. Para la cita de textos constitucionales de países miembros de la UE se utiliza la edición preparada por Gómez Orfanel, G., de *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

<sup>16</sup> Si la sentencia del TC constatase un vicio de inconstitucionalidad sustancial cabría, según Díez de Velasco, “entre varias opciones, concertarse con la otra Parte para dar por terminado o suspendido (total o parcialmente) el tratado o modificarlo en el punto en cuestión; si el tratado lo permite podría denunciarse, aunque la denuncia no surtiría efectos hasta agotado el plazo de preaviso, haciendo frente en todo caso a la responsabilidad internacional a que hubiese lugar por el período de aplicación. También se podría iniciar el procedimiento de reforma de la Constitución a fin de hacerla compatible con el Tratado y al eliminarse el conflicto con la Constitución el tratado podría aplicarse plenamente”. Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público I*, Tecnos, Madrid, 1985, páginas 177 y 178.

<sup>17</sup> Si el TC constata una contradicción en el procedimiento exigido para la prestación del consentimiento del Estado, la sentencia de inconstitucionalidad, según nos recuerda también Díez de Velasco, permitiría a España alegar internacionalmente la nulidad del Tratado siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 65 a 68 del Convenio de Viena, o incluso se podría tratar de subsanar el vicio de consentimiento iniciándose nuevamente de el procedimiento establecido. Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., p. 177.

<sup>18</sup> Hay quien sostiene que la inconstitucionalidad interna proviene de algún modo también de una inconstitucionalidad de procedimiento, ya que en caso de darse se habría aprobado un tratado sin haber efectuado todos los pasos previstos por la Constitución, en concreto el prescrito por el art. 95.1 que, como sabemos, establece que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”. Como se ha dicho, la Convención de Viena permite alegar como causa de nulidad de un tratado la existencia de vicios en la formación del consentimiento, de modo que la subsunción de los vicios materiales en los de carácter formal puede otorgar al menos “una limitada esperanza de acomodación de estas declaraciones de inconstitucionalidad en el orden internacional cuando afectan a las relaciones de un tratado con una norma constitucional preexistente”. Remiro Brotons, A., *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 337. En el mismo sentido, aunque de pasada, Gutiérrez Espada que al

Una vez constatada la posibilidad de proceder en términos generales a un control posterior de constitucionalidad de los Tratados, la incógnita que nos interesa resolver versa sobre si los Tratados comunitarios, y con ellos el Derecho comunitario en su conjunto, pueden resultar exceptuados, y si es así en qué términos, de dicho control por la especial cobertura que les ofrece el art. 93. Llegamos de esta manera a la necesidad de ahondar en la posible consideración del art. 93 como *lex specialis* frente al régimen que afecta a los Tratados a los que se refiere el art. 94.

Una primera especialidad que habría que comprobar es la que determina el hecho de la existencia del Derecho derivado, esto es, de normas que son producto de la integración y que no forman parte de Tratados internacionales, de lo que podría quizás derivarse un trato diferenciado por lo que al control de constitucionalidad se refiere. Con ello estaríamos trazando una separación entre Derecho originario y Derecho derivado.

De todos modos, hay que tener en cuenta una vez los Tratados de integración entran en vigor, pasan a ser parte integrante del Derecho supranacional que la integración comporta. Esta doble naturaleza de los Tratados constitutivos de la organización supranacional, pues siendo en su origen Tratados internacionales pasan a convertirse en Derecho supranacional, constituye, como tendremos ocasión de analizar, una de sus características más trascendentales. Pues bien, a partir de ella, y por lo que ahora nos incumbe, lo cierto es que la distinción entre Derecho originario y Derecho derivado desaparece, puesto que ambos conforman el Derecho comunitario, de modo que el tratamiento debe coincidir.

En este sentido, tanto el TJ como el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF), por referirnos al Tribunal que con mayor claridad se ha posicionado al respecto, dispensan

---

hablar de tratados ratificados que contienen disposiciones inconstitucionales, afirma que en un caso tal dicho convenio habrá sido concluido por nuestro país violando las disposiciones materiales (y asimismo las formales) que la Constitución establece...". Gutiérrez Espada, C., *Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 1995, p. 400. La verdad es que si realmente fuese posible vehicular toda contradicción material a un defecto de procedimiento, las consecuencias serían de gran envergadura ya que, cumpliendo eso sí los pasos previstos, se cerraría el paso a poder exigir responsabilidad internacional por incumplimiento. Pero sinceramente no creo que pueda sostenerse dicha equiparación puesto que a partir de lo que dispone una disposición puramente interna, se vendría a anular una distinción que el Derecho de los tratados establece de manera clara. En este sentido, no está de más recordar que las previsiones del art. 46 del Convenio de Viena restringen notablemente la posibilidad de decretar la nulidad de un tratado a partir de la violación de las disposiciones de Derecho interno relativas a la competencia para celebrar tratados. Concretamente el citado precepto exige que tal violación sea manifiesta, esto es, que resulte "objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".



un idéntico trato a ambas formas de Derecho comunitario. El TJ, como hemos visto, para asegurar su incondicional primacía y efecto directo, y el TCF, y tras su estela otros órganos de garantía constitucional, para acabar advirtiendo sobre la posibilidad de declarar, en caso de contradicción con las previsiones constitucionales, la inaplicabilidad sin distinción alguna<sup>19</sup>.

Ahora bien, podría también sostenerse la necesidad de separar Tratados comunitarios de Derecho derivado por la razón siguiente: dado que las normas de Derecho derivado deben su validez a los Tratados (de igual manera en que toda norma infraconstitucional debe la suya a la Constitución), en realidad la posible inconstitucionalidad de alguna de ellas debe conducir necesariamente o bien a su irregularidad comunitaria (que debería ser verificada por el TJ) o bien, si dicha irregularidad fuese rechazada, a la inconstitucionalidad de los Tratados de referencia.

En este sentido, hay que apuntar además que el supuesto de contradicción material entre la normativa comunitaria derivada y la constitucional puede darse en la práctica pese a que desde una perspectiva estrictamente teórica no quepa dicha colisión por cuanto el Derecho derivado se halla subordinado a los Tratados, cuya compatibilidad con la Constitución debe haber sido verificada en su momento. Así es, como indica López Basaguren en realidad esa relación no se da por dos motivos: en primer lugar porque el control de la compatibilidad inicial entre Tratados y Constitución y el de la compatibilidad entre Derecho derivado y Tratados “corresponden a dos órganos diferentes cuyos parámetros de control –y cuyos presupuestos interpretativos- lejos de ser coincidentes, son (potencialmente) contradictorios; y, en segundo lugar, porque la propia evolución del ordenamiento comunitario, convalidada por el órgano comunitario de control, ha alejado la realidad de este ordenamiento de las previsiones contenidas en los Tratados”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Remiro Brotons sostiene en este sentido que “ni la Constitución ni la LOTC han advertido el problema (...), ahora bien, se cuenta con suficientes mimbres para tejer la competencia del Tribunal Constitucional. El art. 93 de la Constitución no sirve para configurar al Derecho comunitario como un ámbito exento al control de constitucionalidad (...). Y si los tratados están sujetos a control, también lo han de estar las reglas de ellos derivadas”. No obstante, el mismo autor apunta que dado que el sistema carece de reglas específicas “es en este momento cuando la sensibilidad hacia la perspectiva comunitaria del problema ha de animar al Tribunal a un comportamiento prudente y cauteloso que permita retrasar el ejercicio del control y reducir al máximo la eventualidad de un conflicto entre los preceptos constitucionales y las reglas comunitarias”. Remiro Brotons, A., *Derecho internacional...*, ob. cit., p. 346.

Como puede comprobarse, empiezan a abrirse nuevos interrogantes que nos impiden de momento cerrar la explicación respecto del control posterior del Derecho comunitario. Pero como se ha apuntado antes, la clave hay que ir a buscarla en esa posible consideración del art. 93 como *lex specialis*. Debido a la centralidad que esta cuestión ocupa, y dado además que con ella habrá que tratar una serie de supuestos que merecen ser agrupados, será necesario abrir un epígrafe específico al respecto.

Antes, no obstante, y como paso previo, resultará de utilidad poder contar con una primera descripción de los elementos con los que el constituyente optó por recoger la cláusula de apertura contenido en el art. 93.

### **3. El contenido del art. 93: la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución**

#### **3.1 Introducción. La distinción entre ley de autorización y Tratado**

El art. 93 establece, merece la pena recordar, que “mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

Como sabemos, con este precepto, la Constitución trata de manera separada, como categoría jurídica autónoma, los *Tratados de integración*, diferenciando así del resto de tratados aquéllos que tienen por objeto la *atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*. Pero el hecho de que sepamos que la Constitución ha optado por darle ese tratamiento singular bien poco nos aporta en relación con las características que precisamente hacen que tales tratados deban ser considerados de manera específica.

Dos son los ejes que vertebran la especialidad de los tratados de integración: que su objeto sean *competencias derivadas de la Constitución* y que lo que vehiculen sea la *atribución* de su *ejercicio* por órganos creados o designados por tales tratados.

---

<sup>20</sup> López Basaguren. A., “¿Réquiem por la Constitución ? El ordenamiento constitucional en la integración

Antes de entrar en el análisis de los dos ejes vertebradores que contiene el art. 93, es necesario detenerse en un elemento característico de dicho precepto como es la distinción que se realiza entre el Tratado de integración y la ley en la que se precipita la autorización necesaria para poder expresar la voluntad estatal de asunción de los compromisos que del tratado se derive. Y ese deslinde de los dos elementos que conforman la atribución de competencias, que no se da en otros textos constitucionales<sup>21</sup>, se convierte en un dato que debe ser tenido en cuenta, ya que de alguna manera podría dar pie, aunque en sí mismo no resulte imprescindible para ello, a una interpretación del art. 93 que separara conceptualmente ambos momentos dándole así una entidad propia y diferenciada a la ley de autorización, que por esta razón podría comprender algo más que la mera autorización y contener también disposiciones de tipo sustancial por medio de las cuales se condicionaran internamente los términos de la apertura ordinamental.

El condicionamiento sólo podría ser de carácter interno, esto es, referido a la distribución de funciones que recibirían las distintas instancias internas para hacer frente a la apertura ordinamental, ya que externamente, de cara a la organización supranacional, los condicionantes deberían hallarse previstos en los propios Tratados, como es regla general en materia de Derecho internacional.

Esta posibilidad, no ha sido puesta en práctica en ninguna ocasión en el ámbito nuestro, aunque durante el proceso de discusión previo a la aprobación de la Ley Orgánica 10/1985 de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas fuera un tema considerado<sup>22</sup>. De hecho, el debate giró además en torno a la propia naturaleza de la ley orgánica referida por el art. 93, imponiéndose finalmente la tesis según la cual “la Ley

---

comunitaria”, *Civitas europa*, núm. 2, 1999, páginas 14 y 15 (páginas 7 a 30).

<sup>21</sup> Así es, por ejemplo la Constitución de Luxemburgo tan sólo hace mención del tratado (art. 49 bis), mientras que la LFB sólo se refiere a la ley (artículos 23.1 y 24.1, que sólo hablan de *durch Gesetz*, aunque obviamente de ahí no se derive que pueda realizarse una adhesión a un ente de integración supranacional sin que medie un tratado internacional por el que se exprese la voluntad de obligarse internacionalmente del Estado alemán). Si establecen, en cambio, la distinción de nuestro art. 93 la Constitución danesa (art. 20.1) y la griega (art. 28). Por último, hay que decir que el texto del art. 6.2 del Anteproyecto de Constitución optaba por una formulación un tanto equívoca ya que, basándose en el art. 25 bis de la Constitución belga, hablaba de que “se podrá atribuir por un tratado o ley orgánica...”.

<sup>22</sup> Para más datos, ver Alonso García, E., en “La incidencia en el ordenamiento constitucional español de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como puesta en práctica del art. 93 de la Constitución española”, en García de Enterría, E., González Campos, J. y Muñoz Machado, S. (directores), en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, tomo I, Madrid, 1986, páginas 355 a 384.

Orgánica es el instrumento y la autorización el objetivo (...); entre instrumento y objetivo no debieran (...) interferirse otros elementos que desvíen a la ley de la satisfacción de su fin”<sup>23</sup>.

No por ello ha de descartarse que la ley de autorización pueda incorporar en el futuro otros elementos que superaran la concepción de una ley sin más elemento sustantivo que el de la autorización parlamentaria para la prestación del consentimiento estatal, esto es, con una función meramente instrumental. Cabría pues plantearse la posibilidad de que “la ley orgánica tuviese un doble contenido u objeto, de un lado, el *sui generis* de la autorización parlamentaria de la prestación del consentimiento estatal y, de otro lado, unos concretos contenidos reguladores de los diversos aspectos derivados de la problemática recepción, tanto por lo singular como por lo extenso, del derecho comunitario en el seno del ordenamiento nacional, complejo y deficientemente estructurado. Y tal vez no se halle muy lejos esta hipótesis de la opción constituyente a favor de una ley orgánica”<sup>24</sup> (y no de una mera exigencia de una determinada mayoría cualificada).

Otros autores no han mostrado el mismo interés, considerando que se añadiría complejidad técnica a un terreno ya de por sí altamente confuso. En este sentido, por ejemplo, Pérez Tremps, quien considera que la solución de limitar las leyes orgánicas a la autorización prevista en el art. 93 de la C.E. “parece la más conveniente técnicamente dadas las particularidades y el especial contenido de estas leyes orgánicas; en otros países, el carácter de ejecución y no de autorización, puede hacer más conveniente la introducción de preceptos instrumentales para dicha ejecución”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Frase acuñada por el entonces senador Fernando Morán López y citada por López Castillo, A., *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 205.

<sup>24</sup> López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., p. 205. El mismo autor aporta también el ejemplo alemán en el que la ley de apertura además de cauce de la autorización parlamentaria ha incorporado una articulación de las disciplina interna de participación de las dos Cámaras legislativas y en especial del *Bundesrat* (Consejo federal), y por medio del mismo, de la participación de los *Länder* en asuntos de formación de la voluntad estatal en asuntos comunitarios. Sobre un análisis en detalle de este tipo de previsiones, ver *Ibidem*, páginas 251 y siguientes.

<sup>25</sup> Pérez Tremps, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, p. 173. No obstante, como reconoce el mismo autor, lo anterior no obsta para que existan otras leyes internas que adopten medidas técnicas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del sistema comunitario, como ha sucedido en España con la Ley 47/1985 de Bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas (modificada por la Ley 18/1988).

De todas formas, una vez realizadas tales apreciaciones, lo cierto es que no volveremos sobre el tema ya que según sabemos las autorizaciones que hasta ahora han realizado las Cortes para la conclusión de Tratados de integración se han efectuado sin estar acompañadas de ningún tipo de previsión sustantiva. Quizás en ello pueda encontrarse la causa, o bien el efecto, de que el TC haya considerado que la previsión del art. 93 no suponga más que una disposición de “índole orgánico-procedimental”, apreciación que, según veremos, constituye el verdadero núcleo de su posicionamiento.

### **3.2 El contenido del art. 93: *competencias derivadas de la Constitución***

Cuando el art. 93 habla de *competencias derivadas de la Constitución*, se está refiriendo a facultades encuadradas en alguno de los tres poderes, según la clásica tripartición: poder legislativo, ejecutivo o judicial.

Una primera aproximación al tipo de competencias a que se refiere el art. 93 nos puede venir dada por las reflexiones del Consejo de Estado, que en su Dictamen referente al tipo de procedimiento a seguir en el caso del Tratado de la OTAN entendió que “el artículo 93 de nuestra Constitución no es referible al Tratado del Atlántico Norte, sino que está previendo la adhesión eventual a aquellas organizaciones internacionales que pudieran tener sobre una materia que en la Constitución aparece como estatal, una capacidad de decisión directa, en el sentido de que, sin necesidad de mediación estatal, se imponga automáticamente la voluntad de la organización internacional. Por el contrario, en el caso aquí analizado las competencias siguen siendo ejercidas por el Estado, incluso a nivel de los organismos de la Alianza”<sup>26</sup>.

Pero una vez constatada la necesidad de que exista una *capacidad de decisión directa*, el problema llega cuando hay que especificar si resulta atribuible todo tipo de actividad normativa, ejecutiva o judicial, o si sólo aquéllas que directamente la Norma Fundamental asigne a los distintos órganos constitucionalmente establecidos. Las opiniones al respecto se dividen. Por ejemplo, Mangas es partidaria de restringir las competencias atribuibles a “las que correspondan a las Altas Instituciones del Estado (al Legislativo, al

---

<sup>26</sup> DCE 43647, de 27 de agosto de 1981, asunto *OTAN*.

Ejecutivo, las que modifiquen el ejercicio de la función jurisdiccional, las que afectan a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, etc.) cuyo ejercicio se regule en la Constitución”<sup>27</sup>, mientras que según el Consejo de Estado “las competencias a las que alude como de ejercicio transferible a una organización internacional son las atribuidas directamente por la Constitución a órganos propiamente constitucionales”<sup>28</sup>. Por el contrario, Pérez Tremps sostiene que no existen en la Constitución “competencias no enmarcables en el art. 93 (...). En tanto en cuanto la Constitución es, según el esquema kelseniano, fuente de producción del ordenamiento en su conjunto, cualquier potestad encuentra su fundamento último en la Constitución”. En consecuencia, “cualquier cesión jurídica del ejercicio de competencias públicas, sin distinción, a un ente exterior exige la autorización del art. 93”<sup>29</sup>.

Por su parte, el TC no ha terciado en el conflicto de manera directa, siendo difícil extraer un posicionamiento u otro en sus pronunciamientos. Así, en su Declaración previa a la ratificación del Tratado de Maastricht, la DTC 108/92, de 1 de julio de 1992, se refiere a “potestades directamente atribuidas por la Constitución y los Estatutos de Autonomía”, pero no para aludir al objeto de la atribución del art. 93 sino para delimitar el tipo de competencias que se derivan directamente de la soberanía nacional del pueblo español (que ostentan las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos, y no así los órganos municipales), como argumento para rechazar la posible afectación del art. 1.2 de la Constitución por el art. 8 B.1 TCEE (objeto de cuestionamiento constitucional en el Requerimiento planteado por el Gobierno al TC).

De todas formas, a partir de lo anterior, sabemos que el TC admite la existencia de potestades *directamente atribuidas por la Constitución* (y los Estatutos de Autonomía), en contraposición con aquellas, como sería el caso de las propias del ámbito municipal, que no lo son, aunque igualmente lo cierto es que de ahí no se puede derivar sin más que el TC utilice dicho criterio como delimitador del objeto al que se refiere el art. 93. Es más, en la misma Declaración, el TC alude a que la actualización de la previsión del art. 93 ha de

---

<sup>27</sup> Mangas Martín, A., *Derecho Comunitario europeo...*, ob. cit., p. 30.

<sup>28</sup> DCE 43467, de 27 de agosto de 1981, asunto *OTAN*, ya citado.

<sup>29</sup> Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., páginas 45 a 47.

comportar “una determinada limitación o constricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles” (FJ 4º), sin distinguir, como sí lo había hecho al referirse al art. 1.2 de la Constitución, entre distintos poderes públicos.

La única restricción explícita que realiza el TC en su DTC 108/92 al ámbito de las competencias atribuibles (en su ejercicio) a entes supranacionales es la relativa al poder de reforma, argumentando que “el poder de revisión constitucional no es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión”, al margen de que, además, la Constitución no “admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X” (FJ 4º). De nuevo llegamos a la distinción entre poder de reforma e integración, que, según tendremos ocasión de comprobar, constituye uno de los núcleos del análisis propuesto.

En cualquier caso, y aún respecto de la delimitación de las competencias atribuibles, hay que considerar que la única manera de interpretar en este punto el art. 93 es en el contexto de las previsiones que la Constitución realiza en materia de apertura al ordenamiento internacional o supranacional. De esta manera se clarifica la duda a resolver: ¿la atribución del ejercicio de competencias que no pertenecen a las *Altas Instituciones* (por ejemplo las propias del ámbito municipal) puede realizarse por ley ordinaria (art. 94.2) o es exigible una ley orgánica (art. 93)?

La distinción entre el procedimiento exigido por el art. 94.1 y el que establece el 94.2 tiene su razón de ser, como sabemos, en la afectación de determinados ámbitos y/o en el hecho de implicar a normas con rango de ley (provocando su modificación o derogación o exigiendo medidas de ejecución de dicho carácter). El hecho de que se atribuya el ejercicio de competencias a una institución externa cae fuera de la lógica que separa los dos procedimientos regulados por el art. 94 y llama a un procedimiento especial, el del art. 93.

Sin poner en duda que la envergadura de las consecuencias que se derivan es mucho mayor cuando las competencias afectadas son las propias de *Altas Instituciones*, la lógica que lleva a exigir un pronunciamiento de las Cortes Generales en forma de ley orgánica es la misma que cuando se trata de la atribución del ejercicio de competencias de otro tipo de órganos, ya que lo que se exige es un consentimiento reforzado por las consecuencias pro futuro que dicha atribución comporta.

Sea cual sea el tipo de competencia cuyo ejercicio sea atribuido, el efecto no consiste simplemente en aceptar una regulación dada (que vinculará al Estado en los

términos previstos y sin poder disponer de la misma por los cauces propios de modificación legislativa), sino que lo que comporta es un abandono de la capacidad de regular una determinada materia. En cualquier caso, a la luz del tipo de previsiones constitucionales en materia de tratados internacionales, no resulta de recibo establecer distinciones en función de las competencias en cuestión cuando el efecto del tratado sea la atribución de su ejercicio y no la regulación material en un determinado ámbito.

Insistiendo en la misma idea, pero utilizando otros términos, cuando lo que se atribuye es el ejercicio de competencias, las consecuencias que se derivan tienen en todo tipo de supuestos un grado de intensidad semejante puesto que una vez que la competencia atribuida es ejercida por la instancia supranacional de que se trate, la regulación resultante puede llegar a generar algún tipo de incompatibilidad material con la normativa constitucional, y ese es el supuesto que debe afrontarse mediante la idea de integración que acoge el art. 93, idea que no está presente en ninguno de los otros dos preceptos. De todos modos, aunque sea una cuestión que veremos más adelante, el TC se resiste a reconocer que el art. 93 tenga por misión no sólo posibilitar la atribución del ejercicio de competencias a instancias supranacionales, sino que además debe ser capaz de dar respuesta a las situaciones que se pueden derivar de dicha atribución.

### **3.3 El contenido del art. 93: la *atribución del ejercicio***

Por lo que se refiere al concepto de *atribución del ejercicio*, verdadero eje del art. 93, podría decirse que representa la cautela y la generalidad con las que el constituyente quiso dar el paso de la apertura a procesos de integración supranacional. Se trata de la misma expresión que utiliza la Constitución belga en su art. 25 *bis*<sup>30</sup>, y con ella

---

<sup>30</sup> Introducido por una reforma de 1970, el precepto establece que: “El ejercicio de poderes determinados puede ser atribuido por un tratado o por una ley a las instituciones de Derecho Internacional Público”. Hay que señalar que el texto oficial de la Ponencia con el que se inició el debate constituyente que llevaría a la redacción final del art. 93 de nuestra Constitución recogía de manera más clara el texto belga al disponer que “se podrá atribuir por un Tratado o una ley el ejercicio de poderes derivados de la Constitución a Instituciones de Derecho internacional en régimen de paridad”. Los cambios introducidos posteriormente corregirían las imprecisiones que suponía la referencia poderes en lugar de competencias y la confusión entre norma de atribución –la ley- y norma internacional de integración –el Tratado-. En todo caso la utilización de las expresiones *atribución* y *ejercicio* hace que el referente belga sea importante y con él los comentarios que del



manifiestamente se pretende evitar por un lado términos de mayor significación política y jurídica como el de *transferencia* o *delegación* y por otro la idea de *titularidad* de la competencia.

### 3.3.1 La atribución (del ejercicio)

Al hablar de *atribución* se hace referencia a un concepto amplio de cesión en el que no está presente la idea de delegación en el sentido técnico-jurídico del término, que comportaría la necesidad de que el órgano cesionario tuviera que ejercer la competencia como si fuese el órgano cedente, cuestión que no casa con realidades supranacionales, como es el caso de la comunitaria, que tienen una dinámica propia marcada por objetivos y procedimientos singulares.

Si recurrimos a los planteamientos del TJ, compartidos por parte de la doctrina, de lo que hay que hablar es de transferencia en cuanto a lo que se atribuye es en realidad la titularidad de la competencia. Así, en su sentencia *Costa/ENEL* el TJ se muestra explícito al señalar que estamos ante “una Comunidad dotada de atribuciones propias (...), y más precisamente de poderes reales surgidos de una *limitación de competencia* o de una *transferencia de atribuciones* de los Estados a la Comunidad; (...) la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en beneficio del ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, produce (...) una *limitación definitiva de sus derechos soberanos*”<sup>31</sup> (cursivas añadidas).

Hay que insistir en la idea de que lo que ha venido haciendo el TJ con su jurisprudencia ha sido, más que sentar unas sólidas básicas teóricas alrededor del fenómeno

---

mismo ha realizado la doctrina, entre los que destaca el trabajo de Louis, J. V., “L’article 25 bis de la Constitution belge”, *RMC*, 1970, páginas 410 y siguientes.

<sup>31</sup> Sentencia de 15 de julio de 1964 (*Costa/ENEL*, asunto 6/64, Rec. 1964, p. 1141). Por otra parte, merece la pena recordar que con tales afirmaciones, el TJ retoma los planteamientos que afloraron en los inicios del proyecto comunitario, en los que se partía del convencimiento de que “ha llegado la hora que las naciones de Europa *transfieran algunos de sus derechos soberanos*, para ejercerlos en adelante conjuntamente con vistas a la coordinación y al desarrollo de sus recursos”. Congreso de La Haya, 7 al 10 de mayo de 1948. Citado por Louis, J. V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las CCEE (Colección Perspectivas Europea), Bruselas, 1995, p. 14.

de la integración, consolidar determinadas expresiones de dicho fenómeno. Así, con relación a la naturaleza de la atribución competencial, o el título de la cesión, no le ha importado tanto entrar en el debate conceptual y terminológico que hemos ido desgranando hasta el momento, como afianzar la aplicación uniforme del Derecho comunitario a partir de asegurar principalmente su primacía y su efecto directo.

Es en todo caso importante advertir de los términos en que se pronuncia el TJ: no se limitan derechos a partir de la transferencia de determinadas atribuciones puntuales, sino que se transfieren derechos soberanos y a consecuencia de ello se limita la soberanía estatal. Con este enfoque el TJ fundamenta un posicionamiento desde el que las competencias, una vez transferidas, dan pie a un ordenamiento autónomo, no subordinado a los ordenamientos de donde originariamente surgen los poderes conferidos.

Esa noción de *transferencia* empleada por el TJ, que en realidad no es del todo fiel a su estricto significado jurídico<sup>32</sup>, se utiliza pues con un sentido de mayor intensidad al que incorpora la noción de *atribución*, y de hecho arrastra de algún modo la idea de que en realidad lo que se afecta es la titularidad ya que habla de “limitación definitiva”, y un desposeimiento definitivo del ejercicio de una determinada competencia equivale a la transferencia de su titularidad.

Volviendo al texto del art. 93, quizás la amplitud del término atribución “sirve para superar los problemas técnicos que presenta la transferencia”, y aunque esté envuelto de cierta vaguedad, “esta vaguedad, sin embargo, no parece que deba bastar para rechazar su uso; lo único que sucede es que describe una nueva técnica jurídica, que, precisamente, por su novedad, ha de irse depurando”<sup>33</sup>.

De todos modos, esa amplitud no es desmesurada por cuanto supone una opción de rechazo de la noción de delegación, de lo que hay que derivar, en una operación ayudada por las características que las competencias atribuidas adoptan cuando son ejercidas por las instituciones comunitarias, el hecho de que las competencias una vez atribuidas, y desde

---

<sup>32</sup> Así es, en sentido técnico la noción de transferencia evoca la institución de la delegación. En este sentido el Consejo de Estado ha indicado de manera más precisa que “la transferencia sería insuficiente para fundar el orden comunitario (*nemo plus iuris ad aliam transferre potest quam ipse habet*) y comportaría una subordinación de las normas comunitarias a las nacionales (*res transit como onere suo*)”. Consejo de Estado, *Memoria del año 1985*, Madrid, 1986, p. 81.

ese momento transformadas en competencias comunitarias, no son necesariamente traslación exacta de competencias estatales<sup>34</sup>.

No es una discusión baldía ya que el trasfondo de lo que se plantea es la naturaleza de las competencias que ejerce la Comunidad y si a partir de la integración se genera un ordenamiento autónomo, no subordinado a los ordenamientos de donde originariamente surgen los poderes conferidos.

### 3.3.2 (*La atribución del*) *ejercicio*

Por otro lado, el que se hable del ejercicio y no de la titularidad resulta esencial ya que con ello se pretende delimitar el tipo de cesión de poderes, tanto por lo que respecta a su entidad como en lo relativo a su temporalidad (cuestiones interconectadas). De esta manera, al conectar atribución con ejercicio, se reduce en buena parte la vaguedad antes referida del término *atribución*.

Respecto de la temporalidad, la no atribución de la titularidad implica que la restricción de poderes soberanos no es definitiva, puesto que quien conserva la titularidad puede acabar reclamando para sí una de las facetas principales de dicha titularidad, que es la del ejercicio. Si se tratara de la transferencia de la titularidad, la principal consecuencia en cuanto a la temporalidad no sería que la competencia no pudiese volver a ser recuperada por el ordenamiento estatal, sino que dicha recuperación estaría sujeta exclusivamente a las propias reglas comunitarias (modificación de los Tratados, en los términos por ellos establecidos).

En cualquier caso, la cuestión de la temporalidad no es más que una manifestación de la naturaleza del título de la cesión, de su entidad. Conservar la titularidad implica el carácter en último extremo subordinado del sujeto que recibe la atribución competencial

---

<sup>33</sup> Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., p. 49.

<sup>34</sup> Un buen ejemplo es el que nos proporciona Louis, cuando al argumentar la conveniencia de la utilización del término *atribución* en lugar del de *delegación*, habla de la política agrícola, “donde ciertos mercados no habían sido objeto de ninguna organización nacional y las competencias comunitarias se ejercían, a veces, en un terreno virgen”. En este sentido, con el término *atribución* Louis insiste en que se quiere poner de manifiesto que las competencias comunitarias no son necesariamente traslación exacta de competencias estatales. Louis, J. V., *El ordenamiento comunitario*, ob. cit., p. 15.

respecto de quien conserva la titularidad. Es cierto, no obstante, que el grado de subordinación puede variar enormemente, pudiendo ir desde una necesaria sujeción total al cumplimiento de las condiciones que establezca el cedente, hasta una cesión casi incondicional que permita un alto grado de libertad en el ejercicio de la competencia de que se trate. Pero en todo caso, en caso de incompatibilidad entre el contenido de lo regulado y determinados principios considerados irrenunciables por el sujeto cedente, el hecho de que éste conserve la titularidad implica que de alguna manera conserve siempre la última palabra.

Mangas lo ha querido expresar de la siguiente manera: “lo que se atribuye es el ejercicio de las competencias, pero no las competencias, que en sí, en cuanto tales, no resultan definitivamente atribuidas. Ciertamente no podrían ser transferidas por las Instituciones del Estado ya que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado” (art. 2.1 de la Constitución) y el Estado los ejerce conforme a la Constitución pudiendo ser atribuido su ejercicio a Instituciones internacionales”. La consecuencia de ello es que “las competencias no se abandonan o pierden, de modo que, llegado el caso, si la Institución u Organización internacional beneficiaria de la transferencia desapareciese, automáticamente volverían al Estado”<sup>35</sup>.

Por su parte, Pérez Tremps señala que “la titularidad de la competencia, en cuanto manifestación del poder del Estado, permanece atada a éste (...). La Comunidad Europea, de esta forma, sólo es titular secundaria de unos poderes; la posesión originaria únicamente sería posible mediante el auténtico cambio de esa titularidad, que, para producirse, exigiría una técnica distinta a la integración supranacional, y que se movería más en una línea de un pacto constituyente de un nuevo ente estatal”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Mangas Martín, A., *Derecho Comunitario europeo...*, ob. cit., p. 26. La misma autora recoge idéntica opinión con términos distintos afirmando que “ciertamente, la soberanía, de la que es titular el pueblo español (y no las Cortes o el Tribunal Constitucional o el Gobierno...), no se transfiere a las Comunidades europeas. El pueblo español sigue siendo plenamente soberano; quienes soportan las consecuencias de la transferencia son «los poderes del Estado» que ejercían sus competencias en nombre del pueblo español y por atribución suya”. Mangas Martín, A., “La Constitución y la Ley ante el Derecho comunitario (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento europeo)”, *Revista de Instituciones Europeas (RIE)*, núm. 2, 1991, p. 601 (páginas 587 a 623).

<sup>36</sup> Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., p. 50.

### 3.3.3 La atribución del ejercicio: la doctrina del TC (DTC 108/92)

Las anteriores consideraciones, que hay que insistir que surgen a partir de una interpretación aislada de los términos en los que se expresa el art. 93, están en la base del posicionamiento del TC al respecto. Al igual que pasaba respecto de la discusión en torno al objeto de las competencias atribuibles, cuesta encontrar en la jurisprudencia del TC un pronunciamiento categórico respecto del punto concreto de análisis. De todos modos, por tratarse de una cuestión que se halla en el núcleo de la idea de integración que se maneja, en el propio camino hacia la identificación de dicha idea se puede deducir lo que el TC entiende por *atribución del ejercicio* de las competencias.

En su DTC 108/92, el Alto Tribunal utiliza como sinónimo del término de *atribución* el de *cesión* (“el art. 93 permite *atribuciones* o *cesiones* para el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, “en virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, *ceder* o *atribuir* el ejercicio de las competencias...”, señala en su FJ 4º)<sup>37</sup>. Al identificar ambos términos, el TC recoge la idea ya expuesta consistente en considerar que el fenómeno de la integración parte esencialmente de la aceptación de un sujeto, el Estado, a verse limitado en sus competencias soberanas en tanto en cuanto atribuye o cede a otro sujeto, en nuestro caso la Comunidad, el ejercicio de algunas de ellas.

Hay que señalar que al margen del propio interés que pueda tener el TC al utilizar de manera indistinta *atribución* y *cesión*, lo cierto es que no le falta anclaje constitucional, al menos desde el punto de vista gramatical, ya que si recordamos el propio art. 93 tras definir la acción regulada mediante el concepto de *atribución*, cuando en su segundo párrafo regula la responsabilidad de las Cortes y del Gobierno como garantes de los efectos de la integración, lo hace refiriéndose al cumplimiento de los “Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la *cesión*”<sup>38</sup> (cursivas añadidas).

---

<sup>37</sup> No obstante, todo hay que decirlo, de manera excepcional en una ocasión el TC utiliza el término *transferencia* también como sinónimo de *atribución* (FJ 4º), aunque sin duda el sentido general de su pronunciamiento se sitúa en la idea de *cesión*, término utilizado con mayor frecuencia, por constituir una denominación más acorde a la idea de integración que maneja el TC, según veremos.

<sup>38</sup> Si seguimos el proceso de elaboración del art. 93, veremos que ese segundo párrafo no se introduce hasta la última de las fases, esto es, el redactado que ofrece la Comisión Mixta Congreso-Senado. Hasta entonces el

En cualquier caso, lo relevante en esa identificación entre atribución y cesión es que, sobre todo teniendo en cuenta la manera en que luego el propio TC desarrolla sus planteamientos, viene ya a apuntar una idea de integración en la que los dos planos existentes, el plano del sujeto que acepta ceder y el del sujeto que recibe la cesión, no se separan de manera tajante, sino que quedan ligados. Según veremos, nuestro TC traza en ocasiones una línea divisoria entre los órdenes a que representan ambos sujetos, pero en realidad en último extremo existe un ligamen que se articula en términos de primacía/subordinación, a partir del carácter condicionado de la atribución. La propia presencia del sujeto cedente marca una serie de exigencias derivadas de que dicho sujeto va a ser la fin y al cabo el que acabe recibiendo, en el momento de la aplicación de la normativa comunitaria en el interior de su territorio, los efectos finales de esa cesión, que es atribución de ejercicio y no transferencia de titularidad.

Dicha concepción viene representada por autores como Remiro Brotons, para quien “al atribuir competencias *derivadas*, esto es, que traen su origen en la Constitución –explícita o implícitamente-, el traspaso sólo puede realizarse dentro de los límites que la Ley Fundamental marque a su ejercicio por los órganos estatales”<sup>39</sup>.

Semejante idea es reiterada por Alonso García, quien considera que “en la cláusula española de integración (...) se desprende, a mi parecer con claridad meridiana, que cuando la Constitución establece límites infranqueables a las autoridades españolas en el ejercicio de sus poderes (...) dicho ejercicio solamente puede ser cedido tal y como deriva de la Constitución –artículo 93-, es decir, acompañado de tales límites; lo contrario, supondría autorizar una cesión de poderes no ya inexistentes, sino constitucionalmente prohibidos”<sup>40</sup>.

No podemos perder de vista qué está detrás del interés por identificar el sentido de los términos que emplea nuestro texto constitucional a la hora de referirse a la integración supranacional. Por eso es necesario recordar que detrás de la idea de *atribución del ejercicio*, se encuentra la discusión relativa a la naturaleza del título competencial que le

---

único término utilizado en todas y cada una de las redacciones es el de *atribución*, que en el redactado final se mantiene como elemento definidor de la acción contemplada por el precepto, aunque en el párrafo añadido se introduzca como sinónimo el de *cesión*.

<sup>39</sup> Remiro Brotons, A., “Arts. 93 y 94. Tratados internacionales”, en Alzaga, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo VII, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, p. 574 (páginas 507 a 591)

permite a la organización supranacional, en nuestro caso la Comunidad, ejercer un poder político a partir de un poder normativo.

Se puede objetar, el sin sentido que supone adentrarse en una discusión terminológica alejada de la realidad que imponen los hechos de los que verdaderamente se nutre el proceso de integración. No obstante, hay que insistir en ello, nos hallamos en una fase analítica previa al momento de contrastar los resultados del examen teórico llevado a cabo desde los distintos actores que participan en la puesta en escena de la compleja obra que supone el proceso de integración europea.

Y lo cierto es que la definición conceptual de la naturaleza jurídica de la cesión de competencias que la integración comporta ha estado en el centro del debate jurídico y político de la llamada “construcción europea”. En un primer momento, dicha centralidad estuvo motivada por las incertidumbres que levantaba la edificación comunitaria y la necesidad, en buena parte de los casos, de asegurar los pilares soberanistas de dicha construcción. En este sentido, resulta significativo el comprobar que ha sido sobre todo desde la vertiente estatal desde donde se ha insistido especialmente en la necesidad de identificar dicho título de cesión, mientras que el plano comunitario, con el TJ al frente, ha preferido potenciar determinadas dinámicas jurídicas que consolidaran la aplicación uniforme del Derecho comunitario al margen en ocasiones de una teorización más amplia al respecto.

De lo anterior es muestra el hecho de que “en la medida que la Comunidad Europea se asienta y que los temores de «destrucción» del Estado se alejan, el tema pierde no sólo apasionamiento, sino también actualidad. Ocasionalmente, sin embargo, se vuelve a él bien como estrategia política, bien como auténtica reflexión nacional en el camino de la integración, y buena prueba de ello se tiene en muchas de las discusiones que han presidido los procesos nacionales de ratificación del TUE”<sup>41</sup>.

#### *3.3.4 Transferencia de derechos de soberanía o limitaciones de soberanía: brevísimo apunte del debate en Alemania, Italia y Francia*

---

<sup>40</sup> Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., p. 641.

La discusión llevada a cabo en el seno de las realidades constitucionales alemana, italiana y francesa se ha visto motivada por la necesidad de acotar el sentido de las expresiones utilizadas en sus respectivos textos constitucionales, dado su carácter en exceso amplio. Así, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 establece en su art. 24.1 que “la Federación podrá *transferir derechos de soberanía* mediante ley a instituciones internacionales” (*Übertragung Hoheitsrechten*).

Sin mayores rodeos, la Constitución italiana de 1947 “consiente, en condiciones de paridad con los demás Estados, las *limitaciones de soberanía* necesarias a un orden que asegure la paz y la justicia entre las naciones” (art. 11.2). La misma expresión aparece en el preámbulo (párrafo 15) aún en vigor de la Constitución francesa de 1946 donde se habla de que “A reserva de reciprocidad, Francia consiente aquellas *limitaciones de soberanía* necesarias para la organización y defensa de la paz” (cursivas añadidas).

La contundencia de las expresiones constitucionales contenidas en las cláusulas de apertura citadas, ha hecho que tanto los órganos garantes de la supremacía constitucional de tales países como numerosos comentaristas se hayan esforzado por delimitar el espacio en el que dichas expresiones pueden surtir efectos. Dicha tarea se ha orientado en dos direcciones: el aspecto cuantitativo y el aspecto cualitativo.

En efecto, como freno a la virtualidad disolvente de la realidad estatal en el seno de un ente supranacional que ofrecen las mencionadas cláusulas de apertura, se ha interpuesto una limitación cuantitativa de las competencias que pueden ser objeto de cesión, que se sitúa en la cantidad de poderes a partir de la cual el Estado deja de poder ser identificado como tal. Se trata de la problemática relativa a la determinabilidad de los poderes atribuidos que ha sido abordada por las distintas jurisdicciones constitucionales y que más adelante tendremos ocasión de referirnos.

Trasladando dichas precauciones al caso español, se ha insistido en la importancia del cambio que la redacción del art. 93 de nuestra Constitución sufrió en el proceso previo a la aprobación de su texto definitivo en lo relativo a la sustitución de la referencia a la atribución del “ejercicio *de las competencias...*” por “el ejercicio *de competencias...*”<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., páginas 47 y 48.

<sup>42</sup> Concretamente la sustitución tuvo lugar entre el texto definitivo del dictamen de la ponencia de la *Comisión de Asuntos constitucionales y libertades públicas* del Congreso (abril 1978) y el redactado final propuesto por



Pero al margen de límites cuantitativos difícilmente identificables, y que el TCF ha acabado refiriendo a aquellos que impidan “un vaciamiento absoluto de los poderes del Bundestag” (sentencia *Maastricht*)<sup>43</sup>, donde de manera más intensa se han dejado mostrar la preocupación por establecer límites ha sido en su vertiente cualitativa. Quizás el ejemplo más clarificador sea el constituido por las ya conocidas sentencias del TCF *Solange* (I y II)<sup>44</sup> y *Maastricht*, en las que la protección ante una posible disolución de la entidad estatal se vuelca en la reserva de determinados ámbitos de poder considerados inherentes a la propia idea de Estado. Por el momento no nos detendremos en más detalles ya que dicha jurisprudencia, junto con la de la Corte Constitucional italiana, será objeto de posterior referencia.

Por su parte, el Consejo Constitucional francés (CCF), en un intento por aclarar la significación de la expresión “limitaciones de soberanía” que figura en la Constitución francesa, la ha contrapuesto con la idea de “transferencia de soberanía” inaceptable para el ordenamiento constitucional (Decisión del CCF 76-71, 29-30 de diciembre asunto *Elección al Parlamento Europeo por sufragio universal*). Según Gaia, por medio de esa distinción el CCF viene a considerar que la transferencia de soberanía se da cuando “el contenido y el ejercicio de una competencia, así como de los poderes correspondientes se atribuyen íntegra y definitivamente o se confían sin restricción alguna a otra autoridad o institución distinta de la que disponía de ellos inicialmente”, mientras que la limitación de soberanía significa que “una competencia y los poderes que permiten su ejercicio son objeto de una simple delegación parcial y condicionada siendo por añadidura revocable o estando provista de reservas que autorizan su reintegración o su recuperación en manos de su titular inicial”<sup>45</sup>.

---

dicha Comisión (junio 1978). Las fuentes están extraídas del cuadro comparativo recogido por Mangas Martín, A., *Derecho comunitario europeo...*, ob. cit., p. 24.

<sup>43</sup> Sentencia de 12 de octubre de 1993 (*BVerfGE* 89).

<sup>44</sup> Sentencias de 29 de mayo de 1974 (*BVerfGE* 37) y de 22 de octubre de 1986 (*BVerfGE* 73).

<sup>45</sup> Gaia, P., en Favoreu, L., “Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, 1er Juillet 1991- 30 Septembre 1991”, *RFDC* 7, 1991, p. 706, (según cita de Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., p. 51). Ver también Favoreu, L., Gaia, P., “Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au trité sur l’Union européenne”, *Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)*, núm. 11, 1992, páginas 389 a 411.

Como puede comprobarse, la discusión acaba desprendiéndose de los amarres estrictamente terminológicos para llegar a los problemas de determinación del alcance de los poderes cedidos, lo que de nuevo nos ha de llevar, ahora ya de vuelta a nuestro contexto normativo, a abordar la posibilidad de concebir el art. 93 como *lex specialis*, caso en el que, además, habrá que tratar de concretar los términos de dicha especialidad.

#### 4. ¿El art. 93 como *lex specialis*?

##### 4.1 Introducción

Según lo que hemos venido viendo hasta este momento, emerge con claridad cuál es la verdadera duda a solventar: se trata de saber si existe la posibilidad o no, y en qué términos, de controlar desde un ordenamiento, el estatal, las disposiciones que forman parte de otro ordenamiento que, aunque relacionado con el primero, es distinto y en principio independiente, hallándose además dotado de sus propios mecanismos de control jurisdiccional.

Estamos pues hablando del control a posteriori, que, como se ha expuesto, debe analizarse tomando todo el ordenamiento comunitario en su conjunto, puesto que los Tratados de integración no sólo son acuerdos internacionales entre Estados sino que además constituyen un conjunto normativo sustancial que resulta ser además el marco normativo básico (*constitucional*) de una organización internacional de tipo supranacional.

Esa doble naturaleza hace que un posible control posterior de los Tratados constitutivos desde cualquiera de los sistemas jurídicos de alguno de los Estados miembros choque frontalmente con su carácter de norma suprema del ordenamiento que dichos Tratados crean. Lo que sucede es que, esta vez desde la vertiente estatal, esa misma doble naturaleza que provoca el hecho de que no sea posible el control posterior, aparentemente suponga un encontronazo, igualmente frontal, con la idea de primacía constitucional defendida por nuestra Norma Fundamental.

Nos hallamos ante lo que ha sido definido como “aporía entre el principio de supremacía constitucional y el principio de primacía del Derecho comunitario”<sup>46</sup>; la pugna

---

entre integración y soberanía, que ha sido situada como eje del debate que ahora iniciamos, y lo hacemos precisamente con intención, según se verá, de modificar dicho planteamiento.

Como ya hemos avanzado, el presente capítulo tan sólo pretende servir de punto de partida del análisis sobre las implicaciones constitucionales del proceso de integración comunitaria. Se ha escogido como arranque examinar qué concepto de integración ha venido construyendo nuestro TC en sus pronunciamientos, de modo que, de nuevo, hay que recordar que por el momento tendremos que contentarnos con una perspectiva parcial, que como dijimos nos ha de resultar insatisfactoria. Se trata del desfase advertido entre la descripción del *cómo* se integra según el TC el Derecho comunitario, y el *cómo se establece verdaderamente* dicha realidad normativa en el seno del ordenamiento interno.

Planteadas así las cosas, podría pensarse que ese desajuste tiene su origen en la siguiente distinción: por un lado, debería hablarse de la vía por la cual se le da acceso al sistema jurídico comunitario para devenir Derecho aplicable dentro de nuestro territorio; por otro lado, una vez acondicionado el acceso, llegaría el momento de su asentamiento definitivo, que podría divergir del modo en que formalmente se le dio acceso, pues dependería de circunstancias ajenas al sistema de acogida.

En los términos expresados, nos hallaríamos simplemente ante dos momentos distintos que explicarían el desfase referido sencillamente por un motivo de tipo cronológico. Pero no es así. La puerta de entrada que nuestro sistema constitucional ofrece a la integración dentro del fenómeno comunitario no constituye sin más una primera fase dentro de ese proceso. No es un requisito formal desligado de las consecuencias a que da pie. No existe en realidad cesura cronológica entre el momento en que se ejercita la posibilidad que otorga el art. 93 y el de la incorporación del ordenamiento comunitario como Derecho aplicable en nuestro territorio, de modo que el *cómo* de la entrada es el *cómo* de su asentamiento, sin que sea posible establecer una línea imaginaria que los separe.

Como en breve podremos comprobar, el TC evita perfectamente que se produzca dicho desfase en el marco de sus planteamientos, pues para dicho órgano describir las características de la cláusula de integración equivale a describir los elementos que configuran la relación interordinamental. ¿Entonces dónde está el desajuste? Precisamente

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 14.

entre dicha descripción y los efectos de la integración normativa que en realidad se produce y que nuestro sistema constitucional acoge.

Antes de proceder al estudio de los pronunciamientos más relevantes del TC en la materia que nos ocupa, puede ser útil identificar sumariamente la lectura de la cual dicho Tribunal se desmarca a la hora de interpretar el alcance del art. 93; mediante una aproximación a la comprensión de la cláusula de apertura como fenómeno de *autorrupción* constitucional, que es en buena medida la concepción de la que parten las doctrinas del TJ, podremos captar mejor el alcance de la postura del TC.

Tras ello, estaremos ya en condiciones de abordar la jurisprudencia constitucional que se ha encargado de perfilar los parámetros de la relación entre los ordenamientos interno y comunitario, configurando así una muy específica visión del concepto de integración a que da pie el art. 93. Dichos parámetros se despliegan en distintos ámbitos que serán tratados de manera separada.

#### **4.2 La doctrina de la autorrupción constitucional**

Una primera respuesta sobre el carácter de la integración consiste en entender el art. 93 de manera que se recojan las exigencias del TJ en cuanto a la consideración del Derecho comunitario como cuerpo normativo que se impone en su aplicación a todo tipo de norma interna, que por ello queda en una posición de subordinación. Si se aceptara querría decir que, tal y como señala Muñoz Machado, una vez otorgado el consentimiento del Estado respecto de los tratados de integración, las garantías constitucionales concluirían y pasarían “a ser sustituidas por las ofrecidas por el propio ordenamiento comunitario. De lo que, finalmente, se concluye que la «atribución» de competencias a las Comunidades que autoriza el artículo 93 de nuestra Constitución, no se quedará en una simple transferencia de campos materiales antes reservados a órganos estatales, sino también en una alteración de los procedimientos y garantías constitucionalmente establecidos en cuanto quedan implicados por el ejercicio de las competencias transferidas”<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Muñoz Machado, S., *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea...*, ob. cit. p. 41.

Si fuera así, nos hallaríamos ante lo que algunos han acertado a llamar supuesto de *autorruptura* constitucional, denominación introducida en España por Rodríguez-Zapata<sup>48</sup>, entendida como la permisividad de la existencia de sectores aconstitucionales o ajenos a la lógica del sistema constitucional<sup>49</sup>.

Como apunta Pérez Tremps, pese a las críticas suscitadas por el hecho de evocar la idea alemana de entreguerras de “ruptura” o “quebrantamiento” constitucional, la idea de *autorruptura* “sirve para dar una idea clara de lo que supone la integración: 1º) la cesión de poderes a favor de un ente no estatal...; 2º) la aceptación automática en el ámbito interno, como consecuencia de la cesión, de las normas y actos dictados por ese ente extraestatal”<sup>50</sup>.

Esta autorruptura, que parte de la constatación de la dimensión inmediata (además de futura) de la incidencia de la integración comunitaria en el nivel normativo, ha sido equiparada por algunos, apoyándose en ocasiones en la exigencia de ley orgánica, con un supuesto de reforma constitucional al margen de los supuestos de revisión constitucional previstos por la Constitución. De Miguel, en este sentido, ha venido a señalar que el art. 93 abre la puerta a una procedimiento especial de revisión ya que articula un mecanismo de

---

<sup>48</sup> Rodríguez-Zapata Pérez, J., “Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 30, 1981, páginas 471 a 504. A partir de esa idea, el mismo autor defiende que la autorización a la ratificación de tratados de integración comprende una fórmula de revisión constitucional que puede llegar a excepcionar la necesidad de acudir a la vía exigida por el art. 167 de la Constitución, aunque en ningún caso la de la vía agravada del art. 168. Coincide pues en este punto con las consideraciones del Consejo de Estado que a continuación serán comentadas. Rodríguez-Zapata Pérez, J., *Ibidem* y también en “Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho: la Constitución española”, en Predieri, A., y García de Enterría, E. (Dirs.), *La Constitución española de 1978. Un estudio sistemático*, Civitas (2ª edición), Madrid, 1984, páginas 575 a 611.

<sup>49</sup> Así los define Sánchez Rodríguez, L. I., “El artículo 93 y el bloque...”, *ob. cit.*, p. 233. También señala Alonso García (E.) la importancia de entender la noción de autorruptura con rigor técnico, lo que equivale, según el autor, a “permisividad de la existencia de sectores «aconstitucionales», es decir, ajenos a la lógica del sistema constitucional que se autorrompe, y siempre que se fijen correctamente los límites de la «ruptura» en los exactos términos en que ésta se define para deslindarlo de la reforma constitucional y del ejercicio del poder constituyente”. A tal deslinde tendremos ocasión de referirnos posteriormente. Añade el autor que estaríamos ante “actos aparentemente inconstitucionales sin posibilidad de afirmar vicios de nulidad ni de inconstitucionalidad”. Alonso García, E., “La incidencia en el ordenamiento...”, *ob. cit.*, p. 356. Entre los autores que en nuestra doctrina han defendido, aunque sea con matices, el fenómeno de la autorruptura, destacan, al margen de Sánchez Rodríguez, a cuyos argumentos luego se aludirá, Muñoz Machado, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993; al margen del recién citado Rodríguez Zapata, F., “Los tratados internacionales...”, *ob. cit.*

<sup>50</sup> Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, *ob. cit.*, p. 42.

reforma constitucional implícita concretada en el mismo momento de la atribución de las competencias al ente supranacional<sup>51</sup>.

Mangas, por su parte, ha expresado sin mayores rodeos que “el resultado jurídico constitucional del acto de adhesión es el de una modificación de la Constitución respecto de las competencias atribuidas, que por ir por la vía del artículo 93 utiliza un procedimiento especial de revisión, más flexible, y poco exigente, distinto a la reforma propiamente dicha, y que se contempla en el Título X de la Constitución (arts. 166 a 169)”<sup>52</sup>. Una postura similar es la defendida por el Consejo de Estado en sus Dictámenes sobre el TUE 850/91<sup>53</sup> y 421/92<sup>54</sup>.

Por su parte, Requejo, partiendo de su firme convicción en la posibilidad de separar de manera tajante la aplicabilidad de la validez, no renuncia a la distinción conceptual entre los supuestos de reforma y los efectos normativos de la integración comunitaria, aunque afirma que en definitiva “se trata, en ambos casos, de normas que, siempre por distintas vías, modifican las previsiones normativas de la Constitución: las normas de reforma, alterando el contenido de las normas constitucionales mediante su sustitución por nuevas normas de idéntica forma y rango (...); las normas de integración, garantizando la

---

<sup>51</sup> De Miguel Zaragoza, J., “Las competencias internacionales de las Comunidades Autónomas”, en Abellán Honrubia, V., (Coord.), *La integración de España en las Comunidades Europeas y las competencias de las Comunidades Autónomas*, Departament de justícia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985, páginas 367 y 368 (páginas 365 a 379).

<sup>52</sup> Mangas Martín, A., *Derecho comunitario europeo...*, ob. cit., p. 30. La misma idea fue defendida en su momento por González Casanova, J. A. y Casanovas y la Rosa, en su temprana aportación sobre el “Phénomène regional et intergration”, en *L'Espagne et le Communautés européennes*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1979, p. 129, donde señalan que en el art. 93 puede hallarse un “mecanismo especial de revisión constitucional (más flexible y poco exigente), distinto a los procedimientos de reforma del texto constitucional”; igualmente, Santolalla López, F., “Los tratados como fuente del Derecho en la Constitución”, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho* (vol. III), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 1930 (páginas 1913 a 1938); y, a su vez, Ruiz-Jarabo Colomer, D., “El juez nacional como juez comunitario”, en Rodríguez Iglesias, G. C. y Lliñán Noguera, D. J. (Dirs.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, páginas 653 a 675.

<sup>53</sup> DCE 850/91, de 20 de julio de 1991, asunto *Tratado de la Unión Europea I*. Concretamente en este Dictamen se considera que por medio del art. 93, “se rompe (...) la rigidez propia de los mecanismos de revisión constitucional, pues basta una ley orgánica para celebrar un tratado que ha de afectar a competencias que derivan de la Constitución. Ahora bien, esa posibilidad de eludir la rigidez constitucional no es ilimitada. En efecto una ley orgánica de las previstas en el artículo 93, aprobada por unas Cortes ordinarias, puede eludir la rigidez de la reforma parcial del artículo 167, pero no puede entrar en los ámbitos protegidos por el artículo 168, que regula un poder de revisión que se encuentra fuera del alcance de una Cortes ordinarias” (punto III).

subsistencia de todas las normas constitucionales, pero disponiendo que su aplicación haya de ceder en beneficio de la integrada”<sup>55</sup>.

El conflicto está servido, ya que frente a la interpretación del TJ, quizás no en todos los ámbitos pero al menos en aquellos sectores materiales que por su trascendencia dentro del orden constitucional del Estado resultan especialmente sensibles (como de manera señalada es el caso de los derechos fundamentales), los órganos que se erigen como máximos garantes de los mismos dentro de un determinado territorio, en nuestro caso el TC, no se mostrarán, como así ha sido, especialmente favorables a llevar hasta sus últimas consecuencias el grado de vinculación que los Tratados comunitarios, tal y como han sido interpretados por el TJ, exigen no sólo respecto de sus normas (Derecho originario) sino también en relación con las normas fruto de la labor de los órganos instituidos en tales Tratados (Derecho derivado).

Por el momento no nos detendremos en el comentario de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales más beligerantes frente a las doctrinas del TJ, ya que más adelante será objeto de especial atención. Bastará con constatar que su posición abre un conflicto que no consiste en una disparidad puntual de pareceres, sino que representa una diferente concepción de los términos de la relación interordinamental que presupone la integración europea, términos que se destilan a partir de las distintas previsiones constitucionales que en cada caso dan entrada a la integración de la normativa comunitaria en los propios ordenamientos estatales.

### **4.3 La noción de integración en la jurisprudencia del TC**

#### *4.3.1 Introducción*

Según ha sido recogido, la lectura que ofrece el TC sobre el concepto de integración ha evitado distinguir entre el momento de la autorización de la apertura ordinamental y el de la aplicación del ordenamiento supranacional. Por tal razón, se advirtió que la situación

---

<sup>54</sup> DCE 421/92, de 9 de abril de 1992, asunto *Tratado de la Unión Europea 2*, que reitera literalmente las apreciaciones del DCE 850/91.

<sup>55</sup> Requejo Pagés, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 22.

de desajuste entre el escenario propuesto por el TC y el que en realidad concurre había que buscarlo en la negativa a considerar el fenómeno de la integración en su completa dimensión, que como veremos debe apuntar hacia una concepción global de la relación interordinamental.

El origen de ese enfoque parcial aparece desde el momento en que nuestro TC considera la ley orgánica a la que se refiere el art.93 como precepto de “índole orgánico-procedimental” (STC 28/1991, de 14 de febrero, asunto *Elecciones al Parlamento Europeo*, FJ 4º). A partir de ahí, el TC elabora una concepción del art. 93 como precepto carente de autonomía sustantiva, y por ello incapaz de constituir una *lex specialis* alrededor de la que se debería articular ese asentamiento del ordenamiento comunitario en los términos referidos de interrelación entre sistemas autónomos.

Con esa entidad menor, recogida en la expresión *índole orgánico-procedimental*<sup>56</sup>, el art. 93 actúa dentro del conjunto normativo constitucional sin posibilidades de permitir una integración jurídica que no se adecue a las pautas que, sin considerar lo que comporta el concepto de integración jurídica y de las consecuencias que del mismo debieran derivarse, marca la propia Constitución como norma suprema en cuanto “acto prístino de afirmación del poder originario de un pueblo sobre sí mismo y sobre el espacio que ocupa”<sup>57</sup>.

Dicha concepción del art. 93, directamente ligada a la idea de integración supranacional que maneja nuestro TC, queda reflejada de manera clara en su Declaración de 1 de julio de 1992 (DTC 108/92), que, dada su especial relevancia, será inmediato objeto de comentario.

Antes, sin embargo, debemos fijar cuáles son los principales aspectos que el TC extrae de su consideración del art. 93 como una previsión de mero índole orgánico procedimental, pues uno por uno serán examinados a la luz de distintos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal.

---

<sup>56</sup> Esa caracterización formal(ista) del art. 93 ya fue apuntada incidentalmente apuntada en la STC 137/1989, de 20 de julio, asunto *Comunicado de colaboración*, FJ 4º, donde en un conflicto competencial en el que quedaba afectado el *ius constringendi*, señala que el título competencial del Estado en la celebración de Tratados no se encuentra en los arts. 93 y 94 de la C.E. “los cuales regulan simplemente la intervención de las Cortes Generales y del Gobierno en el proceso decisorio correspondiente”

<sup>57</sup> Rubio Llorente, F., “El constitucionalismo...”, ob. cit., p. 18.



En primer lugar, se sitúa la negativa a considerar el conflicto entre normativa comunitaria y normativa interna infraconstitucional como un conflicto de carácter constitucional, clasificándolo como un asunto de mera selección de la normativa aplicable al caso a realizar por los órganos judiciales.

En segundo término, deberá tratarse la negativa de aceptar expresamente la concepción del Derecho comunitario como parámetro de constitucionalidad, tanto en materia de protección de derechos fundamentales como respecto de su posible ubicación en el bloque de constitucionalidad que sirve al TC para determinar la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas.

Posteriormente, se abordará la separación entre actuación de poderes públicos españoles y poderes públicos comunitarios como criterio de delimitación del ejercicio del control de constitucionalidad por parte del TC.

Por último, será acometida la posición del TC en su consideración como órgano jurisdiccional a los efectos de interposición de un recurso prejudicial ante el TJ.

#### 4.3.2 La Declaración del TC 108/92

Sin duda, el mejor elemento con el que contamos a la hora de identificar cuál es la noción de integración que según el TC se deduce de nuestro texto constitucional, y en concreto de su art. 93, es la DTC 108/92 a la que ya no hemos referido<sup>58</sup>. Un análisis de su contenido, no sólo de lo que dice sino también de lo que no dice, nos ofrece elementos suficientes para abordar dicha tarea.

Como sabemos, la Declaración surge como consecuencia de un Requerimiento efectuado por el Gobierno en el que se emplaza al TC a se pronuncie con carácter previo a

---

<sup>58</sup> Declaración que ha sido objeto de diversos análisis doctrinales por parte de distintos autores españoles, entre los que destacan: Alonso García, R., “Maastricht y la reforma de la Constitución española”, *Papeles de Economía Española. Cuadernos de Información Económica*, números 64/65, 1992, páginas 87 a 97; Mangas Martín, A., “La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el art. 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): ¿una reforma innecesaria o insuficiente?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1992, páginas 381 a 393; Rubio Llorente, F., “La Constitución española y el Tratado de Maastricht”, *REDC*, núm. 36, 1992, páginas 253 a 265; López Castillo, A., Polakiewicz, J., “Verfassung und Gemeinschaftrecht in Spanien”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, 1993, páginas 277 y siguientes.

la prestación del consentimiento sobre la eventual contradicción entre el art. 13.1 de la Constitución y una disposición del Tratado de Maastricht según la cual se preveía el derecho de sufragio en las elecciones municipales a los ciudadanos comunitarios (art. 8 B.1 TCEE, actual art. 19 TCE).

En la petición formulada, en nombre del Gobierno se planteaban diversas cuestiones que deben ser tenidas en cuenta para poder valorar en su justa medida la respuesta del TC. Tal y como queda recogido en el punto 3 de los Antecedentes, las dudas que se plantean son las siguientes:

a) La posibilidad de salvar la eventual contradicción entre el Tratado de Maastricht y la Constitución por la vía que ofrece el art. 93, entendiéndose que este precepto constitucional permite considerar compatibles dos disposiciones que pertenecen a dos ordenamientos, el estatal y el comunitario, distintos e independientes, aunque íntimamente relacionados entre sí, al margen de que puedan darse contradicciones sustantivas entre el uno y el otro. Según el texto del Requerimiento, “este planteamiento podría enfocar la cuestión debatida en los términos más adecuados, esto es, en torno al interrogante de si el presente caso es uno de los supuestos en los que, por no estar en juego el núcleo de la Constitución, la Constitución misma soslaya su cotejo material con disposiciones llamadas a integrarse en su ordenamiento”.

Asimismo, en un esfuerzo por concretar los contornos del referido núcleo de la Constitución, el Gobierno señala que “las dudas acerca del procedimiento del art. 93 de la Constitución se plantean en realidad en torno a los límites materiales internos a la atribución de competencias”, considerando que puede defenderse la existencia de límites implícitos, cuya determinación, extraordinariamente complicada, “habría de situarse en los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho, en los valores superiores del ordenamiento y en los derechos fundamentales”, contenido en el que no se haya el art. 13.2 de la Constitución, que es con el que se presentan contradicciones sustantivas.

Finalmente, con el objetivo de reforzar sus argumentos, el Gobierno plantea también que, al fin y al cabo, no puede darse incompatibilidad entre el art. 8 B.1 TCEE y el 13.2 de la Constitución porque son “preceptos dictados en ámbitos competenciales distintos y en el seno de ordenamientos diferentes aunque coordinados (...). La relación entre ambos preceptos sería, pues, la que deriva de la existencia de esos dos ordenamientos, sin que

ninguno suponga la derogación del otro, al igual que sucede en la relación entre una norma general y otra especial”.

b) Al margen de otra vía considerada para salvar la constitucionalidad del contenido del art. 8 B.1 TCEE a partir de una interpretación en exceso forzada del concepto de nacionalidad manejado por el art. 11 de la Constitución<sup>59</sup>, el otro foco de dudas planteadas en el Requerimiento se refiere a cuál habría de ser, en el caso en el que el TC rechazara que el art. 93 permite obviar las contradicciones materiales en los términos comentados, el procedimiento de reforma constitucional que habría de seguirse, si el previsto por el art. 167 o el del art. 168.

El Gobierno es claro al sostener que en su opinión la vía es la del art. 167 ya que “si bien el art. 23 C.E. pudiera verse afectado por el futuro art. 8 B apartado 1, dicha afectación sería del todo ilusoria, ya que el propio constituyente ha distinguido entre el derecho de participación política (art. 23) (...) y el círculo de los habilitados para su ejercicio (art. 23 y art. 13.2), siendo así que el nuevo precepto comunitario sólo afectaría al precepto constitucional que amplía a los extranjeros el derecho de sufragio activo en la elecciones municipales (art. 13.2) (...)”.

Ante estas cuestiones el TC opta por empezar analizando la posible incompatibilidad sustantiva entre el proyectado art. 8 B.1 y el art. 13.2. El Alto Tribunal niega la posibilidad de referirse primero a la adecuación o suficiencia del recurso a la vía del art. 93 a los efectos de la aprobación del Tratado de Maastricht y luego pasar a examinar, “en su caso”, como proponía el Gobierno, la existencia o no contradicción entre el art. 13.2 y el art. 8 B.1 TCEE. Según el TC “la anterior exposición de peticiones, sucesivas y subsidiarias, no puede ser acogida”, ya que de los términos del art. 95.1 de la Constitución, precepto aplicable a todo tipo de Tratados, “queda suficientemente claro que la primera cuestión, decisiva y nuclear, a tratar en esta declaración es la de determinar si entre el precepto objeto de nuestro examen y el art. 13.2 u otros preceptos de la Constitución existe o no aquella contradicción” (FJ 2º).

---

<sup>59</sup> Concretamente sostiene que el futuro art. 8 B TCEE sólo sería contrario a la Constitución si el art. 11 de la Constitución circunscribiera la nacionalidad mediante criterios materiales o cualquier otra determinación no integrable con el propósito del Tratado y no encomendara al Legislador la configuración normativa de esa categoría jurídica. Pero eso no sucede, ya que la inexistencia de una “españolidad constitucional” habilita al Legislador para articular la nacionalidad en los términos que considere oportunos (...).

La conclusión del TC es en este sentido categórica, afirmando que dados los términos de uno y otro precepto, la contradicción entre ambos hace que el Tratado de Maastricht no pueda “ser objeto de ratificación sin la previa revisión de la Norma Fundamental, según dispone su art. 95.1” (FJ 3º), coincidiendo, por lo demás, con el Gobierno respecto de que la incompatibilidad se produce en relación con el art. 13.2 y no con el art. 23.2, que al regular el sufragio pasivo no contiene ninguna norma que excluya a los extranjeros del acceso a cargos y funciones públicas.

Una vez constatado lo anterior, el TC pasa a examinar si en virtud del art. 93, y pese a la contradicción material existente entre uno de los preceptos de la norma internacional a ratificar y el texto constitucional, puede no obstante, en términos de adecuación al sistema constitucional, prestarse el consentimiento internacional del Estado sin necesidad de previa reforma constitucional<sup>60</sup>.

Lo primero que hay que decir es que desde el inicio el TC se plantea dicho examen como operación innecesaria, dado que una vez constatada la existencia de una antinomia como la descrita, “podría finalizar aquí nuestra declaración. La alegación, sin embargo, por parte del Gobierno de otras interpretaciones, en su opinión superadoras de la advertida, ha de obligarnos a efectuar una adecuada respuesta a las mismas” (FJ 3º).

La pregunta a contestar la delimita el TC en los términos en que deba conectarse el art. 93 y el art. 95.1 de la Constitución, o dicho en otras palabras, en la determinación de “si la Ley Orgánica a la que aquél se remite es instrumento idóneo para excepcionar, como lo haría el texto sometido a examen –el art. 8 B.1 TCEE- el límite que el art. 13.2 dispone en orden a la extensión a los extranjeros por Tratado o por Ley, el derecho de sufragio” (FJ 4º).

Al respecto, el TC empieza reconociendo que la actualización del art. 93 ha de comportar “una determinada limitación o constricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles (limitación de «derechos soberanos» en

---

<sup>60</sup> A dicho resultado había llegado el Consejo de Estado aunque a partir de otras consideraciones. En respuesta a la consulta planteada por el Gobierno el 10 de junio de 1991, estando en fase de negociación el Tratado de Maastricht, el Consejo de Estado estimó que la reforma constitucional era innecesaria por versar la contradicción entre Tratado y Constitución en un precepto (art. 13.2 de la Constitución) cuya reforma debe ser realizada por el procedimiento ordinario (art. 167 de la Constitución), caso en el cual basta con la conclusión del Tratado por la vía del art. 93. DCE 850/1991, de 20 junio, asunto *Tratado de la Unión Europea 1* (punto III).

expresión del Tribunal de Justicia de las Comunidades, caso Costa/Enel, Sentencia de 15 de julio de 1964)”, pero, añade, “para que esa limitación se opere es indispensable, sin embargo, que exista efectivamente una cesión del ejercicio de competencias (no de su titularidad) a organizaciones o instituciones internacionales, lo que no ocurre con la estipulación objeto de nuestra resolución, pues en ella no se cede o se transfiere competencias, sino que, simplemente, se extiende a quienes no son nacionales unos derechos que, según el art. 13.2, no podría atribuírseles”. Resulta pues evidente que “el texto objeto de esta consulta no entraña una cesión competencial, sino un compromiso directo para el Reino de España (...)”.

Planteada la discusión en tales términos, la conclusión del TC es que aunque el art. 93 pueda servir de cauce no sólo para Tratados que exclusivamente contengan atribuciones competenciales, sino también para aquellos, como es el caso del Tratado de Maastricht, en los que además se contienen regulaciones concretas de carácter sustantivo, en ningún caso “el art. 93 se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma Fundamental (...)” puesto que tal precepto no es “cauce legítimo para la «reforma implícita o tácita» constitucional (...)” (FJ 4º).

De este modo, el art. 93 no puede resultar en ningún caso *lex specialis* con respecto al art. 95.1, “cuyo tenor literal y sentido mismo (...) excluye con claridad que mediante cualquiera de ellos puedan llegar a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere, algunas de la cuales pueden ser ejercidas *quoad exercitum*, en virtud de lo dispuesto en su art. 93”.

Y la conciliación entre el art. 93 y el art. 95.1 es, según el TC, bien sencilla: “los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa”, y paralelamente la atribución competencial de la que habla el art. 93 lo que permite es modular “el ámbito de aplicación, no el enunciado, de las reglas que las han instituido y ordenado”, de lo que resulta “un efecto previsto por la Constitución, y en cuanto tal, legítimo, pero ninguna relación guarda con el que depararía la *colisión textual y directa* entre la propia Norma Fundamental y una o varias de las estipulaciones de un

Tratado. Tal hipótesis -la del Tratado *contra Constitutionem*- ha sido, en definitiva, excluida por el art. 95” (cursivas añadidas).

Como conclusión final a todo lo expuesto, el TC acaba afirmando que “en virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de *competencias derivadas de la Constitución*, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una *competencia* cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con la garantías allí establecidas y mediante modificación expresa de su propio texto. Esta es la conclusión que impone el dictado del art. 95.1 (...)”.

De esta manera zanja el TC buena parte de las cuestiones planteadas por el Gobierno en su Requerimiento. Y lo hace de manera, cuando menos, simplista. Sin duda, el TC al ceñirse a los términos del Requerimiento del Gobierno de la manera que hemos visto, pierde una oportunidad idónea para completar el enunciado del art. 93. En su DTC 108/92, el Alto Tribunal omite la realización de un pronunciamiento más amplio y categórico sobre las cuestiones que suscita el art. 93 que permita, más allá de la necesidad de solventar una contradicción textual entre una previsión del Tratado a ratificar y la Constitución, dilucidar cuál es la noción de integración de la que el TC parte.

Hay que tener en cuenta que en situaciones semejantes, tanto el Tribunal Constitucional alemán como el italiano no han dudado en realizar un examen global del fenómeno de la integración desde la perspectiva constitucional. El TCF en el mismo auto por el que desestimaba un recurso contra dos reglamentos comunitarios por vulneración de la LFB (Auto de 18 de octubre de 1967), aprovechó para entrar en el análisis de la constitucionalidad de la atribución de competencias contenidas en los Tratados comunitarios.

Por su parte, la Corte Constitucional italiana aprovecha su sentencia sobre el asunto *Frontini*, de 27 de diciembre de 1973, a la que posteriormente se aludirá con mayor detalle, para analizar los principales caracteres de la relación entre el ordenamiento comunitario y el italiano.

En el caso francés, que también prevé el control previo de constitucionalidad (art. 54 de la Constitución, que es además directo inspirador de nuestro art. 95), aun a pesar de

que el Presidente de la República planteara en el *petitum* cuestiones de gran calado, el Consejo Constitucional francés optó por ir incluso más allá y extender su indagación por la totalidad del articulado del TUE en lo que daría lugar a su Decisión de 24 de abril de 1992, conocida con el nombre de *Maastricht I*, en la que se sentarían las bases de los límites constitucionales a la integración, concretamente alrededor de la noción de las “condiciones esenciales de la soberanía”, noción que más adelante será objeto de comentario.

Conocedora de estos referentes, en 1987 Mangas opinaba, optimista, que “esta operación de control de la constitucionalidad de los Tratados comunitarios (...), presumiblemente se realizará alguna vez por el Tribunal Constitucional español (...)”<sup>61</sup>.

A la vista de todo ello, Prada Fernández emite una valoración crítica al analizar el modo en que se abordó la primera utilización práctica del dispositivo constitucional del art. 95. Según este autor, “atendiendo a las cuestiones suscitadas en el *petitum* del Gobierno, es ostensible que el órgano superior del Ejecutivo se propuso restringir al máximo las posibilidades del derecho de comprobación del Tribunal Constitucional al no cuestionar, como sí sugirió el Consejo de Estado en su segundo Dictamen al respecto, «si existe o no contradicción entre el Tratado de la Unión Europea y la propia Constitución» (...). El Tribunal admitió pacíficamente que sus atribuciones de examinar con carácter previo la compatibilidad de las estipulaciones de un Tratado (...) estarían condicionadas (...) por la amplitud de los términos de las cuestiones que se susciten en el *petitum* (...). Al adoptar esa posición, el Tribunal Constitucional se escudó tras unos argumentos jurídicos discutibles desamparando a la Constitución. Es de lamentar que el garante de la Constitución secundara la opinión gubernamental plegándose a la infravaloración ajena de sus cometidos de fiscalización sin ni siquiera dirigir una recomendación crítica al Gobierno de rectificar esta lamentable inauguración del procedimiento de control previo de los Tratados”<sup>62</sup>.

#### *4.3.3 El posicionamiento del TC: la integración no puede dar lugar a supuestos de reforma constitucional implícita*

---

<sup>61</sup> Mangas Martín, A., *Derecho Comunitario europeo...*, ob. cit., p. 143.

Aunque no exista una reflexión teórica global respecto de los principales interrogantes que puede plantear el art. 93, las respuestas que da a los planteamientos del Gobierno son lo suficientemente explícitas como para poder extraer, aunque sea a partir de afirmaciones aisladas, un posicionamiento más o menos definido del TC en relación con la naturaleza de la integración comunitaria y los límites constitucionales que operan frente a ella.

Una de los primeros pronunciamientos aislados es el referido a la aceptación de que el art. 93 la vía procedente para permitir la ratificación de un Tratado en el que no todas las previsiones suponen “la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, sino que existen algunas que son ejercicio mismo de dichas competencias. El TC acepta que los Tratados de integración a los que se refiere el art. 93 puedan contener disposiciones sustantivas, presentando así una doble naturaleza. El marco de la integración es unitario, no hay porqué separarlo para abordar su ratificación, entre otras cosas porque al suponer el art. 93 la vía más reforzada en cuanto a la exigencia de una mayoría cualificada para posibilitar la ratificación del Tratado en cuestión, vendría a cumplirse la máxima “quien puede lo más puede lo menos”<sup>63</sup>.

Una vez dilucidada la cuestión previa recién comentada, el TC hubiese podido enfrentarse directamente a la cuestión de las consecuencias de los Tratados de integración en el marco de lo dispuesto por el art. 93, precisando además si tales consecuencias están referidas a todas las previsiones contenidas por dichos Tratados o sólo respecto de aquellas cuyo contenido estrictamente atribuya el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

Pero, según sabemos, el TC opta por no abordar la cuestión en términos tan amplios, prefiriendo un análisis más centrado en la posibilidad de exceptuar de la regla

---

<sup>62</sup> Prada Fernández de Sanmamed, J. L., “Examen de urgencia de la alternativa entre reforma y mutación constitucional ante la integración europea”, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, páginas 316 y 317 (páginas 299 a 330).

<sup>63</sup> No se plantea en este ámbito, por lo demás, la cuestión competencial y de “congelación de rango” que sí tiene lugar entre ley orgánica y ley ordinaria en los ámbitos materiales del ordenamiento estatal ya que de todos modos la posibilidad de modificar la normativa internacional que finalmente sea de aplicación en el propio territorio queda fuera del alcance de cualquier tipo de fuente del Derecho interna.



impuesta por el art. 95.1 aquellas previsiones de los Tratados que, aprobadas por la vía del art. 93, contuviesen una regulación contraria al texto constitucional.

El TC rechaza entrar en la complejidad del precepto<sup>64</sup> y al hacerlo contribuye a consolidar la incertidumbre que rodea las cuestiones relacionadas con la interrelación entre el Derecho comunitario y el sistema jurídico español. No se está reclamando, por ahora, la conveniencia de una u otra interpretación, sino sencillamente una postura más definida de nuestro Alto Tribunal. Una postura que o bien contribuyera de manera clara a consolidar las doctrinas del TJ en materia de supremacía y efecto directo del Derecho comunitario en su aplicación en nuestro territorio, o bien se ubicara, como en ocasiones ha sucedido con los pronunciamientos del TCF, en el enfrentamiento a las tesis del TJ, y con ello, a partir de la contradicción, contribuir al menos a un proceso dialéctico en el que la relación interordinamental se conforma a partir de las posturas de los distintos actores en juego.

Porque al pronunciarse sólo, eso sí de manera tajante, respecto de la imposibilidad de obviar contradicciones sustanciales entre regulaciones de los Tratados, cualquiera que sea la vía de ratificación empleada, y las disposiciones constitucionales, el TC deja sin resolver la verdadera cuestión clave, esto es, aquella respecto de la que debe ofrecer respuesta una cláusula de apertura como es el art. 93 y que concretamente es la siguiente: ¿permite dicha cláusula que la normativa resultante de la atribución competencial a que hace referencia pueda contener algún tipo de contradicción sustancial con la Constitución? Y en caso afirmativo, ¿qué tipos de contradicciones estarían permitidas? ¿cabrían colisiones que no fueran *textuales y directas*? ¿o incluso aunque lo fueran?

Se trata, en definitiva, de aclarar si el sistema constitucional español al apostar por reconocer la necesidad de abrir el sistema jurídico estatal a normativa de carácter supranacional, opta con ello a superar el tradicional esquema ofrecido por el ordenamiento internacional, en el que siendo el Estado el verdadero protagonista de las relaciones jurídicas, sólo caben aquellos acuerdos celosamente respetuosos de los textos que instituyen dichos Estados, las distintas Constituciones.

---

<sup>64</sup> Concretamente, el TC afirma en su Declaración que “no es leve, desde luego, la complejidad que entraña este precepto «orgánico-procedimental» (STC 28/1991, fundamento jurídico 4º), que aquí ha de ser considerado, sin embargo, tan sólo en conexión con lo dispuesto en el art. 95.1 de la Constitución y a fin de determinar, por consiguiente, si la ley orgánica a la que aquél remite es instrumento idóneo para excepcionar,

Pues bien, dada la ausencia de un posicionamiento explícito al respecto, debemos contentarnos con lo que se pueda extraer del sentido general de sus decisiones en la materia y de ciertas alusiones que resultan indicativas. Así, de la DTC 108/92 se deriva claramente su firme voluntad en considerar que el art. 93 no puede en ningún caso, esto es, tampoco respecto del resultado normativo que genere la atribución competencial que permite (Derecho derivado), excepcionar lo previsto por el art. 95.1 (“precepto cuya función de garantía no debe resultar contrariada o disminuida por lo prevenido en el art. 93...”, FJ 4º).

De esta manera, y pese a que el Alto Tribunal afirme que “se ha de procurar una interpretación que concilie ambas previsiones constitucionales”, en realidad lo que hace es considerar como irrenunciable lo que considera como “el tenor literal y el sentido mismo del art. 95.1”, que no es otro que el de excluir que las disposiciones constitucionales “puedan llegar a ser contradichas o excepcionadas” por cualquier tipo de Tratado, ya que aquéllas “limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere (...)”, según vimos con anterioridad. A modo de cierre a sus argumentaciones, el TC señala que en realidad lo que le mueve no es otra cosa que asegurar que la Constitución no pueda ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, “esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto”.

A partir de ahí, el TC realiza ciertas aseveraciones que vienen a confirmar que su punto de partida consiste en la subordinación incondicional del art. 93 al art. 95, de lo que se deriva una subordinación, en principio también incondicional, de la normativa surgida del ordenamiento supranacional a los dictados de la Constitución. Así, afirma que del art. 93 sólo puede extraerse una *modulación del ámbito de aplicación*, que no del *enunciado de las reglas* que han instituido y ordenado las competencias (FJ 4º). Y esa modulación de la aplicación se entiende que implica pura y simplemente que un ente supranacional es quien pasa a ejercer las competencias que hayan sido atribuidas por los Tratados de integración, sin que ello pueda tener efecto alguno en el contenido (el *enunciado de las reglas*).

En este sentido, y poniendo de manifiesto que su planteamiento se refiere a la totalidad del Derecho comunitario, el TC advierte que en ningún caso el art. 93 permite

---

como lo haría el texto sometido a examen, el límite que el art. 13.2 dispone en orden a la extensión a los extranjeros por Tratado o por Ley del derecho de sufragio” (FJ 4º).

“disponer de la Constitución misma, contrariando o *permitiendo contrariar*, sus determinaciones”. El límite de la contradicción material con las disposiciones constitucionales se cierne, de este modo, no sólo sobre el Derecho originario, sino que también queda excluido que a partir de tales tratados se pueda generar una contradicción por medio de la normativa derivada, y esto es así, afirma el TC volviendo al punto de partida que comentábamos, porque el poder de revisión constitucional no “es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión”.

Con ello, el Alto Tribunal asienta las bases de su posicionamiento: en principio mediante el art. 93 se puede acordar la atribución de cualquier competencia, y éstas una vez cedidas se desprenden sólo de los condicionantes formales que deberían observar si fuesen ejercidas por órganos exclusivos del sistema estatal, pero no de los condicionantes materiales que el ordenamiento constitucional impone inicialmente, consecuencia, al fin y al cabo, de que la atribución sea del ejercicio y no de la titularidad.

El esquema del que parte el TC no es complejo: el Capítulo III del Título III del texto constitucional diferencia entre tres tipos de Tratados, que representan una diferente envergadura de las consecuencias que comportan para el ordenamiento español, partiendo de la base de que en ningún caso como resultado de un Tratado puede darse contradicción material con previsiones constitucionales, tal y como tiene encomendado garantizar el art. 95.

De esta manera, el TC rechaza que la diferencia que existe entre los Tratados del art. 93 y los del art. 94, que recordemos es crucial por cuanto sólo los del art. 93 generan una situación en que un ente no estatal pasa a ser responsable de la producción normativa en un ámbito competencial constitucional, deba tener reflejo más allá del agravamiento del procedimiento decisorio previo a la prestación del consentimiento internacional. No cabe, por tanto, modulación alguna de las limitaciones materiales que impone la Constitución y que igual actúan sobre las normas de los Tratados sobre los que el Estado presta directamente su consentimiento, como con las normas fruto de la labor de órganos supranacionales.

¿Qué sucede según el TC en caso de que se dé una contradicción material entre el ordenamiento constitucional y el supranacional? Si la contradicción se halla en el propio Tratado, será necesaria la previa reforma constitucional, por las vías por los artículos 167 o

168. Si se trata de Derecho derivado, se puede deducir que el TC está pensando en la inaplicación de la norma en cuestión en favor de la norma constitucional amenazada.

De este modo se produciría una marcada cesura entre el plano de la validez y el de la aplicación: cada sistema ordena sus criterios de validez, pero finalmente es uno de ellos, desde la visión del TC el ordenamiento constitucional, el que tiene la última palabra sobre la aplicabilidad de las normas del otro en caso de contradicción material. Casi sin advertirlo nos hemos situado cara a cara con una de las cuestiones capitales, el terreno en el que se deberá librar la verdadera batalla a la hora de interpretar con todas sus implicaciones el art. 93 en el marco del ordenamiento constitucional actual. Más adelante tendremos ocasión de retomarla con mayor detenimiento.

Una vez realizado un examen más o menos pormenorizado de la DTC 108/92, podemos recuperar lo que se apuntó como cuestión a comprobar y que ahora puede ser ya afirmada sin asomo de dudas: la palmaria voluntad del TC de considerar el art. 93 como precepto carente de autonomía sustantiva, y por ello incapaz de constituir una *lex specialis* con base en la cual se asienta un ordenamiento supranacional, como el comunitario, de naturaleza autónoma y no derivada del ordenamiento estatal.

Como también se señaló, la consideración de la autonomía del art. 93 no equivale a su interpretación aislada, al margen del marco constitucional en el que se halla. En este sentido, es precisamente de la comparación entre el art. 93 y el art. 94 (94.1 y 94.2) de donde surge la necesidad de distinguir de manera clara entre los tratados de integración y el resto de tratados internacionales. Como se dijo al argumentar la exigencia de encuadrar la atribución de todo tipo de competencias dentro de la vía ofrecida por el art. 93, lo verdaderamente trascendente es que, al margen de la diversa significación de la competencia atribuida, la intensidad de las consecuencias es semejante por cuanto una vez la competencia atribuida es ejercida por la instancia supranacional de que se trate, la regulación resultante puede llegar a generar algún tipo de incompatibilidad material con la normativa constitucional, siendo ese es el supuesto que debe afrontarse mediante la idea de integración que acoge el art. 93, idea que no está presente en ninguno de los otros dos preceptos relativos a la incorporación de acuerdos internacionales al ordenamiento español.

Y precisamente esa conclusión es la que pretende evitar el TC, que se resiste a reconocer que el art. 93 tiene por misión no sólo posibilitar la atribución del ejercicio de

competencias a instancias supranacionales, sino que además debe ser capaz de dar respuesta a las situaciones que se pueden derivar de dicha atribución, siendo insatisfactoria la respuesta consistente en una interpretación aislada del art. 95 en virtud de la cual en ningún caso puede existir contradicción o excepción de reglas constitucionales.

Esa insatisfactoria, por parcial, visión es tributaria del planteamiento que el propio TC reconoce como punto de partida de su pronunciamiento, que recordemos opta por limitarse a “si la Ley Orgánica a la que aquél (el art. 93) se remite es instrumento idóneo para excepcionar, como lo haría el texto sometido a examen –el art. 8 B.1 TCEE- el límite que el art. 13.2 dispone en orden a la extensión a los extranjeros por Tratado o por Ley, el derecho de sufragio” (FJ 4º).

En la base de todo ello se encuentra sin duda, como ya fue apuntado, la consideración del art. 93 como precepto “de índole orgánico-procedimental”, punto de partida que impone extraordinarias limitaciones a la virtualidad del art. 93, entre las que hay que destacar las que ya fueran anunciadas en la introducción y que seguidamente abordamos.

#### *4.3.4 La naturaleza no constitucional del conflicto entre norma comunitaria y norma interna: la STC 28/1991*

La STC 28/1991, de 14 de febrero (asunto *Elecciones al Parlamento Europeo*), responde a un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco frente a la reforma de la LOREG en materia de elecciones al Parlamento Europeo, siendo el punto más conflictivo el precepto según el cual se establece la incompatibilidad para el desempeño simultáneo de los cargos de Diputado europeo y miembro de un Parlamento autonómico, cuando el art. 5 del Acta Electoral Europea (Decisión 76/787 de las tres Comunidades)<sup>65</sup> permite expresamente el doble mandato en relación con los miembros “del Parlamento de un Estado miembro”.

---

<sup>65</sup> Aunque en principio no resulte ser una cuestión decisiva dentro del conflicto que dirime el TC en su sentencia, debido al tratamiento conjunto que se le debe dar al Derecho comunitario en el ámbito de su vinculatoriedad en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, lo cierto es que tanto la representación letrada del Parlamento Vasco (Antecedente 1º) como el propio TC califican el Acta Electoral Europea como una norma de Derecho derivado, cuando en realidad se trata de una norma de Derecho originario. Como

Al margen del problema interpretativo que pueda plantear el citado art. 5, el núcleo de la decisión del TC se halla en el rechazo de la posibilidad de que la aprobación de una norma interna incompatible con una norma comunitaria genere un vicio de inconstitucionalidad por vulneración de los artículos 93 y 96.1 (al margen de la contradicción con el principio de jerarquía normativa del art. 9.3). En este sentido, el TC adopta la postura del Abogado del Estado, quien en sus alegaciones afirma que el art. 93 “no es más que una norma para habilitar la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a una organización o institución extranjera (...)”. El art. 93 “es una norma de y sobre competencia y procedimiento, no una regla de fondo” (Antecedente 4º).

El TC sostiene que aunque la vinculación de España al ordenamiento comunitario se produzca mediante la vía prevista en el art. 93, ello no equivale a que “por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del art. 93” (FJ 4º).

Las anteriores afirmaciones nos sitúan en el centro de un viejo debate: la contradicción entre ley posterior y tratado (sea del tipo que sea), ¿es una contradicción de naturaleza constitucional? Y en caso de serlo, ¿su resolución es competencia exclusiva del Tribunal constitucional?

Pese a su entidad y vejez, se trata de un debate que nuestro ordenamiento no ha sabido resolver con claridad. Así es, no existe previsión ni en la Constitución ni en la LOTC respecto de la naturaleza del conflicto entre tratado y ley posterior, centrándose la duda en si a partir de dicha contradicción se genera también una contradicción con el art. 96 de la Constitución (además del art. 93 ó 94, según los casos). Si recordamos, el art. 96.1 es el que reconoce la fuerza pasiva de los tratados frente a las leyes posteriores, de modo

---

advierte Mangas, la Decisión a la que se alude significa jurídicamente el cumplimiento de un compromiso que ya se preveía en los Tratados (artículos 138.3 TCEE, 21.3 TCECA y 108.3 TCEEA) en el marco de un proceso dinámico y gradual. Buena prueba de este carácter *sui generis* de la Decisión, esto es, no enmarcada en la tipología del art. 249 TCE, es que la entrada en vigor de la Decisión se hizo depender de su ratificación por cada uno de los Estados miembros lo que la convierte en una norma con todos los elementos de un acuerdo internacional y que en el terreno del Derecho comunitario, se podría añadir, es fruto de una especie de actividad *constituyente*, si se entiende que el Derecho originario viene a recoger de algún modo el texto

que, una posible interpretación consistiría en afirmar que la contradicción entre ley y tratado equivale a la vulneración por parte del legislador de dicha previsión.

La doctrina ha centrado el debate no tanto en si existe o no inconstitucionalidad, esto es, vulneración del art. 96 (al margen de los artículos 93 ó 94, según los casos), sino en si los jueces y tribunales ordinarios pueden tomar partido en el conflicto inaplicando la norma interna, sea por inconstitucionalidad o por tratarse de un conflicto no constitucional, sin necesidad de acudir al TC. No ha existido unanimidad doctrinal al respecto.

Mangas es de la opinión que “introducir el artículo 163 –relativo a la cuestión de inconstitucionalidad- en la oposición entre ley interna y norma comunitaria es un elemento perturbador que confunde un mandato constitucional dirigido al juez por el ordenamiento español que predica la primacía del Derecho Internacional (y por ende del Derecho Comunitario) sobre el interno, anterior o posterior, y la aplicación directa de la norma internacional a los particulares”<sup>66</sup>, de lo que no se deduce que la ley interna contraria a un tratado no sea inconstitucional, sino sólo que el juez está obligado a aplicar la norma internacional por mandato del art. 96.1<sup>67</sup>.

Remiro Brotons, por el contrario, sostiene de manera indistinta para todo tipo de Tratado internacional (de lo que necesariamente no se ha de extraer la misma consecuencia para la norma comunitaria), que “lo que procede en esta tesitura es reconocer que el tratado, texto *controlado* por el Tribunal Constitucional al objeto de garantizar su conformidad con la Constitución, es también, con base en su artículo 96.1, un texto *protegido* por él frente a las leyes posteriores que lo contraríen, tarea que por su trascendencia debería desempeñar en exclusiva dado que, en todo caso, jueces y tribunales

---

constitucional del sistema comunitario, al margen de las cautelas con las que dicha cuestión deba ser afirmada. Mangas Martín, A., “La Constitución y la Ley...”, ob. cit., páginas 593 y 594.

<sup>66</sup> Mangas Martín, A., *Derecho Comunitario europeo...*, ob. cit., p. 139.

<sup>67</sup> La misma autora, refiriéndose al conflicto entre ley nacional y Derecho comunitario, así lo reconoce, al afirmar con contundencia que “ciertamente la ley contraria a una norma comunitaria infringe los artículos 96, 93 y 9.3º de la Constitución y podría ser declarada inconstitucional por tal motivo, y en algunos casos en aras de la seguridad jurídica deberá ser eliminada *erga omnes*” por medio del recurso de inconstitucionalidad o a través de la actividad del legislador, pero nunca mediante cuestión de inconstitucionalidad, ya que en cualquier caso si el juzgador tiene dudas sobre la validez o interpretación de la norma comunitaria acudirá al TJ, y si no las tiene deberá aplicar la norma comunitaria sin más. Insiste la autora recordándole al TC que incluso el Tribunal Constitucional más remiso a renunciar a la exigencia de la declaración de inconstitucionalidad para eliminar la ley interna posterior incompatible con la norma comunitaria, la Corte Constitucional italiana ha revisado su propia doctrina y así en su sentencia núm. 170 (asunto *Granital*) de 8 de junio de 1984. Mangas Martín, A., *Derecho Comunitario europeo...*, ob. cit., páginas 140 y 141.

cuentan con la amplia facultad de plantearle *cuestiones* de inconstitucionalidad”. Y es que, prosigue el mismo autor, “no es seguro, y hasta puede ser inconveniente, reconocer al juez ordinario atribuciones para inaplicar –más aún para invalidar- la ley alegando el quebranto de un tratado”<sup>68</sup>.

El Tribunal Supremo, por su parte, pese a que no haya mantenido una única línea interpretativa al respecto, ha llegado a pronunciarse con menores cautelas que el TC en la consideración de que el Derecho comunitario tiene “eficacia directa y carácter prevalente en virtud de la cesión parcial de soberanía que supone la adhesión a la Comunidad”, reconociendo así en el art. 93 el fundamento de dicha supremacía<sup>69</sup>. En ocasiones, el mismo tribunal ha apoyado la primacía y efecto directo de la norma comunitaria frente a la ley interna por razones competenciales, de manera que las leyes posteriores y contrarias a la norma comunitaria “habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia”, aunque, en la línea de respeto a las exigencias comunitarias, seguidamente señala que de lo anterior no se deriva que jueces y tribunales deban plantear cuestión de inconstitucionalidad, ya que debe hacerse respetar la aplicabilidad inmediata de la normativa comunitaria<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Remiro Brotons, A., *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 341. Al margen de tales consideraciones, el propio autor expresa también sus dudas respecto a la idoneidad de plantear en todo caso la supralegalidad de los tratados, alegando, como ya vimos al iniciar este capítulo (nota nº 3) que “el Tribunal Constitucional no puede ser –menos aún los jueces ordinarios- el cancerbero del rango supralegal de los tratados sin mortificar a las Cortes en su soberanía legislativa (...). Arrostrar la responsabilidad internacional del Estado... puede ser, en términos reales de cálculo, más económico que caer en la polarización de actitudes contradictorias de los Poderes estatales en el plano doméstico”. *Ibidem*, p. 342.

<sup>69</sup> STS de 28 de abril de 1987 (asunto *Depósitos francos*, Sala 3ª), RJ 1987, nº 4499. Considerando 1º. Y de igual modo, la STS de 17 de abril de 1989 (asunto *ITE canario*, Sala 3ª, Sección 3ª), RJ 1989, nº 4524. Considerando 2º. A partir de esta doctrina, el TS ha podido aceptar con mayor facilidad, a diferencia de los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros como es el caso por ejemplo de Francia, el efecto directo de las Directivas (que, como sabemos, no se deriva necesariamente de la literalidad del art. 249 TCE). En el anterior capítulo ya fueron citadas un buen número de resoluciones del TS en este sentido, empezando por la STS de 21 de diciembre de 1988 (asunto *Contrabando de tabaco*, Sala 2ª) RJ 1988, nº 9680. Considerando 1º. Pérez Tremps, al hacer referencia a esta jurisprudencia del TS, la contrapone con la del Consejo de Estado francés, que en su sentencia *Cohn-Bendit* de 1978, comentada también en el capítulo anterior, negó el efecto directo de las Directivas prescindiendo expresamente de las exigencias impuestas por el TJ, “tras lo cual, lo que subyace es una lesión a los principios estructurales del ordenamiento comunitario”. Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., páginas 136 y 137.

<sup>70</sup> STS de 24 de abril de 1990 (asunto *Modelo de tasa de corresponsabilidad*, Sala 3ª, Sección 2ª), RJ 1990, núm. 2747. Considerando 4º.



Otras veces, en cambio, como sucede con una serie de sentencias de la Sala 3ª que se inician a finales de 1990 con el asunto sobre el *IVA de inmuebles*<sup>71</sup>, el TS ha preferido considerar que el conflicto entre ley y norma comunitaria (concretamente se trataba de Directivas) no podía ser solventado por los órganos jurisdiccionales ordinarios, ya que no siendo normas de rango infralegal, su colisión “sólo puede ser residenciada ante el Tribunal Constitucional, en su caso” (Considerando 4º)<sup>72</sup>. Finalmente, hay supuestos en los que el TS ha preferido equiparar en el plano de su aplicabilidad al ordenamiento comunitario con el Derecho internacional de corte tradicional, rehusando pues una consideración autónoma y sustantiva del art. 93<sup>73</sup>.

Finalmente, el TC, en la misma sentencia que venimos comentando, sí ha ido al núcleo de la cuestión para considerar que “ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 C.E. más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas (...), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales”(FJ 5º).

Es importante además señalar que el propio TC constata que la conclusión a la que llega coincide plenamente con los dictados del sistema comunitario, tal y como quedan recogidos por la jurisprudencia del TJ, quien en su sentencia *Simmenthal* considera “incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica (...) que tuviera por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de no reconocer al Juez competente para aplicar este Derecho el poder de hacer (...) todo lo necesario para descartar las disposiciones legislativas nacionales que eventualmente constituyen un obstáculo para

---

<sup>71</sup> STS de 23 de noviembre de 1990 (asunto *IVA de inmuebles I*, Sala 3ª, Sección 2ª), RJ 1991, núm. 3439.

<sup>72</sup> Coincide aquí el TS con la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad italiana, según veremos, e igualmente se trata de una jurisprudencia que recibiría respuesta por parte de las instituciones comunitarias. Si en el caso italiano será sobre todo el TJ con su sentencia *Simmenthal*, el TS recibirá la censura de la Comisión en su *Informe sobre el cumplimiento del Derecho comunitario 1991*(Comisión Europea, Bruselas, 1991).

<sup>73</sup> Así, en la STS de 17 de febrero de 1992 (asunto *Material de imprenta*, Sala 3º, Sección 4ª), RJ 1992, núm. 2491. Considerando 4º.

la plena eficacia de las normas comunitarias”, caso que se daría, según el TJ, si la solución de un conflicto entre norma comunitaria y ley nacional posterior tuviera que recaer en “autoridad distinta del juez llamado a asegurar la aplicación del Derecho comunitario”<sup>74</sup>.

De las afirmaciones del TC recién transcritas se extraen dos tipos de cuestiones. La primera es que de manera palmaria se constata que el art. 93 no otorga carácter constitucional a la normativa comunitaria, al igual que sucede, por otra parte, con el art. 94 respecto de la restante normativa internacional<sup>75</sup>.

La segunda, que es la que más nos interesa, es que no sólo la normativa comunitaria no tiene carácter de norma constitucional, sino que el conflicto entre norma comunitaria (y en general norma internacional) y norma interna posterior no conlleva ningún tipo de contradicción de tipo constitucional. Es decir, se estaría rechazando la posibilidad de considerar como vulneración del art. 96, a la vez que del art. 93, la contradicción entre norma interna posterior y norma comunitaria.

El TC pretende condensar tales planteamientos de la siguiente forma: “en suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas *infraconstitucionales* que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria” (cursivas añadidas). Sin duda se trata de una de las expresiones más desafortunadas, y por ello que mayor número de críticas ha suscitado, de cuantas se hallan en los pronunciamientos del TC sobre cuestiones relacionadas con la integración comunitaria. De hecho el propio Tribunal ha optado por ahorrársela sustituyéndola hábilmente por la expresión “conflicto de normas *no constitucionales*” (cursivas añadidas), que realiza a partir de la STC 80/1993, de 8 de marzo<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Sentencia de 9 de marzo de 1978 (*Simmenthal*, asunto 106/77, Rec. 1978). Según la traducción al castellano del *Boletín de Jurisprudencia Constitucional (BJC)*, núm. 21, 1983, páginas 130 y siguientes.

<sup>75</sup> Tal apreciación será recogida por el Abogado del Estado en sus consideraciones previas a la DTC 108/1992, de 1 de julio de 1992. Dada su claridad, merece la pena su cita: el art. 93 no pueda “ser interpretado como una norma de recepción *in toto* del Derecho comunitario, originario y derivado, que atribuya a éste formal fuerza y valor jurídico constitucionales”, de modo que no cabe situar al Tribunal Constitucional como garante de la compatibilidad entre la normativa interna y la comunitaria.

<sup>76</sup> Así lo hizo notar el Magistrado González Campos en su voto particular a la STC 45/1996, de 25 de marzo, en el que en su segundo punto advirtió que su discrepancia se extendía a la cita del pasaje de la STC 28/1991 que venimos comentando, “siendo de señalar que incluso la STC 180/1993, al citar tal pasaje (...), creyó

No se trata de entrar, porque ya se ha hecho de manera más que suficiente, en la censura de la confusión que supone el uso de la afirmación referida<sup>77</sup>. Lo que importa es constatar que a fin de cuentas el empleo de dicha expresión no deja de ser la punta que asoma a la superficie dejando por debajo el iceberg del planteamiento teórico global que hasta el momento el TC ha rehusado sacar a la luz.

Cuando el TC ha tenido que afrontar hasta ahora la resolución de un conflicto en el que el Derecho comunitario se halla implicado, y sirven bien como ejemplo las dos resoluciones que hemos comentado, la supremacía material absoluta de los distintos mandatos constitucionales se ha erigido como presupuesto irrenunciable de un órgano que entiende que su función como máximo garante de la Ley Fundamental le exige precisamente no alterar dicha premisa.

Por otra parte, hay que constatar que de nuevo nos encontramos ante un supuesto muy semejante al de la DTC 108/92: en su pronunciamiento, el TC realiza un discurso argumental dirigido a la solución del supuesto ante él planteado y una vez lograda dicha solución, las referencias a cuestiones de mayor calado teórico se quedan sin resolver.

Así por ejemplo, el TC es consciente de que el art. 93 “constituye ciertamente el fundamento último de tal vinculación (vinculación al Derecho de las Comunidades

---

oportuno matizarlo indicando que nos encontrábamos ante un «conflicto de normas no constitucionales»”. Con anterioridad a esta última sentencia, el TC había seguido insistiendo de la expresión *conflicto infraconstitucional*, como por ejemplo en la STC 64/1991, de 22 de marzo de 1991, asunto *APESCO*, concretamente en el FJ 4º.

<sup>77</sup> Mangas por ejemplo ha señalado, acercándose al calificativo “paraconstitucional” empleado por el TS en su sentencia, ya citada, *ITE canario* (Considerando 2º), que hubiese sido preferible el calificativo de “extra o metaconstitucional”, y que con el utilizado “el TC ha hecho una afirmación innecesaria, sin fundamento jurídico y contraria a los compromisos jurídicos de España”, y, subiendo el tono de la crítica, incluso apunta que “no se encuentra explicación en el plano jurídico, máxime si se tiene la convicción jurídica y democrática de que el Tribunal Constitucional, como el resto de Instituciones, se somete al Estado de Derecho, contra el que no prevalece ni la soberanía parlamentaria ni la «soberanía judicial». Afirmaciones de ese cariz traen a la memoria el viejo aforismo, *¿quis custodiet ipsos custodes?*”. Mangas Martín, A., “La Constitución y la Ley...”, ob. cit., páginas 618 y 619. Más conciliador, en cambio, Pérez Tremps opina que “con independencia de la conveniencia de la expresión usada por el Tribunal Constitucional... no puede extraerse que este órgano haya cuestionado en sus fundamentos el principio de primacía del Derecho Comunitario. Si se analiza detenidamente el contexto en el que el Tribunal Constitucional califica de “infraconstitucional” el conflicto... se comprende, por una parte, que el análisis tiene una dimensión básicamente procesal: se trata de determinar si dicho conflicto corresponde o no conocerlo a la jurisdicción constitucional”. Pero el mismo autor va más allá al considerar que “incluso desde la perspectiva material... no tiene porqué repugnar al Derecho Comunitario” puesto que el TC parte del fundamento interno y constitucional de la eficacia del Derecho comunitario como aplicación concreta del art. 93, y “desde este punto de vista, se está (...) ante un proceso jurídico constituido, sometido a la Norma Fundamental”. Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., páginas 147 y 148.

Europeas)” (FJ 4º). Pero después de tal afirmación, paradójicamente, señala que “ello no permite olvidar, sin embargo, que el precepto constitucional, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales”.

Es decir, el TC logra apuntar una cuestión de fondo esencial (que el art. 93 es *fundamento último* de la *vinculación* entre los dos ordenamientos) pero en lugar de continuar con la labor hermenéutica iniciada, se contenta con extraer del art. 93 el contenido que le permite resolver la duda de constitucionalidad planteada (el carácter del conflicto entre ley interna y norma comunitaria), erigiendo como *indole* lo que en realidad no es más que una más de las *vertientes* del art. 93 (su carácter orgánico-procedimental); habla de *fundamento último* y de *vinculación* del Estado al Derecho comunitario y sin embargo de dichas afirmaciones no se deriva ninguna consecuencia jurídica que altere la mera consideración orgánico procedimental mencionada.

Mangas, en un detallado análisis de la STC 28/1991, sostiene que “lo reseñable es que el Tribunal Constitucional confirma que el artículo 93 constituye el fundamento de la vinculación de España a las Comunidades Europeas; luego, no es un precepto irrelevante a la hora de analizar o determinar si los actos de las Instituciones nacionales (...) han respetado la distribución de competencia entre el Estado y las Comunidades europeas ejerciendo derecho de soberanía que ya no competen más al legislador español sino a las Instituciones comunitarias”<sup>78</sup>.

Llegamos de esta manera a un punto importante: ese vaciado competencial al que se refiere Mangas no sólo afecta a los órganos con capacidad normativa sino también, y de manera directa, a los órganos jurisdiccionales y entre ellos el TC. De este modo podemos hallar una respuesta al interrogante que teníamos planteado: que deba rechazarse el control de constitucionalidad de una ley contraria a la normativa comunitaria no proviene del hecho de que no exista vulneración de preceptos constitucionales (artículos 93 y 96), sino de que con la adhesión a la Comunidad, el TC debe renunciar a efectuar dichas funciones de control en favor del sistema instaurado por los Tratados tal y como son interpretados por su máximo intérprete, el TJ, quien, como recoge en su sentencia *Simmenthal*, rechaza frontalmente que sea el TC y no los órganos ordinarios encargados de la aplicación del

---

<sup>78</sup> Mangas Martín, A., “La Constitución y la Ley...”, ob. cit., p. 598.

Derecho comunitario, el llamado a asegurar el respeto de la norma comunitaria en detrimento de la norma interna.

Esa última idea, la de la reacomodación de las funciones del TC, en realidad es directa consecuencia de la naturaleza sustantiva del art. 93, aspecto que constituye la tesis central sobre la que hemos de partir y que nos llevará a tener que fundamentar con precisión tanto los presupuestos como el verdadero alcance de dicha sustantividad.

En otras palabras, como consecuencia de la adhesión, el TC debe ser capaz de situarse a sí mismo en el marco de la interrelación ordinamental que la integración comporta. Así, debe entender la específica dimensión constitucional de dicha interrelación, cosa que no ha de llevar a la equiparación entre normativa constitucional y normativa comunitaria, entre otras cosas porque la normativa comunitaria puede exigir la inaplicación judicial de normativa interna, sin necesidad de acudir al TC.

A la espera de poder dar forma a los distintos elementos que explican la naturaleza de dicha interrelación ordinamental, por ahora bastará con insistir en que la dimensión constitucional de tal interrelación comporta necesariamente un cambio de actitud del TC que, siguiendo con el plano de la selección de la normativa aplicable en la que esté involucrada normativa comunitaria, deberá partir de que los términos de fiscalización de dicha selección no tienen por qué coincidir con los que se dan cuando se trata de un conflicto entre normas estatales, caracterizado, como sabemos, por una laxitud mucho mayor. De alguna manera se trataría de entender que la medida de lo *arbitrario*, *irrazonable* o *erróneo*, para utilizar los términos empleados por el TC, varía cuando se trata de garantizar el respeto de la primacía aplicativa de una norma comunitaria, aun sin olvidar el carácter constitucional, no de revisión ordinaria, de la jurisdicción ejercida por el TC.

#### *4.3.5 El Derecho comunitario, ¿parámetro de constitucionalidad?*

Una cuestión distinta, por más que íntimamente relacionada con la anterior, es la de si el Derecho comunitario debe ser considerado como parámetro de constitucionalidad en la interpretación y en el control de la validez de las normas internas.

Como puede fácilmente deducirse, si el TC ha negado tajantemente no sólo la consideración constitucional de la norma comunitaria, sino también la *relevancia*

*constitucional*<sup>79</sup> del conflicto entre norma interna y norma comunitaria, raro sería poder esperar su consideración como parámetro de constitucionalidad, tanto por lo que se refiere a la garantía de los derechos fundamentales, como a la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas.

Ahora bien, quizás como consecuencia de la ausencia de un planteamiento general, teórico, en el que se asienten las bases que expliquen el desarrollo de su jurisprudencia en la materia, en realidad existen supuestos en los que el TC permite que el Derecho comunitario se “cuele”, por así decirlo, en el espacio constitucional. No obstante, como veremos, la mayor parte de las grietas son bien vigiladas, y se demuestra, de nuevo, el carácter sumamente restrictivo de la visión del art. 93 y del concepto de integración que el TC proyecta.

Cinco son los aspectos que van a ser objeto de comentario: a) El Derecho comunitario como parámetro interpretativo en materia de derechos fundamentales a la luz de la previsión del art. 10.2 de la Constitución; b) El Derecho comunitario como parámetro directo de la determinación del contenido de los derechos fundamentales protegidos por el TC; c) La inaplicación del Derecho comunitario como vulneración del derecho de tutela judicial efectiva; d) La negativa del juez a recurrir en vía prejudicial ante el TJ como vulneración del derecho de tutela judicial efectiva; e) El Derecho comunitario como *bloque de constitucionalidad*.

a) El Derecho comunitario como parámetro interpretativo en materia de derechos fundamentales a la luz de la previsión del art. 10.2 de la Constitución

Una de las vías de entrada que permite el TC a la consideración constitucional del Derecho comunitario es la que le ofrece el art. 10.2 de la Constitución. Es evidente, que con dicho acceso, referido a toda normativa internacional en materia de derechos fundamentales, lo que hace el TC es negarle su propia especificidad como Derecho comunitario, rechazando por tanto, en otra de sus manifestaciones, el carácter de *lex specialis* del art. 93.

---

<sup>79</sup> Díez-Picazo ha señalado, en este sentido, que pese a que la norma no tenga *rango constitucional*, el conflicto que se genera sí tiene *relevancia constitucional*. Díez-Picazo, L. M., “El Derecho Comunitario en la Jurisprudencia Constitucional Española”, *REDC*, núm. 54, 1998, p. 259 (páginas 255 a 272).

Y así es, el TC ha partido de la base de que las normas comunitarias “únicamente podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el art. 10.2 C.E.”, ya que “el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia” (STC 64/1991, de 22 de marzo, asunto *APESCO*)<sup>80</sup>.

De nuevo se pone de manifiesto el rechazo del TC a extraer del art. 93 más consecuencias que las que provengan de su *índole orgánico-procedimental*. Buena prueba de ello es que en materia de derechos fundamentales, el parámetro de control sigue siendo el otorgado por las disposiciones constitucionales, reservando a la normativa comunitaria un mero valor interpretativo, que es además no el que le otorga el art. 93 sino que viene exigido por el art. 10.2, aplicable a la normativa internacional genéricamente considerada. Se entiende pues que el fundamento de la eficacia de las normas comunitarias en aquello que afecten a los derechos fundamentales es el art. 10.2, por juzgar que es el precepto constitucional que de manera específica se refiere a los efectos de la normativa internacional relativa los derechos fundamentales sobre el sistema constitucional de protección de los mismos.

Semejantes son los términos contenidos en la STC 145/1991, de 1 de julio (asunto *Limpiadoras del Hospital Gregorio Marañón*). En el marco de un recurso de amparo por presunta vulneración del principio de igualdad del art. 14, concretamente por distinta

---

<sup>80</sup> Con ello reitera lo que ya expresara en la STC 28/1991, FJ 5º. El asunto que se plantea parte de un conflicto sobre concesión de autorizaciones pesqueras para faenar en la zona del atlántico nordeste. El problema de origen es la vigencia de un orden ministerial de 12 de junio de 1981 cuyo objetivo era el de reducir la flota pesquera en el contexto de la crisis del sector. Con este fin se establecía que los armadores que dieran de baja uno de sus buques podría conservar un “derecho de pesca” por cada uno de ellos. Paralelamente el Anexo IX del Acta de Adhesión de España a lo Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas establecía una lista de 300 buques que podrían faenar en aguas comunitarias aunque sólo 150 simultáneamente. La combinación de ambas previsiones generó una situación denunciada por la Asociación Profesional de Empresarios de Pesca Comunitarios (APESCO) como discriminatoria al existir buques con más de un derecho de pesca con el que acceder a la lista de autorizaciones. Dicha asociación acabaría impugnando ante el TJ el acto de la Comisión por el cual se aprobaba el listado de buques propuesto por la Administración española (Secretaría General de Pesca). El TJ, en su sentencia de 26 de abril de 1988 (*APESCO*, asunto 207/86, Rec. 1988, p. 2151) acabaría desestimando el recurso por considerar que la Comisión no es competente para “examinar si, en cada caso concreto, se ha respetado el principio de igualdad. Tal control es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, a los que está abierto el procedimiento del art. 177 del Tratado”. No obstante, el TJ no evita el recordar la necesidad de que, en la elaboración de los proyectos de listas periódicas, las autoridades nacionales respeten “el principio de igualdad enunciado en el apartado del artículo 40 del Tratado”. Paralelamente la misma asociación inició un procedimiento en vía ordinaria que finalmente le habría de llevar al TC, invocando vulneración de los artículos 14 y 24 de la Constitución.

remuneración en supuestos de igual trabajo (de mujeres con condición laboral de “limpiadoras” frente a hombres con condición laboral de “peones”), el TC insiste (FJ 4º) en la necesidad de interpretar el art. 14 “a la luz de los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, entre los cuales se cita el concepto de igual de remuneración respecto a igual trabajo del art. 119 del TCEE tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJ, en la línea además de la Directiva 75/177, cuyo artículo 1 se refiere al principio de igualdad y de remuneración exigiendo “para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuya un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo”.

De esta manera, y pese a que claramente la Directiva comunitaria está dando respuesta al supuesto de hecho planteado en el caso, el TC, que efectivamente llega a una conclusión en tales términos y por tanto otorga el amparo, prefiere enmarcar el valor de las disposiciones comunitarias (tanto del Tratado como de la Directiva) en la previsión del art. 10.2 de la Constitución, para acabar resolviendo el caso exclusivamente por aplicación directa del art. 14<sup>81</sup>.

Con ello, el TC vuelve a trazar la línea que ya dibujara en su STC 28/1991, en la que, si recordamos, partía de la idea de que, como cualquier otro Tratado, tratándose de la vulneración de un derecho fundamental por parte de una medida interna que se reputa contraria al Derecho comunitario, el Tratado comunitario (y menos aún el Derecho derivado) no se convierte *per se* “en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguirá estando integrada por el precepto constitucional definidor del

---

<sup>81</sup> Es importante señalar que el TC, pese a no ceder en la consideración del parámetro de constitucionalidad como algo referido esencialmente al propio texto constitucional, ha acudido al Derecho comunitario a la hora de interpretar el principio de igualdad del art. 14, esto es, como mecanismo para integrar su contenido. En algunas ocasiones se ha hecho de manera explícita, como por ejemplo en la STC 132/1989, de 18 de julio, en cuyo FJ 12º se cita una resolución del TJ como apoyo a la separación entre nacionales de Estados miembros y de Estados terceros, y en otras de manera más soterrada, como es el caso de la STC 145/1991. Un estudio detallado sobre la protección de la igualdad por razón de sexo en sede comunitaria se halla en Ordóñez Solís, D., *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, en cuyas páginas finales se contiene una completa bibliografía al respecto. No hay que olvidar, en todo caso, que el recurso a la jurisprudencia comunitaria para la integración del contenido de dicha igualdad se debe entre otros factores a la existencia de una producción normativa específica en la materia a nivel comunitario de directa aplicación en nuestro país, motivada, ya sabemos, por el lugar central que tiene el respeto de la igualdad en el terreno de la defensa de la competencia como elemento esencial de la construcción del mercado único



derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional”<sup>82</sup>.

b) El Derecho comunitario como parámetro directo de la determinación del contenido de los derechos fundamentales protegidos por el TC

Como hemos visto hasta ahora, el punto de partida del TC se ha venido situando en que la construcción del parámetro de enjuiciamiento a utilizar no puede utilizar los materiales del Derecho comunitario (a no ser por la vía indirecta del art. 10.2). De tal posicionamiento, se ha derivado, entre otras cuestiones, su autoexclusión de los órganos de aplicación del Derecho comunitario y, en consecuencia, el rechazo de la posibilidad de acudir al TJ en vía prejudicial, aspecto de enorme relevancia al que más adelante tendremos ocasión de referirnos.

Pues bien, en realidad no siempre el TC se ha mostrado tan estricto, y al lado de afirmaciones en las que ha llegado a concluir expresamente que la aplicación del Derecho comunitario “no es el caso de los procesos ante este Tribunal” (STC 372/1993, de 13 de diciembre, FJ 7º), se encuentran supuestos en los que el TC aplica directamente el Derecho comunitario para la resolución del conflicto ante él planteado.

Así por ejemplo, en la STC 130/1995, de 11 de septiembre, el Alto Tribunal aplica directamente una norma comunitaria (concretamente el Reglamento 2211/1978 por el que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y Marruecos) como base de la decisión que le lleva a reconocer el derecho de un trabajador marroquí a recibir una prestación por desempleo<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Un comentario específico sobre estas cuestiones se encuentra en Fernández Tomás, J. R., “El control del Derecho interno que infrinja el Derecho Comunitario europeo y el alcance del art. 10.2 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDA*, núm. 72, 1991, páginas 573 a 589. Sáiz Arnáiz, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999, páginas 172 y siguientes.

<sup>83</sup> Concretamente, es en su fundamento jurídico cuarto donde se señala que “al margen del Derecho convencional internacional que se acaba de indicar, ha de tenerse en cuenta que España es Estado miembro de las Comunidades Europeas desde el 1 de enero de 1986, de conformidad con las previsiones del art. 93 C.E. y, por tanto, sujeto a las normas del ordenamiento comunitario que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas, como así se ha declarado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencias de 5 de febrero de 1963, en el asunto Van Gend and Loos y de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra E.N.E.L.) y ha sido reconocido por este Tribunal (SSTC 28/1991 y 64/1991, entre otras). En consecuencia, como acertadamente ha alegado el Ministerio fiscal, en el presente caso no cabe

En este proceso, el TC no tuvo más remedio que acudir a una norma comunitaria para poder valorar si existía un caso de vulneración del principio de igualdad en detrimento de los intereses del ciudadano marroquí, puesto que precisamente su derecho a la igualdad de trato por lo que a las prestaciones por desempleo se refiere venía recogido en tal Reglamento. Se constata así, que incluso en los términos en que el TC entiende los efectos de la integración comunitaria (al menos respecto de su función como máximo garante del texto constitucional), no es de recibo el rechazo a toda posibilidad de que una norma comunitaria pueda formar parte del canon de constitucionalidad, de modo que no puede quedar *ab initio* rehusada la necesidad de acudir al TJ en vía prejudicial con tal de conocer su juicio sobre la validez o interpretación de una norma comunitaria aplicable al caso.

Al lado de este supuesto, que por tratarse de un derecho de contenido relacional no resulta suficiente para que el TC acabe reconociendo la dimensión constitucional del Derecho comunitario, también la tutela judicial efectiva sufre una importante variación como efecto de la incorporación del Derecho comunitario, tanto por lo que respecta a la afectación de su contenido en determinados casos de inaplicación de la norma comunitaria, como en el supuesto de la negativa por parte del juez interno a plantear el recurso prejudicial del art. 234 TCE<sup>84</sup>.

No se puede negar que “son cada vez más los casos en los que el contenido mismo del derecho constitucionalmente garantizado viene determinado total o parcialmente por el Derecho Comunitario”. Incluso en derechos no meramente relacionales o de estricto contenido legal “puede apreciarse también esa integración del contenido constitucional a partir del Derecho Comunitario (...): ¿cómo puede entenderse en la actualidad los derechos que asisten ex art. 20 de la Constitución a quienes lanzan plataformas de televisión digital

---

desconocer que por el Reglamento 2.211/1978 del Consejo de la CEE se ha aprobado el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos, firmado en Rabat el 27 de abril de 1976, cuyo art. 41.1 constituye una disposición que ha de considerarse de aplicación directa en la Comunidad e implica «una obligación precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto posterior» por parte de los Estados miembros como ha declarado el mencionado Tribunal en su Sentencia de 31 de enero de 1991 (Asunto Kziber)”. Un comentario a esta sentencia se encuentra en Juanes Peces, A., “El Tribunal Constitucional y el Derecho Comunitario”, *Comunidad Europea Aranzadi*, números 8 y 9, 1996, páginas 33 a 37.

<sup>84</sup> Aunque no sólo a partir de dicha vinculación. Existe normativa comunitaria que ha incorporado facetas del derecho de la tutela judicial efectiva, particularmente respecto del acceso a la justicia y la carga de la prueba. En el próximo capítulo tendremos ocasión de referir algunos ejemplos, junto con otros que demuestran cómo,

sin acudir al Derecho Comunitario? Otro ejemplo lo ofrece la STC 224/1999 (Acoso sexual), en lo que la determinación de qué debe entenderse como «acoso sexual» dado el punto de vista constitucional se hace, en buen medida, a partir de normas y recomendaciones comunitarias”<sup>85</sup>.

Resulta evidente que la intención del TC es asegurar la interpretación más favorable de los derechos fundamentales, razón por la cual no acepta que el art. 93 comporte una vinculación más fuerte cuando la fuente es comunitaria. Ahora bien, el concepto de integración que dicha cláusula incorpora exige una apertura no simplemente a disposiciones de origen externo, sino que, como tratará de demostrarse, es una apertura a la interrelación ordinamental, en la que se incluye el ámbito de los derechos fundamentales, por mucho que su especial significación exija especiales cautelas.

Por otra parte, además, se trata de un supuesto en el que resultaría preferible reconocer los verdaderos términos en que se desarrolla la dinámica de la interrelación, pues sólo a partir de ahí pueden detectarse las vías para hacer frente a una desprotección intolerable de los derechos. Esta preocupación va a permanecer presente a lo largo del análisis venidero.

#### c) La inaplicación del Derecho comunitario como vulneración del derecho de tutela judicial efectiva

Ciertamente, la selección de la normativa aplicable al caso es potestad que corresponde a los órganos del Poder Judicial, sin que, en principio, el TC deba intervenir. Ahora bien, como sabemos, el límite de dicha potestad se sitúa en la preservación del contenido de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 de la Constitución. A partir de ahí, la duda que se plantea es la siguiente: ¿los motivos que lleven al juez a dejar de aplicar el Derecho comunitario, deben contar con un control constitucional más estricto, o debe seguirse el régimen general? En otras palabras: ¿varía el contenido del derecho de

---

cada vez de manera más acusada. Los derechos fundamentales se ven directamente afectados en su configuración por el Derecho comunitario.

<sup>85</sup> Pérez Tremps, P., “Derecho constitucional y Derecho comunitario”, Trujillo, G., López Guerra, L., González-Trevijano, P. (eds.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 626 (páginas 607 a 629).

tutela judicial efectiva cuando de la aplicación del Derecho comunitario se trata? Nos situamos pues en una nueva dimensión de la especialidad que se otorgue al art. 93.

Para examinar la posición del TC al respecto, debemos partir del análisis de la STC 180/1993, de 31 de mayo de 1993 (asunto *FOGASA*). Tal y como se relata en los Antecedentes, que por su interés serán objeto de resumen, los demandantes no fueron incluidos en el cobro de salarios e indemnizaciones ante la insolvencia de su empresa a pagar por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) por considerar que sus cargos en dicha empresa los situaban en el Régimen Especial de Personal de Alta Dirección, lo que les mantenía fuera de la posibilidad de ser indemnizados por el FOGASA (RD 505/1985 y 1382/1985, de 6 de marzo y 1 de agosto respectivamente). La representación de los recurrentes considera que la última de las sentencias (la dictada por el TSJ de Madrid) vulnera el art. 24 de la Constitución por no aplicar, sin justificar mínimamente su decisión, la Directiva 80/987/CEE de 20 de octubre de 1980 (tal y como quedó modificada por la Directiva 87/164) relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y que no excluye a los trabajadores de alta dirección. Igualmente se considera que la inaplicación de la norma resulta infundada, inmotivada o irrazonada, añadiendo que si el TSJ de Madrid tenía alguna duda en cuanto a la aplicabilidad de la Directiva “tenía que haber planteado la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (...)” (Ant. 3º).

El Ministerio Fiscal constata “que la cuestión esencial que es necesario dilucidar es si la Sentencia impugnada responde a las exigencias de motivación constitucionalmente exigidas” (A. 8º c)). Y opina que en el supuesto planteado la sentencia deja de analizar la cuestión de la aplicabilidad del DC y puesto que “constituía un *prius* que debería haber sido abordado antes de entrar en el análisis de las normas aplicables del Derecho nacional... se ha producido la falta de tutela que denuncian los recurrentes al haberse inaplicado el Derecho supranacional sin explicitarse fundamento alguno para ello”.

El Abogado del Estado, por su parte, considera que pese a que al TC no le corresponda garantizar la primacía del Derecho comunitario ni el efecto directo de las Directivas ni tampoco el respeto al art. 177 del TCEE (actual art. 234 TCE), sí debe en cambio dilucidar si la inaplicación de una norma europea con efecto directo vulnera el art. 24 C.E., teniendo en cuenta que “el problema de la denegación de la aplicación de una

norma europea no representa sino una manifestación particular del problema más general de la vinculación judicial a la ley y al Derecho todo” (Ant. 9º). Por ello, siguiendo la doctrina general del TC, señala que su función consiste en conciliar la sumisión del Juez al Derecho con el respeto a la función judicial de interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 117 de la Constitución), de modo que “sólo si se efectúa de manera arbitraria, irrazonable o es fruto de un error patente, debe el Tribunal Constitucional controlar la selección de la norma aplicable efectuada”.

Entrando ya en los fundamentos jurídicos de la sentencia, lo primero que aborda el TC es la resolución de la cuestión relativa a la posibilidad de considerar el rechazo a la interposición del recurso prejudicial ante el TJ por parte del órgano encargado de aplicar el Derecho comunitario como vulneración del art. 24.1 de la Constitución<sup>86</sup>. Tras ello, y abordando el núcleo del asunto planteado, pasa a recordar la doctrina en virtud de la cual la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 de la Constitución (STC 178/1988), para después señalar que dicha doctrina “no queda modificada por el hecho de que (...) la selección normativa efectuada por el órgano jurisdiccional excluya la aplicación de una norma de Derecho comunitario estimando aplicable, en cambio, la normativa nacional ya que, como quedó dicho en la STC 64/1991, no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario”.

Reafirmando lo anterior, el Tribunal hace alusión a la STC 49/1988, de 22 de marzo, en la que, refiriéndose a los tratados internacionales en general, ya estableció que “la contradicción con disposiciones normativas nacionales no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas, y que, por tanto, deba ser resuelta por el TC, sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto debe ser resuelto por los

---

<sup>86</sup> Siguiendo la doctrina sentada en la sentencia, anteriormente comentada, de 25 de marzo de 1993 (STC 111/1993), el TC descarta que la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial sea susceptible de generar, *per se*, una vulneración del art. 24.1 C.E., porque de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas interpretando el mencionado precepto (Sentencias del TJCE de 16 de enero de 1974, asunto 166/1973; de 12 de febrero de 1974, asunto 146/1973; y de 6 de octubre de 1982, asunto 283/1981) para que dicha obligación pueda reputarse existente es preciso que el órgano judicial en cuestión abrigue una *duda razonable* acerca de la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario, y que la solución de dicha duda sea necesaria para poder emitir su fallo...” -FJ 2º- (cursivas añadidas).

órganos judiciales en los litigios de que conozcan”. Para después concluir diciendo que “este Tribunal ha indicado también que la eventual infracción de la legislación comunitaria por leyes estatales o autonómicas posteriores –y también por las anteriores- no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas *no constitucionales* que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991)” –FJ 3º- (cursivas añadidas<sup>87</sup>).

Una vez reiterada su doctrina relativa al carácter no constitucional de la tarea de la selección e interpretación normativas por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios, el TC reconoce que en el caso planteado “el agravio no versa sobre sólo sobre la selección de la norma aplicable efectuada por el juzgador de suplicación, sino, esencialmente, sobre el carácter, por un lado, *arbitrario o inmotivado* y por otro *notoriamente erróneo* de dicha selección normativa” (FJ 4º). El TC recuerda que en efecto la selección de la norma aplicable no siempre carece de relevancia constitucional, estando el citado Tribunal llamado a ejercitar un cierto control cuando se ha tratado de una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 23/1987) o ha sido fruto de un error patente. Pero en el caso “independientemente de la parquedad o concentración del razonamiento empleado, éste es suficiente, porque permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (STC 25/1990)”. Del mismo modo, se insiste en que, sea como sea, “el juzgador aplicó por lo tanto normas vigentes alegadas por una parte procesal y directamente relacionadas con la cuestión debatida en el proceso (...)” (FJ 5º al final).

No está de más hacer mención de las dificultades que existen, en general, a la hora de saber cuando una Directiva es directamente aplicable y cuando no. Y tampoco resulta ocioso constatar que en el caso concreto de la sentencia la complejidad era elevada. Así lo demuestra el hecho de que el TJ, en una sentencia de 19 de noviembre de 1991, había negado efecto directo a la Directiva 87/164 en razón no a la imposibilidad de determinar la cantidad mínima en concepto de indemnización que el Estado debe sufragar, sino porque la Directiva concede de manera clara un amplio margen a los Estados a la hora de configurar los mecanismos para hacer frente a dichos pagos (siendo posible hacerlo mediante

---

<sup>87</sup> Y con ella se trata de poner de manifiesto la sutileza con la que el TC modifica lo que en realidad decía la STC 28/1991, que era la ya referida expresión *infraconstitucionales*.

organismos a cargo de fondos públicos o a partir de un fondo creado por contribuciones empresariales). La duda entonces aparece cuando, como en el caso planteado, existe un organismo previsto por el ordenamiento nacional pero del que se excluyen sujetos que según la Directiva deben estar incluidos en el pago de indemnizaciones. Si la única posibilidad que el ordenamiento ofrece es la del organismo excluyente, o bien el juez logra, invocando el efecto directo de la Directiva, una interpretación conforme que supere esa exclusión, o bien estaremos ante un supuesto de incumplimiento de la obligación de trasposición de la Directiva, generándose así, tal y como lo establece el TJ precisamente en el marco de un litigio sobre la aplicabilidad de la misma Directiva (el célebre asunto *Francovich*), un caso de responsabilidad extracontractual del Estado<sup>88</sup>.

Precisamente estas dudas serían resueltas para el caso español por el propio TJ por medio de su sentencia de 16 de diciembre de 1993 (asunto *Wagner Miret*)<sup>89</sup>, en la que, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Cataluña, negó efectos directos a la Directiva que comentamos en nuestro ordenamiento por considerar que “del auto de remisión parece deducirse que las disposiciones nacionales no pueden ser interpretadas en un sentido conforme con la Directiva sobre la insolvencia de los empresarios y que, por consiguiente, no permiten asegurar al personal de alta dirección el goce de las garantías que la misma establece”. Por ello, señala, “de la doctrina sentada en la sentencia *Francovich* se desprende que el Estado, en este caso España, está obligado a reparar los perjuicios

---

<sup>88</sup> Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (*Francovich*, asuntos acumulados C-6 y 9/90, Rec. 1991). En esta sentencia el TJ estableció su doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de los Estados por incumplimiento de la obligación de trasposición de Directivas. Concretamente, el asunto planteaba el incumplimiento de las autoridades italianas de trasposición de la Directiva en cuestión generaba perjuicios ciertos en los ciudadanos, que por esta razón tienen derecho a ser resarcidos por el Estado. El TJ establece que los derechos subjetivos reconocidos en las Directivas no sólo generarán efectos directos cuando se trate de derechos perfectos (incondicionales y precisos) y en relaciones de los particulares con el Estado (efecto vertical), sino que incluso siendo imperfectos, siempre y cuando sean identificables a partir de las propias disposiciones que los contienen, o alegándose en relaciones entre particulares, pueden generar también efectos directos, más allá de la doctrina del efecto indirecto. Y tales efectos directos, que no podrán ser nunca la propia aplicación del derecho en sí mismo, pueden manifestarse básicamente de dos maneras: permitiendo, aunque la normativa interna lo prohibiera, la adopción de medidas cautelares que faciliten el futuro goce del derecho; imponiendo al Estado una indemnización por daños y perjuicios como sustitución del pleno goce del derecho subjetivo. Un comentario sobre esta sentencia y en general sobre la jurisprudencia del TJ en materia de responsabilidad estatal por incumplimiento de obligaciones comunitarias se halla en Alonso García, R., *La responsabilidad estatal de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Fundación Universidad Empresa, Civitas, Madrid, 1997.

<sup>89</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 1993 (*Wagner Miret*, asunto C-334/92, Rec. 1993, p. I-6911).

sufridos por el personal de alta dirección debido al incumplimiento de la directiva en lo que a dicho personal se refiere”<sup>90</sup>.

Ahora bien, pese a que no se pueda negar la dificultad que entraña la tarea de interpretación y aplicación de Directivas como la que está en el centro del litigio, lo cierto es que en el caso que tratamos los tribunales de instancia desatienden por completo la necesidad de motivar las razones que les han llevado tanto a su inaplicación como al no planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJ (cuestión que finalmente sería interpuesta por el TSJ de Cataluña, lográndose así una aclaración definitiva sobre los efectos de la Directiva en nuestro ordenamiento). Y es en este punto donde el TC considera sencillamente que pese a la parquedad de los razonamientos, éstos son suficientes porque permiten “conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada...”.

Salta a la vista el esfuerzo del TC por desentenderse del conflicto planteado pese a la evidencia del error en la selección normativa que del caso se extrae, sobre todo teniendo en cuenta que, como señalan los magistrados Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Gimeno Sendra en su voto particular a esta sentencia, la “falta de respuesta (...) sobre el tema central objeto del debate alcanza relevancia constitucional y supone un defecto de tutela judicial (...)”, puesto que “una cosa es que se pueda sostener su no aplicabilidad directa”, que como hemos visto, hasta la sentencia del TJ en el asunto *Wagner Miret* se trata de una cuestión cuando menos confusa, “y otra bien distinta es que el órgano judicial (...) prescinda por completo de la existencia de esa Directiva”<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Y esas consideraciones las basa el TJ en el margen de decisión que la norma comunitaria deja a los Estados lo que se traduce en que “la Directiva sobre insolvencia de los empresarios no obliga a los Estados miembros a crear una misma institución de garantía para todas las categorías de trabajadores y, en consecuencia, a hacer que el personal de alta dirección dependa de la institución de garantía creada para las demás categorías de trabajadores asalariados (...). Del margen de apreciación que... se reconoce a los Estados miembros, hay que deducir que el personal de alta dirección no puede acogerse a la Directiva para solicitar el pago de créditos salariales a la institución de garantía creada para las demás categorías de trabajadores”. Hay que añadir que, tras esta sentencia, el Parlamento español aprobaría una norma, la Ley 11/1994, de 19 de mayo de 1994, mediante la cual se eliminaría la exclusión del personal de alta dirección en relación con el régimen de cobertura del FOGASA.

<sup>91</sup> En cualquier caso, el TC insiste en no entrometerse señalando que tampoco se puede acudir a la doctrina del error patente ya que “el art. 24.1 de la Constitución no garantiza el acierto técnico de la resolución judicial... y dado que el recurso de amparo no es cauce para corregir los errores en que los órganos judiciales hayan podido incurrir en la aplicación e interpretación de las normas (STC 12/1991), no cabe combatir en sede



En efecto, como bien sabemos, las normas comunitarias no agotan su efectividad en el despliegue de efectos directos, sino que imponen a las autoridades nacionales, tanto administrativas como jurisdiccionales, la obligación de la interpretación conforme de su propia normativa con aquellas disposiciones comunitarias que por resultar imperfectas no pueden generar *per se* una situación jurídica subjetiva. De este modo, al órgano juzgador *a quo*, como órgano del Estado comprometido en cuanto tal a adoptar “todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de lo actos de las instituciones de la Comunidad” (art. 10 TCE), se le ha de exigir el intento de una interpretación extensiva de las previsiones del ordenamiento interno para lograr con ello conseguir las finalidades perseguidas por la norma comunitaria<sup>92</sup>, y, no siendo posible dicha interpretación, y a la espera que el legislador español modifique la normativa que impide la satisfacción del derecho en cuestión, deberá remitir al demandante al órgano competente para que pueda recibir la indemnización pertinente con base en la responsabilidad extracontractual del Estado tal y como se deriva de la doctrina del TJ sentada en el asunto *Francovich*<sup>93</sup>.

La extensa referencia a la sentencia que resuelve el asunto *FOGASA* se justifica por tratarse de un supuesto que recoge una problemática que traslada al terreno de lo concreto la esencia del pensamiento de nuestro TC en torno a la dimensión del fenómeno de la integración comunitaria.

---

constitucional el desacierto de la resolución impugnada articulando, a través de la doctrina del error patente, lo que no es sino una discrepancia con la solución jurídica a la que ha llegado el órgano judicial” (FJ 6º).

<sup>92</sup> Esa es la solución que según el magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña Marçal Martínez se debería haber adoptado en el asunto *Wagner Miret*, tal y como expresa en su voto particular a la sentencia.

<sup>93</sup> La duda se centra entonces en el tipo de resolución que debe adoptar el juez. O bien una sentencia desestimatoria que abriría el plazo de un año previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ver el régimen regulado en los artículos 139 y siguientes) o sino considerarse incompetente por falta de jurisdicción. Ésta última es, según Palacio González, la más ajustada a Derecho, mientras que, como el mismo autor nos recuerda, la primera fue la solución adoptada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en el asunto *Wagner Miret* una vez recibida la respuesta del TJ a su cuestión prejudicial, aunque apuntando que “la posible responsabilidad del Estado... es materia ajena al proceso que nos ocupa, si bien ha de entenderse sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder al sujeto perjudicado frente al Estado”. Palacio González, J., “Jurisprudencia constitucional en sede comunitaria y protección de los particulares”, *RVAP*, núm. 42, 1995, p. 103 (páginas 75 a 107).

Un caso semejante es el que se plantea en la STC 45/1996, de 25 de marzo<sup>94</sup>. En un asunto relativo al cobro de una pensión por incapacidad, el demandante presentó documentos relativos a su incapacidad emitidos por un órgano administrativo alemán y, por tanto, en lengua alemana. Se argumenta que dichos documentos fueron ignorados por la sentencia por no estar traducidos, pese a la vigencia del Reglamento CEE 1.408 del Consejo de 14 de junio de 1971, que en su art. 84.4 dispone en el ámbito de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, que “los órganos jurisdiccionales de un Estado no podrán rechazar las peticiones ni otros documentos que sean dirigidos, por el hecho de que estén redactados en el idioma oficial de otro Estado miembro”.

La posible vulneración del derecho a utilizar las pruebas aptas para su defensa en los términos dispuestos por las leyes (art. 24.1 C.E.), se habría ocasionado por la negativa de los órganos de la jurisdicción ordinaria a ordenar a traducir y posteriormente valorar los documentos en cuestión, negativa justificada por el tribunal que actuó en última instancia en base a lo dispuesto por nuestras leyes procesales internas (artículos 601 LEC y 94 LPL), así como la doctrina jurisprudencial, conforme a las cuales debe interpretarse el citado precepto del Reglamento comunitario, y como consecuencia de ello se impondría la obligatoriedad de “acompañar traducidos documentos tales como los que aquí se trata”, a lo que hay que agregar la inactividad del recurrente en cuanto que no pidió de modo expreso al órgano judicial que ordenase la traducción en ninguno de los momentos procesales oportunos.

Como señala el TC “la cuestión que da origen a la alegación de vulneración del derecho a la prueba se concreta, pues, en la interpretación hecha por el Tribunal de las prescripciones de dos normas aplicables: el art. 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige que los documentos redactados en idioma extranjero se acompañen de su traducción (incluso hecha privadamente) y los arts. 81b) y 84.4 del Reglamento 1.408/1971 de la CEE”. Según el TC “no puede privarse a los Tribunales nacionales de la facultad de interpretar tanto las normas internas como las comunitarias, pues (...) les corresponde su

---

<sup>94</sup> Un comentario específico sobre esta sentencia se halla en Ruiz Robledo, A., “Sobre la tutela judicial efectiva en un supuesto conflicto entre el Derecho europeo y el español (comentario a la STC 45/1996, de 25 de marzo)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1997, páginas 351 y siguientes. También aparece comentada en López Castillo, A., López Castillo, A., “La jurisprudencia iuscomunitaria del TC a doce años de la integración española en las Comunidades Europeas”, *Revista de Estudios Políticos (REP)*, núm. 99, 1998, páginas 204 a 206 (páginas 189 a 215).

selección e interpretación (...)”, y lo que hace el tribunal de instancia es una “interpretación integradora de los preceptos del Reglamento CEE con los de la Ley procesal española” entendiendo que del Reglamento se desprende la procedencia de que el tribunal acuerde la traducción pero no que deba hacerse siempre de oficio y sin petición de parte como en el caso ocurrió (FJ 5º). Y se trata de una interpretación que, al margen de su mayor o menor acierto, “no puede reputarse irrazonable ni arbitraria y, por tanto, no es revisable por nosotros según lo dicho en la propia STC 180/1993” (FJ 6º).

El conflicto que debe resolver el TC es pues de semejantes características al dilucidado por la STC 180/1993. En el caso de la STC 180/1993 se trataba de la mera inaplicación de la norma comunitaria y en éste es una aplicación bastante cercana a la inaplicación, aunque el TC sostenga que el tribunal de instancia “no hizo otra cosa... que interpretar esta norma junto a la del art. 601 L.E.C.” (FJ 6º).

Y en ambos supuestos el TC plantea el conflicto de manera parecida: en la STC 180/1993 hace referencia a que el juzgador aplicó “*normas vigentes* alegadas por una parte procesal y directamente relacionadas con la cuestión debatida en el proceso (...)”, mientras que en la 45/1996 se habla de “la interpretación hecha por el Tribunal de las prescripciones de *dos normas aplicables* (...)” (cursivas añadidas en ambos casos).

Es decir, que aun tratándose de supuestos donde no cabe interpretación conforme de la norma interna respecto de la comunitaria, la primacía del Derecho comunitario no sólo no queda protegida por el TC, que ha rechazado el tener que cumplir esa función por pertenecer la misma a la jurisdicción ordinaria, sino que además resulta ignorada.

En este sentido, el magistrado González Campos, que emite voto particular a la STC 45/1996, considera que “si en coherencia con el principio de primacía del Derecho comunitario y la directa integración del ordenamiento comunitario en el orden jurídico de los Estados miembros los órganos jurisdiccionales de éstos asumen la condición de juez ordinario del primero y, de este modo, han de asegurar la protección jurídica de los derechos que establece el Derecho comunitario, el presente caso nos muestra claramente la relevancia de una exigencia que se deriva de las obligaciones asumidas por España como Estado miembro de la Comunidad Europea (...): la de interpretar el Derecho comunitario de conformidad con el contenido de las normas comunitarias”<sup>95</sup>.

---

Pero es más, de las palabras del magistrado se podría llegar a deducir no solamente que de la vinculación al Derecho comunitario se derive la necesidad de la interpretación conforme a que hace referencia (entre otras cosas como manifestación, habrá que añadir, del principio de cooperación, antes ya traído a colación, establecido por el art. 10 TCE), sino además que el TC, como órgano del Estado que es, debe también acatar dichas exigencias, lo que dentro de los mecanismos con los que cuenta el Alto Tribunal se traduciría en la necesidad de considerar como vulneraciones del art. 24.1 de la Constitución los supuestos en los que injustificadamente se haya preterido la aplicación de una norma comunitaria en favor de una norma estatal.

Vuelve a primer plano la importancia de la reformulación de las funciones del TC, órgano del Estado también afectado por la apertura ordinal que la integración supone.

Hay que tener en cuenta que, según el propio TC, forma parte del contenido del art. 24 “la necesidad de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido”<sup>96</sup>. Como sabemos, el TC exige además que la alteración de lo exigido por el sistema de fuentes pueda ser tachada de irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea<sup>97</sup> y es precisamente en ese punto donde quizás deba realizarse un paso adelante en dos direcciones: la primera en el sentido de entender que los términos de esa justificación no coinciden con los que se dan cuando se trata de un conflicto entre normas estatales, caracterizado, como sabemos, por una laxitud mucho mayor. De alguna manera se trataría de entender que la medida de lo *arbitrario*, *irrazonable* o *erróneo*, para utilizar los términos empleados por el TC, varía cuando se trata de garantizar el respeto de la primacía aplicativa de una norma comunitaria, aun sin olvidar el carácter constitucional, no de revisión ordinaria, de la jurisdicción ejercida por el TC.

---

<sup>95</sup> Y el mismo magistrado recuerda que se trata de una exigencia formulada por el TJ su Sentencia de 10 de abril de 1984 (*Von Kolson y Kamann*, asunto 14/83, Rec. 1891) y que ha sido reiterada en las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de 1990 (*Marleasing*, asunto 106/89, Rec. 4135) y de 16 de noviembre de 1993 (*Wagner Miret*), ya citada.

<sup>96</sup> STC 23/1988, de 22 de febrero de 1988 (asunto *Embargo de pensiones*) FJ 1º.

<sup>97</sup> Ya hemos señalado que esos son los términos según una reiterada doctrina del TC, de la que se podría citar su sentencia 233/91, de 10 de diciembre, que en su FJ 4º establece que “el control por este Tribunal de la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales sólo podrá producirse si se ha tratado de una selección arbitraria, manifiestamente irrazonable (...) o ha sido fruto de un error patente”.

La segunda dirección, o el segundo paso, sería una prolongación del anterior ya que partiendo de esos distintos parámetros de enjuiciamiento se derivaría forzosamente una dimensión reforzada del art. 24 dirigida a servir de cauce para exigir la aplicación del Derecho comunitario y, en su caso, del planteamiento del recurso prejudicial ante el TJ.

De todas formas, tales pasos sólo podrán darse una vez asentados los fundamentos de una lectura distinta de las implicaciones del art. 93 y nos hallamos aún lejos de poder hacerlo.

d) La negativa del juez a recurrir en vía prejudicial ante el TJ como vulneración del derecho de tutela judicial efectiva

Como fue recogido, una de las alegaciones de la representación de la parte recurrente en el asunto *FOGASA*, iba en la línea de considerar que, al margen del carácter infundado de la inaplicación de la norma comunitaria, si el TSJ de Madrid tenía alguna duda en cuanto a la aplicabilidad de la Directiva “tenía que haber planteado la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (...)”.

Sobre esta cuestión, y concretamente sobre la vinculación entre el contenido del art. 24 y la omisión del deber de planteamiento de la cuestión prejudicial por los órganos judiciales de instancia<sup>98</sup>, el TC se pronuncia en su STC 111/1993, de 25 de marzo de 1993 (asunto *intermediario inmobiliario I*)<sup>99</sup>. Con ello, estamos otra vez ante un

---

<sup>98</sup> Un estudio general sobre la exigibilidad constitucional del planteamiento del recurso prejudicial ante el TJ, aparece en Alonso García, R. y Baño León, J. M., “El recurso de amparo frente a la negativa de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *REDC*, núm. 29, 1990, páginas 193 a 222; también en Figueruelo Burrieza, A., “Cuestión prejudicial (art. 177 TCEE) y recurso de amparo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 18 (monográfico: XIII Congreso de la Asociación Española de Teoría del Estado y Derecho Constitucional), 1994, páginas 299 a 313; asimismo, ver Carrera Hernández, J., “La indefensión de los particulares en España ante el incumplimiento del Derecho comunitario”, *RIE*, núm. 1, 1994, páginas 171 a 190.

<sup>99</sup> Concretamente el supuesto de hecho contempla la sentencia condenatoria de un Juzgado de lo Penal de Alicante (y la confirmatoria por parte de la Audiencia Provincial) por delito de intrusismo por ejercicio de una actividad profesional de tráfico inmobiliario sin posesión del título de agente de la propiedad inmobiliaria. Antes ambas instancias, el recurrente había solicitado la interposición de recurso prejudicial de interpretación de la Directiva comunitaria 67/43, relativa a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios para actividades asalariadas. La negativa a dicho planteamiento es considerada por el recurrente en amparo como violatoria del art. 24.1 de la Constitución.

pronunciamiento sobre la dimensión constitucional de una posible vulneración de prescripciones del ordenamiento comunitario.

En el FJ 2º de la sentencia, el Tribunal afirma que “ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 C.E. cuando el juez estima, *razonadamente*, que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse la Directiva (...) ni sobre su falta de aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio” (cursivas añadidas).

Con ello, el TC viene a equiparar el recurso prejudicial ante el TJ con el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC, cuya negativa a ser planteadas por el juez de instancia es susceptible de control sólo en casos puntuales en los que quepa alegar un rechazo claramente injustificado (SSTC 17/1981, FJ 1º; 133/1987, FJ 1º; 119/1991, FJ 2º; 151/1991, FJ 2º, entre otras). Así es, ya que seguidamente constata que “a semejanza de lo que acontece con las cuestiones de inconstitucionalidad (...), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde de forma exclusiva e irrevisable al órgano judicial”, aunque ello, en consonancia con la referencia efectuada líneas atrás sobre la racionalidad exigible en dicha decisión, “no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso de amparo”<sup>100</sup>.

Ahora bien, quizás al TC se le escapa una diferencia capital entre la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso prejudicial ante el TJ: el matiz imperativo con el que el art. 234 TCE recoge este último, especialmente tal y como ha sido considerado por la jurisprudencia del TJ, que lo alejan de los términos en los que se expresa el art. 163 de la Constitución.

Al margen de lo anterior, que de nuevo es muestra de la falta de consideración autónoma del art. 93, resulta de interés ver cómo el TC vincula la negativa irrazonada a plantear el recurso prejudicial a una vulneración no del derecho al juez predeterminado por la ley (como hace su homólogo alemán, el TCF, según veremos), sino a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener respuesta a las pretensiones con base en el sistema de fuentes.

---

<sup>100</sup> En este sentido, ver el trabajo de Alonso García, R., y Baño León, J. M., “El recurso de amparo...”. ob. cit.

Aunque su pronunciamiento se circunscriba, por lo que nos interesa, a la cuestión recién referida y sea por ello difícil extraer excesivas conclusiones respecto de posibles cambios si bien no jurisprudenciales sí de talante en la consideración del Derecho comunitario, lo cierto es que la sentencia representa una actitud más respetuosa de la posición que según el TJ debe ocupar el Derecho comunitario en cada uno de los ordenamientos nacionales. Y esto es así porque al exigir una negativa *razonada*, el TC acepta incorporar el sistema jurídico comunitario como realidad que puede llegar a tener dimensión constitucional, si bien en casos extremos y por conexión con la vulneración de algún precepto constitucional específico, en este caso el art. 24, y no la cláusula de apertura del art. 93, que sigue sin ser considerada con plena autonomía.

Buena prueba de lo anterior, finalmente, es que el propio TC decide concluir su argumentación denegatoria de amparo con base en la vulneración del art. 24, afirmando que “no es ocioso señalar que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su reciente Sentencia de 8 de enero de 1992 (asuntos 330 y 331/1991), se ha pronunciado sobre dos cuestiones prejudiciales del mismo tenor que la suscitada por el recurrente”. Y si no resulta ocioso, quiere decir que es un dato importante el hecho de que se demuestre que el tribunal *a quo* no ha tenido por qué tener dudas; de alguna manera se estarían apuntando, de manera vaga y con muchas exigencias, los perfiles de un derecho al planteamiento previo del recurso prejudicial ante el TJ.

De este modo, estaríamos ante una consideración del Derecho comunitario más respetuosa que la demostrada por el TC en jurisprudencia anterior, aunque, ciertamente, de la sentencia no se pueda derivar, ni mucho menos, que más allá del planteamiento del recurso prejudicial el TC esté pensando en la exigibilidad constitucional de la aplicación del Derecho comunitario que, como sabemos, sigue siendo considerado como un mero problema de selección de normativa aplicable al caso.

De nuevo podría llegar a reclamarse que el TC variara su perspectiva a partir del reconocimiento de la índole sustantiva del art. 93: la vulneración del Derecho comunitario debe poder apoyarse directamente en este precepto, al margen que pueda concurrir la vulneración de otros. La sustantividad del art. 93 consiste en su activación no sólo sirve para posibilitar formalmente la conclusión de los tratados de integración, sino que es el fundamento de la aplicación del Derecho de la integración en el propio territorio, como por

otra parte, y en aparente contradicción con sus propios planteamientos, ha reconocido el mismo TC (STC 28/1991).

Y dicha sustantividad es causa de efectos más intensos: que la vulneración constitucional pueda venir referida no sólo al art. 24 sino también al art. 93, no resulta inocuo ya que puede llegar a comportar, siendo no obstante conscientes de que el Derecho comunitario parte del principio de autonomía institucional, que el TC entienda la posible vulneración de la tutela judicial de manera más generosa si la negativa judicial versa sobre el recurso prejudicial que si se refiere a la cuestión de inconstitucionalidad.

Teniendo en cuenta que la vía del art. 234 TCE resulta en ocasiones imperativa, y que el TJ ha querido asegurar con su jurisprudencia las mayores opciones para dicha vía de acceso a su jurisdicción, el TC, y esto es consecuencia del art. 93, debe modular su interpretación del art. 24 hacia parámetros que aseguren la línea marcada por el TJ. El art. 93 vendría pues a situar al TC en una especial posición respecto del cumplimiento del Derecho comunitario, lo que redundaría en la propia interpretación de los preceptos constitucionales: estamos ante una muestra de lo que la interrelación ordinamental y jurisdiccional comporta.

e) El Derecho comunitario como *bloque de constitucionalidad*

Pese a tratarse de una obviedad la afectación que el sistema de distribución competencial recibe como consecuencia de la integración comunitaria, el TC ha afirmado, queriendo remarcar con ello que formalmente no existe variación alguna por lo que respecta a la relación entre Estado y Comunidades Autónomas, que dicha distribución “no se ha visto alterada en ningún caso por la integración de España en la Unión Europea, ni puede serlo como consecuencia de su derecho derivado (SSTC 252/1988, 76/1991, 79/1992, 80/1993, entre otras” (STC 147/1996, de 19 de septiembre, FJ 3º).

Como directa consecuencia del principio de autonomía institucional consagrado por la jurisprudencia del TJ, el esquema de la distribución competencial de poderes no se ha de ver afectado estructuralmente, por ello, señala el TC, son “las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas” (STC 252/1988). Ahora bien, a partir de ahí no se puede negar, como el magistrado González Campos indica en su voto particular a la STC 147/1996, “el ente al que se le atribuye la competencia controvertida se



halla limitado, en su ejercicio, por la normativa comunitaria (...) y las concretas soluciones en ella previstas”.

Por ello, no resulta de recibo la actitud del TC al ignorar dicha realidad cuando un conflicto competencial entre normas internas afecta a ámbitos en los que ha intervenido el Derecho comunitario. Sin más, como indican Pérez Tremps, Cabellos y Roig, el alcance de los títulos de cada ente debe ser reinterpretado a la luz del ordenamiento comunitario<sup>101</sup>. De esta manera, el Derecho comunitario pasaría a ser considerado parte del *bloque de constitucionalidad* a los efectos del art. 28.1 LOTC.

De todas formas, y de nuevo frente a lo expresado en sus posicionamientos teóricos generales, quizás sea en el marco de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas el ámbito donde el Tribunal Constitucional menos reacio se ha mostrado a reconocer relevancia constitucional a normas comunitarias.

Un buen ejemplo es el que nos facilita la STC 13/1998, de 28 de enero, en la que sin dejar de recordar que “el Derecho comunitario no es en sí mismo canon o parámetro de constitucionalidad”, no obstante señala que no por ello se puede “ignorar que la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas tampoco se produce en el vacío (STC 102/1995, fundamento jurídico 5º). Por ello prestar atención a cómo se ha venido configurando una institución por la Directiva comunitaria puede no sólo ser útil, sino incluso obligado para aplicar correctamente sobre ella el esquema interno de distribución competencial”<sup>102</sup>.

Como ha señalado Pérez Tremps, “la complejidad que caracteriza el proceso comunitario hace que éste repercuta en el reparto interno del poder. Y es que, en efecto, aunque el ordenamiento comunitario no pueda modificar las reglas internas de reparto de competencias, sí sirve, a menudo, y cada vez más, como elemento de interpretación de dicho reparto”. Así sucede en la propia delimitación de conceptos clave en el reparto

---

<sup>101</sup> Pérez Tremps, P. (Coord.), Cabellos Espiérrez, M. A., Roig Molés, E., *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Marcial Pons/IEA, Barcelona, 1998, páginas 268 y 269.

<sup>102</sup> Este pronunciamiento es comentado por Sáiz Arnáiz, A., *La apertura...*, ob. cit., p. 195. También han querido resaltar la consideración práctica que el TC realiza del Derecho comunitario como normativa integrante del bloque de constitucionalidad, Pérez Tremps, P., “Derecho constitucional y Derecho Comunitario”, *Ponencia General presentada al Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional*, Alicante, abril, 1999, páginas 23 a 25; y López Castillo, A., “La jurisprudencia iuscomunitaria...”, ob. cit., (citados ambos en la obra de Sáiz Arnáiz recién referida).

competencial, como es el caso de las “aguas superficiales” (STC 208/1991) o el “control metrológico” (STC 236/1991), o en la transformación de lo que haya que entender por comercio exterior como competencia estatal una vez existe un comercio intracomunitario<sup>103</sup>.

#### *4.3.6 El Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional a los efectos del art. 234 TCE*

La STC 28/1991, ya analizada, resulta también de interés por ser el único caso en el que el TC se enfrenta a una petición explícita de que plantee recurso prejudicial ante el TJ. Así es, por medio de otrosí, el representante del Parlamento Vasco solicitó al TC “que interese del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea interpretación del art. 5 de la Decisión...”.

El TC al desestimar dicha solicitud no se apoya en los argumentos del Abogado del Estado, para quien la posibilidad de plantear dicho recurso “se trata de un extremo ajeno a la jurisdicción del Tribunal” ya que “el concepto de «órgano jurisdiccional» en el sentido del art. 177 del Tratado CEE no incluye a los Tribunales Constitucionales que, como éste no se integran en la organización del Poder Judicial (...) y, además, ningún Tribunal Constitucional de entre los que existen en Estados miembros de las Comunidades ha planteado nunca la cuestión mencionada”.

En efecto, el TC rechaza la pretensión de la parte recurrente sin considerar que deba hacerlo por no hallarse entre los sujetos legitimados. Concretamente, se limita a señalar que “es obligado que rechacemos tal pretensión con sólo pensar que la *ratio decidendi* de nuestro pronunciamiento desestimatorio no guarda relación alguna con la norma comunitaria europea que el órgano parlamentario recurrente ha invocado para que enjuiciemos la validez constitucional del precepto legal impugnado” (FJ 7º).

Ahora bien, si nos apoyamos en los presupuestos teóricos del TC, en realidad los planteamientos del TC no distan tanto de los del Abogado del Estado. Así es, aunque expresamente no rechace su consideración como órgano jurisdiccional a los efectos del art.

---

234 TCE, si lo que niega es la posibilidad de apoyar sus resoluciones en alguna norma comunitaria, el resultado al que se llega es el mismo, ya que no se dará ningún supuesto en el que el TC necesite saber de la regularidad o la interpretación de una norma comunitaria.

Como el TC constata en la STC 28/1991, el recurso prejudicial ante el TJ “únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario”, tendremos que, en principio, el TC no parece que se vea en situación de necesitar acudir al TJ, ya que en los procesos de los que conoce no utiliza un Derecho que no por venir integrado vía art. 93 puede ser considerado “canon de constitucionalidad”<sup>104</sup>.

Ello no obstante, existen razones para no dar por zanjada la cuestión. En primer lugar, como hemos comprobado, no es cierto que el TC no recurra al Derecho comunitario (aunque sólo fuera en los supuestos del 10.2); por otra parte, el TC no se ha referido aún a la posibilidad de enfrentarse a un conflicto entre norma comunitaria y norma constitucional, y cabe entender que, llegado el caso, el TC podría requerir recurrir la norma comunitaria en cuestión prejudicial, de validez o de interpretación, ante el TJ.

Respecto de la primera de las razones, deberemos esperar a que el TC flexibilice sus posicionamientos teóricos y los adecue al menos a la aplicación práctica que de los mismos realiza. En relación con la segunda posibilidad, lo cierto es que hasta el momento de la doctrina del TC se deduce que el conflicto directo entre norma comunitaria y norma constitucional no ha de darse, y no porque materialmente no puedan entrar en contradicción, sino porque el TC se ha declarado competente sólo para controlar la actividad de los poderes públicos internos, de modo que la norma comunitaria sería enjuiciada a partir del acto de ejecución interno.

Así es, en la STC 64/1991, de 22 de marzo, a la que ya se aludió, el TC se muestra determinante respecto de la separación entre el orden constitucional y el orden comunitario. En dicha sentencia considera el Alto Tribunal que “en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho

---

<sup>103</sup> Pérez Tremps, P., “Derecho constitucional...”, ob. cit., páginas 627 y 628.

<sup>104</sup> Expresión que utiliza en la STC 28/1991 (FJ 4º) y que reitera, como sabemos, en el caso *APESCO* (STC 64/1991), en el que además se le niega también dicho carácter en general a la normativa internacional en materia de derechos, puesto que el art. 10.2 en ningún caso convierte a los tratados y acuerdos internacionales “en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales”. Así lo reitera también la STC 111/1993, de 25 de marzo de 1993 (asunto *intermediario inmobiliario I*, FJ2).

Comunitario europeo pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional, con independencia de si tal acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo, y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E.” (FJ 4º).

Al margen de esa vinculación del valor de la normativa comunitaria “a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2”, que ya fue comentada, de la cita transcrita sobresale la claridad con la que el TC niega, por lo que al cumplimiento de su función se refiere, toda relevancia a la adecuación a los Tratados de la norma comunitaria presuntamente contraria a disposiciones constitucionales.

Con ello, el TC, a diferencia de lo apuntado por otros órganos de garantía constitucional<sup>105</sup>, estaría obviando la posición que como órgano jurisdiccional le otorga el sistema comunitario en el marco de las relaciones interordinamentales que la integración comporta<sup>106</sup>.

Hay que constatar, en contra de las consideraciones del Abogado del Estado referidas, que el TC, como cualquier tribunal constitucional de un Estado miembro, entra dentro del concepto de órgano jurisdiccional que utiliza el art. 234 TCE, que, recordemos, existiendo duda sobre la interpretación o validez de normativa comunitaria aplicable al

---

<sup>105</sup> Aunque ningún Tribunal Constitucional haya planteado hasta el momento una cuestión prejudicial ante el TJ (en eso sí es preciso el Abogado del Estado en sus alegaciones recogidas en la STC 28/1991), lo cierto es que la Corte Constitucional italiana ha reconocido la posibilidad de hacerlo llegado el caso (SCCI 168/1991, de 18 de abril, asunto *Giampaoli*, GC 2, 1991, páginas 1409 y siguientes). En Alemania el TCF no ha llegado a pronunciarse al respecto, aunque de la expresión utilizada en su sentencia *Maastricht*, donde se alude a la necesidad de que exista una “relación de cooperación” entre el TCF y el TJ, se podría extraer su aceptación a dicha posibilidad. Además, hay que añadir que en dicha sentencia el TCF reconoce la posibilidad de proceder a un control directo de la normativa comunitaria, de modo que se dan más razones para abrir la posibilidad del recurso prejudicial. La doctrina germana se ha mostrado especialmente insistente en la conveniencia de tal aceptación, como se demuestra en autores como Götz, V., “Das Maastricht Urteil des Bundesverfassungsgerichts”, *Juristen Zeitung (JZ)*, núm. 22, 1993, páginas 1081 y siguientes; Zuleeg, M., “Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration”, *JZ*, 1994, páginas 1 y siguientes; Meessen, K. M., “Maastricht nach Karlsruhe”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Heft 9, 1994, páginas 549 a 554; Tomuschat, Ch., “Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgericht”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, 1993, páginas 489 a 496.

<sup>106</sup> En tal sentido se han expresado autores de la relevancia de García Enterría y Alonso García para con ello sostener que las reticencias del TC a ser considerado como “corte o tribunal” o los efectos del recurso prejudicial del art. 234 TCE deben ser superadas por mucho que el Derecho comunitario no se configure, según reiterada doctrina del TC, como parámetro directo de constitucionalidad. García de Enterría, E., Alonso García, R., dentro del informe español (“Spanish report”) en Schwarze, J., (ed.), *The Birth of a European Constitutional Order. The interaction of National and European Order*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, páginas 330 a 332 (páginas 287 a 338).

caso obliga a someter la cuestión prejudicial a todo “órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno”. Es más, la doctrina del TJ al respecto es que en la noción de “órgano jurisdiccional nacional” cabe no sólo órganos propiamente jurisdiccionales, sino también otros sin tal carácter que en realidad realizan funciones equiparables, como podría ser el caso de un órgano de la seguridad social o un incluso un órgano de un Colegio Profesional, por poner dos supuestos contemplados por el TJ<sup>107</sup>.

Así pues, el problema no es tanto que el TC no pueda ser considerado como órgano jurisdiccional al que se refiere el art. 234 TCE, sino que él mismo considera que en los procesos de los que conoce, en la construcción del parámetro de enjuiciamiento a utilizar o puede intervenir el Derecho comunitario.

La trascendencia de la actitud del TC ante la cuestión prejudicial no puede ser pasada por alto, ya que al mirar hacia otro lado, el Alto Tribunal escapa de la necesaria consideración de la relación no sólo interjurisdiccional sino también, y como presupuesto de la anterior, interordinamental. Como veremos, el TCF, aun en el contexto de reclamar para sí la última palabra cuando de la salvaguarda derechos fundamentales o de valores superiores del ordenamiento constitucional se trata, alude a la necesidad de establecer una “relación de cooperación” entre jurisdicciones (sentencia sobre el asunto *Maastricht*).

Por el contrario, el TC se mantiene en una posición ajena a la necesidad de entrar en contacto con el TJ, posición que, dado el lugar que ocupa el TC en el ordenamiento estatal, trae como consecuencia una inevitable pérdida de fuerza en el convencimiento, esencial

---

<sup>107</sup> En cuanto al órgano de la seguridad social, se trata de un supuesto resuelto por el TJ y referido a la realidad administrativa holandesa. Sentencia de 6 de junio de 1966 (*Veassens-Göbbels*, asunto 61/65, Rec. 1966, páginas 378 y siguientes). El segundo supuesto, en el que el TJ aceptó el reenvío prejudicial por parte de una comisión de recursos de un Colegio de médicos, es el recogido en la sentencia de 6 de octubre de 1981 (*Broekmeulen*, asunto 246/80, Rec. 1981, páginas 2311 y siguientes). Resulta, por así decirlo, “curioso” que precisamente sean esas mismas sentencias las alegadas por el Abogado del Estado a la hora de apoyar en jurisprudencia comunitaria el contenido de sus argumentaciones. Mangas, no lo ha considerado curioso, y ha preferido señalar que no sólo el Abogado del Estado atribuye un sentido muy distinto al real, sino que además la cita es “absolutamente incorrecta, pues los únicos datos que se ofrecen... se refieren al número de Registro de entrada del asunto en la Secretaría del TJCE, datos inútiles para poder localizarlos en la *Recopilación* oficial. Es imprescindible citar la fecha de las sentencias salvo que se quiera jugar a los “secretismos” tan caros a nuestra Administración. Esto en el mejor de los casos”. Mangas Martín, “La Constitución y la Ley...”, ob. cit., p. 618. Para un más detenido análisis sobre la cuestión prejudicial desde el punto de vista de los Tribunales constitucionales, ver Sánchez Legido, A., “Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, núm. 33, 1991, páginas 175 a 207 (especialmente 187 y siguientes).

para una convivencia pacífica entre los dos ordenamientos, sobre la identidad en materia de principios y valores que guían ambos sistemas.

En efecto, la mejor prueba de dicha identidad, que ha sido reiterada por la jurisprudencia del TJ y que el TUE ha querido incorporar en su art. 6.2 (“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (...), y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”), tendría que darse en el hecho de que la duda sobre la constitucionalidad de una norma comunitaria generase automáticamente una duda sobre la regularidad comunitaria de la misma, por lo cual llegado el caso el TC debería dirigirse al TJ para que se pronunciase de manera previa.

Siguiendo esa identidad, que, como enseguida comentaremos allí donde ha sido alegada como condición de la integración se ha entendido referida a los aspectos esenciales y no a todas y cada una de las previsiones constitucionales<sup>108</sup>, si la colisión se da entre norma constitucional y una norma de Derecho derivado, en principio el TJ debería poder o bien realizar una interpretación conforme a los Tratados que a su vez la hiciera conforme con la Constitución, o bien, en caso de no resultar posible, declarar su invalidez por contravención de los Tratados. Si la colisión aparece con una norma de Derecho primario, entonces el TJ deberá poder evitar el conflicto a partir de una interpretación que acerque los contenidos de una y otra norma.

No resulta gratuita la insistencia sobre este punto. En el marco de la relación entre el ordenamiento comunitario y cada uno de los ordenamientos estatales, la relación que se establece entre el TJ y los órganos jurisdiccionales estatales, incluidos los Tribunales constitucionales, constituye sin duda la piedra angular. De esa relación debe surgir una dinámica de cooperación entre órdenes jurisdiccionales que de esta manera están llamados a impulsar, y en ciertos momentos abanderar, una interconexión real entre ordenamientos, el principio de colaboración que debe informar la actividad de todos los poderes públicos tanto de los Estados como de la Comunidad.

---

<sup>108</sup> Principalmente esa consideración la hallaremos en la jurisprudencia del TCF, incorporada a la propia Ley Fundamental de Bonn (LFB) tras la reforma del art. 23, en la que se adjunta la llamada “cláusula de

Y como engranaje de dicho mecanismo se sitúa el recurso prejudicial regulado por el art. 234 TCE, puesto que se trata de un instrumento que debe permitir a jueces y tribunales nacionales fomentar la concreción por parte del TJ del acercamiento de los dos ordenamientos en un caso específico donde pueden aparecer dudas sobre su compatibilidad. La labor del TJ consiste en perfilar una interpretación de la norma comunitaria que case con un denominador común de principios y valores. Y se trata de una tarea que se ve favorecida por no tener que realizarse sobre la base de una construcción en abstracto, sino que se refiere a un caso concreto; el TJ comprueba así cuáles son los contornos del conflicto y adapta su lectura al ordenamiento constitucional de referencia, aunque sea forzándolo un poco, flexibilidad que es exigible en el marco de toda dinámica de interrelación.

Lo recién descrito consiste en un modelo de relación que sin duda resulta ideal pero que se haya normativamente recogido. Además, al constituir un mismo órgano, el TJ, el punto de encuentro entre todos los ordenamientos de los Estados miembros y el sistema comunitario, el resultado debe llevar a la configuración paulatina de un *ius commune* europeo construido a partir de las tensiones que se establecen en cada una de las realidades normativas estatales que se enfrentan a la integración de la normativa comunitaria. Esa flexibilidad recién apuntada ha de surgir precisamente a partir de tales tensiones, siempre y cuando sean encauzadas correctamente mediante mecanismos como el que comentamos.

El riesgo que la tensión desemboque en quiebra será tanto mayor cuanto menor sea la flexibilidad de los materiales, en este caso los ordenamientos en relación. Tal y como ya hemos podido comprobar a partir del examen de la DTC 108/92 y de la STC 28/1991, y como veremos a continuación con el análisis de otros pronunciamientos del TC, la flexibilidad que presenta nuestro ordenamiento constitucional es, en los términos de tal jurisprudencia, muy reducida.

Sin duda se acaban de avanzar algunos aspectos aún no tratados suficientemente. De todas formas, merece la pena apuntarlos ya en el marco de la relación interjurisdiccional e interordinamental, cuya estructuración definitiva, que es la que ha de explicar las

---

congruencia u homogeneidad estructural”, según veremos. También la CCI ha venido a pronunciarse en términos semejantes.

implicaciones constitucionales del proceso de integración, constituye el objeto del presente trabajo.

## **5. Conclusiones a modo de recapitulación: del rechazo del TC a la consideración del art. 93 como *lex specialis* a la fijación de límites constitucionales a la integración comunitaria**

### **5.1 La aparente separación ordinamental**

Entre las construcciones jurisprudenciales del TC que hemos tenido ocasión de examinar con cierto detalle, hay una que hemos preferido no descifrar del todo pero que encierra buena parte de la esencia del planteamiento teórico de nuestro Alto Tribunal respecto de las implicaciones del proceso de integración supranacional a que da pie el art. 93. Se trata del trazado de la línea de separación, en principio bien nítida, entre los ordenamientos comunitario y estatal.

Ahora bien, como se ha apuntado en el título de este apartado, dicha separación debe ser calificada como aparente ya que, en consonancia con lo que hemos podido comprobar en el repaso jurisprudencial realizado, cuando lo que está en juego es la salvaguarda de algún mandato constitucional, dicha separación se diluye para subordinar las previsiones comunitarias a los dictados constitucionales al menos por lo que a su aplicación en territorio estatal se refiere.

Veamos cómo realiza dicha operación: en primer lugar, traza la separación entre ambos ordenamientos por lo que respecta a los mecanismos de garantía de cada uno, afirmando que “la vinculación al Derecho Comunitario –instrumentada, con fundamento del art. 93 C.E., en el Tratado de Adhesión- y su primacía sobre el Derecho nacional en las referidas materias no pueden relativizar o alterar las previsiones de los arts. 53.2 y 161.1 b) C.E.”, y de este modo resulta “por ello evidente que no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad (...)”.

Y esto es así además porque las normas de Derecho comunitario cuentan con específicos medios de tutela y, reiterando lo que ya dijera en su STC 28/1991 (FJ 5º), “únicamente podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados



internacionales asigna el art. 10.2 C.E.”. Consecuentemente, “el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia” (STC 64/1991, FJ 4º).

En segundo lugar, tras haber trazado una tan nítida línea de separación, procede a desdibujar sus efectos como sacrificio necesario para la salvaguarda de la incontestable primacía constitucional. Si recordamos, lo que hace el TC en la sentencia recién citada es erigirse como máximo garante de la normatividad constitucional frente a cualquier tipo de actuación de poderes públicos estatales, de modo que, aunque se limiten a ejecutar estrictamente una disposición comunitaria, si dicho acto de ejecución “pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional, con independencia si aquel acto sea o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo, y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E.” (FJ 4º).

Como puede comprobarse, la consistencia de la frontera que ha de separar ambos órdenes es cuando menos dudosa, entre otras cosas porque no existe una separación institucional. El TC se pronuncia en contra de las alegaciones del Abogado del Estado en la sentencia que venimos citando, quien postulaba por la inadmisión del recurso de amparo por considerar que la administración española “no actúa como poder público español sino, con una suerte de *dédoublement fonctionnel*, como órgano del ordenamiento comunitario sujeto no al principio de igualdad consagrado por la C.E. sino a los principios y derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario” (Ant. 8º b)).

El TC se muestra claro al responder que “la cesión del ejercicio de competencias a favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español (art. 9.1 C.E.)” (FJ 4º b))<sup>109</sup>, afirmación reiterada en la STC 79/1992, de 28 de mayo (FJ 1º)<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Aunque si nos fijamos en el análisis que precede a tales afirmaciones, la claridad ya no es tanta. En efecto, en el párrafo anterior, el TC constata que el supuesto de hecho planteado no es de aquellos en los que a la Administración española no se le deja ningún margen de maniobra a la hora de aplicar las disposiciones comunitarias. Concretamente, el TC afirma que “es cierto que la actuación de la Administración española en relación con el acceso de los buques españoles a los caladeros de pesca se encuentra expresamente prevista

No existe pues total separación, y allí donde ambos órdenes se unen, intersección que en el nivel institucional está representada por las Administraciones y por los órganos judiciales del Estado miembro, la preeminencia corresponde, en principio en términos absolutos, a los dictados de la Constitución. De este modo la referencia explícita a la *primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional* en las materias objeto de la cesión competencial en realidad se halla delimitada por el contenido material de los mandatos constitucionales.

Y no se trata tan sólo de una intersección institucional, sino que, ante todo, es una intersección normativa: dos órdenes normativos distintos coinciden en un mismo territorio y respecto de unos mismos destinatarios.

Esa aparente separación ordinamental se estructura a partir de un también ficticio deslinde entre las nociones de validez y aplicabilidad, según tuvimos ocasión de referir con brevedad, apuntando que se trataba de un tema central en el debate. Pues bien, y a la espera de retomar más adelante, por ahora basta con señalar de manera directa que dicho deslinde es ficticio por cuanto de poco sirve que se respete que cada ordenamiento

---

por el Acta de Adhesión y normas complementarias como acción residual dentro de uno de los sectores, la pesca, en el que la transferencia de competencias a favor de la CEE es más amplia. Pero ello no debe llevar a considerar que la Administración ya no es Administración nacional, sino mero agente comunitario no sujeto al ordenamiento interno. La propia interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la ya citada Sentencia de 26 de abril de 1988 (asunto *APESCO*) excluye esa hipótesis al afirmar que «ni el Acta de Adhesión ni los (...) Reglamentos indican a las autoridades españolas los criterios según los cuales deberían seleccionar los buques»; de lo que resulta que «las autoridades españolas deberán efectuar esa selección (la de los buques propuestos en las listas) según las normas de Derecho nacional» (parágrafos 22 y 23)”. Este análisis previo parece querer decir que allí donde no le queda margen alguno de maniobra a la Administración española a la hora de aplicar la norma comunitaria, podría incluso considerarse que entonces sí existe el *dédoublement fonctionnel* del que habla el Abogado del Estado. De todas formas, la ausencia de matizaciones en las afirmaciones inmediatamente posteriores vendría a cerrar la cuestión en el sentido apuntado.

<sup>110</sup> Concretamente indica el TC que el objeto de los conflictos positivos de competencia “viene constituido, en este caso, por disposiciones del Estado o de las Comunidades Autónomas y a su examen debemos ceñirnos, aunque se trate de disposiciones que articulan o aplican otras del Derecho derivado europeo. Por la misma razón las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos son exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (...). Ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden considerar alterado su propio ámbito competencial en virtud de esa conexión comunitaria. La ejecución de los Convenios y Tratados Internacionales en lo que afecten a las materias atribuidas a la competencia de las Comunidades Autónomas no supone, como resulta evidente, atribución de una competencia nueva, distinta de las que en virtud de otros preceptos ya ostenta la respectiva Comunidad Autónoma (STC 252/1988, fundamento jurídico 2.)”.

establezca sus propios criterios de validez cuando uno de los dos es, en último extremo, el único encargado de fijar los criterios de la aplicabilidad para ambos.

El esquema resultante de todo ello es que el TC asienta con convicción su papel como máximo garante de las previsiones constitucionales, también frente a la normativa comunitaria, aceptando escasas modulaciones. Como vimos, la idea principal es la negativa a aceptar como consecuencia de la integración reformas constitucionales implícitas.

En el trasfondo de lo que venimos analizando se halla una concepción enraizada de cuál es la posición del ordenamiento constitucional y de su máximo garante frente a la incorporación de normativa “externa”. Con ello, y con la negativa de considerar el art. 93 como *lex specialis*, el TC vendría a fijar con claridad los límites materiales que la Constitución impone a la aplicación de normativa supranacional en el propio territorio.

## **5.2 Los límites constitucionales a la integración**

Como tendremos ocasión de comprobar con detenimiento en el capítulo tercero, buena parte de la doctrina ha coincidido, frente a la jurisprudencia del TC, en calificar el art. 93 como *lex specialis* en virtud de la cual no sólo se prevén los cauces procedimentales que deben seguirse para la ratificación de los tratados de integración, sino que también se arbitran una serie de especialidades en el trato de la normativa que a través de dichos tratados pasa a ser Derecho aplicable en nuestro territorio.

De una manera u otra, las distintas aportaciones doctrinales convergen a la hora de considerar que la aceptación de las consecuencias que se derivan de los principios de primacía y efecto directo que el TJ ha venido proclamando reiteradamente, no sólo es constitucionalmente aceptable sino también exigible. Tan sólo se ha matizado la vigencia de tales principios en determinados supuestos de conflicto entre norma comunitaria y norma constitucional, según veremos.

A partir de lo que nos han ido mostrando los pronunciamientos del TC comentados, en principio no parece que por el momento nuestro Alto Tribunal parezca muy dispuesto a aceptar un enfoque que, como el recién referido, se adecue en mayor medida a la realidad impuesta por el fenómeno comunitario. Sin embargo, y pese a lo que las apariencias nos dicen, la falta de un posicionamiento global y en profundidad sobre las implicaciones de la

integración hace que, como hemos visto, el TC nos haya proporcionado afirmaciones diversas entre las que, al lado de las líneas de argumentación ya comentadas, aparecen algunas que apuntan hacia un panorama algo distinto.

Concretamente, del pronunciamiento contenido en la DTC 108/92 se abren algunas grietas por las que asoma la posibilidad de que el TC entienda que del art. 93 se deriva un, cuando menos, menos riguroso control de la compatibilidad material entre las normas de Derecho derivado y la Constitución. Sin duda, el ejemplo más claro de esta posibilidad lo constituye la precisión realizada por el TC al especificar, más allá de las declaraciones generales por él mismo efectuadas, que la atribución competencial a entes supranacionales es un efecto querido por la Constitución que “ninguna relación guarda con el que depararía la *colisión textual y directa* entre la propia Norma fundamental y una o varias estipulaciones del Tratado” –FJ 4º- (cursivas añadidas).

Al hablar de *colisión textual y directa*, que en efecto es la que se da en el caso sometido a consulta, y además referida al texto de los Tratados respecto de los que el Estado debe consentir expresamente en obligarse, una posible interpretación podría defender que de algún modo los casos de colisión no textuales y directas, y más aún si además dichas colisiones las produce una norma de Derecho derivado (normas sobre las que individualmente el Estado no se ha pronunciado), hallan encaje constitucional.

De alguna manera, y pese a la contundencia de algunas de sus aseveraciones, el TC dejaría una puerta abierta para un planteamiento en el que el art. 93 sea considerado como *lex specialis*, destinado no sólo a regular el modo de celebración de los tratados de integración sino también a ofrecer un acogimiento específico, y especial, de los efectos que dicha integración: el art. 93 asumiría de este modo no sólo erigirse como cauce para la integración supranacional sino que también haría frente a las consecuencias que de dicha integración se derivaran. Esta índole sustantiva no cuestiona que el fin esencial de la ley de autorización sea formalizar la voluntad del Estado a vincularse a los efectos de los Tratados de integración, pero al lado de la formalización de la voluntad se halla de manera inescindible el contenido de dicha voluntad, un contenido que, aunque deba resultar acorde con el contenido de lo que fija el texto que debe ser ratificado, puede requerir ser precisado.

Una vez reconocida esa más amplia naturaleza del precepto, el siguiente paso a dar consistiría en delimitar el contenido de las especialidades que el art. 93 permite en

comparación con las situaciones que se dan en aplicación de las vías previstas por el art. 94. Para poder realizar esta tarea, una de las opciones con las que contamos es partir del tipo de exigencias del TJ como grado más elevado del tipo de especialidades que se le podrían exigir al art. 93 como *lex specialis*. Una vez situado ese tope, y puesto que, recordemos, dentro de la propuesta metodológica efectuada nos hallamos en la fase del *cómo* se produce la integración desde la perspectiva constitucional interna, el siguiente paso consiste en saber qué límites impone dicha perspectiva a las exigencias del TJ, para con ello saber el tipo de especialidades que son asumidas por el art. 93.

Tras haber realizado el repaso de la jurisprudencia de nuestro TC, sabemos ya de la estrechez de las posibilidades que hasta el momento dicha instancia ha abierto a la consideración de transgresiones al texto constitucional que, por estar permitidas, dejarían de serlo (como ocurre cuando un acto de desobediencia civil pasa a ser permitido por la ley). Esa estrechez, no obstante, no logra cerrar todas las vías, según acabamos de ver.

El capítulo segundo será dedicado al examen de la doctrina de dos de los más activos tribunales constitucionales en materia de definición de los límites de la integración comunitaria: el TCF y la Corte Constitucional italiana (CCI). El objetivo de dicho examen consiste principalmente en apuntar cuáles son los presupuestos teóricos principales que han servido de guía a dichos órganos jurisdiccionales, por considerar que pese a la falta hasta la fecha de un pronunciamiento general claro al respecto por parte de nuestro TC, en realidad de buena parte de sus ambigüedades y de su falta de claridad puede derivarse finalmente una posición cercana a la elaborada por sus semejantes alemán e italiano.

No es que, como veremos, ambos tribunales coincidan plenamente en todos sus planteamientos, pero sí lo hacen en un punto: las implicaciones que la integración supranacional tiene respecto del ordenamiento constitucional se aceptan con relativa amplitud pero con un tope: la salvaguarda de los principios esenciales del ordenamiento constitucional.

En efecto, si atendemos a ciertas señales emitidas por el TC en algunas de sus afirmaciones, podremos tratar de imaginar un escenario distinto al que, de manera general y contundente, ha perfilado el TC en la mayor parte de sus pronunciamientos. Así, en el contexto del asunto *APESCO*, el TC, como sabemos, acaba rechazando categóricamente la posibilidad de matizar la protección de los derechos fundamentales constitucionalmente

recogidos frente a la actividad de los poderes públicos internos por mucho que actúen en ejecución de normativa comunitaria. Ahora bien, como se explicó (en nota a pie de página), no debe pasarse por alto el hecho de que el TC parta de una constatación previa, a la que dedica una cierta atención: en el supuesto examinado las autoridades españolas contaban con un importante margen de decisión a la hora de proceder a la aplicación de la norma comunitaria, como el propio TJ había reconocido en una sentencia anterior. Falta, pues, un supuesto en el que el TC haya llegado a la misma conclusión careciendo las autoridades del más mínimo margen de maniobra en la aplicación de la norma comunitaria.

Otra muestra de señal de flexibilización nos la ofrece la misma sentencia sobre el asunto *APESCO*, en la que, recordemos, el Alto Tribunal reivindica la primacía constitucional y su función como garante de la misma en todo supuesto en el que exista una actuación de poderes públicos españoles (especialmente además si afecta a derechos fundamentales). Pues bien, de nuevo hay que atender al punto de partida del TC: arranca de la convicción, y así lo expresa, de que el ordenamiento comunitario viene a garantizar una protección similar a la ofrecida por el ordenamiento constitucional, y por tanto suficiente, en materia de derechos fundamentales.

Concretamente, analizando el art. 40.3 de la TCEE (actual art. 34.2 TCE)<sup>111</sup>, el TC indica que dicho precepto “ofrece en la actualidad un contenido y, en consecuencia, una protección similar a la dispensada en el ámbito interno de cada Estado comunitario, tal y como reiteradamente ha señalado tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como los Tribunales Constitucionales de otros Estados miembros” (FJ 4º)<sup>112</sup>. De

---

<sup>111</sup> Que entre otras cosas dispone que “la organización común deberá limitarse a conseguir los objetivos enunciados en el art. 33 y deberá excluir toda discriminación entre productores y consumidores de la Comunidad”.

<sup>112</sup> Cosa que no quiere decir que no se puedan dar diferencias importantes en los niveles de protección, sobre todo como consecuencia del carácter instrumental de la incorporación de la protección de los derechos al sistema comunitario, cuestión comentada en el anterior capítulo. El caso más relevante, y más veces traído a colación, de disparidad en el nivel de protección es el que ofrece la sentencia del TJ de 17 de octubre de 1989 (*Dow Chemical Ibérica*, asuntos acumulados 97 a 99/87, Rec., p. 3165), en la que el Tribunal negó la titularidad de las personas jurídicas en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, a partir de la constatación de que “los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan divergencias no desdeñables en lo relativo a la naturaleza y grado de protección de los locales empresariales frente a las intervenciones de las autoridades públicas”. De esta manera, el TJ, prima la defensa del interés comunitario y no llega a una “igualación por arriba” que, por otra parte, venía exigida por la jurisprudencia del TEDH, quien meses antes, en su sentencia de 30 de marzo de 1989 (asunto *Chapell*, A. 152), había llegado a reconocer de manera implícita dicha titularidad (jurisprudencia confirmada posteriormente). Resulta de interés comprobar que pese a ese descenso

esta manera, el TC vendría a alinearse el posicionamiento del TCF en su célebre asunto *Solange II*, y con el sentido general de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, según veremos.

Por ello, cuando el TC se resiste a otorgar una consideración distinta al Derecho comunitario en materia de derechos fundamentales que no sea la que le ofrece el art. 10.2, lo que hay que situar es sobre todo una cautela *pro libertate*, ya que, como señala Sáiz Arnáiz, “la interpretación internacionalmente adecuada no hace posible la rebaja del contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales, en otras palabras, no permite una exégesis *in peius* de éstos”. Mientras que si se superara su exclusivo encaje como norma internacional a los efectos del 10.2, “ese mismo contenido *puede verse incidido restrictivamente por las fuentes de origen comunitario* en virtud de la primacía que a éstas define en sus relaciones con el Derecho interno”<sup>113</sup>.

Lo que sucede es que en lugar de asumir la dimensión que el art. 93 otorga a la totalidad del Derecho comunitario para después, como realiza el TCF, situar las barreras a la aplicación de la norma comunitaria por razón de salvaguarda de los derechos fundamentales, entendidos como núcleo del sistema constitucional, el TC opta, quizás más torpemente, en acudir directamente al art. 10.2.

En este orden de cosas, no sería de extrañar que el TC fuera orientando su jurisprudencia, como lo indican hechos como el paulatino reconocimiento (fáctico) de la dimensión del Derecho comunitario como parámetro de constitucionalidad, hacia los que el propio Sáiz Arnáiz señala cuando afirma que “la integración supranacional a la que se refiere el art. 93 CE supone una *vinculación más fuerte* para los derechos fundamentales que la resultante de la interpretación conforme a los tratados internacionales impuesta por el art. 10.2 CE. Que si de esta última no resulta posible el establecimiento de límites al contenido de los derechos, de aquélla pueden derivarse tales límites *en el respeto, siempre, de su contenido esencial*”<sup>114</sup>.

---

del nivel de protección, el TJ apeló, quizás para ahorrarse reacciones que vinieran a cuestionar su jurisprudencia, al principio de autonomía institucional exigiendo que en cada Estado se observaran “las garantías del procedimiento previstas a tal efecto por el Derecho nacional”, de modo que en España se seguiría requiriendo la previa autorización judicial, con lo que finalmente las facultades del derecho no quedarían mermadas.

<sup>113</sup> Sáiz Arnáiz, A., *La apertura...*, ob. cit., p. 197.

Con ello, los derechos fundamentales comunitarios deben convertirse “en medida de la constitucionalidad/comunitariedad de la actuación de los poderes públicos nacionales en el marco de una progresiva «nacionalización» del derecho comunitario”<sup>115</sup>.

De todas formas, hay ya que advertir, si junto con la aceptación del carácter de *lex specialis* de la cláusula de apertura, se adjunta, como es la propuesta más habitual, la fundamentación de los límites constitucionales a las consecuencias que de dicha especialidad se pudieran derivar, lo cierto es que en realidad no podemos hablar de un cambio de perspectiva sustancial.

La diferencia de trato respecto de las características de la incorporación de normativa de origen internacional no resulta en exceso marcada cuando la relación interodinamental a la que se abre paso se concibe en términos de supremacía constitucional garantizada por el TC.

Sin duda, nos situamos de esta manera en el centro de la discusión, que no es otro que el de los límites constitucionales a la integración comunitaria, terreno en el que, con matizaciones, las posturas doctrinales son en general bastante coincidentes. Es en este punto donde se suele romper no ya la adhesión a las doctrinas del TJ, sino el propio rigor analítico ya que se pasa de estar hablando de la intersección entre ordenamientos a la yuxtaposición de dos sistemas que (simplemente) coinciden en un mismo territorio.

Para ahondar en dicha discusión, que es directamente tributaria de los interrogantes que han ido apareciendo en el presente capítulo (la naturaleza jurídica de la cesión de competencias, la articulación de las relaciones interordinamentales, la propia naturaleza de la organización supranacional comunitaria), debemos proseguir el camino que nos ha de permitir ir acumulando los elementos necesarios con los que poder fundamentar cuál es el verdadero alcance de las implicaciones constitucionales de la integración. El siguiente paso nos lleva, como se ha anunciado, a la jurisprudencia constitucional alemana e italiana respecto de los límites o condicionantes a la integración comunitaria.

---

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 201. La cursiva última es añadida.

<sup>115</sup> *Ibidem*.



**CAPÍTULO SEGUNDO. La integración comunitaria y sus límites constitucionales: el debate sobre la protección de los derechos fundamentales y la determinación de la competencia de la competencia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y de la Corte Constitucional italiana**

**1. Cuestiones introductorias: Las respuestas del TCF y la CCI frente a la doctrina de la *constitucionalización* de los Tratados**

**1.1 La doctrina de la *constitucionalización* de los Tratados como fundamento de la primacía incondicionada del Derecho comunitario**

Tras haber analizado los aspectos principales de la jurisprudencia del TC en referencia a las relaciones entre el ordenamiento estatal y el comunitario, sabemos ya que el posicionamiento adoptado se sitúa lejos de la aceptación de la primacía incondicionada del Derecho comunitario. Como veremos, esa contradicción también se encuentra en sus semejantes alemán e italiano, aunque, sobre todo en el primero de ellos, sea a partir de unos planteamientos con mayor fundamentación teórica.

Antes de entrar en ellos, sin embargo, merece la pena dedicar unas páginas a compendiar los elementos esenciales que definen la postura del TJ en su consideración del Derecho comunitario y de las relaciones interordinamentales que la integración comporta. El repaso no será extenso, entre otras cosas porque el TJ se ha caracterizado en sus pronunciamientos más por hacer que por decir, esto es, más por asegurar la vigencia de los principios de primacía y efecto directo, que por asentar ampliamente sus bases teóricas.

El principal argumento que fundamenta la exigencia de la primacía del Derecho comunitario frente a los ordenamientos estatales en los términos que el TJ proclama, esto es, de manera incondicionada frente a cualquier tipo de norma interna, incluidas las constitucionales, y gozando de aplicabilidad inmediata (sin necesidad de intermediación de ningún órgano estatal) y efecto directo, se basa principalmente en el carácter constitucional de los Tratados constitutivos, *norma normarum* de un ordenamiento con su propio fundamento de validez y con capacidad de vincular jurídicamente no sólo a los Estados sino también y de manera inmediata a los individuos.

De esta manera se produce una situación que si no fuera fruto de una evolución paulatina nos situaría de nuevo ante un círculo vicioso: son Tratados *constitucionalizados* por cuanto tienen capacidad de obligar a las personas, y tienen dicha capacidad porque no son meros Tratados internacionales, porque tienen carácter constitucional.

El paso de la mera vinculación de los Estados a la vinculación directa de los individuos se encuentra en la garantía de los principios de primacía y efecto directo en la aplicación del Derecho comunitario en el interior de los distintos Estados miembros<sup>116</sup>; principios que han ido consolidándose gracias a la labor no sólo del TJ sino también, de manera cada vez más extendida (aunque según veremos con salvedades en el plano de la justicia constitucional), de la de los órganos jurisdiccionales nacionales.

El efecto directo de la normativa comunitaria fue consagrado como regla general en la que constituye sin duda una de las decisiones más emblemáticas del TJ: la sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963<sup>117</sup>. En el fallo, el Tribunal enjuicia la posibilidad de considerar que el art. 12 del Tratado de la CEE, según el cual “los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana (...) y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas”, tuviera efecto directo entre los particulares pese a estar literalmente referido a los Estados.

El TJ, separándose explícitamente de los métodos propios del Derecho internacional de interpretación de los Tratados y apostando por una *constitucionalización* de los mismos en sede comunitaria, rechaza la interpretación literal y menos gravosa para los Estados y apoya la combinación entre una interpretación teleológica y una sistemática. Teleológica por cuanto recurre a los fines de los Tratados (“construir un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad”); sistemática por cuanto hace referencia al sistema general comunitario, destacando que por un lado el preámbulo se dirige explícitamente también a los ciudadanos, como lo confirma la participación de los mismos en algunas de las instituciones comunitarias como el PE y el

---

<sup>116</sup> La afirmación de los principios de primacía y de efecto directo por parte del TJ durante la década de los sesenta vendría a constituir para Goucha Soares, la primera fase del proceso de constitucionalización que se describe. La segunda fase correspondería a la década de los setenta y ochenta (hasta la entrada en vigor del AUE), en la que se asistió a la erosión del principio competencial de atribución. Goucha Soares, A., *Repartição de competências e preempção no Direito Comunitario*, Cosmos, Lisboa, 1996, páginas 143 y siguientes.

CES, y por otro aludiendo a preceptos como el 234 TCE (recurso prejudicial), que “confirma que los Estados han reconocido al Derecho una eficacia susceptible de ser invocada”.

El Tribunal, añade en la misma sentencia que “los objetivos de la Comunidad nos confirman que los ciudadanos están directamente afectados por el Derecho comunitario (...) el art. 12 define una prohibición clara e incondicional(...) y se presta perfectamente por su naturaleza a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus nacionales”. La clave para considerar esa capacidad de generar derechos y obligaciones no está en que se establezcan de manera explícita sino en que “su naturaleza” lo permita. De este modo, el TJ lo que hace es establecer como regla general el efecto directo de la normativa comunitaria, a no ser que en el caso concreto no se den las condiciones mínimas que admitan esa situación. Concretamente el nacimiento de derechos se produce “no sólo cuando el Tratado hace una atribución explícita de los mismos, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias”.

Por medio de la utilización de criterios de interpretación propios de una jurisdicción de tipo constitucional, y aludiendo al efecto útil de las normas comunitarias<sup>118</sup>, el TJ da un paso de gigante en la *constitucionalización* de los Tratados comunitarios ya que rompe el principio general de la no sujeción directa de los particulares para considerar que siempre y cuando se trate de una obligación suficientemente definida, aunque se refiera a los Estados o a las instituciones comunitarias, generará una posición jurídica directamente invocable por el particular.

Es importante señalar que para el TJ el fundamento de los principios de primacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo no reside en los preceptos constitucionales de cada Estado miembro: no son las cláusulas de apertura de las distintas Constituciones las que habilitan al ordenamiento comunitario para ocupar la posición que ocupa, sino que es la

---

<sup>117</sup> Sentencia de 5 de febrero de 1963 (*Van Gend en Loos*, asunto 26/62, Rec. 1963, p.5).

<sup>118</sup> Se trata de un criterio de interpretación que ha venido siendo utilizado con frecuencia por el TJ y que consiste en priorizar la interpretación que en mayor medida permita a la norma comunitaria desplegar todos sus efectos. Concretamente de cara a la consolidación de la doctrina del efecto directo ha sido explícitamente utilizado en la sentencia de 21 de junio de 1974 (*Reyners*, asunto 2/74, Rec. 1974, p. 659). Ver al respecto Peter, B., “La base juridique des actes den droit communautaire”, *Revue du Marché común et de l’Union européenne*, núm. 378, mayo 1994, páginas 324 a 333 (especialmente páginas 326 y 327).

propia naturaleza de la Comunidad y de su ordenamiento, la propia esencia del proceso de integración tal y como se deriva de una interpretación sistemática y teleológica de los Tratados, la que exige la vigencia de tales principios.

Esta evolución, que ha sido impulsada de manera consciente por el TJ, contando además con la inestimable ayuda del mecanismo jurisdiccional del reenvío prejudicial, ya referido y sobre el que volveremos más adelante, ha hecho que los Tratados constitutivos pasaran de tener una posición como creadores de un “un ordenamiento jurídico de Derecho internacional” (sentencia *Van Gend en Loos*)<sup>119</sup> a ser el origen de un “ordenamiento jurídico propio” (sentencia *Costa/ENEL*)<sup>120</sup>.

Vale la pena citar un extracto mayor de la última decisión por su alta significación respecto de la postura adoptada por el TJ en relación con los Tratados comunitarios: “a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a los órganos jurisdiccionales; que, en efecto, al constituir un Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y más particularmente de poderes reales nacidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados de la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y han creado así un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos”.

Con la sentencia *Costa/ENEL*, sin duda una de sus decisiones emblemáticas, lo que hace el TJ es certificar la transformación de la naturaleza de los Tratados, la emancipación respecto de su cobertura formal originaria, y con ello la rotura del “cordón umbilical que lo ligaba (al Derecho comunitario) con el Tratado de origen para elaborar un sistema comprensivo de reglas, interindividual, omnipresente y prevalente en toda la Comunidad por su propia naturaleza y fuerza obligatoria, y no porque el sistema derive de un tratado internacional”<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Sentencia de 5 de febrero de 1963, (*Van Gend en Loos*, asunto 26/62), recién citada.

<sup>120</sup> Sentencia de 15 de julio de 1964, (*Costa v. ENEL*, asunto 6/64, Rec. 1964, p. 1141).

En una resolución posterior, el Dictamen 1/91 sobre la incorporación de la Comunidad al Espacio Económico Europeo, el TJ ha vuelto a pronunciarse en el mismo sentido, señalando que “aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional –el TCEE–, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho”<sup>122</sup>, una afirmación de la que se deriva su carácter autónomo respecto del Derecho internacional, cosa que, en opinión de Mangas, “permite desvanecer cualquier condición de paridad y de reciprocidad en la formación y aplicación, respectivamente, del Derecho comunitario. En efecto, los Estados miembros participan en diferente medida en las Instituciones y órganos con un voto ponderado o proporcional, o con diverso número de nacionales (...)”. Tampoco existe reciprocidad en el sentido de que los Estados al comprometerse no pueden someter su compromiso al cumplimiento de las obligaciones por parte de los demás<sup>123</sup>.

Se configuraría así un ordenamiento independiente, autónomo y con capacidad de imponerse sobre cualquier norma interna. En este sentido, el art. 220 TCE establece que “el Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado”, una labor que realiza de manera independiente, de acuerdo con las exigencias propias del Derecho comunitario y los objetivos marcados en los Tratados, sin estar sometido a los principios y procedimientos que establezcan los distintos sistemas jurídicos estatales. De manera explícita, el TJ ha afirmado que el Derecho comunitario es “independiente de la legislación de los Estados miembros”<sup>124</sup> y en consecuencia ha rechazado tener que acudir a dicha normativa a la hora de enjuiciar la validez del Derecho derivado, puesto que éste “nace de una fuente autónoma”<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> La Pergola, A., “Constitución e integración europea: la contribución de la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 6, 1999, p. 15 (páginas 9 a 36).

<sup>122</sup> Dictamen 1/91 sobre el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), de 14 de diciembre de 1991, Rec. I-6079. Previamente, en 1986, el TJ también se había referido al Tratado de la CEE en términos de “carta constitucional fundamental”. Sentencia de 23 de abril de 1986 (*Les Verts I*, asunto 294/1983, Rec. 1986, p. 1365).

<sup>123</sup> Mangas Martín, A., “Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en Rodríguez Iglesias, G. C., Liñán Nogueras, D. J., *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, ob. cit., páginas 56 y 57 (páginas 55 a 96).

<sup>124</sup> Sentencia sobre el asunto *Van Gend en Loos*, ya citada.

Como ha venido reiterando incluso en ámbitos en los que los Tratados no ofrecen una regulación específica, para el TJ el único parámetro de control es el comunitario. Así es, incluso ante hipotéticas vulneraciones de derechos constitucionalmente protegidos, el TJ ha afirmado que “la salvaguarda de esos derechos (...) debe ser garantizada en el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad (...)”<sup>126</sup>.

La insistencia en que el único parámetro de validez sea en último extremo el propio Derecho comunitario es efecto, y a la vez causa, del proceso de constitucionalización de dicho sistema jurídico ya que sólo puede llevarse a cabo si realmente existen los mecanismos suficientes para poder colmar las lagunas de un ordenamiento por definición imperfecto por estar referido a una serie de ámbitos competenciales en principio limitados, como reconoce el propio TJ en su sentencia sobre el asunto *Costa/ENEL* anteriormente citada.

Por estas razones, y por el lugar central que la protección de los derechos fundamentales tiene en cualquier sistema que pretenda considerarse constitucional, sin duda la doctrina de la *constitucionalización* de los Tratados ha necesitado de la tarea del TJ en materia de protección de derechos fundamentales. Se trata, como es sabido, de una labor de construcción pretoriana de un sistema propio de protección de los derechos fundamentales dada la ausencia en los Tratados constitutivos (sus posteriores modificaciones), de un listado de derechos cuyo contenido debe resultar garantizado frente a la actuación de las instituciones comunitarias.

Dicha construcción ha utilizado como instrumentos los principios generales del Derecho comunitario, configurados a partir del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. En tales términos ha sido recogido finalmente en el Tratado de Maastricht (actual art. 6.2 TUE) la obligación de la UE de respetar los derechos fundamentales.

Como veremos, una de las motivaciones que han llevado al TJ a dicha elaboración jurisprudencial, sobre la que más adelante tendremos ocasión de volver a referirnos, ha sido

---

<sup>125</sup> Sentencia de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70, Rec. 1970, p. 1125).

<sup>126</sup> Sentencia sobre el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, recién citada.

la necesidad de garantizar la eficacia del Derecho comunitario frente a la amenaza de insubordinación planteada por jurisdicciones constitucionales como la alemana o la italiana.

Pues bien, una vez dibujado a grandes trazos en que fundamentos se basa el TJ a la hora de reclamar la aplicación incondicionada del Derecho comunitario por parte de los órganos estatales, llega el turno de detenernos, esta vez con más calma, en la respuesta de los máximos garantes de la eficacia normativa de las respectivas Constituciones estatales, centrándonos en los casos alemán e italiano.

## **1.2 La protección de los derechos fundamentales y el control de los actos comunitarios en ultra vires como ejes de la “rebelión” del TCF y la CCI**

Tanto el TCF como, en menor medida, la CCI vienen jugando un especial protagonismo en el papel de contrapeso a las doctrinas del TJ recién referidas, hasta el punto que la consolidación de las mismas ha tenido, y sigue teniendo, que enfrentarse, a las trabas impuestas por dichas jurisdicciones. Así ha sido desde diversos planteamientos que han ido evolucionando a lo largo de una jurisprudencia que, como subrayaremos, se ha mostrado bastante permeable no sólo a la influencia doctrinal y política, sino en ocasiones también a los pronunciamientos del TJ.

Pese a que ya contemos con algunas referencias al respecto, resulta de extremo interés, sobre todo una vez hecho un repaso a la jurisprudencia del TC español en la materia, conocer las principales notas que han caracterizado la evolución de los posicionamientos de las dos jurisdicciones constitucionales mencionadas, que, al margen de erigirse como dos de los principales referentes dentro del constitucionalismo europeo y jugar por ello un importante papel de interacción con la jurisprudencia del TJ, representan los dos sistemas de justicia constitucional en que de manera más intensa se fijó el constituyente español a la hora de fijar los caracteres que conforman nuestro TC. Resulta pues obvio que las reflexiones que de la mencionada evolución jurisprudencial se extraigan, contienen un extraordinario valor para nuestra realidad constitucional.

Al margen de lo anterior, como señala Pi i Llorens, “no es casual que los dos países donde se genera la polémica son dos Estados influidos por el dualismo jurídico y marcados

por una realidad política similar: un pasado dictatorial, en el que los más esenciales derechos de las personas fueron sistemática y masivamente violados. Ello ha podido influir en la defensa a ultranza de los principios básicos de los nuevos ordenamientos surgidos de un régimen democrático y dotados además de un órgano específico de defensa de la Constitución”<sup>127</sup>.

Pues bien, buena parte de los tribunales constitucionales de los Estados miembros, abanderados por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCF) y la Corte Constitucional italiana (CCI), y con ellos el grueso de la doctrina europea, coinciden en condicionar la aceptación de las consecuencias de la integración en los términos señalados por el TJ a importantes excepciones, que pueden ser resumidas acudiendo a las expresiones del Requerimiento del Gobierno en la DTC 108/92, quien solicita “enfocar la cuestión debatida en los términos más adecuados, esto es, en torno al interrogante de si el presente caso es uno de los supuestos en los que, por no estar en juego el *núcleo de la Constitución*, la Constitución misma soslaya su cotejo material con disposiciones llamadas a integrarse en su ordenamiento” (cursivas añadidas).

La existencia de ese núcleo que excepcionaría la primacía del Derecho comunitario hace que el Gobierno constataste que “las dudas acerca del procedimiento del art. 93 de la Constitución se plantean en realidad en torno a los *límites materiales internos* a la atribución de competencias” (cursivas añadidas), considerando que puede defenderse la existencia de límites implícitos, cuya determinación, extraordinariamente complicada, “habría de situarse en los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho, en los valores superiores del ordenamiento y en los derechos fundamentales” (Antecedente 3º).

---

<sup>127</sup> Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 33. La misma autora cita la opinión de Recchia, para quien las razones de fondo de la actitud de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano se explican por la “historia constitucional de dos países que han conocido las limitaciones impuestas por sistemas autoritarios (...)”, Recchia, G., “Osservazioni sul ruolo dei diritti fondamentali nell’integrazione europea”, *Diritto e Società*, 1991, núm. 4, p. 668. De todas formas, hay que decir que las reticencias a la aceptación incondicionada de los principios de primacía y efecto directo y especialmente cuando de la protección de derechos fundamentales se trata, son comunes a la totalidad de jurisdicciones con funciones constitucionales de los Estados miembros, tal y como ha sabido indicar Rodríguez Iglesias, G. C., “Tribunales constitucionales y Derecho Comunitario”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, páginas 1175 a 1200.



A tales límites materiales internos, el TCF ha añadido a partir de su conocida sentencia *Maastricht*, de 12 de octubre de 1993<sup>128</sup>, una limitación de tipo competencial: la actividad comunitaria debe sujetarse al *programa de integración*, expresión con la que se hace referencia al marco competencial establecido por los Tratados comunitarios, cuya superación supondría un supuesto de *ultra vires*.

Según veremos, el control del respeto del *programa de integración* es también reivindicado, con mayor o menor expresividad, no sólo por la CCI, sino también por el TC. El objetivo trazado para el presente capítulo, en este sentido, consiste en hallar en jurisprudencia extranjera las formulaciones que el TC no ha acabado de perfilar con precisión pero que, puede afirmarse, o bien se sitúan ya en el imaginario de sus pronunciamientos, o bien parece ser la línea va consolidando, entre otras cosas, aunque no exclusivamente, por la innegable influencia que, especialmente el tribunal germano, viene ejerciendo en el ámbito de la integración comunitaria. Por tal razón, se realizarán referencias a la jurisprudencia del TC que hemos tenido ocasión de examinar.

Junto con dicho propósito, en realidad la finalidad principal es la de poder contar con una mejor definición de lo que denominaremos *monismo estatalista* (o *soberanista*), posición que frente al *monismo comunitarista* representado por la jurisprudencia del TJ constituyen los dos polos del debate en torno a las implicaciones constitucionales de la integración comunitaria. Como se desarrollará a partir del tercer capítulo, el objetivo, ante el carácter insatisfactorio que, ya adelantamos, ofrecen ambas posturas, es el de poder hallar una *tercera vía*, una propuesta teórica distinta.

## **2. La determinabilidad de las competencias atribuidas. La sentencia *Maastricht* del TCF y el *programa de integración***

---

<sup>128</sup> Sentencia de 12 de octubre de 1993, *BVerfGE* 89. Existe una traducción al castellano en *RIE*, núm. 3, 1993, páginas 975 a 1030. Existe, por otra parte, una página web del TCF (<http://www.bverfg.de>) en la que se pueden encontrar las resoluciones de dicho tribunal. Además existe una recopilación de todas (hasta la fecha de publicación) las resoluciones del TCF recaídas en materia de relación entre Derecho comunitario y Derecho constitucional alemán: Hummer/Simma/Vedder/Emmert, *Europarecht in Fallen*, Nomos, Baden-Baden, 1996.

## 2.1 La sentencia Maastricht y el programa de integración

Como acabamos de indicar, en el caso de Alemania, a esa idea de contenidos materiales constitucionales resistentes al empuje de la normativa comunitaria habría que sumar lo que en la sentencia *Maastricht* califica el TCF con el nombre de *programa de integración*<sup>129</sup>, desde el que se marca la línea divisoria entre los ámbitos atribuidos y los no atribuidos, cuya superación supondría un supuesto de *ultra vires* que, por ir más allá del ámbito aceptado expresamente por el Estado, debería ser rechazado (declarando su inaplicabilidad en territorio germano) por el TCF, independientemente de que el contenido de lo regulado contraviniera materialmente algún mandato constitucional.

Concretamente, en la sentencia mencionada el TCF viene a considerar como atentatorio de la Ley Fundamental de Bonn (LFB) el supuesto en que “una Ley que abre el ordenamiento jurídico alemán a la vigencia y aplicación directas del Derecho de las Comunidades Europeas no establece con un grado de determinabilidad suficiente los derechos de soberanía cedidos para su ejercicio, así como el *programa de integración* pretendido”. Tras advertir al legislador nacional, el TCF pasa a avisar a las instituciones comunitarias de que, como consecuencia de lo anterior, las “modificaciones esenciales posteriores del *programa de integración* establecido en el Tratado de la Unión, así como de sus habilitaciones y apoderamientos, no estarían cubiertas por la Ley de ratificación de dicho Tratado” (cursivas añadidas).

El TCF, estableciendo un límite cuantitativo a los poderes que puede ser atribuidos por la ley estatal de apertura, declara que la cesión de soberanía a un ente supranacional, no resulta contrario al art. 38 de la LFB, artículo en virtud del cual se reconoce el derecho a participar a través del sufragio en la legitimación democrática del poder, “siempre y cuando

---

<sup>129</sup> En realidad esta expresión ya fue utilizada anteriormente por el propio TCF, concretamente en el fallo del asunto *Eurocontrol*, Auto de 23 de junio de 1981 (*BVerfGE* 58), al que posteriormente se aludirá. Igualmente, en el asunto *Kloppenburg* (sentencia de 8 de abril de 1987, *BVerfGE* 75), el TCF aunque parece reconocerle al TJ competencia exclusiva en materia de interpretación de la normativa comunitaria sin, en principio, establecer salvedades (consecuencia directa por otra parte del art. 220 TCE), en última instancia no renuncia a controlar los límites de la atribución competencial realizada en los Tratados. La necesidad de este tipo de control fue reclamada también por parte de la doctrina alemana, incluyendo al ponente de la sentencia *Maastricht*, Kirchhof. P., “Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht”, *Europarecht (EuR)*, supl. 1, 1991, páginas 11 y siguientes.

tal cesión no suponga un vaciamiento absoluto de los poderes del *Bundestag*”, supuesto que se daría en caso de indeterminabilidad de las competencias atribuidas<sup>130</sup>.

Tras ello, el TCF constata que el TUE y, en especial el TCE, “se rigen por el principio de atribución de competencias singular y restringida”, por lo que sólo si la Comunidad actuara más allá de tales atribuciones se daría en la práctica una indeterminación competencial de la que derivaría una vulneración del art. 38 citado. De ahí la importancia de que el TCF siga pudiendo controlar el cumplimiento del programa de integración.

Se ha criticado que el TCF centre su respuesta a partir del enjuiciamiento de la contradicción del TUE exclusivamente con el art. 38<sup>131</sup>, cuando en realidad la ocasión demanda entrar en el análisis sobre la verdadera dimensión de la llamada *cláusula de congruencia estructural* del art. 23.1 LFB, en virtud de la cual, como luego se comentará, se exige una mínima homogeneidad entre la estructura institucional y jurídica de la Comunidad y la del Estado alemán, erigiéndose como uno de los elementos esenciales el respeto del principio democrático<sup>132</sup>. De esta manera, el TCF desaprovecha la ocasión para afrontar de manera directa y sobre la base de lo que dé de sí el nuevo art. 23.1 el tan denunciado “déficit democrático” de la Comunidad<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Concretamente el TCF, basándose en lo ya establecido en la sentencia sobre el asunto *Eurocontrol*, advierte de que si una ley que abra el ordenamiento jurídico alemán a la validez y aplicación inmediata del Derecho de las Comunidades Europeas no establece de manera suficientemente determinable los derechos transferidos para su asunción y el programa de integración previsto, se haría posible, en su indeterminación, que las Comunidades procediesen a “la utilización de funciones y competencias no mencionadas”, lo que “equivaldría a una autorización general y por ello a un desapoderamiento contra el que ampara el artículo 38 LF” (C I 3).

<sup>131</sup> La sentencia *Maastricht* resuelve un total de cinco recursos interpuestos contra la Ley de ratificación del TUE y la Ley de reforma constitucional que incorpora a la LFB un nuevo art. 23 y de la totalidad de motivos alegados en dichos recursos, solamente uno, el de la posible vulneración del art. 38, es considerado admisible por el TCF.

<sup>132</sup> Tomuschat se muestra especialmente crítico por esa falta de consideración específica recordando, no sin una cierta ironía, que hubiese sido deseable que el TCF reparara que entre el trabajo publicado por el ponente de la sentencia *Maastricht* (Paul Kirchhof) sobre la defensa del principio democrático y el proceso de integración comunitaria y el fallo de la sentencia había sido incorporado un nuevo precepto al texto constitucional que el TCF está llamado a asegurar. Tomuschat, Ch., “Die Europäische Union...”, ob. cit., p. 489 y siguientes.

<sup>133</sup> Como tendremos ocasión de comprobar, dicho déficit constituye uno de los puntos centrales de las argumentaciones que dan forma a las posturas que hemos denominado como de monismo *estatalista*. Valga sólo como primer apunte la idea recogida por Aparicio Pérez y González Ruiz: “se ha llegado a decir, remedando a Groucho Marx (“nunca sería miembro de un club en que se me aceptaran como socio”), que, si

Sea como sea, de las afirmaciones de la sentencia referidas al programa de integración se deriva una negativa de que la *Kompetenz-Kompetenz* (la competencia sobre la competencia), esto es, la competencia sobre la determinación de los límites competenciales a la actuación comunitaria, la tenga el ordenamiento comunitario. Según el TJ, dicha competencia recae en sus manos, por directa aplicación del art. 220 TCE (“El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado”). Según el TCF, esa la última palabra la tiene él, por cuanto la transferencia de derechos soberanos a la Comunidad se ha realizado en una esfera delimitada cuyo desbordamiento vulneraría el programa de integración sobre el que el pueblo alemán, por medio de sus representantes, ha aceptado en obligarse

El TCF, de este modo, realiza autoatribución de competencia que va más allá de lo establecido en su jurisprudencia anterior y en la del resto de tribunales constitucionales de los Estados miembros, que a lo sumo habían apuntado la cuestión sin afrontarla de manera directa<sup>134</sup>. En concreto, el TCF al referirse a la cuestión competencial había llegado a advertir de la necesidad de respetar el límite impuesto por los Tratados, pero partiendo siempre del reconocimiento de la facultad del TJ para concretar las competencias comunitarias<sup>135</sup>. No cabe pues ninguna duda que la introducción de la noción de *programa*

---

la C. E. E. Solicitara su ingreso en la propia C. E. E., tendría que ser rechazada por no poseer un sistema democrático. Esta ácida ocurrencia no se refiere sólo al “déficit democrático” de sus órganos de decisión (...) sino también a la ausencia de reconocimiento y protección de un marco estable de derechos fundamentales”. Aparicio Pérez, M. A., González Ruiz, F., *Acta Única y Derechos Fundamentales*, Signo, Barcelona, 1992, p. 43. Más adelante volveremos sobre estas cuestiones.

<sup>134</sup> Por ejemplo, la Corte Costituzionale italiana ya en su sentencia de 22 de octubre de 1975 (asunto *Industrie Chimiche Italia Centrale*, a la que luego se aludirá) afirma que “la transferencia a las instituciones de las Comunidades de la potestad para promulgar normas jurídicas, *sobre la base de un criterio preciso de reparto de competencias en determinadas materias...* no puede tener como consecuencia la privación radical de toda eficacia a la voluntad soberana de los órganos legislativos de los Estados miembros...” (cursivas añadidas). Igualmente, como señala Benazzo, se ha referido a la prevalencia de la normativa comunitaria “en el ámbito de competencias a ella reservada” (sentencia de la CCI 482/1995), o ha hablado, desde la otra cara de la moneda, de inaplicación de la normativa interna en “el ámbito material dentro del que las competencias comunitarias están legitimadas” (sentencia de la CCI 389/1989). Benazzo, A., “Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 5, 1988, p. 843 (páginas 835 a 878).

<sup>135</sup> Así, en la sentencia de 8 de abril de 1987 sobre el asunto *Kloppenburger* (BverfGE 75). Por medio de este pronunciamiento, el TCF incorpora considera vulneración del derecho fundamental de acceso a la justicia y a un juez predeterminado por la ley la negativa arbitraria a instar el recurso prejudicial ante el TJ en los casos previstos por el art. 234 TCE. En el caso que se juzgaba, El *Bundesfinanzhof* había optado, sin acudir al TJ, por no considerar el efecto directo de una Directiva (concretamente la sexta Directiva sobre impuestos indirectos), en contra de los criterios expresados previamente por el TJ.

de integración como parámetro de control constitucional constituye un auténtico hito jurisprudencial, como por otra parte lo confirma el extraordinario debate generado, incluso antes de su emisión, alrededor del mismo<sup>136</sup>.

El Tribunal de Karlsruhe reivindica el límite competencial como freno a la tendencia anterior “de ampliación dinámica”, fenómeno que venía acompañando el desarrollo de la integración especialmente a partir del llamado *Compromiso de Luxemburgo* (1968). En virtud de tal acuerdo, los Estados miembros, una vez asegurado el derecho de veto sobre las decisiones del Consejo, vieron con buenos ojos dicha ampliación auspiciada además por la jurisprudencia del TJ<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Las opiniones tanto a favor como en contra, ya sea de manera frontal o de un modo algo más matizado son numerosísimas. Entre las opiniones a favor pueden citarse las siguientes: Hofmann, R., “Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte”, *Beiträge zum ausländische öffentlichen Recht und Völkerrecht*, 118, Berlin, 1994, donde opina que forma parte del propio contenido del art. 23 LFB el otorgamiento de dicha competencia al TCF; Scholz por su parte se alinea también con las tesis del TCF anticipándolas en Scholz, R. “Wie lange bis Solange-III?”, *NJW* 1990, páginas 941 a 946; en el mismo sentido, Ossenbühl, F., “Diskussionbeitrag”, en Hommelhoff/Kirchhof (eds.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, C. P. Müller, Heidelberg, 1994, páginas 107 a 109; finalmente, Horn, H. D., “Grundrechtsschutz in Deutschland. Die Hoheitsgewalt der EG und die Grundrechte des Grundgesetzes nach dem Maastricht-Urteil des BVerfGE”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL)*, núm. 2, 1995, páginas 89 a 96. Radicalmente en contra se muestran, por su parte: Steinberger, H., “Anmerkungen zum Maastricht-Urteil des BVerfGE”, en Hommelhoff/Kirchhof (eds.), *Der Staatenverbund...*, ob. cit., páginas 31 a 34; el mismo autor también expresa una opinión semejante en “Die EU im Lichte der Entscheidung der BVerfGE”, *ZEW*, Bonn, páginas 31 y siguientes; Zuleeg, M., “The European Constitution under constitutional constraints”, *European Law Review (ELR)*, núm. 22, 1997, páginas 19 a 34; Lenz, C. O., “Der Europäische Gerichtshof und das Maastricht Urteil des BVerfGE”, *Der Vertrag über die EU und seine Auswirkungen auf die deutsche Wirtschafts und Arbeitsverfassung*, C. B. Beck, Munich, 1996, páginas 37 a 42; Schockweiler, F., “Zur Kontrolle der Zuständigkeitsgrenzen der Gemeinschaft”, *EuR*, núm. 2, 1996, páginas 123 a 136; Fromont, M., “Europa und nationales Verfassungsrecht nach dem Maastricht-Urteil. Kritische Bemerkungen”, *JZ*, vol. 50, núm. 17, 1995, páginas 800 a 803; Frowein, J., “Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassbarkeit”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, núm. 54, 1994, páginas 1 a 16; Weber, A., “El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada”, *REDC*, núm. 45, 1995, páginas 31 a 51. Como representante de una crítica más suave podemos citar a König, quien pese a comulgar en parte con las tesis del TCF, considera que a éste le “corresponde la tarea de decidir en último término si el legislador ha respetado los límites constitucionales a él opuestos. De esta manera debe asegurar que el vínculo del legislativo al orden constitucional no queda vacío de contenido. Pero esta idea no se puede traducir en el reexamen del derecho secundario comunitario, y por ello los órganos europeos están jurídicamente vinculados no a la Constitución alemana, sino al Derecho comunitario”. König, D., “Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Maastricht: ein Stopperstein auf dem Weg in die Europäische Integration?”, *ZaöRV*, núm. 54, 1994, páginas 17 a 94.

<sup>137</sup> Firmado por los Estados miembros el 28 de enero de 1966 (Adoptado en reunión extraordinaria del Consejo, celebrada en Luxemburgo los días 17,18,28 y 29 de enero de 1966, *Bol. CE*, n.º 3/1966). En su virtud se estableció que al menos en las decisiones más relevantes, el Consejo tuviera que buscar el consenso, garantizando así el derecho de veto de cada uno de los Estados y dando con ello un vuelco de gran envergadura al proyecto supranacional que el proceso de integración preveía. A pesar de tratarse de un acuerdo sin capacidad de reformar los Tratados ni de vincular jurídicamente, la regla de la unanimidad se impuso de hecho y se ha venido observando de manera generalizada, sobre todo tras la primera ampliación de

Tras la conclusión del Acta Única Europea (17 de febrero de 1986), el derecho de veto cede terreno a la votación mayoritaria en el Consejo, y además se asiste a una ampliación competencial en el marco de las reformas de los Tratados, primero en el AUE y después mediante el Tratado de Maastricht. Ante estas circunstancias, el TCF reacciona exigiendo la delimitación de los contornos en los que se va a desarrollar la Comunidad/UE, cuya actividad, además de ampliarse cuantitativamente, lo hace también cualitativamente (tipo de competencias, de lo singular a lo sectorial).

El TCF reacciona a una dinámica normativa de expansión competencial que puede desembocar, y hay quienes sostienen que ya lo ha hecho, en la superación de uno de los caracteres definitorios del sistema competencial comunitario, como es el principio de atribución limitada de competencias (constatado por la sentencia del TJ *Van Gend en Loos*)<sup>138</sup>. Como apunta Weiler, si este principio decae arrastra con él el fundamento a partir del cual los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario lograron abrirse paso y consolidarse en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales (se trata de una expresión la relación entre *exit* y *voice* que ya fue analizada en el capítulo anterior)<sup>139</sup>.

---

miembros de la Comunidad, hasta los cambios introducidos por el Acta Única Europea, que dan cuerpo a la Declaración que ya en la Cumbre de París de 1974 realizaron los jefes de Estado y de gobierno sobre la necesidad de renunciar a la citada regla. Y esta situación fáctica, que no olvidemos que ha conllevado durante veinte años un bloqueo significativo de la actividad normativa del Consejo, se ha dado pese a que el contenido del compromiso tampoco apuntara tan alto, puesto que, recordemos, en realidad hacía referencia a que el consenso tan sólo debería buscarse en las decisiones en las que se pusieran en juego “intereses muy importantes de una o de varias partes”. El citado compromiso, de hecho dejaba un margen muy amplio de apreciación ya que además de referirse a “intereses muy importantes”, establecía que en caso de darse tales intereses, la obligación de lo Estados consiste en esforzarse “en un plazo razonable por llegar a soluciones que podrán ser adoptadas por todos los miembros del Consejo, en el respeto de sus intereses mutuos y a los de la Comunidad...”, insistiendo además que sólo Francia estimaba que tratándose de “intereses muy importantes”, “la discusión deberá continuar hasta que se haya llegado a un acuerdo unánime”, y todavía más, se quiere dejar claro que “las seis delegaciones hacen constar que subsiste una divergencia sobre lo que debería hacerse en el caso en que la conciliación no se lograra completamente”, con lo que parecen dejar la puerta abierta a recuperar la vigencia efectiva de las previsiones de los Tratados en cuanto a la aplicación del voto por mayoría cualificada. Hay que esperar a los años ochenta para encontrar excepciones, contadas, como el caso de la negativa que dio el Consejo durante la presidencia belga en 1982 a considerar vital el interés alegado por el gobierno británico con el fin de bloquear la fijación de los precios agrícolas por sus desavenencias respecto a los desequilibrios presupuestarios que la política agrícola les provocaba.

<sup>138</sup> Sentencia de 5 de febrero de 1963, (*Van Gend en Loos*, asunto 26/62) ya citada.

<sup>139</sup> Weiler, J. H. H., “La transformación de Europa”, *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, p. 81 (páginas 13 a 126).

A partir de esa idea, la sentencia se apoya en las previsiones del TUE referidas a los procedimientos de reforma de su texto, en los que se exige el consentimiento de todos y cada uno de los Estados miembros (art. N, actual art. 48, TUE), para trazar así la línea que separa el desarrollo aplicativo, jurisprudencial, de las previsiones del Tratado y lo que constituye una reforma del contenido de lo previsto (la medida de lo “determinable”), advirtiendo que en caso de superar esa barrera “una interpretación semejante de normas competenciales no desplegaría en Alemania eficacia vinculante alguna” (C II 3b).

Resulta interesante reparar en cómo el TCF vincula los límites a la integración que impone la LFB no sólo a partir de la interpretación aislada de algunas de sus previsiones, como es el caso del art. 38.1 ya comentado, sino sirviéndose del límite impuesto por el contenido de la *ley de ratificación* (ley mediante la que se presta el consentimiento), que a su vez debe enmarcarse en las previsiones generales sobre integración que la Constitución contempla: los artículos 23 y 24 LFB. Según veremos, en el caso italiano, el acento se pondrá en la ley de autorización, de modo que la contradicción de una norma comunitaria con la Constitución deberá llevar a la anulación de la ley que permitió la apertura ordinamental, según veremos.

En el caso alemán, una vez ratificada la constitucionalidad de la ley de autorización, el exceso competencial comunitario deberá reputarse inconstitucional, ya que “no quedaría cubierto por la ley de ratificación y, por consiguiente, no sería jurídicamente vinculante en el Estado miembro alemán” (C II 2b). Así, en el ámbito de la delimitación competencial, la sentencia que comentamos expresa una aceptación claramente condicionada de la previsión contenida en el Tratado de Maastricht en función de la que “la Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas” (art. F 3 TUE).

Pero merece la pena destacar que lo que hace el TCF es de alguna manera conectar la vertiente material y la competencial, pues establece como medida de control el contenido de la ley de ratificación (el *programa de integración*), pero no de manera aislada sino en conexión con el principio democrático consagrado por el art. 38.1 LFB, previsión que además concreta para el proceso de integración en la UE el art. 23.1 LFB. En este sentido, el TCF advierte que en tal caso “los órganos del Estado alemán se verían impedidos *por motivos constitucionales* de aplicar esos actos jurídicos en Alemania. En consecuencia, el

TCF verifica si actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos se atienen a los límites de los derechos de soberanía a ellos otorgados o si, por el contrario, los trascienden” (C I 3) (cursivas añadidas).

El planteamiento del TCF refleja su trascendencia por sí sólo, de modo que no resulta necesario añadir muchos más comentarios. Atendiendo a que hasta el momento la cuestión competencial había pasado casi desapercibida, puede sin embargo apuntarse que, en cierta medida, por medio de la sentencia *Maastricht* parece como si “la Bella durmiente” (de Karlsruhe)<sup>140</sup>, se levantara tras años de letargo, y al abrir los ojos quisiera volver a momentos anteriores (o quien sabe si soñados) de disfrute de la propia soberanía.

Lo cierto es que el reclamo efectuado por el TCF sitúa con claridad el terreno del conflicto entre ordenamientos y concretamente entre jurisdicciones (TJ y TCF)<sup>141</sup>.

De todas formas, no hay que pensar que se trata tan sólo de una batalla entre jurisdicciones por ver quién ostenta la última palabra en la cuestión competencial. Así, en algunas ocasiones han sido los propios representantes gubernamentales los que han mostrado su desacuerdo con la dinámica normativa de carácter expansivo impulsada por las instituciones comunitarias. Uno de los ejemplos más claros es el del Gobierno danés, que a continuación será referido con brevedad.

## 2.2 La determinabilidad de las competencias cedidas: el caso danés

La exigencia sobre el carácter necesariamente determinable de las competencias cedidas llevó a los representantes gubernamentales del Estado danés<sup>142</sup> a reaccionar ante la

---

<sup>140</sup> Calificativo empleado por Weiler, J. H. H., “The State «über alles». Demos, Telos and the German Maastricht Decision”, en Due, Lutter, Schwarze (eds.), *Festschrift für Ulrich Everling (II)*, Nomos, Baden-Baden, 1995, páginas 1651 a 1688. Publicado también en una versión alemana, “Der Staat «über alles». Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 91, 1996.

<sup>141</sup> Para un comentario más detallado, ver López Castillo, A., “De integración y soberanía. El Tratado de la Unión Europea ante la Ley Fundamental alemana”, *REDC*, núm. 40, 1994, páginas 207 a 240. El mismo autor llega a calificar como próxima al “improperio” la rotundidad con la que el TCF insiste “en la necesaria contención de unas potestades, facultades y/o competencias que no deberían extralimitarse del programa de integración que el legislador consintiera mediante ley”, López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., p. 248. Por su parte, Pescatore habla de “decisión ofensiva” para referirse a la sentencia *Maastricht* en general. Pescatore, P., “La interpretación del Derecho comunitario por el juez nacional”, *RIE*, núm. 1, 1996, p. 29 (páginas 7 a 31).



dinámica de ampliación competencial comunitaria principalmente a partir del uso (o abuso según el enfoque) de la cláusula del art. 308 TCE<sup>143</sup>.

La Constitución danesa supedita la cesión de competencias a instancias internacionales al carácter específico de las mismas (“en una medida determinada” exige su Sección 20). En este sentido, al margen de la intervención del Gobierno danés, el Tribunal Supremo danés tuvo ocasión de pronunciarse ante la alegación de que la ratificación del Tratado de Maastricht podía comportar la posible vulneración del precepto constitucional mencionado (sentencia de 6 de abril de 1998)<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Concretamente, fue en el curso de una reunión del Consejo celebrada en marzo de 1980, cuando el Ministro de exteriores del citado país, afirmó que “mientras el Gobierno danés confirma plenamente la máxima aplicación del artículo 235 (actual 308) cuando todas las condiciones del precepto han sido plenamente respetadas, no puede, por las razones aducidas –límite constitucional de la especificidad de la cesión impuesto por su Sección 20–, unirse a una construcción que haría ilusorio el contenido del artículo”. Tales afirmaciones las realizó después de mostrarse de acuerdo en términos generales con la utilización de la mencionada cláusula, aunque poniendo en duda, no obstante, su utilización en ciertas ocasiones, en especial en lo referente a “la cooperación en general con relación a la salud pública, libre circulación de personas desconectadas de la vida económica, y la protección de la naturaleza” (concretamente uno de los ejemplos citados era el de la Directiva sobre la protección de aves silvestres aludida en la nota anterior). Las citas están extraídas de Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., p. 542. Merece la pena consultar también a Lachmann, P., “Some Danish Reflections on the use of article of the Rome Treaty”, *Common Market Law Review (CMLRev)*, vol. 18, núm. 4, 1981, páginas 447 a 461.

<sup>143</sup> Se trata de una título competencial subsidiario ya que está previsto como instrumento al que acudir sólo en caso de que el conjunto de competencias específicamente otorgadas a las instituciones (competencias funcionales) no sean suficientes, pese al carácter abierto de algunas de ellas, para cumplir los objetivos comunitarios (competencia material de la Comunidad). De ahí que también haya recibido el nombre de “cláusula de imprevisión” (Martín y Pérez de Nanclares, J., *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 214). En su virtud, “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”. Con ello, y sin necesidad de recurrir a una reforma de los Tratados, se faculta al Consejo para que él mismo, a propuesta de la Comisión y previa consulta del PE, amplíe sus poderes, sus competencias, desde un punto de vista funcional. No se amplían los objetivos comunitarios, la competencia material de la Comunidad; se amplían los poderes específicos, la competencia funcional, para cubrir tales objetivos. En definitiva, el recurso al art. 308 le sirve a la Comunidad por un lado para ver reforzados algunos ámbitos de actuación en los que las acciones previstas sean limitadas, y por otro lado para introducirse en ámbitos de actuación nuevos a partir de políticas para las que no existen poderes específicos atribuidos. Así por ejemplo, ha sucedido en ámbitos como la protección del medio ambiente y la protección de consumidores, políticas no previstas inicialmente en el marco de los Tratados que en posteriores revisiones, concretamente la del AUE y el TUE, como consecuencia precisamente de haber sido ya puestas en práctica gracias a la utilización de la vía del art. 308, han sido incorporadas en el propio texto de los Tratados. Como ejemplos normativos concretos con tal base competencial pueden citarse las Directivas de 16 de junio de 1975 sobre calidad de las aguas (DOCE nº L 194 de 25 de julio de 1975), o la de 2 de abril de 1979 sobre conservación de aves silvestres (DOCE nº L 103 de 25 de abril de 1979), por aludir a ejemplos medioambientales y previos a la inclusión de tal competencia en los Tratados.

Por medio de esta resolución, concretamente en el fundamento 9.2, el Tribunal Supremo danés niega que la Comunidad pueda ejercer la posibilidad de determinar unilateralmente el alcance de los propios poderes (*Kompetenz-Kompetenz*). La consecuencia que de ello se deriva es la atribución a los órganos jurisdiccionales daneses de la competencia para inaplicar aquellas disposiciones comunitarias que recaigan en *ultra vires*, o aplicarlas en los márgenes de una interpretación que, aunque contrarie la efectuada por el TJ, resulte conforme a lo realmente transferido a la Comunidad (fundamento 9.6). Ahora bien, hay que decir que la sentencia se muestra más cautelosa que el pronunciamiento del TCF y exige que se trate de supuestos en los que el desbordamiento competencial sea palmario y siempre que previamente se haya acudido en vía prejudicial ante el TJ buscando un pronunciamiento aclaratorio.

### **2.3 El control de los los actos comunitarios en *ultra vires* a partir de jurisprudencia del TC y un apunte del debate doctrinal**

#### *2.3.1 El control de los los actos comunitarios en ultra vires a partir de jurisprudencia del TC*

En cuanto a nuestra realidad constitucional, ya sabemos que en los pronunciamientos del TC es difícil hallar planteamientos que de manera explícita y directa afronten cuestiones como la relativa al control de los límites competenciales. Como vimos, en su mejor ocasión hasta el momento, que fue la de la DTC 108/92, el Alto Tribunal prefirió no asomarse demasiado a la complejidad del art. 93 y al hacerlo, según se dijo, asumió un papel protagonista en la consolidación de la incertidumbre que rodea las cuestiones relacionadas con la interrelación entre el Derecho comunitario y el sistema jurídico español.

---

<sup>144</sup> Los recurrentes apoyaron sus alegaciones especialmente en el uso dado al art. 235 TCEE, haciendo referencia a Directivas como la 79/409 sobre conservación de aves silvestres o las Directivas 90/364-366 por las que se ampliaba el ámbito personal del derecho de residencia, así como a la jurisprudencia del TJ, considerada como creadora de Derecho y no de mera aplicación. Para más datos, ver Dyberg, P., “La Constitución danesa y la Unión Europea II”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo (RDCE)*, núm. 4, 1998, páginas 573 a 591. Ver también Hoegh, K., “The danish Maastricht judgement”, *ELR*, núm. 24, febrero, 1999.

De nuevo, debemos extraer del conjunto de alusiones vertidas en las distintas sentencias que conforman la jurisprudencia del TC en la materia una conclusión al respecto. De la negativa del TC a considerar que el art. 93 tiene por misión no sólo posibilitar la atribución del ejercicio de competencias a instancias supranacionales, sino que además debe ser capaz de dar respuesta a las situaciones que se pueden derivar de dicha atribución, y además del hecho que la ley de atribución no haya introducido más contenido que el de la aceptación formal por parte del legislador orgánico de la vinculación a los Tratados comunitarios, no se puede deducir que, llegado el caso, nuestro TC no se considerara competente para controlar normativa comunitaria que incurriera en *ultra vires*.

El *programa de integración* del que habla el TCF es el contenido en los propios Tratados que hayan el fundamento de su vinculatoriedad en España en el art. 93 y concretamente en la aceptación que las Cortes Generales vehiculan a través de la ley orgánica a que éste se refiere. Si recordamos, pese a plantear en el ámbito teórico una separación absoluta entre los ordenamientos comunitario y estatal, cuando lo que está en juego es la salvaguarda de algún mandato constitucional el TC no duda en deshacer dicha separación con tal de asegurar la primacía del ordenamiento constitucional interno. En efecto, para argumentar el carácter no recurrible en amparo de una norma del poder público comunitario, el TC se basa en que las normas de Derecho comunitario cuentan con específicos medios de tutela, pero a partir de ahí, lejos de desembocar en el respeto incondicionado de las decisiones que tales medios propios de tutela acuerden, acaba afirmando que “el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia” (STC 64/1991, caso *APESCO*, FJ 4º), y que todo acto de poder público español se sujeta a dicho canon, por mucho que actúe en aplicación de una disposición comunitaria

Con estos antecedentes, no resultaría complejo llegar al acuerdo de que entre los planteamientos del TC no se hallan por ahora los de renunciar a la *Kompetenz-Kompetenz* en favor del TJ. Aunque no se haya pronunciado de manera expresa, a partir de la máxima de que toda norma que deba ser aplicada en España debe resultar acorde con los mandatos constitucionales, y de que entre tales mandatos se halla el respeto a las atribuciones competenciales que la Constitución realiza respecto de los poderes públicos españoles, se deriva necesariamente el hecho de que las atribuciones competenciales a que da pie el art.

93 constituyen excepciones específicas a lo previsto constitucionalmente en cuanto al sujeto encargado de ejercitar las competencias. Y de ese carácter excepcional, se derivaría la exigencia de determinabilidad de las atribuciones contenidas en los Tratados, susceptibles pues de un control *a priori* antes de la ratificación de los mismos, y como correlato a esta facultad, un control *a posteriori* de los términos en que esas atribuciones se concretan por parte de las instituciones comunitarias.

En definitiva, se exigiría el respeto de los ámbitos competenciales específicos contenidos en los Tratados, que no por constituir norma superior del ordenamiento comunitario dejan de ser normas integrada dentro del ordenamiento español y por tanto sometida a la Constitución y sus previsiones tanto materiales como de atribución de competencias a los distintos poderes públicos que actúan en nuestro territorio.

### *2.3.2 Breve apunte del debate doctrinal en la materia*

Nuestra doctrina, a la que aludiremos con brevedad ya que será tratada en el próximo capítulo, recoge diversidad de pareceres en la materia que analizamos. A partir de una lectura apegada a las exigencias que realiza el TJ, Requejo considera que “con la adhesión a la Comunidades no sólo se ha integrado en el Ordenamiento nacional las normas comunitarias existentes en aquel momento, sino, también, cuantas de éstas puedan derivarse en el futuro”, en un “proceso abierto e indefinido”<sup>145</sup>; de tal aceptación se deriva una conjunción de ordenamientos cuya articulación se basa en la primacía de las normas del sistema comunitario, “y dado que la ordenación de sistemas se resuelve a favor de la preferencia aplicativa de los externos, es claro que serán los órganos tutelares de tales sistemas los que terminen por preterir, en sus funciones, a los garantes de la juridicidad de los sistemas internos”<sup>146</sup>.

En este orden de cosas, “es claro que los órganos judiciales internos ven cercenadas sus facultades de selección de la norma aplicable, por cuanto los tribunales de los sistemas externos pueden dar por válida una norma que para aquellos no lo era y que, siéndolo,

---

<sup>145</sup> Requejo Pagés, J. L., *Sistemas normativos...*, ob. cit., p. 35.

produce como efecto la preterición de la norma nacional. En último término, por tanto, determinar cuál sea la norma aplicable es cuestión que compete a los Tribunales foráneos”<sup>147</sup>.

López Castillo, por su parte, critica con contundencia a la doctrina del *programa de integración*: “la noción de programa de integración ha de considerarse una de las creaciones más maleables de la jurisprudencia (para)comunitaria del TCF”. Elevando el tono crítico, para el mismo autor, la doctrina del TCF “indudablemente supone una manifiesta intromisión de la jurisdicción de un Estado miembro en el ámbito competencial que... es propio y exclusivo del TJ (...). Esta pomposa doctrina del TCF no se tiene en pie (...). El fondo iusinternacionalista, confederal o *soberanista*, de esta pretensión jurisprudencial se alza, así, desafiante frente a una cierta inercia comunitarista que ciertamente puede y debe ser combatida, pero no de modo unilateral y decisionista, sino comunitariamente y por (medio del) derecho, si es que como postula el nuevo art. 23.1 LF se pretende afianzar y aun proseguir en la vía de la integración comunitaria”<sup>148</sup>.

Por el contrario, Rubio Llorente ha querido mantener que la Constitución es “el fundamento de la legitimidad del poder y la medida con la que se ha de contrastar la validez de todas las normas jurídicas subconstitucionales, tanto desde el punto de vista de su contenido como *desde el punto de vista de la competencia* del órgano que las adopta y del procedimiento seguido para producirlas (...). Es justamente esta función de legitimación del poder y de fundamentación de la validez del derecho que las Constituciones nacionales llevan a cabo la que hace necesario plantear en términos constitucionales el problema de la integración”<sup>149</sup> (cursivas añadidas).

---

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>148</sup> López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., páginas 506 a 508. Por su parte Pérez Tremps expresa de manera clara que la competencia sobre el control de la regularidad del Derecho derivado es del TJ, quien debe solventar las dudas sobre la base competencial de los actos comunitarios. Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., páginas 189 y 190. En el mismo sentido, Solozábal Echevarría, J. J., “Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea”, *Revista de Estudios Políticos (REP)*, núm. 90, 1995, páginas 45 a 67).

<sup>149</sup> Rubio Llorente, F., Prólogo a la obra de Requejo Pagés, J. L., *Sistemas normativos...*, ob. cit., p. XIX.

Otra vía argumentativa para llegar al mismo destino es la que ofrece Cabellos<sup>150</sup>, quien refiriéndose a la regulación de los derechos fundamentales cuyo desarrollo exige, *ex art. 81.1 de la Constitución, ley orgánica*, apela a una interpretación analógica a los supuestos en los que sea una norma comunitaria la que de algún modo incida en la regulación de su ejercicio. Concretamente, el citado autor hace referencia a la jurisprudencia del TC según la cual si bien no puede hablarse de un derecho autónomo *strictu sensu* a la regulación por ley orgánica del desarrollo de los derechos fundamentales, si que existe un derecho a que sean observadas las garantías previstas por la Constitución para tales derechos, entre las que se haya la reserva de ley orgánica, “cuya vulneración supone la del mismo derecho” (STC 140/86, de 11 de noviembre, FJ 6º)<sup>151</sup>.

A partir de ahí, afirma el autor, “la mera regulación del desarrollo de un derecho en norma que no es ley orgánica, cuando era exigible tal carácter, supone por eso mismo vulneración de una de las garantías del derecho y por ello de este mismo. La misma idea se podría trasladar, *mutatis mutandis*, al supuesto de desarrollo en norma comunitaria si y sólo si de los Tratados consentidos a través de la ley orgánica de autorización no es posible extraer base competencial”. Por ello, una vez que el TJ se hubiese podido pronunciar en vía prejudicial, el TC tendría la última palabra, “pues lo contrario supondría (...) hacer dejación de su obligación (la del TC) de tutelar los derechos de los individuos y sus garantías, que no se puede entender que haya sido sustraída por necesidades de la integración”.

Frente a una divergencia de planteamientos como la que hemos recogido, otra posibilidad es la de optar por una de las salidas planteadas aunque matizando sus efectos.

---

<sup>150</sup> Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, páginas 425 y 426.

<sup>151</sup> En la misma línea está la STC 159/1986, de 16 de diciembre, en cuyo FJ 2º se afirma que “el rango de la norma aplicable y, en su caso, el tipo de Ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos –Ley Orgánica o Ley ordinaria- constituyen una garantía de los mismos al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. La exigencia de... una Ley Orgánica... supone un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía –frente al mismo legislador- a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho... Por ello, si bien no puede hablarse de un “derecho al rango” de Ley Orgánica, como contenido del art. 17.1, sí puede afirmarse que el derecho a la libertad y seguridad reconocido en este artículo incluye todas las garantías previstas en diversos preceptos constitucionales y, entre ellas, las derivadas de los arts. 25.1, 53.1 y 81.1. La imposición, pues, de una pena de privación de libertad contenida en una norma que no posea el carácter de Ley Orgánica constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 de la Constitución y, por lo tanto, una vulneración del mencionado precepto constitucional...”.

Cabellos representa con habilidad esta opción<sup>152</sup> al indicar, una vez sentado su convencimiento sobre el papel del TC como último garante de la regularidad global del sistema, que “todo lo anterior no debe llevar a fundamentar una especie de control general por parte de los Tribunales Constitucionales internos cada vez que una medida comunitaria no tuviese un claro anclaje en un artículo de los Tratados, lo que sería tan perturbador para el devenir de la integración europea como, por paradójico que pueda parecer, la ausencia absoluta de todo control. El control podría ceñirse al ámbito de los derechos, dada su significación, y en concreto a intervenciones en su desarrollo que hayan de predeterminar o sustituir a las normas internas y carezcan de base competencial o, aunque la tengan, regulen un derecho de modo incompatible con su contenido esencial *ex Constitutione*. En cuanto a la base competencial –sigue el mismo autor- tampoco se trata de exigir que en la transferencia se habilite nominalmente a la Comunidad (...), pero sí al menos debe existir (...) una vinculación de la regulación del derecho con alguna de las competencias, aunque sea genérica, de la Comunidad”<sup>153</sup>. Concretamente, se trataría de acreditar la conexión del derecho regulado con la consecución del mercado interior.

Esta última aportación se ubica, y así es presentada, en la tarea de solventar no el *si* de la intervención, que ya está hecho, sino el *cómo* de la misma. Sin entrar en más detalles sobre ese *cómo*, lo que sí se deja claro es que “la negación de la posible intervención última del máximo garante de la Constitución supondría en tales supuestos (de regulación de derechos fundamentales con falta absoluta de cobertura, o vulneración de los mismos) sostener que, en el caso de nuestra Constitución a través del art. 93, puede ésta ser externamente reformada, o sufrir mutaciones en sus elementos fundamentales, en una especie de autorruptura constitucional”<sup>154</sup>.

Volvemos, inevitablemente, al argumento empleado por el TC cuando afirma que “el poder de revisión constitucional no es una «competencia» cuyo ejercicio fuera

---

<sup>152</sup> Otro ejemplo podría ser el de Walter, C., “Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé par la Court constitutionnelle fédérale allemande”, *Revue de Droit Public*, 5, 1997, páginas 1285 a 1300.

<sup>153</sup> Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, ob. cit., páginas 431 y 432.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 425. Ya se hizo referencia con anterioridad a la noción de autorruptura, a cuyo comentario hay que remitirse.

susceptible de cesión”, no siendo el art. 93 “cauce legítimo para la «reforma implícita o tácita» constitucional...” (DTC 108/92, FJ 4º).

Ya tuvimos ocasión de referirnos con brevedad al debate integración-reforma. Según vimos, constituye uno de los ejes clave del discurso del TC y, en efecto, se trata de una de las cuestiones que deberíamos acabar clarificando. Por el momento, no obstante, no ahondaremos en ella.

Sin embargo, merece la pena señalar que el debate no debe centrarse tanto en si una de las competencias atribuibles es la de reforma constitucional, pensando pues en una atribución expresa en tal sentido contenida en los Tratados<sup>155</sup>; más bien, el interrogante se sitúa en si la integración supranacional a la que nuestro ordenamiento se abre conlleva que la afectación de contenidos constitucionales por parte de la normativa supranacional resultante no suponga, estando permitida, ninguna reforma o mutación.

Estos mismos términos, que como vemos han sido el lugar al que nos ha llevado la discusión sobre la determinación de los límites competenciales de la actuación comunitaria, son los términos que acompañan el debate en torno a los límites materiales a la integración, de los cuales ya se ha comprobado cómo son manejados por la jurisprudencia constitucional española y que a continuación pasamos a examinar en el marco de la jurisprudencia constitucional germana y, posteriormente, la italiana<sup>156</sup>.

### **3. Límites materiales a la integración en la jurisprudencia del TCF hasta la sentencia *Maastricht***

---

<sup>155</sup> Ya conocemos sobradamente la posición del TC. Frente a la misma, Requejo, de nuevo, se desmarca afirmando sin rodeos que “en todo caso, el art. 93, por más que limitado a competencias derivadas de la Constitución, puede introducir efectos insospechados, pues entre las competencias susceptibles de atribución figuran también, obviamente, y en tanto que derivadas, las de reforma constitucional (...), pues si la reforma es una competencia que deriva de la Constitución, dado que el constituyente no la ha ejercido siquiera parcialmente (...) no hay razón alguna que permita sostener que de la genérica referencia del art. 93 se excluye, precisamente, el ejercicio de ese poder de reforma”. Requejo Pagés, J. L., *Sistemas normativos...*, ob. cit., páginas 27 y 33. En apoyo a este planteamiento, se podría además sostener que si la Constitución española hubiese querido excluir de las competencias transferibles las relativas al poder de revisión lo hubiera especificado como lo hacen otros textos constitucionales (concretamente el sueco y el noruego).

<sup>156</sup> Existe un estudio que aborda la cuestión de la protección comunitaria desde la perspectiva constitucional alemana e italiana: Cannizaro, E., “Tutela dei diritti fondamentali nell’ambito comunitario e garanzie costituzionali secondi le corti costituzionale italiana e tedesca”, *RDI*, 1990, n° 2, páginas 372 y siguientes.



### 3.1 Las primeras sentencias. El asunto *Solange*

En el desarrollo que la jurisprudencia del TCF ha tenido a lo largo de los últimos treinta y cinco años<sup>157</sup>, que como veremos cuenta con importantes variaciones, la primera resolución que cabe destacar es la sentencia de 18 de octubre de 1967 (asunto *Reglamentos comunitarios*)<sup>158</sup>, en la que el Tribunal de Karlsruhe, tras constatar que “los órganos de la CEE ejercen derechos de soberanía que los Estados miembros han cedido a favor de la Comunidad (...)” (C II 2 c), rechaza la posibilidad de enjuiciar vía amparo (*Verfassungsbeschwerde*, o queja de constitucionalidad que es el equivalente al recurso de amparo en nuestro sistema) la constitucionalidad de los Reglamentos comunitarios, puesto que “de la naturaleza jurídica de las Comunidades se desprende que los actos soberanos adoptados por sus órganos en el marco de su competencia (...) no son actos del poder público alemán (...)” (C II 2 d).

Pero el Tribunal no se contenta con trazar esa separación entre actos recurribles y actos no recurribles en amparo, sino que se atreve a considerar que incluso tratándose de una actuación de poder público alemán, si esta es en directa ejecución de la norma “externa”, deberá considerarse como actuación de poder público externo, pues de lo contrario “se desvirtuaría la distinción entre poderes públicos «alemanes» y poderes públicos «no alemanes», decisiva conforme a la jurisprudencia reiterada a la hora de determinar la competencia del Tribunal Constitucional Federal, ya que no puede actuar ningún poder supra o internacional en el ámbito de la República Federal de Alemania sin alguna participación del poder estatal alemán” (C II 3).

Como sabemos, a diferencia de este posicionamiento del TCF, que como acabamos de ver impide el control indirecto de la norma comunitaria a través de medidas de

---

<sup>157</sup> Su trascendencia ha hecho que sean numerosas las aportaciones doctrinales las que analicen esta jurisprudencia. Por citar sólo algunos ejemplos monográficos propios del panorama español: Baño León, J. M., “Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional”, *REDA*, núm. 54, 1987, páginas 277 a 285; López Castillo, A., “La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias de Derecho derivado en la República Federal alemana”. *REDC*, núm. 23, 1988, páginas 207 a 227; Rodríguez Iglesias, G. C., “Tribunales constitucionales...”, ob. cit., páginas 1175 y siguientes.

<sup>158</sup> *BVerfGE* 22. Se utiliza la traducción al castellano del *BJC*, núm. 57, 1986, páginas 122 y siguientes.

aplicación internas<sup>159</sup>, nuestro TC, según queda de manifiesto en sentencias como la del caso *APESCO*, no ha llegado a aceptar nunca hasta el momento que una actuación de un poder público español pueda quedar exenta de control de constitucionalidad.

Ya dijimos que tras la aparente voluntad de separar los dos órdenes normativos en realidad escondía el rechazo a aceptar la primacía del Derecho comunitario, incluso, como señala el TCF, *dentro de las competencias por ellas (las Comunidades) asumidas*, expresión que en la sentencia pasa algo desapercibida pero que de alguna manera puede contener la idea de *programa de integración* que bastante más adelante invocará el TCF.

Pese a la trascendencia del pronunciamiento recién aludido, cuyo contenido se explica de alguna manera dentro del contexto histórico de la Alemania de posguerra, lo cierto es que años más tarde el mismo Tribunal, después de seguir constatando la separación entre ordenamientos sin matización alguna que pusiera en duda la aplicabilidad del Derecho comunitario (sentencia de 9 de junio de 1971<sup>160</sup>), va a efectuar un golpe de timón dejando atrás el rumbo del incondicionado respeto a la doctrina del TJ. Así es, mediante la conocida sentencia de 29 de mayo de 1974 (asunto *Solange*)<sup>161</sup>, el TCF inicia una jurisprudencia que aunque con distintas fases, se ha mostrado beligerante con algunas de las premisas exigidas por el TJ.

Vale la pena tratar de resumir los antecedentes que llevaron a dicho hito jurisprudencial. El asunto se inicia cuando la empresa privada Internationale Handelsgesellschaft acude al Tribunal Económico-Administrativo de Frankfurt cuestionando la legalidad de un Reglamento comunitario que condiciona la obtención de un certificado de exportación de trigo al pago de una importante cantidad de dinero en concepto de garantía que se pierde en caso de no llevarse a cabo la operación proyectada.

---

<sup>159</sup> Al menos así parece deducirse de las afirmaciones transcritas. No obstante, en el Considerando III advierte de que “el fallo se limita a declarar que no procede acudir al Tribunal Constitucional Federal para interponer recursos de queja por inconstitucionalidad contra reglamentos del Consejo y de la Comisión de la CEE. Persiste, no obstante, la duda de si y en qué medida puede el Tribunal Constitucional Federal examinar el Derecho comunitario en relación con las normas de los derechos fundamentales en el marco de un proceso interpuesto de forma admisible ante él...”. En este contexto cabría “plantear si los demandantes pudieran poner directamente un recurso de queja por inconstitucionalidad contra disposiciones legales alemanas de igual contenido...” (C II 4).

<sup>160</sup> Sentencia de 9 de junio de 1971, *BVerfGE* 31 (asunto *Leche en polvo*).

<sup>161</sup> Sentencia de 29 de mayo de 1974, *BVerfGE* 37. Se utiliza la traducción al castellano del *BJC*, núm. 58, 1986, páginas 247 y siguientes.

Considera la empresa en sus alegaciones que con la regulación comunitaria se desconocen derechos fundamentales consagrados por la Constitución alemana, en concreto los referidos a la propiedad, a la libre elección de profesión u oficio, así como el principio de proporcionalidad. El Tribunal de Frankfurt plantea entonces cuestión prejudicial que resuelve el TJ por medio de su célebre sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* (de 17 de diciembre de 1970, ya citada) donde de manera contundente sienta las bases de una jurisprudencia por la que “la alegación de violaciones bien de derechos fundamentales tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, bien de principios de una estructura constitucional nacional, no podría afectar la validez de un acto de la Comunidad, o a su efecto sobre el territorio de este Estado”.

Insatisfecho con el contenido de la respuesta del TJ, el Tribunal de Frankfurt acude entonces al TCF quien, tras declararse competente y admitirlo, acabaría por rechazar su fundamentación por no constatar vulneración alguna de la LFB, no obstante lo cual llegaría en su resolución a dos conclusiones de gran calado: en primer lugar el mismo hecho de admitir su competencia ante la posible vulneración del texto constitucional originada en una norma comunitaria, aunque sea sólo de manera indirecta a través de una norma del poder público alemán de aplicación, posibilidad rechazada en principio por la sentencia anteriormente comentada.

Esta situación queda confirmada por los términos en los que se redacta el fallo, en el que se pone de manifiesto que la norma controlada no es directamente la de origen comunitario: “no contradice ningún derecho fundamental (...) la aplicación por parte de las autoridades y tribunales de la República Federal de Alemania del artículo 12 (...) del Reglamento (...) en su interpretación conforme al dictamen del Tribunal Europeo de Justicia”.

En segundo lugar, el TCF hace referencia a la necesidad de que el Derecho comunitario cuente con un catálogo de derechos fundamentales equiparable al de la LFB, situación que mientras no se dé le faculta para controlar la regularidad constitucional de las medidas comunitarias que puedan afectar a derechos fundamentales garantizados por la Constitución alemana.

Concretamente el TCF consideró, sin proceder tampoco a un análisis excesivamente profundo del sistema de protección de derechos dentro del ordenamiento comunitario, que

hasta el momento de la sentencia no existía un modelo de protección comunitario de los derechos con un suficiente nivel de certeza jurídica, no estando además el TJ en condiciones de suplir esa carencia ya que se debe partir de un catálogo de derechos fundamentales elaborado por una Asamblea parlamentaria democráticamente escogida. Las palabras utilizadas son las siguientes: “*en tanto –solange-* no haya alcanzado un desarrollo suficiente el proceso de integración de la Comunidad como para que el Derecho comunitario contenga también un catálogo formulado de derechos fundamentales aprobado por un parlamento y con vigencia efectiva que sea ajustado al catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, resulta procedente y admisible que un tribunal de la República Federal de Alemania acuda al Tribunal Constitucional Federal (...)” (C I 7).

Hay que añadir que la resolución recoge también el parecer discrepante de tres de los ocho magistrados de la Sala (los magistrados Rupp, Hirsch y Wand). Tales magistrados sostienen también la insuficiencia del Derecho comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales pero puntualizando que en todo caso el parámetro de referencia no puede ser nunca la totalidad de los derechos fundamentales sino de manera más genérica los principios fundamentales e inalienables de la Constitución alemana, entre los que se encuentra el núcleo de tales derechos fundamentales, pero no todos y cada uno de ellos sin mayor distinción.

### **3.2 La sentencia Solange II: un importante giro jurisprudencial**

#### *3.2.1 La sentencia Solange II*

Tendrían que pasar 12 años, durante los cuales arreciaron las críticas a la doctrina del TCF<sup>162</sup>, concretamente hasta llegar a la sentencia *Solange II* (de 22 de octubre de

---

<sup>162</sup> Las críticas que consiguió levantar esa sentencia fueron innumerables, tanto dentro como fuera de Alemania. El Parlamento Europeo condenó en una resolución de 15 de junio de 1976 sobre la primacía del Derecho comunitario y la salvaguarda de los derechos fundamentales. Journal Officiel, núm. 159/3, del 2 de Julio de 1976. Entre las de la doctrina alemana especialmente sugerente resulta la efectuada por Frowein, J. A., “Europäisches Gemeinschaftrecht und Bundesverfassungsgericht” en Starck, C., *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, páginas 187 y siguientes. Otros comentarios

1986)<sup>163</sup>, para que el TCF suavizara unas amenazas que por otra parte nunca llegó a materializar. De hecho, el cambio jurisprudencial se produce de manera paulatina como lo demuestra el hecho de que apenas cinco años después de la polémica decisión, el propio TCF, por medio de un *obiter dicta* en una resolución de 25 de julio de 1979 (asunto *Zumos concentrados*)<sup>164</sup>, se preguntaría retóricamente hasta qué punto y de qué manera podría ser llevada a la práctica la doctrina *Solange*. Sin duda, este autocuestionamiento vino motivado, al margen por el aluvión de críticas recibido, por la *Declaración conjunta de Parlamento, Comisión y Consejo*, de 5 de abril de 1977, a la que ya se hizo referencia en el anterior capítulo, así como por algunas sentencias del TJ que venían a realizar una protección más satisfactoria de los derechos fundamentales (como las del asunto *Hauer*<sup>165</sup>). Asistimos de esta manera a un claro ejemplo de lo que da de sí la interrelación entre ordenamientos y jurisdicciones<sup>166</sup>.

Hay que aprovechar para decir que precisamente el contexto de esta interacción demanda de la doctrina un mayor esfuerzo a la hora de valorar en general el contenido de determinadas sentencias llamadas a jugar un papel importante en el proceso de construcción comunitaria. Sin duda, el ejemplo de la sentencia *Solange* es en este sentido sumamente clarificador, aunque seguramente muchas veces sólo desde la distancia temporal se puede valorar en su justa medida el sentido de una resolución que en su momento puede haber suscitado numerosas y justificadas reacciones contrarias<sup>167</sup>.

---

también relevantes son los de Börner, B., “Droits Fondamentaux allemands et droit communautaire. À propos de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 29 de mai 1974”, en *Mélanges F. Dehousse. Vol. 2: la construction européenne*, Nathan-Labor, París-Bruselas, páginas 193 y siguientes; como también lo son los de Scheuner, U., “Fundamental Rights in European Community Law and in National Constitutional Law”, *CMLRev*, vol. 12, núm. 2, 1975, páginas 171 a 191.

<sup>163</sup> Sentencia de 22 de octubre de 1986 (*BVerfGE* 73). Existe una traducción al castellano en *RIE*, núm. 3, 1987, páginas 881 y siguientes.

<sup>164</sup> *BVerfGE* 52. Existe una traducción al castellano en *BJC*, núm 42, 1984, páginas 1310 y siguientes.

<sup>165</sup> Sentencia de 13 de diciembre de 1979 (*Hauer*, asunto 44/79, Rec. 1979, p. 3727).

<sup>166</sup> También, no obstante, hay que decir que la jurisprudencia del TJ anterior a la decisión *Solange* ya había venido ofreciendo muestras de protección suficiente de los derechos fundamentales, como ha querido poner de manifiesto Ipsen, H. P., “Anmerkung zum Urteil...”, ob. cit., páginas 71 y siguientes.

<sup>167</sup> Incluso dichas críticas, o parte de ellas, pueden estar llamadas a jugar también un importante papel de contrapeso. Entre la doctrina, Schwarze ha querido hacer hincapié en la necesidad de modular la crítica a la sentencia *Solange* en razón a los argumentos aquí esgrimidos. Schwarze, J., “Das Verhältnis zwischen

En el marco de un proceso paulatino se iría consolidando en el TCF un talante favorable a modificar sus excesivas cautelas en materia de derechos fundamentales respecto del Derecho comunitario. Las principales muestras de dicho talante se encuentran en dos Autos de 1981 referidos no a la Comunidad sino a Eurocontrol, una organización internacional dedicada al tráfico aéreo. Concretamente son el Auto de 23 de junio de 1981 (asunto *Eurocontrol I*)<sup>168</sup> y el Auto de 10 de noviembre de 1981 (asunto *Eurocontrol II*)<sup>169</sup>. En ambas resoluciones, el TCF, recogiendo de alguna manera el sentido del voto discrepante del fallo en el asunto *Solange*, rechazó la necesidad de una identidad absoluta entre la protección dispensada por la organización internacional a los derechos de que se trate y la que asegura la Constitución, bastando con que la protección sea “suficiente”.

Tras ese recorrido, llegamos al giro jurisprudencial producido por la sentencia *Solange II*<sup>170</sup>, cuya trascendencia es de gran calado ya que deja la amenaza vertida en el asunto *Solange* en un estado latente que sólo será abandonado si se produce un cambio sustancial y globalmente considerado en la protección de los derechos fundamentales dispensada por el ordenamiento comunitario, momento hasta el que el TCF “se abstendrá de ejercer todo control jurisdiccional sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario, y no controlará este ordenamiento a la luz de los derechos fundamentales consagrados por la Ley fundamental”<sup>171</sup>.

La diferencia con la resolución *Solange* pues no es que el TCF renuncie a la facultad de controlar la conformidad de las disposiciones comunitarias con el sistema de protección de los derechos fundamentales ofrecido por la LFB, sino que sitúa la posibilidad

---

deutschem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht auf dem Gebiet des Grundrechtsschutzes im Spiegel der jüngsten Rechtssprechung”, *EuGRZ*, 1983, páginas 117 y siguientes.

<sup>168</sup> *BVerfGE* 58. Un comentario a esta sentencia se puede encontrar en Embid Irujo, A., “Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de las organizaciones internacionales. El caso *Eurocontrol*”, *REDA*, núm. 38, 1083, páginas 421 a 427.

<sup>169</sup> *BVerfGE* 59.

<sup>170</sup> La importancia de esta resolución ha hecho que sean muchas las aportaciones doctrinales que han abordado su comentario. Por citar sólo alguna, Hilf, M., “Solange-II: Wie lange noch Solange?”, *EuGRZ*, 1987, páginas 1 y siguientes; Rodríguez Iglesias, G. C., Wölker, U., “Derecho comunitario, derechos fundamentales, control de constitucionalidad. La decisión del Tribunal Federal alemán de 22 de octubre de 1986”, *RIE*, núm. 2, 1987, páginas 667 a 681; López Castillo, A., “La cuestión del control...”, ob. cit.; Baño León, J. M., “Los derechos fundamentales...”, ob. cit.

de su ejercicio en términos meramente hipotéticos. De esta forma, aunque no se varíe la perspectiva de análisis de la relación interordinamental (se sigue anteponiendo la vigencia de la LFB y su estándar de derechos), en la práctica se actúa como si la primacía del Derecho comunitario fuera incontestable, ya que ciertamente ese cambio sustancial y globalmente considerado en la protección de los derechos en sede comunitaria queda muy lejano<sup>172</sup>.

De este modo, el TCF renuncia a su anterior exigencia de catálogo de derechos fundamentales y viene a convalidar el sistema pretoriano de protección de los derechos elaborado por el TJ, y que ya a mediados de los años ochenta se encontraba plenamente consolidado. Con ello se consideraba demostrado que la Comunidad había sabido incorporar en sus actuaciones, y como elemento inherente al mismo proceso de integración, la defensa de tales derechos y libertades. Aunque con las cautelas que hemos visto, en el plano de la posición que ocupa el TCF frente al Derecho comunitario, se puede decir que se produce un retorno a la situación que dejó en su momento la sentencia de 1967.

Pese al cambio de orientación, como se ha señalado, el TCF no deja de reafirmarse en la existencia de los límites impuestos por el concepto de integración a que da cabida el ordenamiento constitucional alemán a través del art. 24.1 de la LFB. En este sentido, el TCF afirma que dicho precepto “no autoriza la renuncia de la identidad del ordenamiento constitucional vigente mediante irrupciones en su estructura fundamental y en sus estructuras constitutivas”. Para perfilar los contornos de dicha identidad, el Tribunal acude a la noción que habían defendido los votos discrepantes en el asunto *Solange*, tal y como ya había sabido modular en el asunto *Eurocontrol*, y de esta manera considera que “elemento irrenunciable esencial de la estructura fundamental de la vigente Constitución son, en cualquier caso, los *principios jurídicos que están en la base* de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental” (cursivas añadidas).

En cualquier caso, como puede verse, el cambio de perspectiva es sustancial, ya que a partir de la referencia que el TCF realiza a la existencia de una “tutela en general adecuada de derechos fundamentales”, no pareciera disparatado, con López Castillo,

---

<sup>171</sup> A diferencia de la resolución sobre el asunto *Solange*, este pronunciamiento no recibió ningún voto particular.

<sup>172</sup> Así, Baño León, J. M., “Los derechos fundamentales...”, ob. cit., p. 285

“extraer de *Solange-II* la tesis de que los límites persistentes ya no se activarían de modo absoluto de manera que, por ej., la constatación de ocasionales desbordamientos imputables a la actividad comunitaria no implicaría ya *per se* su derrumbe, y el de la propia LF en su conjunto, a condición de que los individuos pudiesen tener acceso a una equivalente tutela jurisdiccional comunitaria”<sup>173</sup>.

Precisamente esta referencia a la necesaria tutela jurisdiccional comunitaria le lleva al TCF a otra de sus conclusiones principales dentro de la sentencia que comentamos. Siendo el eje de la decisión *Solange II* la convicción de que el sistema comunitario es capaz de brindar a los particulares un nivel de garantía de los derechos fundamentales esencialmente equiparable al ofrecido por el sistema germano, la existencia y utilización efectiva de mecanismos propios de tutela jurisdiccional, en los que están implicados no sólo el TJ sino también los órganos jurisdiccionales internos, deviene esencial.

### *3.2.2 La omisión del deber del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJ como vulneración del derecho al “juez legal” (art. 101 LFB)*

A partir de la última de las conclusiones señaladas, el TCF llega a una conclusión parecida, aunque menos restrictiva, a la que el TC sostuvo respecto de la relación entre la omisión del deber del planteamiento de la cuestión prejudicial y la vulneración de la tutela judicial efectiva. Así es, el TCF concluirá en la misma sentencia que comentamos que la negativa a plantear recurso prejudicial ante el TJ por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios puede incurrir en una vulneración al derecho al “juez legal” (*gesetzlicher Richter* del art. 101 LFB). Dicha vulneración se puede dar o bien porque el órgano judicial incurra en una desconocimiento “arbitrario” de la obligación de plantear la cuestión prejudicial (así, la sentencia del TCF de 9 de noviembre de 1987), o bien porque habiendo acudido al TJ, el órgano judicial no adecue su decisión a la resolución del TJ (sentencia del TCF de 8 de abril de 1987).

Resulta de especial interés detenerse brevemente en la segunda de las dos resoluciones recién citadas, la sentencia de 8 de abril de 1987 (asunto *Kloppenburger*, ya

---

<sup>173</sup> López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., p. 353.



citado). Ante una resolución del Tribunal Financiero Federal (*Bundesfinanzhof*) de 25 de abril de 1985 que desoía expresamente una resolución del TJ, el TCF determina la nulidad de la resolución del tribunal de instancia sobre la base de considerar que dicho órgano “ha incumplido *de manera objetivamente arbitraria* esa obligación de plantear una nueva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de acuerdo con el art. 177 TCEE: cuando un Tribunal de última instancia desconoce esa obligación respecto de la cuestión jurídica concreta, ya resuelta en el mismo proceso por una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia, existe una vulneración del art. 101.2 de la Ley Fundamental, como en los demás casos que puedan conceptuarse como arbitrarios en relación con las infracciones de la obligación derivada del art. 177 TCEE” (cursivas añadidas).

A diferencia de la amplitud valorativa que nuestro TC deja a los órganos de la jurisdicción ordinaria a la hora de plantear o no el recurso prejudicial ante el TJ, el TCF ha matizado el carácter arbitrario referido, viniendo a considerar que, tal y como resume Palacio González, “se produce siempre que el órgano jurisdiccional omite el planteamiento de una cuestión prejudicial, a pesar de no existir jurisprudencia comunitaria en la materia, o si, aún existiendo, esta última no ha resuelto en todos sus puntos el problema planteado ante el tribunal nacional. Por último, procede interrogar al TJ toda vez que un eventual desarrollo de su jurisprudencia pueda considerarse algo más que una remota posibilidad”<sup>174</sup>.

### 3.2.3 La modulación de la doctrina *Solange II* previa a la sentencia *Maastricht*

Por medio de dos Autos posteriores a la sentencia *Solange II*, de 12 de mayo de 1989 (asunto *Productora de tabaco*, también conocido con el nombre de asunto *Soweit*)<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> Así resume Palacio González la doctrina del TCF al respecto contenida en su sentencia de 9 de noviembre de 1987, quien además considera que dicha doctrina “constituye un factor de profundización del carácter cooperativo y de diálogo interjurisdiccional que caracteriza el procedimiento de remisión judicial”. Palacio González, J., “Jurisprudencia constitucional en sede comunitaria...”, ob. cit., páginas 81 y 82. Existe otro pronunciamiento del TCF en el que se analizan las condiciones exigidas para entrar a controlar la falta de aplicación del recurso prejudicial: sentencia de 31 de mayo de 1990 (*BVerfGE* 82). López Castillo, por su parte también ha tenido ocasión de comentar este tema en “La cuestión del control...”, ob. cit.

y de 9 de julio de 1992<sup>176</sup>, el TCF realizaría un nuevo giro, esta vez de menor grado, en dirección a ampliar las posibilidades de controlar la constitucionalidad de la normativa comunitaria como garantía de la protección de derechos fundamentales. Ambos Autos abordan medidas comunitarias relativas al tabaco (el primero referente al etiquetado y el segundo sobre medidas fiscales) y en opinión de las partes recurrentes podrían vulnerar derechos fundamentales reconocidos en la LFB (igualdad, libertad de empresa, libertad de profesión, derecho de propiedad).

El TCF rechaza ambos recursos sin entrar en el fondo, por “no tratarse de un acto de poder público nacional que afecte de manera inmediata a los derechos del recurrente”, aunque añade, y es ahí donde modula la jurisprudencia de *Solange II*, que si en el plano comunitario no se asegurase un nivel de protección de los derechos fundamentales considerado desde el punto de vista constitucional como irrenunciable, el TCF estaría legitimado a actuar, esta vez pues de manera más concreta y no desde la necesidad de que el estándar comunitario de protección se aparte global y frontalmente del contenido de los derechos fundamentales asegurado en la LFB.

Como es obvio la clave de la cuestión se centra en determinar *la medida de lo irrenunciable*, y en este sentido, al margen de que se trate de una cuestión sobre la que el TCF volverá en su sentencia *Maastricht*, los términos en que se expresa el primero de los Autos son suficientemente aclaratorios: tras afirmar, refiriéndose a una Directiva comunitaria cuya aplicabilidad se ponía en duda, que “en la medida en que la Directiva desconozca el nivel de protección de los derechos fundamentales reconocido en Derecho comunitario, corresponde al TJ otorgar la tutela jurisdiccional correspondiente”, advierte que “no obstante, si por esta vía no quedara garantizado el estándar de derechos fundamentales imperativamente prescrito por la LFB la intervención del TCF podrá ser requerida”<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> *NJW* 1990, páginas 974 y siguientes. También se puede encontrar en *EuGRZ*, 1989, páginas 339 y siguientes, y en *EuR*, 1989, páginas 70 y siguientes.

<sup>176</sup> Se puede encontrar el texto en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1992, páginas 1010 y siguientes.

<sup>177</sup> Al referirse tan sólo a las Directivas, al igual que sucede con el asunto *Soweit*, y contener una doctrina distinta a la del asunto *Solange II*, hay quien sostuvo que en realidad por medio de estos dos Autos el TCF no modulaba su sentencia *Solange II* ya que ésta se refería tan sólo a los Reglamentos comunitarios. Di Fabio, U., “Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?”, *NJW*, 1990, páginas 947 y siguientes.

### 3.3 La sentencia sobre el asunto *Maastricht*

Por medio de su sentencia de 12 de octubre de 1993, con ocasión de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y por la nueva dimensión en las relaciones internormativas que dicha vigencia comporta<sup>178</sup>, el TCF, en lo que ha venido a ser el principal referente jurisprudencial del debate sobre la integración comunitaria, traza la estrategia de una batalla contra las doctrinas del TJ.

Tal batalla, como sabemos, la sitúa esta vez en un terreno más amplio que el exclusivamente referido a la garantía de los derechos fundamentales, abriendo con claridad el espacio de control de los actos *ultra vires* por parte de las instituciones comunitarias a partir del concepto, ya aludido, de *programa de integración*.

En el ámbito de los derechos fundamentales, que es el que ahora comentamos, en esta sentencia el TCF viene a buscar un cierto equilibrio entre la radicalidad de la postura que representa la decisión *Solange* y lo etéreo del control de la constitucionalidad permitido por la doctrina contenida en *Solange II*, criticada por parte de la doctrina alemana por impedir el control puntual de los quebrantos constitucionales a manos de normativa comunitaria<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> Hay que decir que en realidad el TCF hace frente a quejas por inconstitucionalidad no sólo referidas al TUE (por vía de la ley mediante la que se presta el consentimiento por parte del Estado), sino también relativas a la propia reforma de la LFB que, a partir del nuevo art. 23, daba cabida específica a la ratificación del TUE y de posteriores desarrollos de la UE.

<sup>179</sup> Así es, aunque no pueda decirse que se tratara de una postura mayoritaria, varios autores de peso tacharon de irresponsable la doctrina contenida en el asunto *Solange II* en base a considerar necesaria una protección permanente de la efectividad de los derechos fundamentales como base del sistema constitucional. Así, Scholz considera inaceptable que el TCF sólo pueda actuar una vez se haya podido constatar un cambio sustancial y global en la protección de los derechos fundamentales por parte de la normativa comunitaria. Scholz, R., "Europäisches Gemeinschaftsrecht und innerstaatlicher Verfassungsschutz", en Friauf, K. H., Scholz, R., *Europarecht und Grundgesetz*, 1990, páginas 53 y siguientes. Igualmente Scholz vierte semejantes críticas en "Wie lange...", ob. cit., páginas 941 y siguientes. En respuesta a estas críticas, y haciendo frente común para evitar una sentencia *Solange III* en la que el TCF diera un nuevo golpe de timón en sus planteamientos para volver a posturas soberanistas, otros autores, de no menor reconocido prestigio, salieron en defensa de planteamientos más respetuosos con el sistema comunitario defendido por el TJ. Por todos ellos valen dos aportaciones aparecidas de manera coetánea en la misma revista: Everling, U., "Brauchen wir Solange III?", *EuR* 1990, páginas 195 y siguientes; Tomuschat, Ch. "Aller guten Dinge sind III?", *Europarecht (EuR)*, 1990, páginas 340 y siguientes.

Resulta de interés insistir en que la sentencia *Maastricht* supone una modificación relevante de las doctrinas contenidas en la sentencia *Solange II*, y ello pese a que en el fallo se cite expresamente el contenido de tales doctrinas como fuente de argumentación. En efecto, “no debe pasar inadvertido el muy considerable giro jurisprudencial que emprende ahora el TCF, dando prácticamente la vuelta a su anterior formulación”<sup>180</sup>.

El TCF empieza no adoptando el criterio metodológico de la sentencia *Solange II*, que consistió en un pormenorizado análisis de los avances comunitarios en materia de protección de los derechos fundamentales desde el fallo *Solange* para luego llegar a la conclusión que a diferencia de la situación anterior, en el momento de la sentencia el nivel de garantía se consideraba “en general suficiente” (B II 1 e) lo que tiene como resultado que en tanto continúe esa situación, “el TCF no ejercerá en lo sucesivo su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario derivado... no examinará más ese Derecho atendiendo al parámetro de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental” (B II 1 f).

Como veremos el TCF llega a un resultado distinto que le va a permitir recuperar facultades de control sobre la normativa comunitaria sin basarse en que haya existido desde el momento de la sentencia *Solange II* hasta el de *Maastricht* un descenso significativo del nivel de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. Antes al contrario, “si el TCF hubiese procedido en la línea de su decisión de 1986, debería haber constatado lo avances experimentados en la propia jurisprudencia, de cuyos desarrollos más recientes se infiere sin mayor dificultad, y con independencia ahora de su casuística y carencias dogmáticas, una progresiva actuación tendente a la mejora de la tutela jurisdiccional de los derechos y garantías fundamentales (...). Pero además, con la entrada en vigor del TUE, los «ciudadanos de la Unión» quedan ya situados en una posición jurídica diferenciada, lejos, por tanto, de la instrumentalidad (económica) anterior...”<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> López Castillo, A., “De integración y soberanía...”. ob. cit., páginas 230 y 231. El mismo autor cita la calificación de “ostensible viraje” realizada por Tomuschat, Ch., “Die europäische Union...”, ob. cit., p. 490.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 229. El propio TCF en su sentencia *Maastricht* así lo reconoce cuando afirma que “según se van ampliando las funciones y competencias de la Comunidad, aumenta la necesidad de yuxtaponer a la legitimación y a la influencia democráticas que se procuran a través de los Parlamentos nacionales una representación de los pueblos de los diversos Estados en forma de Parlamento europeo, que, a título complementario, irradie un respaldo democrático para la política de la Unión Europea. Con la ciudadanía de ésta, instituida por el Tratado de Maastricht, se establece un nexo jurídico de concepción duradera entre los ciudadanos de los diversos Estados miembros que, si bien no posee intensidad equiparable a la de la común

Existe un párrafo en la sentencia que aborda la cuestión de manera explícita y clara, por lo que, pese a su extensión, resulta oportuno transcribir: “El Tribunal Constitucional Federal garantiza mediante sus competencias que se asegure de modo general una protección eficaz de los derechos fundamentales para los habitantes de Alemania incluso frente a la soberanía de las Comunidades, y que para esta protección deba observarse en *lo esencial*, puesto que la protección de los derechos fundamentales que exige inexcusablemente la Ley Fundamental *garantiza de forma general el contenido esencial de los derechos fundamentales*. De esta forma, el Tribunal Constitucional Federal asegura este *contenido esencial* también *frente a la soberanía de la Comunidad*. También ciertos actos de un poder público especial de una organización supranacional, emanado de la soberanía de los Estados miembros, afectan a los titulares de los derechos fundamentales en Alemania. Afectan a las garantías de la Ley Fundamental y las funciones del Tribunal Constitucional Federal, que tienen por objeto la protección de los derechos fundamentales en Alemania y por tanto *no sólo frente a órganos estatales alemanes*. Ciertamente el Tribunal Constitucional Federal ejerce su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario derivado en Alemania en una *«relación de cooperación»* con el Tribunal Europeo de Justicia, por cuanto este último garantiza la protección de los derechos fundamentales *para cada caso particular* para la totalidad del territorio de las Comunidades Europeas y, por ello, el Tribunal Constitucional Federal puede limitarse a *garantizar de modo general* un nivel de derechos fundamentales irrenunciable” (cursivas añadidas).

Y dentro de esa función general de garantía de los derechos fundamentales que reclama para sí, el TCF, yendo en este punto más allá que la polémica sentencia *Solange I*, afirma su competencia no sólo referida al control de las normas alemanas de ejecución de la normativa comunitaria, sino directamente también frente a esta normativa, rompiendo así en este punto con toda su jurisprudencia anterior.

Ciertamente, el TCF afronta de manera directa algunas de las principales cuestiones que plantea desde el punto de vista constitucional la integración comunitaria en cuanto a la protección de los derechos fundamentales se refiere. Una de las ideas centrales es el papel

---

pertenencia a un Estado, confiere una expresión jurídicamente vinculante a la actual medida de comunidad existencial” (C I 2 b).

que reclama el TCF de garantizar una “protección eficaz de los derechos fundamentales para los habitantes de Alemania incluso frente a la soberanía de las Comunidades”, de modo que cabe desterrar, en este plano, la diferencia entre órganos estatales y órganos no estatales, ya que en cualquier caso el TCF está llamado a garantizar la protección de los derechos fundamentales, aunque, matiza dicha “protección deba observarse en lo esencial”.

Es ese concepto de lo *esencial* lo que introduce dudas respecto de los límites concretos de la actuación comunitaria. Porque en el propio párrafo transcrito parece utilizar la misma noción de *esencial* para referirse a dos parámetros distintos. Por un lado habla de una protección que debe observarse “en lo esencial”, con lo que parece aludir a la doctrina ya contenida en la sentencia *Solange II* (y *Eurocontrol*) en virtud de la cual la exigencia se refiere a unos contenidos generales mínimos que además se controlarán de manera también general como nivel de protección global ofrecido por el sistema comunitario.

Pero seguidamente hace referencia directa a que el TCF asegura el contenido esencial de los derechos fundamentales, esto es, el contenido nuclear de cada uno de ellos a que hace referencia el art. 19.2 de la LFB, de donde se deduce que el control ya no es global respecto del grado de protección que ofrece el sistema comunitario, sino puntual, puesto que debe garantizarse el contenido esencial de cada derecho. Esta opción quedaría reforzada, pese a lo que pueda parecer, por la referencia a que el TCF “garantiza de *forma general* el contenido esencial de los derechos fundamentales”, puesto que al no aludir específicamente al control de la normativa comunitaria, sino referirse en general a la tarea del TCF en materia de derechos fundamentales, refuerza la idea de que el Tribunal de Karlsruhe está llamado a proteger el contenido esencial de todos los derechos fundamentales de manera general, esto es, en todos los casos. De esta manera, quedan reproducidos los polos de la discusión doctrinal generada a partir de las dos posturas representadas por las sentencias *Solange* y *Solange II*.

Ahora bien, en realidad el TCF se sitúa a medio camino entre una y otra postura. Y lo hace al dejar clara la separación funcional (en términos de “cooperación”) entre protección de los derechos “para cada caso particular”, que corresponde al TJ, y protección general de “un nivel de derechos fundamentales irrenunciable”, en manos del TCF.

A partir de esa separación funcional el TCF estaría en realidad otorgándose una potestad de control general, estando además en sobre aviso respecto de aquellos supuestos

en que los presupuestos de la actividad del TJ El autor pone de manifiesto que la intervención del TCF tras Maastricht se deduce de supuestos en los que “por motivos procesales no fuese viable la obtención de la debida tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la LF ante el TJCE, sin olvidar aquellos otros supuestos en los que se trate de derechos fundamentales tan peculiares como la libertad religiosa que el TJCE no manejase generalmente como parámetro de su actividad de control. Se trata, como se puede comprobar de hipótesis de activación de control no por una caída general inaceptable de estándar de la tutela comunitaria de los derechos fundamentales, sino por una posible disonancia en relación con ciertas garantías y libertades, algo muy distinto, pues, de la doctrina *Solange II*”<sup>182</sup>.

Al margen de que sea más o menos criticable la postura defendida en la sentencia *Maastricht*, mediante la misma el TCF supera la confusión entre descripción de circunstancias fácticas y definición de la estructura funcional que debe guiar sus relaciones con el TJ y en general con el sistema comunitario. No es que desde aquí se defienda el resultado al que el Tribunal de Karlsruhe llega, lo que se está diciendo es que, fruto de una larga evolución ayudada por un rico debate doctrinal, el TCF, a raíz de lo que supone Maastricht en el propio curso político de la construcción europea, llega a una conclusión sobre su función, y, a partir de la misma, sobre el tipo de relaciones interjurisdiccionales e interordinamentales.

El resultado de dicha operación, pese a que se aluda a una “relación de cooperación”, permite en realidad una verdadera “relación de supervisión”<sup>183</sup> del contenido de la normativa comunitaria y de la actividad del TJ, supervisión no caso por caso y de

---

<sup>182</sup> Que esos sean los términos de la STCF *Maastricht* estaría fundamentado además en las opiniones expresados por su ponente, el juez Kirchhof (Kirchhof, P., “Deutsches Verfassungsrecht...”, ob. cit., p. 11). López Castillo, A., “De integración y soberanía...”, ob. cit., p. 233. Merece la pena recoger los términos en que Kirchhof se refiere a la tarea del TCF ante el proceso de integración. Refiriéndose al carácter insustancial de los argumentos sobre la constitucionalización de los Tratados y la existencia de un poder constituyente europeo, señala Kirchhof que “el Tribunal no tiene que entrar a debate con esta levedad teórica del pensamiento (en la doctrina) (...), sino que ha de plantearse las cuestiones concretas del Derecho vigente. Y éstas son de una elemental esencialidad. La Unión Europea no se apoya en un pueblo europeo que se caracterizara en esta hora por sus vínculos sociales, sobre el que pudiera alzarse un Estado democrático. La Unión carece de un Parlamento dotado de competencias legislativas y presupuestarias; antes bien crea Derecho a través del Consejo como órgano ejecutivo (...); en cualquier caso, el Tratado no contiene una tabla escrita de derechos fundamentales...”. Kirchhof, P., “Tareas del *Bundesverfassungsgericht* en una época de cambios”, *REDC*, núm. 49, 1997, p. 21 (páginas 9 a 33).

<sup>183</sup> Así la ha llamado López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., p. 358.

manera estricta pero que al fin y al cabo parte de una actitud siempre vigilante del TCF a la hora de asegurar el respeto de los principios esenciales que representan los derechos fundamentales dentro del ordenamiento constitucional germano. Si alguno de estos principios se ve amenazado, aunque sea por una medida puntual comunitaria, el TCF se reserva la posibilidad de actuar para decretar su inaplicación para todo el territorio alemán.

De esta manera la sentencia *Maastricht* supone un *Solange III* de donde desaparece el *solange* (*en tanto que*), esto es, despojado de posturas condicionales. Ya no se articula de manera general la actitud del TCF en función del momento concreto de la integración comunitaria (*Solange* y *Solange II*), sino que se parte de la descripción de la función del TCF frente al Derecho comunitario: “garantizar *de modo general* un nivel de derechos fundamentales irrenunciable”.

En efecto, como en su momento ya apuntó Frowein, cuando el TCF en el asunto *Solange (I)* reclama para sí la potestad de controlar puntualmente la regularidad constitucional de las medidas comunitarias que puedan afectar a derechos fundamentales garantizados por la Constitución alemana, hay que interpretar que en realidad lo que hace es una descripción del momento que vive la integración comunitaria<sup>184</sup>. Y lo mismo habría que decir de la sentencia *Solange II*. Frente a tales supuestos, puede entonces decirse que la sentencia *Maastricht* vendría a diferenciar, como había propuesto Frowein, que una cosa es la descripción de las circunstancias fácticas que se dan en cada momento, y otra es la definición de la función que debe realizar el TCF, una función que, como consecuencia de la integración, sufre algunas modificaciones por lo que respecta al control de la normativa comunitaria<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> Ya en 1976, Frowein había adelantado que podía pensarse en que el TCF no tardaría en realizar un cambio de perspectiva respecto de la doctrina contenida en el asunto *Solange* al identificar las consideraciones de dicha resolución no como exigencias propias del art. 24.1, sino como mera descripción de situación que no implicaban que de manera inherente formara parte de la función del TCF controlar puntualmente todas las actuaciones comunitarias. Frowein, J. A., “Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht” en Starck, C., *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, p. 211 (páginas 187 y siguientes). Lo que sucede es que antes de llegar al asunto *Maastricht*, el TCF insistiría con *Solange II* en un pronunciamiento “situacionista”.

<sup>185</sup> *Ibidem*.



### 3.4 La cláusula de *congruencia estructural*

Como ya nos sucedió en el asunto *Solange II*, el aspecto más difícil de dilucidar viene dado por la determinación la medida de *lo irrenunciable* o de *lo esencial*. En el asunto *Solange II* era en referencia al nivel de protección que de modo general garantizaba el TJ, y en el caso *Maastricht* como hemos visto podría dar pie una fiscalización incluso puntual.

Pues bien, en esta determinación juega un papel esencial el sentido de la reforma operada en la LFB con motivo de la aprobación del Tratado de Maastricht. En efecto, a parte del resultado jurisprudencial de la evolución que hemos venido analizando, la realidad alemana cuenta además con un resultado normativo. Recogiendo algunos de los frutos de esa evolución, en la que distintas inquietudes tuvieron su espacio aunque finalmente sólo algunas quedaran plasmadas, se inscribe el contenido del nuevo art. 23 de la LFB, reformado con ocasión de la ratificación del TUE para regular de manera específica la participación alemana en la instauración y posterior desarrollo de la UE<sup>186</sup>.

Así es como el primer apartado del mencionado precepto viene a recoger precisamente las ideas que hemos tenido ocasión de comentar, estableciendo que “la República Federal de Alemania participa en el desarrollo de la Unión Europea, la cual está vinculada por los principios del estado social y democrático de Derecho, así como el principio federal y de subsidiariedad, y que garantiza la protección de los derechos fundamentales en un *nivel equiparable en lo esencial* al garantizado por esta Ley Fundamental” (cursivas añadidas).

Sin duda, la claridad de los términos recién transcritos ayudan a entender el sentido de la jurisprudencia del TCF en la sentencia *Maastricht* tal y como han sido expuestos. Además, existe otro argumento sistemático añadido y es que el mismo art. 23.1 establece que a la conformación de la UE le serán aplicable los condicionamientos previstos por la Constitución para la reforma de la misma, entre los cuales se encuentra, además de la exigencia de las medidas agravadas de la reforma constitucional, la prohibición de afectar

---

<sup>186</sup> Una completa referencia a los trabajos de la Comisión constitucional conjunta que dieron lugar al redactado definitivo del precepto se puede hallar en Scholz, R., “Grundgesetz und europäische Einigung. Zu

“los principios consignados en los artículos 1 y 20”, esto es, el principio de dignidad de la persona y la identificación del pueblo alemán “con los inviolables e inalterables derechos humanos como fundamento de toda comunidad humana de la paz y de la justicia en el mundo” (art. 1), y la definición de la República Federal de Alemania como Estado federal, democrático y social, la soberanía popular y el principio de constitucionalidad y de legalidad (art. 20). De esta manera, el límite de lo atribuible a la UE dentro del proceso de profundización de la integración europea que se inicia con el Tratado de Maastricht, se sitúa en los mismos parámetros que la intangibilidad de la Constitución establecida por su art. 79 en sede de reforma constitucional.

En definitiva, el art. 23, que contiene también previsiones específicas relativas al papel de los *Länder* en el proceso de integración (en un total de cinco detallados apartados)<sup>187</sup>, es introducido para hacer frente, como ha indicado López Castillo, al “sentimiento de la falta de una mínima seguridad jurídica de los *Länder*, de un lado, y, de otro lado, la idea, creciente en los últimos años, de una (supuesta o no) irresistible incidencia sobre algunos de los aspectos sustanciales del ordenamiento constitucional alemán, provocada por el progresivo ensanchamiento competencial comunitario”<sup>188</sup>.

De este modo, también en su primer apartado, el art. 23 exige que la ley de autorización de transferencia de “derechos soberanos” (*Übertragung von Hoheitsrechten*) en el marco de la Unión Europea sea aprobada por el *Bundesrat*, esto es, contando con la participación de los *Länder*, con independencia que las transferencias afecten directamente

---

den reformpolitischen Empfehlungen der Gemeinsamen Verfassungskommission”, NJW, núm. 41, 1992, páginas 2593 a 1601.

<sup>187</sup> Se trata, como señala Arnold, “de un viejo deseo de los Estados federados alemanes que han sufrido una pérdida considerable de competencias y quieren compensar esa pérdida con una participación aumentada en asuntos de la Unión. Es la primera vez en la historia de la RFA que la Constitución misma establece un sistema con tal intervención de los Estados federados”. En el nivel infraconstitucional, ya en 1957, con la entrada en vigor del TCEE, se había previsto en la ley de aprobación el deber del Gobierno federal de informar a los *Länder* sobre los asuntos comunitarios; con el Acta Única del año 1987 se estableció, de nuevo en la ley de aprobación, un mecanismo detallado de cooperación entre el Gobierno federal y el Consejo federal en materia de legislación comunitaria, aunque de menor alcance que los mecanismos recogidos en el art. 23 de la LFB. Arnold, R., “La Unión Europea y el Derecho constitucional alemán”, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1997, p. 1513 (páginas 1511 a 1520).

<sup>188</sup> López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., páginas 235 y 236. La misma obra contiene un estudio sobre la incidencia de la reforma constitucional del art. 23 en la participación de los *Länder* en el poder de integración. *Ibidem*, páginas 254 a 272.

o no a sus propias esferas competenciales (a diferencia del art. 24.1 que sólo lo exige según la materia).

El contenido del art. 23.1 se explica pues por la dimensión que la Unión Europea otorga al fenómeno de la integración comunitaria. Tras el Tratado de Maastricht la Comunidad ya no es sólo un ente supranacional con una coyuntura expansionista por lo que al terreno competencial se refiere, sino que se incardina en una realidad más amplia, la UE, que en su propia definición declara dicha expansividad como algo estructural (art. 1 TUE: “El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa...”).

Ante esa nueva realidad se opta por superar el estrecho marco fijado por el art. 24, el precepto que de manera genérica contempla la apertura del ordenamiento alemán procesos de integración supranacional (y que se mantiene vigente para otros procesos que puedan darse), para plantear la aceptación de los nuevos retos ofrecidos por la integración comunitaria desde un posicionamiento constitucional específico. Se dota así el ordenamiento jurídico alemán de un nuevo fundamento constitucional previsto para la ratificación del TUE y futuros desarrollos de la integración.

Aunque no se tratase de una idea totalmente compartida<sup>189</sup>, la reforma del art. 23 tiene su origen en la necesidad de hacer frente a un verdadero cambio cualitativo en el tipo de integración supranacional que el Tratado de Maastricht comporta, en el convencimiento de que a partir del mismo no se está simplemente ante un fenómeno basado en la atribución de competencias singulares, por amplias que puedan ser, sino de sectores completos y significativos de la actividad estatal<sup>190</sup>.

De ahí la necesidad de asegurar ciertas parcelas de soberanía consideradas irrenunciables por el Estado alemán. De esta forma, el art. 23.1 recoge la que se ha venido a llamar *cláusula de congruencia (o de garantía) estructural*.

---

<sup>189</sup> Valga como representante de quienes sostenían la suficiencia del art. 24.1, Everling, U., “Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes”, *DVBL*, núm. 17, 1993, páginas 936 a 947.

<sup>190</sup> En tales términos se expresa López Castillo, quien cita los trabajos y dictámenes de la Comisión constitucional conjunta de reforma, en particular el documento *Grundgesetz und Europa*, de 22 de mayo de 1992 (informe taquigráfico), Dieta Federal, además del trabajo de Tomuschat, Ch., “Die Europäische Union...”, ob. cit., p. 489. López Castillo, A., “De integración y soberanía...”, ob. cit., p. 211.

Con esta noción se quiere definir el sentido de las previsiones del art. 23.1, entre las que se hallan, como sabemos, por un lado la referente a la exigencia de la salvaguarda por parte de la UE de “los principios democráticos, del Estado de Derecho, sociales y federales y con el principio de subsidiariedad y de garantizar una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial (...)”, y por otro los límites impuestos por el art. 79.3, esto es la cláusula de intangibilidad constitucional a la que ya se ha hecho referencia. Sin duda resulta complejo elaborar una interpretación que explique convincentemente de qué manera hay que entender esa duplicidad de límites o condicionamientos que el art. 23.1 impone a la integración de Alemania en el seno de la UE.

Se puede defender que todos ellos se sitúan bajo el paraguas de la idea de la cláusula de garantía estructural mencionada pero actuando en planos o momentos distintos. Por un lado, las exigencias explicitadas en el art. 23.1 articularían el tipo de principios que la UE debe respetar en su funcionamiento, de lo que se deriva, y así resulta de la sentencia *Maastricht*, la facultad del TCF de supervisar la actuación comunitaria. Por otro lado, el parámetro del art. 79.3 se encargaría de establecer de manera genérica el límite infranqueable por la atribución competencial efectuada a partir de la *transferencia de derechos soberanos* a la que se refiere el art. 23.1, que ha de verificarse en el momento de la ratificación del TUE y en cada modificación de los Tratados constitutivos de la UE que se pretenda realizar en el futuro en el marco de la profundización del proceso de integración.

De todas formas, de lo que se está hablando al hablar de cláusula de congruencia estructural, es de la exigencia por parte de la Constitución alemana de que el sistema supranacional respete unos contenidos mínimos, estructurales, que se refieren a la protección de los derechos fundamentales pero que también, y como un todo inescindible, se refiere a la existencia de un poder legítimo basado en el principio democrático. Así, en desarrollo de la idea de garantía estructural relativa al principio democrático, la sentencia *Maastricht* considera que la legitimación democrática correspondiente a una Comunidad de Estados “no podría (...) producirse de la misma forma que en el seno del orden estatal uniforme y definitivamente regulado mediante una Constitución” (C II), aunque no por ello puedan dejar de ser exigibles las dos principales notas inherentes de dicho principio: la legitimación popular del poder público y exigencia de responsabilidad en su ejercicio.

En este contexto, las exigencias del art. 23.1 “más que límites al llamado poder de integración, que también, serían requisitos o presupuestos para el legítimo ejercicio de sus atribuciones por parte de la propia organización”, esto es, “necesario parámetro de verificación de la regularidad de sus futuras actuaciones”<sup>191</sup>.

En cualquier caso, “no cabe desconocer que la exigencia de una congruencia estructural *stricto sensu* llevaría a postular la absurda pretensión de exigir a una organización de poder público no estatal estándares idénticos a los de un Estado constitucional; algo absurdo, en efecto, porque ni los demás Estados miembros aceptarían libremente la imposición del estándar de un determinado Estado, ni queda muy lejos de la cuadratura del círculo pretender que una organización como la Unión pudiese atender al tiempo a quince específicos estándares”<sup>192</sup>.

Por eso no queda más conclusión que considerar que el art. 23.1 no hace referencia a una homogeneidad específica con la Constitución alemana de por sí, sino con lo que ésta representa respecto a principios subyacentes del Estado democrático de Derecho. Y con ello se debería resolver también la discusión sobre si lo previsto por la sentencia *Maastricht* puede referirse al contenido, esencial, de todos y cada uno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución alemana o, como es el caso, a los principios que están en el sustrato de tales derechos<sup>193</sup>, respetando así las distintas realidades constitucionales presentes así como la propia naturaleza y especificidad estructural de la Comunidad/UE.

Vemos pues como, a partir de una evolución jurisprudencial llena de matices, el TCF, y con él el propio texto constitucional, acaban por delimitar con mayor precisión cuál es el parámetro teórico y normativo que debe, o debería, presidir las relaciones entre los ordenamientos comunitario y estatal.

---

<sup>191</sup> López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., p.326.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 356.

<sup>193</sup> Si recordamos, esa es precisamente la idea central del fallo *Solange II*, en el que el TCF, tras afirmar que el art. 24.1 LFB “no autoriza la renuncia de la identidad del ordenamiento constitucional vigente mediante irrupciones en su estructura fundamental y en sus estructuras constitutivas”, opta por delimitar los contornos de dicha identidad acudiendo a la noción que habían defendido los votos discrepantes en el asunto *Solange* (y que aparecían ya en el asunto *Eurocontrol*), y de esta manera considera que “elemento irrenunciable esencial de la estructura fundamental de la vigente Constitución son, en cualquier caso, los *principios jurídicos que están en la base* de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental” (cursivas añadidas).

La sentencia sobre el asunto *Maastricht* contiene una reflexión teórica bastante articulada, que ha dado pie a un rico debate doctrinal sobre el que en el próximo capítulo tendremos ocasión de volver con detenimiento. También para más adelante dejamos la tarea de contrastar el desarrollo jurisprudencial posterior a dicha sentencia, pues, según veremos, supone una excelente muestra de los términos de la relación interordinamental que la integración comporta, aspecto sobre el que nos centraremos.

En este sentido, y en conclusión, la doctrina del TCF hasta la sentencia *Maastricht* debe ser tomada como polo visible del debate que venimos tratando de recoger. Es necesario pues situar la jurisprudencia del TC en el contexto de un debate más general muy influenciado por los planteamientos del Tribunal de Karlsruhe como respuesta al posicionamiento del TJ y su doctrina de la *constitucionalización* de los Tratados.

Así es, los verdaderos ejes de la discusión vienen bien delimitados por el TCF especialmente en la sentencia *Maastricht*: la *Kompetenz-Kompetenz*, la salvaguarda de los derechos fundamentales y del principio democrático. Todos ellos serán objeto de análisis en el siguiente capítulo.

Antes de ello, merece la pena acudir, con mayor brevedad, a la jurisprudencia de la CCI, por las razones ya aludidas en la introducción y además porque, como se podrá comprobar, nos ofrece inmejorables ejemplos de diálogo interjurisdiccional, un elemento que ya ha asomado y que está llamado a jugar un papel estelar en cualquier intento de comprensión del fenómeno comunitario.

## **4. Relación interordinamental y límites a la integración según la Corte Constitucional italiana**

### **4.1 El itinerario de la primacía (condicionada) del Derecho comunitario**

La evolución jurisprudencial de la CCI tiene en materia de integración comunitaria dos ejes principales: por un lado existe una línea evolutiva en la cual la CCI acaba aceptando, aunque con ciertas salvedades, el principio de primacía del Derecho comunitario; por otro lado, paulatinamente irá también cediendo a la consideración del

principio de aplicabilidad inmediata y efecto directo que por la marcada tradición dualista italiana se resistía inicialmente a aceptar.

El itinerario tiene su inicio, a diferencia del efectuado por el TCF, en un pronunciamiento directamente enfrentado a las premisas defendidas por el TJ. Así es, en su sentencia de 24 de febrero de 1964 (asunto *Costa/ENEL*)<sup>194</sup>, la CCI opta por no introducir ningún tipo de matización respecto del fenómeno de la integración a la marcada tradición dualista italiana en materia de recepción de la normativa internacional. De este modo asegura que la normativa comunitaria recibe el rango normativo de la *ley de ejecución*<sup>195</sup> de los Tratados constitutivos, con lo que a parte de no renunciar a la competencia de controlar la constitucionalidad de las normas comunitarias (consideradas aun si emplear el término, como *infraconstitucionales*), defiende que la naturaleza del conflicto entre norma comunitaria y norma interna con rango de ley es la de un conflicto normativo entre iguales, y que debe resolverse, en consecuencia, mediante el principio de la *lex posterior*, por cuanto “la violación de un Tratado, aun cuando pueda generar la responsabilidad del Estado en la esfera internacional, no priva de su plena eficacia a la ley que lo contradiga”.

Este planteamiento, que como vemos va más allá del defendido por el TC en la STC 28/1991 en la que el carácter *infraconstitucional* del conflicto normativo no implicaba la subsunción de la normativa comunitaria en el rango de la ley interna de recepción, será no obstante rápidamente corregida una vez que el TJ contestara la cuestión prejudicial interpuesta por el mismo órgano judicial italiano que había acudido a la CCI. Se inicia de esta manera el diálogo interjurisdiccional.

Así es, tras la sentencia *Costa/ENEL* del TJ (sentencia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64), en la que entre otras cosas se afirmaba que “emanado de una fuente autónoma, al Derecho nacido del Tratado, en razón de su naturaleza específica original, no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea, sin perder su

---

<sup>194</sup> SCCI 14/1964, de 24 de febrero, asunto *Costa/ENEL*, *RUSOCC* XIX, 1964, páginas 131 y siguientes.

<sup>195</sup> Nótese la nomenclatura puesto que precisamente esa es la idea que recoge la ley a la que se refiere el art. 11 de la Constitución italiana (el equivalente a nuestro art. 93). Y es ejecución porque la tradición italiana, marcadamente dualista en materia de recepción del Derecho internacional, ha forzado que la apertura del ordenamiento italiano al Derecho comunitario haya sido efectuada a partir no de una *ley de autorización*, sino de una ley que ejecuta, que traslada la normativa comunitaria al ordenamiento interno. De todos modos, hay que decir que la fuerza de la dinámica comunitaria ha hecho que en realidad la separación entre tradiciones dualistas y monistas se haya diluido en parte, quedándose reducida sobre todo al terreno terminológico.

carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad”, la CCI modula su anterior jurisprudencia en su sentencia de 16 de diciembre de 1965 (asunto *San Michele*)<sup>196</sup>.

En respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad (de “legitimidad constitucional” según la nomenclatura propia) planteada por un Tribunal de Turín en el curso de un proceso donde la parte recurrente (la empresa de aceros San Michele) consideraba inconstitucional unas disposiciones del TCECA<sup>197</sup>, la CCI considera que debe rechazar la pretensión porque las previsiones de la Constitución italiana alegadas “se refieren solamente a la protección de aquellos derechos e intereses atribuidos a todo sujeto de Derecho en virtud de la posición que ocupa en el ordenamiento interno, y no a la protección de los derechos e intereses que le son conferidos como consecuencia de su posición en un ordenamiento jurídico extraño, como el de la CECA”. Por otro lado, en un ejercicio de respeto a la doctrina comunitaria cercano al que efectuará el TCF dos años más tarde, afirma además que incluso es descartable que el ordenamiento que surge de la Comunidad tal y como es garantizado por el TJ pueda entrar en colisión con “las reglas correspondientes a las líneas fundamentales de nuestro ordenamiento jurisdiccional, aunque no se respete textualmente su tenor, no siempre adecuado a un órgano de creación internacional”.

Años más tarde la CCI confirmaría la doctrina iniciada con el asunto *San Michele* por medio de una sentencia de 27 de diciembre de 1973 pero ampliándola al Derecho derivado, y en concreto a los Reglamentos comunitarios. Esta resolución, que es la que da respuesta al célebre asunto *Frontini*<sup>198</sup>, aborda la queja planteada por dos tribunales ordinarios (de Turín y Génova concretamente) que cuestionan la constitucionalidad no del Tratado de Roma sino de la ley interna de ejecución del mismo, por considerar que

---

<sup>196</sup> SCCI 98/1965, de 16 de diciembre, asunto *San Michele*, *RUSOCC*, XXII, 1965, páginas 365 y siguientes.

<sup>197</sup> Concretamente los artículos 33.2, 41 y 92, por los que se establece el control de la normativa emanada por la CECA, considerando que se trata de un tipo de jurisdicción extraordinaria o especial contraria a la prohibición establecida por el art. 102 de la Constitución italiana.

<sup>198</sup> SCCI 183/1973, de 27 de diciembre de 1973 (*RUSOCC* XXXIX, 1973, páginas 131 y siguientes). El texto de la sentencia se puede encontrar en *Il Foro Italiano*, parte I, páginas 314 y siguientes, citado por Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 32. Un interesante comentario se halla en Bebr, G., “A Critical Review of Recent Case Law of National Courts”, *CMLRev*, vol. 11, núm. 4, 1974, páginas 408 y siguientes.



provocaba una vulneración del sistema de fuentes al permitir imposiciones tributarias sin observar la reserva de ley preceptuada por el art. 23 de la Constitución.

De nuevo la CCI encuentra la solución al litigio en que “las disposiciones constitucionales regulan únicamente la actividad normativa de las Instituciones del Estado italiano, sin que puedan entenderse aplicables a la actividad de las instituciones comunitarias, regida por el Tratado de Roma, el cual constituye el estatuto fundamental de la Comunidad”, a lo que añade, en una consideración del art. 11 de la Constitución (el equivalente a nuestro art. 93) como *lex specialis*, que, en el caso concreto, los Reglamentos que imponen las obligaciones tributarias “no infringen la reserva de ley prevista por el art. 23 de la Constitución; por no ser este precepto formalmente aplicable a las normas comunitarias”.

Se asume pues la primacía no sólo de los Tratados sino también de los Reglamentos sobre las leyes internas, incluso las posteriores, tal y como lo confirman dos sentencias posteriores (SCCI 232/1975, de 30 de octubre y SCCI 163/1977, de 29 de diciembre) que llegarían a declarar inconstitucional la ley interna por contravención del art. 11, en el primer caso primera por contradicción con el TCEE y en el segundo por resultar contraria a las previsiones de un Reglamento (concretamente el Reglamento CEE núm. 804 de 1968).

De esta manera, como señala Sorrentino, el Derecho comunitario “se convierte así en lo esencial –si bien en la forma se hace referencia a un nunca aclarado reparto de competencias querido y garantizado por el art. 11- en parámetro de la constitucionalidad de las leyes”<sup>199</sup>. Sobre esta cuestión volveremos en el siguiente apartado al tratar la evolución respecto de la aplicabilidad inmediata del Derecho comunitario.

Ahora bien, en la misma resolución *Frontini*, la CCI, iniciando ya el camino por el que discurrirían posteriores pronunciamientos, se guarda la posibilidad última de intervenir cuando se trate de Reglamentos que, en una aplicación “aberrante” del art. 189 TCEE (actual art. 209 TCE), violen “los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana”<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> Sorrentino, F., *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Turín, 1994, p. 158, según cita de Sáiz Arnáiz, A. “El Derecho comunitario, ¿parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas? (A propósito de la Sentencia núm. 384 de 1994, de la *Corte Costituzionale* italiana)”, *RIE*, núm.2, 1995, p. 574 (páginas 571 a 591).

Como vemos, los términos son parecidos a los de la sentencia *Solange II*, y de hecho, al igual que sucederá en dicha resolución, la amenaza que en las afirmaciones de la CCI se contiene, se plantea de manera algo difusa<sup>201</sup>, siendo en realidad una amenaza en estado latente que sólo será desenterrada en situaciones extremas que el propio tribunal parece plantearse como meramente hipotéticas<sup>202</sup>. No obstante, y como veremos más adelante, en 1989 (asunto *Fragd*) la CCI volverá a plantear la reserva de los derechos fundamentales en términos más concretos, cosa que deja cierto margen de incertidumbre a la hora de valorar la potencialidad de su amenaza.

---

<sup>200</sup> El párrafo completo es el siguiente: “es necesario recordar, por otro lado, que la competencia normativa de las instituciones de la CEE, prevista en el artículo 189 del Tratado de Roma, se limita a las materias relativas a las relaciones económicas, es decir, a aquellas para las cuales nuestra Constitución establece ciertamente la reserva legal o reenvío a la ley, pero las disposiciones precisas y particulares del Tratado ofrecen una garantía segura, de manera que parece difícil admitir incluso en abstracto el caso en el cual un reglamento comunitario podría tener incidencia en materia de relaciones civiles, ético-sociales, políticas, incluyendo disposiciones contrarias a la Constitución italiana. Apenas es preciso añadir que, sobre la base del artículo 11 de la Constitución, las limitaciones de soberanía no han sido autorizadas más que para la consecución de las finalidades que se indican en dicha norma. Es necesario, pues, excluir que estas limitaciones, concretamente precisadas en el Tratado de Roma, países cuyos ordenes jurídicos se inspiran en los principios del Estado de derecho y garantizan las libertades esenciales de los ciudadanos, pueden de algún modo suponer, para las instituciones de la CEE, un poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana. Es evidente que, si se debiese dar una interpretación aberrante del artículo 189, la garantía del control jurisdiccional de este tribunal sobre la compatibilidad constante del tratado con los principios fundamentales mencionados estaría, en este caso, siempre asegurada.” *Foro It.*, ob. cit., p.329.

<sup>201</sup> A la par que ambigua ya que en el mismo pronunciamiento, la CCI afirma igualmente que “hay que excluir que este Tribunal pueda extender su control a los Reglamentos, puesto que el art. 134 de la Constitución contempla únicamente el control de la constitucionalidad de las leyes y actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones (...), y tal no es el caso de los Reglamentos comunitarios”. A partir de lo cual, y teniendo en cuenta que la CCI no acepta renunciar a un control último (en casos “aberrantes”), parece que la única interpretación posible es repercutir el control en la ley de ejecución ya que al no existir en el sistema constitucional italiano el recurso de amparo contra actos del poder público, no cabría el examen de los actos de aplicación del Reglamento que sí permite en principio nuestro TC.

<sup>202</sup> Tanto es así que incluso en una decisión posterior (sentencia de 23 de abril de 1985), la CCI parece olvidar sus cautelas desestimando una cuestión de inconstitucionalidad al considerar que el juez ordinario tiene competencia para inaplicar una disposición interna ya no sólo cuando sea contraria a una norma comunitaria en sí misma considerada sino incluso si contradice la interpretación efectuada por el TJ. Por ello, la CCI acuerda desestimar el recurso por inadmisibles “en relación con el art. 11 de la Constitución, *o con cualquier otro parámetro*” (cursivas añadidas), de modo que parece con ello descartar su competencia incluso en caso de vulneración de derechos fundamentales. De todas formas, hay que señalar que en una sentencia posterior, la que resuelve el asunto *Fragd*, la CCI vuelve a referirse al límite que imponen los derechos fundamentales. como hemos tenido ocasión de comprobar en la nota 204.

## 4.2 El itinerario de la aplicabilidad inmediata del Derecho comunitario. La separación ordinamental

### 4.2.1 La competencia del juez ordinario para asegurar la aplicabilidad inmediata del Derecho comunitario

Como ya ha sido introducido, paralelamente a la evolución sufrida por la jurisprudencia de la CCI en relación con el respeto de la primacía de la norma comunitaria, de manera separada ha existido otra evolución en el terreno del respeto del principio de aplicabilidad inmediata en caso de contradicción entre norma comunitaria y norma italiana con rango de ley, ya que durante bastantes años la CCI ha rechazado que sean los órganos jurisdiccionales ordinarios quienes, en aplicación del citado principio junto con el de primacía, resolvieran directamente la contradicción normativa inaplicando la ley italiana.

Sellando este planteamiento, la ya citada sentencia de 30 de octubre de 1975 (asunto *Industrie Chimiche Italia Centrale*)<sup>203</sup> afirma que “la transferencia a las instituciones de las Comunidades de la potestad para promulgar normas jurídicas, sobre la base de un criterio preciso de *reparto de competencias en determinadas materias*<sup>204</sup>(...) no puede tener como consecuencia la privación radical de toda eficacia a la voluntad soberana de los órganos legislativos de los Estados miembros, incluso cuando esta voluntad se manifieste en ámbitos reservados por los Tratados a la normativa comunitaria; esta transferencia plantea, por el contrario, el problema distinto de la constitucionalidad de los diversos actos legislativos”.

Del extracto de sentencia recién transcrito se deduce la dimensión constitucional del conflicto entre la norma comunitaria y la ley interna, ya que se parte de que la norma italiana que contradice el Derecho comunitario vulnera, con base en motivos

---

<sup>203</sup> SCCI 232/1975, de 30 de octubre, asunto *Industrie Chimiche Italia Centrale*, RUSOCC, XLV, 1975, páginas 395 y siguientes.

<sup>204</sup> Cursivas añadidas y ha sido introducida para remarcar una expresión que contiene una idea que pese a no ser desarrollada posteriormente ni en la misma ni en posteriores sentencias bien podría constituir el germen de una doctrina semejante a la del “programa de integración” del TCF. Ya fue advertido, por otra parte, al analizar la originalidad sentencia *Maastricht* por lo que al control de los actos comunitarios *ultra vires* se refiere.

competenciales, la cláusula de apertura de la Constitución a la normativa comunitaria (concretamente el art. 11)<sup>205</sup>.

Ahora bien, el problema asoma cuando la CCI concluye que la consecuencia del otorgamiento de dimensión constitucional al conflicto es que con ello, a la par de situar en el propio ordenamiento constitucional la fundamentación de la primacía del Derecho comunitario sobre la normativa legal italiana posterior<sup>206</sup>, considera de su exclusiva competencia su resolución, debiendo acudir el juez italiano por medio de cuestión ante la CCI, y esperar la declaración de inconstitucionalidad de la ley italiana como paso previo a poder aplicar la norma comunitaria<sup>207</sup>.

En reacción a esta jurisprudencia, que de manera frontal desatiende los principios de aplicabilidad inmediata y efecto directo, que ya vimos que eran pieza clave en la garantía de la aplicación uniforme del Derecho comunitario, el TJ se dirigió expresamente a la CCI por medio de su conocida sentencia *Simmenthal*, que entre sus contundentes afirmaciones, a las que ya se hizo referencia al examinar la jurisprudencia del TC, sostiene que “todo juez nacional (...) tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario (...), dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional”<sup>208</sup>.

La rectificación de la postura defendida por la CCI en relación con el principio de aplicabilidad inmediata viene a través del asunto *Granital* (sentencia de 5 de junio de

---

<sup>205</sup> Si recordamos, una tesis semejante es la mantenida por nuestro TS en sentencias como la de 24 de abril de 1990 (asunto *Modelo de tasa de corresponsabilidad*, ya citada), donde apoya la primacía y efecto directo de la norma comunitaria frente a la ley interna por razones competenciales, de manera que las leyes posteriores y contrarias a la norma comunitaria “habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia”. Ahora bien, a diferencia de la CCI en ese primer momento, el TS se ha cuidado de no contradecir las exigencias comunitarias, y por ello de esa inconstitucionalidad no ha derivado que jueces y tribunales deban plantear cuestión de inconstitucionalidad. comunitaria., sino que puede ser hecha efectiva por ellos mismos.

<sup>206</sup> Sobre la ley anterior era ya una cuestión ya resuelta desde la sentencia *Frontini* que venía a dotar al Derecho derivado con el rango de la norma de recepción (rango de ley).

<sup>207</sup> Según Palacio González, la doctrina recién aludida se explica en parte por el afán de protagonismo de la CCI, como lo demuestran otros hechos tales como el de que a diferencia de los casos alemán y español, los tribunales italianos hayan sido desposeídos de la competencia para inaplicar de oficio una ley preconstitucional contraria a la Constitución, siendo competencia exclusiva de la CCI. Palacio González, J., “Jurisprudencia constitucional en sede comunitaria...”, ob. cit., p. 86.

<sup>208</sup> Sentencia de 9 de marzo de 1978 (*Simmenthal*, asunto 106/77, Rec. 1978, p. 609). Existe una traducción al castellano en el *BJC*, núm. 21, 1983, páginas 130 y siguientes. En parecidos términos se expresa la sentencia de 13 de febrero de 1969 (*Walt Wilhelm*, asunto 14/68, Rec. 1969, p. 15).

1984)<sup>209</sup>. En esta sentencia, y aceptando de esta manera la reprimenda que le había efectuado el TJ, se afirma con claridad que como consecuencia del art. 11 de la Constitución, la normativa comunitaria exige “recibir aplicación directamente en el territorio italiano (...)”, de modo que sus disposiciones “no pueden, en puridad lógica, enjuiciarse según esquemas concebidos para resolver conflictos entre normas pertenecientes a nuestro ordenamiento”. Por todo ello, los actos comunitarios que satisfacen los requisitos de aplicabilidad inmediata, “deben entrar y permanecer en vigor en el territorio italiano, sin que la esfera de su eficacia pueda verse afectada por las leyes ordinarias del Estado”.

Así las cosas, el juez nacional ya no deberá acudir a la CCI sino que “podrá valerse del amparo que le brinda el instrumento de la cuestión prejudicial de interpretación, en el sentido propio del art. 177 del Tratado. Sólo así queda satisfecha la exigencia fundamental de seguridad jurídica (...) que exige igualdad y uniformidad de criterio en la aplicación del Reglamento comunitario en todo el territorio de la Comunidad”<sup>210</sup>.

Ahora bien, pese a tales argumentos, la sentencia *Granital* no resulta tan acorde con las exigencias comunitarias como pudiera parecer. En efecto, junto a la afirmación según la cual las normas comunitarias deben ser aplicadas directamente en el ordenamiento italiano, la CCI añade que, no obstante, “permanecen extrañas al sistema de las fuentes internas”, y es por ello, y no en razón simplemente a que su primacía la haga inmune al ataque de la normativa interna, que “aquéllas no pueden, en pura lógica, ser valoradas según los esquemas establecidos para dar solución a los conflictos entre normas de nuestro ordenamiento”.

#### 4.2.2 La (relativa) separación ordinamental

---

<sup>209</sup> SCCI 170/1984, de 5 de junio (*RUSOCC LXVI*, 1984, páginas 367 y siguientes). Una traducción del texto de la sentencia en castellano se encuentra en *BJC*, núm. 72, páginas 529 y siguientes.

<sup>210</sup> Otras sentencias de la CCI en que ratifica esta doctrina son, a modo de ejemplo: SCCI 113/1985, de 19 de abril, asunto *BECA*, *RUSOCC LXVIII*, 1985, páginas 775 y siguientes; SCCI 289/1989, de 4 de julio, asunto *Bolzano c. Presidencia del Consejo de Ministros*, *RUSOCC XCII*, 1989, páginas 421 y siguientes.

Los términos recién transcritos, dan paso tras la aparente aceptación de la primacía del sistema comunitario a la voluntad de separar la virtualidad del ordenamiento comunitario del sistema estatal de fuentes del Derecho, excluyendo con ello por completo, en contradicción con su jurisprudencia anterior, la dimensión constitucional del conflicto entre ley interna y norma comunitaria (dimensión afirmada en su jurisprudencia anterior).

Como señala Sáiz Arnáiz, “la Corte ha evolucionado desde una concepción de las relaciones entre ambos ordenamientos de acuerdo con la doctrina dualista tradicional, al mantenimiento de la existencia de una reserva constitucional a favor de las fuentes comunitarias haciendo de éstas parámetro de la validez de las fuentes nacionales, para concluir en la sentencia 170/1984 «casi perdiendo la referencia constitucional al artículo 11, vinculándose a una concepción de tipo internacional privatista en la que se confía al operador jurídico y al juez la elección del ordenamiento y de la norma aplicable, prescindiendo de los aspectos de derogación y constitucionalidad de las normas internas en conflicto con las comunitarias, que habían caracterizado respectivamente la primera y la segunda fase»”<sup>211</sup>.

Y fruto de esa tajante separación interordenamental, la CCI sostiene una posición que pese a resultar cercana a la del TCF, en realidad se separa de la misma por un dato importante: el TCF aaba abriendo la puerta a un control a partir de una colisión entre normas que, en principio, a no ser que se contravenga la necesaria *congruencia estructural*, debe ser resuelta a favor de la norma comunitaria. Para la CCI, en cambio, el conflicto en todo caso lo protagonizan los ordenamientos; dos sistemas jurídicos independientes el uno del otro que en caso de conflicto no permiten que la solución se halle a partir de depurar no una de las dos normas específicas que entran en colisión, sino la norma interna que ha posibilitado la relación (y con ella el conflicto) entre ordenamientos, esto es, la ley de apertura (y no la inaplicación de la norma comunitaria).

Siguiendo a Pérez Tremps, podría decirse que “la jurisprudencia alemana acierta a la hora de entender que la integración exige equivalencia entre las coberturas que deben ofrecer los ordenamientos, pero yerra al dejar abierta la puerta para que, si se rompe esa equivalencia, se lleve a cabo un control puntual, *ad casum*, de los principios de la

---

<sup>211</sup> Sáiz Arnáiz, A., “El Derecho comunitario, ¿parámetro...”, ob. cit., p. 575. La cita es de Sorrentino, F., “L’evoluzione...”, ob. cit., p. 159.

integración. Por su parte, la jurisprudencia italiana acierta al situar el conflicto en términos de validez de la transferencia o cesión de poderes, pero se equivoca la plantearlo a través del caso concreto. Así, cualquier vulneración de derechos fundamentales u otros principios básicos podría suponer la inconstitucionalidad de la cesión; ello implica, bien la inseguridad jurídica, bien la inutilidad del control<sup>212</sup>.

Con ello, la CCI concibe las relaciones interordinamentales de manera estricta, esto es, *strictu sensu* como relaciones entre ordenamientos. No obstante, como hemos visto, la estricta separación acaba cediendo en los supuestos en los que la norma comunitaria pueda poner en peligro la vigencia de determinados principios considerados esenciales por el ordenamiento constitucional interno, el ordenamiento interno. Siendo imposible separar competencialmente sin ningún tipo de interferencia ambos sistemas, desde una perspectiva monista, esto es, que parta del principio de unidad ordinamental, finalmente cualquier intento de separación conceptual entre ambos se diluye en mayor o menor medida.

Al margen de la salvaguarda del *núcleo* de los principios constitucionales, que a continuación referiremos a partir de la sentencia *Fragd*, hay que decir que la propia CCI en la misma sentencia *Granital* había abierto una puerta de relativización de la rígida separación ordinamental. En efecto, pese a dejar margen de actuación al juez para que inaplicara la ley interna contraria al Derecho comunitario a favor de éste sin necesidad de pronunciamiento previo de inconstitucionalidad, la Corte se declara competente de conocer (únicamente) sobre la constitucionalidad de aquellas leyes internas “dirigidas a impedir o perjudicar la continua observancia del Tratado con relación al sistema o al núcleo esencial de sus principios”. Aunque se trate de hipotéticas vulneraciones “macroscópicas”<sup>213</sup>, lo cierto es que viene a relativizar el aislamiento interordinamental dibujado de manera general.

---

<sup>212</sup> Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., p. 159. Hay que advertir que el autor señala que dado que finalmente la CCI plantea el conflicto a través del caso concreto, en realidad el conflicto es entre normas y no entre ordenamientos. Puede, no obstante, plantearse que en los estrictos términos de la sentencia *Granital* que comentamos, aunque el origen sea internormativo, el terreno del conflicto se sitúa finalmente en el plano interordinamental. De todos modos, como a continuación comprobaremos, dicha separación ordinamental se diluye en la posterior evolución jurisprudencial.

<sup>213</sup> Cartabia, M., “Nouvi Sviluppi nelle «competenze comunitarie» della Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionali*, 1989, núm. 2, p. 1019 (páginas 1012 y siguientes), según cita de Sáiz Arnáiz, A., “El Derecho comunitario, ¿parámetro...”, ob. cit., p. 576.

La importancia de esa línea de mayor flexibilización de los parámetros de la separación ordinamental se demuestra en que en posteriores sentencias la CCI vuelve a recuperar en cierta medida la dimensión constitucional del conflicto, reivindicando la necesidad de fiscalizar, por motivos de constitucionalidad, la adecuación de la ley interna al Derecho comunitario en supuestos en los que la contradicción, afectando a disposiciones importantes no dejaba de ser puntual (sentencia 286/1986, de 23 de diciembre). Esta línea se vería confirmada por la sentencia sobre el asunto *Fragd* que a continuación examinaremos.

Esta línea evolutiva acaba por romper la separación llegando a la 384/1994, de 19 de noviembre, por la que la CCI resuelve la inconstitucionalidad de una ley regional aún no en vigor<sup>214</sup> en materia de reimplantación de viñedos, contraria, a juicio del ejecutivo estatal, al Reglamento CEE 822/87.

La importancia de este pronunciamiento está en que supone la recuperación de la norma comunitaria como parámetro de control de constitucionalidad de la ley interna, al tiempo que incorpora las exigencias del TJ para asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario. Así es, para el TJ “la primacía del Derecho comunitario directamente aplicable tiene como efecto impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que serían incompatibles con normas comunitarias”<sup>215</sup>.

El TJ, de este modo, aunque parta de que la aplicación de la regla comunitaria se impone en todo caso (si se trata de una norma con efecto directo, como veremos) sin necesidad de que exista una previa derogación de la norma interna incompatible, plantea que dicha derogación, no obstante, no sólo resulta deseable sino que en ocasiones es hasta obligatoria. Y esa obligatoriedad la fundamenta el propio Tribunal, como ya lo había hecho con anterioridad<sup>216</sup>, y al margen de poder hacerlo en el principio de cooperación que

---

<sup>214</sup> El art. 127 de la Constitución italiana prevé la posibilidad de que el Gobierno de la República interponga recurso previo de inconstitucionalidad contra las leyes regionales que puedan contravenir la distribución competencial si tras el reenvío de la ley al Parlamento regional, éste la aprueba nuevamente, esta vez por mayoría absoluta.

<sup>215</sup> Sentencia sobre el asunto *Simmenthal*, ya citada.

<sup>216</sup> Concretamente, es el argumento empleado en su sentencia de 4 de abril de 1974 (*Comisión c. Francia*, asunto 167/73, p. 359).



establece el art. 10 TCE, en razones de seguridad jurídica, uno de los principios generales del Derecho que el TJ más decididamente ha venido alegando.

Pues bien, a partir de tales premisas, la CCI considera que no basta con que sea el juez el que decreta la inaplicación de la ley interna, sino que además es necesario que, siendo posible, se evite la promulgación de la norma interna contraria al Derecho comunitario. De esta manera se opone la Corte a las alegaciones de la representación de la Región de Umbría que, basándose principalmente en el asunto *Granital* sostenían la falta de adecuación del control previo de constitucionalidad al caso enjuiciado.

El pronunciamiento de la CCI es explícito: no se trata de poner en cuestión la sentencia sobre el asunto *Granital*, sino de reflexionar “sobre las implicaciones de la obligación de asegurar la conformidad del ordenamiento interno al comunitario, tal y como se deriva del artículo 11 de la Constitución, en la interpretación que de éste ha hecho la Corte”. De esta manera, la CCI recupera la norma comunitaria como parámetro de constitucionalidad, siendo el art. 11 parámetro indirecto: “la vulneración por la ley regional de dicho precepto constitucional *no existiría* de no manifestarse previamente una neta oposición entre los contenidos de la norma legal interna y el Reglamento CEE. Afirmar, así, que el Derecho comunitario implicado se comporta como verdadera *norma interpuesta* parece una conclusión obligada”<sup>217</sup>.

Como señala, concluyendo, el mismo autor, de la sentencia que comentamos “resulta evidente la superación del criterio de la «neta autonomía» entre los ordenamientos interno y el comunitario”<sup>218</sup>.

### **4.3 La primacía condicionada: la salvaguarda de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional**

Como se señaló, ya desde la sentencia sobre el asunto *Frontini*, la CCI se guarda la posibilidad última de intervenir cuando se trate de normativa que, en una aplicación

---

<sup>217</sup> Sáiz Arnáiz, A., “El Derecho comunitario, ¿parámetro...”, ob. cit., p. 590, artículo en el que autor realiza una examen en profundidad sobre la sentencia que comentamos.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 591.

“aberrante” del Derecho originario, violen “los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana”.

Tales afirmaciones las va a reiterar en siguientes pronunciamientos, como el del caso *Granital*, en el que se excepciona el principio de primacía comunitaria en el supuesto “improbable” de que dicha norma pueda vulnerar derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento italiano, caso en el cual el juez sí deberá acudir a la CCI para que se pronuncie. Igualmente, en el asunto *Programas Integrados Mediterráneos*<sup>219</sup>.

De todas formas, no encontramos un supuesto de posible contradicción real hasta la sentencia sobre el asunto *Fragd*, de 21 de abril de 1989<sup>220</sup>. En este pronunciamiento, la CCI recoge los resultados de su evolución jurisprudencial tanto por lo que se refiere al respeto de la primacía del Derecho comunitario como en relación con el principio de aplicabilidad inmediata, en el marco de la reserva de competencia para controlar, y en su caso declarar la inconstitucionalidad y consiguiente inaplicabilidad, la normativa comunitaria que desconozca el contenido de derechos fundamentales recogidos por la Constitución italiana<sup>221</sup>.

Por otra parte, la sentencia ofrece un interés adicional por constituir un claro supuesto de diálogo interjurisdiccional, de interacción entre la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales estatales, en este caso la CCI, y el TJ, nota definitoria esencial en la comprensión de la dinámica evolutiva del sistema comunitario<sup>222</sup> y, con ella, del propio concepto de integración.

---

<sup>219</sup> SCCI 399/1987, de 11 de noviembre de 1987, *RUSOCC LXXVIII*, 1987, páginas 479 y siguientes.

<sup>220</sup> SCCI 232/1989, de 21 de abril de 1989 (*RUSOCC XCI*, 1989, páginas 369 y siguientes). Un comentario sobre la misma puede hallarse en Angiolini, V., “I prinzipi fondamentali della Costituzione italiana corrono (non senza pericoli) sul filo del Diritto comunitario”, *RIDPC*, núm. 1, 1991, páginas 143 y siguientes; Caiola, A., “Una sentenza controversa in tema di rapporti fra diritto interno e ordinamento comunitario con riferimento ai diritti fondamentali”, *Dir. Com. Sc. Int.*, 1992, núms. 1-2, páginas 119 y siguientes; Cartabia, M., “Nouvi Sviluppi...”, ob. cit.

<sup>221</sup> En el nivel doctrinal, el mismo carácter de compendio de la evolución lo representan aportaciones como la de Cartabia, M., *Principi fondamentali e integrazione europea*, Giuffrè, Milán, 1995; también de Cartabia, M., “The Italian Constitution and the Relationship between the Italian legal system and the European Community”, *Michigan Journal of International Law*, núm. 12, 1990, páginas 173 a 204; la de Bilancia, F., “Ordinamento interno e Unione Europea”, *Rivista Giuridica Sarda*, 1995, núm. 10, vol. 3, páginas 879 a 890; o la de Benazzo, A., “Diritti fondamentali...”, ob. cit.

<sup>222</sup> En los capítulos siguientes se incidirá con insistencia en tal idea. Bastará, por ahora, citar alguno de los autores que han querido resaltar su importancia: Moitinho Almeida se ha encargado de constatarlo en el

El supuesto de hecho sitúa a la empresa *Fragd* en litigio con la Administración italiana a quien exige el reembolso de unas cantidades pagadas (montantes compensatorios) en julio de 1980 con base en un Reglamento comunitario declarado ilegal por el TJ en el marco de una cuestión prejudicial resuelta por una sentencia de 15 octubre del mismo año (*Roquette*, asunto 145/79, Rec. 1980). En cuestión prejudicial planteada por el juez *a quo* (Tribunal de Venecia), el TJ confirmaría, por medio de su sentencia de 22 de mayo de 1985 (*Fragd*, asunto 33/84, Rec. 1985), su sentencia *Roquette*, en la que consideró que la declaración de invalidez del Reglamento “no permite cuestionar la percepción o pago de los montantes compensatorios monetarios efectuados por las autoridades nacionales con base en dichas disposiciones (las del Reglamento anulado) hasta la fecha de la presente sentencia”. De este modo la parte recurrente, la empresa *Fragd*, veía como su pretensión quedaba desestimada ya que las cantidades pagadas por ella eran anteriores a la fecha de la sentencia referida.

Frente a esta jurisprudencia, la CCI se plantea una posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial derivada de la limitación de los efectos de la declaración de invalidez de normativa comunitaria a las situaciones que se den con posterioridad a la propia sentencia. Hay que añadir que supuestos como el planteado se hallan permitidos por el TCE, que en su art. 231 establece que “con respecto a los reglamentos, el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos”.

Ante ello, la CCI advierte claramente que “el derecho de todo particular a interponer recurso y a obtener una sentencia se vaciaría de contenido si a un juez que dudara de la legalidad de una disposición que hubiera de aplicar, la autoridad jurisdiccional a la que estuviera obligado a dirigirse le respondiera que, efectivamente, la disposición no es válida, pero que esta invalidez no surte efecto en el procedimiento principal, de tal manera que este último sólo puede resolverse aplicando una norma ilegal”.

Pese a que no se plantee un conflicto abierto con el TJ, ya que en el caso concreto finalmente la CCI considera que los derechos del particular no se ven vulnerados (la

---

análisis jurisprudencial contenido en “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Rodríguez Iglesias, G. C. y Lión Noguera, D. J. (Dirs.), *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, ob. cit., páginas 97 a 132. También incide en la importancia de esta interacción, Cannizaro, E., “Tutela dei diritti...”, ob. cit., páginas 378 y siguientes.

cuestión prejudicial que resuelve el asunto *Fragd* se plantea con posterioridad a la declaración de invalidez de la norma), ciertamente la postura contenida en el pronunciamiento del alto tribunal italiano supone un enfrentamiento a decisiones del TJ, aunque, como se encarga de comprobar la propia CCI, no se trate de “una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia”<sup>223</sup>.

Cabría preguntarse qué hubiese sucedido en caso que el supuesto concreto planteado ante la CCI hubiera sido el del asunto *Roquette*, o si se tratara de una jurisprudencia consolidada del TJ. Sería un ejercicio de “jurisprudencia-ficción” intentar imaginar si finalmente la CCI habría desenterrado el hacha o no, puesto que una cosa es mostrarla, y de manera ostentosa como en la sentencia que venimos comentando, cuando se sabe que no va a tener consecuencias inmediatas, y otra bien distinta es hacerlo en el marco de un conflicto directo.

En cualquier caso, la diferencia entre las sentencias *Frontini* y *Granital* y la sentencia *Fragd* salta a la vista porque mientras que las dos primeras al identificar el límite impuesto por los derechos fundamentales a la aplicabilidad del Derecho comunitario “parecían referirse al caso de que en los Palacios de Bruselas, Carlomagno y Berlaymont, se dedicasen a llevar a cabo una política de violación sistemática de los derechos fundamentales”<sup>224</sup>, con la última se individualiza un caso específico y real.

Sea como sea, lo cierto es que de algún modo la CCI le devuelve al TJ la reprimenda recibida en el asunto *Simmenthal*; y del mismo modo que la CCI, el TJ sabe encajar la crítica hasta tal punto que en su sentencia de 26 de abril de 1994 (*Roquette Frères*, asunto 228/92) concluye, en un supuesto muy semejante, que “un operador que como la parte demandante en el asunto principal antes de la fecha de la presente sentencia, haya interpuesto ante un órgano jurisdiccional nacional un recurso contra una liquidación

---

<sup>223</sup> Así es, la CCI pudo comprobar que la jurisprudencia del TJ posterior al asunto *Roquette Frères*, que a su vez tampoco arrancaba de una práctica consolidada, olvida ese tipo de soluciones jurídicas. Prueba de ello son las sentencias dictadas en los asuntos 41/84 (sentencia de 15 de enero de 1986, *Pinna*, Rec. 1986, p. 1), 24/86 (sentencia de 2 de febrero de 1988, *Blaizot*, Rec. 1988, p. 379) y 262/84 (sentencia de 26 de febrero de 1986, *Beets-Prope*, Rec. 1986, p. 773).

<sup>224</sup> Gaja, G., “La sentenza della Corte Costituzionale n. 232 del 1989 e i «controlimiti» alle superiorità del Diritto comunitario”, en *La Corte Costituzionale tra Diritto interno e Diritto comunitario (Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo de la Consulta, nei giorni 15 e 16 ottobre 1990)*, Giuffrè, Milán, 1991, páginas 81 a 86, citado por Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., p.633.

de montantes compensatorios monetarios emitida con base en el reglamento comunitario declarado inválido en virtud de la presente sentencia, está legitimado para invocar dicha invalidez en el marco del litigio principal”. Y no sólo llega a tal conclusión, sino que además la fundamenta como consecuencia necesaria de que si no fuera así, la parte demandante “se vería entonces privada del derecho a la tutela judicial efectiva en caso de infracción de la legalidad comunitaria por parte de las Instituciones y ello –señala el TJ llevando el asunto a la esfera de sus intereses- perjudicaría la eficacia del art. 177”.

Como se había advertido, realmente se trata de un buen ejemplo de interacción jurisdiccional, puesto que muestra la recíproca influencia que existe en este caso entre el TJ y la CCI, factor que debe ser tenido en cuenta siempre a la hora de valorar el contenido de los pronunciamientos de los altos tribunales de los distintos Estados miembros, ya que en ocasiones, no siempre, un determinado posicionamiento puede venir explicado por la intención de provocar no tanto un enfrentamiento con el TJ sino una modulación en su jurisprudencia.

## **5. Recapitulación**

El presente capítulo nos ha servido para identificar con mayor precisión, y a partir de supuestos concretos, el terreno del debate sobre las relaciones interordinamentales que la integración comunitaria comporta. Hasta ahora, dicho debate lo hemos cifrado en clave fundamentalmente jurisprudencial, identificando dos polos en la discusión: el *monismo estatalista* de las jurisdicciones constitucionales, y el *monismo comunitarista* del TJ.

La tarea que nos queda por realizar es todavía mucha; se puede decir que estamos casi en el punto de arranque. De todas formas, y junto con los interrogantes que se nos fueron planteando en el curso del repaso de la jurisprudencia del TC, ya hemos localizado buena parte de los aspectos que requieren ser clarificados; a los que emergieron en el primer capítulo podemos ahora sumar los que la jurisprudencia constitucional germana e italiana han sacado a relucir, que principalmente giran alrededor del modo en que deben poder quedar asegurados los principios esenciales del constitucionalismo (derechos fundamentales y principio democrático), y la determinación de quién tiene la última palabra en caso de conflicto competencial, aspectos ambos íntimamente imbricados.

Como puede deducirse con facilidad, para poder llegar a un posicionamiento propio en el debate planteado va a resultar necesario acabar de dar forma no tanto a la manera en que se pone de manifiesto la polarización de planteamientos que hemos recogido, sino a los verdaderos presupuestos en los que se sostienen. Solamente tras haber realizado dicha labor, podremos ya empezar a construir un enfoque propio.

Por todo lo anterior, el acercamiento que debemos realizar ahora es el doctrinal, por ser éste el que con mayor esfuerzo trata de hallar una explicación teórica que explique el fenómeno de la integración desde una perspectiva amplia, y no como producto exclusivo del caso concreto, aunque, para poder resultar satisfactoria, no pueda preterirlo. Ello no obstante, como se verá, el punto de partida de una parte importante de las reflexiones teóricas que van a ser recogidas responde directa o indirectamente a un pronunciamiento jurisprudencial, el de la sentencia del TCF sobre el asunto *Maastricht*.

La significación teórica de dicha resolución es alta y tiene el profundo valor de poner nombres y apellidos a los presupuestos que explican la concepción soberanista del fenómeno de la integración comunitaria. Es por tal motivo, que serán recogidas algunas de sus afirmaciones, parte de las cuales no han sido comentadas en este capítulo por considerar más útil posponer dicho análisis.

En cualquier caso, el punto en el que ahora estamos es en el que nos han dejado los caminos de la evolución jurisprudencial hasta ahora examinada. Y de la misma podemos al menos ya expresar insatisfacción ante los resultados. Pérez Tremps ha sabido captar dicho disgusto al subrayar que “lo que no es posible es que un conflicto jurídico comunitario pueda servir de excusa bien para socavar los principios del ordenamiento comunitario a través de una autoridad nacional (solución alemana), bien para cuestionar la esencia misma de la integración (solución italiana) (...). Desde esta perspectiva cabe afirmar que la polémica en torno a la eficacia de los derechos y demás principios y valores fundamentales ha sido el resultado de una falta de previsión en la configuración de lo que debía ser la integración, sin duda debida, a su vez, a la propia indefinición de ésta como categoría jurídica”<sup>225</sup>.

---

<sup>225</sup> Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., p. 159.

Queda pues bien identificada la necesidad de afrontar el reto de hallar una explicación teórica más satisfactoria. Quizás, en realidad de lo que se trata es de variar la perspectiva. Sin poder avanzar mucho más, nos sirve para apuntar esta idea una de las cuestiones planteadas en el Requerimiento del Gobierno al TC que motivaría su DTC 108/92, concretamente cuando se arguye, al parecer con el objetivo de reforzar sus planteamientos pero en realidad saliéndose del marco en el que había ido articulando sus argumentaciones, que al fin y al cabo no puede darse incompatibilidad entre el art. 8 B.1 TCEE y el 13.2 de la Constitución porque son “preceptos dictados en ámbitos competenciales distintos y en el seno de ordenamientos diferentes aunque coordinados (...). La relación entre ambos preceptos sería, pues, la que deriva de la existencia de esos dos ordenamientos, sin que ninguno suponga la derogación del otro (...)”.

## **CAPÍTULO TERCERO. ¿Quién tiene la última palabra? El conflicto entre Constitución y Derecho comunitario y las insuficiencias de las perspectivas de raíz monista**

### **1. Introducción: La dialéctica *vencedor-vencido***

Hasta ahora se ha tratado de identificar los polos de la discusión tal y como se ha venido entablando de modo habitual, y con ello hemos podido ya advertir genéricamente el carácter insatisfactorio de las visiones defendidas por las jurisdicciones constitucionales, cuyo monismo estatalista, como ha sido denominado, no consigue hacer frente a las carencias del monismo comunitarista del TJ a la hora de explicar las implicaciones constitucionales del fenómeno de la integración comunitaria.

Como se señaló al finalizar el anterior capítulo, hasta ahora lo que se ha hecho ha sido identificar los aspectos centrales de la discusión alrededor del concepto de integración, que sintéticamente resumíamos en el debate sobre el aseguramiento de los principios esenciales del constitucionalismo (derechos fundamentales y principio democrático), y la determinación de quién tiene la última palabra en caso de conflicto competencial.

Nuestro análisis debe emprender ahora dicha discusión situándose en el plano doctrinal, donde vamos a tratar de buscar una fundamentación más amplia de las perspectivas defendidas por un lado por la jurisprudencia constitucional hasta ahora comentada, y por otro por el TJ. Tras ello estaremos en mejores condiciones para poder valorar hasta qué punto dichos enfoques resultan o no satisfactorios.

El punto de partida va estar constituido por las tesis estatalistas o soberanistas contenidas en la sentencia *Maastricht* del TCF, que, como respuesta a los posicionamientos defendidos por el TJ, dan pie a la fijación de los límites sustanciales y competenciales a la integración comunitaria cuya superación implicaría el inicio del fin de la estatalidad (y el constitucionalismo). Una vez acometida, someramente, esa descripción, se procederá a describir algunas de las principales muestras de los posicionamientos doctrinales en nuestro país tanto de la vertiente soberanista o estatalista, como de la vertiente comunitarista.

Como es sabido, la discusión sobre los límites constitucionales a la integración no es nueva, pero sin duda cobra una dimensión especial desde que la Comunidad, al abrigo de



la más amplia y difusa UE, empieza a sentirse lo suficientemente cómoda como para despojarse de su carácter eminentemente sectorial, y así, se aceleran una serie de procesos que habían ido tomando forma de manera paulatina, aunque especialmente desde la aprobación y posterior entrada en vigor del AUE. Tales procesos no son otros que los que han llevado a la organización comunitaria a “acumular una cantidad de poder (...) de tal calibre que lo que empieza siendo una delegación o transferencia de atribuciones se convierte en una transformación esencial del equilibrio de la Constitución”<sup>226</sup>.

¿Hasta dónde llega esa transformación?, ¿existen límites jurídicamente oponibles a la misma?, ¿qué tipo de límites? ¿dónde se hallan y quién debe velar por la vigencia de tales restricciones?

Teóricamente, la respuesta a tales interrogantes es sencilla: los Estados acuerdan quedar vinculados por una serie de Tratados internacionales (el Derecho comunitario originario) cuya compatibilidad con las Constituciones nacionales es certificada de manera previa, de modo que el desarrollo de tales Tratados (el Derecho comunitario derivado) no puede entrar en contradicción con los textos constitucionales a no ser que contravengan las disposiciones de los Tratados, para cuya defensa existe un órgano específico, el TJ.

Así pues, y respondiendo a los interrogantes, la transformación aludida no puede llegar más allá de lo querido y expresado por cada Estado miembro, los límites son los que marcan los Tratados acordados por dichos Estados y el encargado de su salvaguarda es, en último término, el TJ.

Esa sencillez es la que reclama de manera insistente el TJ, quien en sus construcciones sobre la primacía y el efecto directo de la normativa comunitaria viene refiriéndose constantemente al carácter necesario de las mismas para la realización del ideal liberal del *Rule of Law* en una esfera supraestatal, esto es, de la regularidad, predecibilidad y garantía de un proceso justo, como parámetros asociados ineludiblemente a dicho ideal<sup>227</sup>. Romper pues dicha *Regla*, que según vimos exige un cierto grado de

---

<sup>226</sup> Muñoz Machado, A., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, ob. cit., p. 43.

<sup>227</sup> Kumm, M., “Who is the Final arbiter of constitutionality in Europe?: three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice”, *CMLRev*, vol. 36, 1999, páginas 351 a 386.

homogeneidad en la aplicación de la normativa comunitaria, significaría la renuncia a la realización de los objetivos comunitarios acordados por los Estados.

Pero como también sabemos, esa simplicidad ha sido contestada por los máximos garantes de la normativa constitucional de los Estados. Como ha recordado Rodríguez Iglesias, hasta el momento “lo cierto es que ningún Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía del Derecho comunitario sobre el propio Derecho constitucional, y no debe sorprender porque es fruto de la función del Tribunal Constitucional (...)”<sup>228</sup>. La negativa viene pues a ser consecuencia del hecho de que, tal y como ha señalado Cruz Villalón, la supremacía de la Constitución constituye el presupuesto existencial de los Tribunales Constitucionales<sup>229</sup>.

Se presentan pues dos planos diferenciados, que han sido denominados con el nombre de comunitarista, por un lado, y estatalista o soberanista, por otro. Pero es importante resaltar que estos dos planos en realidad sólo se materializan en determinados momentos o escenarios. Así es, situados digamos en la cotidianidad del desarrollo de las relaciones entre el Derecho comunitario y los ordenamientos estatales, aparentemente existe un solo plano, ya que ambos coinciden, se solapan el uno con el otro al respetarse de ordinario la supremacía y aplicabilidad directa de las normas comunitarias. Es en el momento de trasladarnos al terreno del conflicto cuando del solapamiento se pasa a la confrontación.

Situados en la dialéctica del enfrentamiento o la contradicción entre ordenamientos, la única respuesta válida nos la ofrecen las visiones monistas, pues son las respuestas que optan o bien por proclamar un “vencedor”, o bien por decretar un empate técnico irresoluble por el momento.

De alguna manera nos acercamos con ello a la explicación schmittiana sobre el concepto de soberanía, donde la única respuesta válida se obtiene del caso extremo, del escenario de confrontación máxima, que es el estado de excepción<sup>230</sup>. No entraremos por el

---

<sup>228</sup> Rodríguez Iglesias, G. C., “Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario”, ob. cit., páginas 1191 y 1192.

<sup>229</sup> Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987, p. 26.

<sup>230</sup> Schmitt, C., *El concepto de lo político*, Folios Ediciones, Buenos Aires, 1984.

momento en el trazado de paralelismos ni en la discusión sobre el concepto de soberanía, pues más adelante ya tendremos ocasión.

Los capítulos anteriores han buscado centrar los polos de la discusión, por lo que no hace falta volver a reiterar todos los elementos de uno y de otro. De lo que se trata ahora es de poner de manifiesto la insuficiencia de ambos de cara a poder explicar las consecuencias del fenómeno de la integración comunitaria para nuestro ordenamiento constitucional.

## **2. El monismo soberanista: la sentencia *Maastricht* del TCF y el posicionamiento de la doctrina española respecto de los límites constitucionales a la integración comunitaria**

### **2.1 Los presupuestos del monismo soberanista: la sentencia *Maastricht* del TCF y la tesis del *no-demos***

Una de las respuestas más elaboradas a las construcciones del TJ está recogida, como bien sabemos, en la sentencia *Maastricht* del TCF. Dicho pronunciamiento tiene la enorme virtud de saber condensar y explicitar los principales presupuestos que de un modo u otro, aunque en ocasiones no se llegue a reconocer, están en la base (a veces en el subconsciente) de la mayor parte de construcciones jurisprudenciales y doctrinales que han reaccionado al reinado de las tesis del TJ.

Ya conocemos las principales conclusiones de la resolución, pero no obstante resulta oportuno resumir cuáles son los planteamientos teóricos de partida, tarea para la cual nos serviremos de la aproximación realizada por Kumm. Según este autor, el TCF, de la mano del ponente de la sentencia, el juez Kirchhof<sup>231</sup>, se basa en una muy determinada concepción normativa del orden político que puede ser calificada con el nombre de *democratic statism* (estatismo democrático).

Esta perspectiva de análisis establece un nexo entre tres conceptos fundamentales: estatalidad, soberanía y autogobierno democrático, que vienen a converger hacia un

---

<sup>231</sup> En efecto, su impronta se deja sentir en la sentencia como lo demuestran claramente sus escritos extrajudiciales, entre otros, los siguientes: Kirchhof, P., como “Der Deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration”, Kirchhof, P., e Isensee, J., (editores), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, Heidelberg, 1992, o “Die Gewaltbalance zwischen staalichen und europäischen Organen”, *JZ*, vol. 53, núm. 20, 1998, páginas 965 a 973.

concepto de Estado unido analíticamente a la noción de soberanía. Soberano es en este contexto el poder establecido por la Constitución, que por no resultar legalmente derivada de otra fuente puede ser calificada como norma suprema, mientras que la base normativa de esta supremacía constitucional se encuentra en el “pueblo”, en el sentido político enfático de *Staatsvolk* o *demos*<sup>232</sup>.

Ese *demos* encarna el poder constituyente único que crea el sistema constitucional por el que se dota de mecanismos para el ejercicio de su autodeterminación política. Y es único, de modo que incluso ante una organización política con diversos niveles de poder y organizada federalmente no existe espacio posible para un *demoi* múltiple. Esto es así precisamente por el nexo analítico entre soberanía y Estado, que es nexo entre soberanía y *demos*: el concepto de soberanía exige la existencia de una única autoridad legal suprema.

¿Cómo identificar el *demos*? Una posibilidad, que es la que parece deducirse de los escritos de Kirchhof, consiste en utilizar como método la previa identificación del orden jurídico que de dicho sujeto, y sólo del mismo, se puede derivar. Concretamente, según el mismo autor, un orden legal autónomo propio de un Estado basado en un *demos* debe reunir tres caracteres ineludibles: en primer término, poseer la *Kompetenz-Kompetenz*, o habilidad formal del propio orden legal para la determinación de las materias que pueden ser objeto de regulación propia<sup>233</sup>. En segundo lugar, dicho orden debe conservar en cualquier caso el ejercicio de una serie de competencias mínimas (como defensa, asuntos de interior y exteriores, cultura y educación). Finalmente, debe contar con un grado suficiente de legitimidad democrática<sup>234</sup>.

Se trata de una concepción *estatista* ya que según la misma los caracteres que recoge sólo pueden darse en el contexto de la realidad estatal. Así, se constata la inexistencia de un *demos* europeo y el consiguiente rechazo del carácter autónomo del

---

<sup>232</sup> Kumm, M., “Who is the Final...?”, ob. cit. p. 366.

<sup>233</sup> Como nos recuerda Weber, “el intento de encauzar la llamada «competencia sobre competencias»... no es, en sustancia, otra cosa que la resistencia contra ampliaciones del Tratado no escritas, no cubiertas por la ley de autorización y no legitimadas democráticamente, tal como ya en Alemania expuso la crítica federalista antiunitaria del siglo XIX contra la Constitución alemana del Reich” (esto último ha sido recogido también por Carré de Malberg, como más adelante tendremos ocasión de referir). Weber, A., “El control del Tratado...”, ob. cit., p. 48.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 368.

orden jurídico comunitario, de lo que se derivan dos tipos de límites constitucionales a la integración, que son límites a la aplicabilidad de la normativa comunitaria en territorio germano.

Por un lado, el límite de la salvaguarda de los derechos fundamentales, límite ya planteado con anterioridad pero sobre el que la sentencia varía la perspectiva de control, eliminando la fórmula del “en tanto que“ (*solange*, que excluye el control mientras el nivel de protección se mantenga en los parámetros aceptables constatados por el TCF en su sentencia *Solange II*), para adoptar la fórmula del control que ya no se articula en función del momento concreto de la integración comunitaria, sino que se parte de la descripción de la función del TCF frente al Derecho comunitario en términos absolutos: “garantizar *de modo general* un nivel de derechos fundamentales irrenunciable”<sup>235</sup>.

Por otro lado, es consecuencia de la concepción estatalista la fijación como límite constitucional a la integración del margen de actuación impuesto por el *programa de integración*, que impide la aplicabilidad de normativa comunitaria dictada en *ultra vires*, estando la *Kompetenz-Kompetenz* en manos del TCF. Dado que la normativa comunitaria resulta aplicable en el territorio alemán a partir de la ley parlamentaria de ratificación de los Tratados, todo acto que no quede cubierto por las previsiones de tales tratados (*programa de integración*) carece de base legal que justifique su aplicabilidad y el hecho de que exista un órgano jurisdiccional competente para asegurar la regularidad de los actos comunitarios no contradice el argumento, ya que la competencia del TJ es a su vez delimitada por el contenido de los Tratados, y la trasgresión por este de los límites de la interpretación legal le haría incurrir igualmente en *ultra vires*.

Una vez trazadas a partir de la sentencia *Maastricht* del TCF las líneas esenciales del escenario posible de conflicto entre Constitución y ordenamiento comunitario, líneas que, por otra parte, ya fueron dibujadas, y con mayor detenimiento, en el capítulo anterior, el siguiente aspecto a tratar, según se apuntó, es el de la recepción o desarrollo doctrinal de los presupuestos estatalistas que en la sentencia se contienen, para lo que nos centraremos en un repaso de los posicionamientos defendidos por autores españoles. Como contrapunto,

---

<sup>235</sup> Sentencia de 12 de octubre de 1993, ya citada. Cursivas añadidas.

se hará también referencia a algunas de las aportaciones más relevantes dirigidas a fundamentar las posiciones del TJ.

## **2.2. Doctrina y límites constitucionales a la integración comunitaria: cuestiones introductorias**

### *2.2.1 La distinción entre límites a la integración y límites a la eficacia de la normativa comunitaria*

En primer lugar, en materia de límites constitucionales actuantes en el proceso de integración comunitaria, hay que distinguir entre dos momentos distintos: un momento previo, esto es, antes de proceder a la aplicación de la previsión contenida en el art. 93, momento en el cual nos hallaríamos ante la posible existencia de límites constitucionales a la conclusión de determinados Tratados de integración (*límites a la integración comunitaria*, en sentido estricto); un segundo momento es el que aparece una vez concluido y ratificado el Tratado, en el que los posibles límites constitucionales operarían, en caso de existir, frente a la eficacia de la normativa de la organización supranacional en cuestión (*límites a la eficacia de la normativa comunitaria*).

La doctrina española, como sucede en otros Estados miembros, no presenta una respuesta homogénea a la cuestión de los límites constitucionales a la integración. Por lo general sí existe coincidencia en partir de la existencia de unas condiciones previas al ejercicio del poder de integración regulado en el art. 93, que deberían ser contrastadas antes de la ratificación (control constitucional previo por parte del TC al que se refiere el art. 95). Así, pocas son las voces que no planteen o bien la necesaria total compatibilidad entre las disposiciones del Tratado de integración y la Constitución, o bien, la mayor parte, al menos la ineludible necesidad de que se dé un “mínimo de homogeneidad o congruencia estructural” entre el ordenamiento supranacional y el estatal, reproduciendo la fórmula empleada por la doctrina germana, cuyos caracteres ya fueron perfilados en el anterior capítulo.

Las posturas dejan de coincidir en cambio en relación con la presencia de límites (los mismos oponibles en el control *a priori* u otros) a la eficacia del Derecho comunitario, esto es, en el momento de su aplicación a relaciones jurídicas concretas. Un problema que se nos presenta a la hora de analizar las distintas aportaciones doctrinales al respecto es que no siempre la distinción entre los dos momentos o entre los dos tipos de límites aludidos se hace explícita<sup>236</sup>, por lo que en muchos casos es difícil poder entrever si la falta de distinción se debe a la consideración de su carácter superfluo, supuesto en el que entonces se entendería posible la intervención del TC con tal de asegurar la vigencia de las disposiciones constitucionales vulneradas por la normativa comunitaria, o porque sólo se refieren al primer tipo de límites (los oponibles *a priori*), que luego a lo sumo pueden alegarse en tanto el propio cumplimiento del Derecho comunitario deba incluirlos, pero que en cualquier caso deberá ser el TJ, y no los TC de cada uno de los Estados miembros, quien en último término asegure su vigencia.

### 2.2.2 Límites materiales y límites competenciales

La otra advertencia previa que debe ser realizada consiste en que por encima de las cuestiones competenciales, sobre las que sólo más recientemente ha habido pronunciamientos, la mayor parte de autores han querido contribuir a la consolidación de la doctrina de los límites constitucionales a la integración en relación con la protección de los derechos fundamentales, puesto que al carácter central de la regulación de los derechos y libertades para cualquier ordenamiento constitucional, se suma la ausencia de un listado comunitario de su reconocimiento, generándose una situación de inseguridad ante la que la doctrina ha querido reaccionar, siendo conscientes de que, como con razón señala Cabellos, “la capacidad comunitaria de regular los derechos y deberes de los ciudadanos europeos es una de las medidas de hasta dónde llega el proceso de integración europea”<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Hay que resaltar, no obstante, algunos de los autores que sí han querido remarcar los dos momentos con análisis separados, entre los que destacan López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., y Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit.

<sup>237</sup> Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, ob. cit., p. 290.

Pero hay que insistir en que se está hablando de dos cuestiones que aunque van de la mano es necesario diferenciar: por un lado se trata la posibilidad de la contradicción sustancial entre una regulación comunitaria que afecte a un derecho fundamental y el contenido que tal derecho tiene a partir de su reconocimiento constitucional; por otro, de la base competencial que la Comunidad tiene para poder regular cuestiones que afecten al contenido del derecho.

Ha sido, como sabemos, el TCF quien más ha hecho por separar ambas cuestiones y situarlas cada una por su lado como límites a la eficacia de la normativa comunitaria. A partir de la distinción, se deben superar las dudas anteriores que las reflexiones de bastantes comentaristas habían generado, ya que al no referirse a la citada separación, parecía tener que deducirse su convencimiento de que la regulación comunitaria en *ultra vires* materialmente no contradictoria con las disposiciones constitucionales estatales no presentaba problemática alguna.

### *2.2.3 Las posibilidades de incidencia de la normativa comunitaria en materia de derechos fundamentales*

Una vez dicho lo anterior, y como tercera advertencia, hay que señalar que incluso pese a resultar clara la necesidad de partir de la previa determinación de cuáles son las posibilidades reales de incidencia de la normativa comunitaria en materia de derechos fundamentales, pocos autores se han detenido a realizar esa labor, refiriendo su reflexión directamente al momento posterior de la colisión entre normas. Se sitúan pues en el momento contencioso, esto es, el momento en el que el TJ ha dado forma a su conocida construcción del sistema de protección pretoriana de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario

Frecuentemente, en las reflexiones dirigidas a reclamar la necesidad de anteponer una serie de límites a la eficacia de la normativa comunitaria, se ha partido de un rápido repaso, tediosamente reiterativo en ocasiones, a los hitos jurisprudenciales del TJ en su camino por asegurar la vigencia de los derechos fundamentales como principios generales del derecho “tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros” y de la CEDH. No obstante se ha olvidado el momento previo, el de la



actuación normativa por parte del legislador comunitario. Hay que destacar el trabajo elaborado por Pi i Llorens, quien, sin querer entrar en la polémica sobre los límites a la integración, ha sabido ofrecer una aproximación completa a las características del método empleado por el TJ en su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales<sup>238</sup>.

Más adelante tendremos ocasión de ocuparnos de las posibilidades competenciales que han permitido a la Comunidad regular de manera incisiva aspectos de directa afectación de los derechos fundamentales, de momento la intención era simplemente advertir de la carencia de dicho análisis en buena parte de las aportaciones doctrinales que se han ocupado de las implicaciones de la integración comunitaria en nuestro ordenamiento.

#### *2.2.4 Listado de derechos y expansividad competencial*

Sin entrar por el momento en el debate, por otra parte suficiente y reiterativamente abordado por la doctrina<sup>239</sup>, sobre la suficiencia o insuficiencia del nivel de protección de

---

<sup>238</sup> Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales...*, ob. cit.

<sup>239</sup> Una de las críticas que de manera más insistente se han formulado es la que cuestiona no tanto al grado de protección final de cada uno de los derechos, sino más bien el grado de seguridad jurídica que comporta. En ausencia de un catálogo predefinido de manera clara, es el TJ, y sólo él, el encargado de dibujar los contornos de los derechos que merecen protección desde el sistema comunitario, de su “sustancia” o contenido esencial, a partir de la concreción de unos “principios comunes” de los ordenamientos constitucionales y un nivel de protección presente en el CEDH que es el TJ, y sólo él, el encargado de fijar en cada caso que se le plantee. Esta situación es la que lleva a Rodríguez Iglesias a afirmar (o si se quiere a reconocer como presidente del TJ) que “resulta difícil resumir en fórmulas abstractas el método de determinación del parámetro común de protección de los derechos fundamentales seguido por el Tribunal de Justicia, entre otras razones como consecuencia del carácter frecuentemente poco explícito del discurso judicial” (Rodríguez Iglesias, G. C. y Valle Gálvez, A., “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *RIE*, núm. 2, 1997, p. 336, páginas 329 a 376). El mismo autor sostiene además que “en el Derecho comunitario el concepto de derecho fundamental no es un concepto normativo, en el sentido de que no está dogmáticamente elaborado ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental” (Rodríguez Iglesias, G. C., “La protección de los derechos fundamentales...”, ob. cit., páginas 203 y siguientes). Hay incluso quien, sin mayores rodeos, afirma que “antes de que en cada caso se pronuncie el propio TJCE, no existe derecho fundamental alguno” (Díez-Picazo, L. M., “¿Una constitución sin declaración de derechos?”, *REDC*, núm. 32, 1991, p. 148, -páginas 135 a 155-). Merece la pena acudir a Gosalbo Bono, R., “Reflexiones en torno al futuro de los derechos humanos en el marco del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones”, *RIE*, núm. 1, 1997, páginas 29 a 68. De todas formas, quizá uno de los artículos doctrinales más completos respecto de la protección comunitaria de los derechos fundamentales sea el de Alonso García, R., “Derechos fundamentales

los derechos fundamentales por parte del TJ<sup>240</sup>, y antes de proceder al repaso de las opiniones doctrinales sobre la cuestión de los límites a la integración comunitaria, hay que añadir una última apreciación en torno la cuestión de la base competencial comunitaria en materia de derechos fundamentales.

Ya sabemos que la elaboración de un sistema de protección de los derechos en sede comunitaria partió fundamentalmente de la necesidad de asegurar la aceptación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales de las doctrinas de la primacía y el efecto directo, condiciones de la necesaria aplicación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto del Estados miembros. Una de las consecuencias inmediatas de la puesta en práctica de dicho sistema ha sido, al margen de las insuficiencias que el mismo tiene, la de aumentar el grado de legitimidad del sistema comunitario en su totalidad, por cuanto le dota de un mecanismo de control del poder y defensa de los derechos de las personas, que es la base de cualquier pacto que quiera llegar a tener naturaleza constitucional.

Pues bien, sin negar nada de lo mencionado, existe otro potencial efecto de la adopción de un sistema de protección de los derechos que es, se quiera o no, la ampliación de las posibilidades de incidencia de la normativa comunitaria en materia de derechos. También con anterioridad, pero de manera más clara tras la plasmación en el TUE del compromiso de la Unión de respetar “los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmando en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales

---

y Comunidades Europeas”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, páginas 799 a 836.

<sup>240</sup> Son numerosas, y autorizadas, las opiniones que sustentan, como lo ha hecho por otra parte el TCF desde su sentencia *Solange II*, que la garantía de los derechos fundamentales que ofrece la jurisprudencia del TJ cuando menos no es inferior a la que ofrecen los Estados miembros. En este sentido, y por hacer referencia a la doctrina alemana, destacan Everling, U., “Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs”, *Reform der Europäische Union. Materialien zur revidition des Maastrichter Vertrages*, Bertelsmann, 1995; Frowein, J. “Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten”, *EuR*, núm. 4, 1995, páginas 315 a 333; Lenz, C. O., “Der europäische Grundrechtsstandart in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes”, *EuGRZ*, núm. 24, 1993; Pernice, I., “Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz. Grundlagen, Bestand und Perspektiven”, *NJW*, núm. 39, 1990 (páginas 2409 a 2420). Schwarze, J., “Probleme des europäischen Grundrechtsschutzes”, *Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftrecht. Festschrift für Arved Deringer*, Everling, U., Narjes, K. H., Sedemund, J., (eds.), Nomos V., Baden-Baden, 1993; Zuleeg, M., “Der Schutz der Menschenrechte im Gemeinschaftsrecht”, *Die öffentliche Verwaltung (DöV)*, núm. 22, 1992 (páginas 937 a 944). Entre la doctrina española, puede ser destacado, por todos, Rodríguez Iglesias, G.

del Derecho comunitario” (art. 6.2 TUE) y especialmente tras el Tratado de Ámsterdam, momento en que dicha cláusula deviene jurisdiccionalmente protegible, la incorporación de un sistema de protección de derechos dota a la Comunidad no sólo de un cometido negativo de no lesión, sino que también, implícitamente (o al menos así habría sido aceptado de manera tácita), puede acabar configurándose una potestad positiva, regulativa, en la materia, ampliándose de un modo u otro el ámbito de las atribuciones competenciales ya existentes, tanto por lo que se refiere a las potestades normativas como a la capacidad del TJ para controlar normativa estatal que afecte de alguna manera al contenido de derechos protegidos en sede comunitaria: el ámbito de lo protegido se expande y con él no sólo las posibilidades de control de la normativa comunitaria, sino también de la normativa estatal<sup>241</sup>.

Y lo anterior es así pese a que, o precisamente porque así es, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en el Consejo Europeo de Niza (diciembre de 2000) considere necesario advertir de que “la presente carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados” (art. 51.2 de la Carta).

Sin duda alguna, como nos recuerda Rodríguez, “la reafirmación en la Carta misma del principio de que ésta no crea nuevas competencias para la Comunidad se ha debido, en gran medida, al intento de conciliar lo dispuesto en la Carta con lo establecido en el dictamen 2/94 del TJCE”<sup>242</sup>. Si recordamos, en dicho pronunciamiento, el TJ respondió a una solicitud elevada al mismo por el Consejo en abril de 1994 sobre la compatibilidad con los Tratados de una hipotética adhesión al CEDH<sup>243</sup>. En su dictamen, el TJ entendió que la

---

en “Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario”, ob. cit. También merece la pena ver Moitinho De Almeida, “La protección de los derechos fundamentales...”, ob. cit.

<sup>241</sup> Ya desde 1989 el TJ viene sosteniendo que la obligación de respetar los derechos y libertades fundamentales se impone no sólo a las instituciones y órganos comunitarios, sino también a los Estados miembros cuando actúan en el marco del Derecho comunitario. Sentencia de 13 de julio de 1989 (*Wachauf*, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2069 y siguientes); sentencia de 18 de junio de 1991 (*ERT*, asunto C-260/89, Rec. I-2925, punto 43), y más recientemente, la sentencia de 13 de abril de 2000 (*Karlsson*, asunto C-292/97, Rec. 2000, p. I-2737).

<sup>242</sup> Rodríguez, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 243.

<sup>243</sup> Concretamente, el TJ señala que “ninguna disposición del Tratado confiere a las instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de Derechos Humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito” (Dictamen del TJ 2/94, de 16 de marzo de 1996, párrafo

adhesión no era posible sin una previa reforma de los Tratados, siendo una de las principales razones la ausencia de competencias comunitarias para poder adoptar de manera general normas de protección de los derechos fundamentales<sup>244</sup>.

Así es, en los comentarios a la Carta elaborados por el *Praesidium*, se explica que el contenido del art. 51.2 “confirma que la Carta no puede dar lugar a una ampliación de las competencias (...)”, lo que no supone otra cosa que reafirmar que la Unión sólo dispone de competencias de atribución y que debe actuar conforme al principio de subsidiariedad. Por estas razones, “los derechos fundamentales garantizados en la unión sólo son efectivos en el marco de las competencias de la Unión”<sup>245</sup>.

---

27). En el mismo dictamen el TJ arguyó también la imposibilidad de proceder a la adhesión en base a las posibilidades competenciales otorgadas por el art. 308 TCE (art. 235 TCEE, por entonces), apuntando una interpretación restrictiva de tales posibilidades, pues “en cualquier caso, no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo”, extremo al que se llegaría ya que “la adhesión... entrañaría un cambio sustancial en el actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio (el CEDH) en el ordenamiento jurídico comunitario”. (Ibídem, párrafos 30 y 34). Dicho de manera diáfana, el TJ sostenía que los Tratados obstaculizaban la adhesión al CEDH no sólo por la incorporación de sus previsiones sustantivas del CEDH, sino también por la exigencia de someterse a su sistema jurisdiccional de protección, lo que debía conllevar la posibilidad de recurrir las decisiones del propio TJ al TEDH por presunta vulneración del CEDH. Como ha señalado recientemente Mangas, incluso si los Estados miembros hubiesen procedido a la reforma de los Tratados para permitir la asunción por parte de la Comunidad de competencias para regular los derechos fundamentales, “el TJCE habría objetado la existencia de un sistema jurisdiccional europeo como una amenaza a su estatuto de máximo intérprete y controlador de la legalidad comunitaria...”. En este sentido, resalta la autora, no parece coherente la postura del TJ cuando nuestros Tribunales Constitucionales aceptan un control externo en materia de derechos fundamentales sin que por ello se deduzca la inferior jerarquía de los altos Tribunales ni la falta de autonomía de nuestras Constituciones nacionales, “pero en esta materia, amigo Sancho, con el Tribunal de Justicia y su coartada de la autonomía del Derecho Comunitario hemos topado...”. Mangas Martín, A., “Estudio Preliminar” a la 8ª edición del *Tratado de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 40. Un comentario sobre el Dictamen 2/94 se halla en Cuesta Civís, Y., “El Tribunal de Justicia y la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio de Roma: el Dictamen 2/94”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 7, 1999, páginas 207 a 231. También merece la pena consultar Escobar Hernández, C., “Comunidad Europea y Convenio de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)”, *RJE*, núm. 3, 1996, páginas 817 a 838.

<sup>244</sup> No obstante, hay quien ha querido poner de manifiesto el dudoso sentido que tiene “afirmar que la Comunidad carece de competencia para celebrar un tratado internacional del cual no se van a derivar nuevas competencias para ella. Tratado que, además, colecta unos derechos sustantivos cuyo contenido ya está siendo indirectamente aplicado por el TJCE por la imprecisa vía de los principios generales del derecho. Extremando la «coherencia» cabría preguntarse cómo, si la Comunidad carece de competencia, el TCJCE –que es un órgano de la Comunidad- sí posee competencia para aplicar (indirectamente) el contenido sustantivo del CEDH”. Fernández Tomás, A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección”. *Gaceta Jurídica de la UE (GJ)*, núm. 214, 2001, p. 22 (páginas 15 a 30).

<sup>245</sup> Nota del *Praesidium*. Texto de explicaciones relativas al texto completo de la Carta en la versión que figura en el doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50, de 11 de noviembre de 2000, reproducido en doc.

Es importante advertir, de todos modos, que hasta el momento el TJ se ha movido en el terreno de los derechos fundamentales con un alto grado de cautela o *judicial self-restraint*, al que más adelante se hará cumplida referencia, acudiendo a su competencia sobre la protección de los derechos fundamentales sólo respecto de la intervención de instituciones comunitarias o actos estatales que entran en el ámbito comunitario.

Dejando para más adelante la dificultad que tiene dilucidar qué actuaciones estatales entran en dicho ámbito, por el momento bastará con insistir en la importancia de no perder de vista el efecto competencial expansivo de la creación de un listado de derechos, y en general de la asunción de competencias específicas en materia de protección de los derechos fundamentales, efecto que se refleja tanto en el ámbito de la capacidad normativa de las instituciones comunitarias, como en el terreno del control jurisdiccional sobre los actos estatales por parte del TJ<sup>246</sup>.

Sea como sea, tras lo que hemos venido recogiendo hasta ahora, no nos queda otro remedio que reconocer por un lado la amplitud de los modos y, por otro, la intensidad de la posibilidad de incidencia del ordenamiento comunitario en la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. La importancia de esta constatación, sobre la

---

4470/00, de 11 de octubre de 2000 ([www.db.consilium.eu.int/df](http://www.db.consilium.eu.int/df), visitado el 25 de octubre de 2000) tal y como es citado por Rodríguez, A., *Integración europea...*, ob. cit., p. 244.

<sup>246</sup> Hay que insistir en esta idea pues realmente se inserta en el centro del debate en torno a la protección de los derechos en sede comunitaria. Como sabemos, no ha existido una transferencia competencial que permita a la Comunidad regular de manera general sobre las garantías de los derechos, así como tampoco existen competencias específicas estrictamente referidas al desarrollo del contenido normativo de los derechos fundamentales, más allá de lo que pueda derivarse de las libertades de circulación comunitarias, y precisamente tal argumento fue uno de los motivos con base en los cuales el TJ desestimó en su Dictamen 2/94 la posibilidad de adhesión comunitaria al CEDH sin previa reforma de los Tratados. Pues bien, sin duda alguna, una de las cuestiones que más han animado el debate alrededor de las ventajas e inconvenientes de tal adhesión ha sido precisamente la de si tal adhesión podía llegar a implicar una ampliación competencial en detrimento de los Estados. Desde las posiciones favorables a dicha adhesión se ha venido insistiendo, como lo hace el *Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, de 4 abril de 1979 (Boletín de las Comunidades Europeas, supl. 2/79) en que “la adhesión al CEDH no implica ampliación de la competencia de la Comunidad en el campo de la protección de los derechos fundamentales”, y por tal razón, “el presente memorándum no pretende, en ningún caso, que los poderes de control de la Comunidad, con relación a los Estados miembros, sean extendidos a aquellos derechos fundamentales cuya protección no es de competencia comunitaria”. La propia Comisión, como nos recuerda Fernández Tomás, en 1990 ha vuelto a reiterar la misma idea afirmando que “la adhesión sólo surtirá efectos en el ámbito de las competencias comunitarias. Ahora bien, en este ámbito, los Estados miembros ya están sometidos al control del Tribunal de Justicia de las Comunidades. La adhesión al Convenio de 1950 no implicaría ninguna nueva obligación para ellos, pero redundaría en una mayor protección para sus ciudadanos frente a las medidas comunitarias que pudieran ser contrarias a los derechos fundamentales” (Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 1990 sobre la

que no cabe ahora insistir más, es capital por cuanto da respuesta a la certera apreciación de López Pina, y de quienes cómo él consideran que “a la hora de definir el alcance de los derechos fundamentales no es suficiente con una garantía eventual de un derecho concreto por instituciones supranacionales. Lo decisivo es la capacidad del poder público de imponer de manera soberana y cotidiana un elenco sistemático de derechos (...). Los derechos se han perfilado y cobran aún sentido, en la Sociedad y en la dinámica política, con su tensión frente a la ley. Mientras la Sociedad, la política y las leyes sigan teniendo un marco estatal, los derechos habrán de referirse primariamente a él. Allí cobrará realidad su dimensión institucional, y un legislador democrático, una Administración activa y un poder judicial de competencia universal les proporcionarán desarrollo y tutela. Los derechos no pueden vivir al margen del legislador democrático y de las tareas públicas, siendo recíproca la definición de unos y otros: en la unidad que conforman consiste la Constitución”<sup>247</sup>.

Simplemente: ¿la Sociedad, la política y las leyes siguen teniendo un marco estatal?

## **2.3 Doctrina española y límites constitucionales a la integración comunitaria**

### *2.3.1 Las posiciones más cercanas al sentido de la jurisprudencia del TC: el rechazo de la autorruptura constitucional*

Situaremos el punto de partida en la jurisprudencia del TC. Ya se concluyó con anterioridad que la jurisprudencia del TC no era más que un constante reflejo de su insistencia en el rechazo a extraer del art. 93 más consecuencias que las que provengan de su *indole orgánico-procedimental*, y una de las muestras más claras se sitúa indudablemente en el terreno de los derechos fundamentales, donde el parámetro de control sigue siendo el otorgado por las disposiciones constitucionales, reservando a la normativa comunitaria un mero valor interpretativo, que es además no el que le otorga el art. 93 sino

---

adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, citado por Fernández Tomás, A., “La Carta...”, ob. cit., p. 22)

<sup>247</sup> López Pina, A., “Las tareas públicas de la Unión Europea”, *RDCE*, núm. 4, 1998, p. 379 (páginas 353 a 388).

que viene exigido por el art. 10.2, aplicable a la normativa internacional genéricamente considerada<sup>248</sup>.

Si a lo anterior añadimos la consideración como *infraconstitucional* del conflicto entre normativa comunitaria y legislación interna (SSTC 28/1991 y 64/1991), por mucho que después (a partir de la STC 80/1993) se subsanara el *error terminológico* sustituyendo la calificación por la de “conflicto de normas no constitucionales”, no es de extrañar, en consecuencia, que se haya llegado a afirmar que el TC español “es el más rebelde de Europa; el único que, aunque sea tirando la piedra y escondiendo en seguida la mano (...)” sigue entendiendo de manera poco matizada que “sin duda la Constitución tiene primacía sobre el Derecho europeo”<sup>249</sup>.

Entre los autores más apegados a la línea marcada por el TC podemos traer a colación a Remiro Brotons, quien no tiene reparos en sostener que el “artículo 93 no sirve para configurar al Derecho comunitario como un ámbito exento al control de la constitucionalidad encomendado al Tribunal Constitucional”, y no sólo por lo que respecta al examen previo de los tratados originarios, sino también en relación con el Derecho comunitario derivado. Según este autor, el TC antes de abordar el control sobre la constitucionalidad de una norma comunitaria deberá acudir, porque así los disponen los Tratados, en vía prejudicial ante el TJ, pero la decisión adoptada en sede comunitaria no ha de impedir el ejercicio del control de la constitucionalidad, “porque esa decisión es para el juez constitucional la premisa menor de su razonamiento: éste, en efecto, se atenderá a la decisión de aquél para, en su caso, concluir que la regla comunitaria conforme a los

---

<sup>248</sup> No obstante, Rodríguez-Piñero (que como es sabido ha sido miembro del TC), ha creído necesario reaccionar ante quienes han creído ver en la doctrina del TC un excesivo celo de la primacía constitucional, para advertir de que, al margen de no existir un pronunciamiento inequívoco al respecto, sus resoluciones han consistido básicamente en separar dos ordenamientos que cuentan con sus propios mecanismos de tutela. Así, de la afirmación formulada por el TC en su sentencia 64/1991 respecto de que “la vinculación al Derecho Comunitario (...) y su primacía sobre el Derecho nacional en las referidas materias no pueden relativizar o alterar las previsiones de los arts. 53.2 y 161.1 b) C.E.”, asegura el autor que no se pueden deducir todas las consecuencias imaginables, sino sólo las más inmediatas, esto es, que no cabe recurso de amparo contra normas o actos comunitarios. Así se puede al menos deducir de sus afirmaciones en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Tribunal constitucional y Derecho comunitario”, *Noticias de la UE*, núm. 118, 1994, páginas 9 a 11.

<sup>249</sup> Jiménez Blanco, A., “Notas sobre la sentencia 64/1991, de 22 de marzo (asunto Apesco)”, *Noticias de la UE*, núm. 118, 1994, p. 61 (páginas 55 a 70).

principios fundamentales del orden comunitario no lo es con el orden constitucional del Estado”<sup>250</sup>.

Aláez Corral afirma en esta misma línea que “la apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento, realizada al amparo del art. 93, presupone, en virtud precisamente de este mismo fundamento, la soberanía del ordenamiento jurídico español”, y que, en consecuencia, no puede defenderse que “el acto normativo de apertura *ad extra* o el mismo proceso de creación normativa por medio del cual ésta se realiza puedan llevar a cabo modificaciones de la norma constitucional, a no ser que ésta misma lo haya autorizado”. No es posible “considerar susceptible de cesión la competencia de reforma constitucional (...) pues la cesión de esta competencia equivale a la cesión de la soberanía (...)”. La contundencia de sus planteamientos se deriva de la consideración del Derecho internacional como ordenamiento subordinado a la normativa constitucional y del Derecho comunitario como subtipo del ordenamiento internacional. Este enfoque, que, es importante señalarlo, no es compartido por lo general por aquellos que defienden la subordinación última del ordenamiento comunitario a la Constitución, se resume en la siguiente afirmación: “el ordenamiento internacional, en general, y el comunitario, como derivación de éste, en particular, deben considerarse un escalón inferior, sometido a la norma suprema del ordenamiento nacional”<sup>251</sup>.

Por todo lo anterior, y reconociendo que podría darse el caso de que existiesen Constituciones que explícitamente permitieran su propia reforma a partir de una apertura *ad extra*, el autor quiere dejar claro, sobre la base de consideraciones estrictamente procedimentales, que en el caso del art. 93 no estamos “ante un supuesto de autorruptura

---

<sup>250</sup> Remiro Brotons, A., *Derecho internacional...*, ob. cit., páginas 344 a 347.

<sup>251</sup> Aláez Corral, B., “Soberanía constitucional e integración europea”, *Fundamentos*, núm. 1 (Soberanía y Constitución), 1998, páginas 515 y 516 (páginas 503 a 555). Sin perjuicio de volver más adelante sobre los planteamientos del autor, hay que añadir que éstos se basan en una concepción muy concreta del concepto de soberanía y de ordenamiento jurídico. Concretamente, a la hora de fundamentar la indiscutible supremacía del ordenamiento constitucional, el autor considera como amenaza intolerable que la situación en la que la Constitución “ya no puede reconducir su validez autorreferencialmente a sus propias prescripciones, es decir, cuando se transfiere a unos hechos externos, carentes de juridicidad por sí mismos (pues los sujetos y procedimientos de creación normativa internacional son meros hechos antes de adquirir validez –interna- y representar la soberanía del ordenamiento), la competencia de reforma constitucional...”. Añade, para concluir, que “la Constitución española en este punto no ofrece dudas. Si la Constitución es norma jurídica suprema, lo ha de ser respecto de todas las fuentes normativas, incluidas las internacionales, y no (sólo) por



constitucional. La norma constitucional que permite excepcionar la aplicación de las reglas generales orgánico-procedimentales no permite, sin embargo, autorizar la celebración de Tratados internacionales cuyo contenido sea contrario a la Constitución o que habilite la existencia de normas con un contenido contrario a la Constitución, por el mero hecho que su celebración sea aprobada por una Ley con mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, una de las mayorías previstas por la CE para la creación de normativa infraconstitucional”<sup>252</sup>.

Es más, el autor recién citado rechaza incluso que sean aplicables al caso español las tesis que defienden lo que él denomina “la soberanía de la *Supra-constitución material*”, esto es, las tesis que, como sucede en los ordenamientos alemán, francés e italiano, entienden que la Constitución se desdobra en “normas constitucionales ordinarias por un lado y núcleo constitucional intangible (...), por otro”, y que admiten “la preeminencia del Derecho internacional respecto de las primeras (...) pero las subordina, por otra parte, a la verdadera Constitución o núcleo intangible, identificativo de la soberanía del Estado, cuya existencia es en todo caso indisponible”<sup>253</sup>.

Por el contrario, el autor defiende para el caso español la “soberanía plena de la *Constitución formal*”, en los términos ya analizados, lo que le lleva a afirmar la competencia del TC respecto de un control general sobre Derecho comunitario, tanto del originario como del derivado, llegando a poder proclamar su inconstitucionalidad con idénticos efectos a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, puesto que a las mismas deben equipararse en virtud del cauce procedimental que ha permitido su integración en el ordenamiento interno<sup>254</sup>.

En relación con la tesis de la autorruptura constitucional, a la que ya se hizo referencia en el capítulo primero, Pérez Royo nos ha querido recordar que “no es seguida generalmente por la doctrina en ningún país, basándose en el consistente argumento de que los órganos constitucionales que expresaron en cada caso la voluntad de los Estados para

---

constituir su fuente lógica de validez, sino por estar en la jerarquía supraordenada a éstas (...)”. *Ibidem*, páginas 538 y 539.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 540.

<sup>253</sup> *Ibidem*, páginas 531 y 532.

integrarse en las Comunidades Europeas no pudieron manifestar su consentimiento sino dentro de los límites determinados por los diferentes constituyentes de los diversos países, ya que, de lo contrario, dicha manifestación de voluntad habría estado viciada de origen”<sup>255</sup>.

De esta manera, al referirse a la existencia de “límites determinados por los diferentes constituyentes”, el autor parece defender sin excesivas cautelas el límite impuesto por la literalidad del texto constitucional en su conjunto, puesto que quienes expresaron la voluntad de adhesión del Estado, manifestaron su consentimiento dentro de los límites permitidos por el constituyente ya que de lo contrario su consentimiento, sostiene el autor desde una simplificación quizás excesiva, estaría viciado de origen.

Por su parte, Prada Fernández ha entendido que la idea de autorruptura constitucional como explicación al fenómeno de la integración “busca su inspiración en la doctrina que desarrolló la noción de «ruptura» o «quebrantamiento» constitucional durante la República de Weimar, y el primer reparo que suscita es que la etapa de Weimar no puede ser el modelo más idóneo para un Estado constitucional ya que, con independencia de los defectos garantistas de la Constitución de 1919, ese período fue el que abrió el camino del naufragio del constitucionalismo liberal y del Estado de Derecho”<sup>256</sup>.

En este sentido, según el mismo autor, “la utilización del concepto para proporcionar cobertura al proceso de integración del Derecho europeo tiene unas implicaciones de suma gravedad. Efectivamente, esta sugerencia supone la admisión de una *desconstitucionalización*, no puntual, sino indeterminada y abierta permanentemente a la dinámica de la integración del Derecho europeo originario y tal vez del derivado. Como se comprenderá, o se puede admitir semejante tesis desde el momento en que conduce directamente a una decisiva quiebra del concepto de Constitución propio de Estado

---

<sup>254</sup> Aláez Corral, B., “Comentario a la sentencia del TCF alemán de 12 de octubre de 1993”, *REDC*, núm. 45, 1995, páginas 271 y 272 (páginas 243 a 278).

<sup>255</sup> Pérez Royo, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, páginas 152 y 153.

<sup>256</sup> Prada Fernández de Sanmamed, J. L., “Examen de urgencia...”, *ob. cit.*, páginas 311 y 312. Otra de las razones que arguye el mismo autor es que “además, acudir a la noción de ruptura para justificar la integración del Derecho europeo desborda incluso las previsiones de la doctrina alemana de Weimar que aceptaba la «*Verfassungsdurchbrechung*» solamente en el caso de que el quebrantamiento tuviera un carácter excepcional.

constitucional poniendo en cuestión la fuerza formal pasiva de la Constitución y, con ello, la misma categoría o el concepto de Constitución formal”<sup>257</sup>.

Quizá con mayor taxatividad se expresa de nuevo Pérez Royo cuando afirma que “a estas alturas de la historia no es, obviamente, necesario gastar mucho tiempo para poner de manifiesto hasta qué punto estas prácticas son incompatibles con la afirmación de la Constitución como norma jurídica. En términos generales, bien de manera expresa en los textos constitucionales, bien por vía de interpretación, la «*Verfassungsdurchbrechung*» (autorrupura constitucional) es considerada hoy como un fenómeno inconstitucional y, por tanto, inadmisibles”<sup>258</sup>.

Finalmente, Aragón es también de quienes consideran que “la tesis de la autorrupura ni es sólida ni es de general aceptación en el Derecho constitucional europeo, aparte de inconciliable con la Constitución española. Ello no significa (...) desconocer que la puesta en marcha del artículo 93 produce alteraciones textuales en la propia Constitución, lo que es evidente (alteraciones relativas a las cláusulas que atribuyen competencias a cada uno de los poderes públicos...) (...). Pueden transmitirse competencias legislativas, ejecutivas y judiciales, pero no, claro está, la competencia de reformar la propia Constitución, aunque sólo fuera por la simple razón (...) de que el legislador, mediante Ley Orgánica, no puede disponer de lo que no tiene”.

De todas formas, el mismo autor es partidario de flexibilizar el criterio cuando de la relación entre Derecho interno y Derecho derivado se trata, “aunque sólo sea porque aquel Derecho comunitario no sólo ha de aplicarse en uno de los Estados miembros, sino en todos los Estados que integran la Comunidad”, a diferencia del Tratado, que al ser ratificado debe contrastarse sólo con la respectiva Constitución, “ya que el Tratado sólo

---

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 312. Prada Fernández sin duda se erige como uno de los máximos representantes del monismo estatalista. Así, no admite ningún matiz cuando, en réplica al concepto de mutación constitucional empleado por Muñoz Machado para referirse a los efectos de la integración, señala que “si se reflexiona un poco, se admitirá que la sugerencia de una constitucionalización de una cláusula general admitiendo una mutación constitucional de este carácter implicaría un contrasentido semejante al que supondría la aprobación de una ley que declarase de modo incondicionado y con todas sus consecuencias la validez y eficacia de cualquier futuro reglamento ilegal, o de toda costumbre *contra legem* (...)”. En suma, prosigue el mismo autor, se trata de “la degradación de la Constitución a un papel subconvencional. Es ocioso justificar por qué tal subversión en la ordenación del sistema estatal de fuentes implicaría la destrucción del Estado constitucional”. *Ibidem*, p. 314. Poco queda por añadir respecto a cómo se expresa un monismo en el que difícilmente puede haber una comprensión más amplia de la dimensión del fenómeno comunitario.

puede ser ratificado, esto es, sólo puede nacer a la vida del Derecho en la medida en que la Constitución estrictamente lo permite”<sup>259</sup>. De manera diáfana se sitúa pues el autor como partidario de la distinción aludida entre límites a la integración y límites a la eficacia del Derecho comunitario, introduciendo un matiz importante al que se suman los autores cuya opinión a continuación será recogida.

### 2.3.2 *El respeto a la congruencia estructural como límite a la integración*

Una perspectiva más matizada, es la que adopta aquel sector doctrinal que de un modo u otro viene a recoger la noción de garantía o congruencia estructural formulada en el contexto jurídico germano, como ya recogimos. Un buen ejemplo es el que nos ofrece Peces Barba, quien en referencia a las transformaciones que se derivan del proceso de integración, sostiene que “las modificaciones implícitas de las constituciones pueden estar permitidas, cuando no afecten a los principios fundamentales de la Constitución, constituyan valores universales, como los derechos humanos, o valores nacionales específicos que reflejan la idiosincrasia y las preferencias del sistema de un país. En esta línea es evidente que la integración supranacional se ve limitada constitucionalmente, al existir, como ha señalado la doctrina, determinados valores democráticos que representan una condición a la integración supranacional, y entre los que se encuentran (...) el respeto de los derechos fundamentales y el respeto a los principios estructurales del sistema democrático”<sup>260</sup>.

La necesidad de fijar un límite a los supuestos de contradicción admisibles en virtud del proceso de integración fue ya advertido por De Otto, para quien de no establecerse

---

<sup>258</sup> Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 88.

<sup>259</sup> Manuel Aragón. “La Constitución española y el TUE: la reforma de la Constitución”, *REDC*, núm. 42, 1994, páginas 16 y 17 (páginas 9 a 26).

<sup>260</sup> De todos modos, reconoce el autor que “sin embargo, el control del respeto de estos límites es bastante difícil desde las premisas del activismo judicial en la Unión Europea”. Peces-Barba Martínez, G., *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III, Madrid, 1995, páginas 654 y 655 (páginas 641 a 706, capítulo XXIII: “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”).

estaríamos ante una “vía abierta a la total ruptura de la Constitución y haría perder su sentido a la existencia de específicos procedimientos de reforma constitucional”<sup>261</sup>.

Sin duda, como ya nos sucedió al comentar la jurisprudencia del TCF, la dificultad de situar la barrera que separa el tipo de *transgresiones* permitidas de las que no lo están. Cuando no todo el texto constitucional sirve como barrera, la identificación de lo infranqueable pasa a ser el objeto de un complejo debate.

Prueba de ello es la dificultad de determinar el ámbito que abarcan los “principios estructurales del sistema democrático”, concepto que puede llevar, como de hecho así ha sido en el caso de la jurisprudencia del TCF, a la cuestión de la competencia de la competencia, y la necesidad de situar el *programa de integración* como barrera competencial a la intervención comunitaria: “la extensión de las competencias de la Comunidad Europea encuentra un límite en el principio democrático ya que, en la medida en que la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder de la Comunidad no opera a través del Parlamento Europeo (dadas sus escasas competencias), sino de los Parlamentos nacionales, un vaciamiento de los poderes de éstos supondría también vaciar de contenido el principio de legitimidad del poder en que la Constitución se asienta. Cabe decir, entonces, que la Constitución impone límites a la capacidad de transferir en función del desarrollo institucional de la Comunidad a la que se transfiere (...). Podría decirse que, así considerados, esos límites no son autónomos, sino heterónomos, en cuanto no operan por sí mismos, sino en relación con los que se derivan de la propia naturaleza de la Unión Europea...”<sup>262</sup>.

Es importante resaltar la última idea, ya que el autor introduce con ella un elemento discordante con la doctrina del TCF. En efecto, el citado Tribunal parte en sus consideraciones de la existencia de una imposibilidad ontológica de la Comunidad (al menos si conserva los caracteres que la definen en la actualidad) para llegar a determinadas

---

<sup>261</sup> De Otto Pardo, I., *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 27. En este autor se apoya Vernet para reconocer la posibilidad de aceptar algunos supuestos de contradicción, siempre y cuando no versen sobre previsiones que conformen los “principios fundamentales del orden constitucional”. Pese a ello, el autor insiste en que “carece de sentido plantear la transferencia de competencias prevista en el art. 93 CE en términos de ruptura constitucional, puesto que no es aceptable la autoliquidación de la constitución como *norma normarum*”. Vernet i Llobet, J., “Los límites a la integración europea”, *Civitas Europa*, núm. 3, 1999, p. 322 (páginas 311 a 342).

<sup>262</sup> Manuel Aragón. “La Constitución española...”, ob. cit., páginas 21 y 22.

cotas de democracia, de ahí la necesidad de salvaguardar en todo caso unas competencias mínimas en manos de los parlamentos nacionales, por muchos avances democráticos que se dieran en sede comunitaria. Concretamente es la ausencia de un pueblo europeo (tesis del *no demos*, ya comentada), sujeto del poder constituyente y origen de la legitimidad del poder, lo que lleva al Tribunal de Karlsruhe a dichas consideraciones, de modo que la concepción de los límites como heterónomos en tanto que ligados al desarrollo institucional comunitario implica un cuestionamiento de la tesis del *no demos* referida, y sobre la que más adelante volveremos.

Solozábal también acoge el concepto de congruencia estructural, aseverando que “no se exige a la Comunidad una organización análoga (a la estatal), pero sí el aseguramiento institucional de que sus órganos ni por su forma ni por su contenido puedan poner en cuestión la condición de orden democrático liberal de los Estados integrantes”<sup>263</sup>.

La diversidad de opiniones doctrinales es amplia, pero pese a ello, lo cierto es que, quitando los autores más apegados a la intangibilidad absoluta del texto constitucional, la mayoría pueden agruparse en el grupo que estamos ahora tratando. Así es, la mayor parte de planteamientos son coincidentes en el tipo de perspectiva adoptada por cuanto todos ellos se aferran a la necesidad de garantizar la vigencia de los principios fundamentales que definen el propio ordenamiento constitucional, vigencia que, en último extremo, debe poder imponer el TC.

De todas formas, es necesario distinguir aquellas voces que pese a situar al TC como último garante, en realidad reducen los casos en los que dicha posición debe materializarse a la concurrencia de circunstancias ciertamente excepcionales.

Una de las voces que con mayor énfasis ha defendido la necesidad de respeto hacia las tesis del TJ, es la de Mangas, quien sostiene que “un eventual conflicto entre norma comunitaria de Derecho derivado y Constitución no puede ser resuelto por el Tribunal Constitucional examinando la conformidad del acto comunitario con la Constitución, *al haber sido desprovisto de esa competencia por los Tratados comunitarios en virtud del art. 93 de la propia Constitución (...)*”<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> Se trata de la idea de la “reserva de identidad de los ordenamientos de los Estados miembros”. Solozábal Echevarría, J. J., “Algunas consideraciones...”, ob. cit., páginas 60 a 62.

Ahora bien, pese a la contundencia de las afirmaciones recién citadas, la autora opta por reconocer la existencia de límites a la integración cuya salvaguarda corresponde al TC. Así, en adhesión a la perspectiva empleada por la Corte constitucional italiana (asunto *Frontini*), entiende que en el supuesto en que se diera la situación “más que límite, casi impensable de que se hiciese *una interpretación aberrante* de las competencias de las Instituciones que supusiesen un poder inadmisibles de violar principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico constitucional o los derechos inalienables de la persona humana (...) esa garantía extrema de velar por la propia pervivencia de la Constitución *corresponde al Tribunal constitucional español (...)*”<sup>265</sup>.

Una línea parecida es la que defiende Muñoz Machado, quien pese a partir claramente de la vigencia del principio de primacía del Derecho comunitario, considera, no obstante, que la misma debe ceder ante “supuestos mínimos en los que está en juego la pervivencia de la propia esencia de Constitución, asunto éste cuya custodia no cabe hurtar al Tribunal Constitucional, ya que en ningún caso parece posible que la transferencia de competencias que autoriza el artículo 93 pueda concluir en una transmisión de poder en cuyo ejercicio pueda luego abatirse incluso los componentes esenciales del texto fundamental que permitió aquella transferencia”<sup>266</sup>.

---

<sup>264</sup> Mangas Martín, A., *Derecho comunitario europeo...*, ob. cit., p. 145. Con igual intensidad se expresa la autora cuando afirma el principio de primacía impone a las jurisdicciones internas de modo que toda autoridad interna, incluidos los jueces, están obligadas a aplicar *contra legem* las normas comunitarias, inaplicando las disposiciones contrarias de derecho interno. Mangas Martín, A., y Liñán Noguera, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 217. Y tampoco considera necesario introducir ninguna objeción cuando abordando las relaciones interordinamentales con base en la jurisprudencia del TJ, asevera que “la primacía se predica respeto de toda norma interna; no solamente respecto de la Ley, sino también sobre las normas constitucionales de los Estados miembros (...). Esa primacía es pues absoluta, sin distinción ni freno por rango u origen de la norma...”. Mangas Martín, A., “Relaciones entre el Derecho comunitario...”, ob. cit. p. 95.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 165. La misma idea la expresa de modo distinto en un artículo suyo publicado en 1991, donde primero afirma que las consecuencias del art. 93 no son otras que la asunción por el pueblo que determinadas competencias sean ejercidas por otras instituciones y que por tanto no se puede hablar ni tan siquiera de conflicto entre Derecho comunitario y Constitución, y luego añade que aun así, las normas comunitarias “no pueden infringir los principios básicos de los sistemas constitucionales mismos que han permitido su atribución”, aunque en los ámbitos atribuidos. Por ello, la norma comunitaria goza de un status “extra o metaconstitucional” (no supraconstitucional, pues no hace falta dramatizar). Hay que señalar que nada dice la autora en relación con quién o el modo en que debe determinarse cuando un acto está dentro o fuera del ámbito atribuido (*Kompetenz-Kompetenz*), limitándose a constatar que las competencias “no son ilimitadas e incontroladas”. Mangas Martín, A., “La Constitución y la ley...”, ob. cit., p. 607..

<sup>266</sup> Muñoz Machado, S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, p. 266. Ya en 1980, mediante una de las primeras aportaciones de nuestra doctrina en la materia, el mismo autor

### 3. El monismo comunitarista: la distinción entre validez y aplicabilidad

#### 3.1 Introducción

Aparentemente, la lógica constitucional de los argumentos recién referidos resulta difícilmente contestable. No obstante, existen autores que han querido defender ante todo el rechazo a la posibilidad de que el TC pueda entrar a controlar la regularidad constitucional de la normativa comunitaria, ni directa ni indirectamente, esto es, tampoco a partir del control de los actos internos de aplicación.

Resulta obvio que tales autores no propugnan la desaparición de la condición de orden democrático liberal de los Estados miembros. Sus consideraciones están basadas en que, al margen del carácter irrealizable de esa hipotética desaparición, el sistema comunitario tiene un fundamento de validez propio y cuenta con sus propios mecanismos de garantía para la preservación de los principios fundamentales que definen el citado orden constitucional. Se puede hablar, utilizando una distinción empleada por Vernet<sup>267</sup>, de que se estaría pensando en la existencia de unos límites *intrínsecos* al proceso de

---

señaló que aunque en principio, el conflicto entre norma comunitaria y ley interna posterior “parece que pueda resolverse con arreglo al mismo principio de competencia”, decretando la invalidez de la norma estatal por extralimitación del legislador interno, “sin embargo, bien se comprenderá que las cosas no son tan simples, sobre todo porque no puede negarse la eventualidad de que quien realmente se haya extralimitado sea el legislador comunitario que ha penetrado en un ámbito que no le pertenece o, incluso, que haya introducido regulaciones contrarias a principios constitucionales que debe, en todo caso, respetar. En estos supuestos, conocer cuál de las dos normas en conflicto es la que debe considerarse válida, es cuestión que queda remitida a una ulterior decisión de los Tribunales. Pero ¿de qué tribunales?”. Tras constatar el autor que “la incorporación a las Comunidades como Estado-miembro, supone... no sólo admitir la potestad legislativa de sus órganos, sino también aceptar la sustitución de los procedimientos de garantía internos por los propiamente comunitarios previstos en los tratados”, y que “la autonomía del sistema jurisdiccional de éstas (las Comunidades) se presume y hay que entenderla, en principio, como tal, sin que se admitan interferencias, por tanto, de tribunales internos de ningún tipo”, señala que “hay un límite, sin embargo, que me parece evidente desde nuestra perspectiva Constitucional a esta autonomía de los mecanismos jurisdiccionales comunitarios; límite que produce la apertura de la cuestión a la intervención del Tribunal Constitucional. Este punto de inflexión o ruptura entiendo que puede hallarse siempre que se produzca el fenómeno de que una norma comunitaria (...) aparece como frontalmente contraria al sistema de la Constitución y, principalmente, cuando rebaja el nivel de protección de los derechos reconocidos en aquélla...”. Muñoz Machado, A., *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea...*, ob. cit., páginas 73, 93 y 94.

<sup>267</sup> Aunque no para posicionarse al lado de quienes postulan la imposibilidad de plantear límites a la eficacia de la normativa comunitaria, como vimos al hacer referencia a su trabajo sobre “Los límites a la integración comunitaria”, ob. cit.



integración, que son límites constitucionales sólo oponibles *a priori*, y unos límites *extrínsecos*, que son los límites impuestos desde el propio sistema comunitario, que ya de por sí aseguran la vigencia de los principios del constitucionalismo, y que aparecerían una vez realizada la adhesión a la organización de integración, siendo sólo controlables por las vías previstas en los Tratados, ratificados por los Estados miembros.

Entre quienes han aportado argumentos en la línea recién apuntada, se halla Díez-Picazo, quien encuentra en la naturaleza de la UE, y concretamente en la inexistencia de un derecho de secesión unilateral de la UE por parte de los Estados miembros, la razón por la cual “es forzoso concluir que la pretensión por un Estado miembro de someter a control de constitucionalidad nacional aquellas normas de derecho comunitario que no reúnan ciertas características (señaladamente la interpretación restrictiva de las competencias cedidas) carece de necesario fundamento jurídico último”<sup>268</sup>.

Partidario de esta visión se muestra Sáiz Arnáiz, quien opina que en el momento presente no es imaginable la separación unilateral por la sola voluntad de las partes, y que ningún Estado puede “anular cualquier decisión comunitaria por su pretendida oposición ya sea al propio Derecho Comunitario (originario), ya sea a la Constitución interna”<sup>269</sup>.

Por su parte, recién realizada la adhesión de España a la Comunidad, Figueruelo sostuvo de manera admonitoria y general que “entre la transferencia de competencias que el artículo 93 de la CE permite se encuentran también las de tipo jurisdiccional. Dado el régimen de exclusividad en que el orden jurisdiccional de la Comunidad se organiza, las jurisdicciones nacionales carecen de competencia para enjuiciar normas o resoluciones comunitarias (...)”<sup>270</sup>.

Pérez Tremps es también de quienes consideran necesario acatar sin objeción alguna la primacía de la norma comunitaria, y lo argumenta equiparando el tipo de vinculación que tiene un juez o tribunal a la resolución del TC dictada en respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad a la resolución del TJ dictada en un procedimiento de

---

<sup>268</sup> Díez-Picazo, L. M., “Europa: insidias de la soberanía”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 79, 1998, p. 14 (páginas 8 a 15).

<sup>269</sup> Sáiz Arnáiz, A., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional”, *Revista vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 53, 1999, p. 237 (páginas 223 a 256).

revisión prejudicial (art. 249 TCE): en ambos casos “lo que debe hacer es acatar lisa y llanamente la decisión del órgano que realizó el juicio y que, según el ordenamiento, es competente para ello”<sup>271</sup>.

No se plantea pues el autor dudas respecto al alcance de las competencias comunitarias, ni en el plano normativo ni el jurisdiccional. Considera que no puede alegarse vulneración alguna de la Constitución porque ese sometimiento “supone acatar el mandato del art. 93 de la C.E.”. Incluso en el supuesto en el que se pudiese dudar de la regularidad comunitaria (y por tanto constitucional) del acto comunitario en cuestión, lo que vale es lo que diga el TJ, ya que “la integración prima *ad casum* sobre otros bienes constitucionales”. Para el autor resulta claro que *la integración* no es otra cosa que lo que en último extremo diga el TJ que es<sup>272</sup>.

Otros autores han venido a situarse en posiciones semejantes<sup>273</sup>, pero pocos han llegado a propugnar realmente la incondicionada subordinación del ordenamiento interno al comunitario. Un ejemplo de ello nos lo ofrece Pérez Tremps, quien defiende la existencia de dos parámetros de validez distintos, separados. A partir de la integración, “el marco de regularidad de los poderes públicos nacionales sigue siendo el ordenamiento interno, si bien a él se le añade el ordenamiento comunitario. Ambos no se contraponen ni se

---

<sup>270</sup> Figueruelo Burrieza, A., “Acotaciones al tema de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno”, *REP*, núm. 51, 1986, páginas 193 a 195.

<sup>271</sup> Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., p. 187.

<sup>272</sup> Hasta ahí llegaría la respuesta jurídica a posibles casos de conflicto interordenamental. Una vez sentado el criterio, otra cosa es, señala el autor, que si la solución dada por el TJ no resulta satisfactoria nada impide a los órganos judiciales hacer prevalecer “el parámetro de validez interno, ello sin perjuicio de las consecuencias que pudiera tener la decisión en relación con las obligaciones de ejecución o desarrollo del Derecho comunitario”. *Ibidem*, p. 189.

<sup>273</sup> Así por ejemplo, Ballester, partiendo de la afirmación realizada por Muñoz Machado respecto de la necesidad de aceptar que “la singularidad del ordenamiento comunitario no concluye en la creación de un sistema normativo propio, capaz de imponerse a las disposiciones internas de cada Estado miembro, sino que presenta, además, otra característica ...; se trata de que cuenta con un sistema jurisdiccional propio que es el único ante el que se pueden residenciar las cuestiones contenciosas que pueden suscitar las normas comunitarias” (Muñoz Machado, S., *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea...*, ob. cit., p. 67), y sin aludir a las matizaciones que el propio autor ha introducido al respecto (anteriormente referidas), se sitúa entre quienes concluyen que el control de las normas de Derecho derivado “no puede corresponder al Tribunal Constitucional nacional, sino que se exige aceptar un sistema de protección jurisdiccional propio del orden comunitario”. Ballester Cardell, M., “Relación entre Derecho comunitario y Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 46, 1999, p. 133 (páginas 105 a 148).

excluyen, sino que se acumulan”. De este modo, “a los poderes públicos les corresponde verificar la sujeción del poder público a ambos ordenamientos”. ¿Qué sucede en caso de colisión? En tal caso, señala el autor que el órgano interno deberá acudir al TJ, pero que si la solución dada por éste “no resulta satisfactoria, al estar enjuiciando una norma o acto interno, nada impide a los órganos judiciales declarar su nulidad, haciendo prevalecer así el parámetro de validez interno, ello sin perjuicio de las consecuencias que pudiera tener la decisión en relación con la obligaciones de ejecución o desarrollo del Derecho comunitario”<sup>274</sup>.

Para encontrar una fundamentación teórica que sustente abiertamente la subordinación jerárquica del ordenamiento interno al comunitario, debemos recurrir a Requejo pues, como ya dijimos, representa en nuestra doctrina el autor que en mayor medida ha dado cobertura a la primacía incondicionada del Derecho comunitario.

Como a continuación veremos, el punto del que parte el citado autor, consiste en situar a la Constitución no como única norma fundamentadora de la *validez* de las normas que integran el Ordenamiento que ella misma estatuye, sino como única norma que determina la *aplicabilidad* de las normas.

### **3.2 La distinción entre validez y aplicabilidad**

Según Requejo, con “respecto de aquellas normas homologadas en su validez por la Constitución, ésta no es jurídicamente suprema por cuanto que aquéllas existen como normas de Derecho al margen de sus dictados; dependen de ella para ser aplicables en el sistema normativo constitucional, pero su validez descansa en las normas jerárquicamente superiores del que forman parte (...). Si la soberanía es expresión del origen de la validez, es obvio que la de todas las normas que se aplican en el Derecho interno deriva de una pluralidad de fuentes que sólo se reducen a unidad en la norma que, decidiendo sobre la validez de una parte del conjunto normativo, decide también acerca de la aplicabilidad de toda norma con independencia del origen y causa de su existencia”<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., páginas 188 y 189.

<sup>275</sup> Requejo Pagés, J. L., *Sistemas normativos...*, ob. cit., páginas 1 y 2.

Por las razones expuestas, “el régimen de aplicación de las normas de procedencia internacional, una vez tenidas constitucionalmente por aplicables, escapa al poder de disposición omnímodo de la Constitución, pues si bien le cabe a ésta disponer qué posición haya de reservarse a las internacionales en el sistema de fuentes, poco le cumple decidir respecto de los mecanismos de resolución de eventuales conflictos entre normas de tan diversa extracción”<sup>276</sup>. El autor reconoce tras ello que “la contrariedad no puede ser mayor. La norma internacional sólo es susceptible de aplicación si la Constitución así lo ha dispuesto; en este punto la omnipotencia constitucional es absoluta. Sin embargo, una vez integrada en el Ordenamiento, aquella norma se aplicará en los supuestos y en la forma previstos por el Derecho internacional”<sup>277</sup>.

Requejo considera aplicable este esquema a todo tipo de norma de carácter internacional, o sea también a la normativa comunitaria, tanto originaria como derivada: “es, por tanto, posible que un tratado o una norma derivada terminen por imponerse en su aplicación, a la Constitución misma”<sup>278</sup>. Esa conclusión se traslada al ámbito jurisdiccional, espacio en el que se materializa la unidad del ordenamiento: “dado que la ordenación de sistemas se resuelve a favor de la preferencia aplicativa de los externos, es claro que serán los órganos tutelares de tales sistemas los que terminen por preterir, en sus funciones, a los garantes de la juridicidad de los sistemas internos, pues la prevalencia de las normas externas impone, de suyo, la de los órganos fiscalizadores de su juridicidad”<sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>278</sup> *Ibidem*.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 86. En efecto, según el autor “la verdadera articulación de las normas procedentes de los distintos sistemas en presencia se verifica, como no podía ser menos, en el ámbito de la jurisdicción. Para que esa articulación sea efectiva y resulte conforme a la lógica del Ordenamiento –que no es sino la lógica conjugada de todos los sistemas normativos-, es preciso que, así como la pluralidad de sistemas se reduce a unidad en la Constitución, así también la diversidad de los criterios a cuyo alrededor se estructura aquella articulación encuentre su punto de conexión y unidad en un conjunto orgánico jurisdiccional dotado de competencias que trasciendan del sistema normativo para cuya defensa ha sido, en principio, instaurado. Es preciso, en otras palabras, que el conjunto del ordenamiento encuentre su unidad última en una jurisdicción habilitada para la garantía de la juridicidad de todas las normas en las que el Ordenamiento se descompone y, al tiempo, para el régimen de aplicación de todas ellas. Según habrá de verse, el momento de la unidad última se alcanza con el Poder Judicial que, lejos de ser garante único y exclusivo del sistema normativo constitucional, lo es, ante todo, de la Constitución en tanto que norma sobre la aplicación de otras normas e, igualmente, de los sistemas que en ella confluyen –de los internos con carácter exclusivo; de los externos, en concurrencia con sus respectivos órganos tutelares propios y desde una posición subordinada a éstos-, así

Y entendiendo que la dinámica del Derecho comunitario es, además de imprevisible, incontrolable desde el sistema interno, se podría perfectamente “llegar al punto de que los preceptos constitucionales queden preteridos, en su aplicación, ante normas de integración automática. La Constitución seguiría siendo la norma suprema del Ordenamiento y la causa de la validez de cuantas normas puedan producirse a través de sus propios sistemas de normación; tampoco habría perdido su condición de expresión de un poder soberano, pues la aplicación misma de la norma causante de la existencia de las derivadas, encontraría en ella su fundamento. Pero, en la práctica, sus propias prescripciones resultarían inoperantes”<sup>280</sup>.

La radicalidad positivista del planteamiento del autor queda plasmada con toda su intensidad en la anterior cita: la lógica del positivismo jurídico exige que la cadena de deducciones no se rompa ni tan siquiera se matice en ninguno de sus eslabones, por mucho que se pudiera llegar a un supuesto en el que la Constitución quedara vaciada en su totalidad por lo que a su aplicabilidad se refiere. Pero ese resultado no inquieta al autor, quien a continuación considera que incluso ese posible vaciado “es un efecto querido por el propio constituyente”.

No es que Requejo no considere preocupante ese vaciado, pero lo asume como inevitable: “se plantea en toda su gravedad el problema del denominado «déficit democrático» de las Instituciones europeas; cuestión sobre la que, a diferencia de lo que ocurrió en Alemania, no se planteó ningún debate en el momento de incorporar el Tratado de Maastricht (en España). No hubiera sido inoportuno entonces –*ahora la discusión sería inútil, por razón de la irreversibilidad de la decisión ya adoptada*- preguntarse si principios constitucionales como el democrático o el de legalidad exigían condicionar la asunción del Derecho europeo a una mayor adecuación del sistema comunitario a esos postulados”<sup>281</sup>.

Con ello, parece mostrarse el autor conforme a la existencia de límites constitucionales a la integración *a priori* (o límites *intrínsecos*), límites que desaparecen sin dejar rastro una vez realizada la incorporación del Tratado en cuestión: todo lo que suceda

---

como del régimen de aplicación que, por decisión constitucional, ha de ordenar las relaciones entre todas las normas del Ordenamiento, sea cual sea su origen”. *Ibidem*, p. 77.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 39, nota 3. *Cursivas añadidas*.

con posterioridad (tanto en el nivel competencial como en el sustantivo) será un efecto querido por la Constitución.

De esta manera traza el autor la separación conceptual entre validez y aplicabilidad, separación considerada como necesaria ya que, como ha señalado en otro lugar, “si la validez permite la ordenación sistemática de normas relacionadas entre sí en términos condicionales, resulta por completo inoperante para la sistematización de normas integradas en conjuntos normativos de existencia independiente. Y la sistematización es, sin embargo, ineludible, toda vez que la coexistencia de sistemas es inevitable y no existe, al día de hoy, un sistema normativo superpuesto a los restantes en clave de validez”. La inutilidad de la categoría de la validez como elemento de articulación entre sistemas normativos concurrentes obliga, según Requejo a servirse de una categoría conceptual distinta que no es otra que la idea de aplicabilidad<sup>282</sup>.

### **3.3 La dificultad de distinguir de modo tajante entre validez y aplicabilidad: la ficticia separación ordinamental resultante**

El especial detenimiento en la aportación de Requejo al debate que aquí se muestra, se justifica por ser la suya una bien articulada fundamentación a las posiciones del TJ. Viene a recoger el autor las bases de la argumentación para las conclusiones de un Tribunal que, como ya se comentó, se ha preocupado más por hacer que por decir. De ahí que la crítica que podamos realizar sirve como cuestionamiento general hacia los planteamientos propios del monismo comunitarista.

Se podrían discutir algunos de los sucesivos pasos que da el autor en sus distintas reflexiones, pero resulta más adecuado centrarse en el planteamiento de partida, planteamiento que gira alrededor de dos ejes principales. El primero es el de la radical separación entre validez y aplicabilidad que ya desde la primera página de su trabajo se

---

<sup>282</sup> Requejo Pagés, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, páginas 24 y 25. Reconoce el autor que “la lógica de la aplicabilidad ha de llevar a soluciones acaso en exceso heterodoxas, pues de su mano vendrá dado un concepto de Constitución que no reduce la primera de las normas a la condición de norma fundadora de la validez un identifica al Ordenamiento como sinónimo de sistema normativo. En efecto, el Ordenamiento en

enarbola como bandera argumentativa. El concepto de aplicabilidad, lo liga el autor a la capacidad que una norma tenga de condicionar, internamente, el uso de la fuerza<sup>283</sup>. Para que ello suceda con normas que en su origen sean externas al Ordenamiento que las recibe, y dado que hasta la fecha el Derecho internacional sigue sin ser capaz de administrar una fuerza propia y superior a la administrada por los Estados, es necesario que la Constitución “*las tenga por válidas*”<sup>284</sup>.

El segundo eje consiste en la presunción de la completa autonomía de los ordenamientos presentes (el interno y el externo), presunción, cabe advertir, que se realiza sin acudir a ningún tipo de fundamentación teórica.

¿Dónde reside el problema? El problema está en que ni se pueden separar tan tajantemente las categorías de validez y aplicabilidad, ni la separación ordinamental, que existe, puede concebirse en términos de total aislamiento. Por un lado, el autor lo que hace es vaciar de contenido el concepto de validez, ya que se hace depender exclusivamente de la observancia de las condiciones establecidas por una norma superior (llegando a una última norma cuya existencia se fundamenta en una norma hipostatada), sin atender a que la validez desligada completamente de la capacidad real de aplicación deja de tener sentido, o, como dice Tomuschat con otras palabras, “validez jurídica sin ejecución sería un *nullum*, una apariencia carente de realidad”<sup>285</sup>.

---

su conjunto no será otra cosa que el precipitado resultante de la conjunción de una pluralidad de sistemas normativos reducidos a unidad en la Constitución como norma sobre la aplicación de normas”. *Ibidem*, p. 26.

<sup>283</sup> Como señala el autor en la obra recién citada, “la aplicabilidad es aquella condición predicable de normas a cuyo través se administra el ejercicio de la fuerza en un ámbito de la realidad determinado. Ello presupone la existencia de una fuerza monopolizada cuya efectividad constituye, hoy por hoy, el criterio adoptado por el sistema normativo internacional a los fines de delimitar el ámbito de normación asignado a cada singular poder constituyente...”. La clave está, prosigue el autor, en entender que “el poder constituyente interno decide cuáles han de ser las normas condicionantes del ejercicio de la fuerza que, en ese ámbito, se ha demostrado efectiva y superior; y puede decidirse por la creación de un sistema de normas propio, dependiente de la Constitución en su validez, o por un sistema ya dado y al que se limita a conferir la condición de aplicable...”. La aplicabilidad, por tanto, “es condición que sólo puede dispensar aquel poder constituyente que esté en situación de administrar con eficacia, y no sólo idealmente, la fuerza en un espacio y un tiempo determinados y sobre personas igualmente determinadas”. *Ibidem*, páginas 29 y 30.

<sup>284</sup> Requejo Pagés, J. L., *Sistemas normativos...*, ob cit., p. 1.

<sup>285</sup> Tomuschat, Ch., “Aller guten Dinge sind III?”, ob. cit., p. 344. Por su parte, en referencia a las consecuencias de la sentencia *Maastricht*, Rubio Llorente considera que si bien formalmente salva “el monopolio del Tribunal de Justicia para controlar la validez del derecho comunitario, reduciendo la competencia que para sí reivindica al control de la aplicabilidad de ese derecho en territorio alemán... es evidente, sin embargo, que gozarían de una *extraña validez* las normas declaradas inaplicables en los quince

Si el ordenamiento comunitario reuniera las características del internacional, y más concretamente si el Estado se limitara a asumir como propio el contenido de normas prefijadas, entonces la separación ordinamental, que conlleva la separación entre validez y aplicabilidad, sería posible ya que mediante el acto estatal de la aceptación, que equivale a declarar que se *tienen por válidas*, las normas internacionales pasan a formar parte del ordenamiento interno y por eso son aplicables (en las condiciones previstas en el tratado). Dadas estas condiciones, en caso de que dicho resultado no fuese aceptado, se derivarían consecuencias jurídicas: la responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado.

Pero las consecuencias de la incorporación a una organización supranacional de integración no se pueden equiparar a las de la ratificación de un tratado ordinario. Principalmente porque el Estado no se compromete simplemente a respetar el contenido de unas normas preestablecidas, sino que su decisión consiste en pasar a formar parte de una organización con un ordenamiento en constante transformación que entra en interacción con el ordenamiento propio (junto con los del resto de Estados miembros). Y esa diferencia no puede pasar desapercibida ya que es la que impide separar sin más los dos ordenamientos.

Del mismo modo que sucedía con la pretendida separación ordinamental realizada por el TC o por la CCI, la inevitable concurrencia de ambos en un mismo territorio y para unos mismos destinatarios lleva a disolver la línea de separación, inclinando la balanza hacia uno u otro lado.

Esa es la razón por la que deba defenderse como más coherente, al margen de sumarnos o no a sus presupuestos de partida, la posición que defiende la primacía ordinamental en términos de validez y no de mera aplicabilidad. Esa es la posición de Rubio Llorente, a la que seguidamente prestaremos atención.

---

Estados miembros de la Unión...” (cursivas añadidas). Rubio Llorente, F., “El constitucionalismo...”, ob. cit., p. 30. Hay que añadir que Requejo lleva a sus últimas consecuencias la separación entre validez y aplicabilidad. Según este autor, “sólo los órganos del sistema normativo en el que se ha generado una norma pueden declarar formalmente su invalidez, es decir, pueden tenerla por inexistente”. De ahí se deriva que las normas de un ordenamiento anterior, por ejemplo el de la II República española, no dejan de ser válidas con el advenimiento de un nuevo ordenamiento: “siguen existiendo en tanto que realidades ideales, sin que desde sistemas normativos ajenos sea posible otra cosa que incidir sobre una condición distinta de la validez. Esta condición es, para mí, la aplicabilidad”, que es “aquella condición predicable de normas a cuyo través se administra el ejercicio de la fuerza en un ámbito de la realidad determinado”. Requejo Pagés, J. L., *Las normas preconstitucionales...*, ob. cit., páginas 28 y 29.



Sea como sea, y según pudimos advertir con anterioridad, lo cierto es que la discusión en torno a los conceptos de validez y aplicabilidad se vuelve esencial a la hora de definir la manera de concebir las relaciones interordinamentales que la integración comporta.

### **3.4 La Constitución como fundamento de la validez (interna) de todas las normas aplicables en el propio territorio**

La respuesta a la posición de Requejo ha sido claramente dibujada por Rubio Llorente en el Prólogo a la obra del primero que venimos comentando: “la Constitución es el fundamento de validez de todas las normas aplicables en España (...), aunque para atribuir validez a determinados enunciados que no son obra (exclusiva) de órganos españoles exija que tales enunciados tengan también la condición de normas válidas dentro del sistema «externo». Se trata, sin embargo, de una condición necesaria, pero no suficiente; para adquirir validez (y por ende aplicabilidad) en nuestro ordenamiento, es indispensable, además, que su contenido sea congruente con los principios básicos y los derechos fundamentales que constituyen su núcleo”<sup>286</sup>. De esta manera, logra asegurar el autor citado un juicio sustancial sobre la validez de las normas que, por ser válidas según los criterios instaurados por la Constitución, son aplicables en nuestro ordenamiento.

Rubio Llorente basa su planteamiento en que la Constitución es fruto de un acto del poder constituyente, expresión pues de la soberanía popular que es la base de la legitimidad del poder para un determinado territorio. “La Constitución crea el poder legítimo (...) crea además órganos concretos cuyo poder «emana del pueblo» (...) Estos poderes «constituidos», son legítimos en primer lugar en razón de esa derivación, que por sí sola sin embargo no basta para asegurarla. El poder, que es único como poder «sobre» el Estado, como poder constituyente, no puede seguir siéndolo como poder «en» el Estado (...). Nuestro constitucionalismo exige la división del poder, como condición de su legitimidad. Una división que ha de asegurar no sólo la dependencia eficaz de todos los poderes políticos con respecto a la voluntad popular, el principio democrático (que es por lo demás

---

<sup>286</sup> Rubio Llorente, F., *Prólogo...*, ob. cit., p. XIII.

su *prius* lógico), sino también su sumisión al Derecho”. Y, según sostiene el autor, “los derechos fundamentales (...) no son obra del poder constituyente, sino aceptación explícita por éste de los límites que el Derecho le impone (...)”<sup>287</sup>.

La diversidad de enfoques parece pues abismal. Para Rubio Llorente, resulta imprescindible partir de la noción de legitimidad que cubre el respeto de los principios esenciales del constitucionalismo, extremo garantizado por la vigencia (y aplicabilidad) de una serie de disposiciones constitucionales (estatales) que son plasmación de unos valores indisponibles por el propio poder constituyente, hasta el punto que se podría afirmar que Rubio Llorente estaría hablando de un Derecho, valga la expresión, de carácter *prejurídico*. Para Requejo, en cambio, el planteamiento no se construye en términos de legitimidad, o, si se quiere, la legitimidad no se refiere a otra cosa que no sea la validez (formal) de la norma, entendiendo además que la validez debe despegarse tanto de cualquier consideración sustancial como del concepto de aplicabilidad.

### **3.5 A modo de conclusiones**

La imposibilidad de separar validez de aplicabilidad surge no sólo a partir del criterio sustancial de validez, que según hemos visto introducía Rubio Llorente, sino que es directa consecuencia de la separación entre distintos ordenamientos, que es la hipótesis que manejamos.

En efecto, la distinción entre validez y aplicabilidad no puede más que ser considerada errónea cuando de la separación entre ordenamientos se está hablando. Sin duda, la distinción puede operar cuando se refiere a las relaciones internormativas, esto es, de normas en el seno de un mismo ordenamiento. En tal caso, pueden existir normas válidas pero no aplicables (por razones cronológicas, sectoriales o personales). No sirve en cambio si la distinción se realiza para dar paso a la superioridad de un ordenamiento sobre otro, ya que no resulta más que un vano intento de camuflar dicha superioridad bajo la apariencia de la autonomía ordinamental referida a la validez de las normas del ordenamiento propio.

---

<sup>287</sup> *Ibíd.*, p. XVIII.

A partir de ahí, el terreno de la discusión empieza a ser desbrozado: las posiciones que sostienen la primacía (por mucho que sea en último extremo) de uno u otro ordenamiento, no parten de la separación ordinamental, sino que irremisiblemente son manifestación del principio de unidad ordinamental.

En efecto, las dos posturas encontradas que han sido recogidas por constituir buenos ejemplos de las dos perspectivas que dominan el panorama doctrinal y jurisprudencial en la materia (la *soberanista o estatalista* y la *comunitarista*), demuestran palmariamente que aunque puedan parecer en principio contradictorias, confluyen en un carácter único, el de su monismo. Pese a la aparente separación ordinamental de la que parten, en realidad las dos acaban superponiendo un ordenamiento sobre el otro, la decisión de un Tribunal sobre la del otro, negando con ello la verdadera naturaleza de la interacción que los relaciona. Resultan pues igualmente incapaces de dar respuesta a los interrogantes que plantea la coexistencia en un mismo territorio y para unas mismas personas de dos órdenes que se reclaman para sí como autónomos y superiores en el ámbito en el que actúan.

La incapacidad de la visión comunitarista queda bien plasmada a partir de los planteamientos ultraformalistas de Requejo, cuyo total olvido tanto de la vertiente sustancial del Derecho como del parámetro de su efectividad<sup>288</sup>, que debe ser entendido como circunstancia fáctica referida fundamentalmente a la aceptación de su aplicabilidad (aceptación que debe partir de la vigencia de los elementos sustanciales), sitúa sus tesis en una posición de debilidad excesiva, especialmente en una realidad jurídico institucional de complejos equilibrios como es la que surge de la intersección entre el sistema comunitario y los sistemas estatales.

Esa debilidad parte de una contradicción que ha sido apuntada de pasada y que ahora llega el momento de ser comentada. Si recordamos, el autor parte de una separación tan radical entre los conceptos de validez y aplicabilidad, que le lleva a identificar legitimidad con validez formal y a alejar totalmente aplicabilidad de legitimidad. El error surge cuando se reconoce el ligamen entre aplicabilidad y capacidad de una norma de

---

<sup>288</sup> Según Requejo, “la eficacia no se convierte... en criterio de la juridicidad. Representa, simplemente, la pauta que permite deslindar, entre una pluralidad de sistemas normativos (válidos en tanto que fundamentados en una norma constitutiva de validez presupuesta), aquéllos que, por organizar el ejercicio de una fuerza efectiva, merecen la consideración de objeto de la ciencia del Derecho y no, todavía, de la ciencia de la Historia”. Requejo Pagés, J. L., *Las normas preconstitucionales...*, ob. cit. p. 30.

condicionar, internamente, el uso de la fuerza. Es ahí donde el argumento incurre en contradicción, puesto que al relacionar ambas nociones, con ello tanto se hace referencia al cumplimiento de las condiciones legalmente previstas para que la norma sea, al margen de válida, aplicable en un supuesto concreto (que puede quedar en suspenso por cuestiones temporales, personales o de colisión normativa), como a una cuestión de capacidad real de imponer las consecuencias de la norma en caso de incumplimiento, lo que nos lleva más bien al plano fáctico de la capacidad de asegurar la efectividad de la norma en caso de incumplimiento, lo que dependerá de la aceptación de su carácter aplicable por parte de quienes estén llamados a asegurar su aplicación.

Nos sitúa pues el argumento, sin quererlo (antes al contrario, rechazándolo), en el plano fáctico de la efectividad normativa, un plano que no pudiendo quedar al amparo exclusivo del uso de la fuerza requiere poder apoyarse en el respeto de determinados valores sustanciales sobre los que se cimienta la legitimidad última del sistema jurídico en cuestión, una legitimidad sustancial no equiparable pues a una noción de validez entendida en estrictos términos formales.

Esa contradicción se manifiesta también en el momento en el que los dos ejes en los que se basa el autor, validez *versus* aplicabilidad y autonomía ordinamental, se interrelacionan, y concretamente, en el modo en cómo el autor los interrelaciona.

En efecto, sólo a partir de una idea de validez como la que maneja el autor se puede hablar de autonomía ordinamental: los ordenamientos son autónomos por cuanto cada uno de ellos dispone sobre la validez de las normas propias. Pero enseguida la imagen de coherencia se desvanece y al dar el siguiente paso la contradicción emerge: como le sucedía al TC, que pese a pretender partir de la separación ordinamental veía como ésta quedaba automáticamente negada en cuanto el conflicto normativo surgía, el argumento defendido por Requejo pierde sustento y la cesura entre ordenamientos se torna virtual en cuanto se produce el salto entre validez y aplicabilidad.

Si nos fijamos, una vez situada la discusión en términos de validez formal y separada, el autor da un salto deductivo que le lleva a considerar que dado que la validez del ordenamiento internacional (y comunitario) resulta indisponible, también lo es la aplicabilidad del mismo, de modo que la norma comunitaria se impondrá sobre la interna en términos de aplicabilidad. Dos cuestiones hay que objetar: en primer lugar, que se

equipare el ordenamiento comunitario al internacional; en segundo lugar, la contradicción, equivalente a la que aparece en la argumentación recién comentada del TC, presente en la intención de trasladar al plano de la aplicabilidad la separación ordinamental realizada en términos de validez, cuando en realidad al hacerlo el efecto es la negación de la separación en beneficio de la superposición en términos de jerarquía: son planos distintos, y aunque se pudiese coincidir en que existe una separación en términos de validez, esto es, que ambos ordenamientos son válidos a partir de sus propios mecanismos (autonomía ordinamental), de ahí no se puede derivar la autonomía aplicativa, puesto que la misma se refiere no a un espacio abstracto en el que la relación entre sistemas puede articularse sin interferencias, sino al momento en el que el Derecho deja de ser norma abstracta para convertirse en criterio de decisión que se hace efectivo en la configuración de una situación jurídica específica. Los planos son distintos, y por ello se rompe la cadena deductiva.

En el plano de la verdadera intersección interordinamental, esto es, en el plano de la aplicabilidad, la separación radical forzosamente desaparece y en consecuencia sólo nos quedan dos salidas: o bien reconocer sin más la primacía de un sistema sobre el otro, no como resultado final (deducción lógica) a partir de una pretendida separación, sino como consecuencia de la superposición de un sistema sobre el otro, de la consideración de uno como subsistema del otro; o bien, si nos resulta insatisfactoria dicha opción, se proponen unos términos de relación distintos que traten de fundamentar la recíproca autonomía de los sistemas jurídicos en presencia.

El terreno se despeja y nos permite dar el siguiente paso, que consistirá en justificar las razones por las cuales hay que considerar insatisfactorias las perspectivas monistas.

#### **4. Las insuficiencias de las visiones monistas: el debate de los derechos fundamentales y de la *Kompetenz-Kompetenz***

##### **4.1 La insuficiencia descriptiva del monismo estatalista: la innegable incidencia de la normativa comunitaria en la protección de los derechos fundamentales**

###### *4.1.1 Introducción*

Una primera razón que explica el carácter insatisfactorio de la perspectiva estatalista se expresa sencillamente en términos de capacidad descriptiva: a estas alturas seguir defendiendo el carácter subordinado del ordenamiento comunitario aunque pudiera resultar convincente en el plano argumentativo (por el origen y carácter del sistema comunitario, y por las cuestiones de legitimidad bien recogidas por Rubio Llorente), no es más que motivo de alejamiento (consciente o inconsciente) del curso de los hechos, de la intensísima capacidad de afectación que el ordenamiento comunitario viene demostrando en respecto de los sistemas constitucionales estatales

Dicha capacidad tiene una especial trascendencia en el terreno de los derechos fundamentales, sobre cuya centralidad en la discusión acerca de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos estatales no hace falta insistir en exceso. La garantía de los derechos fundamentales, ya desde el significado originario del constitucionalismo en cuanto concepción política y jurídica, supera el plano de la protección de los intereses del individuo para, junto con ello, constituir el núcleo de la legitimidad del ordenamiento en su conjunto, lo que trasladado al plano en el que nos movemos supone, como bien ha sabido recoger Frowein, que se erija en vehículo de la integración jurídica en Europa<sup>289</sup>.

A pesar de lo recién indicado, como hemos visto al iniciar el presente capítulo, en general destaca la escasez de comentaristas que se hayan detenido en el análisis de las posibilidades competenciales reales de la Comunidad en materia de derechos.

---

<sup>289</sup> Frowein, J., "Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe", Cappelletti, M., Seccombe, M., Weiler, J. H. H., *Integration Through Law*, Vol. 1, *Methods, Tools and Institutions*, Book 3, *Forces and Potential for a European Identity*, Berlin-New York, 1986, páginas 300 a 344. La idea que defiende Frowein en su texto es la necesidad de acudir, ya a mediados de los años ochenta, a la jurisprudencia del TJ en material de derechos fundamentales ya que la interrelación que se produce entre los diversos órdenes es grande y es previsible que lo vaya a ser mucho más. Estamos, señala el autor, ante "un desarrollo dialéctico por medio del cual el orden legal de un Estado miembro estará influenciado por la jurisprudencia del Tribunal Corte de la Comunidades. Dado que la norma comunitaria es directamente aplicable en la esfera doméstica es previsible que los tribunales nacionales adoptarán los estándares comunitarios en la aplicación interna de los derechos fundamentales, incluso en materias que nada tienen que ver con el Derecho comunitario. En este sentido, se dará una integración a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo en relación con los derechos fundamentales y las libertades", p. 302.

#### 4.1.2 Las posibilidades competenciales de la Comunidad en materia de derechos fundamentales

Uno de los pocos autores que sí han realizado el esfuerzo mencionado ha sido Cabellos<sup>290</sup>. Constata este autor de manera documentada que “la amplitud de fines de la Comunidad, la generalidad del objeto de algunas de sus competencias, así como la vinculación directa o indirecta que a cualquier cuestión se le puede hallar con lo económico, hace que (...) la Comunidad esté en disposición de regular, o cuando menos afectar, cualquier derecho del ciudadano nacional en cuanto *homo economicus* (...)”<sup>291</sup>.

A la hora de enunciar las bases que permiten a la Comunidad regular en materia de derechos fundamentales, el autor recién citado afirma que, más allá de las escasas atribuciones específicas que los Tratados prevén en la materia, donde de verdad se nutre la Comunidad es en los mecanismos de ampliación competencial y en el cambio de carácter de las posibilidades de incidencia comunitaria (algunas de las cuales acaban teniendo carácter vinculante pasando de ser materia de competencia complementaria a materia concurrente)<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> El autor adentra su análisis de manera específica en “las posibilidades de la Comunidad de contribuir a fijar el contenido y ejercicio de los derechos”, como reza uno de los apartados de su recién citado libro sobre *La distribución competencial...*, ob. cit. Después de abordar los problemas que genera la (in)determinación del objeto de las competencias comunitarias, el autor pasa a especificar cada uno de los ámbitos posibles que se abren a dicha regulación, tanto en casos de incidencia prevista (básicamente protección de consumidores, medio ambiente y política social), como de incidencia imprevista, entre la que hay que distinguir entre supuestos de imprevisión absoluta (la actuación comunitaria se abre a ámbitos no previstos de ninguna forma, como el caso de la libertad de expresión e información, acceso a la justicia, propiedad intelectual e industrial) y supuestos de cambio del carácter de la competencia (evolución progresiva de previsión complementaria a concurrente, como en el caso de la salud). *Ibidem*, páginas 308 a 377. También merece ser destacado especialmente el trabajo de Weiler, J. H. H. y Fries, S. C., “A Human Rights Policy for the EC and Union: The Question of competences”, *Harvard Jean Monnet Working Papers*, 4, Cambridge, 1999.

<sup>291</sup> Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, ob. cit., p. 342.

<sup>292</sup> Ahondando en las razones de la dificultad de identificar las bases competenciales comunitarias, Jiménez Blanco estima que no se puede olvidar que “el destinatario de la cesión de competencias no las recibe con arreglo al sistema tradicional de la materia y la función; no es ya que la lista de competencias transferibles le falte el carácter cerrado, sino que ni siquiera es sistemática...”. Jiménez Blanco, A., “Notas sobre la sentencia 64/1991...”, ob. cit. En una línea parecida se sitúa Albertí, cuando afirma que “atendiendo el método finalista de atribuciones de poderes a la Comunidad, en el que... lo realmente decisivo radica en los objetivos a cumplir, no resulta fácil sistematizar los poderes resultantes de esta atribución para establecer una clasificación según los criterios habituales de la materia y la función”. Por el contrario, como a continuación señala el mismo autor, en el complejo esquema competencial comunitario, “los objetivos (art. 2 TCEE), se traducen en líneas de acción (art. 3 y 3 A, en general, aunque con reservas...), que cuando se concretan en

Por su parte, Weiler y Fries estiman que la Comunidad puede acudir a dos bases posibles: en primer lugar, a un uso amplio del art. 95 TCE que le permita armonizar las normativas estatales sobre un determinado derecho cuya regulación por parte de los Estados pudiera erigirse en un obstáculo para la realización de algunas de las libertades comunitarias; en segundo lugar, un empleo también generoso de la cláusula del art. 308 TCE, que de alguna manera viniera a flexibilizar las cautelas mostradas por el TJ en su Dictamen 2/94 referido a las posibilidades de acudir al art. 235 TCEE (actual art. 308 TCE) como mecanismo para realizar la adhesión de la Comunidad al CEDH. Conscientes de la rigidez del pronunciamiento del TJ en la materia<sup>293</sup>, los autores se muestran cuidadosos al abrir esa posibilidad, exigiendo que la medida adoptada en ningún caso suponga un cambio sustancial ni en el sistema comunitario de defensa de los derechos ni en su contenido material y no tenga implicaciones institucionales de carácter fundamental como las que por ejemplo se darían al posibilitar la entrada en un sistema institucional internacional<sup>294</sup>. En

---

disposiciones sustantivas más detalladas dan pie a una atribución específica de ciertas capacidades de actuación de la Comunidad para llevarlas a cabo, y en el ejercicio de las cuales normalmente se habilita a la Comunidad para adoptar un determinado tipo de acto. La determinación de los poderes comunitarios resulta entonces, esencialmente, de la combinación de estos cuatro elementos (los objetivos, las líneas o medios de acción, la capacidad de actuación y el tipo de acto habilitado). Pero es necesario advertir inmediatamente que ello se hace con un enorme casuismo, con múltiples fisuras y excepciones, y, en muchos casos, con gran vaguedad y hasta ambigüedad, de manera que el sistema comunitario de poderes se resiste obstinadamente a una sistematización”. Albertí Rovira, E., *Autonomía política i unitat econòmica. Les dimensions constitucional i europea de la lliure circulació i de la unitat de mercat*, Barcelona, 1993, páginas 57 y 58.

<sup>293</sup> Concretamente, el TJ concluye en dicho Dictamen (2/94, 16 de marzo de 1996) que dado que “bajo ningún concepto el art. 235 puede servir de base para la adopción de previsiones cuyo efecto pudiera, en lo sustancial, suponer una reforma del Tratado sin seguir el procedimiento previsto”, dicha cláusula “no puede servir como base para ampliar el alcance de los poderes de la Comunidad más allá de la estructura general creada por las previsiones del Tratado en su conjunto y, en particular, de aquéllas que definen los cometidos y actividades de la Comunidad” (apartado 30 del Dictamen). La principal tesis del TJ, en suma, consistió en partir de la ausencia de base competencial para adherirse al CEDH por falta de atribuciones competenciales en materia de derechos fundamentales. De todas formas, podríamos cuestionar, de la mano de Fernández Tomás, hasta qué punto puede aceptarse la aplicación del principio, generalmente admitido en el Derecho comunitario, del paralelismo en la proyección externa e interna de las competencias atribuidas a las Comunidades, cuando en el caso que se plantea, la adhesión al CEDH, hay que considerar que no se discute una competencia material, puesto que “los derechos fundamentales no constituyen una materia, en el sentido constitucional o comunitario del término, sino un bloque de garantías individuales susceptible de acompañar cualquier materia o conjunto de materias”. Fernández Tomás, A., “La Carta...”, ob. cit., páginas 21 y 22. De todas formas, como se pondrá de manifiesto al referirnos a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, las implicaciones competenciales del reconocimiento de los derechos, por mucho que indirectas, no pueden ser negadas del todo.

<sup>294</sup> El propio Weiler, en un escrito conjunto, esta vez con Alston, sostiene al analizar el Dictamen 2/94 que realizando una interpretación de su doctrina *a contrario*, cabe defender la aplicación del art. 308 TCE para aprobar normativa en materia de protección de los derechos fundamentales siempre y cuando su cumplan las



definitiva, resumen los autores que la medida no podría tener “significación constitucional”<sup>295</sup>.

Obviando una posible discusión acerca de la regularidad comunitaria de las propuestas recién señaladas, especialmente de la segunda, lo cierto es que en la práctica se han venido utilizando (de manera señalada la técnica de la armonización del art. 95 y no tan abiertamente la cláusula del art. 308 TCE)<sup>296</sup>.

---

tres condiciones que según el TJ no concurren en el supuesto de la adhesión al CEDH, esto es, que no suponga el ingreso de la Comunidad en un sistema institucional distinto, que no modifique la posición de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho y que no altere de forma sustancial el equilibrio interinstitucional. Se trata de delimitar los actos comunitarios permitidos sin necesidad de proceder a una reforma, que cabrían, pese a la inexistencia de una base competencial explícita, en la previsión del art. 308 TCE. Respetando tales requisitos, incluso, según los mismos autores, cabría hablar del desarrollo de una política comunitaria de protección de los derechos de alcance general. Alston, P., Weiler, J. H. H., *The European Union and Human Rights: Final Project Report on an Agenda for the Year 2000*, European University Institute, Florencia, 1998, párrafos 79 a 81.

<sup>295</sup> Weiler, J. H. H., Fries, S. C., “A Human Rights...”, ob. cit., p. 12.

<sup>296</sup> Respecto de la cláusula de imprevisión del art. 308 TCE ya pudimos referirnos en el anterior capítulo, al hilo de las exigencias sobre la determinabilidad competencial realizadas por el gobierno danés. En relación con la técnica armonizadora, cabe citar no obstante lo dicho una reciente sentencia del TJ en la que se apuesta por una consideración más restrictiva del uso de la competencia de armonización que el art. 95 TCE otorga a las instituciones comunitarias en el contexto de la consecución del mercado interior. Concretamente se trata de la sentencia de 5 de octubre de 2000, (asunto *Alemania c. PE y Consejo*, C-376/98) recaída en resolución de un recurso de nulidad presentado por Alemania contra la controvertida Directiva sobre prohibición de la publicidad del tabaco, Directiva 98/43/CE del PE y el Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y patrocinio de los productos de tabaco (*DO L* 213, de 30 de julio de 1998). En esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo insiste en que el art. 95.1 TCE “no atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior” (párrafos 83-107), de modo que la cuestión a dilucidar es la del grado concreto de riesgo de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales de circulación o de distorsión de la competencia exigidos para justificar caso por caso la intervención armonizadora comunitaria. El conflicto viene motivado porque la Directiva establece una prohibición prácticamente absoluta en materia de publicidad del tabaco, amparándose en la competencia de armonización en el ámbito del mercado interior cuando, dada la amplitud de la prohibición, parece tratarse más bien de una medida de salud pública, en la que según el art. 152 TCE no caben medidas armonizadoras. Pues bien, como recoge Martín Pérez de Nanclares, el TJ parte en su sentencia de las conclusiones del Abogado General, para quien el art. 95 no es instrumento de regulación económica general ni otorga a l legislador comunitario una “carta blanca” para armonizar cualquier regulación nacional. Debe exigirse, por tanto, un nexo real entre las medidas comunitarias adoptadas y los objetivos propios del mercado interior. El problema radica en apreciar en cada caso concreto ese nexo real. La importancia del pronunciamiento del TJ está en que, como señala Martín Pérez de Nanclares matiza de manera clara la amplitud anterior en la consideración del instrumento del art. 95 cuando no se exigía que existieran divergencias legislativas que dieran lugar efectivamente a obstáculos para el mercado interior, bastando la posibilidad de que así fuera, que existiese un simple riesgo, aunque fuese como consecuencia de una futura evolución heterogénea. Tras la sentencia que comentamos, el TJ pasa a considerar que el riesgo ha de ser efectivo y “no meramente abstracto” (párrafo 84 de la sentencia) y la posible aparición futura de obstáculos ha de ser “probable” (párrafo 86). En base a tales consideraciones, el TJ decreta la nulidad de la Directiva, adentrándose en el enormemente complejo terreno de la delimitación competencial de la Comunidad, y “por ello hay que agradecer al Tribunal de Justicia su determinación a favor de contribuir a clarificar esta delicada cuestión...”. Martín Pérez de Nanclares, J., “La publicidad del tabaco y

Por otra parte, hay que poner de relevancia que en cualquier caso junto con los supuestos en los que la Comunidad regula de manera directa el régimen jurídico de un determinado derecho, concurren también, y quizás recabando una mayor trascendencia por los efectos que a la larga acaban generando, los casos de incidencia en las condiciones de ejercicio de un derecho por parte de normativa comunitaria, por mucho que el objeto central de la misma no sea el derecho en cuestión<sup>297</sup>.

En este sentido, hay que decir que en la base de la rebelión de algunos órganos jurisdiccionales estatales ante las doctrinas de la primacía y el efecto directo de la normativa comunitaria, que es la causa por la que el TJ empezó a tejer su doctrina en materia de protección de los derechos fundamentales, aparecen supuestos generalmente de mera incidencia y no de directa regulación de derechos fundamentales, ya que en la mayor parte de los casos no existen títulos competenciales directamente referidos a la regulación de tales derechos.

Hay que recordar, además, que en sede comunitaria la atribución competencial se halla establecida a partir de la realización de objetivos, y no mediante la atribución de ámbitos materiales concretos, lo que dota a la de una más difusa capacidad de incidencia en distintos ámbitos, no quedando fuera de los mismos los derechos fundamentales. Al respecto cabe decir, abriendo un paréntesis, que más de una voz se ha alzado reclamando que ha llegado el momento “de que el proceso de integración evolucione de la habilitación funcional de tareas, conocida hasta Maastricht y Ámsterdam, a la asignación objetiva por materias de competencias. Sin ese paso, la dinámica de integración da lugar a un embrollo de competencias para el acervo competencial de nuestros Estados, y distorsionador para el desarrollo mismo de la Unión”<sup>298</sup>.

---

el Derecho comunitario: sobre la difícil cohabitación entre las competencias de mercado único y de salud pública. –Comentario a la sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, *Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-376/98)-”, *GJ*, núm. 213, 2001, p. 87 (páginas 75 a 89).

<sup>297</sup> Sin ir más lejos, en el recién caso citado, el relativo a la nulidad de la Directiva comunitaria sobre publicidad del tabaco, uno de los motivos de la impugnación de dicha norma por parte de Alemania, al que el TJ no llegó a aludir por estimar la nulidad con base en la falta de base competencial, fue el de la directa afectación de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de propiedad tal y como están reconocidos en el ordenamiento constitucional alemán.

<sup>298</sup> López Pina, A., “Las tareas...”, ob. cit., p. 361. El autor pone de manifiesto que “el conflicto con el orden constitucional de nuestras Constituciones estatales referido a determinadas y delimitables áreas objetivas es evidente: las normas competenciales dotadas de un componente dinámico del Derecho Comunitario están al

#### 4.1.3 La incidencia del Derecho comunitario en la configuración del contenido de los derechos fundamentales

En cualquier caso, no parece que pueda obviarse el alto grado de incidencia que la normativa comunitaria tiene en la configuración de los derechos fundamentales. Pese a que, como se dijo, el TC haya negado que los derechos fundamentales cuenten con otro parámetro que no sea el constitucional, lo cierto es que son muchos los supuestos en los que su contenido no puede ser identificado si no es a partir de la normativa comunitaria.

Como indica Pérez Tremps, incluso en derechos no meramente relacionales o de estricto contenido legal “puede apreciarse también esa integración del contenido constitucional a partir del Derecho Comunitario (...): ¿cómo puede entenderse en la actualidad los derechos que asisten ex art. 20 de la Constitución a quienes lanzan plataformas de televisión digital sin acudir al Derecho Comunitario? Otro ejemplo lo ofrece la STC 224/1999 (Acoso sexual), en lo que la determinación de qué debe entenderse como «acoso sexual» dado el punto de vista constitucional se hace, en buen medida, a partir de normas y recomendaciones comunitarias”<sup>299</sup>.

---

servicio de la realización gradual de los fines de la Comunidad; las normas de competencia de estructura estática de nuestras Constituciones tienen como fin la transparencia y moderación del poder. Nada evidencia mejor las diferencias fundamentales entre ambos ordenamientos jurídicos que los divergentes enunciados judiciales sobre la relación jurídica entre tarea y competencia: si para el Tribunal de Justicia, cuando una norma del Tratado atribuya un objetivo, fin o tarea determinada a la Comunidad, hay que partir de la idea de que le otorga necesariamente las competencias indispensables para la realización de tal cometido; para el *Bundesverfassungsgericht* en cambio no es correcto inferir competencias de la mera existencia de una tarea. Es decir, la idea de competencia inherente al Tratado resulta incompatible con el concepto que nuestras Constituciones tienen de las competencias”. *Ibidem*, páginas 359 y 360. Un buen análisis del debate abierto tras la Conferencia Intergubernamental de Niza de 2000 alrededor de la cuestión competencial puede verse en Roig Molés, E., “El proceso post-Niça i la Conferencia Intergubernamental del 2004”, *El Clip*, núm. 13, páginas 1 a 17. Concretamente analiza el autor la propuesta realizada por el ministro de asuntos exteriores alemán, Johska Fischer, en mayo de 2000 que se dirige hacia la renacionalización de algunas materias, esto es, la reducción de las atribuciones competenciales comunitarias, junto con una menor presencia del peso estatal en el proceso decisorio, es decir, una mayor cota de supranacionalidad decisonal. Dicha propuesta de algún modo podría apuntar también hacia la fijación de un catálogo competencial de incorporación federal, reivindicación apoyada sobre todo por los Länder alemanes. Frente a tal planteamiento aparecen, según recoge el mismo autor, las propuestas “continuistas” y las que propugnan un mayor intergubernamentalismo desde el que proseguir en el esquema expansionista comunitario en el plano competencial. *Ibidem*, páginas 8 a 15.

<sup>299</sup> Pérez Tremps, P., “Derecho constitucional...”, *ob. cit.*, p. 626.

Otro ejemplo es el de la tutela judicial efectiva, que más allá de su directa afectación por conexión con el recurso prejudicial del art. 234 TCE, a la que ya nos referimos con anterioridad, se ve directamente configurado por normativa comunitaria en facetas como las del acceso a la justicia y la carga de la prueba. Pueden citarse los ejemplos de la Directiva 92/13/CEE sobre formalización de contratos en ciertos sectores (agua, energía, transportes y comunicaciones) incluye medidas armonizadoras en el terreno de la anulación de decisiones judiciales, medidas provisionales, indemnización por daños y perjuicios, la carga de la prueba, la ejecución y motivación de las decisiones o la apelación, entre más cuestiones (artículos 1 y 2 y de 9 a 11). Otro ejemplo es el de la Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Y otro más, entre otros, la Directiva 2000/43/CE del Consejo sobre igualdad de trato independientemente del origen étnico o racial, que prevé en su art. 8 una regla por la que se ordena a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada probar que no ha habido vulneración del principio de igualdad<sup>300</sup>.

Podrían citarse otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad ante el tratamiento de datos de carácter personal<sup>301</sup>, el derecho de propiedad intelectual e industrial<sup>302</sup>, el acceso a la documentación en manos de Administraciones Públicas<sup>303</sup>, entre otros<sup>304</sup>.

En el contexto descrito, Ugartemendia ha sabido recoger de manera ordenada las diversas manifestaciones de la influencia comunitaria sobre lo que denomina “la

---

<sup>300</sup> Para una más completa referencia, ver Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, ob. cit., páginas 373 a 375 y Méndez Pinedo, E., *La protección de los consumidores en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998, especialmente páginas 215 a 232.

<sup>301</sup> Especialmente a partir de Directiva 95/46/CE.

<sup>302</sup> Con Directivas como la 89/104/CEE, en materia de aproximación legislativa sobre marcas; la 91/250/CEE, sobre protección jurídica de programas de ordenador; o el Reglamento 40/94/CE sobre la marca comunitaria, por poner algunos ejemplos.

<sup>303</sup> A partir de la Directiva 90/313/CEE.

<sup>304</sup> Los supuestos referidos, junto con el derecho de creación de medios de comunicación y el derecho de rectificación, han sido analizados por Cabellos en el marco de la explicación de las posibilidades competenciales comunitarias, concretamente por lo que a los supuestos de ampliación a nuevos ámbitos en principio no previstos. Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, ob. cit., páginas 369 a 378.

fundamentalidad de los derechos constitucionales”. A partir de la identificación del carácter de un derecho fundamental por medio de tres elementos (el legislador como único poder encargado de actuar sobre los derechos fundamentales; la existencia de un límite infranqueable para el legislador de los derechos fundamentales; el control de constitucionalidad sobre la actividad del legislador de los derechos fundamentales), el autor va analizando el tipo de afectación que la actividad normativa y jurisprudencial comunitaria tiene en cada uno de ellos<sup>305</sup>.

En materia de influencia sobre la tarea del legislador interno, uno de los aspectos señalados por el autor es el referido al ámbito de la concreción del contenido de los derechos, que puede manifestarse tanto conllevando una ampliación del contenido regulado por el legislador, como una restricción o limitación<sup>306</sup>. Semejantes efectos expansivos o limitativos se producen por efecto de la normativa comunitaria en un ámbito tan claramente reservado al Derecho interno como es el de la legislación penal<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., *El Derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales. Un estudio de la influencia comunitaria sobre la fundamentalidad de los derechos constitucionales*. IVAP, Oñati, 2001. Concretamente los tres aspectos de la fundamentalidad son tratados entre las páginas 25 y 37 del libro.

<sup>306</sup> En alguna ocasión, el efecto ha sido de *restitución*, como es el caso que se deriva de la sentencia del TJ sobre el asunto *Kreil*. En su sentencia de 11 de enero de 2000 (asunto *Kreil*, C-285/98, Rec. 2000), el TJ consideró contraria al Derecho comunitario y más concretamente a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, la normativa alemana que excluye a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas, pese a que el art. 12 de la LFB no dé pie a tal diferenciación. Junto a este ejemplo, que Ugartemendia considera muestra de un supuesto de ampliación, el mismo autor se refiere al asunto *Hayes*, donde el TJ, con base en la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad (art. 12 TCE), en virtud de la considera opuesto al Derecho comunitario “la constitución de una *cautio judicatum solvi* por un nacional de otro Estado miembro (...) cuando una obligación semejante no puede imponerse a los nacionales del Estado (...) en una situación en que la acción tenga conexión con el ejercicio de libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario” (sentencia de 20 de marzo de 1997, asunto *Hayes*, C-323/95, Rec. 1997, p. 1713 y siguientes). De nuevo, no obstante, se podría decir que más que ampliación, es un caso de restitución, por cuanto el mismo principio de igualdad garantizado por la Constitución interna vendría a exigir idéntica solución. La influencia limitadora aparece según el autor de manera velada en sentencias del TJ como la del asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, el asunto *Nold* o el asunto *Hauer*, ya comentados, pero que aparece de manera patente a partir de la sentencia de 13 de julio de 1989, asunto *Wachauf*, C-5/88, Rec. 1989, p. 2639, al afirmar el tribunal que “pueden disponerse restricciones al ejercicio de (los) derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, a condición de que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad (...)”. Como se puede deducir, estas restricciones afectarán especialmente a derechos como el de propiedad, cuya necesidad de defensa ante la normativa comunitaria ha sido una de las demandas más frecuentes ante los tribunales estatales. Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., *El Derecho comunitario...*, ob. cit., páginas 65 a 72.

<sup>307</sup> El autor sitúa este ámbito como ejemplo de lo que el denomina como “influencia sobre la tarea del legislador nacional de concretizar los límites constitucionales de los derechos constitucionales”. Al margen

En cuanto a la influencia comunitaria en el segundo elemento de *fundamentalidad*, el contenido esencial de los derechos, el autor parte de la constatación de la no identidad de los parámetros de definición de los derechos fundamentales, de modo que no tiene por que existir coincidencia en la determinación de lo que deba ser el contenido intangible. Dejando al margen la discusión sobre el sentido último de la noción del contenido esencial<sup>308</sup>, de ese

---

de que las diferencias entre ese tipo de influencia y la ya mencionada referente a la actividad de legislador interno a la hora de “concretizar o descubrir el contenido de los derechos constitucionales” no acaben de verse con claridad (los efectos siguen siendo los mismos: de ampliación o de restricción del contenido de los derechos), lo cierto es que sin duda alguna el ámbito de lo penal resulta especialmente significativo por las evidencias de afectación que presenta. Teniendo en cuenta que la actividad normativa penal es por definición actividad limitante por parte del legislador interno, el Derecho comunitario influye directamente sobre tal actividad al impedir que tal actividad se desarrolle en contradicción con los objetivos comunitarios. Y como se ha dicho, por un lado el efecto puede ser de ampliación de las limitaciones a partir de la exigencia de protección penal de nuevos bienes jurídicos comunitarios (que al serlo son también bienes jurídicos del ordenamiento interno). En este sentido, si bien es cierto que el ordenamiento comunitario no puede obligar al interno a que custodie determinados bienes jurídicos necesariamente por la vía penal (así lo reconoce el TJ en su sentencia de 2 de febrero de 1977, asunto *Amsterdam Bulb*, C-50/76, Rec. 1977, páginas 137 y siguientes), el TJ ha llegado a señalar que en ciertos casos, y por aplicación del principio de lealtad comunitaria del art. 10 TCE, los Estados tienen el deber de proteger penalmente los intereses comunitarios de igual modo que los intereses nacionales, y de perseguir sus infracciones con igual intensidad (sentencia de 21 de septiembre de 1989, asunto *Comisión c. Grecia*, C-68/88, Rec. 1989, páginas 2965 y siguientes). Un ejemplo en nuestro ordenamiento penal es el de la ampliación de los delitos contra la Hacienda Pública a las defraudaciones hechas a la Comunidad (artículos 305, 306 y 309). Otro efecto expansivo puede producirse no mediante la necesidad de crear nuevos tipos penales sino mediante mutaciones normativas en las disposiciones ya existentes para dar acogida a la protección de bienes jurídicos comunitarios (ya sea mediante mecanismos interpretativos o mediante el efecto de normas extrapenales llamadas a precisar el contenido de los elementos penales). Pero también pueden darse efectos despenalizadores, ya que como ha señalado el TJ “si bien, en principio la legislación penal es de la competencia de los Estados miembros (...) el Derecho comunitario impone límites a esa competencia, no pudiendo dicha legislación... restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario” (sentencia de 19 de enero de 1999, asunto *Calfa*, C-348/96, Rec. 1999, páginas 11 y siguientes). Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., *El Derecho comunitario...*, ob. cit., páginas 73 a 86.

<sup>308</sup> Existen voces que cuestionan la utilidad de la categoría del contenido esencial. Entre nuestra doctrina, Gavara, en un análisis muy completo de tal categoría en el contexto jurídico germano, ha concluido que “la garantía del contenido esencial es una cláusula que tiene su origen conceptual en la voluntad de controlar la constitucionalidad de las decisiones del legislador, en materia de derechos fundamentales, en sistemas que no existían medios específicos de control de constitucionalidad de las leyes. En la actualidad, las Constituciones que incluyen dicha garantía pueden llegar a garantizar el contenido de los derechos fundamentales sin recurrir a teorías esencialistas para su determinación. Bastará para ello utilizar el sentido cualificador de un derecho fundamental, impedir las extralimitaciones en que pueda incurrir el legislador en el uso de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales y, en definitiva, llevar a las últimas consecuencias la vinculación positiva y negativa del Poder Legislativo a la Constitución”. Gavara de Cara, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 335. Por su parte, De Cabo advierte, refiriéndose a la noción de contenido esencial, de que “su indefinición constitucional, imprecisión conceptual y la dificultad de su configuración dogmática, suponen ya desde el punto de vista puramente formal una transferencia del poder del parlamento y la ley a los Tribunales Constitucionales introduciendo un elemento fuertemente distorsionador en el sistema de fuentes...”. De Cabo, C., “Las fuentes del Derecho: apunte sistemático”, *Estudios de Derecho Público...* (vol. I), ob. cit., p. 256 (páginas 241 a 259). En cambio, Häberle considera importante la categoría del contenido esencial, que debe ser considerado como “principio

“límite de límites”, lo cierto es que en cualquier caso la integración comunitaria supone, al menos, un intento de “comunitarización” del contenido esencial de los derechos fundamentales cuando entren en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, ya que los límites que el legislador pueda establecer sobre los derechos, deberán respetar la barrera de los contenidos considerados intangibles por parte del Derecho comunitario.

A partir de ahí, hay que aceptar, como señala Ugartemendia, la posibilidad de la existencia de un “diferencial de fundamentalidad”, esto es, de parámetros distintos de configuración de los derechos en uno y otro ordenamiento. Con ello el autor se adentra en el terreno del conflicto estrella que hemos comentado con anterioridad: ¿qué sucede si ese “diferencial de fundamentalidad” implica que el contenido intangible de un derecho en sede comunitaria sea más reducido que en sede estatal? El problema ha de aparecer cuando tal “diferencial negativo”, que el autor, coincidiendo con buena parte de la doctrina, califica como hipótesis “muy poco probable”<sup>309</sup>, se materializa en una norma comunitaria que vulnere el contenido del derecho tal y como constitucionalmente se halla protegido.

Pues bien, sin voluntad de volver a entrar en el repaso de opiniones doctrinales ya realizado, el autor es de quienes sostienen que ante todo debe preservarse el principio de primacía, de ahí que el problema presente una sencilla e inevitable solución: la “desconstitucionalización” en la protección de dicho derecho, que pese a seguir siendo “fundamental” vería rebajado su grado de protección al marcado en sede comunitaria<sup>310</sup>.

Por último, respecto de la tercera manifestación de la fundamentalidad de un derecho, que es la referida a la existencia de un sistema de control de constitucionalidad de la intervención del legislador sobre los derechos fundamentales, la influencia se proyecta

---

común europeo”, tal y como manifiesta en el prólogo al libro de Rodríguez, A., *Integración europea...*, ob. cit., p. 14.

<sup>309</sup> Ello es debido, señala el autor, “a la sensibilidad que demuestra el Tribunal de Luxemburgo en no chocar con los derechos fundamentales nacionales; al carácter integrador de los derechos fundamentales comunitarios; a cierta faceta de *ius publicum commune* que progresivamente van desarrollando los mencionados derechos fundamentales comunitarios (al informar los ordenamientos internos al margen incluso de concretas conexiones con el ordenamiento comunitario); a la creciente y progresiva interrelación entre los ordenamientos nacionales de los Estados miembros (ya sea por influencias mutuas, ya por la de instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales como el CEDH y su intérprete el TEDH; o a la influencia de estímulos de acercamiento entre los ordenamientos, como la generada por el fenómeno de la *cross-fertilisation* o de la interacción entre dos o más sistemas constitucionales...”. Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., *El Derecho comunitario...*, ob. cit., p. 95, nota 188.

<sup>310</sup> *Ibidem*, páginas 94 y 95.

tanto en la propia jurisprudencia del TC, como por el papel del TJ en el control de la actividad del legislador interno (que como sabemos ha de garantizar la inaplicabilidad de la norma interna que vulnere el contenido comunitario de los derechos)<sup>311</sup>.

#### *4.1.4 Las posibilidades de control del TJ sobre la normativa interna en materia de derechos fundamentales*

En cuanto al papel del TJ, la duda que se plantea se centra en calibrar el modo en que la protección establecida por el TJ en sede de derechos fundamentales vincula no sólo a las instituciones comunitarias, sino también a las autoridades de los Estados miembros. Un interesante análisis de esta cuestión ha sido realizado por Pi i Llorens, para quien las implicaciones del asunto no pueden pasar desapercibidas, puesto que “una respuesta afirmativa, sin ningún tipo de reservas, podría comportar, por ejemplo, que la interpretación dada por el TJCE, en su aplicación o interpretación del derecho comunitario, de nociones como libertad religiosa, libertad de asociación o respeto a la vida privada, limitara la competencia de los Estados miembros en su actividad normativa, no sólo cuando ésta actúa en aplicación del derecho comunitario, sino en el marco de sus competencias propias, en una situación similar, pero con obligaciones jurídico-internacionales bien diferentes, a los efectos de la jurisprudencia del TEDH”<sup>312</sup>.

En un contexto como el planteado, prosigue la autora, “los derechos fundamentales dentro del ordenamiento comunitario podrían cumplir, además de su función subjetiva de protección del individuo y objetiva, de conformación de todo el orden jurídico, una importante función federalizadora, convirtiéndose en uno de los catalizadores centrípetos más importantes del sistema constitucional comunitario”<sup>313</sup>, a modo del fenómeno acaecido

---

<sup>311</sup> De todas formas, como señala el mismo autor, la eficacia del control efectuado por el TJ está sujeta a la mediación de los jueces y tribunales, que son quienes deben proceder a la inaplicación de la norma interna, o bien directamente o bien tras haber acudido al TJ por la vía del recurso prejudicial, y en última instancia, a la actividad del legislador interno a la hora de acabar derogando la norma interna en aras a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y respetar el principio de lealtad al Derecho comunitario. *Ibidem*, páginas 102 a 105.

<sup>312</sup> Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales...*, ob. cit, p. 115.

<sup>313</sup> *Ibidem*.



en Estados Unidos, conocido con el nombre de “incorporación” de derechos, tal y como ha sido descrito, entre otros, por Weiler<sup>314</sup>.

No obstante, y pese a que sepamos de la capacidad expansiva del ordenamiento comunitario inherente a la dinámica normativa comunitaria<sup>315</sup>, que le permite llegar a regular ampliamente el contenido de derechos, lo cierto es que, como señala la autora referida, “en el estadio actual del desarrollo del derecho comunitario, para que los Estados miembros estén vinculados por la protección comunitaria de los derechos fundamentales tal y como es interpretada por el TJCE, es preciso que su actividad entre dentro del ámbito de aplicación material de los tratados, que haya, en definitiva, un elemento de conexión con el derecho comunitario”<sup>316</sup>.

Las consecuencias son pues sencillas: las medidas estatales que entren en el mencionado ámbito deberán respetar las garantías de los derechos fundamentales declaradas por el TJ (a partir de las tradiciones constitucionales comunes, los instrumentos internacionales y en el marco de la protección de los intereses comunitarios), lo cual podrá ser controlado por este Tribunal.

Si nos fijamos, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE existe una previsión específica al respecto: según el art. 51.1, la Carta vincula “a los Estados miembros únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión”. Ahora bien, lo que resulta

---

<sup>314</sup> Weiler, J. H. H., “Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection”, en Cassese, A., Clapham, A., Weiler, J. H. H., *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden-Baden, 1991, p. 595 (páginas 555 a 642). El recurso a la comparación con la evolución en la historia constitucional estadounidense ha sido relativamente frecuente, destacando aportaciones como las de Boom, quien nos acerca a las posibles consecuencias de la sentencia Maastricht mediante una comparación con lo sucedido al otro lado del atlántico. Boom, S. J., “The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany be the Virginia of Europe?”, *The American Journal of Comparative Law*, núm. 43, 1995, páginas 177 a 226.

<sup>315</sup> En la que juega un papel decisivo el mecanismo de la *preemption* (preclusión), o técnica del desplazamiento competencial, y que juega en el ámbito de las competencias concurrentes. En virtud de tal mecanismo, cuando la intervención comunitaria se produce, la materia afectada pasa a formar parte del sector de competencias exclusivas de la Comunidad, quedando excluida pues la intervención estatal. Hay que decir que fue principalmente en la década de los setenta, en el marco de la expansividad competencial operada bajo el influjo del compromiso de Luxemburgo, cuando la Comunidad se aprovechó de la *preemption* para asumir como exclusivas un gran volumen de competencias hasta entonces concurrentes. De todos modos hay que advertir que la *preemption* no convierte en exclusivo todo el ámbito material concurrente, sino que lo que determina es que en lo que haya regulado la Comunidad no cabe intervención (contraria) estatal, quedando todavía dentro de la competencia (concurrente) estatal la posibilidad de intervenir en aquellos aspectos no regulados (aún) por las instituciones comunitarias.

<sup>316</sup> Pi i Llorens, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., páginas 115 y 116.

problemático es poder determinar con claridad hasta dónde llega el “Derecho de la Unión”, o el “ámbito de aplicación material de los tratados”, puesto que, como ya se ha dicho, nos hallamos ante un ámbito competencial en constante crecimiento y variación que finalmente debe ser concretado por el TJ a partir de soluciones a supuestos específicos.

Las principales dudas no aparecen, como es natural, cuando el acto estatal se limita a aplicar o a desarrollar previsiones comunitarias, sino en regulaciones que o bien pese a desarrollar normativa comunitaria cuentan con un margen relativamente amplio de apreciación, o no estando directamente relacionadas con normativa comunitaria puedan de un modo u otro afectar a intereses comunitarios (en especial a la libertad de circulación y al principio de no discriminación, como derechos recogidos explícitamente por los Tratados).

En este último ámbito, el de la afectación de los intereses comunitarios, existe incluso un supuesto en el que el TJ decidió entrar a controlar un acto que un Estado llevaba a cabo en virtud de sus propias competencias, concretamente la competencia relativa al mantenimiento del orden público. Se trata del caso *Rutili*<sup>317</sup>, en el que un ciudadano italiano, tras ver cómo en Francia se le otorgaba una autorización de residencia de la que se excepcionaban diversos departamentos por razones de orden público ligadas a su carácter de activista sindical, recurre la decisión administrativa, llegando el caso al TJ por la vía prejudicial.

En el fallo, el TJ, una vez comprobada la vulneración de uno de los principios comunitarios esenciales, el de la libre circulación de trabajadores, justifica de tal manera la posibilidad de controlar el acto estatal, cuya anticomunitariedad queda fundamentada en la ausencia de uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TEDH, según el cual el orden público puede ser alegado por los Estados siempre y que se concrete en una medida “necesaria en una sociedad democrática”, cuestión que no concurre en el supuesto *Rutili*.

A partir de ahí, durante algún tiempo se pudo pensar, como nos recuerda Rodríguez, que “*Rutili* pareció abrir la posibilidad de que el TJCE controlara en el futuro el respeto por los Estados de los principios generales del derecho comunitario, incluso en casos en los que los actos estatales no se limitaran las libertades comunitarias sino de forma muy mediata: argumentando por ejemplo, que la libre circulación de trabajadores podía verse igualmente

---

<sup>317</sup> Sentencia del TJ de 28 de octubre de 1975 (*Rutili*, asunto 35/75, Rec. 1975, p. 1219).

afectada si un Estado practicaba la tortura, prolongaba excesivamente las detenciones policiales o, de cualquier otro modo, vulneraba cualquier otro derecho fundamental”.

De hecho, en tal línea hay que situar opiniones como la del Abogado General Jacobs cuando afirma que a su juicio “el nacional comunitario que se traslada a otro Estado miembro como trabajador (...) no sólo tiene derecho a ejercer su actividad o profesión y a beneficiarse de las mismas condiciones de vida y laborales que los ciudadanos del Estado de acogida, sino que, además, tiene derecho a presumir que, dondequiera que vaya para ganarse la vida dentro de la Comunidad Europea, se le tratará de acuerdo con un código común de valores fundamentales, en particular los establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. En otras palabras, tiene derecho a afirmar *civis europeus sum* y a invocar dicho estatuto para oponerse a cualquier vulneración de sus derechos fundamentales”<sup>318</sup>.

Pero, pese a la claridad de la exposición, no parece sin embargo tan sencillo poder afirmar sin más que la competencia del TJ a la que se refiere el art. 220 TCE (“garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado”) pueda extenderse de tal modo por encima de la competencia de los Tribunales internos, máxime cuando ya el TUE prevé en su art. 7 las sanciones ante “la violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6” (precepto que se refiere a “los principios de libertad, democracia, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”)<sup>319</sup>.

De manera provisional, pues más adelante se volverá sobre la misma cuestión, hay que señalar que, pese a algunas opiniones de Abogados Generales en contra, el TJ se ha mostrado cauto a la hora de expandir su competencia de control sobre actos estatales

---

<sup>318</sup> Conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 1992 (*Konstantinidis*, asunto C-168/91, Rec. 1993, páginas I-1198 y siguientes), trasladadas por él mismo al texto Jacobs, F. G., “European Community Law and the European Convention of Human Rights”, *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour Henry G. Schemers*, vol. II, Dordrecht, 1994, páginas 561 a 571. La cita se halla en Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 117.

<sup>319</sup> En este sentido, el TJ en su sentencia sobre el caso optó por no hacer mención alguna a la cuestión de los derechos fundamentales, ratificándose en su exigencia sobre la existencia de una relación más clara entre la norma estatal y los intereses comunitarios.

referidos a derechos fundamentales cuando la conexión con un interés comunitario no se demostraba clara<sup>320</sup>. En este sentido, como nos recuerda Rodríguez, “resoluciones posteriores frenaron la potencialidad expansiva de la doctrina que *Rutili* había iniciado”, y sirve como ejemplo el caso *Cinetheque*, resuelto por el TJ nueve años más tarde<sup>321</sup>. De todas formas, hay que decir que la jurisprudencia del TJ no ha trazado de manera nítida una línea coherente en la materia<sup>322</sup>, aunque en términos generales el *self-restraint* parece imponerse, como más adelante tratará de demostrarse.

De nuevo debemos referirnos a la posible incidencia que la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE pueda tener en el panorama recién descrito. Es todavía pronto para poder prever con claridad si el TJ seguirá aferrado a semejantes cautelas a partir de ahora, pues sin duda, y pese a que la Carta no haya sido incorporada como Derecho directamente aplicable, para el TJ seguramente no será exactamente lo mismo plantearse la responsabilidad sobre la protección de derechos fundamentales como,

---

<sup>320</sup> Cautela reclamada, también hay que decirlo, en alguna ocasión por Abogados Generales, concretamente por Gulmann quien señala que “la solución es de gran importancia porque es determinante para la división de poderes entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, y contestar a la cuestión no es tarea fácil. El tema se sitúa en un terreno en el que el Tribunal de Justicia ha de aventurarse con suma cautela. Pueden surgir cuestiones similares en los casos más diversos y es importante que el Tribunal de Justicia desarrolle su jurisprudencia a la vista de los asuntos que le sean sometidos”. Conclusiones del Abogado General Gulmann presentadas el 20 de abril de 1993, asunto *Bostock*, C-2/92, Rec. 1994, páginas I-958 y siguientes (según cita de Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 118). En ellas, el abogado partía de recordar que, en virtud de la jurisprudencia del TJ, la normativa estatal puede ser enjuiciada respecto a los principios generales del Derecho comunitario al menos en dos situaciones: en primer lugar, en los casos en que los actos estatales aplican normativa comunitaria y, en segundo lugar, cuando los actos estatales restringen la libertad de circulación invocando una disposición del Tratado que permite una excepción a tal principio, esto es, como sucede en el caso *Rutili*.

<sup>321</sup> Sentencia de 11 de julio de 1985 (*Cinetheque*, asuntos acumulados 60-61/84, Rec. 1985). En este caso, como nos recuerda el mismo autor, el TJ tenía que resolver si la legislación francesa que establecía un período obligatorio durante el cual una película exhibida en salas comerciales no podía ser distribuida en videocasetes para uso doméstico suponía o no una vulneración del principio de libre circulación de bienes establecido en el art. 30 TCEE. Lo relevante del caso es además que en la cuestión prejudicial sometida al TJ, se le solicitaba además que estableciera dicho tribunal si la medida podía suponer asimismo una violación de la libertad de expresión y considerada como principio general del Derecho comunitario, a lo que el TJ se negó alegando que no era competente, con el argumento de que “aunque es cierto que es deber de este tribunal asegurar el respeto de los derechos fundamentales en el campo del derecho comunitario, no tiene poder para examinar la compatibilidad con la Convención Europea (CEDH) de legislación nacional que afecta, como es el caso, a un área que cae dentro de las competencias del legislador nacional” (párr. 26).

<sup>322</sup> El propio Rodríguez hace referencia a la sentencia de 25 de noviembre de 1986 (*Kipgen*, asuntos acumulados 201-202/85, Rec. 1986), en la que el tribunal sostiene que aunque los Estados tengan competencias para tomar determinadas medidas en la organización de los mercados agrícolas, el TJ debía poder controlar si las mismas comportaban alguna discriminación entre productores y agricultores de la

por ejemplo, la libertad de expresión<sup>323</sup> como un derecho recogido en el CEDH que debe informar la interpretación de la libertad de prestación de servicios, que hacerlo como derecho recogido en cuanto tal y que está concebido cuando menos como límite a la actuación comunitaria en todas sus facetas, esto es, que acompaña la propia realización de los intereses comunitarios.

La referencia a la realización de los intereses comunitarios resulta esencial. A diferencia del sistema del CEDH, la Comunidad/UE y su entramado institucional y normativo no construyen un sistema de protección de los derechos aislado de cualquier consideración que no sea la propia preservación de un determinado contenido mínimo de los derechos. Pese a que se incorpore una Carta de derechos propia, tal y como sucede en el ámbito de lo estatal, la Comunidad inserta la protección de los derechos dentro de la consecución de unos determinados *intereses generales*.

En otras palabras, como ha señalado Rodríguez, “al contrario que el derecho comunitario, no es posible encontrar en el CEDH un interés legítimo en restringir los derechos que regula que no sea el formulado en cada caso por los Estados: no existe, pues, nada parecido al interés comunitario para fundamentar una restricción de derechos diferentes del estatal. La única función del TEDH es establecer los límites de las restricciones estatales y, por esta razón, su jurisprudencia no debe ser aplicada allí donde el Estado establece un estándar interno más protector de los mismos (...). por el contrario, el TJCE debe introducir en la ponderación la necesidad de preservar intereses comunitarios cuya salvaguardia puede exigir la limitación de determinados derechos”<sup>324</sup>.

A partir de esta diferencia, se puede entender pues la distinta dimensión de la relación entre el ordenamiento estatal con el sistema del CEDH o con el sistema comunitario: el conflicto en los estándares de protección, en el “diferencial de fundamentalidad” antes aludido, es posible pues representa un conflicto entre intereses que pueden llegar a enfrentarse en momentos puntuales, de ahí que los términos de la

---

Comunidad, pues tal discriminación venía prohibida por el entonces vigente art. 40.3 TCEE y resultaba además una manifestación del principio general del Derecho comunitario de no discriminación.

<sup>323</sup> Como veremos, el TJ se enfrenta directamente ante un supuesto en el que la libertad de expresión se halla directamente afectada en la sentencia de 4 de octubre de 1991 (*Grogan*, asunto C-159/90, Rec. 1991, páginas I-4685), que más adelante será objeto de comentario.

<sup>324</sup> Rodríguez, A., *La integración europea...*, ob. cit., páginas 350 y 351.

interrelación sean también distintos, más conflictivos si se quiere, pero también más intensos.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE ratifica el panorama descrito cuando en su art. 52.1 establece que a los derechos fundamentales se le podrán “introducir limitaciones (...) cuando (...) respondan a objetivos de interés general para la Unión (...)”.

#### 4.1.5 Conclusiones

Sea cual sea la vía de influencia, y sea o no abiertamente reconocida (como sucede no sólo en el plano doctrinal sino también, como vimos, jurisprudencial), el resultado no es otro que el de un conjunto de afectaciones, de transformaciones, si se quiere, *suaviter in modo, fortiter in re*<sup>325</sup>, que se proyectan en numerosos sectores del ordenamiento constitucional interno, entre ellos el de los derechos fundamentales, con una intensidad tal que convierten cualquier explicación soberanista del fenómeno de la integración en teorías incapaces de describir dinámicas que no son meramente políticas sino que guardan un altísimo grado de juridicidad, siendo inaplazable un intento distinto de explicación en términos jurídicos.

Hay que volver insistir en una idea ya conocida: la normatividad (y en ella se incluye la interpretación sobre la misma) que se aleja demasiado de la normalidad, acaba perdiendo su poder estructurador, configurador de la realidad social a la que se refiere, de modo que aferrarse a determinadas concepciones, por muy defendibles que puedan resultar, puede llegar a conseguir el efecto contrario, esto es, el debilitamiento de los valores que se pretenden custodiar. Las enseñanzas de la época weimariana no deberían resultarnos tan remotas.

## 4.2 El falso debate sobre el nivel de protección de los derechos fundamentales

---

<sup>325</sup> Así las define Ugartemendia al recogerlas en una síntesis al final del libro que se viene citando. Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., *El Derecho comunitario...*, ob. cit., p. 107.

El rechazo de las concepciones soberanistas o estatelistas no equivale a la aceptación de un retroceso inevitable en la consecución de los principios del constitucionalismo. Tal retroceso en efecto se daría si sólo fuese posible que tales principios pudieran llevarse a cabo en el estricto seno de la realidad estatal, no pudiendo existir formas democráticas de control del poder y de aseguramiento de los derechos fundamentales en el interior de realidades diversas, más complejas. Aunque sin duda debe ocupar el lugar central de cualquier discusión sobre la materia, de momento va a aplazarse el debate sobre esta última cuestión apuntada. Por ahora, debe bastar con poner de manifiesto que la incapacidad descriptiva de las tesis estatelistas es también, al margen de que sus efectos distorsionadores sean o no buscados, una incapacidad argumentativa ya que no se trata sólo de que algunos conceptos que maneja resulten extemporáneos o inadecuados para describir fenómenos actuales, sino que es la premisa mayor la que debe ser considerada como falsa: la imposibilidad de un constitucionalismo fuera del estricto margen delimitado por la salvaguarda de una soberanía estatal tal y como tradicionalmente se ha concebido.

Y la crítica debe ir todavía más allá. Ha sido precisamente la insistencia en la intangibilidad de un núcleo de estatalidad entendido de forma tradicional lo que ha llevado a la doctrina a elaborar un falso debate, o si se prefieren términos más suaves, un debate en un terreno inadecuado. Donde con mayor claridad se demuestra esta apreciación es en la discusión alrededor de la protección de los derechos fundamentales. Como sabemos, se han producido denodados esfuerzos en demostrar que el nivel de protección de los derechos en sede comunitaria es homologable al nivel garantizado en sede constitucional. Muchos representantes tanto de la visión estatalista como comunitarista, aunque sobre la base de soluciones finales distintas, han insistido en que el conflicto es, tras la evolución experimentada tanto por la jurisprudencia comunitaria como por la constitucional, casi ficticio o al menos sumamente remoto. Valga como muestra la opinión de Rodríguez Iglesias y Woelker, quienes han querido señalar “el carácter meramente hipotético de ese conflicto radical entre Constitución y Derecho Comunitario, ya que este último asume como elemento propio los principios constitucionales comunes a los Estados miembros, y,

en particular, los relativos a la protección de los derechos fundamentales de la persona<sup>326</sup>. Afirmación con la que se muestra plenamente de acuerdo Mangas<sup>327</sup>.

Se han llenado páginas repasando los principales hitos jurisprudenciales en la materia, constatando la suficiencia del sistema pretoriano del TJ, al lado de las numerosas declaraciones políticas de las instituciones comunitarias<sup>328</sup>. También en este contexto ha ocupado un lugar central el modo en cómo el CEDH y la jurisprudencia del TEDH se han venido incorporando a la jurisprudencia del TJ en materia de derechos fundamentales, y sobre la necesidad de proceder a una adhesión de la Comunidad al CEDH y de sus consecuencias<sup>329</sup>, o de poder contar con un listado comunitario propio en el que se reconozcan los derechos fundamentales que vinculan a todos los actos de la Comunidad.

---

<sup>326</sup> Rodríguez Iglesias, G. C., Woelker, U., “Derecho Comunitario, derechos fundamentales...”, ob. cit., p. 681.

<sup>327</sup> Mangas Martín, A., “La Constitución y la ley...”, ob. cit., p. 622.

<sup>328</sup> De manera relativamente temprana se empezaron a mostrar preocupadas las instituciones comunitarias por el nivel de protección de los derechos fundamentales. Son bastantes las ocasiones en que dicha preocupación ha sido hecha pública como por ejemplo: *Informe sobre la Unión Europea* de 26 de junio de 1976, en el que la Comisión destacó la suficiencia del sistema de protección pretoriana del TJ; *Informe sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario*, de 14 de febrero de 1976, donde la Comisión tras considerar innecesaria la adhesión al CEDH, por ser los Estados miembros parte de dicho Convenio, señaló la conveniencia de elaborar un catálogo propio de derechos fundamentales; Declaración conjunta de 5 de abril de 1977, en la que PE, Consejo y Comisión subrayan “la importancia esencial” del “respeto de los derechos fundamentales tal como resultan particularmente de las Constituciones de los Estados miembros y del CEDH”. Después del Memorándum de 1979, en el que como en la siguiente nota se detalla la Comisión propone la adhesión al CEDH, la cuestión de los derechos fundamentales quedaría en un estado de latencia en el plano político hasta la importante *Resolución del PE de 12 de abril de 1989, por la que se aprueba la Declaración de los derechos y libertades fundamentales*, invitando a la adhesión formal a la citada Declaración a las demás instituciones y a los Estados miembros. Esta Declaración, semejante en contenidos al CEDH, será después incorporada, apenas sin variaciones, al Proyecto de Constitución de la UE de 1994 (*Proyecto Hermann*). Ver Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., páginas 607 a 618. Ver también Beneyto, J. M., “La influencia del Parlamento Europeo en el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales de la CEE”, *RIE*, núm. 3, 1989, páginas 837 a 869.

<sup>329</sup> Así es, sobre todo a partir de 1974, año a partir del cual todos los Estados miembros de la Comunidad son parte también del CEDH, empezó a abrirse un intenso debate, que no puede darse del todo por cerrado incluso después de la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en torno a la adhesión de la Comunidad al CEDH. La necesidad dotar de un listado de derechos a un sistema, el comunitario, que sobre todo tras el Compromiso de Luxemburgo empezaba a dar muestras de importante de su carácter expansivo llevó incluso a la Comisión a elaborar su *Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, de 4 abril de 1979, ya citado, en el que se insistía en que “el ciudadano europeo tiene el legítimo interés en ver claramente precisados sus derechos con respecto a las Comunidades. Debe encontrarse en situación de evaluar a priori las posibilidades con que cuenta en el caso de un eventual litigio y disponer, con este fin, de criterios claramente definidos. Es evidente que la simple jurisprudencia, cuyos efectos, por definición, son válidos únicamente a posteriori, no satisfacen plenamente esta exigencia de seguridad en las relaciones jurídicas” (punto 5). De esta



¿Por qué es un falso debate? Porque en realidad el debate debe ser otro. Sin duda resulta necesario conocer cómo se garantiza en sede comunitaria la vigencia de los derechos fundamentales, entendiendo que tales derechos constituyen un *príus*, una realidad si se quiere prejurídica sobre la que después se desarrollan las distintas experiencias institucionales y normativas de las que se dota una determinada comunidad humana con tal de regular su convivencia y a consecución de determinadas finalidades sociales. Pero una cosa es conocer cuáles son los mecanismos y discutir sobre la suficiencia o no del nivel de protección que se genere, o sobre su satisfactorio o insatisfactorio grado de predecibilidad, de seguridad jurídica, y otra distinta es acabar reduciendo el debate en esos términos. Y más aún cuando además muchas veces el debate se centra más en el contenido hipotéticamente garantizado que en las vías para que los particulares puedan ver efectivamente protegido tal contenido.

En este sentido, hay que manifestar que el debate en torno a la naturaleza jurídica y el grado de vinculatoriedad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha pasado de puntillas sobre “la escasez y precariedad de las vías comunitarias de recurso disponibles por los particulares para lograr una protección de sus derechos

---

manera, la Comisión ponía de manifiesto uno de los argumentos de la crítica al déficit comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales, que es el que parte no tanto de la insuficiencia de la reacción jurisprudencial en sí misma considerada, sino en la necesidad de que el justiciable conozca *a priori* el contenido de los derechos, los límites de los derechos invocables que le asisten; que exista visibilidad y seguridad jurídica. Por otra parte, la necesidad de que la Comunidad respete en su actuación al menos el estándar mínimo de derechos que establece el CEDH se ha venido considerando como cuestión inexcusable –entre otras cosas por la trascendencia que en materia de legitimación tiene, al margen de la siempre tensa relación con los órganos jurisdiccionales de algunos de los Estados miembros-, puesto que la transferencia de competencias de los Estados a la Comunidad no puede suponer un “*desmantelamiento del blindaje* protector de garantía hasta entonces existente cuando la actuación en esa materia correspondía a los poderes del Estado”, como ha indicado Fernández Tomás (Fernández Tomás, A., “La Carta...”, ob. cit., p. 21). Entre la protección pretoriana del TJ y la posibilidad de que los Estados miembros transfirieran no sólo competencias funcionales en el curso de la consecución del mercado interior y la posterior unión económica y monetaria, sino también competencias generales en materia de garantía de los derechos fundamentales que con dichas transferencias pueden verse directa o indirectamente afectados, la posibilidad intermedia consiste en la adopción o bien de un listado propio de derechos o bien la adhesión al CEDH, opción que durante mucho tiempo ha venido siendo considerada como más factible dadas las reticencias de los Estados a avanzar más en este terreno. La bibliografía en torno a la necesidad de tal adhesión, así como de los inconvenientes de la misma es numerosísima, bastará con recoger algunas muestras al margen de la de Fernández Tomás recién citada: Salinas de Frías, A., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000; Fernández Tomás, A., “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos: un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario”, *RIE*, núm. 3, 1985, páginas 701 a 721. Ver también Pérez Vera, E., “El Tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos”, *RIE*, núm. 2, 1993, páginas 459 a 483.

subjetivos frente a la acción comunitaria de las instituciones”<sup>330</sup>. Y es que además ha sido el propio TJ el que ha venido advirtiendo de que “el control del respeto de los derechos fundamentales eventualmente previstos en el Tratado no constituiría una función nueva para el Tribunal. Cabe preguntarse, sin embargo, si el recurso de anulación previsto por el artículo 173 del Tratado de CE y por las disposiciones concordantes de los otros tratados, que no es accesible a los particulares más que respecto a los actos que les afecten directa e individualmente, es suficiente para garantizarles una protección jurisdiccional efectiva contra las violaciones de sus derechos fundamentales que puedan resultar de la actividad legislativa de las instituciones”<sup>331</sup>.

Incluso, ante tal falta de respuesta, nos podríamos llegar a preguntar sobre la verdadera fundamentalidad de los derechos incorporados en la Carta. Como ha señalado Rodríguez, la cuestión de la naturaleza jurídica de la Carta “no afecta sólo a la polémica sobre la incorporación de la Carta a los Tratados y las consecuencias que la misma podría traer consigo. Cuando se habla de la naturaleza jurídica de la Carta en realidad se podría estar haciendo alusión a dos cuestiones diferentes: la naturaleza jurídica de la Carta en sí, esto es, su valor como norma jurídica comunitaria, y la naturaleza de los derechos que establece”<sup>332</sup>. Y concretamente en relación con su fundamentalidad, uno de los criterios esenciales no es sólo que se trate de derechos subjetivos indisponibles para los poderes constituidos, sino que gocen además de unos mecanismos de protección y tutela específicos y suficientes.

Si analizamos su contenido, veremos que en relación con tales mecanismos de tutela, la Carta no contiene ninguna forma específica que los establezca con carácter general. Al margen de disposiciones aisladas que establecen mecanismos específicos destinados a la protección de algunos derechos concretos, como la autoridad independiente en materia de protección de datos personales (art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE), no existe más anclaje protector que el propio derecho a la tutela judicial efectiva, que en virtud del art. 47 de la Carta implica que “toda persona cuyos derechos y libertades

---

<sup>330</sup> Fernández Tomás, A., “La Carta...”, ob. cit., p. 30.

<sup>331</sup> Afirmaciones contenidas en Informe del TJ “sobre ciertos aspectos de la aplicación del TUE”, de mayo de 1995, citado en su versión francesa por Fernández Tomás, A., “La Carta...”, ob. cit., p. 30.

garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva (...)"'. Salvando la incertidumbre que aún recae en el modo en que el Derecho de la Unión incorpore finalmente los derechos de la Carta mientras ésta no sea incorporada a los Tratados, lo cierto es que la situación resultante es la de tener que conformarnos con los mecanismos de tutela jurisdiccional generales en los que, como ha sido denunciado, la posición del particular no siempre queda suficientemente pertrechada, al menos en relación con el nivel exigible en materia de derechos subjetivos.

Recogiendo estas ideas, Fernández Tomás acierta en señalar un elemento clave en ocasiones olvidado cuando, concluyendo su análisis sobre el contenido y virtualidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, afirma que "sería una verdadera lástima que la agitación de conciencias e intelectos desatada por a aprobación de la Carta no pudiera ser utilizada para mejorar, ante el ordenamiento comunitario, la situación jurídica del particular, cuya capacidad de recurso es hoy notoriamente escasa. Y produce cierta decepción que la cuestión no haya aflorado suficientemente durante el debate «constituyente» de la Carta"<sup>333</sup>.

Sea como sea, cualquier reflexión sobre la salvaguarda de derechos fundamentales en un determinado contexto político y normativo no puede agotarse en el plano del nivel de protección, de modo que una vez constatada la existencia de un nivel satisfactorio se dé por cerrado el análisis. Al lado del estándar de garantía, o mejor dicho, de manera previa, se sitúa el cómo de la protección desde una perspectiva procedimental, desde la consideración de los derechos fundamentales como derechos no sólo de resultado sino de procedimiento. El procedimiento, los cauces existentes para la elaboración normativa y para el control de dicha actividad, define el contenido más profundo de tales derechos.

Otra cosa sería partir de la idea de que los derechos fundamentales son una especie de realidades reveladas que deben ser materializadas jurídicamente. Desde esta concepción, lo importante no es el modo en que se materializan, sino el hecho de su materialización.

Lo anterior se refiere explícitamente a la Carta aprobada en Niza, por mucho que se haya querido optar por el método de la *Convención*, huyendo de la rigidez formal y la

---

<sup>332</sup> Rodríguez, A., *Integración europea...*, ob. cit., p. 232.

<sup>333</sup> Fernández Tomás, A., "La Carta...", ob. cit., p. 29.

opacidad de las Conferencias Intergubernamentales y en busca de una representación más amplia de intereses<sup>334</sup>.

Como tendremos ocasión de comprobar más adelante, este énfasis en el aspecto procedimental de los derechos se va a trasladar a la discusión en torno al concepto de pueblo, Constitución y poder constituyente, pues de igual forma en este terreno aparece la necesidad de subrayar los cauces de participación (democrática) que permiten que un determinado colectivo de personas asuma una posición subjetiva en el marco de un proceso constitucional.

Llegamos, como no podía ser de otro modo, a la vieja discusión referida al carácter previo de la democracia o de los derechos: ¿democracia para garantizar derechos o derechos para garantizar democracia?

Habermas nos ofrece una respuesta convincente a tal interrogante en el intento de ofrecer una explicación del concepto político de legitimidad. Tras constatar que la teoría política ha dado a la cuestión de la legitimidad una doble respuesta, la soberanía popular y los derechos humanos, y que, no obstante, no ha podido lograr un compromiso válido a la tensión que se da entre la soberanía popular y los derechos humanos, entre la “libertad de los antiguos” y la “libertad de los modernos”, el autor asevera que “el buscado nexo entre soberanía popular y derechos humanos consiste en que los derechos humanos institucionalizan la condiciones comunicativas para la formación de una voluntad política racional. Los derechos que hacen posible el ejercicio de la soberanía popular no pueden ser impuestos al ejercicio de la misma como restricciones externas (...) la autonomía privada y pública se presuponen mutuamente. La conexión interna entre democracia y Estado de derecho consiste en que, por una parte, los ciudadanos sólo pueden hacer un adecuado uso

---

<sup>334</sup> El mismo Fernández Tomás recoge la intención expresada por el Presidente de la Comisión Romano Prodi en el sentido de querer buscar la participación no sólo de los interlocutores tradicionales, sino también las organizaciones no gubernamentales y otras fuerzas sociales emergentes. El objetivo se cifra pues en lograr una fórmula original en la que confluyan “en un única Convención *todas las fuentes de legitimación política* de la Unión”. Entrevista a Romano Prodi publicada en el *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, páginas 3 a 6. Así, la *Convención* acabó siendo formada por 62 personas, de las cuales sólo 15 eran representantes de los Estados miembros, uno de la Comisión, 16 del PE y 30 de los respectivos parlamentos nacionales a los cuales se añadieron, como observadores, dos del TJ y otros dos del Consejo de Europa. *Ibidem*, p. 16. Pese a los esfuerzos realizados, como por ejemplo en la búsqueda de visibilidad del proceso de redacción que ha llevado a acudir a internet para la publicación de la documentación resultante en cada momento, lo cierto es que no se ha logrado un debate real más allá de los círculos académicos y, claro está, de

de su autonomía pública si gracias a una autonomía privada simétricamente asegurada son suficientemente independientes, y por otra, en que sólo pueden alcanzar un equilibrado disfrute de su autonomía privada si, como ciudadanos, hacen un adecuado uso de su autonomía política. Se rompe así el clásico debate entre el republicanismo que se retrotrae a Aristóteles y a humanismo político del Renacimiento y que siempre ha concedido primacía a la autonomía pública de los ciudadanos frente a las libertades apolíticas de la gente privada, y el liberalismo de Locke y su conjura de los riesgos de la tiranía de la mayoría postulando la primacía de la autonomía privada”<sup>335</sup>.

Puesto que los derechos fundamentales son realidades previas, puesto que no se puede desligar democracia de derechos fundamentales, y puesto que en un contexto de democracia representativa el elemento a asegurar es el de los controles sobre el poder político que ostenta dicha representación, el debate es falso si se limita a describir los mecanismos de garantía de los derechos en términos de idoneidad para conseguir un nivel de protección satisfactorio.

Desde esa limitada perspectiva nunca se puede llegar al interior de la dinámica que se enjuicia, al motor que la mueve. Dicho nivel puede a lo sumo resultar satisfactorio en términos coyunturales o, si se prefiere, como cobertura externa, pero no estructuralmente. Daría respuestas aceptables a supuestos individuales, para la resolución de conflictos puntuales, pero no proporcionaría una visión de conjunto. De ahí que, pese a los matices, la jurisprudencia del TCF siga moviéndose en términos de coyuntura (*en tanto que*). Sin negar que la sentencia *Maastricht* se despoja de los términos condicionales de sus anteriores pronunciamientos para dar una respuesta general partiendo de la definición de la función que debe cumplir en cualquier caso el TCF (“garantizar *de modo general* un nivel de derechos fundamentales irrenunciable”), la respuesta sigue siendo coyuntural en cuanto sujeta al tipo de protección que en un momento determinado se ejerza en el nivel comunitario: se acepta la primacía comunitaria hasta un cierto límite (aunque sea configurado como límite general), *en tanto que* ese límite no se rebase.

---

la propia Convención. La correa de transmisión que debía suponer la presencia de parlamentarios nacionales no ha funcionado correctamente, por lo que deberán revisarse las condiciones necesarias a tal efecto.

<sup>335</sup> Habermas, J., “La constelación posnacional”, en *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Paidós, Barcelona, 2000, páginas 150 a 153 (páginas 59 a 166). La contraposición referida procede de Constant, en su *Discurso sobre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos*.

Así las cosas, el panorama no sería otro en caso de procederse sin más a la adhesión de la Comunidad al CEDH, ya que igualmente se estaría hurtando el debate relativo al modo en que los derechos en dicha Convención plasmados son interpretados y protegidos. Y semejante situación es la que se ha abierto tras la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en el Consejo Europeo de Niza (diciembre de 2000), ya que, aun aceptando su virtualidad jurídica pese al carácter meramente declarativo hasta el momento reconocido<sup>336</sup>, de nuevo nos hallamos ante un reconocimiento

---

<sup>336</sup> El debate en torno a la naturaleza jurídica de la Carta no ha tardado en florecer. Carrillo Salcedo, quien nos recuerda que el Consejo de Colonia celebrado en junio de 1999 “no fijó como objetivo la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales al TUE, sino que dejó abierta la cuestión”, insiste en la necesidad de “evitar un planteamiento formalista del problema, en particular por parte de aquellos internacionalistas que, por deformada visión del proceso de elaboración del Derecho internacional y del Derecho comunitario, consideran que sólo hay Derecho allí donde haya tratado”. Añade el mismo autor que “en una lectura constitucionalista de la Carta, ésta no es meramente programática porque al estar redactada en la «lengua de los derechos», por emplear la feliz expresión del profesor Eduardo García de Enterría, es mucho más que un conjunto de exhortaciones morales a los gobernantes”. Carrillo Salcedo, J. A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *RDCE*, núm. 9, 2001, páginas 12, 13 y 16 (páginas 7 a 26). Como ha señalado Alonso García, la importancia de la Carta es de “primer orden”, pues, entre otras cuestiones, “supone avanzar en la «constitucionalización» -en el sentido amplio de la expresión- de la integración europea, sembrando las semillas de un texto que, aunque se mantenga como tratado internacional, acentuará su naturaleza *sui generis*”. De este modo, prosigue el mismo autor, “la ausencia de fuerza jurídica vinculante no implica ausencia de efectos jurídicos, como claramente demuestra el papel que ha venido desempeñando en el marco del ordenamiento jurídico comunitario el propio CEDH, el cual, aun no vinculando jurídicamente a la Comunidad, ha funcionado como esencial fuente inspiradora en la configuración de los derechos fundamentales vía pretoriana por e TJCE”. Alonso García, E., “La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *GJ*, núm. 209, 2000, páginas 11 y 12 (páginas 3 a 17). Y buena prueba de la virtualidad jurídica del texto la tenemos en que de manera inmediata órganos jurisdiccionales como el TC español han recogido en sus pronunciamientos algunos de sus preceptos como apoyo a la fundamentación jurídica de la resolución. Concretamente, en la STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000, el TC, en el marco de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, hace referencia, en el marco del mandato del art. 10.2 de la Constitución, no sólo a la normativa internacional en la materia, sino también a la normativa internacional, en la que incluye tanto una Directiva (Directiva 95/46 sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos datos), como la “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo art. 8 reconoce este derecho, precusa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto” (FJ 8º). Finalmente merece la pena citar a Rodríguez quien nos recuerda que “la cuestión de la naturaleza jurídica de la Carta (...) se desligó desde el primer momento del trabajo de la Convención redactora, para evitar que la polémica que pudiera suscitar afectara a la buena marcha de los debates sobre el contenido. A pesar de ello, se llegó a suscitar en alguna ocasión en el seno de la Convención, debiendo el Praesidium (...) adoptar (...) una importante iniciativa: la de, aun sin suscitar formalmente la cuestión, trabajar en la redacción de un texto «como si» éste fuera a incorporarse a los Tratados”. Por su parte la Comisión, tal y como señala Rodríguez, ha indicado que la Carta ha de surtir los mismos efectos tanto si es incorporada a los Tratados como si (...) sólo es formalmente proclamada (...) En ningún caso, podría ser ignorada por el TJCE como referencia directa de los derechos fundamentales en tanto que principios generales del derecho comunitario, cumpliendo entonces su función de configurar esos principios generales, por lo que a los derechos fundamentales respecta, mediante un catálogo preciso y escrito que hiciera innecesario el recurso a otras fuentes para construirlos”. No

aislado de una serie de contenidos, sin conexión verdadera con el contexto en que deben desplegar sus efectos.

¿Dónde se debe situar el debate? El análisis debe partir de la descripción de las dinámicas que guían la relación interordinamental. Lo que importa es descifrar el modo en que se acaba configurando el contenido del derecho, lo que nos llevará, ya podemos adelantar, a demostrar la hondura de la interrelación, de la afectación mutua entre los dos ordenamientos. Una vez descrito el mecanismo en el que esa interrelación se desarrolla, y con ello la manera en que se conforman los derechos en su aplicación concreta, entonces debe procederse a valorar en qué medida los derechos están o no convenientemente protegidos, pero no tanto porque el resultado final sea o no satisfactorio, sino porque la naturaleza de tales mecanismos lleve a que el resultado sea o no satisfactorio.

Es entonces cuando puede cobrar verdadero sentido la necesidad de abordar el debate sobre la elaboración y entrada en vigor de una Carta comunitaria de derechos llamada no sólo a servir de pauta en la elaboración y aplicación de la normativa tanto comunitaria como estatal<sup>337</sup>, sino a proporcionar un eficaz mecanismo de integración no sólo jurídica sino también política y social, de ahí la importancia del modo en que se haya elaborado y aprobado la citada Carta.

De hecho, si atendemos al proceso de elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE aprobada en Niza, podremos entrever una notoria preocupación sobre las carencias que el reconocimiento de una serie de contenidos relativos a la protección de derechos fundamentales tiene cuando se desliga del contexto en el que debe devenir efectivo. En este sentido, de un modo u otro se ha querido lograr la participación

---

obstante, como señala el propio autor, “existe una importante cuestión que sí se ve afectada por el hecho de que la Carta no haya sido aún incorporada al derecho originario: su desarrollo mediante normas de derecho derivado”. El problema está en que “su no inclusión en los Tratados impediría contemplar en los mismos un procedimiento específico para aprobar normas de desarrollo de estos derechos y obligaría a que se siguiera utilizando en cada caso un fundamento jurídico distinto”. El panorama resultante es pues muy parecido al existente en el plano del CEDH ya que existe un texto prefigurador de los derechos y un mecanismo jurisdiccional de tutela, que por no tener que atenerse a un catálogo sistemático de normas de desarrollo de los derechos, cuenta con un amplio margen de configuración del contenido del derecho para el caso concreto. Rodríguez, A., *Integración europea...*, ob. cit., páginas 227 a 232.

<sup>337</sup> Según Pi i Llorens, se trataría, en definitiva “de asegurar una protección eficaz de los derechos individuales, no sólo frente a las medidas adoptadas por los órganos ejecutivos de Bruselas, sino globalmente en el conjunto del orden jurídico comunitario, lo que significa también frente a las violaciones de las libertades individuales imputables a las autoridades nacionales. Este punto de vista parece indispensable si se quiere «tomar los derechos en serio»”. Pi i Llorens, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 124.

“no sólo de los interlocutores tradicionales, sino también de las organizaciones no gubernamentales y otras fuerzas emergentes”<sup>338</sup>. El objetivo ha sido, según el propio presidente de la Comisión, Romano Prodi, hallar una fórmula original en la que en el proceso de elaboración confluyan “en un único Convenio todas las fuentes de legitimación política de la Unión”<sup>339</sup>.

Dicha preocupación parte de la voluntad de “no volver a incurrir en el error del Tratado de Maastricht e imponer los derechos desde arriba; éstos, por el contrario, deben ser objeto de una elaboración democrática según una lógica de ciudadanía activa (...). En el ámbito de los derechos, *el proceso es casi tan importante como el contenido*; unos derechos contruidos en común, fruto de un proceso democrático para el que se haya dispuesto del tiempo necesario, serán más fáciles de hacer respetar que si son definidos por expertos”<sup>340</sup>. Por estas razones, traducidas en una voluntad de visibilidad y transparencia, los debates de la *Convención* han sido públicos resultando accesible el mismo proceso de discusión y decisiones por Internet<sup>341</sup>.

De todas formas, y señalando que incluso hay que considerar que, especialmente en el contexto actual del proceso de integración y de sus carencias democráticas, ha de concederse mayor importancia al proceso que al contenido, hay que advertir que las preocupaciones mencionadas y los instrumentos articulados han resultado insuficientes puesto que, por un lado, no han supuesto ni una implicación directa de la *ciudadanía europea*, y, por otro, no han situado el plano de discusión en el contexto antes referido de la relación interordinamental, esto es, en el núcleo mismo del proceso de integración.

---

<sup>338</sup> Fernández Tomás, A., “La Carta...”, ob. cit., p. 16.

<sup>339</sup> Prodi, R., en la entrevista publicada en el *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, ya comentada (citado por Fernández Tomás, A., “La Carta...”, ob. cit., p. 16). Si recordamos, la llamada *Convención* para la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales estaba formada por 62 miembros, de los cuales sólo quince eran representantes de los Estados, uno de la Comisión, dieciséis del PE y treinta de los respectivos parlamentos nacionales, a los cuales se añadieron como observadores dos miembros del TJ y otros dos del Consejo de Europa (uno de ellos en representación del TEDH).

<sup>340</sup> Así queda recogido en el punto III del *Informe Pintalsigo*, según cita de García de Enterría, E., Tizzano, A., Alonso García, R., *Código de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1996, p.755.

<sup>341</sup> Al respecto, López Castillo considera que “con ser expresiva de una loable voluntad de apertura y transparencia, en sí misma, una práctica semejante no alcanza a frenar el influjo efectivo de los grupos representativos de intereses ni aporta, en lo sustancial, título de legitimación alternativa alguno”. López



Las insuficiencias que han aparecido hasta el momento en el camino por dotar al ámbito comunitario de un mecanismo que garantice de modo satisfactorio la realización de los derechos fundamentales, nos retornan al punto de partida. Decíamos que la incapacidad de las perspectivas monistas para aprehender en su completa dimensión el fenómeno de la integración nos empujaba a tratar de hallar una explicación distinta.

Ahora bien, no ha de bastar con ser capaces de encontrar una explicación distinta, sino que, como se ha insistido, tal explicación se pretende jurídica, y no sólo eso, se pretende jurídico-constitucional. La idea de partida, es que dicha explicación pueda demostrar que la realización de los principios del constitucionalismo, y entre ellos la realización de los derechos fundamentales, cabe en un contexto distinto que el exclusivamente estatal. En caso de no ser posible, dejará de tener sentido que podamos hallar una respuesta descriptiva mejor que las ensayadas desde perspectivas monistas, porque en realidad la tarea más importante pasará a ser otra: trazar el camino que asegure la “vuelta al Estado”, esto es, que frene el actual discurrir del proceso comunitario y lo reconduzca o bien hacia una recuperación efectiva del control estatal de las decisiones comunitarias, de la conformación del ordenamiento y del propio proceso de integración; o bien hacia una rápida conformación de una realidad estatal europea de corte federal.

Pues bien, como veremos con posterioridad, hasta ahora no se ha demostrado el monopolio estatal en el aseguramiento de los principios y valores del constitucionalismo, de modo que sigue teniendo sentido tratar de hallar un modelo distinto que explique la naturaleza de la integración comunitaria.

Antes, no obstante, seguiremos el camino iniciado con la intención de poner de manifiesto las insuficiencias de las explicaciones monistas, ahora ya, una vez dejado atrás el debate alrededor de los derechos fundamentales, respecto de otro de los aspectos centrales que señalamos: la determinación de la competencia de la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*).

---

Castillo, A., “Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, *REP*, núm. 113, 2001, p. 73, nota 88 (páginas 43 a 73).

### 4.3 Las insuficiencias de las explicaciones monistas en el debate sobre la determinación de la competencia de la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*)

#### 4.3.1 Introducción

Nos trasladamos al otro sector clave en la discusión relativa a los parámetros que deben guiar la relación entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos estatales: el de la determinación de la competencia de la competencia, un concepto, en palabras de Heller, “nada hermoso y poco claro”<sup>342</sup>.

Es más, de lo que se ha ido viendo hasta ahora se puede llegar a deducir que el debate realmente central lo constituye el de la *Kompetenz-Kompetenz*. Y esto es así principalmente por dos razones: en primer lugar, porque tiene un carácter mucho más amplio, al referirse a todo tipo de actos y no sólo a los que puedan afectar al ejercicio de los derechos fundamentales. En segundo lugar, reconociendo el carácter protagonista de los derechos fundamentales por encima de otros sectores, porque antes de entrar a discutir si un determinado acto relativo a la regulación de un derecho debe respetar el contenido esencial establecido por uno o por otro parámetro (en caso de que exista un *diferencial de fundamentalidad*), hay que saber si existe base competencial para el acto en cuestión, lo que nos lleva al terreno de la determinación de quién deba tener la última palabra en la materia, si es que alguien debe tenerla.

Conocemos ya los términos del debate a partir, otra vez, principalmente del pronunciamiento del TCF en su sentencia *Maastricht*<sup>343</sup> (junto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo danés, también comentada en el anterior capítulo). A lo que nos vamos a dedicar ahora va a ser a repasar algunas aportaciones doctrinales al respecto, ya que con

---

<sup>342</sup> Así se expresa Heller para referirse a dicho término y concluir que con él “se pretende significar algo semejante a lo que expresa nuestro concepto de capacidad de decisión universal”, que el autor vincula a la noción de soberanía. Como veremos al abordar la discusión en torno a la noción de soberanía, el concepto de competencia de la competencia se halla en el centro del debate. Heller, H., *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 286.

<sup>343</sup> Como sabemos, por medio de esta sentencia, el TCF se encargó de dar la voz de alarma respecto de la necesidad de que los Tribunales constitucionales reivindiquen y, llegado el caso, ejerzan su competencia de controlar y dejar inaplicables en el propio territorio los actos comunitarios en *ultra vires*, esto es, los que se excedan del ámbito competencial permitido en el *programa de integración*.

ellas podremos llegar a adquirir una perspectiva más general, necesaria para seguir aportando elementos que demuestren el ya mencionado carácter insatisfactorio de las doctrinas monistas que tratan de explicar los efectos jurídicos de la integración comunitaria.

Pese a la centralidad de la discusión sobre la determinación de la competencia de la competencia, hay que señalar que, salvo excepciones entre las que se puede citar la de López Castillo<sup>344</sup>, la doctrina española no ha mostrado tanto interés como con relación a los límites a la integración impuestos por la necesidad de salvaguardar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Por esta razón, en esta ocasión acudiremos a doctrina externa, en primer lugar a la perspectiva comparativa aportada por Boom, que pone en relación el debate norteamericano previo a la Guerra de Secesión y el debate actual comunitario, y en segundo lugar el diálogo mantenido por los autores Schilling, por un lado, y Weiler y Haltern, de otro.

#### *4.3.2 El referente de la delimitación del poder federal en los EEUU: la conexión entre los factores jurídicos y los políticos*

En un comentario a la sentencia *Maastricht*, Boom ha argumentado la profundidad de las implicaciones de la decisión al otorgar al TCF la capacidad de fijar los límites de la UE (al menos por lo que a Alemania se refiere), insistiendo en que no se trata del peligro de

---

<sup>344</sup> Autor que sido de los más críticos con la sentencia *Maastricht*, en general y en especial por lo que a la doctrina del *programa de integración* se refiere. Así de contundente se muestra cuando se refiere a la conclusión del TCF en la materia: “puede aparentar cierta lógica, pero indudablemente supone una manifiesta intromisión de la jurisdicción de un Estado miembro en el ámbito competencial que, conforme a que resulta de los arts. 164 y sigs. TCE (220 y siguientes) y la propia jurisprudencia constitucional había venido sosteniendo durante años, es propio y exclusivo del TJ (...). La consecuencia de una semejante modalidad de control de constitucionalidad, lógicamente habría de ser la inaplicación unilateral de aquellas actuaciones o disposiciones iuscomunitarias que hubiesen sido dictadas en virtud de un supuesto exceso de competencia o al margen del *programa de integración* consentido”. Tras haber aseverado que “esta pomposa doctrina del TCF no se tiene en pie”, el autor prosigue afirmando que “el fondo iusinternacionalista, confederal o *soberanista*, de esta pretensión jurisprudencial se alza, así, desafiante frente a una cierta inercia comunitarista que ciertamente puede y debe ser combatida, pero no de un modo unilateral y decisionista, sino comunitariamente y por (medio del) derecho, si es que como postula el nuevo art. 23.1 LF se pretende afianzar y aun proseguir en la vía de la integración comunitaria”. López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., páginas 507 y 508.

que sea cuestionado un acto comunitario concreto, “sino del corrosivo efecto de continuos cuestionamientos de la autoridad comunitaria”<sup>345</sup>.

El autor entiende que para la comprensión de las implicaciones de la sentencia es necesario advertir dos componentes que deben tenerse igualmente en cuenta: el plano jurídico y el plano político. Y en esa comprensión, la comparación con la evolución experimentada en los Estados Unidos sobre la delimitación del poder federal resulta extremadamente útil<sup>346</sup>.

El punto de arranque de la comparación la sitúa el autor en una decisión de la Corte de Apelación de Virginia en la que se rechazaba el mandato del Tribunal Supremo norteamericano (sentencia del TS en el caso *Martín v. Hunter's Lessee*, 1816) de obediencia a sus decisiones por considerar que en la Constitución no se hallaba dicha consecuencia cuando el TS actuara más allá de sus competencias<sup>347</sup>.

A partir de la exégesis del texto constitucional, el TS sostiene que la Constitución determina con claridad que el poder federal ostenta la competencia de la competencia: por un lado en el art. III sec. 2, que otorga al TS jurisdicción para todo los casos (“*all the cases*”) bajo leyes de los EEUU. De este modo, es el caso y no el juez de origen lo que determina la competencia. Y por otro en la *Cláusula suprema*, que establece que la ley federal es suprema y se impone a todos los Estados. De la combinación de ambas se concluye en que el TS tiene autoridad para controlar las decisiones judiciales estatales.

Como puede verse, la discusión no está en que se cuestiones que el TS tenga la competencia para todos los asuntos relacionados con la ley federal, sino que sea el encargado de determinar cuando un asunto está relacionado con la ley federal. El problema

---

<sup>345</sup> Se apoya Boom en Sandalow, “The Expansion of Federal Legislative Authority”, *Courts and Free Markets*, 49, 51, 1982. Boom, S. J., “The European Union after...”, ob. cit., p. 177.

<sup>346</sup> El título de su texto rebela claramente su inquietud: “The Maastricht Decision: Will Germany be the Virginia of Europe?” (“La decisión Maastricht: será Alemania la Virginia de Europa?”).

<sup>347</sup> Según recoge Boom, el juez de Virginia (juez Cabell) sostuvo que la Constitución silenciaba el tema de los límites de las competencias federales, cosa que indicaba que en el momento constituyente se tuvo presente que era mejor no otorgar a órganos federales ese poder, ya que sería peor el remedio que la enfermedad. Según Cabell, el TS sólo podía ser considerado superior respecto a órganos judiciales federales, pero no estatales, ya que pertenecen a distintos sistemas soberanos. Con este planteamiento, que sin duda choca con lo que sería la historia judicial estadounidense, se pone de manifiesto que se trata de un conflicto de visiones sobre el tipo de asociación de Estados conformado por la Constitución. Boom, S. J., “The European Union after...”, ob. cit., p. 187.

es el del *ultra vires*: si interviene el TS en caso de *ultra vires*, el propio TS se excedería de sus competencias. Pero precisamente ahí es donde el TS interviene para reclamar que la decisión sobre ese extremo le compete sólo a él (lo que equivale a decir que el TS nunca se excede de sus competencias).

Al lado del componente jurídico, aparece con fuerza, como había advertido Boom, el componente político. Así se pone de manifiesto si repasamos las razones en las que se basaban los Estados, una minoría, que se opusieron a la doctrina del TS: en primer lugar, alegaban que la Constitución como instrumento de gobierno no emanó del pueblo sino que fue resultado de actos soberanos de Estados independientes, siendo los EEUU una organización internacional creada por un Tratado internacional. En este contexto, la Federación se erige como una parte más junto con los Estados, y en ningún caso éstos le ceden la capacidad de determinar sus poderes<sup>348</sup>.

El posicionamiento del TS parte de la idea contraria: el poder federal tiene una legitimidad democrática directa pues, entre otras cosas, la Constitución fue establecida no por los Estados sino por el pueblo (*“We the people”*, reza el inicio de la Constitución estadounidense); si un pueblo singular ha formado la Constitución, es lógico que un cuerpo legislativo singular se aplique a todo el pueblo norteamericano, uniformidad imposible si la interpretación de la ley federal por parte del juez estatal no fuese revisable por el TS.

Como se puede comprobar, la auténtica discusión se sitúa claramente en saber si nos hallamos ante una federación o una confederación de Estados.

Otra manifestación del trasfondo político del enfrentamiento lo demuestra el hecho de que la oposición al TS no se desarrollara sólo en sede judicial sino que también tuviera lugar en sede legislativa. Concretamente Virginia estableció que “cualquier intento de contradecir la decisión de la Corte suprema del Estado por el TS sería considerada como una inconstitucional y arbitraria interferencia en la administración de sus leyes originarias”<sup>349</sup>. Y así, se llamó a una resistencia activa a la intención de ejecutar las

---

<sup>348</sup> Desde tal enfoque, la no uniformidad resultante se entendía como la inevitable consecuencia de que los EEUU se constituyeran como un grupo de gobiernos libres e independientes, entendiéndose además que el constituyente prefirió claramente sacrificar la uniformidad por el respeto de esa independencia última.

<sup>349</sup> Y parecidos son los términos de Wisconsin al afirmar que se consideraría como un “arbitrario acto de poder en contra de los derechos y libertades del pueblo”, siendo sólo los estados los competentes para juzgar

decisiones del TS, recordando que los Estados tienen un poder físico (“*physical power*”) para resistir la ejecución de tales decisiones<sup>350</sup>.

Con ello se sitúa la discusión al terreno de la efectividad de las normas y decisiones, aspecto clave del debate y que debemos desde ahora subrayar pues está llamado a jugar un papel esencial en el marco del proceso de integración comunitaria.

En el contexto histórico norteamericano previo a la Guerra de Secesión, la definición de la naturaleza jurídica de la Unión se hallaba profundamente condicionada por una situación política inestable que llevaba el debate al terreno político y, en último extremo, a la necesidad de comprobar quién es capaz de imponer la decisión última. Como veremos, en el plano actual de la UE, pese a que insistamos en la importancia de la noción de efectividad de la norma, no siempre va a ser útil reducir el conflicto y la aplicabilidad del Derecho a una cuestión de imposición por la fuerza, aunque esta es una cuestión sobre la que se volverá más adelante.

Otro autor que ha recurrido también a la experiencia norteamericana para explicar las implicaciones de la doctrina del TCF en materia de *Kompetenz-Kompetenz*, ha sido Díez-Picazo. Este autor constata que la afirmación de que los Estados miembros pueden controlar la validez del Derecho comunitario, “reposa, en definitiva, sobre un presupuesto: en cuanto entidad soberana, cada Estado miembro puede determinar qué competencia ha cedido a la Unión Europea y, por consiguiente, es juez último de la validez de los actos adoptados por las instituciones comunitarias”<sup>351</sup>.

Esta última idea “presenta una sorprendente similitud con la doctrina de la *interposition*, también conocida como doctrina de la *nullification*, que desempeñó un papel de primer orden en todo el debate jurídico-político sobre la naturaleza de los Estados Unidos desde la aprobación de la Constitución en 1787 hasta el estallido de la guerra civil en 1860”<sup>352</sup>. La versión más acabada de esta doctrina se halla, según el autor, en un

---

los límites del poder garantizado por la Constitución. Boom, S. J., “The European Union after...”, ob. cit., p. 197.

<sup>350</sup> *Ibidem*.

<sup>351</sup> Díez-Picazo Giménez, L. M., “Europa: las insidias...”, ob. cit., p. 9.

<sup>352</sup> *Ibidem*. También alude el mismo autor a tales paralelismos en Díez-Picazo Giménez, L. M., “Reflexiones sobre la idea de Constitución europea”, *RIE*, núm. 2, 1993, p. 554 (páginas 533 a 559).

discurso pronunciado por Calhoun en 1831<sup>353</sup>, quien define *interposition* como el derecho de los diferentes Estados, partes del pacto que representa la Constitución, de «interponerse para detener el progreso del daño y para mantener, dentro de sus respectivos límites, los poderes, derechos y libertades que les pertenecen», de lo que se deriva la *nullification*, como derecho de cada copartípe «de juzgar sus propios poderes con una negativa o veto sobre los actos de los demás, a fin de proteger los intereses que específicamente representa frente a invasiones».

También López Castillo es de la opinión de que “alguna similitud guarda la tesis calhouniana de los derechos de anulación con la advertencia del TCF de inaplicación en determinados supuestos relativos a derechos fundamentales, delimitación de competencias (...)”. De todas formas, matiza el autor que si bien es cierto que con tal construcción se estaría asestando un “durísimo golpe al futuro de la integración”, “a fin de cuentas esto no pasa de ser una mera hipótesis sobre cuya verificación final tendrá mucho que decir la futura jurisprudencia del TCF”<sup>354</sup>.

Como nos recuerdan tanto Boom como Díez-Picazo, la aceptación de que el vínculo fundacional de los Estados Unidos fuese de naturaleza federal exigió la previa derrota militar de sus opositores en la Guerra Civil<sup>355</sup>. Más específicamente, se puede decir que el

---

<sup>353</sup> El discurso se conoce con el nombre de *Fort Hill Address*, y se halla recogido en Hofstadter, *Great Issues in American History*, vol. II, páginas 278 y siguientes. Citado por Díez-Picazo Giménez, “Europa: las insidias...”, ob. cit., p. 10. Hay que añadir, que en 1828 Carolina del Sur declaró su famosa *politics of nullification*, bajo la cual se establecía que el Estado podía declarar un acto federal no vinculante. Como nos recuerda Boom, este tipo de medidas se convirtieron en uno de los frentes de la batalla electoral, y así en las elecciones de 1832 el candidato Andrew Jackson planteó la necesidad de su abrogación por ir en contra de la idea de EEUU y de la Constitución. Boom, S. J., “The European Union after...”, ob. cit., p. 198.

<sup>354</sup> López Castillo, A., “De integración y soberanía...”, ob. cit., p. 237.

<sup>355</sup> De todos modos, el conflicto no se ha acabado de cerrar hasta fechas más recientes. Al margen de algún caso aislado, la situación permaneció tranquila durante unos cien años, concretamente hasta la polémica decisión del TS *Brown v. Board of Education* (347 U.S., 483, 1954) que provocó en varios Estados, todos ellos sureños, reacciones que invocaban la retórica del siglo anterior, resolviendo la *nullification* varios Estados en base a los mismos argumentos empleados con anterioridad a la guerra, insistiendo en su obligación de defender los derechos y libertades de sus ciudadanos, tal y como señalaba la Declaración hecha, de nuevo, por el Estado de Virginia, que recordaba que había permanecido demasiado tiempo en silencio (“*remained silent... too long silent!*”). Incluso posteriormente se produjeron otros supuestos, como los que se dieron en el ámbito de las medidas federales contra la segregación racial, que forzaron al presidente Eisenhower a llevar a las tropas federales a Little Rock, para poder hacer efectiva la orden del TS en materia de lucha contra la segregación. Eisenhower afirmaría concretamente que “*a final order of a federal court must be obeyed by state authorities and all citizens as the law of the land*” (“una decisión última de un tribunal federal debe ser

conflicto sobre la jurisdicción del TS (por lo que su aceptación encierra) fue uno de los elementos que llevó al enfrentamiento bélico. La secesión fue, después de todo, el último intento de los Estados de imponer su poder por encima del poder federal<sup>356</sup>.

El ejemplo de la evolución estadounidense, sobre el que posteriormente se volverá para encontrar en él no ya los paralelismos sino las diferencias, es útil por cuanto demuestra con meridiana claridad hasta qué punto hay que manejar conjuntamente consideraciones de naturaleza jurídica con aspectos puramente políticos, situando la discusión sobre la determinación de los límites competenciales en el centro del proceso de consolidación del poder federal, nacido de un acuerdo quizás no definido de manera suficientemente precisa por lo que a su naturaleza se refiere. Y es importante comprobar también que pese al claro trasfondo político, el debate asume una expresión marcadamente jurídica y es alentado por las decisiones de los órganos judiciales, aunque para su resolución se deba acudir a nociones de difícil concreción sobre parámetros estrictamente jurídicos (carácter del pacto fundacional, legitimidad democrática, etc.).

Situándonos ya en el debate presente en el seno del proceso de integración europea, lo cierto es que la sentencia *Maastricht* reproduce en buena medida los planteamientos que hemos visto presentes en los Estados norteamericanos sureños en la etapa anterior a la Guerra de Secesión, lo que, si no fuese por las diferencias que existen entre una y otra

---

obedecida por las autoridades estatales y todos los ciudadanos como Derecho del estado”). Así es recogido por Boom, S. J., “The European Union after...”, ob. cit., páginas 200 y 201.

<sup>356</sup> Díez-Picazo recoge en la página 11 del texto citado, una interesante cita de la *Declaración de las Causas de Secesión*, de 24 de septiembre de 1860, elaborada por la Convención de Carolina del Sur, el primer Estado que declaró su secesión de la Unión: “en 1787, fueron nombrados delegados por los Estados para revisar los Artículos de la Confederación; y el 17 de septiembre de 1787, estos delegados recomendaron para su adopción por los Estados los Artículos de la Unión, conocidos como la Constitución de los Estados Unidos. Se estableció así, mediante un *pacto entre los Estados*, un Gobierno con *objetivos y poderes definidos*, limitados a las palabras expresas del acto de cesión (...). Nosotros mantenemos que, en todo pacto entre dos o más partes la obligación es mutua; que el incumplimiento por una de las partes contratantes de un aspecto sustancial del acuerdo libera enteramente de su obligación a la otra; y que cuando no se prevé un árbitro se remite al juicio de cada parte la determinación del acto de incumplimiento, con todas sus consecuencias”. Precisamente, con anterioridad al estallido de la guerra fueron varias las propuestas de enmiendas constitucionales al respecto, todas ellas sin éxito. Al margen de la propuesta de establecer explícitamente que son los Estados los que retienen ese poder, se llegó a proponer que fuera el Senado el encargado de la resolución de los conflictos, ya que en realidad se trataba de una cuestión política y no jurídica, de modo que es el Senado, cuyos miembros son responsables en materia de cuestiones que afecten a los Estados, el órgano más legitimado. Finalmente, se propuso la creación de un órgano especial, la “Corte de la Unión”, con un juez por cada estado y en decisión por mayoría absoluta. Así lo recoge Boom, S. J., “The European Union after...”, ob. cit., p. 199.



realidad, colocaría a Alemania, al menos por lo que a su Tribunal constitucional se refiere, en la posición de “la Virginia de Europa”.

En referencia a las diferencias con el caso norteamericano, valga por el momento señalar que en el caso de la UE la discusión no se sitúa de manera tan clara entre federación y confederación, siendo la complejidad mucho más elevada, pues caben formas intermedias o simplemente distintas, lo que forzosamente ha de variar el tipo de discusión, o, en otras palabras, situar en distinto contexto planteamientos que aparentemente puedan resultar coincidentes.

En cualquier caso, los paralelismos son inevitables, como lo demuestran visiones como la de Predieri, quien se acerca mucho al Calhoun de 1831 cuando plantea que la primacía del Derecho comunitario sólo debe ser contemplada cuando la norma en cuestión cuenta con base competencial suficiente. No siendo así, por ejemplo en materia de derechos fundamentales, la norma comunitaria debe subordinarse a la norma constitucional estatal en el sentido de que sólo puede aplicarse en cuanto no se oponga a la misma. En definitiva, se trata simplemente de “no aplicar normas ilegítimamente producidas con invasión de las competencias reservadas al Estado”<sup>357</sup>, según señala Predieri partiendo de un fundamento parecido al del incumplimiento del pacto al que hacía referencia la *Declaración de las Causas de Secesión* recién citada (nota núm. 130).

#### *4.3.3 El tipo de autonomía del ordenamiento comunitario y la determinación de la Kompetenz-Kompetenz*

Como ya se ha adelantó, una de las muestras más clarificadoras de cuáles son los elementos centrales en la discusión relativa a la determinación de la competencia de la competencia en el seno del proceso de integración, se halla en el diálogo emprendido por los autores Schilling, de una parte, y Weiler y Haltern, de otra. El primero de ellos se sitúa

---

<sup>357</sup> Predieri, A., “La giurisprudenza de la Corte Costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea”, *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario: atti del seminario svoltosi in Roma (15-18 ottobre 1990)*, Guiffirè, Milán, 1991, p. 106 (páginas 93 a 122).

al lado de las tesis del TCF, y pretende sustentarlas en el marco de la fundamentación sobre el tipo de autonomía con la que cuenta el orden normativo comunitario<sup>358</sup>.

La conclusión a la que llega Schilling, después de un recorrido que brevemente será referido, es que la única base de la autonomía del orden comunitario es la que le ofrece el Derecho internacional público, que por tal motivo es una autonomía derivada (de los Estados) que sólo concede una autonomía interpretativa restringida; la *Kompetenz-Kompetenz* la mantienen los Estados y sólo puede trasladarse a la Comunidad a partir de que se dé efectivamente una Constitución basada en el poder constituyente originario europeo.

El autor parte del reconocimiento de que la autonomía de un orden legal no tiene porque ser originaria, carácter que se da cuando el orden nace de un poder constituyente de carácter absoluto, sino que puede tener un carácter derivado. Ahora bien, según Schilling, sólo el orden que es originario cuenta *necesariamente* con lo que al autor define como “autonomía interpretativa”, que es la autonomía que conlleva que sólo las instituciones del orden normativo en cuestión resultan competentes para interpretar (esto es, para delimitar el alcance de) las reglas constitucionales y legales del mismo. Por el contrario, la autonomía derivada, que es con la que cuenta el sistema comunitario, no necesariamente posee tal carácter. Que lo tenga dependerá del tipo de base en que se fundamente su autonomía normativa (derivada).

Lo primero que hace el autor citado es descartar la existencia de una autonomía de carácter originario, esto es, que los tratados fundacionales sean expresión del acto de un poder constituyente<sup>359</sup>. En este sentido, sostiene el autor que “el cordón umbilical entre las Constituciones de los Estados miembros y los tratados europeos no ha sido cortado por el proceso de ratificación”<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup> Schilling, T., “The autonomy of the Community legal order: an analysis of possible legal foundations”, *Harvard International Law Journal*, vol. 37, núm. 2, 1996, páginas 389 a 409.

<sup>359</sup> Concretamente, Schilling opina que no es que los parlamentos de los Estados miembros que han ratificado los tratados no puedan haber ejercido un acto constituyente, y no una mera ratificación de un acuerdo internacional entre Estados, sino que, sencillamente, en el caso comunitario europeo ese carácter no se ha dado, ya que ni el instrumento utilizado, ni el lenguaje, ni el modo de elaboración, ni la estructura normativa permiten llegar a esa conclusión.

También rechaza Schilling que pese a que no exista un poder constituyente original, el desarrollo posterior del Derecho comunitario puede haber llegado a otorgar a los tratados la autonomía de la que originariamente carecían. Así habría sucedido si el pueblo europeo hubiese llegado a adoptar el texto de los tratados como Constitución propia, no importando el modo en que se hubiese dado.

Finalmente, la única opción posible en la que fundamentar la autonomía del Derecho comunitario es su consideración como norma internacional. Los tratados son Derecho internacional, y son autónomos por cuanto no dependen de los órdenes legales de los que derivan. Estamos pues ante una autonomía no originaria sino derivada y de lo que se trata es de dilucidar si a partir de tal posición se puede o no fundamentar la existencia de una autonomía interpretativa en los términos antes referidos.

Considera el autor que el Derecho internacional general no nos da ninguna respuesta porque no conoce de instituciones internacionales que pudieran reclamar ese poder, a diferencia de la Comunidad que cuenta con un Tribunal propio y una previsión específica, la del art. 220 TCE, en dicho sentido. El problema pues no es si existe a o no autonomía interpretativa, sino cuál es el grado de la misma.

Siendo la Comunidad, y sus tratados, producto del Derecho internacional, el camino a seguir viene marcado por el art. 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, que exige que los tratados sean interpretados “en su contexto y a la luz de sus objetivos”.

En virtud del art. 228.1 TCE: “si el Tribunal de Justicia declarare que un Estado ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia”. A partir de este precepto se derivaría que el TJ está en la cúspide del sistema europeo, lo que equivaldría a defender la total autonomía interpretativa de la Comunidad, su competencia sobre la competencia.

Pero como se ha dicho, el art. 31 del Convenio de Viena también requiere un examen del contexto y en particular de los objetivos del tratado. Pues bien, considera el autor que los objetivos que marca el art. 2 TCE se restringen a la esfera económica, y por

---

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 396. Como vimos, la misma expresión, “rotura del cordón umbilical”, ha sido utilizada por La Pergola en su explicación de las características del planteamiento comunitarista del TJ. La Pergola, A., “Constitución e integración europea...”, *ob. cit.*, p. 15.

tanto los Tratados no deberán ser interpretados como garantes de un poder irrestricto en manos de las instituciones comunitarias, esto es, se niega la *Kompetenz-Kompetenz*.

De ahí se deduciría que si bien en términos generales la decisión del TJ debe ser considerada como decisión final y ser acatada, no ocurre lo mismo en temas de delimitación competencial, donde la decisión del TJ sólo puede ser persuasiva (el TJ cuenta en tal caso con lo que el autor denomina “autorización material”<sup>361</sup>). Y no se rompe la *Rule of law* ya que la misma sólo se refiere a las competencias exclusivas del TJ; en lo referente a las relaciones entre la Comunidad y los Estados, según Schilling, la alegación del *Rule of law* sólo puede ser retórica<sup>362</sup>.

En explícita respuesta a las tesis de Schilling, y en parte por sentirse aludidos por las mismas<sup>363</sup>, Weiler y Haltern consideran que lo que hace Schilling es “desnudar al emperador para después cubrirlo con las viejas y cómodas túnicas del Derecho internacional”<sup>364</sup>.

Sostienen los dos autores que incluso coincidiendo con Schilling en que las únicas bases del orden comunitario son las que les ofrece el Derecho internacional, la conclusión tiene que ser muy distinta: que el TJ tiene la última palabra, pues según los Tratados está en la cúspide del sistema. El Derecho internacional no da de por sí a los Estados la última palabra sobre las competencias de una organización internacional. Precisamente, el Derecho internacional se ha encargado de dotar de mecanismos para evitar la

---

<sup>361</sup> Existe según el autor, una posibilidad de armonizar el sentido del art. 228 TCE con los objetivos de la Comunidad, distinguiendo entre “autorización material” para interpretar la norma comunitaria y “autorización formal”. La segunda supone una autorización para decidir sobre la interpretación, ya sea correcta o incorrectamente, mientras que la material sólo permite una solución correcta. En general, la autorización es de carácter formal: la decisión del TJ es final y así es acatada. Pero en temas de delimitación competencial, la decisión del TJ es tan sólo persuasiva, la autorización es material, restringida a la correcta solución, puesto que como los Estados no han transferido la *Kompetenz-Kompetenz* a la Comunidad, deben conservar éstos la última palabra al respecto (concretamente el tribunal constitucional). Schilling, T., “The Autonomy...”, ob. cit., páginas 406 a 408.

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 408.

<sup>363</sup> Especialmente en lo referente a la crítica que Schilling realiza a las tesis que parten de la consideración del proceso de integración como un bien en sí mismo por representar los valores de la paz y la prosperidad, planteamiento que de alguna manera sostendría Weiler, J. H. H., en “Europe after Maastricht”, *Harvard International LawReview*, 1995.

<sup>364</sup> Weiler, J. H. H., Haltern, U. R., “The autonomy of the Community legal order: through the looking glass”, *Harvard International LawReview*, vol. 37, núm. 2, 1996, p. 411 (páginas 411 a 448).

autointerpretación por parte de los Estados parte de un acuerdo internacional. Como mucho, si todos los Estados, conjuntamente, lo deciden, pueden introducir modificaciones en los tratados que varíen los presupuestos de partida<sup>365</sup>. Si lo que decide el Estado es no acatar la resolución judicial, que evidentemente lo puede hacer (fácticamente), estará incurriendo en una violación del Derecho internacional y en responsabilidad. Y ello al margen de que, en determinados casos, pueda tratarse de una opción pragmática, aunque ilegal, pero lo que no se debe pretender es fundamentar su legalidad.

Y ello es así no sólo porque los Estados así lo han acordado y recogido en los Tratados, sino porque el ordenamiento comunitario ha sufrido una mutación que lo ha llevado de su inicial carácter de normativa internacional (fruto de una organización internacional) a su *constitucionalización* (fruto de una entidad de carácter federal), que comporta una clara consecuencia: mientras que los sujetos de los Tratados son sólo los Estados, en un orden constitucional federal, a parte de los Estados, los sujetos son los ciudadanos; existe un diferente nivel de legitimidad, puesto que el consentimiento es doble: Estados y ciudadanos.

La *constitucionalización* es para los autores que citamos un hecho y se manifiesta en la utilización por parte del TJ de criterios hermenéuticos de tipo constitucional, en formas específicas de responsabilidad estatal, una posición suprema de la norma comunitaria y un sistema judicial propio de revisión: “si desde hace tres décadas el orden jurídico de la Comunidad es tratado como constitucional, ¿qué importa lo que en realidad sea?”<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> Weiler y Haltern contestan de manera contundente a los planteamientos de Schilling en este terreno. Cuestionan que el Derecho internacional no ofrezca soluciones al tema de la competencia de la competencia y que se acepte la autointerpretación individual por cada Estado. Respecto a esta cuestión, los autores mantienen que el autor en el que dice Schilling apoyarse, Leo Gross, precisamente sostiene que esa práctica de la autointerpretación se le da un valor muy pequeño, si es que se le da alguno. y que precisamente los problemas de esa autointerpretación son los que han provocado que los Estados hayan ido formulando alternativas para la resolución de disputas, como el arbitraje o la creación de tribunales que han acabado desplazando la autointerpretación. Y es que si el Estado no quiere asumir la vinculación a decisiones judiciales entonces deben adoptarse previamente otras formas de resolución de conflictos (comités partitarios que emiten recomendaciones, etc.). Se preguntan también los autores por qué se habla sólo de que el Estado no está obligado a asumir la resolución si es *ultra vires*. Si se fuera coherente con la postura que mantiene Schilling, tampoco estaría obligado si existiese una vulneración del procedimiento o una contradicción material con *ius cogens*. *Ibidem*, páginas 426 a 429.

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 422.

El planteamiento recogido en la frase recién transcrita, que es calificada con el nombre “realista” en contraposición con el “purismo” de Schilling, no implica que los autores del texto que comentamos se adhieran sin más a una aproximación realista con base en la cual, según ellos mismos, se ha estado construyendo el sistema comunitario como “un orden constitucional sin constitucionalismo”<sup>367</sup>. Reconocen que la Comunidad ha adoptado prácticas constitucionales sin base constitucional legítima, pero, se preguntan “¿la solución es volver a *meter la pasta de dientes en el tubo* y decir que sólo es un orden internacional?”<sup>368</sup>. Así no se soluciona el problema de legitimidad.

La clave para resolver los interrogantes que se plantean está en no incurrir en la confusión de la que participan Schilling y muchos otros: la confusión entre la *Kompetenz-Kompetenz* legislativa y la *Kompetenz-Kompetenz* judicial. Los Tratados comunitarios no otorgan la primera, la Comunidad no tiene libertad de determinar sus propias competencias, de ampliarlas (los artículos 94, 95 y 308 TCE no permiten eso). Pero sí otorgan en cambio la *Kompetenz-Kompetenz* judicial, precisamente porque es el método escogido para asegurar tales límites.

Quizás donde más claramente se argumenta la necesidad de que el TJ mantenga ese control último se halla en una resolución del propio Tribunal en la que afirma que “la cuestión de una posible infracción de derechos fundamentales por un acto comunitario sólo puede ser juzgado a la luz de la norma comunitaria en sí misma. La introducción de criterios especiales de la normativa nacional dañaría la unidad sustantiva y la eficacia de la norma comunitaria lo que llevaría inevitablemente a la destrucción de la unidad del Mercado Común y de la cohesión de la Comunidad”<sup>369</sup>.

Lo anterior lleva a los autores a sostener que las tesis de Schilling “podrían llevar a una pesadilla en la que fuese imposible llegar a los objetivos comunitarios”<sup>370</sup>. Y

---

<sup>367</sup> Según cita en el propio texto (Ibidem, p. 423): Weiler, J. H. H., “We will do, and Hearken (Ex., XXIV, 7): Reflexions on a common constitutional law for the European Union”, Bieber/Widmer, *The European constitutional area*, 1995, p. 413. Existe una traducción al castellano en Weiler, J. H. H., *Europa fin de siglo*, ob. cit., (“Epílogo: «Lo haremos, y prestaremos atención» –Ex., XXIV:7-“) páginas 199 y siguientes.

<sup>368</sup> Weiler, J. H. H., Haltern, U. R., “The autonomy...”, ob. cit., p. 423.

<sup>369</sup> Sentencia de 13 de diciembre de 1979 (*Hauer*, asunto 44/79, Rec. 1979, p. 3474).

<sup>370</sup> Weiler, J. H. H., Haltern, U. R., “The autonomy...”, ob. cit., p. 430..

precisamente para evitar esa pesadilla se estructuró el sistema judicial como se hizo, y no sólo los Estados no lo han querido modificar posteriormente sino que han hecho lo contrario: reformar el art. 228 para concretar la responsabilidad estatal en caso de incumplimiento<sup>371</sup>.

Por todo lo anterior, consideran Weiler y Haltern importante replantear el presupuesto del que parte Schilling: en realidad lo que lleva a Schilling a defender su tesis no es tanto una cuestión conceptual como una desconfianza. La pregunta no es si los Tratados sitúan al TJ en la cúspide del sistema, sino si podemos tener confianza en el TJ como cúspide del sistema. Se trata de una cuestión viva, sobre todo a partir del debate del Tratado de Maastricht: los poderes, las competencias se cuestionan porque preocupa el equilibrio entre CE y Estados, especialmente a la luz de las experiencias federales (que demuestran el reforzamiento del poder central en detrimento de las partes) y de la experiencia comunitaria sobre todo en los años setenta.

No dando el debate por cerrado, Schilling contesta a Weiler y Haltern y puntualiza que si bien es cierto que hay que diferenciar la *Kompetenz-Kompetenz* legislativa de la judicial, el hecho de no poseer la primera conlleva una presunción de negación de la segunda. Por otro lado, en toda decisión que se refiera a la constitucionalidad de una norma (en el caso de la Comunidad sería su comunitariedad), la distinción entre una y otra *Kompetenz-Kompetenz* se diluye en parte, ya que cuando el TJ mantiene la validez de una norma que incurre en *ultra vires*, su actuación no es meramente judicial sino que también es legislativa. En muchos casos pues, la separación no puede establecerse<sup>372</sup>.

---

<sup>371</sup> Según los autores los Tratados constitutivos, pese a la opinión de Schilling, establecen con claridad que el TJ ostenta la *Kompetenz-Kompetenz* judicial. De la interpretación de Schilling, lo primero que cuestionan los autores es que sólo adquiera protagonismo el art. 228 TCE y no el art. 230 o el 234. Así por ejemplo, el art. 230 incluye, según los autores, de manera clara entre las competencias del TJ la competencia sobre la competencia (conocerá “sobre los recursos por incompetencia”). Si bien es cierto que podría argumentarse que dicho precepto se refiere a la incompetencia del órgano que adopte el acto, y no a la incompetencia comunitaria, Weiler y Haltern consideran que no es esa la interpretación correcta dado que las partes contratantes pudieron excluirla y no lo hicieron conscientemente. Además, una interpretación semejante iría contra los objetivos del art. 2, que incluyen entre los objetivos la consecución de un armonioso y equilibrado desarrollo, cohesión social y económica, convergencia económica y solidaridad.

<sup>372</sup> Para explicarlo el autor lo lleva a un ejemplo extremo: si la Comisión estableciera un ejército europeo, el hecho de que el TJ no invalidara el acto consistiría en algo más que una actuación judicial pues no se limitaría a no invalidar el acto, sino que lo estaría validando. Schilling, T., “Rejoinder: the autonomy of the Community legal order in particular. The *Kompetenz-Kompetenz* of the ECJ”, *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 10, 1996, p. 5 (páginas 1 a 11).

En un comentario al debate que aquí se recoge, Cabellos lo ha planteado de la siguiente forma: “se puede advertir, sin embargo, que la afirmación de una *Kompetenz-Kompetenz* absoluta en manos del TJCE, como la que sustentan (los autores señalados), puede llevar, a través de una interpretación expansiva por parte de éste de las competencias de la Comunidad, a efectos semejantes a los que llevaría una *Kompetenz-Kompetenz* legislativa, sólo que además sería un órgano jurisdiccional el que procediese a abrir nuevos ámbitos competenciales para la Comunidad”<sup>373</sup>.

Schilling considera necesario advertir de una distinción que esta vez son Weiler y Haltern quienes no realizan: competencia de las entidades legales en su conjunto (*Verbandskompetenz*) y competencias de los órganos de dichas entidades (*Organskompetenz*), que en ningún caso podrán ir más allá de las competencias de la entidad a la que pertenecen. Pues bien, dado que el TJ forma parte de la Comunidad, dado que como expresa el art. 220 TCE su función es la de garantizar “el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado”, y además se encuentra entre las instituciones llamadas a realizar las funciones asignadas a la Comunidad (art. 7 TCE), queda claro que el TJ no puede extralimitarse en el ejercicio de sus funciones del ámbito competencial recogido en los Tratados<sup>374</sup>.

#### 4.3.4 Recapitulación

No hace falta un gran esfuerzo para darse cuenta que la dificultad que encierra el tema objeto de discusión reside en que, al menos tal y como está planteado, se entra en un argumento circular idéntico al que se planteaba en el momento en que el debate estaba abierto en los Estados Unidos norteamericanos: el problema, si recordamos, consistía en que si intervenía el TS en caso de *ultra vires* sin corregir el exceso, era el propio TS quien se excedía de sus competencias, pero que como la determinación de las mismas no podía ser realizada por nadie más que por él mismo, la conclusión es que por definición el TS nunca puede excederse de sus competencias.

---

<sup>373</sup> Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, ob. cit., p. 420.



Se debe pues estar de acuerdo en que los Tratados comunitarios no pueden permitir actuaciones que vayan más allá del ámbito competencial que los mismos definen. El problema aparece cuando se trata de determinar quién debe controlar que eso no suceda.

Según los Tratados, el máximo garante de la regularidad de los actos de las instituciones comunitarias es el Tribunal de Luxemburgo, y sólo él. Si este Tribunal da por válido un acto comunitario en *ultra vires*, no existe otra lectura jurídica que la de entender que tal acto no resulta contrario a los Tratados, puesto que ellos mismos han aceptado que su salvaguarda corresponda en último término al TJ. Por definición, el TJ nunca puede extralimitarse (jurídicamente no habrá ningún órgano que pueda certificar dicha extralimitación). Dicho de otro modo, entra dentro de lo querido por los Tratados que las actuaciones *ultra vires* de las instituciones comunitarias dejan de serlo (lo que equivale en realidad a que nunca lo han sido) en el momento en que el TJ considera que no existe tal extralimitación<sup>375</sup>.

¿Se cierra así la polémica? No. Así se cierra la primera parte de la polémica. Como tratará de argumentarse con posterioridad, si existe una característica realmente importante relativa a la naturaleza de la Comunidad y del fenómeno de la integración, es que ninguna explicación es válida si se adopta desde una única de las perspectivas presentes. La integración interrelaciona dos tipos de realidades normativas (la comunitaria y la estatal), de modo que sólo son válidas las respuestas que integran ambas esferas.

¿Puede aceptar sin más un Tribunal constitucional, en tanto que máximo garante de la salvaguarda de la Constitución de un determinado Estado, que de manera incondicional el TJ pueda imponer una decisión que vaya más allá del ámbito de lo transferido (*programa de integración*), incluso cuando se ponga en peligro elementos esenciales del orden constitucional? Tampoco.

¿Acaso es así cómo se cierra la discusión? De ninguna manera.

---

<sup>374</sup> Schilling, T, “Rejoinder...”, ob. cit., páginas 3 y 4.

<sup>375</sup> Dada la magnitud de los poderes del TJ, y la manera en que han sido utilizados, hay quien ha llegado a calificar de “espectáculo fascinante” el que muestran “trece pequeños hombres desconocidos para la mayor parte de los 320 millones de ciudadanos comunitarios, carentes de poder político, carisma y legitimación popular...”, que reclaman para sí “capacidad para hacer... lo que las instituciones políticas de la Comunidad nunca han intentado acometer”. Cappeletti, en Cappeletti, M., Seccombe, M., Weiler, J. H. H., *Integration through Law*, vol. I, *Methods, Tools and Institutions*, Book 1, Berlin-New York, 1986, p. 174.

Estamos sencillamente situados en el punto de partida: el carácter irreconciliable de dos posturas válidas en sí mismas consideradas, esto es, válidas en tanto en cuanto fuese posible separarlas entre sí. Pero no lo es: a estas alturas ninguna de ellas puede ser entendida sin la otra, de modo que un intento de separación conceptual llevaría inevitablemente a un falseamiento de la realidad que se pretende describir.

Como ha quedado de manifiesto a partir de la discusión entablada por los autores referidos, no hay posibilidad de sostener una postura y rechazar la contraria de manera categórica. O bien se acepta que ambas son al mismo tiempo válidas y erróneas, cosa que a la par que contradictorio no ayuda en exceso en el intento por ofrecer una explicación satisfactoria de las implicaciones jurídicas de la integración comunitaria; o bien se rechazan ambas a la vez, al menos en su versión más simplificada (monismo estatalista y monismo comunitarista, sin matización alguna).

Decíamos al iniciar este apartado que la discusión en torno a la determinación de la competencia de la competencia nos había de servir para ratificarnos en el convencimiento sobre el carácter insatisfactorio, por parcial, de las visiones monistas.

Hay que reconocer que esa insatisfacción aparece en parte por la dificultad que encierra la traslación de un debate cuyo origen es político al terreno de lo jurídico. En este sentido, hemos podido comprobar cómo la experiencia norteamericana muestra de manera directa el trasfondo netamente político de un debate articulado también en términos jurídicos. Esa doble vertiente, que si bien es cierto que de un modo u otro está casi siempre presente en cualquier debate jurídico, en el caso que analizamos aparece en su total esplendor, hace que la discusión jurídica deba basarse en conceptos de difícil concreción, factor que dificulta enormemente una convergencia de posturas.

Así, en el caso de la discusión jurisdiccional entablada en EEUU entre el TS y los órganos jurisdiccionales de algunos de los Estados del sur, el más importante factor de decisión fue el tema de la naturaleza federal o confederal de la unión de Estados, distinción que había que dilucidar en función del tipo de legitimación de la que se partía. Así, el argumento del TS se basó fundamentalmente en que el Preámbulo de la Constitución se inicia con una clara referencia a la legitimidad democrática otorgada por un único pueblo que acuerda dotarse de una única Constitución: “*We the people...*”.

El problema de tener que sustentar jurídicamente consideraciones esencialmente políticas estriba en la fuerza que lo textual tiene en el terreno hermenéutico. Me explico: en un supuesto como el de la UE, cuyo origen se halla en un acuerdo de Derecho internacional entre Estados, y que como tal se plasma en Tratados internacionales en el que se fijan las obligaciones recíprocas, las transformaciones acaecidas con posterioridad cuya dimensión pueda llegar a afectar a la propia naturaleza de la organización (el llamado proceso de *constitucionalización* de los Tratados) no encuentran plasmación textual en la que sostenerse, más allá de las interpretaciones realizadas por el TJ, órgano que algunos no dudan en calificar como “juez y parte”.

Textualmente, la diferencia entre la Constitución estadounidense y el TUE es clara: frente al “We the people...”, aparecen “su Majestad el Rey de los belgas, su Majestad la Reina de Dinamarca, el Presidente de la República Federal de Alemania...”. Pocas dudas pueden surgir entonces respecto a que las partes del TUE son los Estados de Europa, no el “pueblo de Europa”, de ahí que el TCF se muestre cómodo al afirmar que el TUE crea una asociación de Estados (*Staatenverbund*), no un Estado basado en el pueblo europeo, no unos “Estados Unidos de Europa”. Por ello los Estados son los “Señores de los Tratados” (*Herren der Vertäge*). La diferencia se halla en la misma naturaleza de las dos normas: una Constitución por definición establece los principios básicos y leyes de la nación o Estado; un Tratado internacional contiene los derechos y obligaciones contractuales de Estados soberanos.

Pero el problema surge cuando comprobamos la evolución que la Comunidad ha sufrido, evolución que, sobre todo a partir de los años setenta y con especial intensidad tras el AUE, implica transformaciones que van más allá de lo que han acertado a recoger los sucesivos Tratados. La naturaleza de la Comunidad es, en cualquier caso, distinta a la de una organización internacional de corte tradicional. De ahí que la textualidad del propio TUE deba inserirse en el contexto de tales transformaciones.

¿Hasta dónde llegan las transformaciones? ¿Qué tienen la Comunidad o la UE de organización internacional y qué de Estado? ¿Se puede hablar de una nueva forma de organización política supranacional? ¿Qué notas la definen? Ese es el debate que intenta articularse jurídicamente y en el marco de temas centrales como el de la protección de los derechos fundamentales y la determinación de la competencia de la competencia. Un

debate que parte de la dificultad de definir una nueva forma organizativa, complejidad que se pone en evidencia en los razonamientos circulares a los que muchas veces se llega. Un buen ejemplo lo constituye el problema de no poder conocer realmente qué tipo de competencias corresponden a la Comunidad (su verdadera dimensión en caso de conflicto) mientras no se aclare el tipo de organización de que se trata, cuando, a su vez, no se puede definir el tipo de organización sin conocer exactamente qué posibilidades de incidencia tiene.

### **5. La aporía entre el principio de supremacía constitucional y el principio de primacía del derecho comunitario**

La dificultad para hallar una salida jurídica coherente y completa a la encrucijada en la que nos sitúa el proceso de integración comunitaria, situación que se origina, según hemos podido constatar, a partir de lo que se ha denominado “aporía entre el principio de supremacía constitucional, sobre el que se asientan los ordenamientos internos, y el principio de primacía del derecho comunitario y su *constitucionalización*, que se ha configurado como la característica esencial de éste ordenamiento”<sup>376</sup>, ha llevado a algunos autores, en una especie de “claudicación”, a reconocer que la salida a la mencionada encrucijada no puede hallarse más que a través de soluciones de carácter político.

Rodríguez Iglesias ha sido de los primeros en afirmar que “en el estadio actual de la integración europea, caracterizado, en el plano jurídico, por la relativa autonomía recíproca de los ordenamientos nacional y comunitario, a pesar de sus múltiples imbricaciones, y por la separación de sus órganos jurisdiccionales, que no se integran en una relación jerárquica, el conflicto radical entre las exigencias del ordenamiento comunitario y las de la Constitución de un Estado miembro no es susceptible de solución lógicamente satisfactoria, ya que tanto el derecho comunitario como el derecho constitucional nacional se autoafirman con una pretensión de primacía”<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup> López Basaguren. A., “¿Réquiem...”, ob. cit., páginas 13 y 14.

<sup>377</sup> Rodríguez Iglesias, G. C., “Tribunales constitucionales...”, ob. cit., p.1200. La misma frase se puede encontrar en Rodríguez Iglesias, G. C., Valle Gálvez, A., “El Derecho comunitario...”, ob. cit., páginas 373 y 374. El mismo autor se ratifica cuando afirma que se trata de “un conflicto insuperable desde le punto de vista

Ortiz Vaamonde, por su parte, considera que “por un lado, es difícil admitir que un Estado miembro ha cedido competencias a la Comunidad para alterar un derecho fundamental tal como inexcusablemente lo entiende, o para contravenir su orden constitucional, su esencia como Estado. Por otro, la existencia del Derecho comunitario hace insoslayable admitir que la cesión de soberanía que conlleva el ingreso en la Comunidad implica también una cesión a la jurisdicción comunitaria de la competencia para interpretar los principios constitucionales de los Estados miembros en relación con los actos de las Instituciones comunitarias; y, por ende, en relación con los actos de poderes públicos nacionales que se limitan a ejecutar aquéllos”, de modo que, concluye, “el problema está latente; si llegara a aflorar en un caso concreto, acaso merezca una solución política”<sup>378</sup>.

El contexto de lo político llevaría pues a confiar en que tanto las instituciones comunitarias como las estatales evitaran en lo posible las situaciones de conflicto, y en el caso de que éste se produjera, que la solución llegara por la cesión de una u otra parte (a partir de la modificación de la norma comunitaria o de la reforma constitucional). Un buen ejemplo de esta situación podríamos hallarlo en el escenario que se descubre tras la sentencia *Maastricht* del TCF: en ella se anuncia una amenaza que pese a su contundencia, su efecto inmediato en realidad no es otro que llevar a que las instituciones comunitarias se muevan “bajo la sombra de la sentencia *Maastricht*”, al igual que tras el compromiso de Luxemburgo lo hicieron “bajo la sombra del derecho de veto”. En este sentido, Boom considera que la amenaza del conflicto debe provocar que ambos, TJ y Tribunales constitucionales, conserven la prudencia y eviten el enfrentamiento, para lo cual juega un papel determinante el principio de subsidiariedad. Como indica el autor, ambas jurisdicciones están condenadas a entenderse, entre otras cosas porque el TJ depende de la jurisdicción nacional para la implementación de sus decisiones<sup>379</sup>.

---

lógico en el estadio actual del proceso de integración”, Rodríguez Iglesias, G. C., “El derecho comunitario europeo”, Díez de Velasco, M., *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 532 (páginas 518 a 539). Esta opinión es compartida por Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 31, quien constata como “la propia insistencia del TJCE en enfatizar la autonomía del derecho comunitario y que se trata de un ordenamiento jurídico distinto del de los Estados miembros lleva a que cada jurisdicción aplique y defienda sus normas y principios con independencia de las normas y principios del otro”.

<sup>378</sup> Ortiz Vaamonde, S., “El Tribunal Constitucional ante el Derecho comunitario”, *REDC*, núm. 61, 2001, p. 347 (páginas 301 a 347).

Balaguer condensa las razones de la “claudicación”, a la vez que intenta hallar su justificación, cuando señala que “el problema hoy es que, dado el nivel de desarrollo de la integración europea, no sólo el ordenamiento comunitario no es originario, porque todavía no ha llegado a adquirir esa condición, sino que el ordenamiento estatal ya ha dejado de serlo porque los compromisos adquiridos le colocan en una situación de progresiva dependencia jurídico-política (no digamos económica) del ordenamiento comunitario. Situación de dependencia que explica el ejercicio progresivo del poder constituyente interno por las instancias políticas y jurídicas de la Comunidad Europea”<sup>380</sup>.

Trasladando los planteamientos del autor recién citado al ámbito del concepto de soberanía, veremos que puede establecerse un nexo con la visión de MacCormick, quien, en referencia a la sentencia *Maastricht*, considera que si bien hay que “estar de acuerdo con la negativa expresada por el Tribunal constitucional (alemán) acerca de que la soberanía haya sido transferida a los órganos de la Comunidad o Unión Europea”, lo que no resulta de recibo es aceptar que la soberanía siga estando en el pueblo alemán: “debe decirse que el mismo análisis que nos exige confirmar que la soberanía no ha sido transferida a los órganos europeos nos exige al mismo tiempo rechazar que continúe siendo propiedad exclusiva de ningún Estado miembro”<sup>381</sup>.

Retomando las opiniones de Balaguer, esa situación intermedia se explicaría sobre la base de que “nos encontramos en un período de transición” que dibuja el camino aún no del todo recorrido en la transformación del ordenamiento comunitario en un sistema de carácter originario, plenamente autónomo. Por esta razón, “lo peculiar de la articulación entre los ordenamientos estatal y europeo en este período de transición que estamos viviendo no consiste en que haya problemas de relación (...). Las dificultades no surgen de la existencia de esos conflictos (que son inherentes a las relaciones entre ordenamientos, sean cuales sean) sino de la inexistencia de reglas, de técnicas, de mecanismos definitivos

---

<sup>379</sup> Boom, S. J., “The European Union after...”, ob. cit., páginas 177 y siguientes.

<sup>380</sup> Balaguer Callejón, F., “La constitucionalización de la Unión y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, García Herrera, M. A. (Dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, UPV, Guipúzcoa, p. 596 (páginas 593 a 612).

<sup>381</sup> MacCormick, N., “La sentencia Maastricht: soberanía ahora”, *Debats*, 55, 196, p. 30 (páginas 25 a 30), texto que se halla también en lengua alemana, “Das Maastricht-Urteil: Souveranität heute”, *JZ*, núm. 17, 1995, páginas 797 a 800, e inglesa, “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now”, *European Law Journal*, vol. 1, 1995, páginas 259 y siguientes.

que permitan resolver esos conflictos de manera satisfactoria para las dos parte enfrentadas. Y la inexistencia de esas reglas en determinados ámbitos, no podrá ser afrontada hasta tanto termine este período de transición y el ordenamiento comunitario se configure como un ordenamiento constitucional originario, del que deriven su legitimidad los ordenamientos constitucionales (derivados por tanto) de los Estados miembros de la Comunidad”<sup>382</sup>.

Considera por tanto Balaguer, que la colisión entre ordenamiento comunitario y Constitución resulta “hoy por hoy insoluble (...) será perfectamente soluble, sin embargo, en el momento mismo en que exista una Constitución europea, a la cual tengan que someterse necesariamente los preceptos constitucionales de los Estados miembros de la Comunidad”<sup>383</sup>. De este modo, asume el autor las tesis de fondo que se hallan en la sentencia Maastricht: las relaciones entre ordenamiento comunitario y ordenamientos constitucionales sólo pueden finalmente resolverse en términos de jerarquía. La solución federal, la consecución de un supra-Estado federal, dotado de Constitución propia y originaria, al estilo de lo acaecido en los Estados Unidos, parte de la identificación entre Constitución y Estado, y entre constitucionalismo y estatalidad. La única diferencia está en que el TCF se resiste a reconocer la entidad del proceso ya recorrido, y sigue manejando unas concepciones que, como reconoce Balaguer, han sido desdibujadas por el proceso de integración, pues “la integración europea está produciendo una traslación del poder constituyente hacia instancias supranacionales”<sup>384</sup>.

Sin decirlo, la única salida en la que podría estar de acuerdo el autor consistiría, como apuntaban los autores antes citados, en una salida conciliatoria, política: el conflicto no se puede evitar jurídicamente, por eso hay que esperar que los protagonistas los eviten o les den pronta solución. Mientras tanto, se sigue esperando la llegada de la Constitución europea.

Coincidiría así con MacCormick, quien partiendo de la idea de que los sistemas jurídicos que entran en relación “son distintos y parcialmente independientes entre sí”, señala que “debe deducirse de aquí que el tribunal constitucional de un Estado miembro

---

<sup>382</sup> Balaguer Callejón, F., “La constitucionalización...”, ob. cit., p. 597.

<sup>383</sup> *Ibidem*, p. 602.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 595.

está obligado a rechazar que su competencia para interpretar la Constitución por medio de la cual fue establecido pueda ser restringida por decisiones de un tribunal externo al sistema, incluso de uno cuyo asesoramiento interpretativo sobre puntos del derecho comunitario el tribunal constitucional esté obligado a aceptar según el artículo 177 de la CE. A la inversa, el Tribunal de Justicia Europeo por la misma lógica está obligado a rechazar que su competencia para interpretar sus propios tratados constitutivos pueda ser restringida por decisiones de tribunales de los Estados miembros”<sup>385</sup>.

La conclusión a la que llega el autor no es otra que la aceptación “de que no todos los problemas jurídicos pueden ser solucionados jurídicamente (...). La resolución de esos problemas, o lo que sería más razonable, evitar que se produzcan, es una cuestión de prudencia y juicio político tanto como jurídico”<sup>386</sup>. Ejemplifica el autor diciendo que “el Tribunal de Justicia Europeo no debería concluir sus sentencias interpretativas sin considerar previamente su impacto potencial sobre las constituciones nacionales. Los tribunales nacionales no deberían interpretar leyes o constituciones sin considerar la resolución de sus compatriotas a integrarse plenamente en la Unión Europea y la Comunidad Europea”. Una demanda de prudencia *a priori*, a la que se suma que “si a pesar de esto se producen conflictos por la interpretación y toma de decisiones jurídicas, necesariamente deberá haber algún tipo de acción política que produzca una solución”<sup>387</sup>.

Esa esperanza en la prudencia política ha sido expresada también por aquellos que parten del convencimiento de que el fundamento de la validez del Derecho comunitario es la Constitución y que, en consecuencia “las previsiones constitucionales son relevantes *per se*, y no toleran ser reformadas o superadas de modo tácito, sino, en todo caso, de modo expreso a través de los procedimientos previstos. Si se acepta eso, la consecuencia que de ello se sigue es la de que la competencia interpretativa del TJCE, sobre la que Schilling, Weiler y Haltern disputaban, no puede ser absoluta en el sentido de que no puede avalar

---

<sup>385</sup> MacCormick, N., “La sentencia Maastricht...”, ob. cit., p. 27.

<sup>386</sup> *Ibidem*.

<sup>387</sup> *Ibidem*, páginas 27 y 28.



una extensión del Derecho comunitario más allá de lo que las Constituciones nacionales (de las que su existencia trae causa en último término) puedan permitirle”<sup>388</sup>.

Incluso sosteniendo una visión tan explícitamente monista, el autor citado reconoce que en el caso en el que el TC tuviese que considerar la inaplicación de una norma comunitaria “cabría esperar una solución política en la línea propuesta por MacCormick (...)”. Esa necesaria prudencia política le lleva al mismo autor a afirmar que en ningún caso la competencia última del TC puede “llevar a fundamentar una especie de control general por parte de los Tribunales Constitucionales internos cada vez que una medida comunitaria no tuviese un claro anclaje en un artículo de los Tratados, lo que sería tan perturbador para el devenir de la integración europea como, por paradójico que pueda parecer, la ausencia absoluta de todo control”<sup>389</sup>.

En el marco de esa restricción de las posibilidades de intervención del TC, se añade que “el control podría ceñirse al ámbito de los derechos, dada su significación, y en concreto a intervenciones en su desarrollo que hayan de predeterminar o sustituir a las normas internas y carezcan de base competencial o, aunque la tengan, regulen un derecho de modo incompatible con su contenido esencial *ex Constitutione*”. Desde el punto de vista competencial, no habría que controlar que la intervención comunitaria se produjera a partir de habilitaciones explícitas y perfectamente referidas al derecho en cuestión, sino que “de lo que se trata es de controlar que efectivamente concorra esa vinculación con el mercado interior, y por tanto que pueda afirmarse la existencia de una competencia comunitaria suficiente (...)”<sup>390</sup>.

El objetivo final consiste en hacer “compatible al máximo la protección de los principios fundamentales de cada Constitución con el principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario”, lo que debe llevar al TC a intervenir sólo en casos muy concretos:

---

<sup>388</sup> Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, ob. cit., p. 423. No obstante, hay que añadir que, como a continuación se verá, el monismo soberanista de Cabellos se presenta matizado, y de hecho, inmediatamente después de hacer la declaración de principios citada, pasa a advertir que de lo que se trata es de determinar el verdadero alcance de los límites constitucionales. En cualquier caso, sí parte el autor del convencimiento de que hasta que no exista una Constitución europea, no es posible prescindir totalmente del contenido de las Constituciones nacionales “sin, a cambio, estar construyendo la integración europea sobre el aire”. *Ibidem*, p. 423.

<sup>389</sup> *Ibidem*, p. 421.

<sup>390</sup> *Ibidem*, páginas 421 y 422.

“regulación de derechos fundamentales con falta absoluta de cobertura o vulneración de los mismos”<sup>391</sup>.

Al margen de los matices presentes en el planteamiento recién recogido, el trasfondo monista sale a la superficie de cuerpo entero. El deseo de lograr la máxima compatibilidad entre los dos polos de la relación se expresa desde la consideración del carácter innegociable de determinados principios constitucionales. El equilibrio se busca desde el predominio de una de las perspectivas presentes y se formula más como una necesidad de prudencia política que como una consecuencia de carácter estructural.

Pese a no coincidir con los presupuestos recién referidos, Weiler ha llegado también a proponer salidas intermedias surgidas del reconocimiento del carácter político del enfrentamiento representado por las posturas del TJ y del TCF. El autor parte de la constatación de que ha sido en el terreno competencial donde se ha mostrado un mayor cuestionamiento (y pérdida de legitimidad) entre ciudadanos y Estados respecto del orden comunitario. Sostiene, asimismo, que de lo que se trata no es tanto de que no se puedan mover los límites competenciales, sino de restaurar la fe en la inviolabilidad de las fronteras existentes entre las competencias estatales y las comunitarias. Por todo ello, y sin renunciar a sus tesis sobre la autonomía del orden comunitario, propone la creación de un *Consejo constitucional* con jurisdicción sólo en materia de competencias y que como su tocayo francés decidiría después de adoptada la norma y antes de su entrada en vigor. Podrían acudir a él tanto las instituciones comunitarias como los Estados y en ellos también los parlamentos nacionales. La clave de su legitimidad estaría en su composición: el

---

<sup>391</sup> *Ibidem*, p. 425. Reconoce el autor, no obstante, que el equilibrio propuesto es complejo de mantener, ya que “una vez que un Tribunal Constitucional levanta la veda al control del Derecho derivado, las demandas para que haga tal cosa pueden sucederse con base o justificación muy desigual”, y pone como ejemplo los intentos más recientes de forzar al TCF a declarar el carácter vulnerador de derechos fundamentales por parte de algunas normas comunitarias (en casos como el del asunto *bananas*, ya comentado). En cualquier caso, hay que aceptar, concluye el autor acercándose a las tesis de Balaguer que “los problemas que pudieran derivarse de ese hipotético control último del TC que se ha sostenido no dejan de ser consustanciales al actual estado de la integración, al deficiente fundamento constitucional de la misma y, de cualquier modo, aunque sea cierto que se puede causar la ruptura puntual del principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario, ello no tendría que plantear complicaciones insalvables habida cuenta de que dicho principio no es tal de un modo absoluto desde el momento en que los propios Estados miembros determinan, por ejemplo, que la política social no se aplique a un Estado (como ha ocurrido largo tiempo)... o desde el momento en que el Tratado de Ámsterdam contiene una serie de cláusulas de no aplicación de determinadas materias a algunos Estados...”. *Ibidem*, páginas 426 y 433.

presidente del TJ, en funciones de presidente del *Consejo constitucional*, más los representantes de los TC o similares de los Estados miembros<sup>392</sup>.

Como indica la denominación escogida para la institución propuesta, en realidad el autor no flexibiliza su postura respecto de la naturaleza del ordenamiento comunitario, sino que apuesta por una salida a un conflicto que está desgastando, y amenaza con hacerlo aún más, el propio proceso de integración. Sabe el autor que su propuesta puede ser interpretada como un ataque a la integridad del TJ, pero considera esa visión como un error ya que dada la extrema politización de la cuestión competencial, el TJ debería recibir con los brazos abiertos la posibilidad de “desprenderse de esa patata caliente” (*“potato removed from its plate”*) por medio de una decisión *ex ante*<sup>393</sup>.

En especial referencia a las posturas que inciden el carácter político del conflicto y en la necesidad de respuestas políticas al mismo, Rubio Llorente pone el dedo en la llaga cuando de manera abierta critica esa especie de soluciones intermedias que apuntan a la precaución política ante “conflictos jurídicamente insolubles y cuya provisionalidad puede prolongarse indefinidamente en el tiempo”. Considera innegable “que se trata de soluciones puramente pragmáticas, basadas en la buena voluntad de los distintos órganos y no en una teoría coherente que las imponga como necesarias. Su propia eficacia puede generar además el riesgo nada ilusorio de embotar los esfuerzos dirigidos a construir esa teoría constitucional de la integración de la que todavía carecemos y cuya creación es también una exigencia de la práctica, no un vano sueño de juristas académicos”<sup>394</sup>.

De esta manera, rechaza Rubio Llorente la justificación de lo transitorio y exige una respuesta teórica a los interrogantes jurídicos que el proceso de integración abre, interrogantes que por mucho que puedan situarse en un devenir existen también en una realidad y un momento concretos. “La teoría –concluye el mismo autor- tiene, en el ámbito constitucional, una fuerza legitimadora de la que no se puede prescindir durante mucho tiempo sin grave peligro para la estabilidad y la solidez de las instituciones democráticas y

---

<sup>392</sup> Weiler, J. H. H., “The European Union belongs to its Citizens : Three Immodest Proposals”, *ELR*, núm. 22, 1997, páginas 150 a 156. La misma propuesta se reitera en, Weiler, J. H. H., Haltern, U. R., Mayer, F. C., “European Democracy and Its Critics. Five Uneasy Pieces”, *Harvard Jean Monnet Working Papers*, núm. 1, 1995, páginas 1 a 41; y en Weiler, J. H. H., Haltern, U. R., “The autonomy...”, ob. cit.

<sup>393</sup> Weiler, J. H. H., “The European Union belongs to its Citizens...”, ob. cit., p. 156.

la «legitimación por el éxito», en el supuesto de que tal cosa existiera, es difícilmente compatible con el Estado de Derecho, o la *Rechtsgemeinschaft*<sup>395</sup>.

## **6. A modo de conclusiones: ¿El monismo como única base posible para una solución jurídica?**

### **6.1 El monismo en sus dos caras: la comunitarista y la estatalista**

La insistencia en la incondicional primacía del Derecho comunitario sobre cualquier normativa de origen estatal, que pasa a ser considerada como normativa jerárquicamente subordinada, expresa un monismo radical de difícil encaje en el seno de una realidad institucional y normativa que, como resulta patente, no sólo nace del acuerdo entre los Estados, sino que depende de sus instituciones en su funcionamiento, tanto en la vertiente de la creación normativa como en la de su ejecución.

Y lo mismo se puede decir si la opción que adoptamos es la que defienden, con terminología diversa pero con sustrato si no idéntico muy semejante, tanto jurisdicciones constitucionales como una porción claramente mayoritaria de la doctrina, tanto española como de otros países comunitarios. Según hemos podido comprobar con amplitud, la mayor parte de planteamientos doctrinales comparten la misma convicción sobre la existencia de límites constitucionales a la integración, entendidos como reductos de soberanía estatal inexpugnables al avance de la normativa comunitaria, al menos en los términos en los que el proceso se viene desarrollando.

Se parte pues de un no menos radical monismo estatalista o *soberanista*, que sitúa en un plano jerárquicamente superior a la Constitución en relación con la normativa comunitaria en caso de que ésta entre en conflicto con el *núcleo* del ordenamiento constitucional de que se trate.

Sería, no obstante, erróneo no reparar en la existencia de diferencias en el grado de *estatalismo*, pues es cierto que entre las distintas posturas que recogen la necesidad de salvaguardar en último extremo la supremacía constitucional, las hay más respetuosas con

---

<sup>394</sup> Rubio Llorente, F., “El constitucionalismo...”, ob. cit., p. 31

las implicaciones de la integración que otras, como lo hemos podido ver tanto al hilo de la evolución jurisprudencial como de la diversidad de posturas doctrinales. Ello no obstante, desde una perspectiva que trate de captar el presupuesto en que dichas visiones se basan, lo cierto es que, como se tratará de demostrar, finalmente la coincidencia acaba superando a la divergencia.

En cualquier caso, dicho *núcleo* vendría a recoger una especie de “contenido esencial” del ordenamiento constitucional, sus principios estructurales, idea expresada mediante distintas fórmulas: “condiciones esenciales de la soberanía”, en el caso de la Constitución francesa (art. 89.2)<sup>396</sup>; “los principios democráticos, del Estado de Derecho,

---

<sup>395</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>396</sup> Concretadas por el Consejo Constitucional francés en “la obligación del Estado de garantizar el respeto a las instituciones de la República, asegurar la continuidad de la vida de la nación y de tener en cuenta las garantías de los derechos y libertades fundamentales”. Aprovechamos este punto para hacer una rápida mención del debate jurisprudencial en Francia al respecto, ya que no ha sido objeto de examen en el anterior capítulo. Las sentencias del Consejo Constitucional francés en las que consagra tales “condiciones esenciales de la soberanía” como límite material insuperable del poder de integración son: la número 92-308, de 24 de abril de 1992 (*Maastricht I*); la número 92-312, de 2 de septiembre de 1992 (*Maastricht II*); y la número 92-313, de 23 de septiembre de 1992 (*Maastricht III*). No obstante, el concepto de condiciones esenciales no acaba de concretarse en los pronunciamientos del Consejo Constitucional francés, aunque, especialmente a partir del primero de ellos se puede colegir, con Jiménez-Blanco “que puede referirse a asuntos de origen del poder (soberanía nacional en conexión con principio democrático; en singular, en cuanto exigencia de que sólo hagan política en Francia quienes respondan a la condición de *citoyen*...). En concreto también, en segundo lugar, que puede tener una referencia objetiva, esto es, atinente a las *materias* sobre las que versan tales o cuales decisiones. Y, en fin, tercero, que, en otras circunstancias, todo depende de los requisitos de las votaciones en la organización internacional: mientras continúe exigiendo unanimidad, como bajo el compromiso de Luxemburgo de 1966, no hay problema”. Jiménez-Blanco, A., “El principio democrático y la integración europea: el Tratado de Maastricht y las Constituciones de Francia, España y Alemania”, *Estudios de Derecho Público...* (vol. II), ob. cit., p. 1529. Hay que recordar que en relación con las normas del Tratado sobre la independencia del Banco Central Europeo, el Consejo Constitucional expresó en la misma sentencia *Maastricht I* que “resulta de las disposiciones aplicables a contar desde el inicio de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria que la creación de un objetivo parecido se traducirá en la puesta en práctica de una política monetaria y de una política de cambios única según modalidades tales que un Estado miembros se encontrará privado de competencias propias en un dominio en el que están en causa las *condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional*” (cursivas añadidas). Ante tal situación, y teniendo en cuenta que el Consejo Constitucional había considerado también contraria a la Constitución la posibilidad de que ciudadanos comunitarios tuvieran sufragio activo y pasivo en las elecciones locales, en tanto en cuanto los elegidos locales son, a su vez, cuerpo electoral para el Senado de la República, se procedió a la reforma constitucional del art. 88, que puso remedio puntual a todas esas situaciones permitiendo la adhesión al Tratado de Maastricht por parte de Francia. De todas formas, hay que decir, si a través de las reformas constitucionales el problema quedó resuelto sin más, podría parecer que tales “condiciones esenciales de la soberanía” no son en realidad tan esenciales, o, si se quiere, la soberanía es la del poder constituyente, que puede modificar la Constitución afectando a tales condiciones, que por ello dejan de ser esenciales. Un interesante análisis de todo ello puede hallarse en el número monográfico de la *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 11, 1992. Ver también Martínez Dalmau, R., “Control, legitimidad democrática y autonomía del Banco Central Europeo”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 30/31, 2000, páginas 65 a 78.

sociales y federales y con el principio de subsidiariedad y de garantizar una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial (...)", tal y como recoge del art. 23.1 de la LFB (los llamados *Staatszielbestimmungen*); los principios fundamentales del ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana en el caso de la jurisprudencia italiana; o algo que en nuestro contexto habría recogido el Gobierno en su Requerimiento al TC sobre la constitucionalidad del art. 8 B.1 TCEE que introducía el Tratado de Maastricht, donde se alude a la existencia de una serie de "límites implícitos", cuya determinación "habría de situarse en los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho, en los valores superiores del ordenamiento y en los derechos fundamentales".

La raíz de ambos planteamientos es pues, y pese a los matices, igualmente monista, ya que coinciden en situar una norma (o al menos algunas de las disposiciones de la misma), y con ella finalmente el ordenamiento a que dan lugar, en una posición de superioridad jerárquica, lo que equivale a negar la presencia de dos ordenamientos autónomos.

En este sentido, hay que desenmascarar, con Aláez Corral, aquellos argumentos que, siendo en realidad monistas, intentan esconder la unidad ordinamental a partir de la distinción entre validez y aplicabilidad. "Quienes sostienen que la separación de los ordenamientos opera sólo en el plano de la validez y no en el de aplicabilidad, actuando en éste último el principio de primacía de las normas constitucionales, por lo menos de aquellas que constituyen el núcleo identificativo del orden constitucional, no admiten realmente un pluralismo de sistemas, sino que fundan la unidad a un nivel superior, el de aquellos principios intangibles de una «Supra-constitución material», cuya aplicabilidad no puede ser afectada por el principio de primacía del ordenamiento comunitario"<sup>397</sup>. E igualmente monistas son las visiones que defienden la primacía del ordenamiento comunitario incluso por encima de las disposiciones constitucionales nacionales.

---

<sup>397</sup> *Ibidem*, p. 521. Añade el autor en una nota que en el último estrato normativo, la distinción entre validez y aplicabilidad carece de sentido, pues la última norma, intangible, no puede disponer de su propia aplicabilidad sin desdoblarse en dos normas, la competencial dispositiva, y la material dispuesta, y sin, con ello, tener que presuponer que la primera es, a su vez, también indisponible para cualquier otra norma del sistema, y así *ad infinitum*. La distinción entre validez y eficacia presupone una norma superior que organiza las relaciones horizontales o de aplicabilidad entre distintas normas...".

Como se ha tratado de demostrar, aunque se parta formalmente del reconocimiento de la separación ordinamental, la divisoria se acaba difuminando en el momento en el que la solución de posibles conflictos no es abordada desde la relación entre ordenamientos, sino desde la relación internormativa. Así las cosas, a efectos prácticos es como si sólo existiese un sólo (supra)ordenamiento, en la línea (aunque si bien es cierto no siempre de modo tan monolítico) de la construcción kelseniana sobre la relación entre Derechos estatales y Derecho internacional.

Me explico: el conflicto planteado acaba siendo entre normas y no entre ordenamientos porque llegados al extremo de la colisión, se sitúan las cúspides normativas de ambos sistemas, Tratados y Constitución, en una relación jerárquica, de modo que finalmente se impone la aplicación de una determinada norma sobre otra por razones de jerarquía. Así, tales planteamientos, pese a aceptar en principio la existencia de dos ordenamientos distintos, el estatal y el comunitario, acaban uniéndose conceptualmente en uno solo, de ahí su calificación como monistas. Lo que varía es la cúspide del ordenamiento: la Constitución, entendida como norma suprema, origen de la aplicabilidad (o validez interna) de todas las normas referidas al propio territorio, o los Tratados fundacionales del Derecho comunitario.

## **6.2 El estatalismo de las visiones comunitaristas**

Una última conclusión puede extraerse de lo hasta ahora visto: no es sólo que ambas visiones, comunitarista y estatalista, coincidan en su compartida raíz monista, sino que de tal coincidencia puede llegar a afirmarse que comparten uno de los elementos nucleares de la idea de Estado: el de la unidad del ordenamiento, unidad que excluye la coexistencia entre diversos centros de imputación de validez de las normas aplicables en un mismo territorio e idénticos destinatarios. Por ello, puede llegar a afirmar que la postura comunitarista al ser monista es también en cierta medida estatalista, aunque sea partiendo de un concepto amplio de Estado, no vinculado al Estado-nación que conocemos.

Y teniendo en cuenta esa distinta consideración de la noción de Estado, vale por igual para las dos visiones la afirmación estatalista por excelencia: no hay Derecho sin

Estado<sup>398</sup>. El Derecho internacional público no existe sino es como Derecho aceptado por los Estados como Derecho interno (estatal). De ahí el esfuerzo por desmarcar al Derecho comunitario de su origen iusinternacional y procurar una fundamentación propia para su validez.

Por estas razones, el monismo del que parten las visiones comunitaristas les ha de llevar inevitablemente a soluciones que de un modo u otro acaben por converger en planteamientos próximos a los mantenidos por los estatistas, por mucho que los conceptos de Estado de los que parten no siempre coincidan. Aunque explícitamente no se hable de la existencia actual de un Estado federal europeo, la insistencia en la constitucionalización de los Tratados, su total independencia respecto de los ordenamientos estatales y su incondicional supremacía, sólo puede darse en el seno de una relación jerárquica entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos estatales, lo que lleva finalmente a situarnos en los esquemas estatistas, que se basan en la soberanía que expresa la superioridad de un ordenamiento sobre un territorio y una población determinados (el resto de ordenamientos pasan a ser subsistemas de un sistema único y unitario).

### **6.3 El principio de unidad ordinamental como premisa**

Vale la pena recoger sintéticamente las razones de las que parten quienes rechazan la posibilidad de acudir a planteamientos de tipo pluralista. Quizás una de las reflexiones que en mayor medida contiene la esencia de dichas razones, sea la de Aláez Corral.

Partiendo del hecho de su devota visión estatista, que como hemos podido comprobar se muestra sin matiz alguno, lo cierto es que sus argumentaciones logran descubrir los presupuestos teóricos que están detrás del principio de unidad ordinamental que guía con mayor o menor intensidad las perspectivas de raíz monista.

---

<sup>398</sup> En efecto, como nos recuerda Passerin D'Entrevès, “para Hobbes, el Leviatán, y sólo él, es fuente y árbitro supremo del Derecho, como disciplina de la convivencia, nace y muere con el Estado (...). Para Hobbes no hay Derecho donde no haya un «poder común», una voluntad superior a las demás capaz de imponer por la fuerza la obediencia de sus mandatos”. Passerin D'Entrevès, A., *La noción de Estado*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 154.



Pues bien, dicho autor ha querido señalar que “a partir de posiciones dualistas, de diferenciación nítida entre los ámbitos de validez del ordenamiento estatal y del ordenamiento internacional o comunitario, difícilmente puede provenir la solución a nuestro problema. El dualismo (habría que hablar más propiamente de pluralismo) no permite dar una respuesta única y coherente a la confrontación internormativa que puede surgir entre dos normas pertenecientes a dos ordenamientos distintos sino es la del mantenimiento objetivo de esa confrontación. Si dos o más sistemas normativos (como lo son el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales) se presuponen simultánea y –sobre todo- autónomamente válidos, los problemas derivados de la interrelación entre los mismos, sólo se podrán resolver de forma unilateral y enfrentada, es decir, desde el punto de vista de una primacía arbitrariamente determinada de cada uno de los sistemas, lo que no constituye una respuesta jurídica al problema planteado”<sup>399</sup>.

A partir de ahí, cualquier postura que se reclame pluralista no tiene otro remedio que aceptar la inexistencia de respuestas jurídicas a los conflictos que surjan en la relación entre ordenamientos, conclusión a la que efectivamente llegaban autores como MacCormick, según vimos. En este sentido, quienes defienden la primacía de la norma comunitaria sin encuadrarse en el monismo comunitarista, sólo cabe entender que “realizan un mero análisis político-jurídico de lo que es políticamente más o menos necesario para el mantenimiento y consecución de una Europa unida o de estos o aquellos objetivos pactados a nivel comunitario, no admitiendo en ningún caso que los Estados miembros se amparasen en sus disposiciones constitucionales para entorpecerlos”<sup>400</sup>.

Un ejemplo de ese refugio en argumentos de carácter funcional (políticos) más que estructural (jurídicos) lo podemos hallar en la manera en que el TJ ha venido sosteniendo la doctrina de los poderes implícitos. Como señala Boom, una de las diferencias que en el terreno de la legitimación democrática separa los EEUU de la UE incide en la estructura institucional: en los EEUU no sólo la Constitución sino también las instituciones federales derivan su legitimidad del pueblo norteamericano. Por el contrario, y dando por buenos los planteamientos del TCF, en el marco de la integración comunitaria sólo existe una

---

<sup>399</sup> Aláez Corral, B., “Soberanía constitucional...”, ob. cit., páginas 520 y 521.

<sup>400</sup> *Ibidem*, p. 522.

legitimidad democrática real, que es la que existe a partir de la participación e influencia de los parlamentos estatales. Esa diferencia tiene claras consecuencias. Así, mientras que el TS usa la doctrina de los poderes implícitos basándose en la legitimación popular de la Constitución y las instituciones federales, el TJ debe recurrir al espíritu del Tratado para justificar la superior jerarquía de las normas comunitarias, una explicación, como se decía, donde prima el funcionalismo<sup>401</sup>.

Volviendo a las tesis de Aláez Corral, no hay espacio jurídico para el pluralismo: “o bien la prescripción estatal es tal por mor de la prescripción internacional y a ella ha de plegarse en último extremo, o, a la inversa, ha de ser ésta última la que se adecue en todo caso a determinadas prescripciones jurídicas internas”<sup>402</sup>. La unidad del sistema resulta ineludible, de lo que se trata es de encontrar el lugar donde fundamentar esa unidad. Para el autor que citamos de lo que se trata es de “fundar la unidad del sistema en aquél conjunto normativo en el cual el ordenamiento encuentre su principal cauce de inserción en el medio –lo cual puede venir tanto de la propia imposición coactiva de las normas jurídicas ante su incumplimiento como de su cumplimiento por su legitimidad-. Allí es donde debe hallarse la norma cúspide del ordenamiento en torno a la cual organizar la unidad”<sup>403</sup>.

A partir de tales presupuestos, el autor traído a colación no alberga dudas al situar la unidad del sistema en el orden constitucional. “Resultaría paradójico (...) fundamentar la validez del ordenamiento jurídico estatal en una norma del sistema normativo internacional, el *principio de eficacia*, cuando su contenido, en tanto realidad empírica y no *normatividad ideal*, se ha de constituir en la condición necesaria para poder conceder validez a un sistema jurídico-normativo, y el sistema jurídico internacional está ciertamente debilitado en su eficacia general hasta el punto de que puedan caber serias dudas acerca de si la misma alcanza un punto suficiente para poder concederle validez”.

Partiendo del convencimiento de que “las normas jurídicas (...) gozan de su carácter de tales por su carácter prescriptivo respecto, en último extremo, del uso de la fuerza física”, el autor se muestra inflexible cuando, oponiéndose a las tesis que ven posible la

---

<sup>401</sup> Boom, S. J., “The European Union after...”, ob. cit., p. 206.

<sup>402</sup> Aláez Corral, B., “Soberanía constitucional...”, ob. cit., páginas 522 y 523.

<sup>403</sup> *Ibidem*, p. 523.

total separación entre validez y aplicabilidad (Requejo), afirma que “la eficacia mínima de un ordenamiento en su conjunto, si bien no es fundamento de validez de las normas del mismo, sí es condición de ésta”. Dicho lo cual, asevera que “la eficacia del ordenamiento internacional, no existe como tal, sino que sólo lo es como eficacia del ordenamiento interno. Las normas internacionales sólo son eficaces en la medida en que son normas estatales internas y es en el seno de este último ordenamiento en el que aquel ordenamiento alcanza su eficacia mínima necesaria (...). La perspectiva que concede primacía al ordenamiento internacional a la hora de fundamentar la unidad del ordenamiento jurídico en su conjunto se convierte en este punto en tautológica, pues resulta cuando menos dudosa la propia existencia jurídico positiva de dicho ordenamiento al margen de los ordenamientos estatales”. En otras palabras, “es exclusivamente como Derecho estatal interno como las proposiciones normativas del Derecho internacional dejan el ámbito genérico de la normatividad ideal y pasan a convertirse en realidad jurídico-positiva, es decir, en normatividad jurídicamente efectiva”<sup>404</sup>.

Estas reflexiones referidas al Derecho internacional valen según el autor para el Derecho comunitario, pues ambos ocupan igualmente “la posición en el ordenamiento que les atribuye la Constitución del Estado”. De este modo, “el principio de primacía del Derecho comunitario, originario o derivado, opera sobre las fuentes del derecho estatal infraconstitucionales”<sup>405</sup>.

La contundencia de las anteriores reflexiones podrían tentarnos a retroceder en algunos de los planteamientos que han ido tomando forma al hilo del repaso de las visiones monistas. Ahora bien, después de sentir la fuerza de los argumentos estatalistas hay que dirigir la mirada hacia el proceso de integración y volverse a preguntar si la consideración de la norma constitucional como origen, fundamento y fuente única de legitimidad de toda norma aplicable en un determinado territorio, alcanza a explicar sus verdaderos efectos.

Como se señalará con posterioridad, y como de alguna manera ya ha podido ir emergiendo del análisis elaborado hasta ahora, hay que sostener, por ahora si se quiere como intuición, que el tipo de relaciones que se establece entre los ordenamientos estatal y

---

<sup>404</sup> *Ibidem*, páginas 522 y 524 a 528.

<sup>405</sup> *Ibidem*, páginas 527 y 528.

comunitario, en realidad no se estructura desde planteamientos de jerarquía y recíproca subordinación. Y en este sentido resulta significativo que, tal y como más adelante se intentará ejemplificar, tales formulaciones de estricto monismo se sitúan en la mayor parte de los casos en un plano eminentemente teórico, puesto que cuando tanto el TJ como los Tribunales constitucionales, se han visto implicados en supuestos en los que realmente había que llevar dichas posiciones a sus últimas consecuencias, ha habido una marcada relativización que ha posibilitado evitar el conflicto.

Dada pues la incapacidad de las visiones referidas, hay que ratificarse en la necesidad de hallar una explicación que se acerque en mayor medida a la realidad jurídica ante la que nos hallamos.

#### **6.4 Normalidad y normatividad**

Es necesario insistir en el recién mencionado rasgo de la juridicidad, pues configura el objeto y las características del análisis que se pretende realizar. Un análisis que quiera ser jurídico no puede más que situar su objeto en el *deber-ser* de la realidad social disciplinada normativamente. El Estado y la Comunidad/UE son realidades jurídicas, es decir, aparecen descritas en términos de *deber ser*, y son dichos términos los que han de examinarse y describirse.

Esa descripción, no obstante, y de ahí la dificultad de cualquier intento de elaboración dogmática, no parte de unos estipulados inequívocos sino que, y especialmente en el terreno en el que nos movemos, son susceptibles de interpretaciones muy diversas. Dichos diferentes enfoques, llegando a un aspecto en el que me gustaría hacer especial hincapié, deben tratar de acercarse lo más posible, eso sí, al *ser*, a la realidad a la que se refieren, a la *normalidad* contrapuesta a la *normatividad*, según la célebre distinción de Heller.

Al margen de que ambas realidades se hallen siempre inevitablemente dissociadas y en tensión, no se pueden desatender las implicaciones de que la distancia entre ambas sea excesiva, pues puede conllevar un grave daño en la realización de la propia función del Derecho, esto es, en su capacidad de influencia en la regulación de la convivencia social. Es por ello por lo que ese esfuerzo de aproximación resulta obligado.

El reto consiste pues en aportar elementos para la redefinición de la normatividad tal y como generalmente viene siendo definida; redefinir, que no crear *ex novo*, esto es, sin salirse de los parámetros que nos ofrece la exégesis de los textos normativos.

Pues bien, a estas alturas no hace falta recordar en que lo que aquí se defiende es que ni la visión comunitarista ni la estatalista o soberanista responden de manera satisfactoria al reto recién planteado: la normatividad de la que hablan se aleja en exceso de la normalidad.

Y de nuevo hay que insistir en el rasgo de la juridicidad y en el hecho de que la integración haya sido hasta ahora, al margen que económica, eminentemente jurídica. Así es: el hecho de que contemos con una formulación jurídica del fenómeno nos va a permitir acercarnos a la realidad comunitaria a partir de un análisis, precisamente, jurídico. El objetivo consiste en identificar los elementos definidores del sistema comunitario pero no considerado de manera aislada, sino en interrelación con nuestro propio sistema normativo. Detrás de esta pretensión está la voluntad de redefinir la normatividad vigente para acercarnos, sin pasar por encima de los textos normativos, acercarla a la normalidad.

Y ello es posible porque, y ese es el punto desde el que aquí se arranca, la responsabilidad del enorme desfase entre realidad política y realidad jurídica que se genera en el plano nivel estatal como consecuencia del proceso de integración, no recae en una dinámica inherente al sistema comunitario, sino que es fruto de la incapacidad que hasta ahora ha mostrado el Estado, y concretando algo más, el Derecho constitucional, en reformular algunos de sus tradicionales presupuestos para hacerlos compatibles con la realidad comunitaria.

¿Resulta posible una explicación que permita un mayor acercamiento entre realidad y norma? ¿Es posible dotar a la noción de integración recogida por el art. 93 de un contenido distinto al defendido desde planteamientos monistas? ¿Resulta posible desechar la incondicionada superioridad de la normativa constitucional sin renunciar a la realización de los valores del constitucionalismo?

## **6.5 La imposibilidad de entender la realidad comunitaria sin contar con la estatal y viceversa**

El punto de partida para responder a estos interrogantes consiste en el convencimiento de que el fenómeno de la integración comunitaria sólo puede ser explicado de manera satisfactoria si se parte desde el Estado, y más específicamente desde la Constitución como norma conformadora del mismo. La Comunidad y la UE no pueden ser entendidas como entidades enteramente autónomas, como realidades totalmente autorreferenciales que puedan ser objeto de un análisis separado. El resultado del proceso de integración no puede ser reducido a la existencia de un determinado ente u organización política supranacional dotada de un sistema normativo más o menos acabado; el resultado es la existencia de una serie de dinámicas institucionales y normativas que se hallan formalizadas jurídicamente e implican a una realidad institucional y normativa, la Comunidad/UE, que debe enmarcarse necesariamente en el conjunto de transformaciones que se dan en las dinámicas institucionales y normativas de cada uno de los Estados.

Por eso, aun reconociendo que el grado de autonomización de la realidad comunitaria es cada vez más intenso, el punto de partida debe ser la realidad constitucional estatal. Es desde la misma, y en último término desde la cláusula de apertura a la integración comunitaria, desde donde debe poder proyectarse el desarrollo competencial y normativo comunitario.

El enfoque que se propone consiste en tratar de superar el intento de conciliar las dos lógicas contradictorias ya mencionadas, la de la integración y la de la soberanía estatal, apostando por la visión global de la interrelación de dos realidades que, referidas ambas a unos mismos destinatarios finales, no pueden ser entendidas la una sin la otra. La idea es sencilla: las dos perspectivas, la comunitaria y la estatal, se necesitan en el marco de una dinámica circular en la que la Comunidad/UE transforma una realidad estatal que, transformada y en transformación, forma parte de la esencia que define la naturaleza de ese ente de carácter supraestatal.

Para abordar dicho empeño la mejor manera de empezar es situarnos en los dos espacios realmente conflictivos en el marco de las relaciones interordinamentales que analizamos y que, como hemos podido comprobar en los capítulos anteriores, son los referentes a la determinación del lugar en el que radica la competencia de la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), por un lado, y a la salvaguarda de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional, con los derechos constitucionalmente reconocidos al

frente. Va a ser en estos dos ámbitos en los que queden reflejadas de manera más evidente las insuficiencias de planteamientos, tanto jurisprudenciales como doctrinales, que rechazan, de un modo u otro, las verdaderas implicaciones de la interrelación entre ordenamientos.

## **6.6 Hacia otro concepto de integración**

Tras haber realizado la tarea recién señalada, habrá llegado el momento de superar la perspectiva del mero cuestionamiento para pasar a trazar las principales líneas en las que basar un enfoque teórico distinto que sitúe el eje relacional en una auténtica interacción institucional y normativa de las realidades estatal y comunitaria. Habrá que ver si dicha *tercera vía* es realmente posible o si, como en ocasiones sucede, no puede evitar ser más que una reedición, más o menos revisada, de alguna de las vías ya ensayadas.

Para ello resultará necesario acercarse, partiendo de los principales planteamientos contenidos en la sentencia *Maastricht* del TCF, al terreno de algunos de los conceptos límite del Derecho constitucional, como el de pueblo, poder constituyente o soberanía estatal a la luz del contexto contemporáneo y en especial del fenómeno de globalización. Evidentemente, no podrá ser más que una aproximación cautelosa a dichas nociones, más con la intención de imaginar los perfiles del terreno del debate, que con la idea de profundizar en el mismo.

Hecho eso, una vez clarificado el terreno en el que nos hallamos, habrá llegado el momento de abordar el análisis de los términos que guían la relación interordinamental, con las miras puestas en el intento de ofrecer una explicación más satisfactoria que las respuestas ofrecidas desde los planteamientos monistas.

Por último, y dado que el objeto que guía los planteamientos de este trabajo no es otro que el de aportar elementos de análisis para una correcta interpretación del concepto de integración a que da cabida nuestra Constitución, concepto que tiene su ubicación específica en el art. 93, se tratará de aterrizar las reflexiones abordadas a nuestro contexto normativo constitucional, y específicamente a la cláusula llamada a servir de puerta de entrada de los efectos de la integración comunitaria en nuestro ordenamiento.

Así, todo el trayecto seguido hasta ahora ha de ser visto desde esa perspectiva: en la explicación de la realidad comunitaria, tanto institucional como normativa y de las doctrinas defendidas por el TJ y por parte de la doctrina, se halla una posible interpretación del art. 93 como auténtica *lex specialis* que de manera incondicional abre el ordenamiento estatal a un ordenamiento autónomo en su validez y aplicabilidad; en la visión llamada estatalista o soberanista, el art. 93 no puede ser entendido fuera de un contexto constitucional que exige el respeto de una serie de principios que, desde esa concepción, conforman el ser último del Estado constitucional y de cuya salvaguarda se encarga en último término el TC.

La visión del fenómeno de la integración comunitaria y de la interrelación interordinamental que la misma comporta desde el encaje constitucional ofrecido por el art. 93 nos va a permitir, por otra parte, situarnos en una perspectiva estática. Sin duda, el proceso de integración es, como su propio nombre indica, un acontecer, algo eminentemente dinámico. Ello no obstante, resulta posible, al margen de deseable, poder realizar una aproximación que trate de extraer los elementos definidores de una realidad que existe en un momento concreto y que requiere ser explicada desde la consideración de ese momento.

De esta manera, la construcción de esa *tercera vía* aludida no estará tentada por ubicarse en una posición, como sabemos ya ensayada, en la que, sin abandonar una perspectiva monista, se considera que la contradicción entre la dinámica integradora y la dinámica soberanista resulta inherente a un proceso que nos sitúa en un período de transición hasta cuya salida el conflicto entre las dos fuerzas señaladas resulta irresoluble en términos jurídicos.

Hay que recordar, por otra parte, que el propio Tratado de Maastricht, el más ambicioso texto de reforma de los Tratados fundacionales hasta ahora elaborados, optó finalmente por no recoger la referencia a la “vocación federal” de la Unión que según el texto preparado por la presidencia de turno debería haber figurado en el texto, prefiriendo la menos comprometedora calificación de “nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa” (art. 1 TUE). Con ello se pone de manifiesto la dificultad de prever con exactitud no sólo el ritmo de transformaciones sino



incluso el camino que las mismas vayan a trazar, dificultad que ha de incrementarse a las puertas de la futura ampliación de la UE a los países del centro y del este europeo.

El análisis estático que se propone, nos sitúa en un momento en el que, más allá pues de futuros desarrollos, la Comunidad, con el entramado institucional que ya conocemos e inserta en el más amplio contexto de la UE, cuenta con unas posibilidades de actuación normativa que nunca antes otra organización de carácter supranacional había conocido, destacando especialmente las relativas a la política económica y monetaria.

Esta amplitud competencial, cuya magnitud hace que la UE pueda recibir la consideración de organización de vocación ya no sectorial, como fuera en sus inicios, sino tendencialmente general, ha disparado las alarmas de los sistemas de salvaguarda del orden normativo constitucional de buena parte de los Estados miembros.

Como hemos tenido ocasión de certificar, la reacción ha partido, por lo general, de la vinculación entre soberanía estatal y constitucionalismo: más allá de las fronteras del Estado no pueden darse las garantías suficientes para la realización de los valores del constitucionalismo, de modo que, en el fondo, de lo que se trata es de asegurar la vigencia de la estatalidad. En el plano normativo, ello equivaldría a la salvaguarda de la Constitución, entendida como norma encargada de fundar la estatalidad y la unidad del ordenamiento como mecanismo para la realización de los mencionados valores del constitucionalismo, pues ese es el objeto perseguido por el pacto social que sienta las bases de la legitimidad del propio sistema constitucional.

Con ello llegamos al que sin duda constituye uno de los aspectos principales a abordar, que no es otro que el de la legitimidad del poder, pues es en él donde se sitúan la necesaria vigencia o las posibilidades de quiebra del nexo entre estatalidad y constitucionalismo, en el que finalmente debemos ubicarnos a la hora de proponer una lectura distinta de las implicaciones de la integración comunitaria para los ordenamientos estatales.