

PARTE TERCERA: La interrelación ordinamental como eje de la visión pluralista del proceso de integración comunitaria

Introducción: un marco de relaciones multifocal que requiere ser analizado desde el Derecho

El camino que hemos ido recorriendo hasta ahora, y que nos ha llevado al examen de distintos aspectos relacionados con las implicaciones del proceso de integración comunitaria, nos ha dejado, cuando menos, una idea difícilmente objetable, recogida por Grimm de la siguiente manera: los juristas se encuentran habituados a resolver las contradicciones que se manifiestan dentro de un mismo orden jurídico, pero “si las disposiciones incompatibles tienen orígenes diferentes, no puede establecerse una jerarquía armoniosa más que en el caso de que un conjunto de normas sea netamente superior al otro. Lo que no ocurre entre el derecho comunitario y el derecho nacional”⁴³¹.

Por lo visto, nos hallamos ante la certeza de la incertidumbre. ¿Cómo seguir a partir de ahora? A lo largo de buena parte de todo el análisis efectuado, se ha ido destilando que la insatisfacción generada por las visiones de raíz monista, tanto las llamadas estatalistas o soberanistas como las comunitaristas, nos debía llevar inevitablemente al menos a ensayar un intento de explicación de carácter pluralista. Tal ensayo versa fundamentalmente sobre un modelo distinto de relaciones entre ordenamientos y de alguna manera nos lleva al interrogante planteado por Von Bogdandy en los términos que a continuación se recogen: “¿se ha de preservar la unidad jurídica y política realizada en el Estado tanto como sea posible, u ofrece la UE una nueva alternativa histórica que se ha de aprovechar y que permite elaborar una novedosa forma de dominio político y jurídico con su propia lógica?”⁴³².

Dicho cuestionamiento, como sabemos, debe ser insertado en el contexto de las dificultades de persistencia, a saber, de legitimidad, del Estado y del ordenamiento jurídico

⁴³¹ Grimm, D., “La Cour européenne de justice et les jurisdictions nationales vues sous l’angle du droit constitutionnel allemand”, *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 4, 1998, p. 77 p..

⁴³² Von Bogdandy, “Notas sobre la ciencia...”, ob. cit., p. 208.

estatal entendidos en su formulación tradicional, como consecuencia de la intensidad de las transformaciones que la realidad económica, social, política y jurídica internacional viene experimentando especialmente durante las últimas décadas, y que se enmarcan en lo que ha venido a denominarse como “globalización”.

Hasta ahora, la mayor parte de los intentos realizados para tratar de ofrecer respuestas sobre la realidad jurídico-institucional de la UE han partido de una utilización incuestionada de los institutos jurídicos propios y tradicionales del Derecho del Estado, y en ello puede encontrarse uno de los motivos que han impedido abordar con decisión una explicación que, aunque sea en último extremo y con matices, no haya acabado aceptando el planteamiento-guía de las visiones monistas. En este sentido, y aun reconociendo el carácter esencialmente comparativo del pensamiento jurídico y por ello la necesidad de recurrir a elementos de la tradición dogmática, el mismo autor anteriormente citado, Von Bogdandy, ha expresado su convencimiento en que “el impulso no estatalista debe consistir mucho más en disolver la impregnación estatal de los institutos jurídicos que versan sobre la constitución, la dirección y el control del poder, para avanzar en el contenido de modernidad europea en ellos acuñados con la vista puesta en la Unión y en la forma de dominio público y jurídico que incorpora”⁴³³.

Ya se dijo que para poder llegar a estar en situación de dar respuestas a cuestiones como la de la naturaleza jurídica de la UE, seguramente el mejor método es el que parte del análisis de las relaciones interordinamentales, esto es, un análisis desde el Derecho. Sólo de tal manera se puede salir del callejón sin salida al que se llega cuando, en el intento de explicación del fenómeno comunitario, se acude o bien al molde de las formas tradicionales de organización política (Estado federal, Confederación, organización internacional), o bien a fórmulas vacías que hacen referencia al carácter *sui generis* de la UE; a menudo, “la forma *sui generis* es sólo una careta que enmascara impotencia clasificatoria, y no un motivo para reflexionar genéricamente sobre cómo un instituto jurídico marcado por el Derecho del Estado puede ser trasladado con pleno sentido al Derecho de la Unión”⁴³⁴.

⁴³³ Ibídem, p. 209.

⁴³⁴ Ibídem..

La importancia del Derecho en el análisis de las implicaciones de la integración comunitaria radica además en que es precisamente el Derecho uno de los terrenos en los que de manera más intensa ha incidido dicha integración. En efecto, la integración ha sido sobre todo jurídica, hasta el punto de que hay quien ha afirmado que “el *tempo* del proceso de integración depende (...) de factores específicamente jurídicos”⁴³⁵. De ahí se llega a una visión, que es la más extendida, que sitúa como términos casi sinónimos los conceptos de integración y Derecho comunitario. En este sentido, Shaw ha querido poner de manifiesto cómo para dicha visión “es el proceso de integración el que ha dado al orden jurídico comunitario su ímpetu y razón de ser, y, al contrario, es el Derecho comunitario el que estructura, disciplina y hace avanzar el proceso de integración. El derecho y la integración (...), coexisten en una relación enteramente positiva, íntima y natural”⁴³⁶.

Dicha coexistencia, ahora bien, no puede calificarse como pacífica. Como señala Rodríguez, “el derecho es a la vez el principal agente y el principal obstáculo para la integración: los cambios jurídicos actúan así a modo de retroalimentación del proceso, propiciando de modo relativamente autónomo su aceleración o desaceleración. El caso de los derechos fundamentales es un ejemplo significativo de esto que acaba de decirse: en un primer momento, el temor de su vulneración por parte de las organizaciones supranacionales puede actuar como obstáculo a la integración misma, pero, una vez que aparecen en el derecho supranacional normas de protección de estos derechos, éstas despliegan su propio potencial integrador sobre el resto del ordenamiento estatal”⁴³⁷.

Y esto es así aun cuando en realidad un verdadero control del respeto de los derechos fundamentales pueda llevar al TJ a tener que anular alguna de las medidas comunitarias pensadas como factores de profundización de la integración. No en vano, cuanto mayores sean las garantías en materia de derechos fundamentales, es de prever que mayor sea la confianza de los Estados miembros, o al menos de sus órganos

⁴³⁵ Rodríguez, A., *Integración europea...*, ob. cit., p. 45.

⁴³⁶ Shaw, B., “European Union Legal Studies in Crisis? Towards New Dynamics”, *EUI, Working Paper, RSC*, núm. 95/23, 1995, p. 7, citado por Estella de Noriega, A., *El dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Centro de Estudios Ramón Areces (Universidad Carlos III), Madrid, 2000, p. 5.

⁴³⁷ Rodríguez, A., *Integración europea...*, ob. cit., p. 45.

jurisdiccionales, en el proceso de integración, con lo que el saldo final debería resultar favorable a dicha profundización⁴³⁸.

La confianza en que a través del Derecho podamos conseguir encontrar respuestas sobre la verdadera naturaleza del fenómeno de la integración, no obstante, no puede nublarnos la vista haciéndonos creer que es posible lograr tales respuestas a partir de la consideración de la realidad jurídica e institucional comunitaria como un hecho, a la par que novedoso, aislado y plenamente autorreferencial. Una de las características esenciales del fenómeno al que nos referimos es la imposibilidad de aprehenderlo sin advertir el sin sentido de concebir la UE fuera del entendimiento de las dos perspectivas, la comunitaria y la estatal, como realidades que se explican la una a la otra en el marco de una dinámica circular, tal y como ya fue apuntado.

Así es, la Comunidad y la UE no pueden ser entendidas como entidades autónomas, como realidades autorreferenciales que puedan ser objeto de un análisis separado. Según ya se dijo, 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.

La Comunidad/UE no puede ser entendida más que a través de la tarea de redifinir el 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 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.

⁴³⁸ Aunque sin derivar conclusiones, Weiler pone de manifiesto dicha situación cuando afirma que “por un lado, los derechos humanos (...) representan un instrumento de integración valioso (...). Por otro lado, la protección de los derechos humanos típicamente diseñada para proteger al individuo frente a los poderes públicos (...) se proyectará también frente a la normativa adoptada de buena fe para avanzar en los objetivos de la integración”. Weiler, J. H. H., “Eurocracy and Distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental rights”, *Washington Law Review*, núm. 61, II, 1986, p. 1108 (páginas 1103 a 1142). La consideración de los derechos fundamentales como uno de los principales mecanismos o vehículos de la integración, como ya conocemos, es una idea recogida entre otros por Frowein, J., “Fundamental Human Rights...”, ob. cit.

Por ello, el análisis del proceso de integración debe comprender a la vez los dos planos ordinamentales que comporta.

Ahora bien, siendo planos distintos lo cierto es que es en la interrelación de ambos dónde se sitúa la pieza clave del engranaje que marca los tiempos de su evolución. Una interrelación que no sólo se produce en destino, esto es, en el momento de la aplicación de la norma, sino que surge desde el origen mismo de la creación normativa. En efecto, una de las características esenciales de la integración comunitaria es, como ya fue advertido, que la transferencia de competencias de los Estados a la Comunidad no produce un efecto de suma cero. En primer lugar porque los Estados (y más en concreto sus ejecutivos) mantienen una posición de control respecto de las decisiones en el Consejo (incluso a partir de la ampliación del principio decisorio mayoritario) y, además, porque ciertas competencias creadas en el nivel comunitario (como, sin ir más lejos, la realización del mercado común) no tienen una total correspondencia en el plano nacional.

La originalidad del proceso de integración comunitario se debe en gran medida a la imbricación referida. Como ha puesto de manifiesto Boom, una de las diferencias más importantes entre la experiencia estadounidense y la comunitaria es de carácter estructural y consiste en que “en los EEUU, la asunción de competencias por el gobierno federal se hace a expensas de los estados. En Europa, por otro lado, la transferencia se hace de los estados al Consejo, del cual son miembros los gobiernos, por lo que la transferencia no es de suma cero”⁴³⁹.

En este sentido, se entiende perfectamente cómo “la época de mayor ampliación competencial ha venido caracterizándose por el voto unánime de los estados, porque de facto se requería para todas las materias, de modo que las competencias comunitarias no incidían en la autonomía y soberanía estatal al mismo nivel que sucede en los EEUU”⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Boom, S. J., “The European Union after...”, ob. cit., p. 206. De todas formas hay que señalar que tampoco en los EEUU puede decirse que las cotas de poder de la federación por una parte y de los estados por otra, se articularen recíprocamente en términos negativos ya que, es evidente, en cualquier realidad federal el poder resultante de la unión de los distintos estados aparece reforzado, a lo que hay que sumar los mecanismos parlamentarios que hacen que la voz de los estados esté presente en la toma de decisiones por parte de la federación, cosa que no siempre adquiere la misma dimensión, como queda de manifiesto si comparamos la realidad de los EEUU con la que presenta la República Federal alemana, donde el *Bundesrat* o Consejo Federal asegura en mayor medida dicha participación.

De todas formas, cuando, tras el AUE, según tendremos ocasión de comentar más adelante, entra en escena el principio mayoritario, principio que ha ido ampliando paulatinamente su ámbito de actuación en las posteriores reformas del Derecho originario⁴⁴¹, la expansión competencial y normativa a favor de la Comunidad no se detiene, de lo que pueden derivarse dos conclusiones conectadas: por un lado, aun cuando un Estado pueda quedar en minoría, la dinámica institucional comunitaria, junto con las necesidades que impone el contexto económico y político internacional, permite que los gobiernos sigan viendo en la asunción de competencias por parte de la Comunidad un saldo positivo; por otro lado, la evolución del proceso comunitario se demuestra cada vez más autónoma, cada vez menos ligada a un esquema de relaciones exclusivamente bidireccionales entre la Comunidad y cada uno de los Estados que aceptan formar parte de la misma.

Hay que detenerse en la cuestión recién apuntada. Esa autonomía, cuya identificación resulta decisiva en el intento de acercarse a la esencia del fenómeno de la integración, surge en el momento en que se empieza a romper la mencionada dinámica bidireccional aumentando en su complejidad el conjunto del proceso.

Veamos cómo se manifiesta dicha complejidad. Como ha sabido recoger Rodríguez, “sin duda alguna, el carácter dinámico del proceso de integración viene dado, al menos en gran medida, por la tensión que supone la presencia simultánea de tendencias contrapuestas. Una, que podemos llamar centrípeta, es decir, que incide en la profundización del proceso de integración y en la consolidación de las técnicas jurídicas que la hacen posible, y otra, centrífuga, de sentido contrario, que se resiste a aceptar la tendencia integradora y en cuyo seno se formulan los conceptos y técnicas necesarias para su contención y limitación. Ambas tendencias están presentes a lo largo de todo el proceso, originando entre ellas una relación dialéctica, que no tiene que concebirse como

⁴⁴⁰ Ibídem. Se trata de la época de expansividad competencial acaecida durante los años setenta y principios de los ochenta que ha sido descrita con detalle por Weiler, J. H. H., “La transformación...”, ob. cit., páginas 52 a 84.

⁴⁴¹ La última ampliación tendrá lugar tras la entrada en vigor del Tratado de Niza. De todas formas finalmente el impulso intergubernamental ha reducido sensiblemente las expectativas iniciales de ampliación del procedimiento mayoritario. Así, las medida ha afectado a una treintena de asuntos, manteniéndose el derecho de veto en ámbitos “sensibles”, como la fiscalidad, la coordinación de las normas de seguridad social, medio ambiente, al margen de los acuerdos del Consejo sobre asuntos que deban ser después ratificados por cada Estado miembros (por ejemplo el establecimiento de un procedimiento electoral uniforme para el PE) y las decisiones que afecten al equilibrio interinstitucional (por ejemplo el número de jueces del TJ).

necesariamente conflictiva, en torno a cuyo equilibrio se suceden las distintas fases de aceleración o estancamiento del proceso mismo”⁴⁴².

En efecto, como ha demostrado hasta ahora la evolución del proceso de integración por lo que a la protección de los derechos fundamentales se refiere, y como lo viene ya demostrando tras la sentencia *Maastricht* del TCF el desarrollo en el ámbito del respeto de las posibilidades competenciales, el camino de la integración se ha visto directamente condicionado no sólo por los pasos efectuados por los representantes gubernamentales en el Consejo, por los movimientos de la Comisión o por el papel que pese a todo haya podido jugar el PE, sino también, y en gran medida, por el proceder dialéctico entre el TJ y los órganos jurisdiccionales estatales, especialmente con los encargados del control de constitucionalidad, y entre todos ellos el TCF.

Es quizás la tendencia de los órganos jurisdiccionales estatales a representar la fuerza centrífuga frente al comunitarismo convencido del TJ lo que ha llevado a la simplificación que supone concebir el proceso de integración como el fruto de dos tendencias contradictorias, una centrípeta y otra centrífuga, que marcan los tiempos de los avances y los retrocesos de la integración y se identifican la primera con el polo comunitario y la segunda con el polo estatal.

Aun cuando resulte útil seguir hablando de dos realidades que entran en una relación en ocasiones de acusada tirantez, es importante no perder de vista que, al margen del hecho ya subrayado de que la ampliación competencial de la Comunidad no se realiza necesariamente en equivalente detrimiento de las facultades propias de cada uno de los Estados, sobre todo uno de los términos de la relación, el estatal, está conformado por distintos intereses que pueden resultar asimismo contradictorios, pues hay que distinguir el interés representado por el Gobierno, el interés del Parlamento (pese a que se halle condicionado por la mayoría gubernamental) y el interés de los órganos jurisdiccionales y en especial el del máximo garante del texto constitucional. Esta cuestión es de gran relevancia.

La constatación de la situación descrita atesora un gran interés puesto que nos dota de nuevos argumentos para cuestionar la idoneidad tanto de las explicaciones monistas de

⁴⁴² Rodríguez , A., *Integración europea...*, ob. cit., páginas 47 y 48.

la relación interordinamental, como de las que creen superar el monismo a partir de renunciar a una explicación en términos jurídicos, acudiendo, como ya vimos, a consideraciones de tipo coyuntural y político.

En efecto, sin atender a la complejidad indicada, o quizás como intento de diluirla, son muchas voces las que, de un modo u otro, apoyan la opción de dejar las cosas como están, esto es, entender como mejor opción a la hora de explicar el fenómeno de la integración la que acepta la existencia de dos sistemas cada uno de los cuales reclama para sí una posición, al menos en último extremo, de superioridad respecto del otro, acompañándose con cualquiera de las variables doctrinales que ya han sido expuestas. Desde esta perspectiva, no resultarían criticables posiciones como la del TCF ya que con ellas los órganos de control de constitucionalidad se limitarían a cumplir con el papel que tienen encomendado, es decir, asegurar la primacía del orden constitucional frente a cualquier ataque, incluidos los provenientes del ámbito supranacional; y lo mismo ocurriría con la postura del TJ y su concepción kelseniana del ordenamiento comunitario como sistema en el que se subsumen tantos subsistemas como Estados miembros existen.

Y de esta manera se estaría defendiendo la vigencia de dos explicaciones que palmariamente resultan contradictorias, entendiendo que sólo a partir de dicha tensión se podría asegurar un desarrollo armónico de la integración en el que ni las fuerzas centrípetas llevaran a la paulatina disolución de las realidades estatales, ni las fuerzas centrífugas acabarían convirtiendo la UE en una mera plataforma para las relaciones de cooperación interestatales.

Como puede advertirse, con dicha opción, que es principalmente la de aquellos que se contentan con llegar a la conclusión de que, “en el estado actual de las cosas”, no caben más respuestas al conflicto interordinamental que las de tipo político, se estaría renunciando pues a entender que el Derecho puede llevarnos a una aproximación más satisfactoria, y no sólo en términos descriptivos, sino también por la importancia que tiene poder contar de nuevo con instrumentos jurídicos, dada su esencial función reguladora y, con limitaciones, transformadora.

Frente a tal posicionamiento, lo que aquí se propone es el intento de ofrecer un modelo explicativo que desde el Derecho, nos dé las pautas para el entendimiento de un esquema de relaciones que son jurídicas; modelo que debe buscar dar respuestas al

fenómeno de la transformación de los sistemas jurídicos estatales, respuestas que son las mismas que nos han de servir para describir la realidad jurídica comunitaria.

¿Cuál ha de ser el verdadero eje de la propuesta? El análisis de la interrelación ordinamental, aunque una interrelación que, como se ha apuntado, no se efectúa de manera bipolar ni lineal sino multifocal y en red, porque parte de una realidad institucional y política que se estructura en dichos términos.

Retomando una de las ideas-guía que ha sobrevolado la totalidad del análisis que se viene realizando, vemos cómo ahora llega el momento de afrontar con algún tipo de propuesta el reto de reducir la enorme distancia que, dadas las actuales interpretaciones dominantes al respecto, separa la normatividad de la normalidad en el contexto de la integración comunitaria. Al margen de que pueda llegar a constatarse como necesario tratar de incidir en la normalidad, el primer paso a dar consiste en buscar una explicación jurídica que sea capaz de describir lo más fielmente posible cuáles son las dinámicas que marcan la pauta de las relaciones entre los ordenamientos comunitario y estatales.

Por las razones expuestas, aunque hayamos declarado que el núcleo del análisis debe ser el Derecho y concretamente la interrelación ordinamental, especialmente visible en el terreno del diálogo entre órganos jurisdiccionales, en realidad es necesario no perder de vista el modo cómo se produce la interrelación en otros espacios. Por ello, de manera previa al análisis de la interrelación ordinamental, se procederá a realizar una aproximación a algunos aspectos institucionales de la realidad comunitaria. Se aludirá en primer lugar a la forma de gobierno del complejo institucional comunitario, como manera de acercarnos a los modos en los que se crea Derecho. En segundo lugar, se incidirá ya en la manera cómo se relacionan las dinámicas normativa e institucional en sede comunitaria.

Tras ello, estaremos ya en situación de abordar la interrelación de los sistemas jurídicos estatal y comunitario, interacción que se sitúa como punto de partida del intento de hallar una explicación del fenómeno de la integración comunitaria desde una perspectiva basada en el reconocimiento del pluralismo ordinamental con la que se respondería a las visiones monistas, tanto las estatalistas o soberanistas como las comunitaristas, hasta hoy imperantes.

Finalmente examinaremos de qué modo puede llegar a fundamentarse la autonomía del ordenamiento comunitario, para lo cual partiremos de la idea de interrelación

ordinamental y del papel del Derecho como fuente de legitimidad. De esta manera, y después de haber analizado las transformaciones que el Derecho experimenta en el contexto que venimos analizando, podremos pasar a la última parte del trabajo, dedicada al concepto de integración regulado por el art. 93 de la Constitución española.

CAPÍTULO SEXTO. La interrelación entre los planos político y jurídico en el contexto comunitario

1. La forma de gobierno de la Comunidad

1.1 Introducción: las dificultades de hallar una definición sobre la forma de gobierno de la Comunidad

1.1.1 Las dificultades de definición

La originalidad del edificio comunitario, que tan compleja convierte la labor de análisis tanto de sus distintos elementos como de su totalidad, nos va a impedir poder utilizar las clasificaciones tradicionales que han servido para distinguir las distintas formas de gobierno en el nivel estatal (parlamentarismo, presidencialismo, etc.). Tampoco los Tratados nos van a servir de ayuda ya que ninguno de ellos aporta mención alguna al respecto.

Llevando la discusión al terreno que relaciona las estructuras institucionales con las fuentes del Derecho, podemos afirmar, con Revenga Sánchez y López Ulla que “es indudable que el silencio de los Tratados sobre la forma de gobierno comunitaria tiene mucho que ver con la quiebra de la relación secular entre ley y soberanía; la falta de relación directa entre el titular del poder soberano (el pueblo) y el órgano que tiene atribuida la potestad legislativa (el Consejo)”⁴⁴³.

Como sabemos, forma de gobierno y forma de Estado son conceptos distintos pero enteramente relacionados ya que el segundo determina las posibilidades del primero, de ahí que la forma de gobierno de la Comunidad no pueda desligarse de la *forma de Estado* comunitaria, de su naturaleza jurídica. Ahora bien, como ha sido expresado, sólo podemos acercarnos a dicha realidad desde la redefinición de lo estatal y a esta redefinición se ha de

⁴⁴³ Revenga Sánchez y López Ulla, “Sobre la dificultad de calificar la forma de gobierno de la UE”, *La Constitución española en el Ordenamiento comunitario II (vol. II)*, Ministerio de Justicia e Interior (Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones), Madrid, 1998, p. 742 (páginas 741 a 748)

llegar desde el análisis de las relaciones interordinamentales, cuestión que aún está por venir.

Lo que se pretende decir, es que el hecho de no poder partir de un concepto previo bien definido sobre la naturaleza de la organización comunitaria impone importantes limitaciones en nuestro análisis sobre la forma de gobierno de la Comunidad. Sabemos bien que la realidad comunitaria no puede incluirse ni en el concepto tradicional de organización internacional, ni se trata de una organización estatal, al menos en su formulación tradicional. Pero paralelamente, a parte de sus elementos propios y originales, el sistema comunitario sin duda posee características de las dos realidades mencionadas, factor determinante en el análisis de la forma de gobierno.

1.1.2 La quiebra de la estricta funcionalidad

El punto de partida debemos situarlo pues en las notas características que diferencian ambos tipos de organización. En relación con nuestro centro de interés tales características pueden ser condensadas de la siguiente forma: “las organizaciones internacionales tienen una base funcional y competencias específicas, a diferencia de los Estados, cuya base es territorial y tienen objetivos generales y poderes igualmente generales. Las organizaciones internacionales nacen para lograr objetivos concretos y se les dota de competencias para tales objetivos. Lo importante es la función, o mejor, la *finalidad funcional* y la competencia o poder que se le otorga está limitado por aquélla (...); por el contrario, en el Estado lo principal es el poder político y la función es secundaria; el Estado es institucionalización jurídica del poder político, poder político que sirve a unos propósitos; pero el poder estatal tiene unos fines generales, abstractos, esto es, una *finalidad integral*”⁴⁴⁴.

Pues bien, la forma de gobierno comunitaria se inserta en una realidad que parte de un principio de funcionalidad muy marcado, no en vano el propio sistema de atribución competencial se estructura básicamente a partir de una serie de objetivos a cumplir,

⁴⁴⁴ Mangas Martín, A., “División de poderes y equilibrio institucional en el sistema comunitario: ¿mantenimiento, reforma o ruptura?”, en *La Constitución española en el Derecho comunitario II*, ob. cit., p. 585 (páginas 581 a 599).

objetivos que pese a guarecerse bajo el paraguas que ofrece la idea de “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos”, son esencialmente de tipo económico (unión económica y monetaria). Ahora bien, de manera paralela al proceso, ya comentado, de constitucionalización del ordenamiento comunitario, se han ido consolidando unas dinámicas dentro del funcionamiento institucional que de alguna manera superan su mera configuración funcional para acercarse a la idea de poder político de fines abstractos. De este modo, no es que se rompa con la necesidad de que las instituciones deban justificar (so pena de nulidad del acto) el ejercicio de sus poderes en función de los fines pretendidos (que deben encontrar acomodo jurídico en los Tratados), pero la transformación está en que tales fines dejan de estar delimitados con precisión, o al menos con la precisión propia de entes de base exclusivamente funcional.

Así es, pese a que pueda resultar válida la referencia a la apreciación que en su día realizara Jellinek sobre el carácter general de los fines del Estado y a partir de ahí se pueda entender que, en principio, al menos a partir de una interpretación literal de las disposiciones de los Tratados, la Comunidad no encaja en ese modelo, lo cierto es que la teoría o bien queda desbordada o bien debe ensancharse para acoger la realidad del fenómeno comunitario en materia competencial. Debido al carácter funcional de la atribución competencial que realizan los Tratados⁴⁴⁵ y a la existencia de cláusulas de “redondeamiento competencial” como el art. 308 TCE, lo cierto es que, sobre todo tras la aprobación del TUE, el ámbito de poder asumido por la Comunidad no responde exactamente a la idea de organización internacional de propósitos concretos.

Tras Maastricht se podría interpretar que el panorama cambia no sólo desde el punto de vista cuantitativo ya que la asunción de los objetivos de la unión económica y monetaria y la cooperación en los otros dos pilares van más allá cualitativamente y suponen un

⁴⁴⁵ En el contexto de además de un diseño competencial en el que a falta de criterios generales de atribución hay que ir efectuando una especie de labor de reconstrucción caso por caso de la competencia material que puede fundamentar un determinado acto comunitario. En este sentido, como sabemos, los Tratados ni tan siquiera aportan una división clara entre las competencias exclusivas y las concurrentes. Y a ello hay que sumar el constante dinamismo al que se ve sometido el proceso de construcción comunitaria, que apenas deja tiempo muchas veces para poder consolidar un determinado criterio jurisprudencialmente establecido. Finalmente, como señala Martín y Pérez de Nanclares, “a esta falta de planos efectivos y contrastados que diseñen meticulosamente el edificio competencial comunitario y al continuo proceso de renovación y adaptación arquitectónica hay que sumar, por ende, la falta de materiales de apoyo adecuados. La doctrina comunitarista... carece todavía de una Teoría General sobre el sistema competencial sobre el sistema competencial comunitario...”. Martín y Pérez de Nanclares, J., *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, ob. cit. p. 110.

desapoderamiento de los Estados otorgando a la Comunidad un campo de tareas ilimitado, dejando de ser una organización dedicada sólo a objetivos concretos⁴⁴⁶.

El mismo autor recién citado, no obstante, se resiste a aceptar la total falta de límites a dicha expansividad, considerando que salvo la política monetaria para cuyo diseño se ha instituido el BCE, parece más correcto interpretar que los cambios no conferirían a la UE un verdadero poder de configuración política de los diversos ámbitos atribuidos (a excepción de la política monetaria), sino sólo de coordinación política de los Estados⁴⁴⁷.

En este sentido, Mangas Martín considera que dada la insuficiencia del Derecho comunitario y su dependencia para cualquier ámbito jurídico de la combinación entre normas jurídicas comunitarias y nacionales, no puede más que seguir sosteniéndose que en realidad los Estados miembros “no se han desprendido en profundidad, totalmente, de ningún ámbito competencial”⁴⁴⁸. De todos modos, Solozábal considera que no hay que dudar de la importancia política, incluso, se podría añadir, psicológica, de los cambios ya que tras la aprobación del TUE se hace difícil distinguir entre competencias y tareas de unos y de otros y el Estado no dispone ya de la presunción de competencia universal y no agota lo político⁴⁴⁹.

Además, como ha tenido ocasión de apuntar Rubio Llorente y ya se aludió en la introducción a este trabajo, la tendencia hacia la ampliación del poder comunitario, con la consiguiente limitación del estatal “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”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ En este sentido se pronuncia Solozábal, J.J., “Algunas consideraciones constitucionales...”, ob. cit., páginas 50 y 51.

⁴⁴⁷ Ibídem.

⁴⁴⁸ Mangas Martín, A., “Problemas y perspectivas del ordenamiento jurídico comunitario”, *La crisis del estado y Europa*, Actas del II Congreso mundial vasco, celebrado en Gasteiz, del 19 al 23 de octubre de 1987, HAE/IVAD, Oñati, 1988, p. 55.

⁴⁴⁹ Solozábal, J.J., “Algunas consideraciones constitucionales...”, ob. cit., p. 51.

⁴⁵⁰ Rubio Llorente, F., “El constitucionalismo...”, ob. cit., p. 19.

1.2 Las distintas aproximaciones a la forma de gobierno comunitario

1.2.1 *Las aproximaciones internacional, supranacional e infranacional*

Efectuadas las anteriores apreciaciones previas, que son ejes que deben tenerse presentes, podemos entrar ya en el repaso de algunas de las aportaciones más relevantes alrededor de la difícil configuración de la forma de gobierno comunitario. En primer lugar, según Weiler, Haltern y Mayer⁴⁵¹, existen tres grandes aproximaciones al respecto: la internacional (intergubernamental), la supranacional (constitucionalismo comparado) y la infranacional (vertiente administrativista). Según un planteamiento simplista, cada uno de los tres niveles se correspondería con una forma de gobierno, un esquema de toma de decisiones y de control político, según “la importancia” de la decisión a tomar. Sería intergubernamental respecto a las más importantes, entendiendo como tales, debe apuntarse, no sólo las propias de una revisión de los Tratados sino las que tienen incidencia en el plano de la definición de las líneas políticas de actuación y determinadas decisiones de peso, asumidas frecuentemente por el Consejo Europeo. Un segundo nivel de importancia permitiría que se pusieran en marcha las vías supranacionales de decisión, básicamente las decisiones mayoritarias en el seno del Consejo con la intervención más o menos activa de Comisión y PE. Finalmente, el grado de menor relevancia correspondería a decisiones de carácter más técnico y de detalle, donde entrarían en escena los mecanismos “administrativistas” de decisión, o de gestión (*management*), como los denomina de Areilza⁴⁵², y a los que enseguida se hará cumplida referencia.

Según los mismos autores, las principales diferencias entre los tres modelos pueden identificarse en función del grado de visibilidad de los actores y del proceso de toma de decisiones. En el modelo internacional, existe una gran visibilidad de los actores (los

⁴⁵¹ Weiler, J. H. H., Haltern, U. R., Mayer, F. C., “European Democracy and Its Critics...”, ob. cit., páginas 27 y 28.

⁴⁵² J. de Areilza, “Sovereignty or Management? The dual character of the EC supranationalism”. Harvard Law School, Jean Monnet Chair, revista electrónica (www.jeanmonnetprogram.org/papers), consultada el 27 de junio de 2000, p. 2 (páginas 1 a 22).

Gobiernos) y una media-baja visibilidad del proceso de toma de decisiones; en el modelo supranacional aparece una media (aspirando a alta) visibilidad de los actores (instituciones comunitarias como tales) y una media-baja visibilidad del proceso decisional; mientras que en el infranacional en ambos casos la visibilidad es baja.

La intensidad del control político, que es uno de los elementos esenciales en la definición de la forma de gobierno, también varía en cada caso. Así, en el primer modelo como la responsabilidad se sitúa en el plano estatal, el control corre a cargo de los Parlamentos nacionales según el esquema propio de cada Estado; en el segundo, el control político es débil y cobra relevancia el control jurisdiccional (que en el primero apenas se asoma); en cuanto al tercero, el tipo de control es básicamente procedural.

Como conclusión, los autores plantean que cada uno de los niveles puede encuadrarse en una forma de gobierno que viene definida por distintos modelos de democracia: el plano intergubernamental basa su funcionamiento en el llamado modelo “de alianza” (*consociational*); el supranacional se acercaría a la idea de pluralismo y elitismo competitivo que según ellos es propio de la forma de gobierno dentro de la realidad estatal contemporánea; el infranacional, en cambio, bebería de las fuentes del neocorporativismo, por tratarse de un modelo que une tecnocracia con espíritu funcional.

Al margen de que estemos más o menos de acuerdo con el diagnóstico recién planteado, ya se comentó que el encasillamiento de cada uno de los modelos en un tipo de decisión según su importancia pecaba de un excesivo simplismo. Pues bien, y al margen de la dificultad que entraña distinguir entre lo más y lo menos importante, hay que sostener que ese simplismo se da también en la propia separación de los tres modelos, porque pese a que en ocasiones sí podamos identificar en la realidad el esquema descrito, la complejidad de los mecanismos decisionales, el elevado número de órganos implicados, de intereses representados, de valoraciones técnicas, etc., hacen que debamos hablar de una confusión de distintas tendencias y dinámicas difícilmente encajables de manera exacta en uno de los tres modelos.

1.2.2 El paradigma de la soberanía y el paradigma de la gestión (management)

Las dinámicas presentes en el plano decisorio comunitario pueden ser clasificadas, como ha hecho Areilza, en dos grandes paradigmas que vendrían a definir la idea de gobierno supranacional comunitario, o lo que es lo mismo, la manera en que los distintos cuerpos que participan en el proceso decisorio se relacionan. Se trata de dos sensibilidades distintas que representan a su vez dos modelos a partir de los cuales la integración supranacional tiene lugar: el paradigma de la soberanía y el paradigma de la gestión (*management*)⁴⁵³.

El primer paradigma, el de la soberanía, parte de la constatación de que la dinámica supranacional en realidad se encuentra mucho más marcada en la esfera normativa (a partir de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario consagrados por la jurisprudencia del TJ) que en la decisional, donde pese a poder hablar de formas con tendencia supranacional, el control último sobre la toma de decisiones se deja en manos de los Estados (de modo que el autor estaría hablando de un término medio entre el modelo internacionalista y el supranacional apuntado por Weiler, Haltern y Mayer).

El segundo paradigma, que también es parte del supranacionalismo comunitario, explica la parte del proceso de integración que está dirigida por unidades burocráticas, que surgen a partir de realidades que, como la llamada *comitología*, son bastante autónomas y que interaccionan con una amplia variedad de actores sociales que de un modo u otro actúan en los procesos decisорios.

La tesis del autor es que de esas dos formas de gobierno o, mejor dicho, esos dos estilos de toma de decisiones (*decision-making*)⁴⁵⁴, es el de gestión el que en mayor medida explica el crecimiento de las estructuras legales e institucionales comunitarias, su desarrollo sobre todo a partir de los años noventa. Y esto es así porque pese a su base última interestatal, la Comunidad es esencialmente una construcción institucional de carácter pragmático, de identidad política difusa y fronteras poco definidas, en la cual diferentes burocracias y agentes sociales tratan con distintos problemas económicos y sociales, alrededor del proyecto de unidad económica y de mercado. Un esquema, prosigue

⁴⁵³ Ibídem, p. 5. Dada la especificidad del término empleado por el autor, el de *management*, se utilizará indistintamente junto con el de gestión, que es su traducción más ajustada.

el autor, en el que los expertos técnicos y los *inputs* sociales tienen mucho más que decir en el diseño de las políticas que la influencia que en realidad tienen los intereses nacionales e incluso comunitarios.

No obstante lo anterior, no puede negarse el peso de la dinámica de la soberanía pues su carácter, si se quiere residual, permanece visible, activo. Quizás en este sentido valga el esquema de los tres autores antes comentado para situar esa dinámica de la soberanía, del peso del Estado, en una posición prevalente en la toma de decisiones, pero teniendo en cuenta que sobre todo actúa en última instancia, como freno o impulso de carácter general, alejado en realidad del día a día de las decisiones concretas, que corre a cargo del ámbito de la gestión. Se genera así una tensión irresuelta, latente, que en ocasiones emerge y que está en el núcleo de la propia tensión que acabará explicando la naturaleza de la organización comunitaria. Nos acercaríamos así a la esencia de lo que supone una organización cuya base interestatal no alcanza a explicar las dinámicas que adopta su realidad institucional y normativa, como lo demuestra el hecho de que impulse una política que no resulta de un mero agregado de los intereses de cada uno de los Estados. Es la tensión, en definitiva, que aparece en el trasfondo de decisiones como la sentencia *Maastricht* del TCF.

De todos modos, resulta necesario advertir de lo erróneo, por simplista, que supone querer trazar una clara línea divisoria entre ambos planos. Si repasamos la composición y funcionamiento de las instituciones comunitarias veremos que ese plano de la soberanía aparece desnudo en espacios como el que ofrece el Consejo, especialmente cuando la toma de decisiones requiere unanimidad, y ya no digamos en el Consejo Europeo (que sin formar parte del aparato institucional comunitario logra incardinarse en él). Pero no sólo aparece al descubierto, sino que se aprovecha de otros senderos, pues el diseño de los procedimientos de toma de decisiones y la propia estructuración interna del Consejo, especialmente a partir de los Comités de Representantes Permanentes (COREPER)⁴⁵⁵, hacen que el peso del interés estatal (o mejor dicho, gubernamental) incursione en ese día a día decisional.

⁴⁵⁴ En la obra de Lasok, D., Soldatos, P., *Les Communautés européennes en fonctionnement*, Bruylant, Bruselas, 1981, se dedica un capítulo al proceso de toma de decisiones comunitario (capítulo tercero, “The community Decision-Making Process”, escrito por H.J. Michelmann).

⁴⁵⁵ El Comité de Representantes Permanentes (COREPER), es un órgano de asistencia en las funciones del Consejo que pese al enorme peso adquirido en el terreno del ejercicio de las potestades decisorias, el TCE se

Es cierto, no obstante, que esa incursión requiere de una especialización que atomiza y aleja a los cuerpos de funcionarios estatales de la estricta tarea de representación de intereses nacionales, sumergiéndolos en mayor o menor medida en las dinámicas de gestión aludidas. Se pone de manifiesto con ello, de nuevo, la extraordinaria complejidad que aparece y da forma a una realidad en permanente tensión entre lo estatal y lo supranacional, entre integración y soberanía.

Llegamos así a un aspecto llamado a tener una enorme relevancia en nuestro intento por hallar un modelo explicativo satisfactorio del fenómeno de la integración: nos hallamos ante dos tendencias que se entremezclan, que son interdependientes puesto que en cierta medida una se explica gracias a la otra y viceversa: la dinámica de la soberanía permanece porque cuenta con un espacio eficaz, “neutral”, de gestión, y éste florece gracias a la base interestatal. Una realidad que pese a manejar esquemas de supranacionalismo, es capaz de respetar un cierto espacio para la expresión de la soberanía, factor determinante, precisamente, en la explicación del desarrollo supranacional de la Comunidad. A favor de esta dinámica juega la ya comentada fractura del principio de suma cero propio de los sistemas federales de reparto competencial.

Areilza insiste de todos modos en la importancia capital del *management* para entender el gobierno comunitario. Y un buen ejemplo de ese protagonismo lo ofrece la incapacidad que ha mostrado la Comisión a la hora de llevar el peso de la formulación de las políticas comunitarias, y no sólo, habría que añadir, por no haber podido librarse del peso de los intereses estatales (ahora articulados en buena parte por el Consejo Europeo),

limita a recoger con una genérica mención en la que se habla de que “un comité compuesto por los representantes permanentes de los Estados miembros se encargará de preparar los trabajos del Consejo y de realizar las tareas que éste le confie...” (art. 207.1 TCE). El COREPER es a la vez instancia de diálogo entre representantes estatales e instancia de control político. Como espacio de diálogo, permite que los representantes estatales lleguen a acuerdos previos entre ellos, teniendo en cuenta cuáles son las posturas de cada Estado y las de la Comisión para llegar a un consenso que permita la viabilidad política de las propuestas que se vayan a discutir en el seno del Consejo. La práctica, de nuevo decisiva, ha dividido el COREPER en dos niveles de funcionamiento distintos: el COREPER 1, compuesto por los *representantes permanentes adjuntos*, y el COREPER 2, del que forman parte los *embajadores permanentes*. Se trata en ambos casos de funcionarios estatales, es decir, pese a que el COREPER sea un órgano comunitario, no lo son sus miembros. En todo caso, la división comentada es funcional y no jerárquica con lo que en el ámbito material que les corresponde, ambos cuerpos intervienen por igual en la elaboración del orden del día y en las demás funciones que les encargue el Consejo, como la de dirigir los grupos de trabajo creados por el Consejo o por ellos mismos (grupos cuya composición reproduce, en menor número, la de la COREPER). Es en este terreno donde el COREPER asume su papel de instancia de control político, ya que además de orientar, supervisa los trabajos de los múltiples grupos de trabajo. Una explicación puede hallarse en Isaac, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, 1995, páginas 62 y 63.

sino sobre todo por la enorme fragmentación que ha sufrido en su estructuración interna a partir de la proliferación que ya conocemos de agencias y cuerpos consultivos (que para hacerse una idea superan el millar). Un complejo entramado de funcionarios estatales, expertos independientes y actores sociales (*lobbies*) con intereses fragmentarios. Y esa situación, que se refiere sólo al plano de la iniciativa legislativa, se repite en términos muy semejantes dentro del procedimiento de toma de decisiones (Consejo, COREPER, etc.) y del no menos importante momento de la ejecución.

Nos topamos de nuevo con una idea que merece ser retenida y que viene a constatar la idea de espacio de interacción de tendencias diversas que es la Comunidad: el fenómeno de la fragmentación que subyace en el modelo de gestión comunitario deriva en buena parte, aunque no exclusivamente, de la propia fragmentación que la proyección de la soberanía estatal viene sufriendo desde hace tiempo y de manera acentuada en los últimos años. Esa misma fragmentación interna de las realidades estatales, “soberanas”, hace que los gobiernos no sean más que meros puntos focales en el complejo del sistema de gobierno comunitario. No se puede hablar de un esquema de tensión entre intereses nacionales, de una parte e intereses comunitarios, de otra, sino de una red de problemas sociales y económicos interconectados llevados por actores sociales diversos, una red profundamente condicionada por las estructuras económicas y financieras mundiales (mundializadas).

El mismo hecho de que la Comunidad pueda ser descrita en términos de *management*, de igual modo que se describe a los modernos gobiernos (a partir de los modelos neocorporativos), indica la profundidad del grado de integración. La clave, como señala de Areilza, no está en la base territorial paneuropea o social de la Comunidad, sino en el método de la toma de decisiones, que conjuga la participación de diferentes actores de unidades periféricas diversas, apoderados en distintos ámbitos fragmentarios de cara al objetivo de la integración común, en el contexto de las crisis de las políticas del bienestar y de exaltación (neoliberal, habría que reseñar) de la sociedad civil y del mercado. En este contexto de crisis del Estado, la Comunidad se sitúa al lado de otros entes, estatales o regionales, como organización que incorpora diferentes intereses particulares bajo una prisma distinto a la racionalidad reguladora estatal.

Domina pues una perspectiva funcional, fragmentaria de la toma de decisiones que colocan a la Comunidad como espacio de negociación y lucha de intereses donde el peso de la legitimación por la eficacia intenta desplazar a la necesaria legitimación de tipo democrático. Gestión y soberanía se entremezclan y se intentan legitimar recíprocamente; las carencias democráticas de la dinámica de la soberanía buscan compensación a partir de la eficacia que ofrece el plano de la gestión, mientras que éste no puede más que buscar algún anclaje, si quiera formal, en la (fragmentada) realidad interestatal comunitaria.

Salta a la vista la debilidad de una construcción que no cuenta con una estructura autónoma, sólida. Hasta el momento, la estructura constitucional comunitaria no ha podido adquirir una identidad propia, como lo demuestran su forma de gobierno y su funcionamiento práctico. Uno de sus principales referentes, el estatal, se halla en pleno proceso de debilitación y fragmentación; un replanteamiento de algunos de sus atributos esenciales en el que el mismo proceso de integración está asumiendo un papel importante. Mientras que el otro referente, el de los intereses económicos y sociales a los que la integración pretende dar respuesta, carece de la unidad y coherencia necesarias, entre otras cosas porque la propia idea de UE sigue sin estar bien definida.

Con lo que se ha ido desgranando, va tomando forma la advertencia respecto que se hizo respecto de la complejidad de las dinámicas comunitarias, complejidad que, como fuera expuesto, impide poder hablar de la existencia de un esquema de relaciones bidireccionales donde dos polos en tensión, el comunitario y el estatal, actúan como fuerzas de nítido carácter centrípeto y centrífugo, respectivamente. Los aspectos de la dinámica institucional esbozados así lo ponen de manifiesto, y con ello se demuestra la importancia de haberlos abordado, si quiera a grandes trazos, como paso previo al estudio de la interrelación ordinamental, pues difícilmente se puede entender ninguna realidad normativa sin conocer el referente institucional del que parte.

Hace falta reseñar la importancia de la relación entre las dinámicas institucional y normativo-competencial dentro de cualquier sistema y en especial dentro del sistema comunitario. Por esta razón a continuación nos vamos a detener brevemente en la conexión de lo político y lo jurídico en el sistema comunitario, entendiendo que constituye un puente de paso obligado para llegar a poder finalmente centrarnos en la interrelación normativa.

2. La interacción entre la dinámica institucional y la dinámica normativo-competencial. Lo jurídico y lo político en el sistema comunitario

2.1 Introducción

Se trata ahora de comprobar hasta qué punto para entender el tipo de dinámicas que explican el proceso de integración en su conjunto, es necesario partir de la forma en que los factores políticos, y especialmente los referidos al modo en el que los Estados pueden hacer sentir su voz en el proceso comunitario, y los factores jurídicos interaccionan en el marco comunitario.

Sin duda, el autor que mejor ha sabido captar la intensidad y los efectos de la interrelación entre la dinámica institucional y la dinámica normativa en el seno de la Comunidad ha sido Weiler. Ya en su obra sobre el sistema comunitario europeo aparecida en 1985⁴⁵⁶, el autor perfila la interacción entre la *supranacionalidad decisional* y la *supranacionalidad normativa*, interacción cuyas características acabará de perfilar en sus escritos posteriores⁴⁵⁷.

En 1985, esto es, antes de la entrada en vigor del AUE, que como sabemos supuso el fin del entero dominio de la dinámica del voto en la toma de decisiones por parte de los representantes estatales en el seno del Consejo, Weiler concluye que del examen de la evolución de la Comunidad en los últimos treinta años se revela un ascenso, aparentemente paradójico, de dos tendencias opuestas. El aumento de transferencias desde los Estados a la Comunidad, “acompañado de un reforzamiento del proceso decisional centralizado, conlleva un proceso más o menos continuo de *approfondissement* de la supranacionalidad normativa, en el curso de la cual la relación entre el ordenamiento (jurídico) de la Comunidad y los ordenamientos de los Estados miembros ha venido asumiendo semejanzas muy marcadas con un sistema federal plenamente desarrollado (tipo Estados Unidos); por otro lado, y contemporáneamente, descubrimos un proceso más o menos continuo de

⁴⁵⁶ Weiler, J. H. H., *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e processo politico*, Il Mulino, Bolonia, 1985.

⁴⁵⁷ Algunos de los cuales traducidos al castellano y recogidos en *Europa, fin de siglo*, obra ya citada.

disminución de la supranacionalidad decisional, que bajo algunos puntos de vista, alcanza casi los niveles del intergubernamentalismo tradicional”⁴⁵⁸. Quizás, añade el autor, sea precisamente esa evolución divergente la que se erija como la principal característica del proceso de integración comunitario, de la naturaleza comunitaria.

Años más tarde, con mayor perspectiva temporal, el mismo autor aborda un intento de conceptualización de las transformaciones en las relaciones entre los Estados miembros y la Comunidad, a partir de lo que considera una *teoría pura del Derecho*, donde éste abarca un discurso mucho más amplio que el comprendido por las normas y la doctrina, llegando a poner en cuestión la misma dicotomía entre norma y política. La esencia de su planteamiento reside en considerar que buena parte de lo acontecido en la evolución sistemática de la estructura comunitaria es autorreferente y deriva de la dinámica interna del propio sistema, casi como si estuviera aislado de los aspectos “externos”⁴⁵⁹.

Desde este punto de partida, el eje de la conceptualización que realiza se sitúa en la necesidad de explicar la interrelación entre la evolución, a primera vista contradictoria, de los planos normativo e institucional. Se trata de dar respuestas a fenómenos como el que, por ejemplo, se produce en la fase que transcurre entre los orígenes de la Comunidad y mediados de los sesenta (*periodo fundacional*), cuando mientras que en el plano normativo y competencial la evolución tiene un marcado carácter supranacional, desde el punto de vista institucional, de las decisiones políticas, el desarrollo se realiza justo en sentido contrario, esto es, hacia el intergubernamentalismo.

Según el mismo autor, esta realidad aparentemente paradójica nos sitúa en un contexto en el que “profundización y disminución pueden ser considerados antídotos

⁴⁵⁸ Weiler, J. H. H., *Il sistema comunitario europeo*, ob. cit., p. 51.

⁴⁵⁹ Weiler, J. H. H., “La transformación...”, ob. cit., páginas 21 y 22. En realidad, lo que hace Weiler, es adaptar el discurso autopoético de Teubner, que a su vez procede del de Luhmann, a partir del cual el discurso interno del Derecho asume el papel protagonista en la explicación de su dinámica evolutiva, analizando los impactos de la realidad externa a partir de los efectos que tiene su recepción interna. En este sentido, resulta esencial la lectura tanto de Teubner, G., *Recht als autopoietisches System* (Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1989), como, claro está, de Luhmann, N., *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995), junto con su *Sociología Jurídica (Rechtssoziologie)*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983; existe traducción al castellano de Ignacio de Otto y Pardo). De todos modos, y ésta es una cuestión sobre la que habrá ocasión de volver más adelante, lo cierto es que por mucho que se pretenda realizar un análisis cerrado, el aislamiento no puede ser absoluto, de modo que sigue siendo necesario poder distinguir las distintas dinámicas (jurídicas, políticas, sociológicas e incluso psicológicas) presentes en un proceso amplio y abierto como es el comunitario.

recíprocos que generan, en un proceso bidireccional, un cierto equilibrio mediante una interacción cíclica entre el proceso normativo-judicial y el proceso político-decisional. Así se genera un equilibrio entre el todo y las partes, dinamismo centrípeto y dinamismo centrífugo. Y explica una ecuación aparentemente irreconciliable: un nivel alto y efectivo de integración transnacional junto a la conservación de unos Estados nacionales fuertes. De este modo se han superado las crisis periódicas y los Estados han digerido la constitucionalización del sistema comunitario”⁴⁶⁰.

2.2 La evolución comunitaria a la luz de la interacción entre lo jurídico y lo político

2.2.1 La dinámica Exit-Voice

¿Cómo se explica esa interrelación? Weiler utiliza la teoría del *Exit* y del *Voice*, creada por Hirschmann para el análisis de estructuras económicas⁴⁶¹. *Exit* (salida), se refiere al mecanismo de abandono de la organización, mientras que *Voice* (voz), implica el peso decisional de cada miembro dentro de la organización. A mayor apertura de uno, mayor cierre del otro. Hay que decir que en el ámbito comunitario, el *Exit* se trata en todo caso de un *Exit Selectivo* y no total, esto es, implica la posibilidad de los Estados de eludir, por acción u omisión, el cumplimiento de determinadas obligaciones comunitarias, sin que ello suponga la separación unilateral de la organización (una separación que, por otra parte, no parece tener cabida no tanto porque sea considerada ilícita por el TJ, sino más como consecuencia de razones de tipo económico y político).

A partir de este esquema, se puede entender la dinámica que subyace la evolución comunitaria. Así, en el período fundacional, al que antes nos hemos referido, la Comunidad ve guiada su evolución por el cierre del *Exit* y la correlativa apertura del *Voice*. El cierre del *Exit* (selectivo) se produce como consecuencia de la consolidación de los distintos

⁴⁶⁰ Weiler, J. H. H., *Il sistema comunitario europeo*, ob. cit., p. 87.

⁴⁶¹ Hirschman, A., *Exit, Voice and Loyalty-Responses to Decline in Firms, Organizations and States* (1970), citado por Weiler, J. H. H., “La transformación...”, ob. cit., p. 23.

factores que explican la constitucionalización del sistema comunitario, a los que en su momento dedicamos una especial atención (desde los principios de primacía y efecto directo, a la creación de un sistema propio de protección de los derechos fundamentales, pasando por la teoría de los poderes implícitos y los mecanismos comunitarios de control judicial).

Por su parte, la apertura del *Voice* se concretó en que los Estados, más allá de la propia letra de los Tratados, asumieron el control sobre el poder de decisión en sus distintas fases, en detrimento del papel de la Comisión, única garante genuina del interés comunitario. Al abordar la descripción del sistema institucional, ya se insistió en el fenómeno de la relegación de la Comisión a funciones poco más que de secretariado, quedando durante algún tiempo muy menguada su capacidad real de iniciativa normativa, sobre todo a partir de la consolidación del funcionamiento de los Consejos Europeos.

Fue precisamente el deseo de conservar la apertura del *Voice* lo que explica la crisis que se abrió al final de período de transición tras el cual la regla de la mayoría debía abrirse paso de manera más decidida en el ámbito de la toma de decisiones por parte del Consejo. Como sabemos, la crisis desatada sólo pudo ser cerrada a partir de sacrificar, por medio de un acuerdo político, esa dinámica decisoria y permitir que los Estados conservaran el derecho de veto (*Compromiso de Luxemburgo*), derecho de veto asegurado así no sólo en el ámbito jurídico (respecto de las medidas basadas en los actuales artículos 94 TCE, *ex art.* 100, y 308 TCE, *ex art.* 235), sino también, y de manera más general, en el plano político. Y si recordamos, la consolidación del papel del Consejo Europeo como impulsor de la actividad comunitaria se explica precisamente por la extensión del derecho de veto, ya que en tal supuesto son los Estados, mejor que la Comisión, los más indicados para formular propuestas la mayoría de las cuales sólo tendrán éxito sin ninguno de ellos se opone en la fase decisoria.

La teoría aplicada por Weiler ofrece una explicación convincente y sencilla a la evolución de la dinámica comunitaria: en la primera etapa de la andadura comunitaria, en la que, recordemos, el número de miembros era sensiblemente inferior al actual, los Estados sólo aceptan verse cada vez más estrechamente vinculados a las normas comunitarias si pueden conservar una posición dominante sobre el proceso de toma de las decisiones que les van a vincular de manera inmediata y a las que no podrán oponer ninguna de sus

normas internas. Así, la supranacionalidad normativa queda compensada por el intergubernamentalismo decisional: “cuanto más inflexible es el Derecho en cuanto a su efecto vinculante sobre y dentro de los Estados, menos dispuestos están éstos a abandonar su prerrogativa de supervisar la aparición de tal Derecho o la oponibilidad del mismo respecto de ellos”⁴⁶².

Y el mismo esquema teórico explica el posterior desarrollo comunitario. En su segunda fase evolutiva (la que va desde inicios de los setenta hasta la entrada en vigor del AUE), la Comunidad asiste a una transformación radical por lo que respecta a su ámbito competencial. Si bien los Tratados prevén un esquema competencial basado en el principio de enumeración de poderes como estricto límite a la capacidad normativa de la Comunidad, durante esta segunda fase dicha regla experimentó una erosión múltiple de importantes consecuencias, hasta el punto de llegar a desvirtuar uno de los soportes fundamentales del esquema comunitario y que supone una de las razones principales que lo alejan de un posible acercamiento a realidades estatales de tipo federal, concretamente su carácter sectorial.

En palabras de Weiler, “si la revolución constitucional se produjo en los años sesenta en áreas limitadas, los setenta fueron testigos de la erosión de tales límites, en medio de una falta de atención por medio de todos los agentes tanto más irónica y llamativa cuando se advierte que fue precisamente la interacción de tales agentes (Estados, gobiernos, órganos políticos de la Comunidad, TJ, academia) la que trajo la mutación; se trata de una expansión de poder que en realidad fue consentida, deseada por los actores implicados”⁴⁶³.

Y es que, al igual que sucedía en los primeros años de desarrollo del proyecto comunitario, los Estados, o mejor dicho, los distintos gobiernos, son conscientes del beneficio que les representa la profundización de la integración. A diferencia del esquema propio de la evolución de los Estados federales en los que el fortalecimiento del centro es inversamente proporcional al debilitamiento de la periferia y viceversa, según vimos al referirnos al esquema institucional comunitario, la relación que se establece entre la

⁴⁶² Weiler, J.H.H., “La transformación...”, ob. cit., p. 45

⁴⁶³ Ibidem, p. 57.

Comunidad y los Estados no es de suma cero. Por un lado porque la consolidación de determinadas políticas comunitarias (por ejemplo las políticas agrarias comunes) puede suponer la realización de intereses también estatales (desde una determinada concepción económica), y por otro, porque la estructura institucional, y concretamente la composición y funciones del Consejo, provoca que la transferencia de determinadas competencias estatales a la Comunidad no les implique a los Estados una pérdida equivalente a lo transferido.

2.2.2 El Poder Ejecutivo estatal: directo beneficiario de la atribución competencial a la Comunidad

Se debería matizar y decir que en realidad los más directos beneficiarios de todo este esquema no son tanto los Estados genéricamente considerados (ni todos los Estados por igual), sino de manera específica los gobiernos (y en concreto los gobiernos de los Estados con mayor peso político y económico). Así es, el juego de suma cero se produce de manera más definida respecto de los Parlamentos nacionales, que, por lo general y a falta de una transformación de los mecanismos internos de elaboración del posicionamiento estatal ante el Consejo (específicamente apoderando a los Parlamentos con mecanismos de control y hasta de propuesta), ven menguadas sus competencias en equivalente proporción, salvo eventuales matizaciones, a la ampliación que observe la Comunidad. Son por tanto los gobiernos quienes ven cómo la suma no sólo no es cero sino que es a su favor, ya que con la ampliación competencial comunitaria muchas veces acaban adquiriendo una capacidad de influencia en la toma de decisiones que afectan al interior del propio Estado que no tendrían si la competencia permaneciese en el ámbito competencial estatal, especialmente en aquellos espacios reservados a la ley.

Esta situación de desequilibrio de la que sale beneficiado especialmente el poder ejecutivo de cada uno de los Estados miembros, se acentúa si además se trata de un Estado descentralizado políticamente, supuesto en el que las entidades descentralizadas se ven vaciadas de competencias sin apenas tener mecanismos de intervención directa en la toma de decisiones en el nivel comunitario.

Ejemplificando lo que se viene comentando, Jacques Delors, el que fuera presidente de la Comisión, llegó a señalar, refiriéndose a la práctica de las Directivas detalladas, más próximas a los Reglamentos debido al escaso margen de decisión que se deja a los Estados en su transposición, que “son frecuentemente los mismos Estados los que, por razones loables de seguridad jurídica, pero también por la preocupación más discutible de evitar el retorno a un procedimiento parlamentario, se esfuerzan por sobrecargar las directivas con disposiciones que no dejan ninguna elección de medios de ejecución”, y pone como ejemplo la sexta Directiva en materia de IVA, “que habría permitido a los expertos de determinados Ministerios de economía obtener en el Consejo de Ministros de la Comunidad lo que les habría sido rechazado por sus Parlamentos nacionales”⁴⁶⁴.

Incluso, yendo más allá, en último término los beneficiados no son sólo los Gobiernos en detrimento de sus respectivos Parlamentos, sino los Ministros en el seno de sus propios Gobiernos, puesto que en el contexto de las dinámicas del *management* comunitario descritas por Areilza, la proliferación de Consejos especializados “permite a Ministros cuyos sectores de actividad no se corresponden, en principio, más que muy parcialmente con competencias comunitarias, reunirse regularmente en Bruselas (...). Ministros (que) descubren en el Consejo un marco en el que se encuentran libres no solamente del control de los Parlamentos, sino también y sobre todo de las obligaciones de concertaciones interministeriales nacionales, en las que los Ministros de Economía juegan el papel dirigente conocido”, de modo que cuando menos “les resulta tentador buscar obtener a través de un rodeo comunitario lo que no ha podido ser obtenido en el escalón nacional”⁴⁶⁵.

Lo que queda claro es que el hecho de que los representantes gubernamentales tengan el control sobre el proceso decisorio no es sinónimo de que los Estados o las sociedades a quienes representan conserven ese control, ya que las dinámicas decisorias presentes en cada uno de esos Estados no consiguen trasladarse al plano comunitario. En este sentido, hay que denunciar el hecho de que la expansión en ámbitos como la

⁴⁶⁴ Citado por Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., p. 544.

⁴⁶⁵ *Informe sobre el principio de subsidiariedad* presentado al Senado francés el 12 de noviembre de 1992, por M. Poniatowski, en nombre de la Delegación del Senado para las Comunidades Europeas, citado por Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., páginas 544 y 545.

protección de los consumidores, la educación o el medio ambiente haya tenido el efecto de expulsar a los grupos de interés integrados en los procesos de decisión internos, que son (aunque habría que añadir que a veces con un grado de distanciamiento nada desdeñable) los que recogen una muestra de los distintos intereses presentes en una determinada sociedad (estatal)⁴⁶⁶.

2.2.3 La expansividad competencial

Ciertamente, la mutación que sufrió la Comunidad en forma de expansión de poderes no prevista en los Tratados no es que fuera cuantitativamente muy importante, como tampoco, si se analizan uno por uno los nuevos ámbitos de incidencia normativa, desde un punto de vista cualitativo, ya que en general se trata de una expansión referida a temas accesorios a la profundización de la integración comunitaria, que en realidad estuvo estancada por lo que respecta a sectores clave.

En efecto, como consecuencia de la necesidad, forzada por el *Compromiso de Luxemburgo*, de llegar al consenso en prácticamente todas las decisiones, la Comunidad de los años setenta y buena parte de los ochenta, que además veía como sus filas de Estados miembros se engrosaban y con ellas la dificultad de llegar al consenso, asistió impotente a una manifiesta incapacidad de avanzar en el logro de los objetivos más esenciales dentro del proyecto de integración económica, esto es, el establecimiento de un mercado único a partir de los cuatro factores de producción (capital, bienes, trabajadores y servicios). Se puede decir que la ampliación a nuevos ámbitos “surgió casi como distracción ante la imposibilidad de tomar decisiones en ámbitos propios de la Comunidad como el de transportes”⁴⁶⁷. Pero en cualquier caso, la suma de las distintas ampliaciones da lugar a una transformación de relieve.

Los instrumentos por medio de los cuales la Comunidad operó tales transformaciones son de sobra conocidos: el difuso esquema competencial comunitario junto con la aplicación de la doctrina de los poderes implícitos y la cláusula residual, de

⁴⁶⁶ Weiler, J. H. H., “La transformación de Europa”, ob. cit., p. 83.

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 58.

redondeamiento competencial, del art. 308 TCE, elementos que ya hemos podido abordar, por lo que no nos detendremos en su análisis⁴⁶⁸.

En todo caso, cabe insistir en el efecto de la suma de los distintos factores apuntados: apenas ninguna actividad en principio estatal queda totalmente fuera del terreno competencial comunitario, lo que dota a la Comunidad de un atributo esencial en el camino por separarse de su origen internacional, esto es, en el camino de su constitucionalización como entidad política⁴⁶⁹.

2.2.4 La aceptación de la expansividad competencial

Donde sí vale la pena detenerse es en lo relativo a la aceptación que tales transformaciones obtuvieron no sólo por los gobiernos de los Estados miembros, que fueron quienes las impulsaron mediante su actuación en el seno del Consejo, sino por los demás actores principales del proceso comunitario, especialmente, el TJ, la Comisión y los órganos jurisdiccionales internos.

En cuanto a los Estados, tan sólo Dinamarca cuestionó en el seno del Consejo la ampliación competencial a partir de un en ocasiones incorrecto uso de la cláusula del art. 308 TCE. Concretamente, fue en el curso de una reunión del Consejo celebrada en marzo de 1980, cuando el Ministro de exteriores del citado país, recordando las limitaciones

⁴⁶⁸ El análisis de Weiler sobre los distintos fenómenos de ampliación competencial le lleva a la siguiente clasificación de lo que él llama las “categorías de la Mutación”: la *extensión*, la *absorción*, la *incorporación* y la *expansión*. La extensión se produce en el ámbito de poderes atribuidos explícitamente a la Comunidad, de modo que no afecta directamente a los Estados (por ejemplo, respecto de la legitimación pasiva y activa del PE en determinados procedimientos comunitarios); la absorción implica una afectación de las áreas de poder de los Estados, aunque se realiza a partir del ejercicio de competencias propias de la Comunidad. El ejemplo clásico es el que ofrece la sentencia *Donato Casagrande* (sentencia de 3 de julio de 1974, asunto 9/74, Rec. 1974 , p. 773) de por la que el TJ acepta medidas comunitarias en el ámbito educativo, ámbito que queda absorbido por la Comunidad a partir de una interpretación teleológica del Tratado y concretamente de la libertad de circulación y establecimiento de trabajadores de Estados miembros; la incorporación viene a ser una suma de las dos anteriores; finalmente, la expansión constituye la forma más intensa de mutación y es la que se produce como consecuencia de la aplicación de la vía del art. 308 TCE, por medio de la cual la Comunidad incide en ámbitos no previstos inicialmente, pero necesarios para el cumplimiento de sus fines, en los términos que ya conocemos. Weiler, J.H.H., “La transformación...”, ob. cit., páginas 56 y siguientes, que completa lo ya contenido en las páginas 135 a 169 de su obra *Il sistema comunitario...* ob. cit.

⁴⁶⁹ En este sentido, Louis advierte que pese a que en principio, salvo revisión de los Tratados, puedan quedar fuera sectores importantes del poder estatal como defensa o diplomacia, “las materias comunitarias forman un conjunto cuyo carácter vital para los Estados es innegable (energía, agricultura, medio ambiente, competencia)”. Louis, J. V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, ob. cit., p. 20.

impuestas por su Constitución (cuya Sección 20 supedita la cesión de competencias a instancias internacionales al carácter específico de las mismas)⁴⁷⁰, 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-, unirse a una construcción que haría ilusorio el contenido del artículo”⁴⁷¹.

El Tribunal de Justicia, por su parte, contribuyó también de manera decisiva en todo el proceso que venimos viendo ya que a partir de criterios interpretativos laxos, se dedicó a observar con buenos ojos el curso de la ampliación competencial comunitaria, sin frenarla en ninguna ocasión a partir de una interpretación más restrictiva de la cláusula residual o de la doctrina de los poderes implícitos⁴⁷².

⁴⁷⁰ Concretamente hace referencia a que la cesión competencial sólo puede ser realizada “en una medida determinada”. Precisamente por presunta vulneración de dicho precepto tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo danés en una sentencia de 6 de abril de 1998 en la que se le planteaba por parte de los recurrentes el hecho de que el Tratado de Ámsterdam no respetaba el requisito referido a la cesión de competencias “en una medida determinada”. 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...”, ob. cit. También hay un comentario en Thomas, F., “Das Maastricht-Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofs vom 6. April 1998”, *ZäoRV*, 1998, páginas 879 a 900.

⁴⁷¹ 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”. Lachmann, P., “Some Danish Reflections...”, ob. cit.

⁴⁷² Tan sólo existe un supuesto en el que se podría interpretar que el TJ habría podido anular una decisión comunitaria por incompetencia material de la Comunidad. Se trata de la sentencia de 9 de julio de 1987 (*Alemania y otros c. Comisión*, asuntos acumulados 281, 283, 284, 285 y 287/85, Rec. 1987, p. 3203). En esta decisión, el Tribunal parte de que “la política migratoria puede entrar en el radio de acción del ámbito social en el sentido del artículo 118 (actual 137 TCE) sólo en la medida en que afecte a la situación de trabajadores de Estados no miembros con relación a su impacto en el mercado de empleo y en las condiciones laborales de la Comunidad. En consecuencia, dado que la Decisión 85/381/CEE incluye la promoción de la integración cultural en cuanto tal entre las materias sometidas a consulta, sobrepasa el ámbito social en el que, bajo el artículo 118, la Comisión tiene la misión de promover la cooperación entre los Estados miembros”. A primera vista, la argumentación sentaría las bases de la anulación de la medida por incompetencia material de la Comunidad (o competencia *externa*), pero también se puede sostener que lo que hace el Tribunal es anular la medida por incorrección de la institución y procedimiento decisorio empleado (o incompetencia *interna*) y que, como señala Weiler, “si la Decisión hubiese sido adoptada por el Consejo sobre la base jurídica de los artículos 118 y 235, el Tribunal, a la luz de la Sentencia, habría sostenido que entraba dentro de la competencia de la Comunidad”. Weiler, J. H. H., “La transformación...”, ob. cit., páginas 75 y 76, nota 123.

Si bien lo anterior no puede sorprendernos en exceso, lo que sí debe intrigarnos más es que los órganos jurisdiccionales internos no opusieran ningún reparo a la aplicación directa de normativa comunitaria cuya base competencial podía ser cuestionada por falta de fundamento competencial en un marco en el que las distintas Constituciones nacionales exigen que la cesión (o atribución) de competencias no se pueda realizar en blanco, debiendo contar siempre con un suficiente grado de determinabilidad⁴⁷³.

¿Cómo explicarlo? Desde una perspectiva general de la acción estatal, de nuevo sirve como explicación el juego interrelacionado entre *Exit* y *Voice*: la ampliación competencial cuenta a su favor con el visto bueno, y el impulso, de los distintos Estados (por medio de sus gobiernos), porque éstos conservan su poder de decisión intacto.

Pero ¿y la actitud de los órganos jurisdiccionales? Por un lado hay que referirse a los términos de la relación entre TJ y órganos jurisdiccionales, a los que más tarde dedicaremos especial atención. Por otro lado, está el carácter lento y paulatino de la ampliación comunitaria, que además por no tocar aspectos esenciales de la soberanía estatal, cuenta con mayores posibilidades de pasar desapercibida en los círculos institucionales, jurisprudenciales y doctrinales internos. El papel del TJ se revela como fundamental ya que sin excesivos aspavientos, va adoptando una especie de “pasividad activa”, un *laissez faire*, por medio de criterios flexibles y funcionales de interpretación⁴⁷⁴

⁴⁷³ En este sentido, al margen del caso danés, al que ya se ha hecho referencia, el TCF, refiriéndose al TUE en su conocida sentencia *Maastricht*, se encargaría de advertir precisamente que existía infracción de la Ley Fundamental de Bonn “si 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”. Lo anterior equivale a considerar que 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”. Sentencia del TCF de 12 de octubre de 1993, *Maastricht*, (C I 3).

⁴⁷⁴ Hay que mencionar, siquiera de pasada, el modo en que el TJ ha interpretado los límites materiales de las competencias de la Comunidad, señaladamente mediante la flexible consideración de los criterios, ya de por sí amplios, a partir de los cuales se estructura dicho sistema competencial (doctrina de los poderes implícitos, interpretación del art. 308 TCE, etc.). Recordemos que precisamente el uso en ocasiones desmedido de la potencialidad expansiva de algunos preceptos, como por ejemplo con anterioridad al AUE el art. 100 TCEE (actual art. 94 TCE), hizo que al introducir el art. 100 A TCEE (actual art. 95 TCE), se contemplaran ciertas matizaciones a la posibilidad de acudir a la armonización en determinados ámbitos de cuyo control los Estados se muestran especialmente recelosos. Por otra parte, es de sobras conocida la aceptación explícita del TJ de la doctrina de los “poderes implícitos” proveniente de la realidad federal norteamericana y aceptada en el arco de algunas organizaciones internacionales. Concretamente ha afirmado de manera clara que “una competencia puede resultar no sólo de una atribución explícita por parte del Tratado, sino que puede derivar igualmente de manera implícita de otras disposiciones del Tratado, de las Actas de adhesión y de actos

(pasividad sólo rota muy recientemente a partir de la sentencia en materia de la publicidad del tabaco, que más adelante será objeto de comentario).

Hay que decir, no obstante, que pese a que no afloraran conflictos de entidad, ni tan siquiera por parte de los distintos Tribunales constitucionales, en principio más celosos del ámbito competencial estatal, durante toda la fase que va desde el mencionado Compromiso de Luxemburgo hasta la conclusión del AUE se fue generando una situación que a medio o largo plazo podía llegar a desbordarse, como lo confirma el escenario posterior al AUE y el Tratado de Maastricht que pese a consagrar la regla de la subsidiariedad no ha podido evitar la aparición de reacciones contundentes por parte no sólo de la doctrina sino especialmente de tribunales como el TCF. Y no sólo eso, sino que han sido también algunas fuerzas políticas y la propia población quienes han empezado, quizás tardíamente, a expresar sus reticencias al modelo adoptado por el proceso de integración, como lo demuestran hitos como los referenda de Francia y Dinamarca previos a la ratificación del Tratado de Maastricht.

Se trata de la reacción frente a un modelo que basa su desarrollo en el olvido de algunas de las garantías constitucionales más esenciales, como la necesidad de evitar, a fin de salvaguardar los derechos de las personas y de las minorías, una excesiva concentración de poder en manos de un solo órgano, máxime si la actuación del mismo no se ve condicionada por excesivos mecanismos de control democrático, como es el caso del Consejo.

2.2.5 El AUE: el pausado fin del derecho de veto

Pese a que en realidad ni el AUE ni el TUE (tampoco tras las reformas introducidas en Niza) hayan sido capaces de desterrar la exigencia de voto unánime en un buen número de los ámbitos esenciales dentro del proceso de integración comunitaria, como por ejemplo los relativos a la armonización de legislaciones en temas fiscales (art. 93 TCE) o de

adoptados por las instituciones comunitarias”, sentencia de 14 de julio de 1976 (*Kramer*, asuntos acumulados 3, 4 y 6, Rec. 1976, p. 1309), algo que ya había hecho tempranamente en la sentencia de 29 de noviembre de 1956 (*Fédéchar*, asunto 8/55, Rec. 1956, p. 291).

seguridad social (art. 137 TCE), y con ello la esencia intergubernamental de sectores claves comunitarios, lo cierto es que por medio de la conjunción de una serie de factores, en la práctica se ha logrado ir socavando los efectos de la “crisis de la silla vacía”.

Uno de tales factores ha sido, sin duda, el hecho de que en muchas ocasiones la base jurídica de las decisiones puede ser vinculada de manera exclusiva al art. 95 TCE, esto es, según el principio mayoritario. Por ello, aun cuando en la práctica todavía, y a la espera de los cambios que puedan suponer las futuras incorporaciones de nuevos miembros a la UE, se suele buscar el consenso, dicho consenso es muy distinto al que se había impuesto como mecanismo habitual, ya que se ha desvanecido la sombra del derecho de voto que se cernía en toda decisión.

No está de más recordar, la importancia de los cambios que supuso la entrada en vigor del AUE en cuanto los mecanismos de toma de decisiones⁴⁷⁵. Así es, de manera algo sorprendente, por la ausencia de lo que hubiesen sido previsibles reacciones dadas las consecuencias que comportaba, el AUE dio un giro a la situación creada en 1966 propiciando una reforma del reglamento de funcionamiento del Consejo en la que se establecía que “el Consejo procederá a la votación a iniciativa de su Presidente”, quien, “deberá además iniciar un procedimiento de votación a instancia de cualquier Estado miembro del Consejo o de la Comisión siempre que la mayoría de los miembros que componen el Consejo se pronuncie en tal sentido”. De este modo, teniendo en cuenta que el hablar de votación supone la quiebra de la toma de decisiones por consenso, se pasa a una situación en que a los Estados para poder conservar su derecho de voto no les basta con invocar un “interés muy importante”, sino que deberán previamente convencer a la mayoría de los integrantes del Consejo para que no acepten que la decisión se tome mediante el procedimiento de voto (por mayoría cualificada)⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Una importancia que se refleja numéricamente en la cantidad de actos jurídicamente vinculantes adoptados tras la conclusión del AUE: mientras que en todo el período anterior se adoptaron unos 3700, desde el AUE hasta la entrada en vigor del TUE se alcanzaron unos 2800, esto es, en seis años se llegó a dos terceras partes de lo efectuado en treinta años (de 124 actos por año a 460 por año). Los datos están recogidos en Estella de Noriega, A., *El dilema... , ob. cit.*, páginas 9 y 10.

⁴⁷⁶ Se trata concretamente de la revisión del art. 5 del Reglamento de Procedimiento del Consejo, introducida en julio de 1987, inmediatamente a continuación de la entrada en vigor del AUE. Esta modificación conlleva importantes consecuencias ya que supone el fin de la práctica anterior consistente en la invocación de intereses nacionales con tal de forzar la votación unánime y poder bloquear, o negociar con más fuerza, una determinada decisión por parte del Consejo.

Otra de las piezas clave en la transformación operada en el esquema de votación en el seno del Consejo, es la introducida por el art. 100 A del AUE (actual art. 95 TCE), por medio del cual se abre la vía, en principio planteada como subsidiaria, al sistema mayoritario de votación en uno de los ámbitos centrales dentro de proyecto de integración, como es el de la aproximación de legislaciones en el marco del establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Y la importancia de este precepto consiste en que de manera sutil, esto es, planteando como principio general el de la unanimidad (art. 100, actual art. 94 TCE) y como residual el principio mayoritario en los términos del procedimiento del art. 251 TCE, en realidad consigue que se aplique siempre que el Tratado no exija unanimidad de manera expresa, a no ser que el Consejo se oponga.

Hay que recordar que es la Comisión la encargada de proponer el fundamento jurídico de las decisiones, propuesta que sólo podrá ser rechazada por el Consejo por medio de un voto unánime (art. 250.1 TCE). De esta manera, lo que debía ser la excepción se convierte en regla general, de manera que, apenas sin levantar reacciones, el AUE, coloca los fundamentos de un vuelco al modelo predominantemente intergubernamental del sistema decisorio comunitario. Se trata de la conversión de la negociación “bajo la sombra del voto”, a la negociación “bajo la sombra del voto”⁴⁷⁷, ya que el Estado que pretenda invocar un “interés vital” que justifique la vigencia del Compromiso de Luxemburgo, deberá convencer a la mayoría de miembros del Consejo para poder pasar al mecanismo del voto por unanimidad.

El hecho de que no despertara excesivas reacciones⁴⁷⁸, se debe también a que, de modo hábil, en el propio precepto se introdujera una previsión pensada con el objetivo de evitar o al menos suavizar posibles reticencias, consistente en permitir que de manera puntual los Estados pudiesen, en caso de que la decisión hubiese sido adoptada por

⁴⁷⁷ La expresión “a la sombra del voto”, está tomada de Weiler, J. H. H., “La transformación...”, ob. cit., p. 95.

⁴⁷⁸ Es más, resulta incluso irónico que dirigentes de declarado “euroescepticismo” como el Ministro británico de Asuntos Exteriores, G. Howe, dentro del gabinete de Margaret Thatcher, llegaran a afirmar que “en última instancia, el Compromiso de Luxemburgo permanece en su sitio intacto y sin afectar... no es un precepto del Tratado, es un componente de la realidad política de la Comunidad... y no resulta afectado de ninguna manera por el Acta Única”; manifestaciones que fueron compartidas por el Ministro de Exteriores francés en el momento de la ratificación del AUE por la Asamblea Nacional, para quien “en todo caso, incluso en los ámbitos donde se aplica la regla de la mayoría cualificada, el acuerdo de Luxemburgo permanece y conserva todo su valor”. Intervenciones citadas por Alonso García, R., *Derecho comunitario*, ob. cit., p. 548.

mayoría, plantear excepciones al cumplimiento de la medida comunitaria en su propio territorio. De todos modos, el alcance de esta excepción es en la práctica muy reducido⁴⁷⁹.

Pero, de todas formas, las modificaciones referidas no hubiesen conseguido alterar de manera sustancial la situación sin un elemento más: el desplazamiento, operado al amparo de la jurisprudencia del TJ, de la aplicación del art. 94 (ex art. 100 TCEE) y 308 (ex art. 235 TCEE), a favor de otras bases jurídicas. Si el TJ no hubiese reaccionado impidiendo la utilización indistinta de las vías procedimentales de los mencionados preceptos y de otros en los que la regla prevista es la de la mayoría cualificada, seguramente los Estados miembros, por medio de sus representantes en el Consejo, hubiesen seguido forzando la vigencia del Compromiso de Luxemburgo en buena parte de los ámbitos de decisión, especialmente en todas aquellas decisiones que de un modo u otro supusieran una extensión competencial⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Así es, puesto que en todo caso los Estados tienen la obligación de comunicar su postura a la Comisión, quien juzgará su justificación, y con ello la corrección de la inaplicación de la norma comunitaria, a la luz de los intereses comunitarios, concretamente evitando que pueda tratarse de “un medio de discriminación arbitraria o de una restricción encubierta del comercio entre Estados miembros y si constituye o no un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior” (art. 95.6 TCE). Hay que añadir que el TJ ha sido especialmente estricto en el control del cumplimiento además de las obligaciones de carácter formal que rodean la posibilidad de que los Estados puedan excepcionar la aplicación de la medida comunitaria. Concretamente la sentencia de 17 de mayo de 1994 (*Francia c. Comisión*, asunto 41/93, Rec. 1994), establece que la motivación expuesta por los Estados ante la Comisión no puede limitarse a señalar de manera general el contenido y objetivos de la excepción, siendo necesario que consten las razones de hecho y de Derecho que justifican la inaplicación.

⁴⁸⁰ No hay que olvidar que nos hallamos ante un sistema de atribución competencial de la Comunidad de carácter difuso, a lo que hay que sumar la admisión por parte del TJ de una interpretación amplia respecto de los modos por los que satisfacer las necesidades de realización de los objetivos comunitarios. De este modo, en no pocas ocasiones una misma decisión puede ser susceptible de hallar base jurídica en preceptos que se rijan por el principio mayoritario o que involucren al PE o a la Comisión de manera decisiva en la decisión, y a la vez poder entrar en el supuesto previsto por los artículos 94 y 308 TCE, que se refieren a decisiones del Consejo por unanimidad. Pues bien, el TJ ha venido considerando, de manera implícita desde su sentencia *Massey Fergusson* (sentencia de 12 de julio de 1973, asunto 8/73, Rec. 1973, p. 897), y explícitamente desde el asunto de los *aranceles preferentes* (sentencia de 26 de marzo de 1987, *Comisión c. Consejo –aranceles preferentes-*, asunto 45/86, Rec. 1987, p. 1493), que la base jurídica escogida no puede desatender las reglas de adopción de decisiones por el Consejo (esto es, no es posible optar por la unanimidad cuando existe un vía prevista que establece el procedimiento mayoritario), o la división de poderes entre instituciones (específicamente en relación con las atribuciones de la Comisión y del PE). Así es, en esta sentencia, el TJ afirmó con claridad que “en el contexto de la organización de poderes en la Comunidad, la elección de la base jurídica de una medida no depende simplemente en la convicción de una institución sobre el objetivo perseguido, sino que debe basarse en factores objetivos susceptibles de control jurisdiccional”, por lo que la elección como base jurídica del art. 113 TCEE, que preveía el sistema mayoritario, o del 235 TCEE no era una cuestión “puramente formal”. Concluye el TJ que “se desprende de una lectura literal del artículo 235 que su uso en cuanto base jurídica de una medida está justificada solamente cuando ningún otro precepto del Tratado otorga a las instituciones comunitarias los poderes necesarios para adoptar la medida en cuestión”.

2.2.6 *Los frenos a la extensión del voto mayoritario*

Los cambios que se derivan del fin del derecho de voto no pueden pasar inadvertidos, ya que ofrecen un impulso esencial al carácter supranacional del proceso de integración. Sin ir más lejos, tras el AUE, y señaladamente a partir de la entrada en vigor del TUE, la Comisión ha vuelto a adquirir funciones más propias de aquellas para las que fue creada, quedando notablemente fortalecida en su papel de intermediación entre los miembros del Consejo, y como motor de la actividad política y garante del interés comunitario.

Además, si a la posibilidad de que un Estado quede en minoría frente a una que reclama su primacía y efecto directo, le sumamos que además puede llegar a afectar a ámbitos materiales muy relevantes y cada vez más amplios, concluiremos en que nos hallamos ante uno de los momentos cruciales en el impulso de la integración supranacional.

Por su parte, tanto el Tratado de Maastricht como el de Ámsterdam han supuesto, en la línea que venimos analizando, aunque con cautelas y sin llegar a responder a buena parte de las expectativas creadas, un paso adelante en el proceso de integración comunitaria y de reforzamiento del carácter supranacional de la Comunidad. Los factores han sido diversos: por un lado se sitúan los distintos poderes concedidos al PE en materia decisional, junto con el reforzamiento, en detrimento del Consejo, del papel de la Comisión. En segundo lugar hay que hablar del aumento de las competencias expresamente atribuidas a la Comunidad, y finalmente de la reducción de la aplicabilidad de la regla de la unanimidad.

De todas formas debe insistirse en las resistencias mostradas a la hora de ampliar el espacio de la votación mayoritaria. Aunque primero el AUE y luego el TUE hayan ampliado el voto mayoritario a un buen número de ámbitos (entre los que se encuentran algunas cuestiones de la UEM, medidas relativas a la formación profesional, consumidores, medio ambiente, aspectos de la política social, visados de nacionales de terceros países,

Una línea parecida, aunque como ejemplo del respeto del equilibrio de poderes, se halla en la sentencia de 7 de julio de 1992 (*Parlamento c. Consejo -Erasmus-* asunto 295/90, Rec. 1992), donde el TJ anula la Directiva impugnada 90/366 sobre el derecho de residencia de los estudiantes por haber sido adoptada con base en el art. 235 TCEE pudiendo haber sido adoptado el procedimiento del art. 7.2 TCEE que establecía el procedimiento de cooperación entre Consejo y PE.

medidas de fomento, recomendaciones en educación y salud), la unanimidad sigue teniendo un peso muy importante y no sólo porque es la regla de los dos pilares intergubernamentales (Política Exterior y Seguridad Común, por un lado, y Asuntos de Justicias e Interior, por otro), sino porque también es la norma para ámbitos comunitarios como, al margen del espacio reservado a la aplicación del art. 308 TCE (*ex art. 235 TCEE*) y a la aproximación de legislaciones estatales que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común (art. 94 TCE, *ex art. 100 TCEE*), las modalidades de delegación de competencias ejecutivas a la Comisión, la adopción del Reglamento financiero, el régimen lingüístico, la revisión simplificada del estatuto del BCE cuando a iniciativa es de la Comisión, la atribución de nuevas funciones al Fondo Monetario Europeo, etc.

El temor a la aceptación de mecanismos supranacionales de decisión en el seno del Consejo aumenta de manera evidente en los momentos en los que se plantea la ampliación de los miembros de la Comunidad. Así es, una vez aceptados mecanismos que priman la adopción de decisiones por mayoría cualificada, una posible ampliación de los Estados miembros puede hacer que el equilibrio se rompa por el recelo a perder capacidad de influencia. Es entonces cuando se suele reaccionar propugnando un freno a la supranacionalidad en favor del intergubernamentalismo. Esta situación, que es la que se vive en la actualidad en previsión de futuras ampliaciones hacia los países del este europeo, fue la que provocó el llamado *Compromiso de Ioannina*, adoptado por Decisión del Consejo el 29 de marzo de 1994⁴⁸¹, en el marco de las negociaciones de adhesión de 1994 (Austria, Suecia, Finlandia y Noruega). El citado acuerdo fue consecuencia básicamente de las reticencias de los países del sur a que con las nuevas incorporaciones se pudiese crear un bloque contrario a sus intereses ante el que no poder oponerse, de manera que quisieron asegurar con anterioridad a la ampliación que en el procedimiento de votación el conjunto de países meridionales pudieran alcanzar la minoría de bloqueo⁴⁸².

⁴⁸¹ Hay que destacar que a diferencia del Compromiso de Luxemburgo, el de Ioannina se recoge en un acto comunitario, una Decisión del Consejo, jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros. DOCE C 105, de 13 de abril de 1994. Decisión modificada por Decisión del Consejo de 1 de enero de 1995 tras la exclusión de Noruega (DOCE L 1, de 1 de enero de 1995).

⁴⁸² El bloqueo de la decisión puede conseguirse, según el art. 205.2 TCE, con veinticinco votos, a los que pueden llegar sin necesidad de recurrir a ningún otro Estado, Italia, España, Portugal y Grecia.

En todo caso, como ha señalado Alonso, “el Compromiso de Ioannina supone, al igual que el de Luxemburgo, un intento de los Estados de retener su soberanía frente a la técnica supranacional que es el sistema de mayoría previsto en el Tratado; pero, a diferencia suya, tal resistencia se contempla no unilateralmente, con un solo estado capaz de bloquear una decisión en el seno del Consejo, sino compartida con otros Estados, lo suficientes para alcanzar la minoría de bloqueo”⁴⁸³.

Sin duda alguna, el conflicto, lejos de ser solucionado, se mantiene latente a la espera de irrumpir en cuanto se discutan futuras ampliaciones. En teoría, el acuerdo de Ioannina era una solución temporal a la espera de una acuerdo firme que debía incorporarse al articulado de los Tratados, pero el Tratado de Ámsterdam ha sido incapaz de afrontar la situación y ha optado por recoger el compromiso de 1994 y remitir (en un nuevo “acuerdo sobre el desacuerdo”⁴⁸⁴ como el de Luxemburgo en 1966) una solución más estable para el momento en que se tengan que negociar las nuevas incorporaciones.

En este contexto, el Tratado de Niza no ha hecho más que ratificar esas cautelas y frente a la cincuentena de ámbitos en los que la unanimidad debía ceder paso al voto mayoritario, según indicaciones de las presidencias portuguesa y francesa, finalmente la medida ha afectado a una treintena de asuntos, manteniéndose el derecho de veto en ámbitos “sensibles”, como la fiscalidad, la coordinación de las normas de seguridad social, medio ambiente; una unanimidad temporal se mantiene para lo relativo a asilo e inmigración y a cohesión económica y social. Destaca en este sentido el contraste con la propuesta del PE según la cual “la votación por unanimidad del Consejo se limitará a las decisiones de carácter constitucional que de conformidad con el Tratado requieran la ratificación de los Parlamentos nacionales”⁴⁸⁵ (como por ejemplo el procedimiento electoral uniforme para el PE –art. 190 TCE-).

⁴⁸³ Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., p. 69.

⁴⁸⁴ En referencia al Compromiso de Luxemburgo Kranz, hablaba de un *agreement to disagree*, esto es, un acuerdo sobre el desacuerdo carente de todo posible efecto jurídico, a lo sumo calificable como “declaración de intenciones de orden político”. Kranz, J., “Le vote dans la pratique du Conseil des ministres des CE”, *Revue Trimestrale de Droit Européen (RTDE)*, 1982, p. 403, según cita de Alonso García, R., *Derecho Comunitario...*, ob. cit., p. 66.

⁴⁸⁵ *Resolución del PE que contiene sus propuestas para la Conferencia Intergubernamental*, de 13 de abril de 2000 (A5-0086/2000), según cita de Gutiérrez Espada, C., “Una reforma «difícil pero productiva»: la revisión institucional en el Tratado de Niza”, *REDC*, núm. 9, 2001, p. 47, nota 75 (páginas 27 a 75).

2.2.7 *La quiebra de la dinámica Exit-Voice: hacia una paulatina autonomización de la dinámica comunitaria*

Pese a los frenos a la extensión del sistema mayoritario, y volviendo al esquema argumental que se ha venido empleando, en la última fase de evolución del proceso de integración lo que se produce es una sensible reducción del *Voice*, y sin embargo inicialmente esa reducción no viene acompañada de un aumento notable del *Exit selectivo*. Así es, las transformaciones operadas en el nivel decisorio unidas a la consolidación de algunos de los rasgos constitucionales más relevantes (como el principio de primacía y el de efecto directo), han provocado un giro de notables consecuencias, posibilitando un escenario en el que los Estados miembros, y con ellos sus nacionales, se ven sujetos a un conjunto de decisiones sobre las cuales no necesariamente han tenido que estar de acuerdo, y además en un ámbito material que paulatinamente se deshace del corsé de lo estrictamente económico para abarcar cuestiones más amplias que conforman un espectro de integración política y social.

Por lo que respecta al *Exit*, lo cierto es que a medida que la integración económica es más intensa, la posibilidad fáctica de desentenderse de la aplicación de la normativa comunitaria parece alejarse cada vez más. De esta manera, se produce en principio una quiebra del modelo teórico planteado por Weiler, y de hecho él mismo reconoce su perplejidad ante la ausencia de reacción por parte de los representantes estatales, especialmente de los más “euroescépticos”, durante las discusiones en previas a la aprobación tanto del AUE como del TUE.

Así es, tras la aprobación del AUE (e incluso también tras el TUE) los Estados que hasta entonces se habían mostrado totalmente condescendientes con la expansión competencial comunitaria, pese a situarse ante la fractura del equilibrio entre supranacionalidad y peso de los Estados otrora existente, sólo en contados casos se han animado a impugnar ante el TJ la competencia material comunitaria para adoptar determinadas medidas⁴⁸⁶, o la capacidad del Consejo para hacerlo a través de la mayoría cualificada y no por medio de la unanimidad⁴⁸⁷.

No obstante, dicha falta de respuesta inicial podría deberse, sostiene Weiler en un intento de salvar su esquema teórico, a la habilidad con que la Comisión consiguió convencer de las necesidades “técnicas” de determinadas reformas como la del art. 100 A del AUE (art. 95 TCE)⁴⁸⁸, a lo que se uniría la incapacidad de los representantes estatales de calibrar las consecuencias de las modificaciones operadas a largo alcance (lo mismo que en su día acaeció con el recurso prejudicial, ex art. 177 TCEE). Por ello, resultaría previsible que dado que el juego de equilibrios mutuos se ha roto, surjan a medio plazo reacciones que traten de recomponerlo.

En este sentido, posicionamientos jurisprudenciales como el de la sentencia *Maastricht* del TCF y la escena política comunitaria de los años noventa, especialmente por lo que se refiere a la crisis de legitimidad y liderazgo de la Comisión, la consolidación del Consejo Europeo como principal órgano de impulso político de los temas clave dentro del proceso de integración y el abandono a la dinámica estrictamente intergubernamental de ámbitos enteros como los de justicia e interior y política exterior y de seguridad, confirmarían un claro reposicionamiento estatal. A ello hay que añadirle la plasmación del principio de subsidiariedad en el marco del Tratado de Maastricht, cuya hasta la fecha

⁴⁸⁶ Alonso García, pone como ejemplos las alegaciones de los gobiernos francés y británico en la sentencia del TJ del 9 de julio de 1987 (*Alemania y otros c. Comisión*, asuntos acumulados 282, 283, 284, 285 y 287/85, Rec. 1987, p. 3203), referida a un caso en que se cuestionaban los límites de la competencia en el ámbito social. Alonso García, R., *Derecho comunitario*, ob. cit., p. 545.

⁴⁸⁷ Así por ejemplo, la alegaciones británicas en la sentencia de 23 de febrero de 1988 (*Reino Unido c. Consejo*, asunto 68/86, Rec. 1988, p. 855), que pusieron en cuestión la posibilidad de aprobar mediante votación mayoritaria en el Consejo una Directiva basada sólo en el art. 43 TCEE (actual art. 37 TCE) y no en el art. 100 TCEE (actual art. 94 TCE), que exige unanimidad para cuestiones referidas a Directivas de aproximación de normativas nacionales, como era el caso, según los demandantes.

⁴⁸⁸ Hay que recordar, que a diferencia de la grandilocuencia de anteriores intentos de revisión de los Tratados en términos de la realización de avances políticos significativos en el camino de la construcción política europea (iniciativas como la *Declaración Solemne de Stuttgart*, adoptada en el Consejo Europeo de Stuttgart de 19 de junio de 1983 a partir de la propuesta de los Ministros de Exteriores germano e italiano, o el *Proyecto Spinelli*, recogido en un texto articulado de 87 preceptos por Resolución del PE de 14 de febrero de 1984), en ocasión de los trabajos previos al AUE la Comisión optó por presentar un proyecto con tintes eminentemente funcionales, recogido en el *Libro Blanco sobre el Programa 1992* presentado ante el Consejo Europeo de Milán de 1985. En dicho informe, la Comisión proponía que para la consecución de los “indiscutibles” objetivos propios de la realización del mercado interior (en los que apenas se había podido avanzar en los últimos quince años), se hacían necesarias una serie de medidas recogidas en un listado con cerca de trescientas disposiciones a adoptar en distintas etapas entre 1985 y 1992, para lo cual era indispensable, por razones técnicas, el poder contar con mecanismos decisionales de tipo mayoritario.

escasa, por no decir otra cosa, capacidad de incidencia jurídica no impide el reconocimiento de su repercusión política⁴⁸⁹.

No obstante, al margen del lugar central que siguen ocupando los Estados, no se puede negar que la dinámica comunitaria en sí misma ha logrado, quizás de manera paulatina, casi imperceptible, consolidar ciertas transformaciones de las que los Estados no podrían actualmente desligarse sin enfrentarse a notables dificultades. De alguna manera, a medida que la constitucionalización del sistema jurídico comunitario ha ido afianzándose, sus principales atributos han podido echar raíces en el seno de cada uno de los ordenamientos nacionales, en cada uno de sus sistemas jurisdiccionales, en la doctrina, en el discurso jurídico y también político.

Tal (inacabada) constitucionalización, no puede entenderse sólo como sigiloso proceso de autonomización del ordenamiento comunitario, proceso sustentado en dinámicas internas, no visibles, del sistema institucional comunitario. Por el contrario, existen factores fácilmente identificables cuyo peso resulta esencial. Concretamente hay que referirse a la creación de la UEM y de modo específico a la implantación de la moneda única como uno de los hitos fundamentales que explican el progresivo afianzamiento de la integración supranacional. Así es, sin reconocer el papel que la cuestión monetaria cumple en el proceso de integración, difícilmente podrán llegar a comprenderse las dinámicas que guían la interrelación entre los sistemas jurídicos presentes en el espacio comunitario.

Una vez acordada la unificación monetaria, y dado que su papel no se reduce a facilitar las transacciones intracomunitarias sino que nace con el objetivo de pugnar con el dólar en los mercados financieros hasta el punto de erigirse como moneda divisa y moneda refugio, uno de los objetivos compartidos por los Estados de la llamada *zona euro*, constituye sin duda el afianzamiento de una estructura no sólo económica sino también política que respalde la moneda única y la dote de credibilidad en los mercados internacionales. En tal contexto, la posibilidad de echar marcha atrás o de frenar la consolidación de los ámbitos de decisión supranacional se reduce considerablemente.

⁴⁸⁹ De todas formas, hay que convenir, con Roig Molés, que no parece que la subsidiariedad haya transformado la dinámica de actuación de las instituciones políticas comunitarias; la densidad de la normativa comunitaria no parece haber disminuido. Considera el autor que la historia del principio de subsidiariedad desde su plasmación en el Tratado de Maastricht nos habla de las dificultades del TJ para “dar respuesta a las

De nuevo pues a partir de consideraciones no estrictamente jurídicas, se entiende mejor por qué la ruptura a partir de la aprobación del AUE y el TUE del principio de enumeración de competencias no haya llegado a desatar una crisis institucional. Estos elementos, que en parte conectan con la reflexión de Areilza alrededor del papel del *management* comunitario, nos obligan a tener que matizar el esquema utilizado por Weiler a la hora de explicar la relación entre las dinámicas institucionales y las normativo-competenciales.

Pese a la indudable utilidad que tiene el empleo del binomio *Exit-Voice* para la comprensión de la importancia de la íntima interrelación entre las dinámicas política y jurídica, entre los cambios de la estructura institucional y las transformaciones en el plano normativo-competencial, hay que poner de manifiesto su incapacidad por transmitir en su totalidad la complejidad del proceso comunitario. De ahí que, como se ha puesto de manifiesto, el propio Weiler deba realizar esfuerzos para completar su esquema teórico con otros elementos, como el de la habilidad “técnica” de los cambios incluidos en el AUE. Otros ejemplos ponen de manifiesto tal insuficiencia: difícilmente en el esquema de Weiler quepa el hecho de que tras el Compromiso de Luxemburgo, esto es, vigente derecho de voto, no se impusiera un mínimo común denominador en las decisiones adoptadas por el Consejo, en el sentido de sólo poder avanzar al ritmo del más lento. Así es, Directivas como la 76/769 (*DOCE* L 262/201, de 27 de septiembre de 1976) sobre medidas de armonización en materia de comercialización y uso de substancias peligrosas, la Directiva 79/409 (*DOCE* L 103/1, de 25 de abril de 1979) sobre aves silvestres o la Directiva 80/770 (*DOCE* L 229/30, de 30 de agosto de 1980), supusieron una cota reguladora comparativamente importante e incluso, en el caso de la Directiva sobre aves silvestres, en un ámbito, el referido a las cuestiones medioambientales y de protección de animales, en el que no existía una base competencial clara.

La propuesta de Weiler quizá peca de un exceso de confianza en las posibilidades de modelos de sistematización autorreferenciales, ya que pese a estar construida a partir de la relación entre lo jurídico y lo político, la voluntad declarada por el autor de no dejar de

necesidades de reforzar el control competencial de las actuaciones comunitarias”. Roig Molés, E., “El procés post-Niça...”, ob. cit., p. 6.

realizar una *teoría pura del Derecho*, le lleva a reducir al máximo la intervención de factores políticos, cuya importancia resulta capital.

En el anterior capítulo ya vimos con detenimiento las implicaciones que el fenómeno de globalización económica está teniendo en las estructuras políticas y jurídicas tradicionales. Resulta evidente que la incidencia de dicho fenómeno en las nuevas realidades como la UE no puede ser menor. Sin por ahora volver a insistir en ello, lo que sí hay que poner de manifiesto es el específico papel que juega la creciente complejidad de los procesos económicos, y, en el mismo contexto, la función que desempeña la unión monetaria, pues a partir de ellos de manera cada vez más notoria se demuestra la incapacidad interna de los Estados de ofrecer respuestas satisfactorias a las demandas económicas y sociales.

A partir de esta situación, se ven con mayor claridad los factores que llevan una progresiva aceptación, al menos desde las élites políticas y sobre todo económicas, de las dinámicas comunitarias, incluyendo las que se generan a partir del *management*, el papel de los expertos, la fragmentación de los ámbitos de decisión, etc., desde “un esquema distinto en el que en vez de los mecanismos clásicos de responsabilidad política se opta por dejar hacer y valorar según los resultados, contextualizado todo en el marco de un proceso de construcción del mercado común que hace más flexibles las exigencias hacia lo que la Comunidad hace o debería hacer, dependientes siempre de las necesidades del día a día del proceso...”⁴⁹⁰.

Aparecería de manera paulatina una especie de “lealtad comunitaria” (recogida además por el art. 10 TCE), de similares efectos a la noción de *Bundestreue* alemana, aunque basada en consideraciones que no se refieren, como es el caso de la lealtad federal, a la legitimidad ofrecida por un texto constitucional que expresa el pacto federal que las partes han aceptado como norma suprema, sino más bien a una legitimidad distinta, más referida al grado de eficacia en la consecución de los objetivos comunitarios y a la propia legitimidad formal otorgada por el cumplimiento de los requisitos procedimentales que dotan de validez a las normas.

⁴⁹⁰ Ibídem..

Hay que atender a la noción de legitimación formal o procedural pues está llamada a jugar un papel relevante en la comprensión de las implicaciones jurídicas del proceso de integración. Así es, sería un error explicar el proceso que describimos centrándonos sólo en la presencia de mecanismos de legitimidad por la eficacia y argumentos de tipo economicista, por mucha que sea la importancia que atesoren. Existen otro tipo de razones que vienen a reforzar el proceso y que explican en parte el grado de autonomía que el ordenamiento comunitario ha logrado adquirir especialmente en la última década. Tales razones aluden a la propia capacidad que tienen los mecanismos jurídicos para generar aceptación.

Volvemos así a nuestro planteamiento de partida que no es otro que el de la consideración del Derecho como instrumento de integración, y del análisis de las relaciones interordinamentales como punto de partida para la descripción de lo que la integración supone, que, como se ha venido insistiendo, debe apoyarse en el entendimiento de dicho proceso desde planteamientos pluralistas antes que monistas.

Tal y como había sido presentado, tras habernos acercado a las dinámicas institucionales que determinan el cómo de la toma de decisiones y una vez puesta de manifiesto su estrecha vinculación con la evolución de la dinámica normativo-competencial, llega por fin el momento de adentrarnos en el intento de aportar respuestas a los interrogantes que plantea el proceso de integración comunitaria en el marco de la transformación del Estado y de algunos de los conceptos capitales de la Teoría del Estado y de la Constitución.

CAPÍTULO SÉPTIMO. La interrelación ordinamental

1. Introducción

“...aunque es cierto que el Derecho comunitario y el nacional constituyen dos ordenamientos separados, no están simplemente yuxtapuestos, sino estrechamente imbricados”. Con esta frase, el TCF se expresaba en una sentencia de 13 de octubre de 1970, recogiendo la esencia de nuestro punto de partida.

Hasta el momento, hemos tenido ocasión de aludir a algunas muestras del grado de autonomía ordinamental alcanzado por el sistema jurídico comunitario, en el marco de los que se ha venido a denominar como su *constitucionalización* que, muy brevemente, hace referencia al proceso de consolidación de las notas de primacía y de efecto directo, proceso en el que ha jugado un papel determinante la labor del TJ especialmente a partir de su construcción jurisprudencial de protección de los derechos fundamentales. Paralelamente, deben destacarse las modificaciones introducidas en las distintas reformas de los Tratados originarios, principalmente por haber supuesto un notable avance en la ampliación competencial y en el incremento de la supranacionalidad de los mecanismos de decisión.

Ahora bien, el centro de la discusión que hemos ido desgranando no se halla en reconocer sin más que se deba hablar de ordenamientos separados, sino en la verdadera dimensión de la separación, esto es, el grado de autonomía de la que se está hablando. Si se quiere, de lo que se trata es de saber si existe la posibilidad de aceptar que los órganos internos estatales, y específicamente los órganos de control de constitucionalidad, puedan anteponer límites constitucionales a la aplicación del Derecho comunitario.

Así las cosas, el debate doctrinal se ha venido centrando hasta el momento, como hemos podido comprobar, en responder al interrogante sobre quién tiene la última palabra en caso de conflicto entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento constitucional estatal.

En las páginas anteriores se ha querido fundamentar que la igual insuficiencia de las visiones de corte *soberanistas* y *comunitaristas* se debe a que en último extremo ambas perspectivas comparten una visión monista (estatalista), por cuanto coinciden en la reivindicación del elemento nuclear del concepto 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.

Según se ha ido apuntando y va a ser ejemplificado en el presente capítulo, tales planteamientos, que convergen en la negación de la existencia de Derecho fuera del marco estatal, inhabilitan a las dos visiones para poder afrontar la explicación de un fenómeno en el que no puede identificarse una última fuente de Derecho que esté por encima de todas las demás.

El rechazo de los conceptos tradicionales de la Teoría del Estado liberal a la hora de describir el proceso de integración, utilizados ya sea para reivindicar la primacía última de los principios recogidos por las Constituciones estatales o para reclamar la incondicionada supremacía del orden comunitario, se basa en la necesidad de atender a la quiebra que tales conceptos vienen sufriendo en las últimas décadas, y especialmente a partir de la consolidación de los procesos de globalización económica.

Así es, en el contexto actual, por las razones que se expusieron, debe rechazarse el empeño por aferrarse a la unidad última del ordenamiento jurídico y a la posibilidad de solucionar los conflictos interordinamentales con base en un planteamiento jerárquico. La insistencia en dar por buena la necesidad de hallar en uno de los ordenamientos que entran en relación el fundamento último de la validez (o cuando menos de la aplicabilidad) de todas las normas que se aplican en el mismo territorio y para idénticos destinatarios, lleva en el contexto de la integración comunitaria al alejamiento de la realidad que pretende ser regulada.

A la hora de apostar por un modelo de explicación distinto, no monista, debemos partir de la interrelación entre los ordenamientos comunitario y estatal. Dicha interacción, hasta el momento ha sido identificada en el plano institucional comunitario, en la fase de la actividad decisional, en la que la propia estructura institucional comunitaria asegura la participación activa de los Estados miembros, y en concreto de sus ejecutivos. Se asegura así un trasvase competencial entre los Estados y la Comunidad cuya suma no es cero, como se ha insistido.

Pues bien, ahora ha llegado el momento de concretar el modo en que los dos ordenamientos de los que hablamos, el estatal y comunitario, siendo ordenamientos separados, no se hallan simplemente yuxtapuestos sino estrechamente imbricados, como

señala la sentencia del TCF citada al inicio. Se trata de analizar la interrelación ordinamental, no ya en la fase decisional sino en la de la aplicación de la norma.

A partir del análisis de los rasgos de dicha interrelación, y una vez demostrada su profundidad, estaremos en condiciones de proceder a la última parte del trabajo. Así es, una vez argumentada la imposibilidad de seguir recurriendo a los moldes teóricos tradicionales para el entendimiento del entramado institucional y normativo de la Comunidad, y vista la estrecha interrelación ordinamental, podremos sostener una idea que ya ha venido siendo apuntada como es la de la consideración de la UE como una *Unión de Estados integrados*, en los que la interrelación se erige como única manera de dar forma a una nueva realidad jurídico-política que se explica a partir de unos Estados transformados en buena parte, aunque no exclusivamente, por su pertenencia a la UE.

La descripción del escenario en el que se desarrolla el proceso de integración, va a intentar captarse, como también se dijera, desde una perspectiva estática, pues se trata de una consecuencia de la apuesta hecha a favor del Derecho como instrumento válido para dicha descripción, en el sentido de que, precisamente, el Derecho está llamado a dotar de cierta estabilidad a los procesos sociales y políticos que pretende regular.

Otra de las consecuencias de la opción por el Derecho es la necesidad última de desembocar en la contraposición entre soberanía y legitimidad, contraposición que fue ya puesta de manifiesto con anterioridad y que deberemos recuperar cuando una vez descrito el panorama que se abre ante el proceso de integración. De esta manera, tendremos también que responder sobre la posibilidad de la existencia de un constitucionalismo en el marco de una realidad en la que los Estados y las Constituciones estatales, pese a conservar gran parte de su protagonismo, no se erigen como últimos centros de imputación de todas las decisiones normativas.

El camino que nos proponemos, como puede advertirse, pretende acercarse cuanto sea posible al núcleo de la integración comunitaria y de las transformaciones que la misma supone para nuestro ordenamiento constitucional. Con ello, se quiere estar en condiciones de poder realizar una lectura completa de cuál es la realidad a la que se refiere la cláusula de integración contenida en el art. 93 de nuestra Constitución, objeto último de todo el análisis. Y es que sólo una vez que esa realidad haya emergido, podremos entonces posicionarnos respecto al modo en que nuestro ordenamiento la prevé, para entonces, si se

considera inadecuada, proponer, en los foros pertinentes, o bien la reforma constitucional, o bien la reformulación del proceso de integración. Lo que no es de recibo es que se pretenda conformar lo que la integración sea a partir de lo que creamos que dice el art. 93, pues dicha operación puede llevarnos a cerrar los ojos ante la magnitud de las transformaciones que la integración comporta, lo que a la postre equivale a dar el visto bueno a las mismas sin mayores cuestionamientos.

A continuación, se abordarán algunos de los aspectos más relevantes de la interrelación ordinamental a la que viene dando pie el proceso de integración, para después reafirmar con argumentos de mayor calado algo que sin duda constituye la pieza clave del rompecabezas que intentamos recomponer, cual es la dimensión de la autonomía del ordenamiento comunitario, verdadero anclaje del planteamiento pluralista que aquí se pretender defender.

2. La interrelación ordinamental como fruto del diálogo entre jurisdicciones

2.1 Introducción: el rechazo de la necesidad de proclamar un vencedor

La relación entre el ordenamiento comunitario y cada uno de los ordenamientos estatales, al versar sobre un territorio y unos destinatarios coincidentes, se adecua al esquema de la división competencial, de manera muy semejante a cualquier relación en el marco de entidades estatales descentralizadas, donde a los ordenamientos subestatales les corresponde un ámbito de actuación distinto que al ordenamiento estatal, ámbitos competenciales que se determinan de diversas maneras (sistema de listado único, de doble o triple listado, con cláusula residual, etc.), y que vienen recogidos en la Constitución y en las normas institucionales básicas de cada uno de los entes descentralizados.

Si no fuesen posibles los conflictos sobre la interpretación del alcance de los distintos ámbitos competenciales y en ningún caso pudiese afectar la regulación de uno de los entes sobre el ámbito de regulación del otro, las posibles diferencias entre el sistema comunitario y el de las realidades estatales descentralizadas se diluirían en su mayoría. Ahora bien, como sabemos, ninguna división competencial, ni siquiera la existente en modelos consolidados de descentralización federal, queda libre de posibles conflictos

interpretativos y es ahí cuando es necesario determinar el mecanismo de resolución de las posibles disputas, mecanismo que, en el esquema tradicional de la Teoría del Estado liberal que conocemos, se establece en la Constitución estatal, por su papel de norma suprema, fuente de fuentes y decisión fundacional de la comunidad política.

No vamos a detenernos en ejemplificar la especial dificultad que el sistema de distribución competencial recogido por los Tratados comunitarios imprime a la posibilidad de separar con claridad el ámbito de actuación de la Comunidad, el de los pilares intergubernamentales de los Estados, y el de los Estados por separado. Tan sólo bastará con recordar su opción por la determinación de finalidades a cumplir en lugar de listado de materias, y la existencia de mecanismos de asunción competencial abiertos como es el caso del art. 308 TCE, junto con la dificultad de delimitar el contenido jurídico de la cláusula de subsidiariedad¹.

Al margen de esa especial complejidad, que puede ser causa de un mayor número de conflictos, la cuestión más significativa que plantea el proceso de integración comunitaria es el hecho de no poder identificar con claridad quién tiene la última palabra, quien posee la *Kompetenz-Kompetenz*. A partir de esa indeterminación se ha erigido la discusión jurídica fundamental alrededor del proceso de integración europea, que no es otro que el que versa sobre la posibilidad o no de anteponer desde cada uno de los ordenamientos estatales limitaciones a la aplicación uniforme del Derecho comunitario en casos de contravención de principios esenciales del propio sistema constitucional. Los términos de la discusión ya han sido suficientemente analizados, por lo que no es necesario volver sobre ellos.

Pues bien, como se ha venido anunciando, la propuesta por la que aquí se va a apostar no va a consistir en situarse a uno u otro lado del conflicto, apoyando al TJ o a los tribunales constitucionales en su carrera por alzarse con la última palabra y ostentar la posición suprema a la hora de pronunciarse en último extremo sobre la aplicabilidad de las normas referidas al propio territorio.

Lo que se propone es rechazar la necesidad de proclamar un vencedor.

¹ Un clarificador resumen de las principales notas distintivas de dichos sistema puede hallarse en Roig Molés, E., “El procés post-Niça...”, ob. cit., páginas 1 a 6.

Y la propuesta es la interrelación. Que dos ordenamientos que comparten territorio y destinatarios entren en una relación de influencia mutua no es algo que deba sorprender. Ahora bien, cuando dicha interacción se convierte en la pauta de la relación y además se articula con semejante intensidad en términos recíprocos, podemos empezar a concebir la posibilidad de que la relación entre ambos ordenamientos no responda al patrón tradicional de jerarquía, esto es, que no acepte un tratamiento monista, en los términos que ya fueron referidos.

2.2 Breve alusión a la interrelación ordinamental en el plano de la producción normativa

En cuanto a la influencia del ordenamiento comunitario en los ordenamientos estatales, no hace falta insistir cómo interviene allí donde la normativa interna tiene por misión la ejecución o trasposición de regulaciones comunitarias contenidas en Reglamentos y Directivas, respectivamente. Al lado de tal afectación, que ha sido directamente aceptada por los Estados ya que parte de la distribución competencial operada por los Tratados, el Derecho comunitario deja su impronta también en otros espacios en los que pese a conservar el Estado su capacidad decisional, los márgenes en que puede ésta desarrollarse se ven condicionados o bien por tratarse de materias incluidas en los dos pilares no comunitarizados de la UE, o bien porque la amplitud de los objetivos comunitarios impide trazar una clara separación entre ámbitos materiales, con lo que de un modo u otro la regulación interna debe atender a la no obstaculización de las metas de la integración².

La influencia de los ordenamientos estatales, y de los intereses que éstos recogen, en las regulaciones comunitarias se deja sentir, como hemos tenido ocasión de referir, desde el proceso de formación de la voluntad comunitaria, donde a partir del entramado institucional y procedimental queda asegurada la participación activa de representantes estatales, y no sólo en el seno del Consejo sino también en el Parlamento Europeo. Así es,

² Ya se dijo que el TJ ha venido reiterando incluso en ámbitos en los que los Tratados no ofrecen una regulación específica, que 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 (...).” Sentencia de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*, ya citada).

el sistema de elección de los miembros del PE junto con la ausencia de partidos de verdadero índole europeo y la insuficiente conformación de una opinión pública europea, hacen que los diputados y diputadas del PE sigan vinculados a la defensa de los intereses del Estado del que provienen.

Centrándose en el terreno de la regulación en materia de derechos fundamentales, Rodríguez ha constatado lo que venimos viendo de la siguiente manera: “el correcto entendimiento de los procesos de integración jurídica sobre derechos fundamentales exige simultáneamente el análisis jurídico en un doble plano, el jurídico-supranacional y el jurídico-estatal; si la integración sólo se comprende como un proceso y éste se encuentra regulado por las normas que, desde la organización supranacional o desde el Estado, lo hacen evolucionar, es lógico pensar en la necesidad de integrar en el análisis exclusivo de las normas y las categorías jurídicas producidas en el seno de la organización supranacional no será suficiente para comprender el proceso de integración, del mismo modo que no lo será sustentar su análisis exclusivamente en el estudio de las normas propias del Estado. Resulta así imprescindible el estudio en un doble plano (...) que incluya normas de uno y otro ordenamiento, pues ambas regulan, cada una en un plano diferente, el proceso de integración”³.

En este ir y venir se produce un flujo continuo de principios y regulaciones que dotan a ambos sistemas normativos de una naturaleza compleja, de una autonomía recíproca enraizada en la dependencia mutua.

2.3 La interrelación en el marco del sistema jurisdiccional: la paulatina conformación de un *ius commune* europeo

2.3.1 Introducción

Tras el momento de la producción normativa, sin duda el lugar donde se confirma la intensidad de la interrelación es en el marco del sistema jurisdiccional. Como señala Alonso García, “es precisamente la labor de los tribunales la que hay que resaltar por

³ Rodríguez, A., *Integración europea...*, ob. cit., p. 45.

encima de la normativa que aplican, porque en esa labor se encuentra el germen de un Derecho común de alcance más general del que en principio resulta de los sectores normativamente europeizados”⁴.

Paradójicamente, allí donde con mayor fuerza se reivindica la necesidad de partir de un planteamiento jerárquico, al menos en último extremo, es donde se acaba de perfilar con claridad la naturaleza pluralista de la relación interordinamental.

Así es, la insistencia en seguir concibiendo la relación entre ambos ordenamientos en términos monistas, sin desprenderse por tanto del convencimiento sobre la pervivencia de un monopolio sobre la fuerza y la producción del Derecho aplicable en un determinado territorio, se da sobre todo en el plano en que el proceso de integración adopta su vertiente más puramente jurídica, esto es, en el plano jurisdiccional. Y es precisamente, como decimos, en este ámbito en el que de manera más contundente se confirma la dimensión de la interrelación.

2.3.2 Los vértices de la relación: el ejemplo de la protección de los derechos fundamentales

2.3.2.1 Introducción

Las muestras de la interrelación son diversas, aunque como sabemos hasta el momento el terreno más fértil, a la par que trascendente, ha sido el de los derechos fundamentales.

Es en este ámbito donde quizás de manera más intensa se comprueba el itinerario de la interrelación, ya que frente al ordenamiento comunitario y su máximo intérprete se sitúan dos vértices más, el de los ordenamientos estatales y el del CEDH y la jurisprudencia del TEDH. Incluso se debe apuntar un cuarto vértice, que es el de las organizaciones internacionales en las que o bien la Comunidad forma parte (como es el caso de la OMC), o

⁴ Alonso García, R., *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho Común Europeo*, Civitas, Madrid, 1989, páginas 227 y 228.

incluso sin formar parte se constituyen también en polo de la interrelación al ser miembros de la misma los Estados comunitarios.

2.3.2.2 El vértice estatal y la protección de los derechos fundamentales

Empezando por la influencia que los sistemas de protección estatales han aportado al sistema comunitario, no hace falta volver a recordar las características y la trascendencia del proceso que ha llevado que el ordenamiento comunitario cuente desde hace ya algunos años con medios propios para la salvaguarda de los derechos fundamentales⁵. Como sabemos, la paulatina configuración de la tutela pretoriana ejercida por el TJ en la materia ha venido conducida por un intenso diálogo con algunos de los tribunales constitucionales. Intenso y en ocasiones tenso diálogo puesto que la ausencia de garantías suficientes para la defensa del contenido de los derechos fundamentales ha constituido, y aunque más matizadamente aún hoy sigue constituyendo, uno de los puntos más débiles de todo el entramado comunitario, importante grieta que ha amenazado con llegar a resquebrajar la totalidad del edificio normativo.

La tarea del TJ en materia de protección de derechos fundamentales, iniciada con la sentencia sobre el asunto *Stauder*⁶ tras una primera fase inhibicionista en la que optó por entender que la protección de los derechos fundamentales no era ámbito de su competencia, constituye uno de los pilares del proceso de constitucionalización material del Derecho comunitario, y con ello de su primacía y aplicación uniforme. Dicho proceso ha sido

⁵ Muy tempranamente, en la sentencia sobre el asunto *Algera*, el TJ ya advirtió de su vocación por acudir a los ordenamientos internos: “el Tribunal, bajo pena de cometer denegación de justicia, está obligado a resolver inspirándose en las reglas conocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los Estados miembros”. Sentencia de 12 de julio de 1957 (*Algera*, asuntos acumulados 7/56 y 3 a 7/57, Rec. 1957).

⁶ Sentencia de 12 de noviembre de 1969 (*Stauder*, asunto 29/69). No hace falta proceder a un repaso, por lo demás reiterativo, de la evolución jurisprudencial del TJ en la materia. Son numerosas las aportaciones doctrinales que abordan un análisis de dicha evolución. Entre otras, cabe destacar en primer lugar las aportaciones de Weiler, J. H. H., Lockhart, J. S., “Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence”, *CMLRev*, vol. 32, 1995, páginas 579 a 627, trabajo que es respuesta al de O’Neill, A, y Coppel, J., “The European Court of Justice Taking Rights Seriously?”, *CMLRev*, vol. 29, 1992, páginas 669 a 692. Hay que resaltar asimismo otras aportaciones no menos interesantes: Weiler, J. H. H., “Eurocracy and Distrust...”, ob. cit.; Moitinho de Almeida, J. C., “La protección de los derechos fundamentales...”, ob. cit.; Biglino Campos, P., “¿De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales?”, *REP*, núm. 97, 1997, páginas 71 a 103; Rodríguez Iglesias, G. C., “La protección de los

entendido como fruto de la necesidad de ganar en legitimación en el marco de “un proceso de ponderación y búsqueda de equilibrio entre los dos platillos de la balanza, la plena eficacia de la normativa comunitaria, en el uno, y la efectiva tutela de los derechos y libertades (personales), en el otro”⁷, aunque en realidad hallar que hablar más exactamente de que ha sido resultado de la propia necesidad de garantizar la eficacia del Derecho comunitario (dada la amenaza de insubordinación planteada especialmente por la CCI y el TCF, en los términos que ya analizamos). En este sentido se pronuncia por ejemplo Weiler, para quien esa tarea de auténtica *Constitution-building* es en realidad el resultado de una operación propia de *jurists' prudence*, pues precisamente busca asegurar la aceptación de los principios de primacía y efecto directo por parte de los tribunales estatales, factor del que depende toda la construcción doctrinal del Tribunal de Justicia⁸.

Dado que los órganos encargados de manera ordinaria de la aplicación de la norma comunitaria son los jueces y tribunales estatales, la importancia que tiene acudir a principios compartidos por ellos resulta fundamental, y de ahí que haya que reconocer la habilidad demostrada por el TJ al extraer de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros⁹ y de la CEDH, como enseguida veremos, los principios generales del Derecho comunitario a partir de los que exigir el respeto de los derechos fundamentales. Con ello, el TJ ha logrado afianzar su autoridad y con ella la aceptación de la primacía del Derecho comunitario, incluso a partir de una protección de los derechos fundamentales muy teñida, especialmente en sus inicios, por consideraciones de carácter funcionalista respecto de la salvaguarda de los intereses comunitarios¹⁰.

derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en VVAA, *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993, páginas 203 y siguientes.

⁷ López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., p. 59.

⁸ Weiler, J.H.H., “La transformación de Europa”, ob. cit., p. 33.

⁹ Es en la sentencia sobre el asunto *Internationale Handelsgesellschaft* donde el TJ especifica por vez primera que “las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros” van a ser la fuente que le va a permitir determinar el contenido de los derechos que de los principios generales surgen. Sentencia de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70), ya citada. Posteriormente, en la sentencia sobre el asunto *Nold* se establece con claridad la obligación del TJ “a inspirarse en tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (...) no podría admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones de esos Estados”, garantizando pues, en principio, una especie de estándar máximo o de “igualación por arriba”. Sentencia de 14 de mayo de 1975 (*Nold*, asunto 4/73, Rec. 1975, p. 508).

Por otro lado, la extracción de tales principios (comunes, o presentados como tales¹¹), tiene un papel esencial en la conformación paulatina de un *ius commune europeo*,

¹⁰ El TJ ha establecido de manera general la legitimidad de someter los derechos “a ciertos límites justificables en virtud de los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre que no se afecte a la sustancia de dichos derechos” (sentencia ya citada sobre el asunto *Nold*). Reiterando esta idea, en su sentencia de 13 de julio de 1989 (*Wachauf*, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2609), señala el Tribunal que “pueden disponerse restricciones al ejercicio de dichos 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 y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la sustancia misma de dichos derechos”. Otra muestra de cómo el “interés comunitario” preside la interpretación de los derechos fundamentales lo constituye la sentencia sobre el asunto *Muy* parecidos son los términos empleados en la sentencia sobre el asunto *Bauer*, en la que ante la posibilidad de que un Estado invoque exigencias imperativas internas basadas en el cumplimiento de derechos fundamentales (en el caso concreto, el pluralismo de prensa) para justificar una disposición restrictiva de la libre circulación de mercancías (normativa austriaca que prohíbe la venta de periódicos que contengan en su interior juegos que otorguen premios), el TJ insiste que tal justificación, que puede darse, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y en particular de los derechos fundamentales, entre los que también figura la libertad de expresión (lo que le lleva en el caso a decretar la anticomunitariedad de la medida estatal). Sentencia de 26 de junio de 1997 (*Bauer*, asunto C-368/95, Rec. 1997, páginas I-3689 y siguientes).

¹¹ Así es, la operación que efectúa el TJ a la hora de extraer dichos principios comunes no consiste en una mera comparación entre los distintos ordenamientos para luego extraer sólo aquellas reglas que estuvieran presentes de manera idéntica en todos ellos; la labor que realiza es mucho más creadora, cumple una auténtica función pretoriana, y busca extraer el espíritu común que se revele de dicho análisis comparativo. A medida que el número de Estados aumenta, esa búsqueda se hace más difícil y no es infrecuente, y lo será menos en los próximos años, que el TJ adopte como principios comunes reglas que no son en realidad explícitamente compartidas por todos los Estados pero que quizás no suponen una contravención directa de ninguno de sus ordenamientos y se adecuan de manera conveniente a lo que entiende el TJ por interés comunitario. Es precisamente este interés el que mayor peso tiene a la hora de determinar el contenido de tales principios, y así ha preferido una variante incluso por encima de que sea mayoritaria entre los Estados otra lectura distinta (Así, el TJ ha llegado a aceptar como principio común la lectura que de la noción de *ejercicio de las funciones* realizaba tan sólo uno de los seis Estados miembros, rechazando la común a los restantes: sentencia de 10 de julio de 1969 (*Sayag*, asunto 9/69, Rec. 1969, p. 3219); ha rechazado explícitamente principios comunes a todos los Estados cuando los ha considerado incompatibles con las exigencias comunitarias (Sentencia de 11 de julio de 1968 (*Dausin*, asunto 26/67, Rec. 1968, p. 464); ha adaptado libremente los principios incorporados en base a la regla de la autonomía del Derecho comunitario (Sentencia de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70), ya citada; e incluso ha llegado a recurrir a principios propios de terceros Estados (Como ha sucedido especialmente en el ámbito del Derecho de la competencia, donde con frecuencia los principios aplicados derivan más bien del Derecho de los Estados Unidos de América. Sentencias de 13 de julio de 1966 (*Consten & Grundig*, asuntos 56 y 58/64, Rec. 1966, p. 429), de 25 de julio de 1972 (*ICI*, asunto 48/69, Rec. 1972, p. 619), o de 9 de noviembre de 1983 (*Michelin*, asunto 32/81). En este sentido, Alonso García nos recuerda cómo los Abogados Generales suelen rechazar siempre que la utilización de un determinado principio esté sujeta a que sea compartido en un número específico de Estados miembros o que haya que optar en todo caso o bien por un máximo o un mínimo denominador común. Los criterios seguidos se centran, por el contrario, básicamente en dos tipos de reglas: por una lado la de la *mayor progresividad*, en virtud de la cual se debe buscar el mejor equilibrio posible entre la necesidad de proteger las prerrogativas de los poderes públicos en aras del interés general y la autonomía del ciudadano que debe quedar resguardada frente a posibles excesos de los poderes públicos; por otro lado, la idea del *carácter funcional de la incorporación*, que debe llevar a considerar el principio, o la lectura que del mismo se realice, en función del ordenamiento en el que va incidir. Estos dos principios son los que plasmó el Abogado General Römer en sus Conclusiones previas a las sentencias del TJ de 16 de junio de 1971 (*Duraffour*, asunto 18/79), de 2 de diciembre de 1971 (*Aktien*, asunto 5/71, Rec. 1971, p. 975) y de 13 de

una serie de reglas y principios compartidos que progresivamente se van afianzando en dos sentidos: desde el Derecho comunitario hacia los distintos ordenamientos nacionales y a la inversa, ya que la relación de influencia que se establece es recíproca.

2.3.2.3 El CEDH como tercer vértice de la relación

Esta dinámica interactiva se ve además potenciada por la presencia de un tercer vértice en la relación constituido por el sistema del CEDH, como ya sabemos. Pese a que no le dediquemos una atención pormenorizada, no hay que olvidar la trascendencia del CEDH en el debate sobre la interrelación ordinamental.

Por un lado, el TJ ha incorporado el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en su construcción pretoriana del sistema de protección de los derechos fundamentales, como posteriormente ha venido a recoger el art. F2 del TUE (actual art. 6.2).

Así, ya desde la sentencia sobre el asunto Nold, de 14 de mayo de 1975¹², precisa el TJ que no sólo serán esas tradiciones comunes estatales las que inspiren al TJ sino que éste podrá acudir a “los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han colaborado o de los que sean signatarios”, alusión que comporta un reconocimiento especial de la función del CEDH, del que actualmente forman parte todos los miembros de la Comunidad, con lo que su texto viene a garantizar un estándar mínimo europeo del que partir ya que al ser común a todos los Estados no cabrá en ningún caso reducir el nivel de protección que dispensa.

De todos modos hay que señalar que de la jurisprudencia del TJ se deduce claramente que el CEDH no tiene más que un carácter eminentemente inspirador, es un texto que “conviene tener en cuenta”¹³, pero que “no vincula a la Comunidad en cuanto tal y no constituye un elemento de Derecho comunitario”¹⁴. Por otra parte, como nos recuerda

noviembre de 1973 (*Werhen*, asuntos acumulados 63-69/72, Rec. 1973, p. 1229). Según cita Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., p. 240.

¹² Sentencia de 14 de mayo de 1975 (*Nold*, asunto 4/73, Rec. 1975, p. 508).

¹³ Sentencia de 15 de mayo de 1986 (*Johnston*, asunto 222/84, Rec. 1986, p. 1651).

¹⁴ Conclusiones del Abogado General Slynn en la sentencia de 7 de junio de 1983 (*Musique Diffusion Française*, asunto 100/80, Rec. 1983, p. 1825).

Sáiz Arnáiz, en realidad sólo muy recientemente ha empezado el TJ a citar expresamente decisiones propias del sistema del CEDH¹⁵.

Ahora bien, y pese a que el TJ trate siempre de conservar el carácter autónomo del ordenamiento comunitario interpretando el CEDH a la luz de los intereses comunitarios, lo cierto es que su alto valor simbólico y su carácter de norma de mínimos hace que su ascendencia sobre el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales sea muy importante.

Desde el otro lado de la relación, hay que recordar, con Alonso García, que “tras un largo período de consideración del Derecho comunitario como algo alejado al sistema CEDH, habida cuenta de que la Comunidad no es Parte Contratante de éste (lo que excluiría el control directo de la actividad de las Instituciones comunitarias por el TEDH), Estrasburgo, y en concreto la Comisión (*M&Co*, 9 de febrero de 1990, nº 13258/87), comenzó a dejar claro que «los Estados miembros responden de todos los actos y omisiones de sus órganos domésticos supuestamente contrarios al Convenio con independencia de que los actos en cuestión sean consecuencia del Derecho interno o de la necesidad de cumplir con obligaciones internacionales» (...). Abiertas así tímidamente las puertas de un posible control de la actividad de los Estados miembros de la Unión –y también partes contratantes del CEDH- desarrollada en ejecución del Derecho comunitario, el propio TEDH, en el asunto *Cantoni*, 15 de noviembre 1996, no dudó en controlar, a la luz del principio de legalidad consagrado en el CEDH, determinada legislación francesa dictada en fiel ejecución del Derecho Comunitario (...). Ello, en última instancia, significaba asumir un control materialmente directo del Derecho Comunitario, a través de su ejercicio sobre la actividad ejecutora de los Estados miembros en términos reglados, o lo que es igual, careciendo de margen de apreciación”¹⁶.

Con dicho control, el TEDH se pretende asegurar la última palabra en la protección de los derechos fundamentales en el ámbito territorial de los Estados parte del Convenio,

¹⁵ En sentencias del TJ de 30 de abril de 1994 (*P.c.S. y Cornwall County Council*, asunto 13/94, Rec. 1994, p. I-2164), de 12 de diciembre de 1996 (*Procesos penales contra X*, asuntos acumulados 74 y 129/95, Rec. 1996, p. I-6637) y de 17 de febrero de 1998 (*Grant*, asunto 249/96, Rec. 1998, p. I-621), en los que se remite a cinco decisiones de la Comisión y dos sentencias del TEDH. Sáiz Arnáiz, A., *La apertura...*, ob. cit., p. 177.

¹⁶ Alonso García, R., “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *GJ*, núm. 209, 2000, páginas 6 y 7 (páginas 3 a 17).

independientemente de la conexión comunitaria de la norma interna de que se trate. Ahora bien, y sin detenernos más en la problemática, hay que recordar que tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el TEDH se han mostrado extremadamente cautos, cuando no inoperantes, cuando les ha tocado conocer de casos en los que las posibles vulneraciones de derechos arrancaban de actos o normativa con conexión comunitaria, especialmente cuando sobre tales supuestos el TJ ya había confirmado la ausencia de contradicción con el Derecho comunitario y el contenido de los derechos fundamentales por el mismo garantizado¹⁷. Sólo el reciente asunto Matthews viene a suponer una alteración de tal realidad¹⁸.

2.3.2.4 El papel de organizaciones supracomunitarias: la OMC

¹⁷ Sanz Caballero se ha encargado de repasar caso por caso los supuestos en los que se han presentado demandas ante el TJ y después ante el sistema de protección del CEDH sobre el mismo asunto de fondo, comprobando la habilidad con la que la Comisión de Derechos Humanos o el TEDH han logrado esquivar el conflicto con el TJ. Así por ejemplo, en el asunto *Sacchi*, resuelto por el TJ sin observar vulneración de derechos alguna por parte de la normativa comunitaria, la Comisión Europea de Derechos Humanos rehuyó entrar en el fondo aludiendo falta de agotamiento de las vías internas (Decisión de 12 de marzo de 1976, demanda núm. 6452/74, Serie B, vol. 5, p. 43). En el caso *CFDT* (Decisión de 10 de julio de 1978, demanda núm. 8030/77, Serie B, vol. 13), de nuevo la Comisión rehuyó entrar en el fondo esta vez por tratarse de normativa directamente comunitaria. En el caso *M & Co.* (Decisión de 9 de febrero de 1990, demanda núm. 13258/87, Serie B, vol. 64), en el que el TJ consideró que no existía vulneración de garantías procesales del procedimiento sancionador en un asunto de control de la libre competencia, de nuevo la Comisión Europea de Derechos Humanos evitó entrar en el fondo por considerarse incompetente para valorar la actuación de la Comisión de las CCEE. Finalmente, en el caso *Open Door* (Sentencia de 29 de octubre de 1992, Serie A, núm. 246-A), que recoge el fondo del asunto *Grogan* resuelto por el TJ, al que posteriormente se aludirá, el TEDH acaba resolviendo a favor de los demandantes en protección del derecho de libertad de expresión, derecho no amparado por el TJ pero porque prefirió no entrar en el fondo del asunto por considerar que se trataba de una materia externa al Derecho comunitario. Sanz Caballero, S., “El control de los actos comunitarios por el TEDH”, *RDCE*, núm. 10, 2001, páginas 479 a 494 (páginas 473 a 513).

¹⁸ Así es, la novedad llega con el asunto *Matthews c. Reino Unido* (Sentencia de 18 de febrero de 1999) en el que una gibraltareña consigue acceder al TEDH para reivindicar el ejercicio del derecho de sufragio activo a las elecciones al PE, excluido por la normativa británica en la materia, y que, en efecto, el TEDH acaba considerando conculado. De esta manera, aun sin existir una confrontación con alguna resolución del TJ, lo cierto es que se da una contradicción con una norma comunitaria acordada además por todos los Estados miembros a través de la adopción de la Decisión del Consejo 76/787 y del Acta Electoral Europea de 20 de septiembre de 1976. Ante todo ello, Sanz Caballero acaba concluyendo que “si bien la inhibición de la Comisión Europea de Derechos Humanos ha salvado el desencadenamiento de situaciones límites, los indicios apuntan a que, en un futuro, el panorama no resultará libre de interferencias”. Sanz Caballero, S., “El control de los actos...”, ob. cit., p. 512. Sea como sea, lo cierto es que no hay que perder de vista este tercer vértice, pues la única manera de evitar los conflictos anunciados por la autora consistirá en una correcta interrelación entre los tres ámbitos. Un comentario sobre la resolución del TEDH citada se halla en Sánchez Rodríguez, L. I., “Sobre el Derecho. Internacional, de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (A propósito del asunto *Matthews c. Reino Unido*)”, *RDCE*, núm. 5, 1999, páginas 95 a 108

Finalmente hay que añadir un cuarto vértice, que viene dado por la adhesión tanto de los Estados miembros como de la propia Comunidad a la OMC, organización internacional cuyos acuerdos, guiados por la doctrina del libre comercio, tienen, como sabemos, una repercusión económica y jurídica capital. Pero hay que precisar que, de nuevo, estamos ante un vértice que no sólo es fuente de influencia, sino que también es influenciado, de modo que finalmente se tejen los distintos hilos de la red de relaciones que venimos tratando de describir.

Como señala Alonso García, la influencia comunitaria no es sólo de creación de Derecho aplicable a las relaciones concretas: participa en la creación, ella misma, de los principios estructurales de las entidades supraregionales de ordenación económica como la OMC. Ese flujo constante entre Derecho nacional y Derecho comunitario sube un escalón y en su bajada se proyecta con una fuerza duplicada sobre los ordenamientos nacionales; en la medida que disponen de dos instrumentos para lograr su cumplimiento: el comunitario europeo y el propio de resolución de conflictos que hay previsto la organización internacional. Las consecuencias de la globalización económica han colocado a la Comunidad con respecto a las organizaciones generales de regulación económica en una posición similar a la que tienen los Estados con respecto a aquélla¹⁹.

2.3.3 Pronunciamientos del TJ que ejemplifican el acercamiento interordinamental

2.3.3.1 Introducción

Los elementos de la influencia desde los órganos jurisdiccionales estatales hacia el TJ ya los conocemos, pues los analizamos por medio de la jurisprudencia del TC, el TCF y la CCI. Ahora bien, a partir de ahí no podemos deducir que el análisis de la jurisprudencia del TJ nos ha de llevar a supuestos en los que el TJ trata imponer sin más los criterios

¹⁹ Según recoge González García en su recensión de la obra de Alonso García, R., *Derecho comunitario y Derechos nacionales. Autonomía, integración e interacción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999. González García, J. V., “El Derecho público interno y el Derecho comunitario (A propósito del último libro de R. Alonso García, Derecho comunitario y Derechos nacionales. Autonomía, integración e interacción)”, *REDC*, núm. 60, 2000, p. 354 (páginas 351 a 357).

propios, dibujando así un esquema de relación bidireccional en el que ambos polos tratan sin más de trasladar hacia el otro caracteres propios.

Trasladar dicha imagen sería erróneo por varias razones. En primer lugar, según ya dijimos, no es cierto que pueda hablarse de una relación bipolar entre los Estados y la Comunidad/UE, sino que, al margen del importante papel del CEDH y del resto de la normativa internacional en materia de derechos humanos, y dejando de lado la diversidad de intereses que confluyen en el interior del Estado, existen otros centros de los que emana una influencia destacable, como por ejemplo acuerdos como el de la Organización Mundial del Comercio (OMC, anterior GATT) que constituye referente obligado del proceso de globalización económica y del que tanto los Estados miembros como la CE son parte. Hay que añadir también el papel de los grupos de presión, y cómo unos y otros encuentran en el proceso de integración un espacio distinto, de flujos constantes de regulaciones que se determinan en función de múltiples variables y que acaban modificando sustancialmente los parámetros jurídicos tradicionales, como ya se apuntó en el anterior capítulo y según tendremos ocasión de volver a retomar.

Dejando de momento las cuestiones recién señaladas, aunque no deban nunca perderse de vista, el segundo elemento que nos impide concebir la interrelación simplemente como un intercambio de influencias desde dos extremos enfrentados, es el modo en que en muchas ocasiones la misma tiene lugar. No se trata de que cada ordenamiento logre, frecuentemente veces por medio de resoluciones de sus órganos jurisdiccionales más cualificados, imponer sobre el otro una determinada opción, sino que las propias resoluciones jurisdiccionales ya contienen muchas veces el resultado de la interacción.

Dicho esto, procederemos a realizar un repaso en el que se pretende poder recoger a partir de la jurisprudencia del TJ muestras de las distintas facetas de la interrelación. En primer lugar, se situará el terreno del debate poniendo de manifiesto el carácter real del conflicto entre normas de los distintos ordenamientos y las muestras de *judicial restraint* del TJ ante dicha situación; posteriormente, se acudirá a supuestos en los que el TJ ha venido a forzar una reformulación de algunas premisas aproximación del sistema jurídico británico, acercamiento como es obvio especialmente significativo; por último, antes de poder extraer algunas conclusiones, se analizarán los pronunciamientos del TJ sobre los

asuntos *Peterbroeck* y *Van Schijndel*, pues ejemplifican de manera excelente los términos de la interrelación.

2.3.3.2 El carácter real del conflicto y el *judicial restraint* del TJ

No hay que perder nunca de vista que el conflicto entre normas de los ordenamientos estatales y normas comunitarias no es un supuesto, como en ocasiones ha parecido plantearse, meramente hipotético, sino real. La idea que queremos mostrar es que de lo que se trata es de tratar de solventar tales conflictos no desde la perspectiva internORMATIVA, que lleva inevitablemente a planteamientos monistas, sino desde la perspectiva interordinamental.

Así es, como vimos al referirnos a la jurisprudencia del TC, el TCF y la CCI, los conflictos pueden darse, aunque hasta el momento los respectivos órdenes jurisdiccionales los han subsumido en un diálogo, en ocasiones amenazante, que ha logrado vehicular la interrelación de la que venimos hablando. Dejando para más adelante la discusión en torno a la necesidad de replantear los términos del diálogo, nos referiremos ahora a algunos supuestos que ejemplifican cómo se ha tratado de diluir el conflicto.

En el caso *Hoechst*²⁰ se discutía la posibilidad de que la Comisión impusiera una multa a una empresa que se negó a admitir la entrada de Agentes de la Comisión para la realización de una investigación en defensa de la competencia. La empresa recurrente, por la vía del recurso de anulación del actual art. 230 TCE, alegó la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio ya que la Comisión no contaba con autorización judicial para realizar la investigación. Ante tal situación, el TJ basó su decisión en el hecho de que el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio particular de las personas jurídicas no viene recogido por todas las normativas estatales, y que el CEDH tampoco lo incluye necesariamente. Por tal razón, resolvió que lo que había que asegurar era que la intervención de las autoridades públicas en la esfera privada de cualquier persona, física o jurídica, tuviese fundamento legal suficiente de modo que exista protección frente a las

²⁰ Sentencia de 21 de septiembre de 1989 (*Hoechst*, asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Rec. 1989).

intervenciones arbitrarias o desproporcionadas. Es ahí donde encontró el TJ el principio general del Derecho comunitario a proteger.

De todas formas, una vez sentada la visión restrictiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que acabó haciendo el TJ fue apoyarse en la autonomía institucional estatal pues, en función del Reglamento aplicable, correspondía a los Estados miembros regular las formas en las que prestar la asistencia de las autoridades nacionales a los Agentes de la Comisión. De esta manera, vemos cómo pese a rechazar la posibilidad de reconocer el derecho en su máxima amplitud (el estándar máximo), el TJ opta por mostrarse cauto y no enfrentarse a los sistemas en los que se exige la autorización judicial previa, salvando la situación, que resulta más beneficiosa para la eficacia de la actividad de la Comisión, con base en el principio de autonomía institucional.

El caso *Grogan*²¹, parte de una demanda presentada contra quienes habían editado y distribuido una guía de salud en la cual se informaba sobre clínicas londinenses que practicaban abortos. La jueza que conoce del caso decide suspender el procedimiento e interponer un recurso prejudicial ante el TJ por considerar que podía estar en juego la efectividad de la libre recepción y prestación de servicios en otro Estado miembro. El conflicto pues llegaba al TJ en los siguientes términos: debía valorar la comunitariedad de una normativa estatal que, afectando a la libertad de expresión e información, prohibía la difusión de información sobre clínicas situadas en otro Estado miembro en las que se realizaban prácticas abortivas.

Pues bien, en su resolución el TJ opta por no entrar en el fondo del caso alegando que no era un caso en el que se pudiera en peligro la efectividad de la norma comunitaria ya que no existiendo relación alguna entre las demandantes y las clínicas publicitadas, no concurría un asunto concerniente a la libre prestación de servicios.

Como bien advierte Pi i Llorens, el caso *Grogan* no es tanto una muestra de desinterés del TJ por la protección de los derechos fundamentales, como un ejemplo de

²¹ Sentencia de 4 de octubre de 1991 (*Grogan*, asunto C-159/90, Rec. 1991, páginas I-4685)

*judicial restraint*²², comedimiento del que el TJ ha hecho gala en otros supuestos como el del caso *Demirel*²³.

En efecto, lo que hace el Tribunal de Luxemburgo es acudir a la necesaria existencia de un interés económico por parte de quien difunde la información para poder situarlo en el ámbito comunitario de la libre prestación de servicios, tal y como había sucedido en el asunto *GB-INNO-BM*²⁴. Pero como advierte el Abogado General en sus conclusiones, se trata de un argumento endeble ya que si, tal y como se señaló en la sentencia recién citada “la libertad del consumidor de abastecerse en otro Estado miembros peligraría si se le negara el acceso a la publicidad disponible en el país de compra (...)” difícilmente se pueda sostener que “sería de otro modo tratándose de informaciones

²² Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., páginas 121 y 122.

²³ Así es, en la sentencia de 30 de septiembre de 1987 (*Demirel*, asunto 12/86, ECR. 3719), de nuevo el Tribunal declara su incompetencia para controlar el respeto del CEDH por una normativa estatal que se sitúa “fuera del ámbito comunitario”, cuando, además, dicho alejamiento no resulta tan palmario. En el asunto *Demirel*, se plantea la compatibilidad de una orden de expulsión de territorio alemán de una ciudadana turca casada con un ciudadano turco legalmente establecido en Alemania, por expiración de su visado (expedido con finalidad de visita y no de reunificación familiar). Un dato relevante es la existencia de un Acuerdo de Asociación entre la CEE y Turquía cuyo art. 12 establece que las partes deben asegurar de modo progresivo la libre circulación de trabajadores en los términos de los artículos 48 a 50 del TCEE. Dada la inexistencia de regulación comunitaria alguna en materia de unificación familiar, el TJ, apelado a pronunciarse sobre la compatibilidad entre el orden estatal de expulsión y la protección del respeto a la vida familiar reconocido por el art. 8 CEDH, señala que “aun cuando es deber de este Tribunal asegurar la observancia de los derechos fundamentales en el campo del Derecho comunitario, no tiene porque examinar la compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de una legislación nacional que está fuera del ámbito del Derecho comunitario”, y dado que no existe previsión comunitaria alguna al respecto que deban ser ejecutadas por el órgano competente nacional, el Tribunal no tiene jurisdicción para enjuiciar la compatibilidad entre el acto estatal y el CEDH. De todas formas, tal y como señala Alonso García apoyándose en la opinión de Weiler, la posición del TJ puede ser cuestionada ya que estando ante un supuesto típico de competencias concurrentes en el que aun no ha intervenido la Comunidad, la propia jurisprudencia comunitaria concibe que “el apoderamiento de los Estados miembros en tanto no interviniere la Comunidad, lejos de ser absoluto, quedaba sometido al respeto de las disposiciones del Tratado, incluidos los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario cuyo respeto asegura el Tribunal de Justicia”. Y además, en el caso que se juzgaba, el art. 12 del Acuerdo imponía a las partes el reconocimiento progresivo de la libre circulación en los términos de los artículos 48 a 50 TCEE, en los que se regula la libre circulación de trabajadores con prohibición de discriminación alguna respecto de las condiciones de trabajo. Es más, en la sentencia *Rutili*, el TJ, a la hora de controlar el margen de apreciación de la noción de orden público como posibilidad de introducir algún tipo de restricción por parte de las autoridades estatales, vinculó tal libertad de circulación al derecho al respecto de la vida privada y familiar del art. 8 CEDH. Con ello, y siguiendo además la jurisprudencia del TEDH en la materia (concretamente la sentencia *Berrehab*, de 21 de junio de 1988), no parece exagerado cuestionar, como lo hace Alonso García, “si resulta metodológicamente correcta una separación tan nítida entre los distintos elementos integrantes de la libre circulación de los trabajadores, concretamente de las condiciones de acceso al empleo (...), y de las condiciones de reagrupación familiar”. Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., páginas 652 a 654.

²⁴ Sentencia de 7 de marzo de 1990 (*GB-INNO-BM*, asunto C-362/88, Rec. 1990, páginas I-667 y siguientes).

relativas a un servicio (...)"²⁵, por mucho, se entiende, que no exista interés económico en la difusión de la información.

Como ha señalado Alonso García, el problema de la decisión del TJ se halla únicamente en el criterio que le lleva a excluir la actividad prohibida del interés comunitario, por considerar tan sólo la (ausencia de) relación entre el prestador de la información y el prestador del servicio, obviando por completo el destinatario del servicio, argumento que sí había sido en cambio utilizado por el TJ en la sentencia de 31 de enero de 1984 (*Luisi y Carbone*, asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. 377) entendiendo que se trataba de un “complemento necesario” en la configuración de la libre prestación de servicios.

De todas formas, como reconoce el propio Alonso García, puede defenderse también la decisión *Grogan* por cuanto el TJ se limita a responder en los términos que el reenvío prejudicial exige: la resolución del caso concreto, sin, por otra parte, negar el acceso a la información como corolario de la libre prestación de servicios. Por otra parte, tal y como relata el mismo autor, hay que ubicar la decisión del TJ en un contexto de provisionalidad, pues se estaba a la espera de una sentencia del TEDH sobre las medidas irlandesas de prohibición de todo tipo de información en la materia, cuestión que consideraría desproporcionada el citado tribunal en su sentencia de 29 de octubre de 1992. Nos hallamos pues ante un magnífico ejemplo de la interrelación entre los tres órdenes actuantes en materia de derechos fundamentales: el estatal, el comunitario y el del CEDH²⁶.

Adviértase, con Pi i Llorens, de la encrucijada ante la que se enfrentaba el TJ: si hubiera reconocido que la prohibición irlandesa entra dentro del campo del Derecho comunitario debería haber realizado un control de la misma con el parámetro de los derechos fundamentales que el TJ garantiza como principios generales del Derecho. Pero ¿qué derecho fundamental debe proteger el TJ: el derecho a la vida del feto proclamado por la Constitución irlandesa, o el derecho de libertad de expresión, común a todos los ordenamientos de los Estados miembros y consagrado en el art. 10 CEDH²⁷.

²⁵ Conclusiones del abogado general Van Gerben al asunto *Grogan*, presentadas el 11 de junio de 1991.

²⁶ Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., páginas 654 a 661.

La conclusión de la autora es que no puede hablarse de una “invasión” del TJ de áreas reservadas a las jurisdicciones nacionales, “sino como una manifestación más de la naturaleza y las características del ordenamiento jurídico comunitario, tal y como ha sido definido y precisado a lo largo de la obra jurisprudencial del TJCE”²⁸.

2.3.3.3 La interrelación ordinamental en el terreno del sistema jurídico británico a partir de las medidas de aseguramiento de la aplicación del Derecho comunitario

Quizás los mejores ejemplos del modo cómo se va conformando esa aproximación de los distintos ordenamientos bajo el influjo de la interrelación halla que ir a buscarlos referidos al ámbito del *Common Law* británico, por las diferencias que presenta respecto de la tradición continental.

En este sentido, merece la pena destacar en primer lugar el pronunciamiento del TJ sobre el asunto *Factortame I*, que es además una buena muestra de cómo no sólo es el sistema comunitario el que se nutre de los materiales ofrecidos por los ordenamientos estatales o el CEDH, sino que también el Derecho comunitario y la jurisprudencia del TJ vienen ejerciendo una notable influencia sobre dichos ordenamientos.

La sentencia sobre el asunto *Factortame I*²⁹ resuelve un recurso prejudicial presentado por la *House of Lords* en el que se le pedía al TJ que clarificara si para asegurar

²⁷ Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 122. La misma autora cita otro caso que demuestra el *judicial restraint* del TJ en cuanto a derechos fundamentales se refiere. Se trata de la sentencia de 18 de diciembre de 1998 (*Annibaldi*, asunto C-309/96, Rec. 1997, páginas I-7493 y siguientes) en la que el TJ opta por no pronunciarse sobre la afectación del derecho de propiedad provocada por una decisión de las autoridades italianas según la cual un particular no podía realizar una determinada plantación en su finca, colindante con un parque natural. El TJ precisó que pese a tratarse de una actividad agrícola, no afectaba a la organización común de mercados y no podía considerarse dentro del ámbito comunitario. Es decir, como señala Pi i Llorens, no basta cualquier relación con una política comunitaria, sino que debe haber un nexo más directo entre las decisiones de una autoridad estatal y el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria. Ibídem, páginas 122 y 123. Hay que tener en cuenta que, como se dijo, el TEDH llegó a conocer del asunto, aunque a partir de la demanda presentada por unas asociaciones feministas, y resolvió a favor de la parte demandante, entendiendo que la prohibición total de informar sobre servicios médicos abortistas constituía una injerencia contra la libertad de expresión excesivamente amplia y desproporcionada, que podía acrecentar la práctica de abortos clandestinos y abocar a consecuencias nefastas a mujeres sin medios de información suficientes. Sentencia del TEDH sobre el asunto *Open Door*, ya citada.

²⁸ Ibídem, p. 123.

²⁹ Sentencia de 19 de junio de 1990 (*Factortame*, asunto C-213/89, Rec. 1990, I-2433). Concretamente el asunto *Factortame*, que dio pie a varias resoluciones tanto de órganos británicos como del TJ, se inicia a

la protección de derechos previstos por el ordenamiento comunitario, los tribunales estatales estaban capacitados para establecer medidas cautelares aun en los supuestos en los que la normativa interna no previera tal competencia. Así es, en Derecho británico, los tribunales no están habilitados para disponer medidas cautelares suspensivas contra actos formalmente atribuibles a la Corona o al Parlamento británico, de acuerdo con el principio constitucional de *Parlament Sovereignty* establecido a finales del s. XVII (proclamado por Blackstone como principio esencial de la Constitución), por mucho que se hallen recurridas y de su aplicación se deriven perjuicios irreparables para particulares.

Pues bien, ahorrándonos un comentario más detenido³⁰, el TJ resolvió con claridad, reafirmando una consolidada jurisprudencia que parte del asunto *Simmenthal*³¹, que “las normas de aplicabilidad directa del Derecho comunitario (...) deben ser plena y uniformemente aplicadas en todos los Estados miembros”, de modo que “sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario

partir de la demanda planteada por unas compañías creadas en Inglaterra pero controladas por nacionales españoles y que eran propietarias de barcos de pesca a los que se denegó la inscripción en el Registro de barcos ingleses, y la posibilidad de faenar en aguas territoriales, con base a las previsiones de la *Merchant Shipping Act* de 1988, cuya inaplicación se exigía para el caso concreto por contravención de los artículos 7 y 52 del TCEE (principio de no discriminación por razón de nacionalidad y libertad de establecimiento).

³⁰ Análisis efectuado por varios autores. En este sentido, destacan sin duda las aportaciones de García de Enterría, E., en “El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo”, *REDA*, núm. 63, 1989, páginas 411 a 432; “Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español”, *REDA*, núm 64, 1989, páginas 593 a 605; “La sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *REDA*, núm. 67, 1990, páginas 401 a 420; “Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho comunitario: la Sentencia *Zuckerfabrik* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991”, *REDA*, núm. 72, 1991, páginas 537 a 551; “La sentencia *Factortame II* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 25 de julio de 1991, sobre el fondo de compatibilidad con el Derecho Comunitario de la *Mercant Shipping Act* de 1988, inglesa, de reserva de pesca. Derecho estatal de abanderamiento de buques y libertad de establecimiento según el Derecho Comunitario”, *REDA*, núm. 73, 1992, páginas 67 a 76; finalmente el mismo autor recoge tales trabajos (excepto el último) en su libros sobre *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 1992 (existe una segunda edición de 1995). Así es, como ha recogido Fernández Martín, se trata de un caso que despertó una merecida atención en medios académicos como por ejemplo: Hanna, “Community rights all at the sea”, *Law Quarterly Review*, 1990; Oliver, D., “Fishing on incoming tide”, *CMLRev*, vol. 27, 1990, página 573 y siguientes; Barav, Simon, “Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l’affaire *Factortame*”, *RMC*, 1990, páginas 591 y siguientes. Fernández Martín, J. M., “El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario. Evolución y alcance”, *RIE*, núm. 3, 1994, p. 861 (páginas 845 a 896), artículo en el que, a su vez, dedica una atención destacada a la sentencia *Factortame I*. Ver también González Giménez, J., “La aceptación por la Cámara de los Lores de la responsabilidad patrimonial del Reino Unido en el asunto *Factortame*”, *RDCE*, núm. 7, 2000, páginas 195 a 208.

³¹ Sentencia de 9 de marzo de 1978 (*Simmenthal*, asunto 106/77, Rec. 1978).

toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al juez competente para aplicar el Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias” (considerando 20).

El TJ establece de forma diáfana que el órgano judicial británico no sólo puede sino que está obligado a disponer las medidas cautelares necesarias para asegurar la eficacia de las previsiones comunitarias, a poder ser mediante medidas previstas por la normativa propia, aunque en caso de no existir tales previsiones el juez o tribunal deberá ponerlas igualmente en práctica, creando de tal forma los mecanismos procesales pertinentes. De este modo, y a los efectos que ahora nos interesan, mediante la aplicación del Derecho comunitario se produce la incursión en el sistema judicial británico de un impulso para una más completa protección del derecho a la tutela judicial efectiva, incluso frente a principios esenciales del constitucionalismo británico como el de la incondicionada soberanía parlamentaria, que quedaría matizada a partir de la aceptación parlamentaria de la entrada en las Comunidades Europeas mediante la *Communities Act* de 1972.

Un supuesto parecido es el que nos ofrece el asunto *Marshall II*³² de nuevo como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por la Cámara de los Lores. La cuestión a resolver versaba sobre si el Derecho comunitario, y concretamente la eficacia de las previsiones de la Directiva 76/207, podía llegar a exigir la inaplicación de una normativa británica según la cual en las indemnizaciones por discriminación laboral por razón de sexo existía un límite máximo objetivo. En su resolución, el TJ, dejando de lado la cautela propuesta por el Abogado General en sus conclusiones, dispuso que las medidas de protección que cada Estado ha de emplear han ser capaces de asegurar la efectividad de las previsiones comunitarias, de modo que si el modo escogido por el ordenamiento estatal es

³² Sentencia de 2 de agosto de 1993, (*Marshall II*, asunto C-271/91, Rec. 1991). El caso ha sido comentado por Fernández Martín, J. M., “El principio de tutela...”, ob. cit., páginas 875 a 881, donde recoge con detenimiento la complejidad del supuesto, que más allá de los aspectos que nos interesan ahora, resulta un compendio de la problemática sobre la aplicabilidad de las Directivas. También puede verse Lirola Delgado, “La transposición y aplicación de las directivas comunitarias por los Estados miembros: tendencias actuales y evolución de la jurisprudencia del TJCE”, *GJ*, serie B, mayo 1994, páginas 19 a 28.

el de la indemnización, ésta ha de resultar efectiva, esto es, ha de alcanzar una cantidad que por un lado tenga fuerza preventiva y por otro sea capaz de restaurar la igualdad de oportunidades en caso de que hubiese sido vulnerada.

Sin movernos del sistema británico, un ejemplo más nos puede servir para seguir contrastando la dimensión de la interrelación. Se trata ahora de una resolución de la Cámara de los Lores, concretamente la sentencia *Equal Opportunities Comission* de 3 de marzo de 1994 por medio de la cual se habilita a jueces y tribunales para enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento británico por su contradicción con el Derecho comunitario.

No va a ser necesario que nos detengamos demasiado en la explicación sobre el concreto supuesto de hecho, bastando con poner de relevancia las notas más trascendentales de la resolución³³. En primer lugar, la primera nota a resaltar es la diferencia con otros asuntos anteriores como el ya citado caso *Factortame*, consistente en que en ese procedimiento los demandantes pidieron la inaplicación de la ley británica (concretamente la *Mercant Shipping Act* de 1988) por contradicción con el Derecho comunitario respecto de su caso particular, sin en ningún momento solicitar una *judicial review* abstracta sobre la norma, mientras que en el caso que comentamos el recurso que llega a la Cámara de los Lores sí se plantea, después de agotar los recursos previos, en términos generales y abstractos.

En segundo lugar, y este es el aspecto más relevante, la Cámara de los Lores, aprovechando quizás la claridad sobre el fondo del asunto, dispone no sólo que ese juicio general y abstracto puede ser realizado, sino que además puede hacerlo cualquier órgano jurisdiccional que ejerzan jurisdicción de *judicial review* o contencioso-administrativa sobre la materia. En concreto respecto del caso, señala que es la *Divisional Court* a la que el demandante (la *Equal Opportunities Comission*, un organismo de carácter público) acudió en primera instancia tras la negativa gubernamental de reforma de la norma cuestionada,

³³ Simplemente para contextualizar la explicación, vale con decir que se trata de un asunto en el que se plantea la contradicción con las reglas de equiparación de retribuciones establecidas por el Derecho comunitario en el art. 119 del TCEE y en dos Directivas (75/117 y 76/207) por parte de una Ley del Parlamento británico de 1978 (*Employment Protection –Consolidation- Act*) que disponía una retribución menos favorable a los trabajadores a tiempo parcial (la mayoría de los cuales son mujeres) que a los trabajadores de jornada completa (la mayoría de los cuales son hombres) en relación con las indemnizaciones suplementarias en compensación por despidos injustos.

“es el único foro ante el cual la E.O.C. (...) está en posición adecuada para asegurar el resultado que la entidad desea”.

Como indica García de Enterría en un detenido estudio sobre el que considera “un paso capital en el Derecho constitucional británico”³⁴, la sentencia de la Cámara de los Lores de 3 de marzo de 1994 se apoya de manera expresa en las sentencias anteriores sobre el asunto *Factortame* “para avanzar un paso más en un sentido decisivo: admite que cualquier Tribunal (no sólo la propia Cámara de los Lores, pues: sistema de jurisdicción difusa, y no concentrada) puede declarar, mediante un pronunciamiento directo y general, al margen de cualquier aplicación concreta, que una Ley del Parlamento británico contradice el Derecho comunitario”³⁵. Se tratará de un fallo que no incluirá declaración de nulidad, será pues declarativo pero llevando implícita la necesaria inaplicación de la norma interna en el ámbito al que se refiera el Derecho comunitario del que se quiere asegurar su eficacia (pudiendo englobar todo el ámbito aplicativo de la norma interna).

Y la importancia de la resolución, como señala el mismo autor, va más allá del Derecho constitucional británico ya que con ella, una auténtica muestra de *rulemaking case*, se quiebra no sólo el principio de incondicionada soberanía del Parlamento británico, ya afectada aunque en menor grado con el asunto *Factortame*, sino que supone una innovación en todo el ámbito de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, en los que el control abstracto y general sobre las leyes se reserva a una jurisdicción concentrada. Sin duda, “en esa opción por el control abstracto de las normas (que por cierto, tampoco excluye el control concreto en el momento de la resolución de un caso con la técnica de la pura inaplicación) ha debido pesar el hecho de que ese control abstracto permite una atención especialmente cuidadosa y ponderada del Derecho comunitario (...)"³⁶.

En la línea de lo que venimos argumentando, la sentencia *Equal Opportunities Comission* constituye un excelente ejemplo de cómo entran en relación los distintos

³⁴ García de Enterría, E., “Un paso capital en el Derecho constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del parlamento por su contradicción con el Derecho comunitario (Sentencia *Equal Opportunities Comission* de la Cámara de los Lores de 3 de marzo de 1994)”, *RIE*, núm. 3, 1994, páginas 721 a 743.

³⁵ Ibídem, páginas 722 y 723.

sistemas jurídicos en el marco de la integración comunitaria. Como señala para concluir García de Enterría, a la quiebra de la sumisión absoluta a la Ley que durante siglos debían guardar los jueces ingleses “ha contribuido la resuelta expansión de las técnicas judiciales de control de las normas, incluidas las Leyes, que la casi generalización de la justicia constitucional y el Derecho Comunitario creado sustancialmente por el Tribunal de Justicia, por su parte, han extendido a toda Europa (...). El hermético aislamiento tradicional del mundo jurídico inglés (...) parece haber iniciado una apertura con esta Sentencia (...). Podríamos concluir diciendo, con todas las reservas que resultan de lo expuesto, que se puede avizorar ya una apertura del *common Law* hacia un *ius commune europeo*”³⁷.

2.3.3.4 Los asuntos *Peterbroeck* y *Van Schijndel*

Siguiendo con muestras de la jurisprudencia del TJ, llega el momento de referirnos a dos supuestos que muestran con claridad lo que se dijo en la introducción respecto de la necesidad de no concebir la interrelación simplemente como intercambio de influencias entre dos extremos enfrentados. Se trata de las sentencias de 14 de diciembre de 1995 sobre los asuntos *Peterbroeck* y *Van Schijndel*³⁸. Ambos supuestos llegan a conocimiento del TJ por medio de un recurso prejudicial sobre la interpretación del Derecho comunitario y concretamente en relación con la facultad del juez nacional de apreciar de oficio la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho comunitario.

En el primero de los casos, el demandante, empresa con domicilio social en los Países Bajos, alegó por vez primera la posible contravención de la libertad de establecimiento (art. 52 TCEE) por parte de la normativa belga reguladora del impuesto sobre la renta, ante la *cour d'appel* de Bruselas. Consecuentemente, el Estado belga personado en el procedimiento ante el TJ sostuvo que dado que la alegación constituía un

³⁶ Ibídem, páginas 741 y 742.

³⁷ Ibídem, p. 743.

³⁸ Sentencias de 14 de diciembre de 1995 (*Peterbroeck*, asunto C-312/93, p. I-4599) (*Van Schijndel*, asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, p. I-4705). Se ha publicado el texto de ambas sentencias en *RIE*, núm. 1, 1996, páginas 196 a 214, texto del que partiremos.

motivo nuevo no procedía su admisión por haberse formulado fuera de plazo (plazo previsto por el Código del impuesto sobre la renta).

En el caso *Van Schijndel*, los demandantes alegaron por vez primera la posible contravención de normativa comunitaria en materia de defensa de la competencia en la última instancia, en sede de casación de una sentencia que en aplicación de la normativa neerlandesa les obligaba a cotizar en el régimen de pensiones en virtud de su trabajo como fisioterapeutas. En ambos casos pues, el Derecho comunitario no había sido invocado ante los órganos decisarios inferiores, sino en una fase posterior del procedimiento.

Merece la pena recoger el modo en que los tribunales *a quo* plantearon la cuestión prejudicial. En el asunto *Peterbroeck*, la *cour d'appel* de Bruselas estimó que las disposiciones del Código del impuesto sobre la renta impedían no sólo admitir fuera de plazo nuevas alegaciones sino también suscitar de oficio el motivo que el contribuyente no podía ya plantear ante él. No obstante, observó que la aplicación de estas normas procesales supondría limitar no sólo su facultad de verificar la compatibilidad de la ley nacional con el Derecho comunitario, sino también la posibilidad que le confería el art. 177 TCEE del Tratado de solicitar al Tribunal de Justicia que se pronunciase con carácter prejudicial sobre cuestiones de interpretación del Derecho comunitario. A continuación, la *cour d'appel*, recordó la jurisprudencia del TJ que obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a garantizar a los justiciables la protección jurídica derivada del efecto directo del Derecho comunitario y les reconoce la facultad de hacer todo lo necesario para descartar las disposiciones nacionales que puedan constituir un obstáculo a la plena eficacia del Derecho comunitario.

Por su parte, en el asunto *Van Schijndel*, la *Hoge Raad* neerlandesa decidió someter al TJ, entre otras, las siguientes cuestiones prejudiciales: a) ¿Debe el Juez nacional de lo Civil (...) aplicar el Derecho comunitario incluso cuando la parte litigante interesada en su aplicación no lo ha invocado?; b) Si es así, ¿también en caso de que el Juez, procediendo de esta forma, debiera renunciar al principio de pasividad que está obligado a respetar puesto que debería en tal caso salirse de los límites del litigio circunscrito por las partes y/o basarse en hechos y circunstancias distintos de aquellos en los que hubiera fundado la demanda la parte litigante interesada en la aplicación de dichas disposiciones?

En ambas sentencias, que no por casualidad decide el TJ dictarlas el mismo día, se parte de los mismos presupuestos: en primer lugar, que se deben descartar las normas de Derecho nacional que impidan la aplicación del procedimiento previsto en el art. 177 TCEE (actual art. 235 TCE)³⁹; en segundo lugar, el TJ afirma que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros, en virtud del principio de cooperación del art. 5 TCEE (actual art. 10 TCE), proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo del Derecho comunitario; que a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembros designar a los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos que el efecto directo confiere a los justiciables, aunque en ningún caso tales modalidades pueden ser menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna, ni pueden articularse de tal manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario⁴⁰.

Pues bien, partiendo de tales planteamientos, sin duda la afirmación más relevante de cuantas se contienen en las resoluciones que comentamos es la siguiente: “cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento” (apartado 14 de la sentencia *Peterbroeck* y apartado 19 de la sentencia *Van Schijndel*).

A partir de tal consideración, el TJ llega a fallos distintos en ambas resoluciones. En el caso *Peterbroeck*, el Tribunal tiene en cuenta que pese a resultar admisible el plazo

³⁹ Tal y como ya lo había determinado en su sentencia de 16 de enero de 1974 (*Rheinmühlen*, asunto 166/73, Rec. 1974, p. 33, apartados 2 y 3).

⁴⁰ Es reiterada jurisprudencia: sentencias de 16 de diciembre de 1976 (*Rewe*, asunto 33/76, Rec. 1976, p. 1989, ap. 5; *Comet*, asunto 45/76, Rec. 1976, p. 2043, ap. 12 a 16)); de 27 de febrero de 1980 (*Just*, asunto 68/79, Rec. 1980, p. 501, ap. 25; de 9 de noviembre de 1983 (*San Giorgio*, 199/82, Rec. 1983, p. 3595, ap.

previsto por la normativa interna para plantear nuevas alegaciones, en el caso concreto lo cierto es que cuando la *cour d'appel* celebró la vista el plazo ya había transcurrido. A partir de ahí, toma en consideración el hecho de que la *cour d'appel* sea la primera instancia en sede jurisdiccional, esto es, la primera que puede acudir al TJ, y también que la propia jurisprudencia belga viene admitiendo algunas excepciones en la materia. Por todo ello concluye que no resulta razonable la limitación para que el órgano jurisdiccional pueda suscitar de oficio motivos basados en el Derecho comunitario: “en circunstancias como las que concurren en el proceso que constituye el objeto del procedimiento principal”, la limitación no puede justificarse razonablemente mediante principios como el de seguridad jurídica o el del buen desarrollo del procedimiento.

En cambio, en el asunto *Van Schijndel*, el Tribunal de Luxemburgo estima que la limitación está justificada, también respecto del caso concreto, “por el principio según el cual la iniciativa en un proceso corresponde a las partes y el Juez sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales en los que el interés público exige su intervención. Este principio aplica concepciones compartidas por la mayoría de los Estados miembros en cuanto a las relaciones entre el Estado y el individuo, protege el derecho de defensa y garantiza el buen desarrollo del procedimiento, en particular, al prevenir los retrasos inherentes a la apreciación de nuevos motivos” (apartado 21).

2.3.4 La interacción ordinamental como respuesta al conflicto internormativo

2.3.4.1 ¿Primacía y efecto directo v. autonomía institucional y procesal?

Las resoluciones que han sido objeto de comentario, y en especial los asuntos *Peterbroeck* y *Van Schijndel*, nos obligan a plantear distintas cuestiones.

Una de las primeras cuestiones que nos debe hacer plantear la jurisprudencia del TJ, y en especial las resoluciones sobre los asuntos *Peterbroeck* y *Van Schijndel*, es que el Derecho comunitario no sólo está presidido por los principios de primacía y efecto directo,

14); de 19 de noviembre de 1991 (*Francovich*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. 1991, p. I-5357, ap. 43); o de 9 de junio de 1992 (*Comisión/ España*, C-96/91, Rec. 1992, p. I-3789, ap. 12).

sino también, y en estrecha conexión, por la autonomía institucional y procesal de los Estados miembros a la hora de asegurar dichos principios.

Frente a la tendencia del TJ a subordinar la autonomía institucional al principio de primacía y efecto directo, Roldán Barbero señala que las sentencias comentadas “invierten esta tendencia, pues en ellas se afirma la superioridad de ciertos principios básicos de la organización social de los Estados miembros sobre la norma comunitaria, aun cuando ésta forme parte del derecho primario”⁴¹.

En efecto, según se ve con claridad en la sentencia *Van Schijndel*, el TJ acepta limitar la aplicación de la norma comunitaria en beneficio de la autonomía procesal del Derecho interno, de modo que parece situar al Derecho comunitario en el mismo plano que el Derecho interno en cuanto al aspecto procesal. Continuando con el mismo autor, podría decirse que “una construcción judicial –la de la primacía y la aplicación directa-, basada en la interpretación sistemática y teleológica de los Tratados constitutivos, cede ante otra construcción judicial –la de la inserción del Derecho comunitario de los derechos fundamentales del Estado-, basada en la permeabilidad de los sistemas jurídicos, en concreto, en la asunción de las normas nacionales por el «derecho de la integración»”⁴².

Ahora bien, tal y como bien matiza Roldán Barbero, la jurisprudencia que analizamos no puede entenderse como una quiebra de la primacía del Derecho comunitario; se trata de una quiebra de la primacía de la norma comunitaria, concretamente de Derecho originario, pero no de la consistencia de este ordenamiento jurídico, pues hay que partir de *que* esas tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros a los que el TJ alude en la sentencia *Van Schijndel*, forman parte “a título de principios generales del Derecho, del ordenamiento comunitario con rango supremo, además; sin desafiar, por consiguiente, el espíritu de lealtad y cooperación comunitarias incorporado al artículo 5 del Tratado constitutivo de la CE”⁴³.

⁴¹ Roldán Barbero, J., “Derecho comunitario y principios fundamentales del Derecho interno. (Comentario a las sentencias del TJCE *van Schijndel* y *Peterbroeck* de 14 de diciembre de 1995)”, *RIE*, núm. 3, 1996, p. 806, (páginas 799 a 815).

⁴² Ibídem, p. 808.

⁴³ Ibídem, p. 811.

Pese a poder compartir en líneas generales las conclusiones de Roldán Barbero, es necesario ampliar los matices de la argumentación. En un interesante estudio sobre las implicaciones de la sentencia *Van Schijndel*, Prechal pone de manifiesto la existencia de lo que él llama una “área gris” sobre la que, a diferencia de la aplicación de la normativa comunitaria por parte de los órganos jurisdiccionales estatales, la doctrina apenas había prestado atención en los últimos años. Esta área la constituye el medio jurídico de cada uno de los Estados donde la norma comunitaria debe ser aplicada. Se trata de los procedimientos, recursos, sanciones, la legitimación procesal, etc. y comprende principios generales del Derecho como la seguridad jurídica, la noción del abuso de Derecho, de fuerza mayor, buena fe y razonabilidad. En definitiva, se refiere al contexto estatal en el que las previsiones comunitarias se insertan⁴⁴.

Sostiene Prechal que de la combinación de los principios de efecto directo y primacía se debiera deducir, en principio, la obligación de considerar en todo caso la aplicabilidad de la normativa comunitaria, incluso de oficio en cualquier fase procedural. Esta conclusión podría apoyarse en resoluciones de la claridad y trascendencia de la sentencia del TJ sobre el asunto *Simmenthal*⁴⁵ en virtud de la cual, como sabemos, se confirma la posibilidad de que los órganos judiciales italianos inapliquen las leyes italianas contrarias al Derecho comunitario, sin necesidad de acudir a la CCI, que venía reclamando el monopolio sobre el enjuiciamiento de las normas internas con rango de ley.

Ahora bien, y ahí está la importante aportación del autor, es necesario distinguir dos cuestiones diversas que supuestos como *Simmenthal* contienen. Así es, en dicho asunto el TJ debía resolver dos tipos de cuestiones: la primera versaba sobre un conflicto sustantivo entre dos normas, una norma italiana y una norma de Derecho comunitario; la segunda, en cambio, era una cuestión de tipo procedural, que era la referida a la competencia sobre el juicio de aplicabilidad de las leyes internas. Pues bien, precisamente esa distinción es la que debe incluirse en el debate alrededor de la primacía de la norma comunitaria.

⁴⁴ Prechal, S., “Community Law in national Courts: The lessons from van Schijndel”, *CMLRev*, vol. 35, 1998, p. 681 (páginas 681 a 706).

⁴⁵ Sentencia de 9 de marzo de 1978 (*Simmenthal*, asunto 106/77, Rec. 1978), ya citada.

Según el autor que venimos citando, la primacía se refiere a la prevalencia de la norma comunitaria sobre la estatal en caso de conflicto entre dos disposiciones de tipo sustantivo. La cuestión es distinta, prosigue el autor, cuando la previsión que parece limitar la aplicación de la norma comunitaria forma parte del medio jurídico estatal en el que debe operar la mencionada norma. En tal caso, en contra de lo que aparentemente parezca sugerir *Simmenthal*, el principio de primacía no exige la prevalencia de la norma comunitaria. Ello implica además que no existe aquí antítesis entre primacía y autonomía procedural⁴⁶.

Lo recién planteado, no es más que una consecuencia del hecho de que la normativa comunitaria constituya parte del ordenamiento jurídico estatal, tal y como viene afirmando el TJ desde su conocida sentencia sobre el asunto *Costa/ENEL*⁴⁷. Como hemos visto antes, la idea es sencilla: una vez se acepta que las previsiones de la normativa comunitaria es parte de la normativa estatal, en principio deberá ser tratada del mismo modo que ésta.

Ahora bien, ¿no cabe ninguna distinción? Si realmente fuese así, buena parte de los resultados de la labor realizada por el TJ de cara a garantizar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho comunitario se verían seriamente amenazados. Consciente de ello, Prechal añade que otra cosa muy distinta es el hecho de que el ordenamiento jurídico estatal esté limitado por ciertos principios del Derecho comunitario. En particular, las previsiones estatales deben, bajo determinadas circunstancias, ceder ante los principios de efectividad y de tutela judicial efectiva de los derechos derivados de la normativa comunitaria⁴⁸.

La importancia de los pronunciamientos sobre los asuntos *Peterbroeck* y *Van Schijndel* radica en que gracias a ellas finalmente el TJ aporta elementos de los que partir a la hora de delimitar el ámbito de actuación de los principios de efectividad y de tutela judicial efectiva referidos, tarea anteriormente muy compleja en vista de la disparidad de

⁴⁶ Prechal, S., “Community Law...”, ob. cit., p. 685.

⁴⁷ Sentencia de 15 de julio de 1964, (*Costa v. ENEL*, asunto 6/64, Rec. 1964, p. 1141), ya citada.

⁴⁸ Prechal, S., “Community Law...”, ob. cit., p. 686.

sentencias como las de los asuntos *Rewe* y *Comet*⁴⁹, en el extremo no intervencionista, y *Simmenthal*, en el extremo intervencionista⁵⁰.

2.3.4.2 Primacía del Derecho comunitario v. primacía de la norma comunitaria

Llegamos finalmente al punto de mayor relevancia para el curso de nuestra explicación en torno a las implicaciones de la interrelación ordinamental. Por medio de las sentencias sobre los asuntos *Peterbroeck* y *Van Schijndel*, el TJ nos muestra en qué consiste la interacción ordinamental puesto que afronta el conflicto entre los intereses comunitarios y la normativa estatal no desde la contraposición sino desde la interrelación. Así es, lo que hace el TJ es realizar una ponderación entre el interés de la efectividad de la norma comunitaria y el interés representado por la normativa estatal. A partir de tal ponderación, el TJ se propone delimitar los contornos de los principios de los

⁴⁹ Sentencia de 16 de diciembre de 1976, (*Rewe* y *Comet* asuntos 33/76 y 45/76, respectivamente, Rec. 1976). Concretamente, en el asunto *Rewe*, el TJ dispone que “a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que a favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario, quedando claro que estas normas no pueden ser menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno”. Por eso, tras recordar la función de las medidas de armonización en caso en que existan disparidades excesivas, el TJ recuerda que “a falta de tales medidas de armonización, los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario deben ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades establecidas por la norma nacional; sólo podría ser de otro modo si tales modalidades y plazo hicieran imposible en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales deben salvaguardar; que no es éste el caso cuando se han fijado plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir; (...); que en efecto (...), en el estado actual del Derecho comunitario, este último no prohíbe que a un justiciable que impugna ante un órgano jurisdiccional nacional, una decisión de una autoridad nacional por incompatibilidad con el Derecho comunitario, se le oponga el transcurso de los plazos para recurrir establecidos por el Derecho nacional (...)" (apartados 5 y 6).

⁵⁰ Se puede decir que ambos extremos coincidían en los criterios a valorar, al tiempo que discrepaban en el modo de valorarlos. Así es, en cualquier caso eran aplicables los principios que hemos visto recogidos también en las sentencias que venimos comentando: las modalidades procedimentales estatales referidas a la aplicación de la normativa comunitaria no pueden nunca ser menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna, ni pueden articularse de tal manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario. Así las cosas, las decisiones del TJ habían ido oscilando entre uno y otro extremo (como lo demuestra la contraposición entre la intromisión de asuntos como el ya comentado *Factortame* y la cautela de otros como por ejemplo los asuntos *Lageder* (sentencia de 1 de abril de 1993, asuntos acumulados C-31 a 44/91, Rec. 1993, p. I-1761) y *Alonso-Pérez* (sentencia de 23 de noviembre de 1995, Rec. 1995, p. I-4101), sin clarificar el modo cómo valorar los criterios, con la merma que ello supone para la vigencia del principio de seguridad jurídica. Prechal, S., “Community Law...”, ob. cit., páginas 687 a 689.

ordenamientos estatales que pasan a formar parte del orden jurídico comunitario entendido de manera global, aunque se determinen a partir del caso concreto.

Podría tratar de llegar a la siguiente conclusión: no debe confundirse la primacía de la norma comunitaria, incluso tratándose de una norma de Derecho primario, con la primacía del Derecho comunitario. El tan protegido principio de efectividad de la normativa comunitaria no conlleva la primacía incondicionada de la norma comunitaria. A partir de la distinción entre lo sustantivo y lo procedimental, se debe concebir el Derecho comunitario como un todo en el que se incluyen no sólo determinadas regulaciones sustantivas, sino que incorpora a su vez una serie de principios propios de los ordenamientos en los que debe hallar su aplicación.

Ese este ordenamiento, globalmente entendido, el que debe ver asegurada su primacía y aplicación uniforme, y ello puede conllevar la inaplicación de una norma comunitaria en caso de que así lo exija el respeto de determinados principios procedimentales garantizados por los ordenamientos estatales, pues tales principios, algunos de los cuales también ha incorporado los Tratados originarios⁵¹, conforman el ordenamiento jurídico de lo que no en vano quiere reclamarse como Comunidad de Derecho⁵².

⁵¹ Así es, no hay que olvidar que las garantías procesales también presiden el funcionamiento del sistema comunitario. Sin ir más lejos, como manifestación del principio de seguridad jurídica, existe una limitación temporal de dos meses para la interposición del recurso de anulación (art. 235 último párrafo, TCE), así como el mantenimiento de ciertos efectos de disposiciones de Reglamentos que hubiesen sido anuladas (art. 236 TCE segundo párrafo). Por otra parte, el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia dispone que “en el curso del proceso no podrán invocarse como motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de derecho que hayan aparecido durante el procedimiento” (art. 3 apartado segundo).

⁵² La noción de Comunidad de Derecho en la jurisprudencia del TJ aparece en pronunciamientos como el Dictamen 1/91 sobre el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), de 14 de diciembre de 1991, Rec. I-6079, en el que en referencia al TCEE se afirma que “aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho”. Esa misma idea había sido planteada tempranamente por Hallstein, entendiendo que la Comunidad es ante todo, y necesita serlo, una Comunidad de Derecho (*Rechtsgemeinshaft*), cuya misión correría serio peligro si el Derecho, como principal medio para llevar a cabo sus objetivos, perdiera su carácter obligatorio y uniforme en todos los Estados (intervención de Walter Hallstein, Secretario de Estado de Asuntos Exteriores de la República Federal de Alemania en el momento de la aprobación del TCEE, ante el Parlamento Europeo el 17 de junio de 1965. Parlamento Europeo, *Debates*, 17 de junio de 1965, p. 220). La doctrina también se ha hecho eco de tal denominación, como lo demuestran aportaciones como la de Soldatos, para quien los Tratados comunitarios, que son normas más cercanas a textos constitucionales que a convenios internacionales, crean por tanto algo más que una organización internacional: son el origen de una Comunidad de Derecho. Soldatos, P., *Le système institutionnel et politique des Communautés Européennes dans un monde en mutation*, Bruylant, Bruxelles, 1989, págs. 147 a 149

Así, en los casos *Van Schijndel y Peterbroeck*, el TJ, teniendo que resolver equivalentes cuestiones planteadas por los jueces *a quo* y partiendo de idénticos puntos de partida, llega a resultados distintos, pues en un caso sostiene la necesidad de respetar las reglas procesales internas en detrimento de la aplicación de la norma comunitaria y en el otro, todo lo contrario. En ambos supuestos, para reiterar de nuevo la línea discursiva propuesta, se aplica igualmente el Derecho comunitario, sólo que en el primero esa aplicación comporta la adopción de la regla procesal estatal como propia, y en el segundo se considera injustificado, en el contexto específico, extraer como consecuencia de los principios procesales en juego la imposibilidad de aplicar de la norma comunitaria.

Se podría decir, de nuevo con Roldán Barbero, que “debemos, entonces, orientar la teoría del Derecho comunitario no hacia la proclamación de su aislacionismo, sino hacia el reconocimiento de la complementariedad de sistemas y, en concreto, de la autonomía de los Estados para administrarse en materia de principio básicos de su organización jurídica, precisamente como vector de funcionamiento del «derecho de la integración»”⁵³, en el marco, además, del respeto del principio de subsidiariedad proclamado desde Maastricht (art. 2 último párrafo TUE y art. 5 TCE), y de respeto de la identidad nacional de los Estados miembros de la UE, tal y como dispone el art. 6.3 TUE.

Una vez sentado lo anterior, debe darse todavía un paso más. Hemos partido con Prechal de la necesidad de distinguir entre lo procedimental y lo sustancial para delimitar correctamente la dimensión de la primacía de la normativa comunitaria. Pues bien, ahora llega el momento de diluir esa distinción como única manera de lograr llegar a la esencia de la naturaleza de la relación interordinamental.

Hay dos razones que nos exigen difuminar la línea divisoria de la que hablamos. La primera hace referencia a la imposibilidad de desligar los aspectos sustanciales que cualquier regulación procedural encierra. En segundo lugar, incluso en los sustanciales de la normativa comunitaria se ven directamente determinados por las regulaciones sustanciales de los ordenamientos estatales (así como de la normativa internacional), de modo que de nuevo debemos hablar de la distinción entre norma comunitaria y Derecho comunitario en términos globales, entendiendo que en el ámbito de la integración, quizás

⁵³ Roldán Barbero, J., “Derecho comunitario y principios...”, ob. cit., p. 811.

como en ningún otro, la diferencia entre precepto y regla deviene esencial, y es en la concreción aplicativa de la norma donde la dinámica de la interrelación, que como sabemos ya ha actuado en el procedimiento institucional de creación del precepto, se expresa en su momento álgido.

No hay que olvidar que la aplicación corre principalmente a cargo de los órganos administrativos y judiciales estatales, aunque en caso de existir dudas sobre la interpretación o la validez de la normativa comunitaria deberá ser el TJ quien tenga la última palabra. En este orden de cosas, la importancia del recurso prejudicial ante el TJ deviene capital, pues sitúa al TJ ante un caso concreto e interpelado directamente por un órgano jurisdiccional de un ordenamiento específico en el que la norma comunitaria debe hallar acomodo. Más adelante tendremos ocasión de referirnos a esta cuestión.

Respecto de la dificultad de separar con claridad las regulaciones procedimentales de las sustanciales, quizás una primera muestra venga constituida por la propia jurisprudencia del TJ que ha versado sobre la realización del principio de efectividad de la normativa comunitaria. Precisamente con el cometido de otorgar mayor valor sustancial a dicho principio, el TJ venido incorporando como criterio a la hora de fundamentar la intervención del Derecho comunitario en el ámbito procedural de los ordenamientos estatales el principio de la tutela judicial efectiva del derecho amparado por la normativa comunitaria en cuestión. En supuestos como el del asunto *Factortame*, según vimos, la posibilidad de suspender la aplicación de la norma interna pasa por encima del Derecho constitucional británico por considerarse necesario para la tutela del derecho amparado por la normativa comunitaria: difícilmente puede verse como simple añadido procedural del derecho en sí que en tal momento se debatía, concretamente la libertad comunitaria de establecimiento, sino que forma parte sustantiva del mismo.

La segunda de las razones aludidas hacia referencia al hecho de que también respecto de las regulaciones sustantivas se produce la interrelación, y no precisamente de modo menos intenso que en las cuestiones procesales. Si bien es cierto que el propio entramado institucional comunitario, que necesita del aparato administrativo y jurisdiccional de los Estados para ver aplicada la norma comunitaria, explica por qué en materia procesal deba darse forzosamente la interrelación, en los aspectos sustantivos la interrelación se produce con semejante intensidad por la imposibilidad de separar con

claridad los ámbitos competenciales que corresponden a cada ordenamiento. Especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales, que es donde los posibles conflictos adquieren su mayor trascendencia, es donde el grado de sinergia, como ya se ha ido ilustrando, es más elevado.

Llegamos a la misma idea anteriormente planteada aunque ahora ya pueda revelarse en términos generales: la primacía del Derecho comunitario no se puede predicar de las normas que lo componen tomadas de modo individual y en abstracto, sino que es en su aplicación, en el paso de precepto a regla, donde adquiere su posición prevalente sobre las normas de los sistemas jurídicos estatales que acogen y dan forma específica a sus efectos concretos. Si se quiere se podría hasta recuperar el planteamiento monista: en los términos descritos sí existe un ordenamiento por encima del resto encargado de proporcionar la unidad y coherencia necesarias. De todas formas, el proceso que permite acabar situando al ordenamiento comunitario en la posición descrita es profundamente pluralista; sólo desde el pluralismo acaba adoptando su forma final, sólo desde la interrelación, que actúa en diversos momentos, desde distintos puntos y en distintas direcciones, pues no olvidemos que los propios sistemas estatales también acaban configurándose en buena parte de tal modo. En definitiva, lo que se intenta sostener es que sólo el planteamiento pluralista resulta capaz de ofrecer una respuesta jurídica a los interrogantes que plantea la relación interordinamental que se abre con el proceso de integración comunitaria.

2.3.5 La paulatina conformación de un orden público común

2.3.5.1 El “dilema institucional” al que pretendidamente se enfrenta el TJ

En el análisis habitual de la jurisprudencia del TJ, se ha venido a identificar, especialmente en el terreno de la normativa que afecta a los derechos fundamentales, que dicho Tribunal se enfrenta a una especie de “dilema institucional”: se trata de lo que López Garrido define como el “desgarro” entre la vocación integradora del TJ como impulsor de la unidad europea y del Derecho comunitario como base de la misma, y la función del TJ como defensor de los derechos fundamentales. Se trata de un “dilema institucional” en el

que el TJ se ve obligado a acudir a la función protectora de los derechos para evitar la disgregación, siendo el reverso de la moneda que gran parte de la teoría de los derechos fundamentales que impulsa está basada inevitablemente en los Derechos constitucionales internos y eso supone un factor de disgregación jurídica⁵⁴.

Quizás uno de los mejores ejemplos para explicar esa situación es el ofrecido por la conocida sentencia del TJ en el asunto *Hauer*. Se trata de un supuesto en el que una ciudadana alemana considera limitados sus derechos de libre profesión y propiedad por un Reglamento comunitario cuya aplicación le impide plantar viñedos en parcelas de su propiedad. Un tribunal alemán (*Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstrasse*) plantea recurso prejudicial dejando claro que sea cual sea la decisión del TJ dejará inaplicado el Reglamento por ser contrario a la LFB, razón por la cual el TJ realiza un especial esfuerzo de persuasión, como lo demuestra el hecho de que se trate de la primera vez donde intenta definir el contenido del derecho a través de un análisis completo de los textos nacionales e internacionales, recordando, no obstante, que sólo el Derecho comunitario sirve como parámetro de referencia para valorar el respeto de los derechos fundamentales por parte de los actos comunitarios.

En su intento de persuasión, el TJ dice que está obligado a inspirarse en las tradiciones comunes y que por ello apunta hacia un estándar máximo, considerando que se integra en los principios generales del Derecho comunitario todo aquel derecho reconocido por un Estado miembro que no contradiga los principios fundamentales de los demás ordenamientos. Por todo ello, tras constatar que el protocolo adicional del CEDH recoge la causa de utilidad pública como razón de limitación del derecho de propiedad, el TJ acude a distintos ordenamientos estatales para demostrar su coincidencia en el reconocimiento de la función social de la propiedad, a partir de lo cual argumenta la justificación de las limitaciones al derecho de propiedad desde la perspectiva del interés comunitario (cosa que realiza de manera pormenorizada para el caso concreto), y siempre que no constituyan, en relación con el fin que se pretende alcanzar, “una intervención desmesurada e intolerable

⁵⁴ López Garrido, D., *Libertades económicas y Derechos Fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 147.

en las prerrogativas del propietario, que vulneren la esencia misma del derecho de propiedad”⁵⁵.

Según López Garrido, en el marco de la encrucijada o dilema institucional descrito, el TJ deberá acabar escogiendo entre la defensa incondicional de los derechos fundamentales y la primacía del Derecho comunitario⁵⁶. De este modo volvemos a la diatriba monista que ya conocemos: o soberanismo, y sumisión del ordenamiento comunitario a las exigencias de los ordenamientos constitucionales; o comunitarismo, y sumisión de los ordenamientos constitucionales a las exigencias de la integración comunitaria.

Y es ahí donde cabe empezar a variar el enfoque del debate. A partir de lo que hemos ido recogiendo en las últimas páginas, podemos afirmar que aunque pueda advertirse una tendencia hacia uno u otro extremo, en realidad una explicación del fenómeno en su conjunto debe afrontarse no tanto en términos de confrontación entre normas como de interrelación entre ordenamientos.

Hay que precisar que en el contexto en que el autor se pronuncia, aparecía con mayor claridad el papel del TJ como máximo garante de la eficacia de un sistema normativo e institucional que a lo largo de su evolución, y pese a la ampliación funcional que había ya experimentado tras las reformas introducidas por el AUE y el Tratado de Maastricht, seguía representando un interés básicamente de tipo económico (creación del mercado común y más recientemente de la unión monetaria), por mucho que desde sus inicios se hubiesen planteado tales objetivos como estrategia para la consecución final de la unidad política.

No se pretende decir con ello que el objetivo económico haya dejado de presidir los pasos del proceso de integración, pero sin duda, y especialmente tras la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, existe cada vez una mayor conciencia de que otros objetivos deben acompañar a los fines económicos, entre otras razones porque difícilmente algunos de tales fines puedan acabar alcanzándose si no es en el contexto de una integración más amplia.

⁵⁵ Sentencia de 13 de diciembre de 1979 (*Hauer*, asunto 44/79, Rec. 1979, p. 3474, apartado 23).

⁵⁶ López Garrido, D., *Libertades económicas...*, ob. cit., p. 147.

Volviendo al asunto *Hauer*, merece la pena destacar el guiño con el que el TJ se acerca al ordenamiento alemán al aludir al concepto de contenido esencial de los derechos como límite último a cualquier limitación que las exigencias comunitarias pudiesen requerir. Hay que insistir en la idea que hemos ido mostrando: el TJ en su actividad aplicativa, principalmente mediante la resolución de recursos prejudiciales, acaba de conformar el Derecho comunitario no sólo a partir del texto de la norma comunitaria aisladamente considerada, sino contando con los materiales proporcionados por los ordenamientos nacionales, por mucho que insista en que sólo el Derecho comunitario sirve como parámetro de referencia para valorar el respeto de los derechos fundamentales por parte de los actos comunitarios, y que “acudir a criterios de valoración especial (...) quebraría inevitablemente la unidad del Mercado Común y comprometería la cohesión de la Comunidad, además de menoscabar la unidad y eficacia del Derecho comunitario”⁵⁷.

La alusión al contenido esencial del derecho deviene clave en la comprensión del modelo de relaciones interordinamentales que tratamos de describir. Las veces que el TJ ha hecho referencia a la limitación de los derechos fundamentales en función de los intereses comunitarios, ha dejado claro que tal operación es posible “siempre que no se afecte a la sustancia de dichos derechos” (asunto *Nold*⁵⁸), o las limitaciones “no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la sustancia misma de dichos derechos” (asunto *Wachauf*⁵⁹). De esta forma, configurando un contenido intangible, el TJ busca, desde la interrelación, evitar el “desgarro” al que aludía López Garrido.

En cualquier caso, lo que está claro es que en su evolución, y pese a contar con pronunciamientos en ocasiones contradictorios y muchas veces influenciados en exceso por el contexto concreto del caso o del momento, la jurisprudencia del TJ ha ido dejando atrás las premisas sentadas en su conocido pronunciamiento sobre el asunto *Costa/ENEL*, donde, recordemos, se sostenía con escaso margen de flexibilidad que “al Derecho nacido del Tratado, en razón de su naturaleza específica original, no puede oponérsele judicialmente

⁵⁷ Sentencia sobre el asunto *Hauer*, recién citada.

⁵⁸ Sentencia de 14 de mayo de 1975 (*Nold*, asunto 4/73, Rec. 1975, p. 508).

⁵⁹ Sentencia de 13 de diciembre de 1989 (*Wachauf*, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2639).

un texto interno, de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad”⁶⁰.

2.3.5.2 La conformación de un *orden público común*

Lo que se viene conformando con la jurisprudencia del TJ es, de manera cada vez más visible, la noción de un “orden público común” llamado a imponerse a todos los sujetos jurídicos a los que el ordenamiento comunitario se refiere: instituciones comunitarias, Estados y particulares⁶¹. Pero esa idea de “orden público”, lejos de llevarnos a un supraordenamiento separado del resto de ordenamientos, no es otra cosa que ese Derecho comunitario entendido globalmente, fruto de la interrelación en sus distintas dimensiones y momentos, que se ha ido esbozando en las últimas páginas.

Hay que tener en cuenta que por lo general en el seno del ordenamiento comunitario, acudir a la noción de orden público ha venido siempre ligado a la posibilidad de que los Estados inapliquen alguna de las previsiones comunitarias en casos excepcionales. Dicha previsión la encontramos por ejemplo en los preceptos relativos a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, tal y como se ha señalado al hilo del asunto *ERT*. Concretamente es el art. 46 TCE el que dispone que “las disposiciones del presente capítulo (...) no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”.

Con dicha disposición, el Tratado de Roma incorporó en su día una típica cláusula de reserva estatal en el marco de acuerdos internacionales, previsión en cambio de difícil encaje en el marco de una organización de integración supranacional, que cuenta con un ordenamiento propio que debe ser aplicado, bajo la tutela de un órgano jurisdiccional también propio, en el territorio de los distintos Estados miembros.

⁶⁰ Sentencia de 15 de julio de 1964, (*Costa v. ENEL*, asunto 6/64, Rec. 1964, p. 1141).

⁶¹ La noción de “orden público comunitario” ha sido planteada por Lecourt, R., *L’Europe des juges*, Bruylant, Bruselas, 1976, p. 246, según cita de Pi i Llorens quien destaca su papel en el proceso de integración jurídica, especialmente por lo que a los derechos fundamentales se refiere. Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 123.

El recurso a la noción de orden público estatal, que permanece tras las reformas de los Tratados, pone de manifiesto el convencimiento sobre la existencia de unas diferencias entre los distintos sistemas jurídicos que pueden llegar a ser importantes y que deben ser respetadas. Hay que tener en cuenta que la noción de orden público se configura como concepto jurídico indeterminado de gran amplitud, y que, como señala López Garrido, engloba intereses no sólo políticos sino también sociales y no sólo se desarrolla en el ámbito del derecho privado (donde tiene su origen), sino también en el público suponiendo una adaptación de la fórmula absolutista de la «razón de Estado»⁶².

Pues bien, a medida que se va afianzando el “orden público común”, la posibilidad de que los Estados recurran a su noción de orden público para exceptuar la aplicación de normativa comunitaria debe irse reduciendo ya que, en el marco de la interrelación que venimos describiendo, el concepto de orden público comunitario se forma partiendo de los valores y principios esenciales de los Estados miembros, y éstos, a su vez, incorporan la dimensión comunitaria entre los valores a proteger por el propio ordenamiento.

Así, el TJ ha ido delimitando la posibilidad de inaplicación de previsiones comunitarias con base en la tutela del orden público estatal. Así se demuestra en sentencias como la del asunto *Bonsignore*⁶³ o del conocido caso *Rutili*⁶⁴. En esa tarea, el TJ acaba dando un definición general de lo que se puede entender por orden público: “amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”⁶⁵.

⁶² López Garrido, D., *Libertades económicas...*, ob. cit., p. 64.

⁶³ Sentencia de 26 de febrero de 1975 (*Cadsky*, asunto 63/74, Rec. 1975, p. 1219). En la sentencia se debatía la expulsión de un italiano por parte de las autoridades alemanas por hallarse con arma y sin licencia como “prevención general” para disuadir a otros extranjeros (en el caso, el ciudadano italiano había matado accidentalmente a su hermano manipulando el arma). Como señala López Garrido (ibidem, p. 68), “no se estaba, por tanto, ante un «comportamiento personal» del señor Bonsignore que manifestase una amenaza suficientemente grave y previsibles para la seguridad y el orden público del país de acogida”, que es lo que el TJ consideró en su pronunciamiento a la hora de fundamentar la vulneración de la Directiva 64/221 del Consejo, de 25 de febrero de 1964, *para la coordinación de los procedimientos especiales que se refieren al desplazamiento y residencia de los extranjeros, por motivos de orden público, de seguridad pública o de sanidad pública*.

⁶⁴ Sentencia de 28 de octubre de 1975 (*Rutili*, asunto 36/75, Rec. 1975, p. 1219). La sentencia versa sobre un ciudadano italiano afincado en Francia desde su nacimiento que por motivos de actividad sindical se le impide residir en determinados departamentos franceses (por ser considerado como peligro de alteración del orden público). En esta sentencia, el TJ utiliza por vez primera como base de su decisión el CEDH, según el cual las lesiones que los derechos fundamentales deban sufrir por razones de orden público no pueden sobrepasar aquello que se considera necesario “en una sociedad democrática”. Ibíd, páginas 68 y 69.

La virtualidad de la noción estatal de orden público pone al descubierto las limitaciones del Derecho comunitario, pues el principio de no discriminación por razón de nacionalidad de los ciudadanos comunitarios constituye pieza angular del Derecho comunitario. Por esta razón, el análisis del modo cómo se van reduciendo las posibilidades de recurrir a dicha noción, proceso paralelo a la construcción de una noción propia de orden público comunitario, resulta esencial para la comprensión del modo en que se viene configurando la relación interordinamental.

En este sentido, la sentencia del TJ sobre el asunto *Krombach c. Bamberski*, de 28 de marzo de 2000, viene a demostrar un importante avance en la reducción del recurso estatal a la propia concepción de orden público a favor de una noción comunitaria. El problema de fondo que aborda el TJ en tal resolución consiste, de manera breve, en la distinta configuración del derecho a la defensa del condenado en rebeldía. Los hechos son los siguientes: Bamberski incoa un procedimiento en Francia contra Krombach por la muerte de su hija, el segundo no asiste y el órgano judicial prohíbe la representación y defensa del acusado (código de procedimiento francés). Tras la sentencia condenatoria Bamberski se acoge al Convenio de Bruselas sobre ejecución de la sentencia civil y el condenado interpone ante el órgano alemán recurso por infracción de ley por indefensión con base en el art. 27.1 del Convenio que contempla la posibilidad de invocar el “orden público del Estado requerido” como excepción para el no reconocimiento o ejecución de la resolución extranjera. Ante ello el órgano alemán plantea recurso prejudicial ante el TJ, ya que el propio Convenio en su Protocolo tercero atribuye al TJ la interpretación del mismo, posibilidad admitida por el art. 239 TCE.

Como señala González González, lo importante de la resolución del TJ es que una vez delimitado el contenido, excepcional, de la cláusula de orden público, reconoce que parte de ese contenido fijado en cada Estado está “comunitarizado” por vía de la protección jurisprudencial de los derechos fundamentales. Habla el Tribunal de Luxemburgo de la existencia de un “orden público europeo” cuya principal fuerza reside en la autoridad de las sentencias del TEDH que al integrarse en el ordenamiento comunitario refuerzan su eficacia. A partir de ahí, lo que hace el TJ es acudir a la jurisprudencia del Tribunal de

⁶⁵ Sentencia de 27 de octubre de 1977 (*Bouchereau*, asunto 30/77, Rec. 1977, p. 1999).

Estrasburgo para acabar concluyendo en la necesidad de asegurar las garantías del procesado en rebeldía⁶⁶.

Merece la pena reparar en la argumentación del TEDH a la hora de consagrar el concepto de “orden público europeo” en materia de derechos fundamentales. Es en la sentencia sobre el asunto *Loizidou c. Turquía*, de 23 de marzo de 1995 (serie A, núm. 310, párrafos 217 a 247), en la que se sostiene que los fundamentos de tal noción residen en la particular naturaleza del CEDH, en el carácter objetivo de sus disposiciones y en la instauración de un sistema de garantía colectiva del respeto a los derechos humanos, basado, como reza su Preámbulo, “en la posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto de la libertad y de preeminencia del Derecho”⁶⁷.

González González, no obstante, pone de manifiesto los impedimentos aún existentes para la consolidación de dicha noción de orden público europeo. En primer lugar, destaca la autora las dificultades de concreción de la noción dado su origen puramente jurisprudencial, a lo que hay que añadir la participación no sólo del TEDH, sino también del TJ y de los tribunales y jueces estatales⁶⁸. Por otra parte, hay que señalar las resistencias mostradas por los Estados a la hora de renunciar a la aplicación de las reservas de orden público estatal.

Retornamos ahora por un momento a la sentencia sobre el asunto *Van Schijndel* para, dada su trascendencia, ahondar algo más en la noción de orden público común. En la mencionada sentencia, el TJ alude algo confusamente a la posibilidad de que el juez actúe de oficio, y aplique una norma no alegada por las partes, en casos excepcionales “en los que el interés público exige su intervención”. Hay que tener en cuenta que en el procedimiento ante la *Hoge Raad*, la última instancia en el organigrama judicial

⁶⁶ González González, R., “Límites a la construcción de un «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales. (A propósito de la sentencia del TJCE *Krombach c. Bamberski*, de 28 de marzo de 2000)” *RDCE*, núm. 8, 2000, p. 608 (páginas 593 a 617).

⁶⁷ Según recoge González González. Ibídem, p. 609.

⁶⁸ Así, la STC 91/2000 de 30 de marzo, que asume la jurisprudencia del TEDH a través del 10.2 de la Constitución y considera que la extradición de un ciudadano italiano decidida por la Audiencia Nacional puede resultar contraria al 24.2 de la Constitución por existir una condena en rebeldía en delito muy grave y sin posibilidad de impugnación posterior. Tal jurisprudencia, discutida en el seno del propio Tribunal (como lo demuestra la existencia de votos particulares) de la doctrina, ha sido seguida por el TC en las SSTC 134 y

neerlandés, el demandante había instado la aplicación de la norma comunitaria *ex oficio* por parte del tribunal, basándose en que la normativa procesal aplicable (concretamente el art. 48 de la Ley de procedimiento civil) permitía que si las disposiciones a aplicar son clasificables como normas de orden público, el juez o tribunal podía aplicarlas de oficio, sin necesidad de que las partes las hubieran alegado en tiempo y forma.

Mediante tales alegaciones, el demandante sostenía el carácter de normativa de orden público de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, argumento de peso dado que en ocasiones así habían sido consideradas tanto por la Comisión como por el Tribunal de primera instancia comunitario⁶⁹. Frente a tal argumentación, el Abogado General Jacobs en sus conclusiones previas al pronunciamiento del TJ, opta, sin ofrecer excesiva atención al asunto, por no atender a la consideración como normativa de orden público de las disposiciones comunitarias sobre competencia, alegando la dificultad de separar entre las partes del Derecho comunitario que conforman normas de orden público y las que no. Por su parte, el TJ tan sólo recoge la confusa y genérica referencia mencionada, pese a la trascendencia de un pronunciamiento sobre la cuestión.

Aun cuando la sentencia no nos aporte elementos concretos sobre la posibilidad y los criterios para clasificar como normas de orden público determinadas previsiones comunitarias, lo cierto es que constituye un buen referente sobre la importancia del concepto. Así es, dicha noción nos da paso a dos escenarios posibles. En primer lugar, si arrancamos desde la perspectiva monista, debemos hablar de dos ordenamientos, el comunitario y el estatal, que pueden entrar en colisión y pese a que puedan acabar cediendo el uno o el otro, según los casos, finalmente el núcleo de la normativa que conforma la noción de orden público de cada uno de los sistemas debe acabar imponiéndose sobre el otro (uno u otro en función de si nos posicionamos como comunitaristas o como estatalistas).

136/2000, de 16 mayo y 12 junio respectivamente. González González, “Límites a la construcción...”, ob. cit., p. 609.

⁶⁹ En su comentario a la sentencia sobre el asunto *Van Schijndel*, Prechal repara en dicha cuestión citando la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad sobre el asunto *Fiataigli* (sentencia de 27 de octubre de 1994, asunto T-34/92, Rec. 1994, p. II-957) en la que el tribunal afirma que el art. 81 TCE, en el que se establecen las disposiciones aplicables a las empresas en materia de defensa de la competencia, constituye una norma de orden público.

Si, por el contrario, partimos de la perspectiva pluralista, las nociones de orden público, tanto estatal como comunitario, deben acabar convergiendo, de modo que debe hablarse de una noción de *orden público común*, y no simplemente comunitario, pues de tal forma queda mejor expresada la dinámica de la interrelación. Desde esta perspectiva, resulta más sencillo comprender que el Derecho comunitario que se acaba aplicando es un Derecho que es eficaz y se impone precisamente por partir del pluralismo.

Por volver a los ejemplos proporcionados por las sentencias sobre los asuntos *Van Schijndel* y *Peterbroeck*, en un caso la regla estatal perdura y en el otro cede ante la aplicación de la norma comunitaria, pero en ambos supuestos se acaba igualmente imponiendo una noción de *orden público común* que termina por regir la situación jurídica resultante.

Hay que advertir que ese carácter común no implica que los ordenamientos estatales deban deshacerse de sus propias nociones de orden público, ya que siguen teniendo un ámbito exclusivo de actuación, y deben seguir siendo considerados como ordenamientos autónomos. Pero lo cierto es que a medida que el orden comunitario se expande, la posibilidad de hallar espacios en los que sustraerse por completo de los principios que deben asegurar la efectividad de la normativa comunitaria se reduce considerablemente. Una buena expresión de ello se encuentra en la doctrina del efecto indirecto elaborada por el TJ, en virtud de la cual, con base en el principio de efectividad (artículos 10 TCE y 6.4 TUE), la normativa comunitaria, incluso de la que no resulte directamente aplicable, debe servir de parámetro interpretativo para la normativa interna⁷⁰.

Sin duda, no puede pensarse en que el resultado al que finalmente se llega, muchas veces tras la intervención del TJ, resulte siempre fruto del equilibrio perfecto de las distintas fuerzas actuantes. En primer lugar, porque, según vimos, tales fuerzas no pueden ubicarse simplemente en un esquema de relación bidireccional, sino multifocal y en red, esquema que produce en ocasiones tensiones cuyo resultado no siempre es fruto de una perfecta armonía participativa, precisamente. Y en segundo lugar, porque incluso cuando

⁷⁰ De nuevo, merece la pena recordar que para el TJ el único parámetro de control válido es el comunitario, incluso en ámbitos en los que los Tratados no ofrecen una regulación específica. En ese sentido, 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 (...).” Sentencia de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*, ya citada).

puede identificarse un interés típicamente estatal, no siempre se dan las mejores condiciones para asegurar su incidencia, tanto en la fase de conformación de la voluntad comunitaria como en el momento de la aplicación, entre otras cosas porque a nadie escapa la diferencia entre los Estados “grandes” y los “pequeños” tanto en el plano de la dirección del proceso comunitario como en sus efectos concretos, diferencia que muchas veces se traslada a la capacidad de influencia que pueden ejercer su máximos órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, debemos separar conceptualmente lo que constituye el espacio de las relaciones interordinamentales (terreno de la interrelación) y las dinámicas concretas que, en cada contexto, acaban por perfilar los resultados finales de dicha interrelación. Ahora nos hallamos en la tarea de intentar describir cuál es el espacio jurídico en el que entran en relación los distintos ordenamientos. Si se quiere, se trata de una apuesta descriptiva no exenta de una vertiente de tipo prescriptivo.

En los siguientes apartados, volveremos a uno de los espacios jurídicos donde esa interrelación se ha desarrollado con mayor intensidad, que es el generado en el diálogo entre los órganos jurisdiccionales alemanes (principalmente el TCF), y el TJ.

2.3.6 El diálogo entre el TCF y el TJ en materia de derechos fundamentales

2.3.6.1 Introducción

Como bien sabemos, la interacción más intensa que se ha dado en los últimos años que no es otra que la existente entre la jurisprudencia del TCF y la del TJ. Ya aludimos anteriormente a los pronunciamientos más relevantes del TCF en la materia, especialmente por lo que la protección de los derechos fundamentales se refiere, llegando a la sentencia *Maastricht* en la que, según vimos, el TCF, con base en proclamas de signo soberanista, recuperaba en parte el control sobre los límites constitucionales al proceso de integración. Una recuperación del margen cedido en el terreno de los derechos fundamentales por la sentencia *Solange II* y una nueva reivindicación en el ámbito del control de los actos comunitarios en *ultra vires*, aquellos que exceden del *programa de integración* aceptado por el Parlamento alemán.

El TCF, según dijimos, se sitúa con tal sentencia a mitad de camino del control pormenorizado y puntual que reclamaba en su polémica sentencia *Solange I*, y el etéreo control anunciado por la sentencia *Solange II*, aunque, como también vimos, al margen de ampliar el control a los actos *ultra vires*, el TCF da un paso más allá respecto de su anterior jurisprudencia al afirmar su competencia no sólo referida al control de las normas alemanas de ejecución de la normativa comunitaria, sino directamente también frente a esta normativa.

El planteamiento descrito, de todas formas, se compromete el TCF a enmarcarlo en una “relación de cooperación” con el TJ. Según concluimos en su momento, pese a aludir a tal cooperación, los términos de su pronunciamiento parecían estar pensando más bien en una “relación de supervisión” del contenido de la normativa comunitaria y de la actividad del TJ, supervisión no caso por caso y de manera estricta pero que al fin y al cabo parte de una actitud siempre vigilante del TCF a la hora de asegurar el respeto por un lado de los principios esenciales que representan los derechos fundamentales dentro del ordenamiento constitucional germano y, por otro, del programa de integración convenido.

En cualquier caso, y ante todo, lo que representa la sentencia *Maastricht* es un posicionamiento teórico general en el que el TCF, dejando atrás el carácter coyuntural de los pronunciamientos *Solange*, opta por tratar de sentar las bases de la articulación interordinamental (e interjurisdiccional) que comporta el proceso de integración europea.

De lo que se trata ahora es de comprobar cuál ha sido el desarrollo de los acontecimientos tras la sentencia *Maastricht*, para ver si las relaciones entre el TCF y el TJ se han orientado hacia líneas más puramente monistas, o si, por el contrario, se han venido potenciando y concretando las dinámicas de cooperación que están en la base de la interrelación ordinamental que venimos analizando.

En este sentido, vale la pena recoger las previsiones de Boom al respecto, quien ha señalado en la sentencia tres tipos de efectos: a corto, medio y largo plazo. A corto plazo, opina que si el TCF ejercita la autoridad que se reclama en la sentencia, el TJ estará forzado a actuar, ya que no podrá tolerar esa falta a la uniformidad que tanto proclama. Lo que sucede es que la sombra del conflicto seguramente lo que hará, opina el autor, es que ambos conserven la prudencia y eviten el enfrentamiento, para lo cual juega un papel determinante el principio de subsidiariedad. En este sentido, la sentencia debe tener un

impacto positivo, como la tuvo para la protección de los derechos fundamentales la sentencia *Solange*. Por otro lado, añade también el mismo autor, es de esperar que las conferencias intergubernamentales sirvan para clarificar el contenido de algunas competencias evitando así problemas⁷¹.

En cuanto a las implicaciones a medio plazo, el autor considera que quizás el TCF opte por una segunda decisión del tipo *Solange II*, para suavizar posturas y empezar a aceptar la competencia del TJ sobre la competencia. Y a largo plazo, está por ver si la Comunidad puede o no democratizarse en los términos de los que parte el TCF. Hasta el momento, la barrera absoluta a la transferencia está en la necesidad de que el Bundestag conserve esenciales competencias, porque es de donde viene la legitimación directa. Por eso el número de competencias (y la manera en que se transfieren) será más o menos permitido por el TCF en función del nivel de democracia en la UE. Pero, considera el autor, no se trata de más poderes para el PE, se trata de otro tipo de cambios que podrían empezar, a ojos del TCF por estandarizar el procedimiento de voto, aunque siempre teniendo siempre en cuenta que el déficit democrático es estructural y no meramente institucional. Para el TCF es un *prius*: antes de permitir más transferencias hace falta esa democratización estructural. El autor sostiene que aunque no explícitamente, en realidad el TCF confía en la posibilidad de que se produzca un proceso de democratización paulatina, lo que conllevaría una transformación en sus exigencias. Esos serían los efectos a largo plazo⁷².

En estos momentos, estamos ya en situación de analizar los efectos de la sentencia en el medio plazo. El análisis versará por separado sobre los dos ámbitos en los que el TCF reivindica su función fiscalizadora de la actividad comunitaria: el terreno de los derechos fundamentales, al que nos acercaremos a través de los asuntos sobre la organización del mercado común de plátanos, y el de la actividad comunitaria en *ultra vires*, del que daremos cuenta en otro apartado, que halla su espacio en el conflicto referido a la Directiva comunitaria sobre la publicidad del tabaco.

⁷¹ Boom, S. J., “The European Union after...”, ob. cit., páginas 219 a 225.

⁷² Ibídem, p. 225.

2.3.6.2 La era post-Maastricht: el asunto sobre el mercado de plátanos (planteamiento inicial)

Empezando pues el análisis por el ámbito de los derechos fundamentales, la ocasión nos viene dada por la serie de distintos pronunciamientos jurisdiccionales, de la jurisdicción ordinaria, de la constitucional y de la comunitaria, que se suceden hasta llegar a la resolución del TCF sobre el asunto conocido con el nombre de *Bananen* (o más precisamente *Bananenmarktordnung*), de 7 de junio de 2000⁷³.

En el inicio de este conjunto de resoluciones está la aprobación en sede comunitaria del Reglamento 404/93, de 13 de febrero de 1993⁷⁴, sobre la organización del mercado común de plátanos, en virtud del cual se fija un sistema de contingentes de importación de plátanos de países extracomunitarios y un determinado arancel (entre 0 y 850 Ecu por tonelada importada, según los casos). La regulación favorece claramente a los importadores de países de la ACP (África, Caribe y Pacífico), radicados principalmente en Francia, España y Portugal, y perjudica a las empresas importadoras de Centroamérica, Panamá y Colombia, principalmente estadounidenses y alemanas.

En aplicación del Reglamento, la autoridad administrativa competente impuso un determinado contingente y arancel al grupo alemán Atlanta Fruchthandelsgesellschaft, quien seguidamente, por los grandes perjuicios que le suponía, interpuso un recurso contra tal decisión ante el Tribunal contencioso (*Verwaltungsgericht*) de Frankfurt am Main⁷⁵. La

⁷³ Sentencia de 7 de junio de 2000 (2 BVL 1/97, asunto *Bananenmarktordnung*).

⁷⁴ DOCE L 47, de 25 de febrero de 1993.

⁷⁵ Ya desde que el caso fuese planteado por vez primera ante la jurisdicción ordinaria alemana, el caso levantó una notable expectativa que fue aumentando a medida que iba recorriendo distintas fases dentro del organigrama jurisdiccional y a la espera de una decisión concluyente del TCF. Señal de dicha expectación son las distintas aportaciones doctrinales al debate, entre las que hay que destacar: a Reich, N., “Judge-made «Europe à la carte»: some remarks on recent conflicts between European and German constitutional law provoked by the Banana Litigation”, *European Journal of International Law (EJIL)*, 1996, 7, 1, páginas 103 a 111; Rabe, H. J., “Ausgerechnet Bananas”, *NJW*, núm. 20, 1996, páginas 1320 a 1324; Vachek, M., “Das Kooperationverhältnis im Bananenstreit”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung. Internationale Privatrecht und Europarecht*, 4, 1994, páginas 136 a 152; Weber, A., “Die Bananenmarktordnung unter der Aufsicht des BVerfGE”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 8, 6, 1997, páginas 165 a 169; Pernice, I., “Grundrechtschutz im Bananenstreit: die Wende?”, *EuZW*, 8, 18, 1997, páginas 522 a 550; Stein, T., “Bananen Split?”, *EuZW*, 9, 1998, páginas 261 a 264; Kumm, M., “Who is the Final...?”, ob. cit. Incluso existe una obra monográfica: Cascante, J. C., Sander, G. G., *Der Streit um die EG-Bananenmarktordnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

parte recurrente cuestiona la validez del Reglamento, y como consecuencia de ello el tribunal plantea un recurso prejudicial de validez ante el TJ. Seguidamente, se solicita también del tribunal administrativo que, a modo de medida cautelar, se ordene a la Administración alemana la autorización de un contingente superior de importación hasta la resolución sobre la validez del Reglamento cuestionado. Con ello la medida cautelar no es de mera suspensión de la aplicación sino que consiste en una medida cautelar positiva, esto es, creadora de una situación jurídica previamente inexistente. Tal solicitud le lleva también al Tribunal a instar la vía prejudicial, esta vez interpretativa, para conocer el margen que el art. 189 TCEE (actual art. 249 TCE) deja para la adopción de medidas cautelares como la planteada.

Sobre la cuestión de la validez del Reglamento el TJ no se acabó posicionando en tal recurso prejudicial por el hecho de que antes de resolverlo tuvo que pronunciarse sobre un recurso directo por invalidez del mismo Reglamento presentado por el Gobierno federal alemán. En tal sentencia, de 5 de octubre de 1994, el TJ desestima la pretensión de nulidad por entender, muy cautamente, que el derecho de propiedad, libertad de empresa y no discriminación no resultaban vulnerados puesto que la medida respondía a intereses comunitarios y no resultaba desproporcionada⁷⁶.

Pese a existir ya pronunciamiento que confirmaba la validez y aplicabilidad inmediata del Reglamento, el TJ estimó necesario, no obstante, admitir el recurso prejudicial en interpretación interpuesto por el Tribunal Administrativo de Frankfurt⁷⁷, órgano que había decidido conceder ya a título provisional, tan sólo aplicables los dos primeros meses, medidas cautelares positivas a favor de la empresa demandante

⁷⁶ Concretamente establece que no constituye “una desproporcionada e intolerable interferencia, que lleve a perjudicar la esencia de los derechos afectados”. Sentencia de 5 de octubre de 1994 (*Alemania c. Consejo*, asunto C-280/93, Rec. 1994, p. I-4973). En cuanto al derecho de propiedad, el TJ sostiene que ningún operador económico puede reivindicar un derecho de propiedad sobre una cuota de mercado que poseía en un momento anterior a la adopción del régimen cuestionado (apartado 79) ni invocar un derecho adquirido o una confianza legítima en el mantenimiento de una situación preexistente (apartado 80).

⁷⁷ Circunstancia que ha llevado a García de Enterría, a señalar que “este hecho podría haber llevado a jueces menos rigurosos que el Tribunal de Justicia a rechazar *a limine* o, al menos, a desestimarla sumariamente, la cuestión tan enfáticamente planteada por el Tribunal Administrativo de Francfort. Pero, al estar planteada dicha cuestión prejudicial como de interpretación (y no de invalidez) del art. 189 del Tratado, el Tribunal de Justicia la ha resuelto, mediante una interpretación que tendrá valor general al margen del caso concreto en que la cuestión surgió”. García de Enterría, E., “Sobre la posibilidad...”, ob. cit., p. 572.

consistentes en ordenar al órgano administrativo competente la autorización de importación suplementaria con un arancel sensiblemente inferior al exigido por el Reglamento.

Es importante resaltar la argumentación del órgano jurisdiccional alemán, ya que nos hallamos ante una primera aplicación de la doctrina contenida en la sentencia *Maastricht*. Lo que hace dicho órgano es plantear la cuestión en términos de salvaguarda de un derecho fundamental reconocido por la LFB, la tutela judicial efectiva, que según doctrina consolidada en territorio germano comprende las medidas de defensa cautelar del derecho⁷⁸. Concretamente, de manera contundente (y amenazante) el tribunal señala en su recurso ante el TJ que una desestimación de la posibilidad de adoptar medidas cautelares como las alegadas supondría una contradicción del principio de la protección jurisdiccional consagrado en el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn. Y señala que “si el Verwaltungsgericht no fuera competente para, por la vía de las medidas cautelares, conceder protección frente a los actos administrativos de las autoridades nacionales basados en el Derecho comunitario, debería someter al Bundesverfassungsgericht la cuestión de la compatibilidad de la ley nacional de aprobación del Tratado CEE con el apartado 4 del artículo 19 de la Grundgesetz”⁷⁹.

En su resolución, la sentencia de 9 de noviembre de 1995 (asunto *Atlanta*)⁸⁰, el TJ recoge lo contenido en sus pronunciamientos sobre el conocido asunto *Factortame*, y en el asunto *Zuckerfabrik*, en el que se amplía la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales ordinarios adopten medidas cautelares de suspensión para referirlas también a normativa de directa ejecución de un Reglamento comunitario cuya validez es cuestionada en vía prejudicial ante el TJ⁸¹.

⁷⁸ Una aproximación a la técnica de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo alemán se encuentra en Bacigalupo, M., “El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991”, *RAP*, núm. 128, 1992, páginas 413 a 452.

⁷⁹ Apartado 16 de la Sentencia de 9 de noviembre de 1995 (*Atlanta*, asunto 466/93, Rec. 1995, p. I-3799).

⁸⁰ Un detallado análisis sobre esta sentencia se puede encontrar en García de Entería, E., “Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia *Atlanta* del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995)”, *REDA*, núm. 88, 1995, páginas 565 a 579. También en Sobrino Heredia, J. M., “La incidencia del Derecho comunitario sobre la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de adoptar medida cautelares de contenido positivo. (Comentario a la Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft GmbH y otras, C-465/93*”, *RIE*, núm. 3, 1996, páginas 779 a 797.

A partir de tal doctrina, que en definitiva viene a reconocer que la tutela provisional de los derechos en sede comunitaria debe poder ser ejercida también por los órganos jurisdiccionales ordinarios y no sólo por el TJ (pese a la literalidad del art. 242 TCE), el Tribunal de Luxemburgo da un paso más y extiende el ámbito de tal derecho permitiendo la adopción de medidas cautelares (esto es, sujetas al juicio de validez de la norma aplicable), siempre exigiendo los requisitos ya establecidos en el asunto *Zuckerfabrik*, no ya sólo relativas a la suspensión de la aplicación de la norma comunitaria, sino además medidas de tipo positivo. Concretamente, el TJ afirma que “la protección provisional o cautelar que las jurisdicciones nacionales deben asegurar a los justiciables, en virtud del Derecho comunitario, no debe variar, tanto si estos últimos piden la suspensión a la ejecución de un acto administrativo nacional adoptado sobre la base del Derecho comunitario, como si solicitan medidas provisionales que configuren o regulen en beneficio de ellos situaciones jurídicas controvertidas” (apartado 28).

Así pues, uno de los primeros resultados de la sentencia *Maastricht* lo hallamos tanto en planteamientos de tribunales ordinarios alemanes como en esta sentencia *Atlanta* del TJ. El efecto de la amenaza vertida en el asunto *Maastricht* influencia, a partir de su actualización por parte de un tribunal contencioso alemán, en la actuación no sólo del TJ sino incluso en la totalidad del ámbito comunitario, e incluso podría verse dicha influencia en la decisión de levantar la absurda limitación de la competencia jurisdiccional del TJ sobre el contenido del art. F 2 del TUE (relativo a la protección de los derechos fundamentales en sede comunitaria) adoptada por el Tratado de Ámsterdam.

⁸¹ Sentencia de 21 de febrero de 1991 (*Zuckerfabrik*, asuntos acumulados 143/88 y 92/89, Rec. 1991). En esta sentencia, el TJ señala que la protección cautelar que se asegura a los justiciables ante las jurisdicciones nacionales no debe variar cuando se trata de poner en cuestión la compatibilidad de normativa estatal con el Derecho comunitario o de la validez de los actos administrativos internos de aplicación del propio Derecho comunitario, pues en uno y otro caso el proceso se funda sobre el Derecho comunitario mismo. De todas formas el TJ reconoce diferencias entre uno y otro caso ya que en el segundo de ellos exige que las circunstancias de hecho o de Derecho invocadas por los actores lleven “al juez nacional a la convicción de que hay dudas serias sobre la validez del Reglamento comunitario” (apartado 23), mientras cuando se trata de inaplicar la propia normativa por posible contravención del Derecho comunitario, las exigencias son menores. No obstante, por encima de las peculiaridades de cada ordenamiento, el TJ no olvida su función de asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario. Igualmente exige para proceder a la suspensión de la aplicación de la ejecución del Derecho comunitario que exista urgencia y el demandante esté amenazado por un perjuicio grave e irreparable y que se tome debidamente en cuenta la consideración del interés comunitario. Ya se dijo que un detallado estudio sobre tales medidas se halla en García de Enterría, E., *La batalla...*, ob. cit. Resulta también de interés el apartado dedicado a esta misma cuestión en la obra de Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., páginas 488 y siguientes

No obstante, que la influencia sea notoria no quiere decir que se pueda llegar a afirmar, como hace García de Enterría tras analizar la sentencia sobre el asunto *Atlanta*, que desde la sentencia *Maastricht*, “el Tribunal de Justicia se ha de ver necesariamente en la situación de asegurar en el orden comunitario un nivel de protección de los derechos fundamentales que no podrá ser menor que el que asegura Alemania en su Ley Fundamental, pues en otro caso arriesga, nada menos, la eventualidad de una, hasta ahora nunca pensada, declaración de inconstitucionalidad de las Leyes alemanas de ratificación de los Tratados comunitarios, lo que, con evidencia manifiesta, podría suponer, a la larga, la disolución del sistema comunitario”⁸².

Sin querer entrar en hipótesis sobre la reacción del TCF en el caso en que se diera un supuesto como el recién descrito, pues habría que ver en un caso concreto, real, hasta dónde sería capaz de llegar, lo que no se puede negar es que nos hallamos ante una buena muestra de la tantas veces mencionada interacción entre ordenamientos y entre jurisdicciones que la integración comporta. Así, a partir del férreo posicionamiento de la jurisdicción alemana (constitucional y ordinaria), el TJ acaba trasladando a los jueces nacionales facultades referidas en principio al TJ, “robusteciendo así el principio del carácter ordinario de dichos jueces para la aplicación del sistema jurídico comunitario”⁸³. Pero todavía más, es un buen ejemplo de que dada la posición que ocupa el TJ, la irradiación del diálogo que pueda existir entre los órganos de un Estado y la Comunidad llega al resto de Estados miembros, en un proceso de continuo y multilateral cambio, idea que ya fue referida.

Así, se puede afirmar, como lo hace García de Enterría con los ojos puestos en su crítica a la situación interna española en la materia⁸⁴, que “la doctrina de la Sentencia

⁸² García de Enterría, “Sobre la posibilidad...”, ob. cit., p. 571.

⁸³ Ibídem, ob. cit., p. 578.

⁸⁴ Ya en el prólogo (páginas 16 y siguientes) de la segunda edición ampliada de su obra sobre *La batalla por las medidas cautelares...* (1995) ya citada, García de Enterría se mostró especialmente contrario al Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción contenciosa administrativa que acababa de ser presentado por el Gobierno en el que se barraba el paso a la adopción de cualquier tipo de medidas cautelares de carácter positivo. Por eso al hacerse pública la sentencia *Atlanta*, no tardó en responder con el artículo al que nos venimos aludiendo, señalando que su doctrina, al igual que sucedió en el caso *Factortame* con respecto a los tribunales británicos, es aplicable de manera inmediata por los tribunales españoles, que “van a disponer respecto de los Reglamentos comunitarios de mayores poderes que los que en la práctica disponen respecto de

Atlanta define, así, una nueva cota de *ius commune* europeo, que afecta ya desde este momento a la función de nuestros Tribunales, pero que les ilustra también sobre la nueva significación que en nuestro tiempo está decididamente alcanzando la tutela cautelar como instrumento ineludible de impartir una tutela judicial efectiva”⁸⁵.

No cabe duda pues de que en el ámbito de las medidas cautelares y la protección de la tutela judicial efectiva, las resoluciones comentadas ofrecen una buena muestra de la interrelación que venimos analizando⁸⁶.

2.3.6.3 El desarrollo del asunto sobre el mercado de plátanos: más ejemplos de interrelación

Tras las resoluciones referidas, las empresas alemanas afectadas, que apenas habían podido obtener un corto aplazamiento de las consecuencias de la regulación comunitaria, deciden no dar por cerrada la vía jurisdiccional interna. Una vía jurisdiccional que les permitiría llegar al TCF. Concretamente, el pronunciamiento, la sentencia de 25 de enero de 1995⁸⁷, llega tras el rechazo de la apelación presentada por la empresa *Atlanta* ante el Tribunal Administrativo de Hesse por considerar que la aplicabilidad inmediata del Reglamento no resulta oponible, entre otras cosas porque así lo había declarado ya el TJ en

sus propios Reglamentos nacionales, según la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa en vigor y el Proyecto de Ley que intenta sustituir a ésta y que está en las Cortes”. De todas formas el autor advierte que, no obstante, “rigiendo ahora, como ocurre, y con carácter prevalente, el artículo 24 de la Constitución, en base a él el Tribunal Constitucional había establecido ya el mismo principio de que el derecho fundamental proclamado en el citado artículo 24 de la Constitución, “deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares... que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso (Sentencias constitucionales 14/1992, de 10 de febrero, y la 148/1993, de 29 de abril)”. García de Enterría, “Sobre la posibilidad...”, ob. cit., p. 573.

⁸⁵ Ibídem, p. 579. Es importante además señalar que esa construcción de *ius commune* se hace explícita en la voluntad del TJ por las propias circunstancias del caso, puesto que, según se ha dicho, el TJ decide admitir la cuestión y resolver pese a que en una sentencia suya anterior ya había resuelto sobre la regularidad comunitaria del Reglamento rechazando además la posibilidad de acordar medidas cautelares que entorpecieran su aplicación. “Esta circunstancia quizás encarece más el valor de su doctrina, que viene a tener así un alcance abstracto, cuasi normativo”. Ibídem, p. 572.

⁸⁶ Vale la pena en este punto destacar, con López Castillo que “no hay que insistir más en lo ya dicho sobre la creciente articulación de un derecho fundamental comunitario a la tutela judicial efectiva, capaz incluso de impulsar la mejora de esa tutela en el marco de los propios procedimientos jurisdiccionales internos”, López Castillo, A. “De integración y soberanía...”, ob. cit., p. 233

⁸⁷ As. 2 BvR 2689/94 y 2 BvR 52/95. El texto se puede hallar en *EuR*, 1995, núm. 162, páginas 91 a 95.

su sentencia de 5 de octubre de 1994. En esta sentencia el TCF optó, haciendo efectivo el principio de cooperación argüido en la sentencia *Maastricht*, por evitar una declaración de inaplicabilidad del Reglamento comunitario emplazando a los recurrentes a utilizar los mecanismos que la propia norma preveía para ser exceptuados de su aplicación, o al menos disfrutar de un trato más beneficioso. De todas formas, hasta que tales mecanismos no fueran puestos en marcha, el TCF acordó la inaplicación de la medida nacional de ejecución del Reglamento a modo de medida cautelar.

De nuevo, un ejemplo de interrelación. Pese a la existencia de razones de peso para que el TCF hubiese declarado inaplicable el Reglamento comunitario, principalmente con base en el principio de no discriminación y la posible contravención de regulaciones de la OMC (GATT), a las que Alemania y la propia Comunidad se ven sometidas⁸⁸, se inclinó por realizar una interpretación conforme del Reglamento que evitara tener que declarar su inaplicación. De este modo, entendió que el Reglamento era lo suficientemente abierto como para permitir un régimen transitorio que por medio de la concesión de nuevas licencias evitara el peligro de quiebra empresarial, peligro que debe tratar de evitarse también de acuerdo con el derecho de propiedad.

El listado de pronunciamientos jurisdiccionales no concluye ahí. Las empresas importadoras decidieron seguir operando sin contar con las licencias requeridas y rechazando el pago de las tarifas regulares. En tal situación, el asunto llegó a conocimiento del Tribunal para asuntos financieros de Hamburgo, quien por medio de una resolución de 19 de mayo de 1995, y basándose esta vez en la contravención de las reglas de la OMC, elevó un recurso prejudicial por invalidez del Reglamento al TJ. En su resolución, el tribunal advierte de su derecho de interposición de recurso ante el TCF en caso de que el TJ no reconozca que la actuación comunitaria incurre en *ultra vires*. Así es, en directa

⁸⁸ Hay que tener en cuenta que la regulación comunitaria sobre el mercado del plátano sería objeto de reclamación ante la OMC por violación del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles aduaneros y Comercio). La OMC estimó, por medio de una resolución de 1997 que dicha vulneración existía. La *guerra del plátano* trascendió pues las fronteras comunitarias incorporando los intereses de las poderosísimas compañías bananeras norteamericanas con presencia en Centro y Sudamérica. Ante dicha decisión, tanto el TJ, en sentencias de 10 de marzo de 1998, como el propio Consejo introdujeron limitaciones a la regulación comunitaria, que no obstante han sido consideradas insuficientes. Así, las medidas de represalia frente a la UE por parte de los EEUU han sido avaladas por la propia OMC. Ver García López, J., “La decisión arbitral de la Organización Mundial del Comercio sobre el régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos”, *La Ley*, 30 de junio de 1999, páginas 6 y siguientes.

referencia a la sentencia *Maastricht*, el tribunal financiero advierte que el TCF tiene competencia de controlar los actos comunitarios en *ultra vires* (*ausbrechende Gemeinschaftsrechtkakte*), y literalmente afirma que tal jurisdicción “no puede ser puesta en duda con el argumento de que ello violaría la uniformidad del Derecho comunitario. La normativa secundaria en *ultra vires* no puede reclamar aplicación uniforme”⁸⁹.

La trascendencia del planteamiento que acabamos de recoger no debe menospreciarse. Por un lado, según ha puesto de manifiesto Gutiérrez Gutiérrez, por cuanto sitúa la normativa internacional que obliga al Estado (en este caso de la OMC) fuera del ámbito del TJ (incluso cuando, como es el caso, también obliga a la Comunidad), de modo que se sitúa al Tribunal Constitucional como “custodio no de la Constitución, sino de la correcta relación entre normas de Derecho internacional, aunque necesitara argumentarla a través de la Ley Fundamental”⁹⁰.

Como señala Reich, “raramente en la historia del Derecho comunitario tras el AUE se ha opuesto un alto órgano jurisdiccional tan abiertamente tanto a la primacía y uniformidad del Derecho comunitario como a la exclusiva competencia del TJ para revisarlo. La confianza que el TJ, en el asunto *Zuckerfabrik*, concedió a los órganos judiciales nacionales (...), se frustrará si se da un abierto rechazo de los órganos judiciales nacionales de seguir los precedentes judiciales del TJ, y se abusa del procedimiento del art. 177 interponiendo recursos prejudiciales sobre asuntos ya resueltos previamente”⁹¹.

⁸⁹ *Kompetenzwidriges sekundäres Gemeinschaftsrecht kann keine einheitliche Geltung beanspruchen*. El texto está extraído de Reich, N., “Judge-made...”, ob. cit., páginas 109 y 110. El mismo autor da noticia de que el *Bundesfinanzhof*, por medio de una resolución de 9 de enero de 1996, confirmó a raíz de un recurso presentado por las autoridades aduaneras las apreciaciones del tribunal inferior, insistiendo en la prioridad de las obligaciones internacionales de acuerdo además con lo dispuesto por el art. 307 TCE.

⁹⁰ Gutiérrez Gutiérrez, I., “Un orden jurídico para Alemania y Europa”, *TRC*, núm. 3, 1999, p. 217 (páginas 215 a 223). El autor parte de las decisiones de la OMC en la materia, ya aludidas, entendiendo que incluso hay quien puede derivar de ellas que: “pese a las reticencias iniciales del Consejo Europeo y del propio Tribunal de Luxemburgo, las reglas del GATT y del GATS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios), a las que están vinculadas por igual las autoridades alemanas y comunitarias, parecen imponer su aplicación directa por encima de cualesquiera obstáculos, en términos que bien pudieran autorizar a un Estado incluso a preterir el Derecho comunitario. En particular, los jueces deberían decidir en la medida en que, directamente de los Acuerdos del GATT o del GATS o indirectamente de la nulidad del Derecho comunitario, deriven derechos para los afectados”. Ibídem. El autor cita en este punto a Stein, T., “Bananen-Split?”, ob. cit., páginas 262 y siguientes.

⁹¹ Ibídem, p. 110.

Reich ve en la actuación del tribunal financiero una directa consecuencia de la sentencia *Maastricht*. El temor mostrado por el autor consiste en la posibilidad de que otros órganos se sumen a dichos planteamientos proclamando la supremacía de su propia teoría sobre los derechos fundamentales y sobre la relación entre ordenamientos. Por otra parte, señala el mismo autor, la idea de la protección de los derechos fundamentales se ha ido transformando en una herramienta para la protección de los derechos de propiedad de determinados grupos, por encima de los objetivos generales perseguidos por la Comunidad⁹².

También Pi i Llorens advierte algo parecido cuando señala que en definitiva, la situación a la que se enfrenta el TCF es la que ya fue en su día advertida por algunos autores: la apertura de “la veda” al control de la normativa comunitaria por parte de los tribunales constitucionales en razón de la protección de un determinado nivel de garantía de los derechos fundamentales puede derivar en un desequilibrio de todo el sistema comunitario provocado principalmente por quienes están interesados en la defensa, frente a los intereses comunitarios, de sus propios intereses económicos, camuflados bajo el manto de los derechos de propiedad y libre empresa. “No hay que olvidar -señala Pi i Llorens, que la causa de los derechos fundamentales se ha esgrimido muchas veces con el único propósito real de oponerse a la profundización de la integración europea y, en concreto, se han valido de ellos algunos agentes económicos con el fin de escapar a la aplicación de disposiciones comunitarias que le son adversas”⁹³.

En efecto, si repasáramos las ocasiones en que se ha impugnado la aplicación de una norma comunitaria (o norma interna de desarrollo de disposición comunitaria), llegara o no finalmente a conocimiento del TCF, por seguir con el ejemplo alemán, comprobaríamos el alto porcentaje del número de supuestos en los que los intereses en

⁹² Ibídem.

⁹³ Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 13. La misma autora cita a Pescatore, quien ya en 1975 manifestó su preocupación por la utilización de los derechos fundamentales para la defensa de intereses económicos de algunas empresas, por el efecto desestabilizador para la cohesión de la Comunidad. Pescatore, P., “La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire. Rapport communautaire”, *L'individu et le droit européen, FIDE, VII Congres*, Bruselas, 1975, p. 27. En este mismo sentido, y actualizando la preocupación precisamente al supuesto del asunto *Bananen*, Reich, N., “Judge-made...”, ob. cit., p. 110. También sobre el mismo tema pero desde una perspectiva algo más general, Schilling, T., “Eigentum und Marktordnung nach Gemeinschafts- und nach deutschem Recht”, *EuGRZ*, 25, 7-8, 1998, páginas 177 a 190.

juego son básicamente los de (grandes) productores y empresas de importación⁹⁴ que fundan sus pretensiones en la vulneración de su derecho de propiedad y de libre empresa a causa de las exigencias impuestas por la normativa comunitaria.

Ahora bien, dejando de lado el hecho de que cuanto mayor es el interés a defender mayor es la disponibilidad (entre otras cosas económica) para ensayar todas la vías jurisdiccionales previstas, lo cierto es que la protección de los derechos fundamentales se erige como preocupación en muchos ámbitos, y no sólo en los que están presentes los grandes intereses empresariales, que, por otra parte, valga el apunte, hasta hoy vienen siendo en términos generales los más interesados en la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

En tales circunstancias, hay que sumar otro nuevo episodio al diálogo interjurisdiccional con la sentencia del TJ de 26 de noviembre de 1996⁹⁵ sobre la necesidad de una regulación transitoria derivada de la garantía de la propiedad, tras la cual la Comisión dictaría dichas medidas transitorias. Concretamente, en los apartados 35 a 44, el TJ estima que del Reglamento hay que deducir la obligación de la Comisión de adoptar las medidas transitorias que estime oportunas para facilitar el paso de los regímenes nacionales a la organización común de mercados, tomando en consideración la situación de los operadores económicos que hubieran adoptado, en el marco de la normativa estatal anterior al Reglamento, un comportamiento determinado sin haber podido prever las consecuencias, siendo obligatoria dicha intervención “cuando el paso a la organización común de mercados lesiona los derechos fundamentales protegidos por el Derecho comunitario de determinados operadores económicos, tales como el derecho de propiedad y el derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales” (apartado 40).

Tras estas decisiones conciliadoras, y dejando al margen otros pronunciamientos intermedios del TJ⁹⁶, llegamos a una de las resoluciones más esperadas de los últimos

⁹⁴ Tal y como figura en la sentencia del asunto *Bananen*, la parte recurrente, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft es un grupo empresarial que entre 1989 y 1991 importó un total de 410.000 toneladas de bananas.

⁹⁵ Sentencia de 26 de noviembre (*T. Port*, asunto C-68/95, Rec. 1996, p. I-6065).

⁹⁶ Por medio de dos pronunciamientos simultáneos, sentencias de 10 de marzo de 1998, el TJ decidió anular parte de la normativa comunitaria sobre comercio de plátanos por considerarla contraria al principio de no discriminación, ratificándose en la no contravención con las reglas de la OMC, que ya en la sentencia de 5 de

tiempos, aquella en la que se ha de ver si el TCF es capaz de “meter al genio que él creó en la botella a la que pertenece”⁹⁷.

2.3.6.4 El Auto del TCF de 7 de junio de 2000: la vuelta al lenguaje *Solange II*

Nos situamos pues en el centro de un conflicto a partir de una normativa específica. El escenario teórico planteado en la sentencia *Maastricht* se ubica en el terreno práctico. De todas formas contamos ya con algunos datos que nos indican que el contenido de la sentencia del TCF sobre el asunto *Bananas* puede suponer una “Maastricht II, a imagen de la Solange II, (que) sería concebible cuando el Tribunal de Justicia hubiera sabido modular su jurisprudencia en términos que permitieran compatibilizar sin estridencias los principios jurídicos vigentes en Alemania y en la Unión Europea”⁹⁸. Y según hemos visto, por lo que respecta a la efectividad de los derechos fundamentales frente a la aplicabilidad inmediata del Derecho comunitario, en sus resoluciones el TJ se ha mostrado bastante flexible, hasta el punto de poder decir, como también se ha señalado, que en casos como el de la tutela judicial efectiva la protección dispensada por el TJ viene a elevar, y con ello a arrastrar, el nivel de garantía presente en algunos ordenamientos estatales⁹⁹.

Por otra parte, ya antes del pronunciamiento de 2000, el TCF había dado muestras de su nuevo talante por medio de la sentencia de 31 de marzo de 1998, sobre el acceso de Alemania a la tercera fase de la Unión monetaria, en la que, realizando una interesante

octubre de 1994 había considerado como no suficientemente precisas al respecto. Se trata de las sentencias sobre el asunto C-122/95 (*Alemania c. Consejo*, Rec. 1998, p. I-973) y sobre los asuntos acumulados C-364/95 y C-365/95 (*T. Port Gmbh & Co. contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Rec. 1998, p. I-1023). En esta última, el TJ, en respuesta a un recurso prejudicial presentado por el *Finanzgericht* de Hamburg, sostiene que si bien por lo que se refiere al reparto del contingente arancelario en contingentes nacionales, que favorece a determinados países terceros y limitan así las posibilidades de importación de los operadores económicos que importan tradicionalmente plátanos procedentes de los demás países terceros, no existe contravención del principio general de no discriminación, por el contrario sí concurre dicha vulneración en la diferencia de trato consistente en la exención a determinados operadores (categoría B) del régimen de certificados de exportación, exención que no se aplica a los operadores de las categorías A y C (apartados 74 a 89).

⁹⁷ Reich. N., “Judge-made...”, ob. cit., p. 111.

⁹⁸ Gutiérrez Gutiérrez, I., “Un orden jurídico...”, ob. cit., p. 219.

⁹⁹ En este sentido, López Castillo considera incluso innecesario “insistir más en lo ya dicho sobre la creciente articulación de un derecho fundamental comunitario a la tutela judicial efectiva, capaz incluso de impulsar la mejora de esa tutela en el marco de los propios procedimientos jurisdiccionales internos”, López Castillo, “De integración y soberanía...”, ob. cit., p.233.

disección de las posibilidades que da y sobre todo de las que no da el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad, rechaza la demanda invocada en la vulneración de tal derecho, sin entrar en exceso a justificar la ausencia de un control más atento del nivel de protección comunitario de los derechos fundamentales¹⁰⁰.

Se trata en definitiva de acabar de clarificar en la práctica cómo se articula la oferta de cooperación lanzada por la sentencia *Maastricht*, cómo se le da forma a la necesidad de que los Derechos constitucional y comunitario sitúen correctamente el espacio de interrelación al que venimos aludiendo. La necesidad “de esclarecer la relación de cooperación entre Tribunales no sólo desde sus supuestos institucionales, sino especialmente a partir de las condiciones materiales que han de permitir que se logre la recíproca aceptación”¹⁰¹.

El Auto del TCF de 7 de junio de 2000 responde a un recurso presentado por el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Frankfurt (Main) de 24 de octubre de 1996, en el que se alegan posibles causas de vulneración por parte del Reglamento (CEE) núm. 404/1993, del Consejo, y el Reglamento (CEE) núm. 478/95, de la Comisión, de 1 de marzo, de la igualdad ante la ley, la libertad de empresa y el derecho de propiedad protegidos por la LFB¹⁰².

¹⁰⁰ Ver Azpitarte Sánchez, M., “El control de constitucional del acceso alemán a la tercera fase de la Unión Monetaria (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 31 de marzo de 1998)”, *REDC*, núm. 55, 1999, páginas 323 a 335. Ver también el comentario a la sentencia realizado por Naranjo de la Cruz, R., en la traducción que el mismo hace del texto de la sentencia en *RDCE*, núm. 4, 1994, páginas 745 a 757. Concretamente destaca el autor cómo, frente a la dinámica de las sentencias *Solange*, el TCF “manifiesta una notable autocontención frente a procesos que son, a su juicio, responsabilidad de los órganos políticos del Estado”.

¹⁰¹ Gutiérrez Gutiérrez, I., “Un orden jurídico...”, ob. cit., p. 221. La idea la recoge de Schoch, F., “Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrecht”, *JZ*, vol. 50, núm. 3, 1995, páginas 115 a 123, quien concretamente dedica el punto I de la letra D de su trabajo al “Diálogo entre Derecho comunitario y Derecho nacional” (páginas 118 a 120), donde insiste en la necesidad de no olvidar la presencia, junto con los condicionantes jurídicos, de importantes condicionantes políticos. En este sentido, no está de más recordar la importancia de la composición personal de la Sala, así como la designación del ponente, que se ha pronunciado en cada caso. Como ha señalado López Castillo, “el sistema de trabajo del BverfG no se orienta en perspectiva generalista sino que responde a una clara delimitación temática de las Salas, sustentada sobre un sistema predeterminado de asignación de ponencias a los Magistrados lo que –por hipótesis y en sentido impropio- le permite prever y concretar (...) una determinada (re)orientación de su doctrina iuscomunitaria”. López Castillo, A., “Un nuevo paso en la andadura iuscomunitaria del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. El Auto (Sala segunda) de 7 de junio de 2000”, *REDC*, núm. 61, 2000, p. 350 (nota 5), páginas 349 a 364.

Si recordamos, nos hallamos en el mismo procedimiento que llevó al Tribunal mencionado al planteamiento de recurso prejudicial de interpretación ante el TJ sobre la posibilidad de establecer medidas cautelares positivas frente a la aplicación de normativa comunitaria de cuya validez se duda. Pues bien, tras la resolución del TJ (asunto *Atlanta*), y teniendo en cuenta que previamente el TJ ya se había pronunciado sobre la validez del Reglamento cuestionado (sentencia de 5 de octubre de 1994), el Tribunal Administrativo decidió ante las alegaciones de las partes, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

En el razonamiento del Tribunal Administrativo se condensan algunos posibles efectos de la doctrina del TCF en el asunto *Maastricht*: la extensión de la posibilidad de control por parte de TCF a los actos comunitarios; la apreciación de una diferencia del nivel de tutela que, a juicio del tribunal *a quo*, significa un déficit estructural de tutela comunitaria.

La respuesta del TCF es contundente: auto de inadmisión del recurso con base en que “también después de la decisión *Maastricht*, los recursos de queja y cuestiones de inconstitucionalidad se inadmitirán de plano, si su fundamentación no pone de manifiesto que el desarrollo jurídico europeo, incluida la jurisprudencia del TJCE recaída tras la decisión *Solange II*, haya caído por debajo del exigido estándar de derechos fundamentales. Por tanto, la fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad o del recurso de queja por inconstitucionalidad, que haga valer una vulneración en los derechos fundamentales de la LFB por Derecho comunitario derivado, tiene que exponer en detalle que aquella irrenunciable protección de derechos fundamentales no se garantiza con carácter general. Esto exige la confrontación de la protección de derechos fundamentales en el plano nacional y comunitario del modo y forma en que lo ha hecho el TCF en *Solange*” (B II 2d)¹⁰³.

¹⁰² Como señala Peters, los cuatro de años de espera entre la interposición del recurso y su inadmisión puede deberse a distintas razones. La autora apunta dos posibles: la espera de una solución política en el nivel de la OMC, o la espera a que llegara la sustitución del juez Kirchhof, ponente y máximo defensor de las doctrinas contenidas en la sentencia *Maastricht*. Quizás, añade, tuviera también algo que ver la voluntad de esperar a ver en que se concretaba finalmente el proceso que había de llevar a la proclamación de una Carta de los derechos fundamentales de la UE. Peters, A., “The Bananas Decision (2000) of the German Federal Constitutional Court: Towards Reconciliation with the European Court of Justice as Regards Fundamental Rights Protection in Europe”, *German Yearbook of International Law*, 43, 2000, p. 277 (páginas 276 a 282).

¹⁰³ El texto de la sentencia está extraído de López Castillo, A., “Un nuevo paso...”, ob. cit., p. 359.

Como señala López Castillo, dejando de lado que el TCF siga partiendo de una (discutible) proyección del estándar propio sobre el ámbito iuscomunitario, lo cierto es que se muestra claro al entender que el Tribunal Administrativo parte de una interpretación equívoca de la sentencia *Maastricht*. La Sala, de este modo, emprende una interpretación sistemática de distintos pasajes de las sentencias *Solange* y *Maastricht* a partir de la que niega la existencia de contradicción alguna en cuanto a los requisitos que deben concurrir para justificar la intervención del TCF¹⁰⁴. En este sentido, nada habría cambiado: hay que seguir exigiendo que la demanda logre fundamentar una desprotección general del derecho presuntamente vulnerado.

Dicha *desprotección general* se refiere al incumplimiento de la idea defendida por el TCF en la sentencia *Maastricht* sobre que la “protección debe observarse en lo esencial”. Como ya tuvimos ocasión de poner de manifiesto al proceder al análisis de la mencionada sentencia, es ese concepto de lo *esencial* lo que introduce dudas respecto de los límites concretos de la actuación comunitaria. De todas formas, al establecer de manera tan insistente la conexión entre las sentencias *Solange* y *Maastricht*, hay que inclinarse por entender que la sentencia *Bananen* al hablar de desprotección general se refiere a lo establecido de manera clara en la sentencia *Solange II* (y *Eurocontrol*), esto es, que la exigencia se refiere no al respeto del contenido esencial de derecho por derecho en cada caso, sino a unos contenidos generales mínimos que además se controlarán de manera también general como nivel de protección global ofrecido por el sistema comunitario. Se puede decir, con Peters, que la resolución en el asunto *Bananas* usa más lenguaje *Solange II* que lenguaje *Maastricht*¹⁰⁵. Un repaso del análisis que sobre ambas sentencias se realizó anteriormente así lo confirmaría.

De este modo, el TCF vendría a sentar dos cuestiones fundamentales: el rechazo de la competencia del TCF en cada supuesto individual en que se alegue sin más vulneración de derechos fundamentales, pues lo que se exige es un “decaimiento general” de la protección; el TCF, en aplicación de lo dispuesto por el art. 23 LFB, no requerirá al TJ un

¹⁰⁴ Ibídem, p. 361.

¹⁰⁵ Peters, A., “The Bananas Decision...”, ob. cit., p. 280.

nivel idéntico de protección sino que vale con una protección equivalente, atendiendo además las circunstancias del caso.

Así es, ratificando el acercamiento de posturas con el TJ, razona el TCF en su decisión la necesidad de que el Tribunal Administrativo hubiese llegado a contrastar no sólo a la manera *Solange II*, sino que, además, le exige la toma en consideración del diálogo entre el TCF y el TJ, exemplificado en páginas anteriores, diálogo que conlleva decisiones que ponen de manifiesto “un engranaje de la tutela judicial de los derechos fundamentales a nivel europeo mediante Tribunales nacionales y Tribunales de la CE” (B III 2).

2.3.6.5 Recapitulación

Si por un momento hacemos un rápido repaso al conjunto de pronunciamientos que se han generado alrededor del asunto del mercado comunitario de plátanos, veremos que, de alguna manera, se vendría a cumplir lo que en su día anunciara López Castillo, quien en un comentario a la sentencia *Maastricht*, precisaba que “el mejor camino para llevar a la obsolescencia esta jurisprudencia cimarrona del TCF será, a salvo de otras hipótesis constitucionales, la toma de conciencia por parte del TJCE de que a él le toca asumir «la gran responsabilidad de interpretar el conjunto del Derecho comunitario de conformidad con estos principios (constitucionales fundamentales), que debe identificar y formular con suficiente amplitud, teniendo en cuenta, entre otros elementos, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales»”¹⁰⁶.

Así pues, el Auto de inadmisión de la Sala segunda del TCF aborda con decisión una consistente modulación del alcance de la sentencia *Maastricht* en uno de sus dos principales ámbitos, el del nivel de protección de los derechos fundamentales. Nada dice, en cambio, de la cuestión relativa al control de disposiciones comunitarias dictadas en *ultra vires*, asunto, recordemos, que había sido planteado en una de las resoluciones de los tribunales inferiores (concretamente el Tribunal Administrativo de Hesse) y que también de

¹⁰⁶ López Castillo, “De integración y soberanía...”, ob. cit., p. 232. La cita que emplea es del juez del TJ, Rodríguez Iglesias, G. C., “Tribunales constitucionales y...”, ob. cit., p. 1200.

alguna manera estaba incluido en la cuestión planteada por el Tribunal Administrativo de Frankfurt.

2.3.7 Una cuestión capital en el terreno de la interrelación: el recurso prejudicial ante el TJ (art. 234 TCE)

Antes de pasar a analizar el modo cómo la interrelación actúa en el espacio del control de la actividad comunitaria en *ultra vires*, merece la pena detenerse en uno de los aspectos que de mejor manera explican el funcionamiento práctico de la interrelación ordinamental, y cuya relevancia en el terreno de los derechos fundamentales viene resultando capital. Se trata del papel del recurso prejudicial (art. 234 TCE). Sin duda, difícilmente se pueda llegar a entender la intensidad de la interrelación ordinamental sin partir del instrumento encargado de abrir un espacio específico en el que, por medio de la relación interjurisdiccional, los respectivos ordenamientos entran en contacto a partir de supuestos que afectan a situaciones jurídicas concretas.

Como acabamos de comprobar, pese a que en última instancia los principales interlocutores jurisdiccionales estatales sean los tribunales con funciones de control de constitucionalidad, en realidad el diálogo y la aproximación, que acaba permitiendo lo que Hesse ha definido como “interpretación recíproca conforme”¹⁰⁷, se origina en la relación encauzada por el recurso prejudicial entre instancias jurisdiccionales internas inferiores y TJ. Así es, en virtud de este “mecanismo privilegiado de interacción”¹⁰⁸, jueces y tribunales nacionales fomentan la concreción por parte del TJ del acercamiento de los dos ordenamientos en cuanto al respeto de unos mismos principios y valores. Al someterle una cuestión concreta, se le permite al TJ, a partir de los contornos específicos del conflicto, una adaptación de la lectura del ordenamiento comunitario al ordenamiento constitucional de referencia, proceso en el que inevitablemente ambos ordenamientos pierden parte de su rigidez.

¹⁰⁷ Hesse, K., “Estudios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana”, *TRC*, núm. 1, 1998, p. 119 (páginas 99 a 122).

¹⁰⁸ Labayle, H., “Le Conséil d’Etat et le renvoi prejudicial à la CJCE”, *AJDA*, 3, 1983, p. 158, citado por Alonso García, R., *Derecho comunitario, Derechos nacionales...*, ob. cit., p. 166.

No en vano, mediante el recurso prejudicial llega al TJ un contencioso en el que tanto las partes en el proceso como los jueces y tribunales *a quo* parten de una serie de principios jurídicos propios desde donde se plantea la duda sobre la interpretación o la validez de una determinada norma comunitaria.

En este esquema, no habría que rechazar, como lo ha hecho el TC español en su afán por rechazar la consideración del Derecho comunitario como canon de constitucionalidad¹⁰⁹, la posibilidad de que los TC pudieran acudir en vía prejudicial al TJ¹¹⁰, puesto que de tal forma se verían reforzados los lazos que los interrelacionan. Autores como Cartabia han remarcado la importancia de dicha propuesta. Según esta autora, el papel fundamental de la CCI consiste en alzar la voz (*sprimere la voce*) del ordenamiento italiano indicando e interpretando los valores supremos del sistema constitucional nacional. En ejercicio de tal función, debe acudir al uso de técnicas que permitan conseguir el objetivo fundamental de dar voz a los principios inviolables del ordenamiento italiano sin contraponerse, antes al contrario, favoreciendo la actividad del TJ, de ahí la idoneidad del empleo de la vía prejudicial, a la que se podría acudir tanto en interpretación como, incluso mejor, invalidez del acto normativo comunitario, por violación de las “tradiciones constitucionales comunes”¹¹¹.

Añade la autora que “señalando cuales son los valores propios del ordenamiento constitucional italiano la CCI puede participar activamente en la elaboración de las

¹⁰⁹ De todos modos, hay que precisar que como ya tuvimos ocasión de comprobar en su momento, lo cierto es que el TC sí ha acudido al Derecho comunitario para construir el parámetro de constitucionalidad. Respecto del bloque de constitucionalidad, por ejemplo, ha sido Balaguer quien ha puesto de manifiesto “entre la declaración formal de que el Derecho comunitario no forma parte del bloque de constitucionalidad, y que no afecta en modo alguno al orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, y la utilización concreta que el propio TC realiza del Derecho comunitario en sus procesos, existe una evidente incoherencia. En efecto, el TC ha utilizado el Derecho comunitario (como no podía ser menos, por cierto), como instrumento de interpretación en orden a determinar a quién corresponden determinadas competencias, más allá de las previsiones contenidas en el bloque de constitucionalidad”. Muestra de ello son las SSTC 79/1992, 117/1992, 29/1994. Balaguer Callejón, F., “La constitucionalización...”, ob. cit., p. 605.

¹¹⁰ Ya aludimos a esta cuestión al acometer el análisis de la jurisprudencia del TC español. Buena parte de la doctrina se inclina por incluir al TC entre los órganos jurisdiccionales incluidos en la aplicación del art. 234 TCE, especialmente cuando se trata de resoluciones sobre posibles lesiones de derechos fundamentales en cuya determinación concreta debe acudirse a la interpretación de normas comunitarias. En este sentido se manifiesta Pérez Tremps, quien entiende que dicha propuesta no conlleva en ningún caso que deba renunciarse a la supremacía constitucional ni a la función específica del TC. Pérez Tremps, P. *Derecho constitucional...*, ob. cit., páginas 188 y 189.

¹¹¹ Cartabia, M. *Principi fondamentali...*, ob. cit., p. 245.

tradiciones constitucionales comunes (...). Paradójicamente la doctrina de los *contralímites* puede facilitar la competencia del TJ¹¹².

En este punto, vale la pena destacar que la importancia de la vía prejudicial trasciende la interrelación entre el Derecho comunitario y cada uno de los ordenamientos estatales por separado. Como acabamos de ver, el efecto de la relación es expansivo y contribuye a conformar ese *ius commune* europeo al que ya se ha aludido en varias ocasiones, un conjunto de reglas y principios que se cuelan en los distintos ordenamientos permeabilizando sus contornos.

Por otra parte, el acceso directo al TJ por parte de los distintos órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros viene a permitir que se reduzca en parte el protagonismo excluyente de aquellos sistemas jurídicos cuyos tribunales constitucionales mayor resistencia hayan mostrado a la aceptación de la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Está claro que hasta ahora el TCF, y en menor medida la CCI, han acaparado dicho protagonismo, de lo que puede sospecharse que finalmente en la construcción de ese *ius commune* los materiales empleados no se acaben repartiendo por igual.

De hecho, del análisis doctrinal de buena parte de autores alemanes se deduce el convencimiento de que efectivamente cuanto más polémico se muestre el TCF y más presión doctrinal exista, más se acercará el TJ a los parámetros de constitucionalidad garantizados por la LFB¹¹³. Algo parecido aparece en otras opiniones¹¹⁴.

¹¹² Por *contralímites* entiende Cartabia la existencia de límites a las limitaciones a la soberanía que impone el proceso de integración y que, desde una perspectiva monista-estatalista, permiten situar al ordenamiento constitucional estatal y a su máximo garante jurisdiccional, por encima del ordenamiento comunitario. Por tal razón considera la autora que la obligación de recurrir al art. 234 TCE no situaría a la CCI en una posición subordinada al TJ, pues en cualquier caso le quedaría reservada la función de hacer valer los contralímites por encima de la normativa comunitaria. Ibíd, p. 246.

¹¹³ Por poner sólo un ejemplo, y advirtiendo que se trata más de una intuición que de otra cosa, dicha idea se puede extraer del análisis de Hesse sobre la relación entre el Derecho constitucional alemán y el Derecho comunitario europeo. Concretamente el autor estima que si se quiere evitar un conflicto continuo, hay que confiar en la leal cooperación de ambos Tribunales, lo que, por cierto, incluye la posibilidad de que el TCF acuda al TJ por la vía del art. 234 TCE. (una actitud a la que el TCF se ha mostrado dispuesto en materia de ddf). En este sentido, “lo mejor sería que ambos tribunales tuvieran en cuenta las normas del otro ordenamiento en la interpretación de normas del propio (...). Ello forma parte de procesos, fenómenos e interrelaciones de gran alcance, que darán cuño a las tareas y a la acción de la Jurisdicción constitucional en el tercer estadio de su historia”. Hesse, K., “Estudios en la historia...”, ob. cit., p. 119.

¹¹⁴ Cartabia se muestra así de explícita: “las características del actual diseño de relaciones entre Estado y Comunidad requieren y permiten que los ordenamientos estatales contribuyan a la formación de valores fundamentales sobre los que construir la Comunidad (...), y no basta con el recurso a las tradiciones

Respecto a esta cuestión, hay que coincidir con Schmitz cuando pone de manifiesto que “en conflictos entre el Derecho nacional y el Derecho supranacional es grande la tentación de tratar el problema como una relación de tensión bilateral y disimular así el hecho de que otros catorce Estados son partes de la Unión y que una solución a un problema perfectamente adaptado a las necesidades de un Estado miembro haría nacer muy probablemente nuevos problemas”¹¹⁵.

Pues bien, el mecanismo del recurso prejudicial permite que sin tener que esperar a que el tribunal constitucional de un determinado Estado entre en conflicto con las premisas del TJ, permite que se “alce la voz” de cada uno de los ordenamientos, y es tarea del TJ integrar las distintas voces del coro, incluida la propia, en una recíproca acomodación.

Pero no cesa ahí la incidencia del art. 234 TCE, pues se manifiesta también en la otra dirección, la de la presencia del Derecho comunitario en los Estados miembros: “el sistema de recursos ha «nacionalizado» las obligaciones comunitarias en buena medida y ha introducido un hábito de obediencia, el respeto del principio de legalidad comunitaria, mucho más cercano a lo propio de las obligaciones nacionales que de las internacionales: es la verdadera señal de la transformación del sistema comunitario respecto al derecho internacional ya que supone la remoción del mecanismo jurídico esencial del derecho internacional como es la noción de la responsabilidad estatal exclusiva en sus principios concomitantes de reciprocidad y medidas de retorsión”. Por todo ello, “desde esta perspectiva el ordenamiento comunitario es un régimen jurídico verdaderamente autónomo (*self-contained*) que no recurre al mecanismo de responsabilidad estatal, al menos como es

constitucionales comunes (...) porque los Tribunales Constitucionales nacionales deben mantener su papel fundamental en la garantía de los valores supremos. Y deben mantenerla entre otras cosas porque es la mejor vía para asegurar la expresión de los valores del ordenamiento propio, esencial dada la capacidad de los valores para irradiarse y condicionar el ordenamiento en su conjunto, participando en la elaboración de los valores fundamentales europeos, que implica interferir y orientar el ejercicio de todas las funciones cedidas con las limitaciones de soberanía. Por ello, los *contralímites* permiten, con la reserva de competencia del Tribunal Constitucional, conservar la propia soberanía en la integración comunitaria”. Cartabia, M., *Principi fondamentali...*, ob. cit., p. 249.

¹¹⁵ Schmitz, T., *La integración en la Unión supranacional. El modelo europeo del proceso de integración geo-regional y sus implicaciones jurídicas y teóricas*. Resumen realizado por María Roca del original *Integration in der Supranationalen Union. Das europäische Organisationsmodell einer prozesshaften geo-regionalen Integration und seine rechtlichen und staatstheoretischen Implikationen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001. El resumen se halla en la página www.jura.uni-goettingen.de/Schmitz, visitada el 5 de octubre de 2001, p. 3/26.

entendido tradicionalmente: con estos datos es obvio que el derecho comunitario resulta en su funcionamiento mucho más cercano a un ordenamiento constitucional”¹¹⁶.

Hay que destacar, asimismo, que el recurso prejudicial se ha venido erigiendo como principal vía de protección de los derechos de los particulares frente a la vulneración de derechos por parte de las instituciones comunitarias. Dicho papel se explica en buen parte por las enormes dificultades de acceso de los particulares al TJ a través del resto de recursos, orientados principalmente hacia los Estados y las instituciones comunitarias. Sánchez Legido ha destacado cómo “la interpretación jurisprudencial se ha encaminado hacia su configuración, en la medida en que lo permite su propia estructuración como un instrumento de cooperación entre jurisdicciones (...), como un mecanismo que, más allá de cumplir una aséptica finalidad objetiva y abstracta de depuración del ordenamiento, sea susceptible de tutelar las situaciones jurídicas subjetivas del particular”.

Es necesario pues, subrayar la labor jurisprudencial del TJ a la hora de abrir su accesibilidad. “Así, se ha elaborado una noción de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 lo suficientemente amplia como para que ningún ámbito material de la actuación comunitaria pueda quedar fuera del mecanismo de las cuestiones prejudiciales. Las condiciones de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, por otro lado, han quedado reducidas al mínimo imprescindible para salvaguardar una competencia del tribunal de Justicia que el Tratado configura como jurisdiccional y prejudicial”¹¹⁷. Sin entrar en la discusión sobre si entre las motivaciones del TJ ha pesado más el interés protector de los derechos del particular frente a la actividad comunitaria o su misión de asegurar la aplicación homogénea del Derecho comunitario, lo cierto es que su papel como mecanismo de tutela judicial efectiva de los derechos, debe ser resaltado.

Así pues, es precisamente esta vinculación del juez nacional al TJ, articulado principalmente a través del mecanismo del reenvío prejudicial, lo que, según Weiler, acaba por perfeccionar el proceso de constitucionalización del ordenamiento comunitario, certificando el tránsito desde el orden internacional al constitucional. Sin duda, no resulta tan sencillo y hay que preguntarse, como hace el propio autor, cómo se puede explicar la

¹¹⁶ Weiler, J.H.H, “La transformación...”, ob. cit., p. 39.

aceptación que los tribunales internos han profesado desde muy al principio a las doctrinas “constitucionalizantes” del TJ. Aunque esta es una cuestión cuya dimensión nos obliga dejar su análisis para más adelante.

2.3.8 *El control de los actos ultra vires: el asunto sobre la publicidad del tabaco*

2.3.8.1 Introducción

Entrando ya en la incidencia de la interrelación en el ámbito del control de los actos comunitarios en *ultra vires*, López Castillo señala que “lo cierto es que el soberanismo pregnante de aquella decisión (*Maastricht*) deja latente una tensión en la «intrincada» relación entre TJCE y TCF, sustentada ahora (ya de hecho) no sobre la tutela de derechos fundamentales sino en la controversia competencial, o más descarnadamente y sin tapujos, en la reserva de soberanía”. Entiende el citado autor que “una cosa es la práctica renuncia a verificar los controles concretos de disposiciones iuscomunitarias a la luz del estándar constitucional de tutela y otra, ya distinta, que el TCF haya renunciado con ello a todo control del derecho comunitario derivado que, según su criterio, exceda de su ámbito propio de decisión”¹¹⁸.

Hay que precisar que, pese a lo que sostengan parte de la doctrina, se trata efectivamente de dos ámbitos distintos. Así es, hay quien defiende que para que un caso de *ultra vires* pueda ser controlado externamente es necesario además que exista vulneración de derechos fundamentales o de principios constitucionales¹¹⁹. No obstante, como explica Cabellos, “esta exigencia, que podría tener sentido ante la mayoría de *ultra vires*, cuando estos recaen sobre derechos fundamentales entiendo que puede dispensarse, porque dado su carácter y posición en la Constitución, que reserva su regulación a procedimientos y límites

¹¹⁷ Sánchez Legido, A., *La tutela judicial del particular frente a la actividad normativa comunitaria*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994, p. 298.

¹¹⁸ López Castillo, A., “Un nuevo paso...”, ob. cit., páginas 363 y 364.

¹¹⁹ Así lo entiende, entre otros, Kumm, “Who is the Final...”, ob. cit.

específicos, debe entenderse que no resulta posible su regulación comunitaria sin la menor base competencial aducible, o con una completamente inconsistente”¹²⁰.

Hecha esta aclaración, la cuestión siguiente resulta obvia: ¿se puede producir en el ámbito de la determinación competencial un proceso de interrelación como el demostrado en el terreno de la protección de los derechos fundamentales o, por el contrario, se trata de un aspecto jurídicamente irresoluble incluso a partir de un esquema pluralista?

La primera cuestión que merece la pena destacar es que si bien es cierto que la labor pretoriana de protección de los derechos fundamentales ha constituido un elemento clave en el paulatino proceso de constitucionalización del ordenamiento comunitario, y con ello de la constitucionalización de la labor jurisdiccional del TJ, en realidad ante la existencia de una situación de distribución territorial de poder político, el establecimiento de límites jurídicos (competenciales) a la acción de los distintos poderes deviene incluso más importante, hasta el punto de poder afirmar que la principal labor de un órgano jurisdiccional que pretenda ejercer un control de constitucionalidad es la de asegurar la concreción y la efectividad de tales límites.

Pues bien, en la evolución del sistema jurídico comunitario y de la propia institución y funciones del TJ, la fijación de límites competenciales a la actuación normativa comunitaria se ha visto en general subordinada al impulso pro-integracionista del TJ, lo que no ha permitido asistir a un desarrollo paralelo al experimentado por la protección de los derechos fundamentales. Sin entrar en el análisis de las distintas problemáticas que se derivan del peculiar sistema de atribución competencial diseñado por los Tratados, lo cierto es que la labor del TJ a lo largo la historia de la Comunidad ha venido, en términos generales y al menos hasta hace poco tiempo, a potenciar la ampliación del ámbito competencial comunitario, optando por no avanzar en la clarificación de los criterios para controlar la elección de la base jurídica de los actos comunitarios.

De todas formas, muy sumariamente, hay que destacar la necesidad de marcar un antes y un después de la entrada en vigor del AUE. Ya vimos las silenciosas pero hondas implicaciones que en el plano competencial y decisional tuvo dicha reforma. Pues bien, en

¹²⁰ Cabellos Espírérez, M. A., *Distribución competencial...*, ob. cit., p. 362. Así lo entiende también Peters, A., “The Bananas Decision...”, ob. cit., p. 281.

el terreno de la labor del TJ en cuanto a la delimitación de las posibilidades competenciales comunitarias tanto la ampliación de las competencias como sobre todo la paulatina generalización del procedimiento de voto mayoritario sitúan al TJ en una posición que nunca había tenido.

En efecto, durante la vigencia del Compromiso de Luxemburgo, la unanimidad en la toma de decisiones había colocado al TJ en un plano de acompañamiento y certificación de la flexibilidad competencial decidida en el momento de la creación normativa. En tal contexto, tan sólo en los ámbitos de control de la actividad normativa estatal veía dicho Tribunal un espacio de actuación, optando en general por colaborar con la tarea expansiva comunitaria a partir de interpretaciones amplias del concepto de restricciones al Mercado Interior como las contenidas en el art. 30 TCEE (actual art. 28 TCE).

Como a continuación veremos a partir precisamente del examen de la evolución de la interpretación sobre el actual art. 28 TCE, y según ya comentamos al referirnos a la interacción entre los planos jurídico y político en el ámbito comunitario, el panorama cambia sustancialmente a partir del AUE.

Finalmente hay que añadir otra apreciación previa de interés, que es la referida a que el diálogo en el terreno competencial, también intenso, no se ha dado tanto entre jurisdicciones como entre Estados e instituciones comunitarias y especialmente entre Estados y TJ. Mientras que la protección de derechos fundamentales ha otorgado el protagonismo a las jurisdicciones estatales y, vía recurso prejudicial, al TJ, la delimitación competencial ha situado directamente al Estado, afectado por la anulación o la inaplicación de normativa interna, ante el TJ. Y en esa relación, que aun no siendo interjurisdiccional ha adquirido tintes jurídicos, hay que advertir un proceso adecuación paulatina de las posturas respectivas.

Como ha señalado Boskovits en un extenso estudio, los litigios iniciados por los Estados ante el TJ en demanda de clarificación de la base jurídica de una determinada actuación comunitaria se ha multiplicado desde la entrada en vigor del AUE¹²¹. Uno de los espacios de mayor conflictividad ha sido el de la delimitación del concepto de Mercado interior y de las posibilidades armonizadoras al amparo del art. 100 A (art. 95 TCE). Dicha

¹²¹ Boskovits, K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Bruylant, Atenas-Bruselas, 1999, p.159.

litigiosidad se debe sobre todo a que no se trata de un precepto cuyo ámbito de aplicación se establezca *ratione materiae*, sino que parte de un criterio funcional que se extiende de forma horizontal a todo el conjunto de medidas destinadas a la realización y consolidación del Mercado interior¹²².

Pese a que el número de contenciosos en los que el TJ ha dado la razón a las instituciones comunitarias pueda hacernos pensar que la tendencia pro-integracionista del TJ no se ha modificado, hay quien sostiene que en la jurisprudencia del TJ en los últimos años se encuentran señales de una contención jurídica importante¹²³. Así, ya desde la sentencia de 26 de marzo de 1987¹²⁴, el TJ ha venido insistiendo en que la elección de la base jurídica debe “basarse en elementos susceptibles de control jurisdiccional” (apartado 11), control que, aunque no siempre de manera muy estricta, ha venido ejerciendo.

2.3.8.2 Los cambios en la interpretación del art. 28 TCE como ejemplo de la evolución jurisprudencial del TJ: ¿un cambio de mentalidad?

Aprovecharemos el art. 28 TCE para exemplificar tanto la labor del TJ en la expansión de la actividad comunitaria, como para comprobar los efectos de la entrada en vigor del AUE. La clave de dicho precepto está en la interpretación de la noción de “efecto equivalente” dentro de una previsión en función de la cual se dispone que “quedan prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como las medidas de efecto equivalente”.

En su sentencia de 11 de junio de 1974 (*Dassonville*, asunto 8/74, Rec. 1974, p. 837), el TJ entendió que el art. 30 TCEE –actual art. 28 TCE- debía interpretarse como

¹²² En este sentido se ha expresado Segura Roda, I., “La anulación de la Directiva 98/43/CE sobre la publicidad del tabaco: ¿novedades en el reparto de competencias comunitario?”, *GJ*, núm. 214, 2001, p. 75 (páginas 74 a 87). Vale la pena acudir en este punto a aportaciones como las de Barents, “The internal market unlimited: some observations on the legal basis of Community legislation”, *CMLRev*, vol. 30, núm. 1, 1993, páginas 96 a 109; Dashwood, A., “The Limits of the European Community Powers”, *ELR*, vol. 21, núm. 2, 1996, páginas 113 a 128; y de modo más general sobre el debate en torno a la expansividad competencial comunitaria, Dehousse, R., “Are There Limits to Growth?”, Dehousse, R., *Europe after Maastricht: an Ever Closer Union?*, LBE, 1994, páginas 103 a 125.

¹²³ Segura Roda, I., “La anulación...”, ob. cit., p. 77.

¹²⁴ Sentencia de 26 de marzo de 1987 (*Comisión/Consejo*, asunto 45/86, Rec. 1987, p. 1493).

prohibición de toda norma estatal que directa o indirectamente y actual o potencialmente, afectara a la importación de bienes entre Estados miembros. Las excepciones, en principio sólo podían referirse a los supuestos del art. 36 TCEE (actual art. 30 TCE), referidos a causas muy concretas de orden público, protección de la salud, de la moralidad, del patrimonio artístico, etc. Ahora bien, tras la sentencia de 20 de febrero de 1979 (*Cassis de Dijon*, asunto 120/78, Rec. 1979, p. 649), el Tribunal optó por ampliar los supuestos de excepción para no ver más cuestionada su propia legitimidad, dado que en nombre de la libre circulación de mercancías, venía cumpliendo una función de restricción de las opciones políticas estatales en favor de determinados agentes económicos beneficiados por la liberalización a golpe de sentencias¹²⁵.

Pues bien, lo interesante está en ver cómo en la labor del TJ, que partía de la ampliación de la aplicabilidad del art. 28 TCE, formaba parte de una tendencia más general propia de la época previa al AUE consistente en una flexibilización cada vez más pronunciada de las limitaciones competenciales, resultado de la consolidación del derecho de veto, esto es, del control político estatal de la toma de decisiones.

Así es, el hecho de ampliar la aplicación del art. 28 TCE, por mucho que después caso por caso se llegaran a exceptuar de su aplicación bastantes medidas estatales, sirvió para consolidar el ámbito en el que podía intervenir la Comunidad ya no mediante medidas de integración negativa como el art. 28, sino por medio de medidas de integración positiva, y en concreto de armonización de normativas dispares que supusieran un obstáculo para el Mercado interior. Es ahí donde el AUE transforma el panorama: hasta ese momento la armonización requería unanimidad, de modo que su utilización había sido escasa. Cuando se aprueba el nuevo art. 100 A (actual art. 95 TCE), las medidas de integración positiva, tanto vía Directivas como vía Reglamentos, empiezan a proliferar y todo el espacio que había señalado el TJ en su interpretación sobre el concepto de “medidas de efecto equivalente” se vuelve terreno armonizable.

Como indican Areilza y Becerril, “llama la atención que el Tribunal, una vez advertido del cambio de reglas del juego institucional, no valorase con más rapidez los

¹²⁵ La apreciación se halla en el interesante análisis de la cuestión que ofrecen Areilza Carvajal, J. M. y Becerril Atienza, B., “La nueva interpretación del art. 30 del TCE: limitación de competencias por la puerta de atrás”, *REDC*, núm. 51, 1997, páginas 189 a 205.

efectos negativos que para el conjunto de la Comunidad podía suponer una expansión acelerada de competencias (...). Pero el Tribunal, fiel a su identidad pro-integracionista, prefirió asegurarse que el Acta Única se desarrollaba casi por completo y que las nuevas reglas institucionales quedaban bien asentadas...”. El problema, siguiendo con los mismos autores, es que “el crecimiento acelerado de competencias era además multiplicador del déficit democrático comunitario”¹²⁶.

Como sabemos, los caracteres señalados se intensifican tras Maastricht y Ámsterdam, pues ambos Tratados suponen una ampliación competencial, un aumento del peso de la decisión por mayoría, mientras que los contrapesos, como la ampliación de la participación decisiva del PE y el reconocimiento del (hasta ahora) algo etéreo principio de subsidiariedad, no logran adquirir fuerza suficiente.

Es en tal contexto en el que la labor jurídico-constitucional del TJ de nuevo se reivindica como esencial. Y de ahí que nos hayamos detenido en la interpretación de las posibilidades del art. 28 TCE, pues resulta una de las primeras muestras de contención jurídica como reacción a la expansión comunitaria. Sin detenernos ahora en su comentario¹²⁷, hay que referirse a la sentencia de 24 de noviembre de 1993 (*Keck y Mithouard*, asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. 1993, p. 6097), ya que en su virtud el TJ realiza una clara y declarada ruptura con la jurisprudencia anterior. Tras dicha sentencia para poder exigir la aplicación del art. 28 TCE no es suficiente con que la medida interna restrinja el comercio, sino que se requiere que exista una discriminación de los productos del resto de Estados miembros¹²⁸. De esta manera, el TJ opta por restringir no

¹²⁶ Areilza Carvajal, J. M., y Becerril Atienza, B., “La nueva interpretación...”, ob. cit., páginas 196 a 198.

¹²⁷ Al margen del trabajo de Areilza y Becerril, han tratado también el supuesto autores como González Vaqué, L., “¿El mercado interior en peligro? Análisis del impacto de la jurisprudencia *Keck y Mithouard* sobre la libre circulación de mercancías”, *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 6, 1995, páginas 35 a 42; del mismo autor, “La jurisprudencia relativa al art. 28 (antiguo art. 30 TCE) sobre la libre circulación de mercancías después de *Keck y Mithouard*”, *GJ*, núm. 206, 2000, páginas 24 a 38; López Escudero, M., “La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia *Keck y Mithouard*”, *GJ*, núm. D-28, 1997, páginas 47 a 94; del mismo autor, “La jurisprudencia *Keck y Mithouard*: una revisión del concepto de medida equivalente”, *RIE*, núm. 2, 1994, páginas 379 a 417. Entre la doctrina extranjera puede citarse a Reich, N., “The November Revolution of the European Court of Justice”, *CMLRev*, vol. 32, núm. 3, 1994, páginas 459 a 492; Mattera, A., “De l’arrêt Dassonville à l’arrêt Keck: l’obscuré clarté d’une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions”, *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 1, 1994, páginas 117 a 160.

¹²⁸ Concretamente, en el apartado 16 se establece que “procede declarar, en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando, que la aplicación a productos provenientes de otros Estados miembros de disposiciones

sólo la aplicación del precepto comentado, sino que con ello, y por la repercusión que tal restricción adquiere en la definición de la noción de Mercado interior y en las posibilidades de armonización, reivindica su labor como órgano de control jurídico de las bases competenciales comunitarias.

No hay que perder de vista el momento en que el giro jurisprudencial se produce: la legitimidad de la Comunidad, y en su seno, la legitimidad del TJ, se ve amenazada, especialmente tras la aprobación del TUE, desde distintas instancias, políticas y jurisdiccionales. Así es, en la reacción del TJ se deja ver tanto el no danés, los frenos británicos, el tono del debate doctrinal y, en buena medida, la muy reciente sentencia *Maastricht*.

De nuevo la interrelación, en su diversas formulaciones, aparece. La eficacia de la normativa comunitaria, y con ella el propio devenir del proceso de integración, depende de la aceptación que logre en las distintas instancias, depende pues del grado de legitimidad que alcance, y de ello es consciente el TJ.

Quizá pueda empezar a hablarse de un cambio de mentalidad. Como ha señalado Weiler, la división competencial no ha sido concebida en el proceso comunitario como un valor en sí mismo, sino que, por el contrario, se ha visto subordinada a una visión funcionalista en la que el cumplimiento de los objetivos comunitarios se ha venido situando como prioridad¹²⁹. Políticamente apenas se ha sabido o querido reaccionar ante el desgaste que la visión funcionalista ha venido produciendo en la legitimidad del proyecto de la UE. Si se quiere, como ha indicado Areilza, “los intentos franco-germanos a lo largo de la Conferencia Intergubernamental 2000 de facilitar la puesta en marcha de cooperaciones reforzadas en el ámbito comunitario, pueden entenderse como un deseo de un mayor control nacional sobre la toma de decisiones y por lo tanto, de la expansión de

nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia Dassonville, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados del mismo modo de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros”.

¹²⁹ En el estudio dirigido al PE de Weiler, J. H. H., “The Division of Competences in the European Union”, *Working Paper, Political Series, W-26*, marzo de 1997. Citado por Areilza Carvajal, J. M., “Variaciones sobre la limitación de competencias: la anulación de la Directiva de publicidad del Tabaco (Comentario a la sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98)”, *RDCE*, núm. 8, 2000, p. 644, nota 1 (páginas 643 a 662).

competencias...” aunque, como indica el propio autor, “la proliferación de cooperaciones también puede conducir a más crecimiento competencial, afectando inicialmente a menos participantes”¹³⁰, como lo han puesto de manifiesto iniciativas como la del espacio Schengen.

El debate sobre el futuro de la Unión y la ampliación a los países del Este europeo, abren un espacio de incertidumbre política en el que la división competencial entre Comunidad y Estados adquiere el papel principal. En este contexto, “se puede decir que hasta ahora el tribunal (de Luxemburgo) tiende a remitir al proceso político la polémica cuestión de establecer límites al poder central. Pero la experiencia comparada de los sistemas políticos en los que hay una división vertical del poder, enseña que los jueces constitucionales deben establecer límites jurídicos a la competencia federal (o contribuir a expandirla mediante una decisión expresa) cuando el proceso político no logra restablecer el equilibrio oportuno, de acuerdo con la identidad constitucional de cada polis”¹³¹.

Pues bien, frente a esta realidad se puede decir que en la última década el TJ ha ido adquiriendo una paulatina convicción en la necesidad de asentar las bases jurídicas que justifican la intervención comunitaria. Hay que reconocer que no nos hallamos ante un proceso equivalente al que ha llevado a consolidar la protección de los derechos fundamentales por parte del TJ, por cuanto el nivel de interrelación y diálogo entre ordenamientos y jurisdicciones ha venido siendo menos visible. No obstante, quizás sea en el plano de la distribución competencial en el que mejor se comprueba la presencia de distintos polos en la relación que forman una red de intereses diversos, y no un simple tejido de relaciones bidireccionales entre la fuerza centrípeta de la Comunidad y la acción centrífuga de los Estados.

Nuevamente estamos en un terreno donde la interrelación preside los distintos movimientos, donde no se puede identificar un único interés estatal pues el diseño institucional comunitario hace que la suma de la trasferencia competencial no sea cero, siendo el poder ejecutivo el más beneficiado. De nuevo también, situarnos en el contexto de la globalización económica se nos hace indispensable para comprobar la dificultad de

¹³⁰ Areilza Carvajal, J. M., “Variaciones...”, ob. cit., p. 646.

¹³¹ Ibidem, p. 647.

poder identificar reserva competencial a favor de los Estados como verdadera “reserva de soberanía”.

2.3.8.3 El asunto sobre la publicidad del tabaco

a) Introducción: Llegamos de esta manera, en el punto álgido del debate competencial, a una de las resoluciones del TJ más esperadas de los últimos tiempos. Se trata de la sentencia de 5 de octubre de 2000 (*Alemania c. PE y Consejo*, asunto C-376/98), relativa al recurso de nulidad interpuesto por Alemania contra la controvertida Directiva comunitaria sobre prohibición de la publicidad del tabaco (Directiva 98/43/CE del PE y del Consejo, de 6 de julio de 1998). Se trata de un caso de extraordinaria repercusión mediática, social y política que ha servido al TJ, dado lo complejo del caso y la sensibilidad social sobre la materia, afianzar su posición y su credibilidad como órgano de control de los poderes comunitarios.

El objetivo básico perseguido por la Directiva era la prohibición de “toda clase de publicidad y patrocinio” (art. 3.1), dejando a salvo muy marginales formas de publicidad como las destinadas a profesionales del sector y en puestos de venta (art. 3.5). Aún así, la Directiva se concebía como norma de mínimos, dejando a salvo la posibilidad de los Estados de establecer requisitos más restrictivos cuando lo consideraran necesario por razones de protección de la salud (art. 5).

La discusión competencial alrededor de la posibilidad de adopción de una Directiva como la mencionada se centra en dos aspectos: en primer lugar, el alcance de la competencia de armonización prevista por el art. 95 TCE, teniendo en cuenta que el mismo precepto en su apartado tercero contempla las medidas comunitarias que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior basándose en un nivel elevado de protección de la salud; en segundo lugar, la dimensión de la prohibición explícita de toda armonización en materia de salud pública (art. 152.4 c TCE).

Resulta de interés reparar en los argumentos centrales tanto de parte demandante como del Abogado General. Por su parte, Alemania, que votó en contra de la aprobación de la Directiva, consideró que, partiendo del modo en que el TJ había resuelto el conflicto competencial en el asunto *dióxido de titanio*, dado que la Directiva cuestionada pretendía

una doble finalidad, la clave se hallaba en determinar cuál era el *centro de gravedad*, ya que sólo siendo éste el Mercado interior podrá acudirse al art. 95 TCE¹³².

Frente a tal argumento, el Abogado General Fenelly, rechazó la necesidad de situar el centro de gravedad, pues ambos objetivos, mejorar el mercado interior y la salud, son “posibles, legales e incomensurables”, razón por la cual no debe realizarse una ponderación ya que se pueden alcanzar ambos de manera simultánea. A partir de ahí, lo que propone el Abogado es evaluar la elección de la base jurídica, el art. 95 TCE, en función del cumplimiento de los requisitos objetivos del mercado interior tomando en consideración dos elementos: en primer lugar la efectiva existencia de una disparidad de normativas internas capaz de generar obstáculos a las libertades económicas fundamentales o de distorsión de la competencia; en segundo lugar, la coherencia de la actuación comunitaria con los objetivos de mejora del mercado interior.

De hecho, en sus alegaciones, Alemania también había atacado la validez de la Directiva con argumentos dirigidos a contradecir la necesidad de armonización en la materia, básicamente partiendo de la idea de que la publicidad de los productos del tabaco es en principio una actividad cuyos efectos no traspasan las fronteras estatales, y cuando lo hacen la importancia económica que tienen es muy reducida. Por otra parte, Alemania alegaba la necesidad de exigir que los obstáculos a las libertades fundamentales y las distorsiones de la competencia fueran sensibles. En definitiva, y a riesgo de diluir la posibilidad de controlar jurídicamente la aplicación del art. 95 TCE, era necesario reclamar que las medidas basadas en tal precepto contribuyeran efectivamente a mejorar el Mercado interior, algo que no sucedía con al Directiva cuestionada.

Dejando de lado las alegaciones de Consejo, Comisión y Estados comparecientes en defensa de la validez de la Directiva, que básicamente vienen a responder los distintos argumentos de Alemania aportando razones para la aplicación del art. 95 TCE, el TJ, en su sentencia de 5 de octubre de 2000 vino a aceptar el planteamiento de partida del Abogado General para centrarse en el análisis de los aspectos concretos de la Directiva respecto de su idoneidad para favorecer el mercado interior.

¹³² En la sentencia de 11 de junio de 1991 (*dióxido de titanio*, asunto C-300/89, Rec. 1991, p. 2867), el TJ realizó dicha operación para finalmente situar el centro de gravedad en la protección del mercado interior y no en la protección medioambiental.

b) El afianzamiento de las facultades de control por parte del TJ: Como señala Martín y Pérez de Nanclares, el TJ afronta la raíz del problema, que no es otro que el de “apreciar en cada caso concreto ese nexo real, ese carácter no accesorio, ese objeto de mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. En particular, se plantea la necesidad de examinar *ad casum* si la medida armonizadora en cuestión persigue realmente los objetivos invocados por el legislador comunitario”¹³³.

El giro jurisprudencial se sitúa en que a partir de la sentencia que comentamos para que se pueda recurrir al art. 95 TCE, ya no bastará con que de las disparidades normativas existentes puedan obstaculizar potencialmente, o incluso a partir de una posible evolución futura, las libertades fundamentales, sino que se exige un riesgo efectivo y no meramente abstracto (apartado 84), o que la aparición futura de obstáculos sea realmente probable (apartado 86)¹³⁴.

A partir de tales presupuestos, lo que hace el TJ en su sentencia es diferenciar claramente en función del medio utilizado. Así, respecto de la publicidad de tabaco en revistas y periódicos, considera correcta la utilización del art. 95 TCE para prohibirla con el fin de garantizar la libre circulación de estas publicaciones entre los Estados en los que ya está vigente dicha prohibición y en los que no lo está. En cambio, no encuentra fundada la prohibición del tabaco carteles y objetos usados en restaurantes, cafés u hoteles ni tampoco la prohibición de anuncios publicitarios en el cine. En este sentido, el TJ se basa además, en que la Directiva no contiene disposición alguna que establezca, como lo hacen otras, la libre circulación de los productos que se ajusten a lo dispuesto por ella (apartado 104), cuestión que vendría a confirmar que en realidad buena parte de las prohibiciones no tienen por objeto facilitar los intercambios comerciales intracomunitarios.

Por último, respecto del cumplimiento del objetivo de eliminar distorsiones a la competencia, el TJ considera que salvo en la regulación del patrocinio de competiciones

¹³³ Martín y Pérez de Nanclares, “La publicidad del tabaco y 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. 84 (páginas 75 a 89).

deportivas, donde sí estima que los Estados que cuentan con prohibiciones están en una posición claramente desventajosa, el resto de supuestos no llegan a ser distorsiones *sensibles*. En este punto insiste el Tribunal, como lo hiciera ya en el asunto *dióxido de titanio* (apartado 23) ya que de otro modo prácticamente cualquier disparidad entre normativas estatales podría justificar una medida armonizadora, pues incidencia en las condiciones de competencia siempre, directa o indirectamente, tienen las distintas regulaciones. Concretamente, el TJ considera que respecto de la evidente posición ventajosa de las agencias publicitarias y de los fabricantes de soportes publicitarios establecidos en los Estados no prohibicionistas, “los efectos de estas ventajas sobre la competencia son remotos e indirectos, y no constituyen distorsiones que puedan calificarse de sensibles” (apartado 109)¹³⁵.

c) Otras posibles salidas al conflicto: Sobre la polémica alrededor de la Directiva comunitaria sobre prohibición de la publicidad del tabaco se han escrito muchas páginas, especialmente en Alemania¹³⁶. Las valoraciones finales respecto del contenido de la sentencia del TJ son, en general, positivas y coinciden en señalar su importancia en el terreno de la relación interordinamental. Si en materia de protección de los derechos fundamentales la sentencia del TCF sobre el asunto *Bananen*, en comparación con lo sucedido con los asuntos *Solange*, podía suponer una especie de *Maastricht II*, el avance en el control de las bases competenciales de la actividad comunitaria por parte del TJ podría acabar de cerrar el círculo abierto por la sentencia *Maastricht* en relación con la cuestión sobre la *Kompetenz-Kompetenz*.

¹³⁴ Así es, en sentencias como la de 13 de Julio de 1995 (*España c. Consejo*, asunto C-350/92, Rec. 1995, p. I-1985), el TJ se contentaba para poder justificar la idoneidad del art. 95 con que concurriesen tales circunstancias, como lo demuestra la lectura de sus apartados 33 y 35.

¹³⁵ Realmente en el ámbito de las distorsiones a la competencia, la prohibición total de la publicidad del tabaco no parece ser la medida más idónea. Como señalaron en su día Weiler y Mayer, en un análisis del proyecto de Directiva que comentamos, en realidad una medida de tal tipo limitaría notablemente los medios para que nuevos operadores económicos pudiesen acceder al mercado, de modo que lograría un fin contrario al perseguido al distorsionar aún más la competencia. El ejemplo lo extraen los autores de un supuesto estadounidense en el que se discutía la prohibición de publicidad de leche de bebés por motivos de salud. Weiler, J. H. H., y Mayer, F., “A Normative Case Study: The Tobacco Advertising Draft Directive”, en Schneider, H. P., y Stein, T., *The European Ban on the Advertising-Studies concerning its Compatibility with European Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 337 (páginas 313 a 350).

Como señala Areilza, la sentencia de 5 de octubre de 2000 supone “un paso en la buena dirección de limitar cuando sea necesario por vía judicial europea una interpretación extensiva de las competencias comunitarias. La sentencia muestra al Tribunal de Justicia claramente actuando como un tribunal constitucional, que revisa la división de poderes vertical de la Unión Europea”¹³⁷. Dejando al margen las alusiones al carácter jerárquico de la división de poderes, podemos agradecer al TJ, con Martín y Pérez de Nanclares, “su determinación a favor de clarificar esta delicada cuestión de la delimitación de competencias. Y de paso (intentar) reforzar –especialmente en un Estado miembro cuyo Tribunal Constitucional se ha mostrado en los últimos tiempos especialmente sensible a la cuestión de los límites materiales a las atribuciones competenciales- la credibilidad del propio Tribunal de Justicia en su ya indiscutible de jurisdicción *constitucional* comunitaria”¹³⁸.

Sin duda podría exigírsele al TJ que en lugar de rechazar la doctrina del *centro de gravedad*, hubiera apostado por la misma sobre todo en supuesto en el que, como el de la protección de la salud, existe una prohibición expresa de armonización. De esta manera, el TJ hubiese afrontado una declaración directa de *ultra vires* que incluso podría haber acabado reforzando más su credibilidad. Además, “de haber optado por un razonamiento basado en el centro de gravedad de la medida, quedaría más claro que el art. 100 A sí que puede afectar a áreas de política nacional muy sensibles, como la salud pública o la educación u otros asuntos sociales, pero no sirve para regular directamente esas áreas, por lo que las medidas que sean principalmente sobre salud pública están excluidas del 100 A”¹³⁹.

¹³⁶ Las aportaciones son casi innumerables. Un buen compendio de algunas de las principales muestras del debate se halla en Martín y Pérez de Nanclares, “La publicidad del tabaco...”, ob. cit.

¹³⁷ Areilza Carvajal, J. M., “Variaciones...”, ob. cit., p. 657.

¹³⁸ Martín y Pérez de Nanclares, “La publicidad del tabaco...”, ob. cit., p. 87.

¹³⁹ Así lo entiende Areilza Carvajal, J. M., “Variaciones...”, ob. cit., páginas 660 y 661. En este punto, el autor indica que “por otra parte, de aceptarse esta línea de argumentación, siguiendo la propuesta de Joseph Weiler, que el artículo 100 A sólo puede regular o afectar de lleno a aquellas áreas sustantivas en las que la Comunidad tiene competencia legislativa expresa, estableciendo una distinción importante entre competencia original o primaria de la Comunidad (mercado interior, medio ambiente) y derivada o secundaria (salud, educación), ámbitos en los que la Comunidad sólo puede afectar indirectamente normas nacionales pero no armonizarlas”. Weiler, J. H. H., “The Division of Competences...”, ob. cit.

Otra opción, enmarcada en la reconsideración de la aplicabilidad del art. 95 TCE, hubiese sido que el TJ acudiera explícitamente (porque de manera implícita lo acaba haciendo) al principio de proporcionalidad para limitar la intervención armonizadora comunitaria. De todas formas, hay que tener en cuenta lo arriesgado de confiar en la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente el margen de discrecionalidad a la hora de apreciar si la incidencia de la diversidad normativa es o no sensible, pues no siempre será sencillo¹⁴⁰.

Sin duda se trata de un ámbito en el que todavía queda bastante camino por recorrer, como lo demuestra el escaso desarrollo de cuestiones como la virtualidad del principio de subsidiariedad, que hasta le momento ha preferido dejarse en el espacio de las limitaciones políticas a la actuación comunitaria¹⁴¹.

d) La clarificación entre objetivos y competencias: De manera más general, otro de los aspectos que sin duda deberán ser abordados, al margen de los avances o retrocesos

¹⁴⁰ Esa es la idea que sostiene Martín y Pérez de Nanclares, “La publicidad del tabaco...”, ob. cit., p. 88. Hay que añadir que el TJ ya ha venido utilizando dicho principio en sus pronunciamientos, como por ejemplo en el terreno del control de las sanciones impuestas por los Estados en desarrollo de la normativa comunitaria. En este sentido se expresan las conclusiones del Abogado General Capotorti en la sentencia de 24 de abril de 1980 (Chatain, asunto 65/79) donde señala que el principio de proporcionalidad “debe servir principalmente para limitar la actuación de las instituciones comunitarias, pero también puede ser invocado a propósito de los actos de las autoridades nacionales referentes a la aplicación del Tratado (...) por ello las sanciones penales que los Estados miembros establecen en orden a asegurar el respeto de las reglas aduaneras comunitarias, deberían ser proporcionadas a la naturaleza y gravedad de la violación cometida, teniendo en cuenta la importancia del interés lesionado por tal violación”. Así es recogido por Alonso García, R., *Manual de Derecho comunitario*, ob. cit., p. 243. Esta misma línea se recoge, por ejemplo, en las sentencias del TJ de 19 de junio de 1980 (*Testa*, asuntos acumulados 41, 121 y 796/79, Rec. 1980); de 3 de julio de 1980 (*Pieck*, asunto 157/79, Rec. 1980); de 11 de noviembre de 1981 (*Casati*, asunto 203/80, Rec. 1981), recogidos por Alonso García, R., *Derecho comunitario...*, ob. cit., p. 275.

¹⁴¹ En este sentido, hay que decir que incluso el TCF en su sentencia *Maastricht* reserva un espacio primordialmente político al mencionado principio, aunque no renuncie a que el TJ lo dote de contenido jurídico. Específicamente, el TCF señala en dicha sentencia, en una muestra de cómo se interrelacionan los distintos planos institucionales comunitarios y estatales, que el principio de subsidiariedad “por cuyo respeto ha de velar el Tribunal de Justicia europeo, está destinado a garantizar la identidad nacional de los Estados miembros, y a mantener sus competencias (...). Hasta qué punto vaya a contrarrestar el principio de subsidiariedad la erosión de las competencias de los Estados miembros y, por consiguiente, el vaciamiento de las funciones y competencias de la Dieta Federal es cosa que dependerá de manera determinante –aparte de la jurisdicción del Tribunal de Justicia Europeo relativa al principio de subsidiariedad– de la práctica que siga el Consejo en cuanto órgano legislativo propiamente dicho de la Comunidad. Ahí tendrá el Gobierno federal que hacer valer su influencia en favor de una aplicación estricta del art. 3 B pár. 2 TCEE (actual art. 5 TCE). A su vez, la Dieta Federal tendrá la posibilidad de intervenir, a través de su derecho a participar en la formación de la voluntad interna alemana establecido en el art. 23 apdo. 3, LF, en la praxis del Consejo e influir sobre ella en el sentido del principio de subsidiariedad” (C II 3).

políticos en la materia, es el de la clarificación entre objetivos y competencias. Como nos recuerda Gutiérrez Gutiérrez, “el Tribunal Constitucional alemán ha destacado que la atribución de una tarea a las Comunidades no lleva automáticamente aparejada la atribución de cuantas competencias puedan considerarse aptas para desenvolverla; ello contradiría el postulado del Estado de Derecho, que incorpora la exigencia de habilitación explícita e individualizada de potestades para actuar, y el principio de limitación competencial sobre el que descansa la arquitectura comunitaria”¹⁴².

En cualquier caso, es de prever que dicho trayecto no será cubierto por una andadura solitaria del TJ, sino que, de acuerdo con la realidad pluralista de la que se parte en el proceso de integración comunitaria, será fruto de nuevo de una profunda interrelación, y sólo desde la misma podrán explicarse unas relaciones interordinamentales que tampoco en cuanto a la delimitación competencial resisten los parámetros del monismo clásico.

De nuevo, si se quiere, estaremos caminando hacia la configuración de un supra-ordenamiento que se impondrá sobre los ordenamientos estatales, y de una decisión jurisdiccional, la del TJ, que deberá ser aceptada. Ahora bien, de ahí no se deduce que volvamos al final al esquema monista (comunitarista), pues la intensidad con la que la interrelación impregna la totalidad del proceso de creación y aplicación normativa hace que quede superado dicho esquema teórico como modelo capaz de explicar las relaciones interordinamentales que el proceso de integración comporta. En este sentido, la propia pregunta relativa a la determinación de la *Kompetenz-Kompetenz* resulta inadecuada, pues no es capaz de comprender una idea capital que se puede resumir de la siguiente manera: si finalmente la decisión del TJ es aceptada no es por su posición de superioridad jerárquica, sino principalmente por el grado de interrelación que se sitúa en la base de la misma.

2.4 Las transformaciones del Derecho como motor y resultado de la interrelación ordinamental

¹⁴² El mismo autor cita en este punto a Schoch, quien observa “una *unidimensional* tendencia del Derecho comunitario a asimilar acríticamente la ampliación de las propias competencias, en parte mediante la aplicación de cláusulas de habilitación implícita. Schoch, F., “Die Europäisierung...”, ob. cit. Gutiérrez Gutiérrez, I., “Un orden jurídico...”, ob. cit., p. 221.

2.4.1 Introducción

Hasta ahora, en nuestro intento por clarificar en la medida de lo posible el alcance de las implicaciones jurídicas del proceso de integración, se ha ido poniendo de manifiesto la necesidad de reflexionar acerca de la vigencia de algunas de las bases conceptuales del Derecho Público. Como señala Zagrebelsky, “al haberse erosionado progresivamente el concepto unitario de organización política, representado por la soberanía y por el orden que de ella se derivaba, los significados resultantes pueden variar en función de las constelaciones que se van formando entre los elementos que componen el derecho público. El rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su «pérdida de la posición central»”¹⁴³.

En este contexto, “la dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten –los conceptos- mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación (...). Cada uno de los «grandes temas» del derecho constitucional actual se caracteriza estructuralmente por la presencia de elementos constitutivos que, para poder coexistir, deben ser relativizados entre sí, es decir, deben –por retomar la idea central- hacerse dúctiles o moderados”¹⁴⁴.

El objeto central de nuestro empeño se ha orientado a comprobar y dar forma al modo en cómo se ha venido readecuando principalmente uno de esos “grandes temas”, que es el de la posición misma del ordenamiento constitucional en su relación con otros ordenamientos, y concretamente con el ordenamiento comunitario. Sin duda dicho tema engloba muchos otros, como el de la posición de la Constitución y de su máximo garante, la protección de los derechos fundamentales, el control de los actos en *ultra vires*, los conceptos de validez, aplicabilidad y eficacia y, más allá, el mismísimo debate en torno a la legitimidad y la titularidad del poder, aspectos que, evidentemente, no han podido más que ser apuntados.

Pero, siguiendo con Zagrebelsky, lo cierto es que esa ductilidad de la dogmática constitucional contemporánea se ha de verter también sobre “el tema constitucional por

¹⁴³ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil...*, ob. cit., p. 12.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 18.

excelencia: el propio modo de concebir el derecho. Al final, cualquier otro aspecto de la organización jurídica depende y encuentra explicación en la transformación esencial que ha sufrido el derecho como tal”¹⁴⁵.

En el anterior capítulo tuvimos ocasión de referirnos brevemente a lo que se vino a denominar como “procedimentalización” del Derecho, en cuanto que transformación directamente ligada a los cambios experimentados en la posición del Estado. La idea no presenta complicaciones: dado que el Estado, pese a continuar ocupando un lugar central, deja de poder seguir reclamando para sí las atribuciones propias de la noción tradicional de soberanía, lógicamente debemos estar asistiendo a un debilitamiento de las formas jurídicas tributarias de dicha posición perdida.

Aunque esta cuestión ya fue aludida, y dando por sentado que abordarla con suficiencia excede con mucho de las posibilidades de este trabajo, resulta necesario volver a ella nuevamente, con suma brevedad. La razón de ello hay que encontrarla en que entre los factores de los que se aprovecha la dinámica de la interrelación también se cuenta el de la quiebra de las formas tradicionales del sistema de fuentes.

Así es, la interrelación se desenvuelve con mucha mayor comodidad frente a regulaciones que se desprenden de los caracteres tradicionales que han acompañado al Estado de Derecho en su evolución histórica, y especialmente del carácter general, heterónomo, de la Ley, y su posición central en la regulación de los distintos intereses de la ciudadanía.

2.4.2 La fragmentación y procedimentalización del Derecho

La fragmentación y procedimentalización del Derecho, el renacimiento del Derecho privado y del contrato y el avance del llamado “Derecho reflexivo”, se hace en detrimento de la Ley general, objetiva, entendida como lugar de encuentro de lo político y lo jurídico. Estamos ante el empuje de planteamientos que ven en lo fragmentario los espacios de intervención jurídica. Una fragmentación que ahuyenta el debate sobre opciones políticas consolidando poco a poco una nueva forma de constitucionalismo en el que el ámbito

¹⁴⁵ Ibídem.

material de lo no decidible se olvida de determinados derechos (especialmente los derechos sociales) para pasar a comprender espacios cada vez más amplios fundamentalmente en el terreno económico.

Como ha indicado Ferrajoli, “el Derecho de la globalización viene conformándose más que por medio de las formas públicas, generales y abstractas de la Ley, a través de formas contractuales privadas, señal de una primacía incontestable de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública”¹⁴⁶.

La Ley, al igual que pasa con el Estado, no desaparece, sino que cambia su morfología. Como ha señalado De Cabo, la Ley acaba siendo penetrada por esta lógica subjetiva. Por un lado, proliferan las leyes estímulo o incentivo que parten de fórmulas propositivas (si se hace A, se obtiene B). Y por otro lado, el sujeto penetra en la ley y en la elaboración de la ley¹⁴⁷; la ley, en el contexto de una sociedad compleja y fragmentada en el que las distintas fuerzas sociales y políticas que compiten, “se utiliza ahora no como vehículo de la unidad sino de la parcialidad de intereses concretos y como un instrumento más de aquella competencia. La frecuencia con que la Ley regula aspectos microsociales expresa jurídicamente la fragmentación corporativa”¹⁴⁸.

Zagrebelsky ve en el rumbo adquirido por las formas de Estado social la paulatina desaparición de la generalidad y la abstracción de la ley, y pone de manifiesto cómo los distintos grupos sociales, en parte como implicación empírica del principio de igualdad material que venía a exigir una disciplina adecuada a cada situación, provocaron una progresiva diferenciación de los tratamientos normativos.

¹⁴⁶ Ferrajoli, L., “Lo stato...”, ob. cit., p. 16.

¹⁴⁷ Se trata de unas afirmaciones extraídas de la ponencia presentada por Carlos De Cabo en la Universidad de Barcelona en marzo de 2001 que llevaba por título “garantías jurídicas y coyuntura política”. Tales planteamientos se hallan recogidos de manera más amplia en el libro del mismo autor *Contra el consenso...*, ob. cit.

¹⁴⁸ De Cabo, C., *Las fuentes...*, ob. cit., p. 257. Ahora bien, el propio autor sostiene que el hecho de que exista una innegable fragmentación social y corporativa, no impide que pueda responderse a la subjetivización a partir de una vuelta al sentido natural, objetivo de la ley, pues no es cierto que la fragmentación social actual impida hacer leyes generales. Dicha justificación, tras la cual se pretende impedir procesos de solidaridad social, oculta la existencia de una generalidad de intereses, dado que la situación social es común para muchos: la inmersa mayoría de la población está inmersa en el proceso productivo y comparte una misma realidad. Por otra parte, añade el mismo autor, el control del poder depende de la generalidad de la ley; la relación de sumisión de la Administración a la Ley sólo tiene sentido en una Ley General. Se trata de nuevo de afirmaciones extraídas de la ponencia “garantías jurídicas y coyuntura política”, recién citada.

El mismo autor sitúa el acento en la presión de los intereses corporativos sobre el legislador, de lo que se deriva una auténtica explosión de legislaciones sectoriales; “la creciente vitalidad de tales grupos determina además situaciones sociales en cada vez más rápida transformación que requieren normas jurídicas *ad hoc*, adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades. De ahí la crisis del principio de abstracción”¹⁴⁹.

Podría incluso hablarse de que la ley acusaría un proceso de “administrativización”, en el sentido de que cada vez de manera más marcada asume la función del acto administrativo que interviene directamente en múltiples ámbitos de la vida social. En tal contexto, además, resulta complejo identificar al Estado como garante a través del ejercicio de las potestades públicas del “interés general”, puesto que cada vez se dan menos espacios en los que dicho interés puede ser conformado de manera previa general.

A estas explicaciones debe añadirse la cada vez más marcada “contractualización” de los contenidos de la ley. Prosigue Zagrebelsky constando cómo “el acto de creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales (grupos de presión, sindicatos, partidos). Cada uno de los actores sociales, cuando cree haber alcanzado fuerza suficiente para orientar en su propio favor los términos del acuerdo, busca la aprobación de nuevas leyes que sancionen la nueva relación de fuerzas. Y esta ocasionalidad es la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes, ligadas a una cierta visión racional del derecho impermeable al puro juego de las relaciones de fuerza”¹⁵⁰.

Y a la pulverización de la ley se añade la heterogeneidad de sus contenidos: “la ley ya no es la expresión «pacífica» de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación del conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables (...), es por el contrario, un acto personalizado que persigue intereses particulares (...), la consecuencia es el carácter cada vez más compromisorio del producto legislativo (...), las leyes pactadas,

¹⁴⁹ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil...*, ob. cit., p. 37.

¹⁵⁰ Ibidem.

para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles”¹⁵¹.

2.4.3 La doble faceta de las transformaciones del Derecho: motor y resultado de la interrelación ordinamental

Sin duda el fenómeno que describimos adquiere una de sus más completas expresiones en el seno del Derecho comunitario, donde se dan las condiciones más idóneas para ello. Así es, la propia estructura institucional incorpora espacios como el de la comitología, que favorecen la intervención de los grupos de presión, especialmente de tipo empresarial, con capacidad para estar presentes en el proceso de toma de decisiones. Por otra parte, pese a la progresiva ampliación competencial, que ha llevado a algunos a entender que la Comunidad ha adquirido una vocación de intervención general, lo cierto es que el carácter sectorial y enormemente fragmentario de la normativa comunitaria sigue siendo, en términos generales, una de sus principales características.

Por último, la ausencia de una clara estructuración en el sistema de fuentes de Derecho derivado, cuestión tampoco resuelta en el Tratado de Niza, no hace más que confirmar la preponderancia del impulso regulador puntual y fragmentario, alejado de la predeterminación de opciones políticas generales dentro de los objetivos marcados en los Tratados.

En este contexto, y muy relacionado con los factores ya analizados que explican el carácter autónomo del ordenamiento comunitario, hay que ubicar la adquisición de juridicidad de previsiones comunitarias en principio no vinculantes. Sin duda el ejemplo más relevante es el de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE proclamada en Niza, a la que ya nos referimos¹⁵², aunque existen otras muestras donde el *soft law*

¹⁵¹ Ibídem, p. 38.

¹⁵² Ya nos referimos en este sentido a la STC 292/2000, a lo que habría que añadir las Conclusiones de Abogados Generales en las que se invoca la Carta. Por ejemplo, las Conclusiones de 8 de febrero de 2001, presentadas por Tizzano en el asunto C-173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, párrafos 26 a 28. También en las Conclusiones de Alber, de 1 de febrero de 2001, asunto C-

comunitario, básicamente sus recomendaciones, acaba por atesorar fuerza reguladora, dimensión de *hard law*¹⁵³, convirtiendo en borrosa la frontera entre lo político y lo jurídico.

Pues bien, en la interrelación que se ha venido examinando, uno de los influjos que la misma implica viene siendo el constituido por la traslación de los caracteres recién apuntados desde el Derecho comunitario a los ordenamientos estatales. En este sentido, las transformaciones del Derecho aludidas son en el espacio estatal en parte resultado de la dinámica de interrelación.

Evidentemente, se trata de una transformación paulatina que encuentra en el Derecho comunitario una de sus fuentes, que no la única. No hace falta desarrollar en exceso la idea ya aludida de que el Estado y el Derecho estatal no se transforman sólo por causa de la integración comunitaria, sino que se trata más bien de un proceso circular en el que las transformaciones que experimentan explican a su vez las concretas características del fenómeno de la integración.

Sin duda, en el origen de los cambios a los que aludimos, hay que situar, como ha señalado Ferrajoli, “la inadecuación estructural de las formas del Estado de Derecho a las funciones del *Welfare State*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la crisis del Estado social. Como se sabe, esta crisis se manifiesta en la inflación legislativa, pérdida de la generalidad y abstracción de las leyes, proceso de descodificación, de legislación fragmentaria (...), deterioro de la forma de ley, falta de certeza, falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales (...)¹⁵⁴”.

Hay que precisar, con De Cabo, que no es que intrínsecamente el advenimiento del Estado social deba comportar la crisis de la generalidad y abstracción de la ley, lo que ha sucedido es que “precisamente esa constitucionalización del Estado social se ha utilizado, a través de las nuevas posibilidades que permite en el ámbito del interventionismo

340/99, *TNT Traco Spa*, párrafo. 94. Ambas según cita de López Castillo, A., “Algunas consideraciones sumarias...”, ob. cit., p. 71, nota 83. Este autor ha destacado la “latente naturaleza «normativa»” de la Carta, que la dota de “una patente potencialidad impulsora del proceso *in fieri* de constitucionalización de la CE/UE del que la propia Carta viene a ser expresión”. Ibídem, p. 72. Una idea parecida es mantenida por Weber al hablar de la “relevancia constitucional de la Carta”, en Weber, A., “The European Charter of Fundamental Rights”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43, 2000, páginas 104 y 105 (páginas 101 a 115).

¹⁵³ Un interesante estudio de dichas normas puede hallarse en Alonso García, R., “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 154, 2001, páginas 63 a 94.

¹⁵⁴ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...*, ob. cit., p. 16.

socioeconómico, para romper los viejos caracteres de las fuentes del Derecho (...), no para la realización de sus valores sino justamente para lo contrario (...), como mecanismo defensor de concretos intereses dominantes, a la vez que la fragmentación y el caos normativo facilitan incluso la pérdida del valor garantista del viejo Estado liberal de Derecho”¹⁵⁵.

Por otro lado, otra de las explicaciones se halla, como sabemos, en la crisis del Estado nacional, frente a la que la integración comunitaria es primeramente respuesta, y posteriormente, causa.

Pero lo que es cierto es que una vez que en el Derecho estatal empiezan a ganar terreno las regulaciones fragmentarias, las leyes individuales, y finalmente el Derecho reflexivo como sustituto del programa condicional (propio del Estado liberal clásico) y del programa instrumental (propio del Estado social), y dejando de momento al margen otras consideraciones, es cuando la interrelación encuentra la mejor atmósfera para su desarrollo. En este sentido, las transformaciones aludidas son motor de la interrelación.

A nadie escapa que no es lo mismo interactuar con una normativa general fruto de un debate político interno, que con disposiciones fragmentarias cuya estrecha delimitación las hace por definición tributarias de una implementación a partir de otras regulaciones. Igualmente, si el parámetro de regulación es el relacional (para proseguir con la terminología de Teubner a la que ya se aludió), los sujetos llamados a regular sus intereses en el marco procedural asegurado por la norma, forzosamente, y cada vez más, están abocados a moverse de manera simultánea en el plano estatal y en el comunitario, de modo que, de nuevo, la interrelación resulta inevitable.

Con lo dicho queda recogido, a modo de breve apunte, el papel que la transformación del Derecho en sí mismo juega en el curso de la interrelación, cuyo análisis podemos ya dar por concluido.

Subsisten sin duda numerosos interrogantes, aunque quizás uno de los principales sea el representado por una cuestión que ha venido atravesando, a veces con sigilo, a veces de manera más ruidosa, la totalidad del trabajo: se trata de las implicaciones que el

¹⁵⁵ De Cabo, C., “La fuentes del Derecho...”, ob. cit., p. 258.

conjunto de transformaciones que han venido siendo examinadas tienen en el plano del constitucionalismo.

2.5 Recapitulación a modo de conclusiones: de nuevo sobre la aparente separación entre validez y aplicabilidad

Volviendo sobre pasos ya andados, merece la pena rescatar por un momento el principal argumento de quienes se sitúan en posiciones estatalistas a partir de un convencido constitucionalismo. Ruipérez condensa dicho posicionamiento a partir de las siguientes reflexiones: “si el ordenamiento jurídico comunitario se observa de manera aislada, es decir, como un ordenamiento absolutamente independiente del Derecho de los Estados que integran la UE/CE, no cabe duda que los Tratados comunitarios vienen a ocupar en la pirámide normativa la misma posición de la *Grundnorm* que ocupan los textos constitucionales en los diferentes estados. Pese a toda la aparente lógica de esta construcción, hemos de decir que la misma no nos parece aceptable desde la idea de la Constitución liberal burguesa, que remite siempre a la existencia del Estado. En primer lugar no creemos que el Derecho comunitario (...) pueda ser afirmado al margen de los ordenamientos jurídicos estatales. Antes al contrario, aquél sólo cobra sentido cuando se le pone en relación con la vida interior de los Estados que integran la moderna confederación europea”¹⁵⁶.

En términos generales coinciden con Ruipérez todos aquellos que, en definitiva, no ven posibilidad alguna de sustraerse del hecho de que “es de los Estados de donde la Comunidad como orden jurídico y político, deriva su legitimidad”¹⁵⁷. Y a partir de ahí parece necesario reconocer que “será a las Constituciones de los distintos Estados a las que corresponda el papel de *Grundnorm* no sólo respecto de las normas emanadas por los órganos constitucionales del Estado, sino también (...) de las emanadas por los órganos comunitarios”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Ruipérez, J., *La “Constitución europea”...*, ob. cit., páginas 98 y 99.

¹⁵⁷ Balaguer Callejón, F., “La constitucionalización...”, ob. cit., p. 596.

Pues bien, si algo se ha querido poner de manifiesto con el análisis que venimos efectuando, es la necesidad de percibir cómo el nexo de la legitimidad comunitaria, que originariamente se anuda a los Estados y sus Constituciones, desde el momento mismo de la creación de la Comunidad inicia un trayecto de alejamiento, de paulatina emancipación. Ahora bien, esta separación no ha llevado al ordenamiento comunitario ni a su independencia ni a su supremacía jerárquica sobre los sistemas jurídicos estatales, sino que lo que ha hecho ha sido transformar las relaciones con los ordenamientos estatales para acabar conformándose una autonomía recíproca enraizada en la dependencia mutua.

La integración nos enfrenta a un fenómeno jurídico de naturaleza compleja que rompe el esquema tradicional de la unidad última de todo ordenamiento aplicable en un determinado territorio. Y buena prueba de tal quiebra la encontramos en la inconsistencia de los argumentos que tratan de separar validez y aplicabilidad como salida a lo que, de otro modo, constituye una aporía entre integración y soberanía. Ya aludimos en su momento a estas cuestiones, recogiendo los planteamientos comunitaristas de Requejo frente a los estatalistas de Rubio Llorente. Bastará ahora con poner de manifiesto de nuevo la debilidad de la separación entre tales nociones si pretenden ser utilizadas base de la argumentación relativa a las relaciones interordinamentales. Así se demuestra cuando Pérez Tremps señala que, finalmente, “el marco de la regularidad de los poderes públicos nacionales sigue siendo el ordenamiento interno, si bien a él se añade el ordenamiento comunitario. Ambos no se contraponen ni se excluyen entre sí, sino que se acumulan. Ahora bien, en el caso de normas o actos internos de ejecución del derecho comunitario, si la solución del TJ no resulta satisfactoria, al estar enjuiciando una norma interna 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 las obligaciones comunitarias”¹⁵⁹.

De esta manera, viene Pérez Tremps a coincidir en cierta medida, pese a que su análisis general parezca apuntar hacia otra dirección, con los planteamientos de Ruipérez, y lo hace al distinguir entre validez de la norma comunitaria, cuyos parámetros controla en

¹⁵⁸ Ruipérez, J., *La “Constitución europea”...*, ob. cit., p. 99.

¹⁵⁹ Pérez Tremps, P., *Derecho constitucional...*, ob. cit., p. 189.

exclusiva el TJ, y aplicabilidad de la misma en nuestro territorio, cuyo control corresponde, en último extremo, al TC.

No es posible desconectar de ese modo, sin desactivar la propia juridicidad de la propuesta, las nociones de validez y aplicabilidad. Si bien es cierto, como por otra parte se ha insistido, en que no se puede tomar el ordenamiento jurídico comunitario de manera aislada, no lo es menos que no es posible hacer otro tanto con los ordenamientos estatales. En los procesos de creación de la norma, esto es, en el plano de la validez de la norma, la interrelación es más que evidente; y esa misma interrelación domina también el plano de la aplicación, especialmente a partir del diálogo interjurisdiccional.

Volviendo al control de los actos internos de aplicación o ejecución de normativa comunitaria, por resultar el ámbito en el que mejor se ve la intersección de los dos planos normativos, la duda que aparece sin duda refleja el centro de la discusión: ¿se trata de actos de naturaleza interna o comunitaria? En esta intersección es donde las posturas monistas reivindican la primacía del control constitucional, unas, y comunitario, las otras. Ya conocemos en este sentido la doctrina del TJ al respecto, que entiende que la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario exige que sólo previo recurso prejudicial puedan los jueces y tribunales internos declarar la suspensión de la aplicación de la norma, a la espera de la resolución del TJ. También conocemos la postura de TC, que no alberga dudas de la naturaleza interna de tales actos y de su consiguiente subordinación a la Constitución.

Ahora bien, en realidad el debate va más allá de esa intersección, puesto que al fin y al cabo el control de la normativa interna de aplicación o ejecución en realidad se convierte en un control sobre la normativa comunitaria, excepto en los supuestos en los que el margen en el que pueden operar tales actos, esencialmente en el plano de la trasposición de Directivas, permitan opciones respetuosas con la Constitución. De ahí que, al margen del carácter criticable de sus presupuestos, haya que agradecer que mediante su sentencia *Maastricht* el TCF muestre abiertamente su disposición a controlar directamente la normativa comunitaria, entendiendo que la consecuencia de proclamar su eventual inconstitucionalidad sería la invalidez no de tal norma pero sí de las normas internas que pretendan su aplicación.

Respecto de los actos internos de aplicación de la normativa comunitaria, López Castillo ha defendido la posibilidad de su control de constitucionalidad, aunque tal control

“habría de contextualizarse en el marco de la apertura ordinamental que explica la existencia de un sinnúmero de actuaciones estatales inducidas o exigidas por el ordenamiento comunitario”¹⁶⁰. El problema está en poder determinar hasta dónde llega esa posibilidad de contextualizar, o si se prefiere, cuánto da de sí, en nuestro caso, el art. 93 de la Constitución española. Se trataría de recoger el planteamiento de Kumm cuando en su análisis sobre las consecuencias de la sentencia *Maastricht*, sostiene que sin cuestionar la posición del TCF como último garante de los principios constitucionales, hay que tener en cuenta que al lado de la protección de los derechos fundamentales y de la autodeterminación democrática, entre tales principios se halla también el de la consecución de una “Europa unida” (art. 23 LFB) y, más específicamente, la extensión del *Rule of Law* en el nivel comunitario, pues el TCF tiene una indudable función como garante subsidiario del orden jurídico comunitario¹⁶¹.

Hesse describe bien cómo “el Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania pierde su eficacia omnicomprensiva y su primacía en la ordenación jurídica de la comunidad. A cambio, gana una nueva vertiente: la dimensión europea¹⁶². Tal apertura tiene como consecuencia, como ha señalado el *Bundesverfassungsgericht*- que ambos ordenamientos no corporeizan ordenamientos jurídicos separados. Ambos ordenamientos están imbricados entre sí, están referidos y se influencian recíprocamente y dependen el uno del otro. De ahí la estrecha combinación y que amplias áreas del Derecho nacional sólo conjuntamente con el Derecho comunitario pueden llegar a desplegar plena eficacia. A la

¹⁶⁰ López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., p. 512.

¹⁶¹ Kumm, M., “Who is the Final...?”, ob. cit., páginas 379 y 380. Añade el autor que el TCF al asumir la jurisdicción debe justificar sus decisiones de una manera compatible con su status como órgano integrante de la Comunidad y que sus decisiones deben estar orientadas para persuadir no sólo a los órganos jurisdiccionales y legislativos germanos, sino también a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, al margen del propio TJ.

¹⁶² Es importante resaltar la incorporación del valor de la integración supranacional como uno de los valores que el TC debe defender y ponderar en sus decisiones, pues aunque resulte claro, en ocasiones, como hemos tenido oportunidad de comprobar especialmente en el caso de la jurisprudencia del TC español, parece dejarse en un segundo plano. Esta idea la recoge Cartabia, para quien “la integración europea se presenta como uno de los valores que debe garantizar la Corte y ponderar con otros principios supremos. Las características del actual diseño de relaciones entre Estado y Comunidad requieren y permiten que los ordenamientos estatales contribuyan a la formación de valores fundamentales sobre los que construir la Comunidad”. Cartabia, M., *Principi fondamentali...*, ob. cit., p. 248.

persistente permeación del Derecho nacional se corresponde una no menor influencia del Derecho nacional en aquél”¹⁶³.

En dicha relación adquiere una importancia fundamental el diálogo interjurisdiccional, como se ha insistido, y a través del mismo la paulatina conformación de una especie de *ius commune* europeo, a partir de la recíproca interrelación de los principios del Derecho público estatal y su aplicación en el marco comunitario. La importancia de dicho concepto ya fue resaltada en el marco del debate sobre la existencia de un pueblo europeo y en el presente capítulo hemos tenido ocasión de comprobar los cauces de su emergencia así como su trascendencia en el terreno de la eficacia y de la propia evolución del Derecho comunitario¹⁶⁴.

Las dificultades de estructuración del nuevo edificio resultan obvias. Como ha indicado Gutiérrez Gutiérrez, “la dualidad de controles sobre unos mismos actos postula una cooperación entre Tribunales que el Constitucional se apresura a ofrecer, pero cuya articulación institucional es difícil de intuir al tratarse de órganos jurisdiccionales supremos en sus respectivos ordenamientos. Esto resulta de la máxima trascendencia para la concepción y la propia subsistencia de la Comunidad Europea, habitualmente considerada como Comunidad de Derecho que descansa naturalmente en la *unidad funcional* del poder judicial”¹⁶⁵.

Cartabia ha destacado, en este sentido, cómo “observando el desarrollo de la jurisprudencia, nacional y comunitaria, se puede constatar el solapamiento entre los diversos órdenes de garantías de los valores fundamentales que oscurecen la nitidez de la

¹⁶³ Hesse, K., “Estadios en la historia...”, ob. cit., p. 120.

¹⁶⁴ De nuevo vale la pena citar a Hesse, para quien “la armonización de Derecho Europeo y Derecho nacional resultante de las recíprocas influencias da –indirectamente– lugar a una creciente aproximación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sin perjuicio de las peculiaridades que fundamentan la propia identidad. En el curso de la integración europea –añade– se está produciendo una creciente concordancia tanto del Derecho Europeo y del Derecho Constitucional nacional como del Derecho Constitucional de los Estados miembros, en las cuales se anticipan rasgos de un Derecho Constitucional europeo común”. Hesse, K., “Estadios en la historia...”, ob. cit., páginas 116 y 117. Merece la pena acudir en este punto a Alonso García, R., *Derecho comunitario, Derechos nacionales...*, ob. cit., donde dedica un capítulo a “el sistema comunitario de principios y técnicas elaborado jurisprudencialmente como base de un nuevo «ius commune» europeo”, entendiendo que se trata de un Derecho “más allá del Derecho común comunitario, que constituiría el tercer estadio de unificación, (pues) parte precisamente de este último, concretamente de ese grupo de principios, categorías y técnicas que van configurando lo que hemos llamado Derecho público comunitario”. Ibídem, p. 277.

distinción entre los sistemas de garantías, yuxtapuestos y complementarios. La primera interferencia se sitúa en el potencial ejercicio por parte de la CCI del control de constitucionalidad sobre los actos comunitarios por violación de los valores supremos del ordenamiento constitucional. La segunda interferencia se mueve en dirección contraria y está constituida por la tendencia del TJ de extender el control sobre el respeto de los principios fundamentales del ordenamiento comunitario también enfrente de los actos de la autoridad estatal, aunque sea dentro de determinados límites”¹⁶⁶.

Así las cosas, siguiendo con la misma autora, la idea es que solamente podría pues hablarse de una separación de dos sistemas de valores yuxtapuestos si existiese la posibilidad de distinguir con certeza los respectivos ámbitos competenciales, cuestión que no es posible en el ámbito de la integración. Y la introducción en el TUE del principio de subsidiariedad lo acaba por ratificar, pues en lugar de ir hacia una separación material, la tendencia es la sobreposición de acciones comunitarias y estatales¹⁶⁷.

Frente a ello, se sitúa el riesgo el riesgo que la integración europea representa, en palabras de Ferrajoli, “de deformación de la estructura constitucional de nuestras democracias, de crisis del constitucionalismo subsiguiente a la alteración en el sistema de «fuentes» acaecida por la inserción de las normas internacionales (o supranacionales) en el ordenamiento interno”¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Gutiérrez Gutiérrez, I., “Un orden jurídico...”, ob. cit., p. 218.

¹⁶⁶ Cartabia, M., *Principi fondamentali...*, ob. cit., p. 222. La misma autora ejemplifica supuestos en los que el TJ reivindica el control de la normativa interna, aunque haya siempre exigido algún tipo de conexión con la protección de los objetivos comunitarios. Así, en la sentencia sobre el asunto *Klensch*, (de 25 de noviembre de 1986, asunto 201/85, p. 281), y también en la sentencia *Wachauf* (de 13 de julio de 1989, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2609), el TJ no excluye la posibilidad de vigilar la compatibilidad de un acto estatal con el principio de igualdad. En el caso *Elliniki Radiophonia* (sentencia de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925), el TJ reclama su competencia para hacer valer la normativa comunitaria incluida la libertad de expresión frente a una ley griega en materia de radiotelevisión, considerando que el art. 10 CEDH constituye un “principio general del derecho del que el Tribunal garantiza su respeto”. Se muestra así la audacia del TJ a la hora de aplicar por encima de la normativa nacional los principios comunitarios como valores prescriptivos, aunque no sobre cualquier acto nacional, y así ha reiterado no tener competencia sobre actos del todo extraños al Derecho comunitario (sentencia de 30 septiembre de 1987, *Demires*, asunto 12/86, Rec. 1987). Ibídem, páginas 223 a 225.

¹⁶⁷ Ibídem, p. 232.

¹⁶⁸ Ferrajoli, L. “El Derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la Democracia*, núms.. 16-17, 1992, p. 68.

De nuevo hay que insistir en que hasta el momento el principal objetivo de la explicación consiste en tratar de describir lo más fielmente posible el esquema en el que se desarrollan las relaciones interordinamentales que la integración comporta, tratando de extraer de dicho funcionamiento un modelo explicativo a partir del cual se esté en mejores condiciones para poder abordar reflexiones como las que propone Ferrajoli. Precisamente el reto consiste en buscar cuál es el mejor camino para primero advertir y después, en su caso, reaccionar ante el cuestionamiento de algunos de los más elementales principios del constitucionalismo.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que pretender una descripción jurídica no equivale a olvidarse de la discusión en torno a los problemas de legitimación que puede conllevar el proceso de integración, sino todo lo contrario. Como a continuación veremos, para acabar de articular la propuesta pluralista, es necesario reforzar los elementos que explican el fundamento y el tipo de autonomía del ordenamiento comunitario. Y para poder hacerlo necesitaremos entrar en el terreno de la legitimidad de las decisiones que conforman el ordenamiento comunitario, un aspecto que de algún modo venía sobrevolando toda la explicación y que ahora debemos ser capaces de aterrizar.

CAPÍTULO OCTAVO. La autonomía del ordenamiento comunitario y la garantía de los principios del constitucionalismo

1. Introducción

Podría considerarse con razón que antes de abordar las muestras de la interrelación normativa, hubiese sido preferible proceder a identificar las bases en las que se fundamenta la autonomía de los dos ordenamientos que entran en conexión, para después dedicarnos simplemente a constatar que partiendo de dicha autonomía, y dado que ambos ordenamientos despliegan efectos sobre un territorio y unos destinatarios coincidentes, no podía darse otro modelo de relación que el basado en la influencia recíproca y la ausencia de predominio de un sistema sobre el otro.

Si no se ha procedido del modo recién descrito ha sido por la necesidad de responder al principal reto teórico que nos plantea el proceso de integración comunitaria, como es el de la imposibilidad de contar con los parámetros teóricos previos a la hora de describir los fenómenos que la integración comporta. De esta manera, no nos queda otro remedio que analizar previamente el modo en que la realidad se desarrolla, para después intentar deducir los parámetros de una explicación que a partir de ese momento pueda servir ya como referente teórico que explique el posterior desarrollo del proceso.

Ahora bien, hay que tener muy presente que siendo jurídico el terreno en el que nos movemos, una vez hallado el mencionado parámetro o referente teórico, el papel del mismo no va a consistir solamente en servir de modelo explicativo de lo que acontece, sino que por definición deberá ir más allá para cumplir una cierta función de regulación, esto es, debe tener capacidad de identificar instituciones jurídicas que ofrezcan ofrecer elementos que sirvan para encauzar el desarrollo del proceso sobre el que versan. De ahí la necesidad de ajustarse lo más posible a la realidad (la *normalidad helleriana*), sin, no obstante, convertirse en mera descripción coyuntural, esto es, no puede dejar de ser *normatividad, deber ser*.

Una vez hayamos fundamentado las bases de la autonomía ordinamental comunitaria, presupuesto junto con la autonomía ordinamental estatal de la visión pluralista, nos tendremos que enfrentar al verdadero resto que la integración pone encima

de la mesa: ¿es posible la realización de los principios del constitucionalismo en el marco del proceso de integración tal y como viene desarrollándose hasta el momento, esto es, desde una perspectiva pluralista? Con este interrogante, que nos ha de llevar a contrastar la posibilidad de hablar de un Derecho constitucional no estatal, se vendría pues a completar el círculo de los elementos de debate necesarios alrededor del concepto de integración, que, para finalizar, deberán ser trasladados al espacio constitucional para ver de qué modo debe quedar delimitado el concepto de integración que maneja el art. 93 de la Constitución española, aspecto que ocupará el último capítulo del trabajo.

2. La autonomía del ordenamiento comunitario. El papel del Derecho como fuente de legitimidad

2.1 Introducción

Dicho lo que antecede, es el momento de extraer los aspectos normativos de la realidad que recién describimos en el anterior capítulo, tarea que se realizará bajo los efectos de lo que por el momento no puede más que calificarse como intuición consistente en entrever que atendiendo a la forma en que la interrelación normativa opera, se puede pensar en la existencia de una legitimidad propia de la normativa comunitaria, más allá de la ofrecida por los Estados.

La intuición referida estaría apuntando a que en cierta forma la legitimidad de la normativa comunitaria puede llegar a nutrirse, al margen de la fuente de legitimidad que le ofrece su origen iusinternacional, su conexión institucional con los Estados y el carácter electivo de su institución parlamentaria, de la legitimidad que le brinda el Derecho presentado como acuerdo racional cuya obediencia es generalmente aceptada, legitimidad que, por otro lado, habrá que cuestionarse no sólo si está o no presente, sino también si resulta bastante.

Las consecuencias que se derivan de llegar a aceptar que el ordenamiento comunitario cuenta con (cierta) legitimidad propia, supone entender que la interrelación con los ordenamientos estatales se produce desde una posición de (cierta) autonomía. No obstante, también puede avanzarse, sabemos que dicha autonomía conserva siempre un

rasgo de relatividad, como por otra parte también sucede con la autonomía estatal. Buena prueba de esa relatividad, más allá de lo que se deriva de la propia realidad institucional comunitaria, se expresa en la dependencia de la posición de la Comunidad respecto de la mayor o menor debilidad estatal: la integración comunitaria aparece como respuesta a la crisis de legitimidad (que en parte es crisis de eficacia) que atraviesa lo estatal (y en general lo jurídico) en el marco de la globalización económica, de modo que las modulaciones que dicha crisis experimente inciden directamente en el proceso referido.

Una de las ideas principales que viene atravesando el análisis efectuado consiste en el convencimiento de la posibilidad de aportar respuestas jurídicas a la situación actual de las relaciones interordinamentales que la integración comporta. Una idea distinta a la de Balaguer cuando afirma, refiriéndose a los conflictos entre Constitución y Derecho comunitario, “que 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 que permitan resolver esos conflictos de manera satisfactoria para las dos partes enfrentadas. Y la inexistencia de esas reglas en determinados ámbitos no podrá ser enfrentada 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”¹⁶⁹.

Al margen de que, en efecto, nos hallemos 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, nos obligan 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.

Esa exigencia nos ha llevado hasta ahora a analizar las distintas visiones de las implicaciones del proceso para, tras detenernos en el examen de algunos de sus presupuestos, acabar tratando de recoger los principales rasgos del desarrollo práctico de la relación interordinamental.

¹⁶⁹ Balaguer Callejón, F., “La constitucionalización...”, ob. cit., p. 597.

Por medio de esta última labor, hemos podido ejemplificar cómo la interrelación, con sus distintos matices e intensidades, es la encargada de guiar el proceso. Ahora bien, una cosa es demostrar que existe interrelación, y otra distinta es probar que dada su intensidad no nos queda otra opción que admitir que la relación interordinamental se rige, efectivamente, desde el pluralismo, esto es, desde la recíproca autonomía de los sistemas jurídicos presentes, lo que comporta hablar de distintos fundamentos de validez, y de fuentes de legitimidad propia.

Lo que nos falta por hacer es asentar mejor las bases en que se funda dicha recíproca autonomía (fundada como sabemos en la dependencia mutua), pues ello es necesario para empezar a perfilar más precisamente los contornos de ese nuevo parámetro teórico que nos sirva para poder entender en términos jurídicos en qué se basa la relación interordinamental. Para ello la propuesta, como ya se anunciara en su momento, consiste en no abandonar el terreno del Derecho.

El recurso al Derecho constituye la mejor opción dado que no contamos con nociones previas capaces de condensar la esencia del fenómeno comunitario.

Buena prueba de ello la tenemos en el generalizado carácter insatisfactorio de los intentos de hallar una definición del entramado comunitario a partir de reformulaciones abstractas del concepto de soberanía. Así es, una vez rechazada la tesis clásica de una sola soberanía entendida como poder supremo originario e independiente, halle su ubicación en los Estados o en la UE, como indica Jáuregui, podemos optar por la tesis que acepta una soberanía compartida, pero entonces queda el problema de saber cuál de las dos es la soberanía residual y cómo solucionar los elementos de conflicto entre ambas. En tal contexto, “parece necesaria la configuración de una estructura compleja basada en la lógica o el principio de la subsidiariedad que permita un reparto no sólo de competencias sino también de soberanía entre los diversos entes o instituciones. Un nuevo modelo, capaz de unir los elementos positivos de los modelos federal y confederal en el que sea posible limitar el monopolio de los diferentes Estados (...) sin que esto signifique acabar con el Estado. Esta compartición de soberanía resulta posible si aceptamos que la soberanía: «a) es suprema, pero en sentido relativo, es decir, sólo respecto al ámbito de competencias que le

atribuye la regla que la creó; b) limitada jurídicamente por las reglas que la constituyen en tal autoridad jurídica (...); c) no necesariamente única e indivisible...»¹⁷⁰.

La contradicción insita en el intento de conciliar una soberanía que sea a la vez suprema y relativa; una soberanía encerrada en límites que le vienen impuestos, constituidos, pone de manifiesto la incapacidad referida de explicar por medio de las nociones clásicas, o versiones adaptadas de las mismas, una realidad que supone su quiebra.

Cartabia¹⁷¹ ha sabido trasladar como frente a la inadecuación del modelo dualista se ha hablado de continuidad de los ordenamientos¹⁷², de sistemas separados pero coordinados¹⁷³, o incluso más claramente de sistemas separados pero comunicados¹⁷⁴, pero ha faltado una radical redefinición del modelo de relaciones entre ordenamientos. Así se ha difundido la opinión que la única alternativa al principio dualista es la integración (TJ). Pero como ha sido observado ninguna de estas dos formas corresponde a la realidad. La primera al ser sobre pasada por los hechos y la otra por anteponerse a los hechos (...). Estamos ante un sistema de relaciones que presenta tanto elementos de separación como de integración. Como quiera que se quiera llamar –se puede hablar de cohabitación, dualismo atemperado¹⁷⁵, integración relativa- la característica esencial es que los dos ordenamientos mantienen la propia individualidad (elementos de separación), pero está condicionado la interferencia del otro (elementos de integración).

¹⁷⁰ Jáuregui Bereciartu, G., “Estado, soberanía y Constitución: algunos restos del Derecho constitucional ante el siglo XXI”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, p. 69 (páginas 47 a 74). Se apoya Jáuregui en Pérez Triviño, J. L., *Los límites jurídicos del soberano*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 180.

¹⁷¹ Cartabia, M., *Principi fondamentali...*, ob. cit., p. 238.

¹⁷² La Valle, F., “La continuità tra l’ordinamento comunitario europeo e la gerarchia unitaria delle loro fonti normativa”, *Rivista Trimestrale di Diritto Procesale Civile*, 1965, páginas 637 y siguientes. Citado por Cartabia, M., *Principi fondamentali...*, ob. cit., p. 237, nota 37.

¹⁷³ Sentencias de la CCI núm. 170 de 1984, y núm. 168 de 1991, citadas por Cartabia, ibidem, p. 237, nota 38.

¹⁷⁴ Sentencia de la CCI núm. 399 de 1987, citadas por Cartabias, ibidem, p. 237, nota 39.

¹⁷⁵ La expresión la toma Cartabia (ibidem, p. 237, nota 41) de Baldassarre, A., “L’integrazione della Comunità economica europea nella giurisprudenza costituzionale” (Convengo di Firenze, 4-5 junio, *Verso l’Unione politica europea: una comunità di popoli, di stati, di regioni. L’applicazione del principio di sussidiarietà*. Inédito). Aunque también es utilizada por Grewe y Fabri, como a continuación se recoge.

Otra de las propuestas lanzadas ha sido la de Grewe y Ruiz Fabri¹⁷⁶, para quienes es necesario hablar de una integración de ordenamientos en el marco de un *dualisme temperé*, idea que reflejaría los planteamientos que ya recogimos de Hesse, compartidos por López Basaguren cuando hace referencia a que “la (relativa) pérdida de la supremacía de la Constitución en el proceso de integración supranacional (...) no puede significar la degradación de la misma a una posición subalterna, sino que la integración supranacional debe realizarse sobre la base de la materialización de los principios propios de la legitimación constitucional dando, simultáneamente, satisfacción a las exigencias de la integración comunitaria”¹⁷⁷.

En el intento de captar la esencia de la noción de supranacionalidad comunitaria se ha acudido igualmente a la adaptación de las formas conocidas de descentralización del poder político para apostar por conceptos como el de federalismo o regionalismo cooperativo¹⁷⁸. También se ha aludido a la noción de una *soberanía europea compuesta*, que según Pernice y Mayer refleja mejor el carácter compuesto de la *Constitución europea*¹⁷⁹. Pero en todos los casos nos topamos con el mismo resultado insatisfactorio ya que se trata de fórmulas generales que no ofrecen respuestas a los interrogantes específicos que la integración plantea.

2.2 ¿Por qué se aplica hoy en día el Derecho comunitario?

2.2.1 Introducción: la pluralidad ordinamental como punto de partida

¹⁷⁶ Grewe, C., Ruiz Fabri, H., *Droits constitutionnels européens*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, p. 102.

¹⁷⁷ López Basaguren, A., “¿Réquiem...”, ob. cit., p. 22

¹⁷⁸ Ver Cartabia p. 235, nota 32, quien sobre el desarrollo de la idea de federalismo/regionalismo cooperativo, remite a Bognetti, G., “Le regioni in Europa: alcune riflessioni sui loro problemi e sui loro destini”, *Studi in onore di Biscaretti di Rufia*, vol. I, Milán, 1987, 89 y siguientes; Baldassarre, A. “Rapporti tra Región e Gobierno: i dilemmi del regionalismo”, *Le Regioni*, 1983, 43 y siguientes, entre otros.

¹⁷⁹ Pernice, I., Mayer, F. C., “De la constitution composée de l’Europe”, ob. cit., p. 646.

Hasta ahora hemos ido viendo distintos elementos que nos clarifican al menos el punto de partida: la necesidad de plantear el análisis en términos de relaciones interordinamentales y no meras relaciones internormativas: “es precisamente en esa perspectiva de relaciones entre ordenamientos –entendidas como realidad compleja que une momento normativo y momento institucional además de momento social- donde puede hallarse el espacio de una solución distinta. La concepción normativista requiere definir de manera previa y definitiva cual es el sistema normativo dominante individualizando los ámbitos materiales de competencia (dualismo) o afirmando la preeminencia jerárquica de un sistema sobre el otro. La perspectiva «ordinamental» por el contrario, puede dar espacio a la cooperación, intercambio, influencia, frenos y contrapesos entre los distintos ordenamientos porque entra en el terreno de los *actores*”¹⁸⁰.

La autora del párrafo recién trascrito pone especial énfasis en los sujetos protagonistas. Sostiene que “ante los sistemas normativos cabe definir a cual pertenece la preeminencia, se debe identificar una norma de colisión; y ante los sujetos se pueden delinear formas de colaboración y de cooperación”. No obstante, y sin desmerecer tal percepción, hay que decir que la dinámica de la interrelación si bien es llevada por los sujetos de cada ordenamiento, llega a trascenderlos. En este sentido, hay que poder hablar, por utilizar los términos de la autora, de una cierta “normativización” de la perspectiva ordinamental, esto es, de una relativa *desujetivización*.

Siguiendo con la diferencia entre las perspectivas ordinamental y normativa, merece la pena recordar, con Rodríguez, cómo “al evolucionar el régimen liberal hacia un régimen constitucional, éste puso de nuevo el acento en el pluralismo normativo como receta para la solución política de los conflictos sociales”. Pero de lo que se trata es de recoger un pluralismo normativo, que no ordinamental: “los objetivos que el pluralismo normativo propio de los regímenes constitucionales persiguen pueden resumirse en la idea de aceptar la pluralidad de normas y de centros de producción normativa como vía para preservar el pluralismo social que el régimen constitucional protege y fomenta. Para ello, sin embargo, se sigue defendiendo el encuadramiento de esas normas plurales bajo un único

¹⁸⁰ Cartabia, M., *Principi fondamentali...*, ob. cit., p. 239.

ordenamiento, en cuya cúspide se sitúa precisamente la Constitución. Diversidad de normas y de centros de producción de éstas, pero que no llegan a constituir ordenamientos separados”¹⁸¹.

Es precisamente en ese punto donde el fenómeno de integración jurídica europea rompe con los esquemas que conocemos ya que conlleva una situación de pluralismo ordinamental, es decir, “de convivencia de ordenamientos y no sólo de varias normas o conjuntos de normas bajo la cúspide constitucional común. Esta situación presenta, pues, una semejanza mayor con respecto a la propia del mundo preliberal”. Por esta razón, ya no nos sirve buscar la solución de los conflictos jurídicos en las reglas que conforman la cúspide del ordenamiento: “coexisten ahora varios ordenamientos, y cada uno de ellos tiene su propia cúspide, sus propias reglas constitucionales válidas para regular las relaciones entre las normas de ese ordenamiento, pero no las que puedan darse entre los diversos ordenamientos entre sí”¹⁸².

Las dudas que se abren a partir de ahí son de gran calado, y sin embargo la pregunta que finalmente debemos responder tiene una formulación extremadamente sencilla: ¿Por qué se aplica hoy en día el Derecho comunitario?

Inevitablemente la respuesta debe partir del Derecho. Y debe ser una respuesta que sea capaz de explicar los distintos escenarios a los que se enfrenta esa aplicación.

2.2.2 La juridicidad como guía del normal desarrollo de la relación interordinamental

De nuevo, el punto de partida lo constituye el rechazo a las formulaciones de corte monista. La mejor manera de reafirmar tal rechazo la encontramos trasladándonos a las consecuencias más estrictamente jurídicas que se derivan de tales visiones. Así, Schmitz, en lo que pese a ser una postura extrema no deja de representar la esencia del monismo estatalista, reflexiona alrededor de la integración de la siguiente manera: un “rasgo fundamental es que la soberanía estatal permanece intacta en tanto no se produzca una eventual transformación de la Unión en un «Estado-fusión» geo-regional. Pues la

¹⁸¹ Rodríguez, A., *Integración europea...*, ob. cit., p. 30.

¹⁸² Ibidem.

soberanía, en cuanto atributo dado en el Derecho internacional, es algo absoluto e inseparablemente unido a la estatalidad (...). La *soberanía ilesa* del Estado se muestra como consecuencia necesaria de la confluencia de dos factores: por una parte, la afirmación del Derecho internacional público en su idea de la exclusividad de la soberanía territorial del Estado y, por otra, el concepto de la no estatalidad de la Unión supranacional en cuanto forma de organización transitoria. En virtud de su soberanía inviolable, el Estado conserva, a pesar de todas las transferencias de derechos de soberanía, un poder público ilimitado. No pierde el control sobre todo el poder público que influye en su territorio (...). Los actos de soberanía interpuestos contra el tratado son válidos jurídicamente; los actos de poder público de la Unión en los cuales el Estado, violando el tratado, deniega todo efecto interno, pierden sobre su territorio su fuerza obligatoria”¹⁸³.

Como puede verse, la visión recién transcrita niega toda trascendencia a la capacidad que tiene el Derecho comunitario de obligar más allá de una pretendidamente libre, soberana, capacidad de aceptación o rechazo de las medidas comunitarias. Niega con ello el propio carácter jurídico de las disposiciones de Derecho comunitario por cuanto sólo a partir de su aceptación interna podemos hablar realmente de una norma con capacidad de obligar.

No parece que sea necesario tener que detenerse en exceso en la incapacidad de tal visión para comprender en su total dimensión las implicaciones jurídicas de la integración. ¿Realmente puede afirmarse que el Derecho comunitario sólo obliga a partir de su aceptación puntual por parte de los Estados, que en cualquier momento pueden crear normativa válida contraria a las previsiones comunitarias?

Tal planteamiento, en realidad, lo que hace es defender que en circunstancias excepcionales puede llegar a suceder que un Estado incumpla el Derecho comunitario evitando su aplicación, y partir de ahí se intenta derivar una conclusión general sobre el carácter subordinado del ordenamiento comunitario, que debe su juridicidad al sistema jurídico de los Estados. Sin duda, dicha visión recuerda con fuerza a la excepcionalidad schmittiana y, al hacerlo, olvida la juridicidad que guía el normal desarrollo de las relaciones interordinamentales, realidad a la que ya nos hemos referido.

¹⁸³ Schmitz, T., *Integration in der Supranationalen...*, ob. cit., páginas 8 y 9.

2.2.3 Los paralelismos con el debate iusinternacional: el *consensus gentium* como condición de juridicidad

En último término, nos hallamos, pese a las diferencias, en una discusión en parte coincidente con la que versa sobre la juridicidad del Derecho internacional, pues en ella también se discute cuál ha de ser la posición del Estado respecto de dicha juridicidad. Para quienes niegan la autonomía del orden internacional, la juridicidad autónoma de un sistema normativo viene dada por la existencia de un ente político, el Estado, que ostenta el monopolio de la coacción física, aspecto que, en último extremo, debe poder asegurar el cumplimiento de las obligaciones que de la normativa aplicable se deriven¹⁸⁴. El planteamiento de Schmitz y en general de los posicionamientos del monismo estatalista parten de la misma convicción.

Frente a dicho planteamiento, la doctrina internacionalista propone otro fundamento para la consideración normativa o jurídica del Derecho: “en última instancia, esta aproximación normativa deriva de la efectividad y eficacia del ordenamiento internacional, es decir, del hecho de que los sujetos componentes del sistema conformen su comportamiento a las normas del ordenamiento. Porque, a fin de cuentas, «la existencia de un ordenamiento jurídico se identifica con su validez, y ésta depende de su eficacia»”¹⁸⁵.

De ahí no se deduce necesariamente que deban dejarse de lado las condiciones formales que determinan la validez de una determinada norma, pues precisamente en el cumplimiento de dichas condiciones se halla uno de los requisitos fundamentales para la efectividad de la norma (su valor para ser real y generalmente aplicada) y de ahí su eficacia (consecución de los objetivos buscados).

Como sabemos, en el caso del Derecho internacional, a diferencia del Derecho comunitario, por regla general sólo es posible que surja una norma internacional mediando

¹⁸⁴ “Recht ist der Inbegriff der in einem Staat geltenden Zwangsnormen” (“el Derecho es el conjunto de las normas coactivas vigentes en un Estado”). Ihering, R., *Der Zweck im Recht*, vol. I, Leipzig, 1877, p. 320. Según cita de Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, F. Torres, Valencia, 1980, p. 337.

¹⁸⁵ Jiménez Piernas, C., en su capítulo sobre “El concepto de Derecho Internacional Público (II)”, dentro de Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, (Tomo I), Tecnos, Madrid, 1991, p. 80.

el previo consentimiento del Estado individualmente considerado. Ahora bien, a partir de ahí se pueden dar procesos normativos en los que el consentimiento individual del Estado venga “seguido más tarde por una suma suficiente de consentimientos individuales de los Estados participantes en ese proceso en tanto que prueba de la presencia de un *consensus generalis* o acuerdo general del grupo de Estados interesados (...)", de modo que, finalmente, “el fundamento de la validez del Derecho internacional puede establecerse a partir de esa noción de *consensus*”¹⁸⁶.

Es ahí donde debe hallarse la juridicidad: los mecanismos formales de validez otorgan a la norma resultante carácter jurídico por cuanto son condicionantes de la efectividad y la eficacia de una norma cuya naturaleza coercitiva no es que no exista, sino que no se halla centralizada, como en su día señalara Kelsen¹⁸⁷.

Esa tutela descentralizada la identifica Jiménez Piernas con los planteamientos de la Sociología del Derecho weberiana, por “la trascendencia que guarda para el Derecho internacional su inclinación por entender el orden jurídico en su eficacia empírica, de modo que no se sienta la obediencia a dicho orden como obligación jurídica principalmente, sino también por razones de conveniencia o por otras condiciones materiales, es decir, *por un complejo de motivaciones efectivas de comportamiento que convierte el Derecho en un orden con ciertas garantías sobre su probable efectividad y eficacia, más que en un catálogo lógico formal de normas de obligado cumplimiento en cuanto tales y en razón de sí mismas*”¹⁸⁸.

La cita que se incluye es de Lumia, G., *Principios de teoría e ideología del derecho*, Barcelona, 1982, páginas 67 y 68.

¹⁸⁶ Ibídem, páginas 81 y 82.

¹⁸⁷ Kelsen, H., *Principios de Derecho Internacional Público*, trad. de Hugo Caminos y E. C. Hermida de la 1^a edición inglesa, Buenos Aires, 1965, páginas 343 y 344, según cita de Jiménez Piernas, C., “El concepto...”, ob. cit., p. 83.

¹⁸⁸ Ibídem, p. 84. El autor, partiendo de Weber, añade que “por tanto, no es requisito imprescindible del Derecho así concebido el que todos los sujetos que estén de acuerdo sobre el carácter normativo de una conducta vivan siempre de acuerdo con el precepto sino su *relativa eficacia*, ya que lo que realmente cuenta es la orientación de la acción más que un resultado concreto y puntual. Tampoco es imprescindible que su contenido esté garantizado por la fuerza o por la expectativa de la coacción física, al margen del tipo ideal (...) que se corresponde con el modelo de ordenamiento interno”. La cita, recogida por Jiménez Piernas, se halla en Weber, M., *Economía y sociedad*, 2^a edición en español, trad. de J. Medina Echevarría y otros, México 1979, páginas 252 y 253. La primera edición en español es del Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

En este sentido, Jiménez Piernas señala que “no debe magnificarse, por tanto, el problema de la ausencia en el Derecho internacional de un sistema centralizado de sanciones (...); en fin, no cabe confundir la patología del Derecho (sus infracciones y las sanciones frente a ellas), con el propio Derecho, es decir, con los fundamentos de su validez o su fuerza obligatoria”¹⁸⁹. Con ello, en cierta forma, se remarcaría la necesidad, antes apuntada, de rechazar la excepcionalidad schmittiana a la hora de analizar la dimensión jurídica de una determinada normativa.

Finalmente, el mismo autor vuelve a la noción de *consensus* como fundamento de la juridicidad del Derecho internacional, entendido, *prima facie*, como “cierta conciencia de obligatoriedad de determinadas formas habituales de actuar”¹⁹⁰. En términos más explícitos, “la validez del orden internacional se fundamenta en lo que denominamos el *consensus* de su base social, entendido como el conjunto de intereses y convicciones generales del grupo social internacional a los que se adhieren o aceptan los actores y sujetos que lo forman y que conduce necesariamente al cumplimiento probable de pautas habituales de comportamiento en el seno de dicho grupo. Por tanto la efectividad y eficacia de las reglas jurídicas que ordenen las relaciones en el seno de dicho grupo radicará en última instancia en ese tácito *consensus gentium*, que no debe interpretarse como un acuerdo unánime (de todos los actores y sujetos), sino general (del grupo social en su conjunto)”¹⁹¹.

Pues bien, incluso poniendo en duda que en el Derecho internacional se halle un *consensus gentium* de intensidad suficiente como para poder sustentar la juridicidad autónoma de sus previsiones, lo realmente trascendente es que la discusión se haya trasladado a la cuestión de la intensidad necesaria para poder identificar unas pautas habituales de comportamiento que manifiesten la existencia de previsiones normativas de carácter jurídico.

Y si la discusión está en el terreno de la gradación de la intensidad, no habrá problema en reconocer que la intensidad de tal *consensus* es muy elevada por lo que al

¹⁸⁹ Jiménez Piernas, C., “El concepto...”, ob. cit., p. 84.

¹⁹⁰ Weber, M., *Economía...*, ob. cit., p. 251 (según cita de Jiménez Piernas).

¹⁹¹ Jiménez Piernas, C., “El concepto...”, ob. cit., p. 85, citando a Weber, M., *Economía...*, ob. cit., p. 270.

Derecho comunitario se refiere, y de ahí puede sustentarse no sólo la juridicidad de dicho ordenamiento, sino la fundamentación autónoma de tal juridicidad.

Acudiendo de nuevo a la terminología empleada por Weiler, la sensible reducción del *Exit* de los Estados, hay que explicarla no sólo por el aumento del *Voice*, sino por otros factores que en su conjunto vienen a situarnos ante un ordenamiento cuyo nivel de cumplimiento es muy elevado. Tales factores permiten salir de la perplejidad que manifestaba Weiler cuando comprobaba cómo tras el AUE el sensible descenso del *Voice* no se había traducido en un equivalente aumento del *Exit*. Y es precisamente la ruptura del binomio *Exit-Voice* lo que nos acaba de poner de manifiesto la *emancipación* del orden comunitario.

Sin olvidar la importancia del reacomodo que pueda haber supuesto el incremento de ámbitos de intergubernamentalidad, así como la incorporación del principio de subsidiariedad, lo cierto es que la normatividad comunitaria cuenta con una serie de anclajes que superan la mera cobertura ofrecida a su normativa por los distintos Estados y sus ordenamientos. A partir de los mismos, a estas alturas, y de nuevo reclamando la necesidad de adoptar una perspectiva estática del fenómeno comunitario, podemos hablar de autonomía ordinamental, autonomía desde la que se fundamenta la interrelación que hemos venido describiendo.

En el Derecho comunitario, cuyo origen iusinternacional no puede perderse de vista, entre otras razones porque algunos de sus caracteres se siguen explicando a partir del mismo, esa noción de *consensus* se halla reforzada por diversos agentes, entre los que cabe aludir al carácter regional de la organización comunitaria, así como la presencia de una serie de importantes intereses económicos.

Así, por retomar un ejemplo que ya fuera expuesto, en el asunto *Factortame*, el acatamiento del Gobierno británico a la decisión del TJ, mediante la que se impedía la aplicación de la normativa interna protectora de los intereses de los buques pesqueros nacionales, se debe, entre otras cosas, a las negativas consecuencias económicas que se hubiesen derivado para Gran Bretaña del incumplimiento de la norma comunitaria.

Sin duda, los factores de tipo económico adquieren una gran importancia. En primer lugar, porque una hipotética salida de la Comunidad les supondría a los Estados perjuicios que no parecen dispuestos a asumir, aspecto que debe además contextualizarse

conveniente en el marco actual de globalización económica, según ya conocemos. En segundo lugar, porque el propio ordenamiento comunitario cuenta con un sistema sancionador que permite la imposición de multas por incumplimiento. No es ahora el mejor momento para ahondar en su funcionamiento, pero de todos modos es necesario recordar la importancia de la introducción por medio del Tratado de Maastricht de la posibilidad de imposición de multas coercitivas o sanciones pecuniarias a los Estados por inejecución de sentencias por incumplimiento del TJ, pese a su naturaleza declarativa (art. 228.2 TCE).

El resabio internacionalista de dicha previsión, así como las numerosas dudas que genera la parquedad del precepto junto con la complejidad de la cuestión misma¹⁹², no han sido impedimento para que la medida referida, a partir de la actividad fiscalizadora de la Comisión, haya venido a reforzar el cumplimiento del Derecho comunitario, sin necesidad incluso de acudir al pronunciamiento del TJ¹⁹³.

Es cierto que no puede olvidarse el hecho de que la intervención de la Comisión en el proceso sancionador dota al procedimiento de una indudable dimensión política pues en función de las circunstancias puede optar por no instar dicho procedimiento con el objetivo de favorecer una salida no contenciosa, o incluso por consideraciones más generales entre las que no hay que descartar las referidas al peso específico del Estado de que se trate en el conjunto de la Comunidad¹⁹⁴. Pero de nuevo se trata de confirmar que, al margen de no

¹⁹² El Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer así lo pone de manifiesto en el apartado primero de sus Conclusiones previas a la Sentencia de 4 de julio de 2000 (*Anastasiou*, asunto C-219/98, Rec. 2000, p. I-5241), en las que sostiene que entre tales interrogantes “destacan los relativos a la naturaleza de las sanciones, a su posible alcance retroactivo y sus límites y a las facultades respectivas del Tribunal y de la Comisión en relación con la fijación del tipo y de la cuantía de la sanción por no citar más que los principales”. Según cita de Andrés Sáenz de Santa María, P., “Primera multa coercitiva a un Estado miembros por inejecución de sentencia (comentario a la STJCE de 4 de julio de 2000, Comisión c. Grecia)”, *RDCE*, núm. 8, 2000, p. 496 (páginas 493 a 518). En este artículo la autora aborda el análisis de cómo el TJ se encarga de resolver cuatro de las principales dudas: el problema del ámbito temporal de aplicación del precepto; las pautas para comprobar si persiste la inejecución de la sentencia declarativa del incumplimiento; las facultades de la Comisión y del Tribunal en la aplicación del precepto; la elección del tipo de sanción y los criterios para determinar su cuantía.

¹⁹³ Así lo ha puesto de manifiesto la propia Comisión en su *Decimosexto Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (1998)*, COM, (1999), 301, Bruselas, 9 de julio de 1999, p. 10, donde señala que “la eficacia del mecanismo se confirma, puesto que la mayoría de las decisiones de recurso condujeron al Estado miembro interesado a ajustarse rápidamente al Derecho comunitario, bien antes incluso de la presentación de la solicitud ante el Tribunal, bien con posterioridad a la misma”. La cita viene recogida por Andrés Sáenz de Santa María, “Primera multa...”, ob. cit., p. 495.

poder contar con un modelo de ordenamiento jurídico que responda fidedignamente al ideal estatal, en el que, todo hay que decirlo, no siempre la aplicación del Derecho queda a salvo de consideraciones de tipo político, nos hallamos con un ordenamiento con capacidad propia para asegurar de modo general su cumplimiento.

Ahora bien, el ordenamiento comunitario no responde sin más a las pautas de la normativa internacional, y los intereses económicos, incluso enmarcados en un sistema sancionador específico, no son capaces de explicar su posición de (inter)relación con los ordenamientos estatales.

2.2.4 El carácter innecesario del respaldo coactivo como condición de juridicidad autónoma

2.2.4.1 Introducción

Incluso estando de acuerdo con que la nota referida de *consensus* constituya elemento suficiente para fundamentar la juridicidad de un orden normativo, y que el problema deba hallarse en la intensidad que dicho *consensus* consiga reunir, más problemas nos encontramos cuando además queremos fundamentar su autónoma juridicidad, esto es, no derivada, no subordinada a otro orden normativo. Como sabemos, es esa la verdadera discusión en el terreno comunitario.

De nuevo nos chocamos con los argumentos del monismo estatalista: aunque exista un *consensus* que garantice la eficacia de la norma, para poder estar ante un orden jurídico de carácter autónomo sigue siendo necesario el respaldo coactivo centralizado.

De nuevo Aláez Corral nos sirve para ejemplificar este posicionamiento. Así es, por un lado el autor parte de la necesidad de vincular el carácter prescriptivo de las normas

¹⁹⁴ En este sentido, Díaz Hochleitner considera que no existe limitación jurídica a la discrecionalidad de la Comisión aunque ello no equivale a ausencia de control entendiendo que “la transparencia de la Comisión en su actuación, así como el reforzamiento del control político por el Parlamento europeo parecen tener las claves”. Díaz Hochleitner, J., “La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros”, *RIE*, núm. 3, 1993, páginas 895 y 896 (páginas 837 a 896). En este artículo, aborda el autor un estudio detenido de distintos aspectos del precepto introducido por el TUE calificándolo como reforma “poco audaz”, dada la falta de concreción de aspectos relevantes como la distinción entre multa coercitiva y sanción pecuniaria, la respuesta a eventuales incumplimientos de la sanción impuesta, o los límites a la discrecionalidad de la Comisión

jurídicas al respaldo de la fuerza para asegurar su aplicación, y con ello la imposibilidad de “dejar la efectividad genérica de un ordenamiento –y con ello su validez- al albur de que los sujetos obligados –los Estados miembros- estén dispuestos por razones de política interior o exterior a cumplirlas”¹⁹⁵. Por otro lado, apoya su planteamiento sobre la dependencia del orden jurídico internacional en el hecho de que el mismo “está ciertamente debilitado en su eficacia general hasta el punto que puedan caber serias dudas acerca de si la misma alcanza un punto suficiente para concederle validez”¹⁹⁶.

De ahí deduce que, teniendo en cuenta 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, “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”.

Como puede verse, Aláez Corral separa con claridad entre norma internacional y ordenamiento internacional; mientras que de éste no cabe predicar una eficacia general suficiente, sólo la norma internacional individualmente considerada puede en determinados supuestos alcanzar el nivel mínimo de eficacia necesario para considerar su validez, aunque dicha eficacia se da en cuanto el ordenamiento estatal, apoyado por la posibilidad de la coacción física, convierte en *realidad jurídico-positiva* lo que hasta entonces venía siendo mera *normatividad ideal*.

Pues bien, difícilmente puede discutirse que el ordenamiento jurídico comunitario, si se quiere a diferencia del orden jurídico internacional, en su conjunto atesore sin ningún género de dudas ese nivel mínimo de eficacia necesario (aunque no suficiente) para poder predicar su validez autónoma.

Tenemos ya uno de los elementos exigidos por Aláez Corral, de modo que el siguiente paso para acabar de rebatir que los argumentos referidos puedan ser aplicados al ordenamiento comunitario consistiría o bien en hallar el respaldo de un poder coactivo propio que en último extremo garantice el cumplimiento de su normativa, o bien en

¹⁹⁵ Aláez Corral, B., “Soberanía constitucional...”, ob. cit., p. 522.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 525.

demonstrar el carácter innecesario de tal exigencia. Dada la ausencia de dicho respaldo, tal y como se ha anunciado se intentará la segunda opción.

2.2.4.2 La *regla de reconocimiento* hartiana

Frente a la teoría tradicional representada por autores como Ihering o Austin, la posibilidad de negar la necesidad de contar con dicho respaldo para considerar la juridicidad autónoma de un ordenamiento, ha sido defendida por un sector doctrinal de relevancia. Como ha recogido Bobbio, tal planteamiento se ha venido formulando a partir de tres tipos de objeciones distintas: a) la general observancia espontánea de las normas; b) la existencia en todo ordenamiento jurídico de normas sin sanción; c) el proceso al infinito (si una norma es jurídica porque está sancionada, también la norma que regula la sanción, para ser jurídica, debe estar sancionada, y así sucesivamente). Más brevemente, “los tres argumentos discuten, respectivamente, la *necesidad*, la *existencia* y la *posibilidad* de la coacción”¹⁹⁷.

Entre los autores que defienden tal rechazo debemos destacar a Hart¹⁹⁸, quien insiste en la necesidad de partir de la existencia de normas sin sanción cuando señala que al margen de las leyes penales, que ciertamente son las que más se parecen a órdenes respaldadas por amenazas, “hay otras variedades de normas, principalmente aquellas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar (potestades públicas) o para crear o modificar relaciones jurídicas (potestades privadas), que no pueden, sin caer en el absurdo, ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenazas”¹⁹⁹.

A partir de ahí, Hart considera que “argumentar que el derecho internacional no es obligatorio por la falta de sanciones organizadas, es aceptar en forma tácita el análisis de la obligación contenido en la teoría de que el derecho es esencialmente una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas. Esta teoría (...) identifica «tener obligación» o «estar obligado», con la probabilidad de «sufrir la sanción o el castigo con que se amenaza para el

¹⁹⁷ Bobbio, N., *Contribución...*, ob. cit., páginas 337 y 338.

¹⁹⁸ Una sencilla aproximación a la aportación teórica de Hart se halla en Moreso, J. J., “La teoría del dret de H. L. A. Hart (Herbert versus Hèrcules)”, *ICPS Working Papers*, núm. 14, 1990.

caso de desobediencia». Sin embargo (...) esta identificación desfigura el papel que en todo el pensamiento y discurso jurídico desempeñan las ideas de obligación y deber”²⁰⁰. Según el mismo autor, “tanto en el pensamiento como en el lenguaje, lo que estas reglas (internacionales) prescriben aparece como obligatorio; hay presión general para que las reglas sean acatadas; las pretensiones y los reconocimientos se basan en ellas, y se considera que su violación justifica no sólo insistentes demandas de compensación, sino represalias y contramedidas. Cuando se hace caso omiso de las reglas no es sobre la base de que no son obligatorias”²⁰¹.

Uno de los puntos de partida de la teoría de Hart consiste en rechazar el planteamiento austiniano que ve el elemento clave de la juridicidad en la existencia de un poder soberano que asegura un hábito general de obediencia (junto con el carácter continuo de la autoridad y la persistencia de las normas).

Muy brevemente merece la pena recordar los aspectos esenciales de la teoría de Hart. Según este autor, hay que distinguir entre dos tipos de reglas, las reglas primarias, que son las que prescriben a las personas que hagan u omitan ciertas conductas, y las reglas secundarias, que establecen la posibilidad de “introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación”²⁰². Frente a la mera existencia de reglas primarias, sólo concebible en una pequeña comunidad aislada, lo verdaderamente importante es la presencia de las reglas secundarias, pues vienen la falta de certeza, el carácter estático y la insuficiencia de la presión social dirigida a asegurar el cumplimiento de las normas, aspecto todos ellos fundamentales para la consideración jurídica de un determinado conjunto de normas.

¹⁹⁹ Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 99.

²⁰⁰ Ibídem, p. 268.

²⁰¹ Ibídem, p. 271. Por otra parte, el mismo autor rechaza la argumentación de quienes sostienen que las normas internacionales son válidas y se aplican en cuanto los Estados las aceptan, en cuanto los Estados desde su soberanía se autoimponen obligaciones, señalando la distinción entre Derecho internacional convencional y Derecho internacional general. En este sentido, pone como ejemplo a los Estados nuevos o independientes que desde el momento de su surgimiento adquieren, por el hecho de ser sujetos de Derecho internacional, obligaciones internacionales. Ibídem, páginas 278 y 279.

²⁰² Hart, H. L. A., *El concepto...*, ob. cit., p. 101.

El remedio a la falta de certeza consiste en la “regla de reconocimiento” (*rule of recognition*), regla encargada de indicar las características que otorgan a las normas su carácter de pertenencia al sistema. El remedio para la cualidad estática del régimen de reglas primarias, consiste en la introducción de las “reglas de cambio”, mediante las que, en estrecha conexión con las reglas de reconocimiento, se faculta a un individuo o colectivo de personas a introducir nuevas reglas primarias o dejar sin efecto reglas anteriores. El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la referida insuficiencia de la presión social difusa, son las “reglas de adjudicación”, que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. La conexión de esta regla con la de reconocimiento resulta también evidente²⁰³.

Pues bien, a partir de tales planteamientos de partida, Hart sostiene que se puede hablar de la existencia de un sistema jurídico “cuando se acepta y se utiliza una regla secundaria de reconocimiento para la identificación de reglas primarias de obligación (...). Dondequiera se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación”²⁰⁴. Añade el autor que “en la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos”. Y que “quienes las usan de esta manera identifican así su propia aceptación de ellas en cuanto reglas orientadoras”²⁰⁵.

Ante la objeción del argumento sobre el proceso al infinito (que también se plantea respecto de la teoría tradicional que identifica juridicidad con coacción, validez con sanción), Hart no se esconde al reconocer que “no puede presentarse una cuestión de este tipo respecto de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de

²⁰³ Ibídem, páginas 113 a 123.

²⁰⁴ Ibídem, p. 125.

²⁰⁵ Ibídem, páginas 126 y 127.

esta manera”²⁰⁶. De esta manera, “la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”²⁰⁷. De todo ello, deduce Hart que “la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho” (razón por la cual el autor considera que también puede ser considerada como “derecho”)²⁰⁸.

Quizás el elemento clave del planteamiento hartiano se halle en la distinción que se realiza entre las distintas motivaciones que pueden llevar a un ciudadano a cumplir una regla primaria (temor a sus consecuencias, inercia, aceptación) y lo que motiva la actitud de los jueces frente a las reglas que ellos manejan al actuar como tales. “Esto es más patente respecto de la regla de reconocimiento última (...). Para que ella exista de alguna manera tiene que ser considerada desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta. Si bien los tribunales del sistema pueden, en ocasiones, apartarse de estas reglas, en general tienen que apreciar críticamente tales desviaciones como fallas frente a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes y públicos. Esto no es simplemente una cuestión que hace a la eficacia o vigor del sistema jurídico, sino que es lógicamente una condición necesaria para que podamos hablar de la existencia de *un* sistema jurídico”²⁰⁹.

De ahí llega Hart a la siguiente conclusión: “hay dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y de adjudicación, tienen que ser efectivamente

²⁰⁶ Ibídem, p. 135.

²⁰⁷ Ibídem, p. 137.

²⁰⁸ Ibídem, p. 139.

²⁰⁹ Ibídem, páginas 143 y 144.

aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que necesitan satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno «por su cuenta» y por cualquier motivo (...). La segunda tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema...” en los términos señalados²¹⁰.

Sin duda, la idea de Hart coincide en parte con el concepto de Constitución de Smend, en el sentido de que dicho autor entiende que la propia observancia de la Constitución no está garantizada coactivamente, sino que depende de su eficacia integradora, es decir, de que efectivamente tenga esa capacidad aglutinante que haga que sea respetada por las fuerzas políticas presentes en el Estado²¹¹.

Pese a que partamos de las aportaciones de Hart para explicar la dimensión de la autonomía ordinamental comunitaria, lo cierto es que, apoyándonos en la crítica que de las teorías hartianas ha realizado especialmente el ala británica del *Critical Legal Studies*, debe cuestionarse la rígida separación entre los distintos actores descritos por Hart, y concretamente entre *particulares* y *funcionarios del sistema*. Así es, tal y como han puesto de manifiesto autores como Fitzpatrick, Hart acaba reduciendo el Derecho sólo a aquello que sea considerado como tal por los detentadores de la autoridad política, sin entrar a considerar otras expresiones de juridicidad que pueden desarrollarse al margen de dicha estructura institucional²¹².

²¹⁰ Ibídem, p. 145.

²¹¹ En este sentido, como ha puesto de manifiesto Estévez Araujo, la consecuencia de tal planteamiento es la subordinación del texto constitucional y su interpretación al proceso de integración. La eficacia integradora está por encima de la observancia escrupulosa de las disposiciones constitucionales, con lo que la interpretación constitucional es una actividad que se debe realizar con las miras puestas en el proceso integrador. Estévez Araujo, J. A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994, p. 64.

²¹² Así viene recogido por Casanovas, quien se apoya en Fitzpatrick, P., *The Mythology of Modern Law*, Routledge, Londres, 1992, páginas 3 y 4 y 188 y siguientes. Como señala Casanovas, la visión hartiana se explica en buena medida por referirse a situaciones generales, abstractas, desvinculadas de los casos concretos individuales, opción que adopta Hart dado que su obra se enmarca en un momento en el que el Estado ya es un presupuesto, cosa que le permite imaginar las condiciones generales de desarrollo del Derecho para el tipo de sociedad creada en el Estado de bienestar. Casanovas, P., *Gènesis del pensament jurídic contemporani*, Proa (biblioteca universitària), Barcelona, 1996, páginas 383 y 388. Otro de los autores que ha criticado con contundencia los planteamientos de Hart ha sido Dworkin, quien parte de la distinción entre reglas y principios. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

2.2.4.3 La fundamentación de la autonomía ordinamental comunitaria según MacCormick

Trasladándonos de nuevo al ámbito comunitario, ha sido MacCormick quien de modo más intenso ha recogido el rechazo expresado por Hart a la necesaria vinculación entre poder soberano y hábito general de obediencia, entendiendo que pocos casos como el comunitario son más claros para demostrar la inoperancia de los esquemas de soberanía para resolver los problemas de validez, invalidez, aplicabilidad²¹³.

Huyendo de las perspectivas monistas (*monoculares*), MacCormick acude a la teoría hartiana entendiendo que se trata de una concepción del sistema jurídico basada en criterios de validez abiertos, no limitados a la idea que identifica soberanía con suprema del Derecho.

Lo que propone el autor es tomar los planteamientos de Hart para “escapar de la idea de que el Derecho tiene que estar por fuerza originado en una única fuente de poder, soberana, llegando así a una visión más difusa del Derecho (...). Una visión que permite la posibilidad de que diferentes sistemas se entrecrucen e interaccionen, sin que necesariamente uno se halle subordinado o jerárquicamente inferior al otro o a un tercer sistema”²¹⁴.

A partir del innegable declive del Estado nacional como única estructura político-jurídica vigente, se apostaría por una visión que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas legales sin que tenga que suponer necesariamente una subordinación o jerarquización. Frente al monismo kelseniano, llevado como sabemos incluso al plano internacional donde cierra su concepción sobre la existencia de un sistema jurídico último como todo unitario, MacCormick propone una visión pluralista capaz de mantener una compatibilidad entre sistemas que interactúan mutuamente: “donde existen sistemas en interacción, no resulta necesario ni buscar en uno de ellos la razón última de la validez del otro, ni debemos presuponer una razón común de validez externa a ambos”²¹⁵.

²¹³ MacCormick, N., “Beyond the Sovereign State”, *MLR*, núm. 1, 1993, p. 5 (páginas 1 a 18).

²¹⁴ Ibídem, p. 8.

²¹⁵ Ibídem, p. 9.

Afirma el mismo autor que “la soberanía, si es que existe, no surge como consecuencia necesaria del hecho de que tengamos Derecho”²¹⁶.

De esta manera se respondería a quienes, pese a las evidencias, sostienen sin fisuras que “si dos o más sistemas normativos (...) se presuponen simultáneamente 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”²¹⁷.

Hay que romper pues con la idea que entiende la soberanía como cuestión fáctica previa que explica la presencia del poder normativo. Esa es la visión austiniana, que subraya la vertiente política de la idea de soberanía entendiendo que allí donde no hay soberano no puede haber Derecho, que el ejercicio de un poder normativo está siempre condicionado por la posesión del poder a secas. En frente se halla la perspectiva de autores que como Dicey destacan la vertiente jurídica de soberanía, a partir del convencimiento de que la esencia no es el poder sino el propio orden normativo y que el tipo de poder que presupone el Derecho es necesariamente un poder normativo²¹⁸.

La propuesta de MacCormick trata de hallar el punto medio, la intersección de las dos ideas, objetivo que deviene posible a partir de las concepciones de Hart sobre los caracteres que debe reunir un sistema jurídico. Y se trata, según el mismo autor, de una apuesta que viene exigida por un hecho incontestable: actualmente no existe en la Europa occidental un Estado soberano. En ninguno el poder, legal o político, proviene de fuentes exclusivamente internas, e igualmente la UE no puede reclamar para sí dicha posición. Donde una vez hubo realidades soberanas ahora existe una fusión de diversos centros de poder, a distintos niveles, legislativo, ejecutivo y judicial²¹⁹.

Partiendo pues de los presupuestos a los que tuvimos ocasión de referirnos con mayor detenimiento en el anterior capítulo, MacCormick recoge la idea de la coexistencia

²¹⁶ MacCormick, N., “Beyond...”, ob. cit., p. 10.

²¹⁷ Aláez Corral, “Soberanía constitucional...”, ob. cit., p. 521.

²¹⁸ Ibídem, p. 12. El texto de Dicey empleado por MacCormick es el siguiente: Dicey, A. V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Wade, London, 1964.

de distintos órdenes normativos simultáneos, sobre materias en principio separadas, que cuentan con mecanismos bastante exitosos de prevención y resolución de conflictos, teniendo además en cuenta, como ya tuvimos ocasión de insistir, que el juego de la integración comunitaria no produce un efecto de suma cero. Con ello, afirma el autor que “realmente podemos pensar en un mundo en el cual nuestra existencia normativa está anclada en diversos sistemas institucionales. Cada uno de los cuales tiene sus propios criterios de validez sin ser ninguno superior al resto y todos ellos pueden operar sin serios conflictos en áreas de yuxtaposición (...). Todo ello depende en gran medida de la voluntad de cooperación y mucho menos en la capacidad coercitiva al menos en sus formas directas y desnudas. Ello crearía un espacio para un debate real y serio sobre las demandas de subsidiariedad”²²⁰.

Aunque la propuesta de MacCormick vaya en la línea de fundamentar la autonomía del ordenamiento comunitario, con lo que de ella podemos extraer una buena base para ubicar la interrelación ordinamental en los términos que han sido descritos en el anterior apartado, lo cierto es que el propio autor se muestra a veces dubitativo sobre si el actual desarrollo del ordenamiento comunitario permite realmente apostar del todo por la visión pluralista. Así, no deja de reconocer que “los ciudadanos, al menos por el momento, están más capacitados para aceptar las decisiones comunitarias como una cuestión de lealtad a las autoridades nacionales”, y que “las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad sobre la validez de los actos pueden coincidir o no con los criterios internos y no por eso hay que hablar de criterios incompatibles, *siempre y cuando no se haga efectiva la posibilidad que el propio sistema tiene para separarse unilateralmente de la decisión*”²²¹.

Dichas alusiones recuerdan en parte a aquel análisis dinámico del proceso de integración que identifica algunos de sus caracteres como resultado inevitable del momento de transición en el que nos hallamos, y que a partir de ahí rehuye del necesario análisis estático que permita responder si existen razones jurídicas que expliquen por qué no se hace efectiva esa posible salida unilateral, si el Derecho tiene algo que ver en ello, o si, por el contrario, se trata de una cuestión de naturaleza puramente política.

²¹⁹ Ibídem, p. 16.

²²⁰ Ibídem, p. 17.

De hecho, en otro lugar, el mismo autor, tras comprobar que la competencia interpretativa es una atribución del más alto tribunal de cualquier sistema normativo, por lo que tanto se refiere al TC como al TJ, llega a la conclusión de que “la aceptación de una concepción pluralista de los sistemas jurídicos conlleva el reconocimiento de que no todos los problemas jurídicos pueden ser solucionados jurídicamente”. Ahora bien, dicha conclusión, que completa afirmando que “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”²²², no debe ser llevada más allá de su propio contexto ya que, como sabemos, cualquier concepción del Derecho, incluso las más aferradas al monismo positivista, debe acabar reconociendo tal aseveración. En este sentido, el propio MacCormick se encarga de aportar argumentaciones jurídicas que pueden resolver parte de las dudas planteadas por las apuestas pluralistas.

De nuevo en clara referencia a tesis hartianas, el autor que venimos citando pone de manifiesto que el hecho de “que la ley sea un orden normativo institucional implica, por una parte, la existencia de instituciones con poderes para la elaboración de leyes, o aplicarlas, y eso depende de la existencia de normas de competencia que deben ser ellas mismas consideradas como elementos del sistema; por otra parte, la función de esas instituciones es la de determinar o interpretar o defender las leyes que conforman el sistema”. A partir de ahí, “se puede decir que las leyes hacen a las instituciones y viceversa; los sistemas jurídicos modernos se muestran, por paradójico que pueda parecer, como autorreferenciales”²²³.

2.2.4.4. El reconocimiento mutuo de la recíproca autonomía: la recíproca *apertura cognitiva* de los sistemas

²²¹ Ibídem, páginas 5 y 8 (la cursiva de la segunda cita es añadida).

²²² MacCormick, N., “La sentencia Maastricht...”, ob. cit., p. 27.

²²³ Ibídem. A continuación, señala al autor que “el carácter autorreferencial, o parcialmente autorreferencial, de un sistema jurídico ha sido asociado en trabajos recientes de Luhmann, Teubner, y otros autores de su escuela con la idea de *autopoiesis*, la idea del sistema como autogenerador y regenerativo, que transforma la información recibida en los propios términos del sistema antes de absorberla. Esto parece un tanto exagerado, pero la idea es sugerente”. A continuación nos referiremos a ello.

¿Cuál es pues la clave de lo que venimos persiguiendo? La clave se halla en poder fundamentar la consideración de las normas de competencia del sistema comunitario como normas de dicho sistema. Más allá de los conflictos que puedan derivarse de la afectación por parte de normativa comunitaria de los derechos fundamentales recogidos en las distintas Constituciones y en el CEDH, el verdadero centro de discusión no es otro que el de la *Kompetenz-Kompetenz*, como ya ha sido apuntado con anterioridad.

Pues bien, como también ha sido puesto de manifiesto, desde aquí se intenta poder llegar a fundamentar que es posible encontrar un modelo explicativo que no trate por todos los medios de situar quién tiene la última palabra, entendiendo que la interrelación desde la pluralidad evita tener que hacerse esa pregunta. Esa es la verdadera clave del planteamiento pluralista.

Y es ahí donde la teoría hartiana desempeña su papel más importante. Como sabemos, el esquema de relaciones interordinamentales que surge del proceso de integración parte de la trasferencia competencial y a la vez de la dependencia de la normativa comunitaria respecto de las instituciones estatales no sólo en el proceso de conformación de la decisión comunitaria sino en su propia aplicación y efectividad: el Derecho comunitario presupone y reconoce la validez de los sistemas jurídicos estatales.

Paralelamente, la integración de los Estados en la Comunidad implica el reconocimiento del Derecho comunitario como Derecho vigente y directamente aplicable en el propio territorio. Pero, como sabemos, se trata de un reconocimiento mutuo, cuyo análisis nos ha de llevar a la noción de reglas secundarias utilizada por Hart y especialmente a la denominada *regla de reconocimiento*, pues es la que determina los criterios de validez de las normas. Pues bien, dicho reconocimiento mutuo se sitúa en la base de la interacción ordinamental, pues nos remite a la coexistencia de dos sistemas que entre sus *reglas de reconocimiento* incorporan el reconocimiento de las reglas del otro sistema, valga el baile de palabras. Se explica así la interrelación ordinamental que hemos podido ejemplificar con asuntos como *Factortame* o *Van Schindjel*.

Rescatando la autorreferencialidad recién apuntada por MacCormick (aunque con matices) como elemento característico de cualquier sistema jurídico, podemos ver cómo la relación interordinamental que venimos describiendo puede ajustarse también a las nociones

empleadas por Luhmann²²⁴. La tesis de este autor es conocida y consiste, de manera sencilla, en la idea de que los ordenamientos jurídicos modernos deben ser entendidos como sistemas operativos cerrados, esto es, capaces de crear normativa solamente a partir de sus propias reglas, y es precisamente esta capacidad de autogeneración lo que les permite distinguirse del medio que les rodea y cumplir su función ordenadora.

La estructura que permite dicho proceso se explica en términos no muy distintos a los empleados por Hart. Para Luhmann, es necesario distinguir entre las “decisiones de programación” (*programmierendes Entscheidung*), de las “decisiones programadas” (*programmiertes Enstcheidung*): las primeras son las responsables de dotar al sistema de un código binario por medio del cual se distingue las normas pertenecientes al sistema de las que no lo son (cadena de validez); las segundas vienen a proporcionar un contenido secundario a dicho código. Como puede verse, las “decisiones de programación” constituyen la norma suprema, la regla de reconocimiento última encargada de romper el círculo vicioso, el proceso *ad infinitum*.

Pues bien, para no alargarnos, de nuevo podemos considerar que los sistemas comunitario y estatales tienen capacidad de comprender recíprocamente sus respectivas “decisiones de programación”, y es esa comprensión recíproca la que explica la dinámica de la interrelación.

Podría decirse que con ello se rompe la autorreferencialidad proclamada por Luhmann, aunque es posible sostener que en realidad lo que sucede, empleando la terminología del mismo autor, es que la *apertura cognitiva del sistema*²²⁵, necesaria para poder incidir en el medio, lleva a cada uno de ellos a interiorizar, desde la respectiva autonomía, las reglas programadoras del otro. Por ello, y esta es una cuestión sobre la que más adelante se habrá de volver, pese a que pueda parecer que existe una ruptura de la unidad ordinamental, lo cierto es que en realidad la unidad se mantiene aunque entendida no como exclusividad (soberanía ordinamental) sino como autonomía.

Nos vamos acercando así, a través de senderos jurídicos, a la esencia de la interrelación que describimos en el anterior apartado.

²²⁴ Luhmann, N., *Das Recht der Gesellschaft*, ob. cit., páginas 41,42,134 y 135.

²²⁵ Ibidem, p. 77

2.2.4.5 ¿Autonomía ordinamental sin legitimidad propia (no derivada)?

Las tesis de Hart, que como veremos no son capaces de desvelar todos los interrogantes jurídicos de la relación interordinamental que la integración comporta, nos sirven para hallar el camino de la desvinculación de los planteamientos que siguen aferrados a la idea de soberanía. Como ya se indicó, uno de los elementos principales de la propuesta hartiana, al menos por lo que a nuestro ámbito de análisis se refiere, se encuentra en la distinción entre las diferentes motivaciones que pueden llevar a un ciudadano a cumplir una regla primaria y lo que motiva la actitud de los jueces frente a las reglas secundarias. Así, finalmente, en el centro de la existencia de un sistema jurídico se sitúa una cuestión fáctica: el hecho de la aceptación por parte de jueces y funcionarios de la regla de reconocimiento última. De algún modo llegamos con ello a la relación entre validez y eficacia a la que aludía Aláez Corral situando la segunda como condición necesaria pero no suficiente respecto de la primera.

Pero, ¿cuál es el elemento que falta? ¿Basta con comprobar la aceptación de jueces y funcionarios de la regla de reconocimiento última o es necesario seguir indagando para hallar el anclaje en el que se sujeta dicha aceptación?

Debemos seguir indagando, y hacerlo a partir del convencimiento en la posibilidad de hallar una respuesta jurídica a una dinámica de relaciones interordinamentales que, al menos en su desarrollo práctico, no viene regida por la primacía de uno de los ordenamientos sobre el otro, sino que, como se ha comprobado, comporta una interrelación cuya intensidad nos fuerza a pensar en términos de autonomía de los ordenamientos en presencia.

Es importante remarcar el hecho de la intensidad de la interrelación, pues, como ha puesto de manifiesto Romano en su construcción de la noción de institución, “también la determinación unilateral de un ordenamiento puede ser título para que sobre él influya el contenido de otro ordenamiento, ya sea independiente, ya esté sometido a aquél”²²⁶.

²²⁶ Dicho autor pone como ejemplo la relación entre el Derecho estatal y el Derecho municipal, señalando que “así como el derecho del Estado es relevante en relación con el contenido del derecho municipal a causa de su superioridad, también este último puede influir recíprocamente sobre aquél por efecto de las mismas

Ahora bien, esa autonomía, que evoca la autorreferencialidad aludida, no es plena. El propio MacCormick reconoce que se trata de una autorreferencialidad parcial, ya que en realidad la existencia institucional “es sólo *en parte* dependiente de sus propias normas; también depende por lo menos en alguna medida de la eficacia; y esto requiere una combinación de las dos cosas siguientes: legitimidad a los ojos de aquellos a quienes regulan las normas putativas del sistema; y poder o influencia sobre la conducta de los seres humanos a quienes se dirigen las normas”²²⁷.

De esta manera llegamos a la cuestión realmente capital de todo el debate: la discusión sobre la legitimidad. En un capítulo anterior, al hilo del debate en torno a la noción de soberanía ya tuvimos ocasión de concluir que en realidad el verdadero terreno de discusión no es el de la soberanía sino el de la legitimidad. Ahora recuperamos lo que entonces se dijo sobre la necesidad de comprender la centralidad que en nuestra argumentación tiene dejar de acudir a la noción de soberanía (estatal) para ocuparse de la cuestión de la legitimidad. Según vimos, en la sentencia *Maastricht*, a diferencia de otros supuestos, sí que existía una clara conciencia de que lo que está en juego atañe en último extremo a la legitimidad del poder comunitario, pero sucede que aun siendo así el TCF prefería seguir recurriendo a la noción de soberanía estatal como concepto que presupone quién es el detentador de la legitimidad popular.

Como vemos, partimos ahora de la separación radical entre una cosa y otra ya que el debate sobre la legitimidad se centra de manera abstracta en el plano de lo ordinamental, sin necesidad de vincularlo a un contexto jurídico concreto como es el estatal.

Las consideraciones de MacCormick relacionan eficacia con legitimidad del ordenamiento frente a quienes lo aplican y con capacidad de influencia sobre la conducta de los ciudadanos. Es decir, acudiendo a la terminología hartiana, la legitimidad se vincula al plano de las reglas secundarias mientras que en el de las primarias bastaría con que se diera esa capacidad de influencia. Ahora bien, no resulta posible disociar de tal modo

disposiciones estatales. Así sucede que, dada la posición que tienen tanto los Municipios como también otros entes autárquicos, de entes subsidiarios del estado, aprovechándose de la existencia y actividad de estos entes, se evita el constituir órganos propios e inmediatos para el ejercicio de funciones que son desarrolladas, aun en interés del mismo Estado, por aquellos entes. Tenemos, pues, que la autarquía ofrece un ejemplo interesante de influencia recíproca existente entre dos ordenamientos, uno de los cuales, aun dependiendo del otro, actúa sobre este último, dando ocasión así a que pueda configurarse teniendo en cuenta las características de aquél”. Romano, S., *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 273.

capacidad de influencia y legitimidad. A nadie escapa que la capacidad que una determinada norma tenga de condicionar la conducta de los ciudadanos dependerá de la legitimidad que cada ciudadano atribuya al ordenamiento en que dicha norma se inscribe.

Situados ya en el plano de la legitimidad, lo cierto es que ni Hart ni tampoco MacCormick logran ofrecernos respuestas convincentes que nos sirvan para fundamentar la autonomía, esto es, la existencia de un fundamento autónomo de validez de la normativa comunitaria que no deba depender de la cobertura de legitimidad ofrecida por el sistema jurídico-político estatal. Porque llegados a este punto, puede recuperarse con facilidad la idea de subordinación del ordenamiento comunitario al estatal: su legitimidad derivaría de la legitimidad estatal y su eficacia de la cobertura que le ofrecen las instituciones estatales, cobertura que en cualquier momento, al menos en caso de contradicción con principios esenciales del propio ordenamiento, podría retirarse. En tal escenario, la regla de reconocimiento hartiana referida a la normativa comunitaria finalmente hallaría una subordinación respecto a una última regla de reconocimiento propia del ordenamiento estatal, y ello partiría de un hecho, que es el de que la legitimidad, que impulsa a jueces y funcionarios en sus actuaciones y, de manera si se quiere más difusa, a los ciudadanos en sus acciones, proviene en último término del sistema constitucional estatal.

¿Puede hablarse de dos fuentes de legitimidad separadas sin acabar en un terreno de discusión sobre cuestiones de naturaleza política antes que jurídica? Podríamos concluir, como han venido a hacer algunos autores, diciendo que dicho cometido no resulta posible y que la tarea del análisis jurídico sólo puede llegar hasta el plano de la discusión sobre la legitimidad, momento en el que debe retirarse para dejar paso al debate político.

En este sentido, la tarea realizada hasta ahora habría consistido en argumentar que el plano de la legitimidad no es necesariamente coincidente con la idea de soberanía estatal, como quedaría demostrado no por el mero hecho de haber puesto de manifiesto la crisis de la soberanía estatal, sino más específicamente a partir del rechazo de la posibilidad de vincular necesariamente la juridicidad de un determinado orden normativo con su carácter coercitivo, carácter exclusivamente referido como sabemos a las realidades jurídicas estatales.

²²⁷ MacCormick, N., “La sentencia Maastricht...”, ob. cit., p. 27.

Pero no, no nos vamos a quedar en ese punto. Y no lo vamos a hacer por las siguientes razones: en primer lugar, porque hemos podido comprobar con el análisis de la interrelación, que en el contexto comunitario contamos con una realidad de ordenamientos separados y al menos parcialmente autónomos; en segundo lugar, porque una vez evidenciada la dimensión de la crisis del principio de soberanía estatal, debemos ser capaces de extraer alguna consecuencia ordinamental, y el ámbito de la integración comunitaria tendrá que estar implicado. Tales constataciones, o si se prefiere intuiciones, nos empujan a dar un paso más, y tratar de justificar las bases de la autonomía ordinamental comunitaria más allá de una comprobación fáctica sobre la dinámica mediante la que el sistema comunitario entra en relación con los ordenamientos estatales.

2.2.4.6 El efecto legitimante del Derecho

El intento de ir más allá pasa, según aquí se sostiene, por la consideración central de la función del Derecho en el proceso de integración, y concretamente por lo que ha puesto de manifiesto Shaw: “el Derecho es un mecanismo eficaz de unión de las distintas dimensiones del proyecto supranacional, ya que conlleva una ideología de obediencia que sustituye la ausencia de fuerza y violencia de las que carece el orden jurídico comunitario. Los Estados miembros aceptan la primacía de la ley en la esfera legal europea, puesto que, de acuerdo con la narrativa dominante, aceptan el mismo principio en el marco doméstico”²²⁸.

De todas formas, el hecho de que, como señala también Shaw, el instinto básico de los Estados miembros “en relación con la integración legal es el de la obediencia y respeto”, no conlleva necesariamente, a pesar de la opinión del mismo autor, que “cuando aceptan el orden jurídico comunitario, los Estados miembros implícitamente aceptan mayores dosis de integración porque –en la retórica comunitaria- el Derecho (y su obediencia debida) es equivalente a la integración. De esta forma dos círculos se cierran, uno alrededor de la integración y otro alrededor del Derecho. En otras palabras, la

²²⁸ Shaw, B., “European Union Legal...”, ob. cit., p. 7.

integración es lo que es natural para la UE e igualmente lo que es natural para su Derecho”²²⁹.

Como advierte Estella de Noriega, sobre todo a partir del TUE se hace cada vez más difícil intentar comprender el fenómeno comunitario desde la simple perspectiva de la integración: “se presenta ante nuestros ojos un nuevo panorama constitucional caracterizado por elementos que no van precisamente en dirección de la integración: la subsidiariedad es uno de ellos, pero pensemos además en los innumerables mecanismos de la cooperación reforzada sin olvidar la creciente complejidad de la arquitectura institucional (...). Se deben cambiar pues las concepciones y representaciones intelectivas de la UE (...). Para empezar es necesario adoptar una perspectiva que parte del recurso de la legitimidad de las tensiones desintegracionistas presentes en el ámbito comunitario (...). Ambas tendencias responden a demandas igualmente legítimas”²³⁰.

Ahora bien, debe añadirse que el hecho de que, especialmente en el contexto de la inminente incorporación de nuevos Estados miembros, se abra un proceso con dinámicas diversas, de supranacionalidad e intergubernamentalidad, centrípetas y centrífugas, no quiere decir que en el seno del ámbito supranacional ya consolidado no se desarrolle con fuerza el carácter autónomo del sistema comunitario, proceso en el que juega un papel determinante la confianza que todavía existe, muchas veces a modo de inercia, en la *artificial reason* de lo jurídico.

Si recordamos, anteriormente hacíamos referencia a que una serie de factores podían ayudar a autores como Weiler a salir de la perplejidad que le ocasionaba la ausencia de reacción de los Estados ante la introducción del principio mayoritario tras el AUE, y las enormes consecuencias que de ello se derivaron. Pues bien, junto con otros aspectos ya señalados, que se orientan a consideraciones de tipo económico, hemos dado ahora con uno de tales factores, muy relacionado además con la interrelación institucional y jurisdiccional que articula las relaciones entre los sistemas comunitario y estatales.

Así es, el hecho de que la integración sea en buena parte jurídica, que se manifiesta entre otras cosas en la paulatina conformación de ese *ius commune* europeo al que se ha

²²⁹ Ibídem.

²³⁰ Estella de Noriega, A., *El Dilema...*, ob. cit., p. 6.

aludido en diversas ocasiones, nos sitúa en un contexto cuya elevada juridicidad genera su propia inercia, en el sentido apuntado por Habermas del componente de legitimidad que el carácter de acuerdo racional que tiene el Derecho logra de por sí.

La propuesta de Habermas en *Factividad y Validez*²³¹ parte precisamente de ese componente. Ya en su *Teoría de la acción comunicativa*, el autor se preguntaba al final por la colonización de esferas privadas por el Derecho. Habermas intuye la gran potencialidad del Derecho como posibilitador del orden social en sociedades muy fragmentadas que no pueden apoyarse en elementos metafísicos, espirituales. La norma es un hecho social (factividad) y la validez es la pretensión de legitimidad de la norma (no la contraposición hecho-norma sin más): en Derecho la validez no puede basarse en instancias de legitimación externa, en referentes externos; es necesario acudir al propio sistema, a los propios destinatarios, ocupando un lugar fundamental los caracteres formales del Derecho y la posibilidad de delimitar un espacio de argumentación²³².

Inevitablemente, nos devuelve a la fuerza de lo procedimental que tuvimos ocasión de constatar tanto en el seno del debate sobre la noción de pueblo, como en la cuestión de la crisis del principio de soberanía estatal. Respecto de ésta última, como sabemos, el surgimiento de los Estados constitucionales cuestiona frontalmente soberanía en su vertiente interna: “cuando el concepto de Derecho Público se confunde con aquel de Derecho constitucional y, por ende, no puede ser fundamentado sobre el criterio del «imperio», sino sobre el de la pública actividad y de un acuerdo primigenio sobre los ideales y los procedimientos de la sociedad política”.

Son las ideas de forma y procedimiento las que debemos ahora retener. Como señala Von Bogdandy, “la soberanía de los modernos Estados constitucionales siempre más se connota como un procedimiento de formación de la voluntad pública y no como un poder de última instancia, el de determinar el estado de excepción (o, mejor dicho, la derogación de la Constitución), con el que sueña Schmitt (...). Soberanía es el procedimiento para llegar a decisiones vinculantes para todos los ciudadanos”²³³.

²³¹ Habermas, J., *Factividad y validez*, ob. cit.

²³² Sin duda algo tiene Habermas de neo-racionalista ilustrado.

²³³ La Torre, M., “Derecho y conceptos...”, ob. cit., p. 74.

Sin duda, la determinación de los componentes que deba reunir dicho procedimiento no es una cuestión accesoria. Como vimos, Habermas sostiene, completando las ideas recién recogidas, que la soberanía devenida anónima y sin sujeto (intersubjetivamente disuelta), se retira en el procedimiento democrático y en “los exigentes presupuestos comunicativos de su realización”²³⁴.

Tales presupuestos comunicativos, que de un modo u otro ya fueron referidos en la discusión en torno al concepto de *demos*, nos sirven para matizar que no se está defendiendo una visión en la que las realidades políticas vengan plenamente determinadas por el Derecho, que vendría así a situarse por encima de los procesos políticos, determinándolos. No se trata de sostener sin más versiones desnudas de la legitimación mediante el procedimiento, sino de resaltar el papel que un procedimiento de discusión racional y pública tiene como factor de legitimidad²³⁵.

Desde otra perspectiva, aunque en parte coincidente, en el marco del debate sobre la legitimidad de la UE y la ausencia de *demos* europeo, Sánchez Cuenca, partiendo de Przewoski, afirma que “no necesitamos la legitimidad a fin de entender el cumplimiento de las reglas del sistema. La aceptación de resultados democráticos desfavorables puede ser un equilibrio en el sentido de la teoría de juegos. La clave está en que las fuerzas políticas involucradas en el «juego» democrático tengan una probabilidad lo suficientemente alta de estar de vez en cuando en el bando ganador, de forma que obtengan más utilidad en el largo plazo jugando «democracia» que rompiendo las reglas o renunciando a participar en el sistema. La democracia como equilibrio no presupone nada sobre la homogeneidad o heterogeneidad del *demos*. Los conflictos de «identidad» deben entenderse entonces como endógenos al sistema político y no, según defienden Dahl y Weiler, como parámetros exógenos que preexisten y predeterminan la democracia. Si una minoría no cree en la promesa hecha por la mayoría de que va a respetar sus derechos, y esta minoría está

²³⁴ La cursiva es añadida. Habermas, J., *Facticidad y validez...*, ob. cit., p. 612 (apéndice “La soberanía popular como procedimiento”).

²³⁵ Ni tan siquiera Luhmann excluye de la legitimidad, entendida como aceptación social de las decisiones adoptadas por las instancias competentes, la capacidad que el sistema tenga de abrirse al medio en el que se desenvuelve (la *apertura cognitiva*). Ver el concepto de legitimación por el procedimiento en Luhmann, N., *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, 1975 (existe una traducción al italiano: *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milán, 1995).

territorialmente organizada, puede que surja un problema de nacionalismo o *demos*. Pero esto será consecuencia de que la democracia no era realmente de equilibrio (...)"²³⁶.

Como señala Estella Noriega, "para Przewoski, al contrario que para Weiler, la idea de legitimidad carece (...) de relevancia analítico-normativa. Quizá se podría decir de forma más exacta que Przewoski utiliza implícitamente un concepto de legitimación que difiere claramente del utilizado por Weiler. Para Przewoski el punto de arranque no consiste tanto en la sociedad como en las instituciones que se da una sociedad. Existe un problema de legitimación a partir del momento en el que los arreglos institucionalistas que existen en una *polis* no son capaces de desembocar, en el largo plazo, en un juego de suma positiva, en el que todos los actores salgan beneficiados en términos agregados. La solución al problema de legitimidad de la UE, de existir, pasaría por tanto por el descubrimiento de reglas e instituciones que aseguraran una democracia de equilibrio, es decir, una democracia en la que las posibilidades de estar en el bando «ganador» (...) fueran lo suficientemente amplias para todos los grupos en liza. Las fracturas de tipo social serían, por tanto, una consecuencia de la existencia de disfunciones institucionales, es decir, una manifestación de que el sistema político no se encuentra en equilibrio, más que una variable exógena al propio sistema político"²³⁷.

De todas formas, hay que sostener que no es posible disociar de la manera en que lo hace Przewoski las condiciones sociales y políticas en que se hallan unos determinados grupos sociales y las condiciones del juego institucional. Ahora bien, si ha sido recogido tal planteamiento de disociación es porque, pese a todo, resulta útil en cuanto, como lo hacen las tesis de Habermas, pone de manifiesto la fuerza, la capacidad de arrastre, que tiene la formalización, que tiene lo jurídico.

2.2.4.7 La conexión entre lo institucional y lo normativo y los tres factores de la autonomización del ordenamiento comunitario

²³⁶ Según cita de Sánchez Cuenca, "El déficit democrático en la UE", *Claves de la Razón Práctica*, núm. 78, Diciembre 1997, p. 44.

²³⁷ Estella de Noriega, A., *El Dilema...*, ob. cit., p. 14.

Una vez constatado lo anterior, puede entenderse mejor la extrema importancia que en la consideración autónoma del ordenamiento comunitario tiene el modelo institucional de la Comunidad. Aunque pueda resultar paradójico, dicha autonomía se basa en buena parte en la interconexión institucional con los Estados miembros. Así es, el hecho de que tanto en el plano decisional como en el aplicativo participen de manera activa los órganos políticos y jurisdiccionales internos, asegura la aplicación de un ordenamiento que en cuanto tal, esto es, globalmente considerado y no sólo como normas puntuales que requieren ser aplicadas internamente, acaba por afianzar una posición autónoma gracias a la estructura institucional con la que cuenta.

Esta realidad se muestra con especial claridad en el plano aplicativo: si en lugar de ser aplicado por los órganos administrativos y judiciales internos, el sistema comunitario contara con sus propios órganos para realizar dicha labor, acudiendo si se quiere en último extremo a la capacidad coactiva estatal, la separación ordinamental sería seguramente mayor pero, paralelamente, la capacidad de afianzamiento como ordenamiento autónomo no subordinado ni tan siquiera a principios esenciales del ordenamiento constitucional del Estado en cuestión, chocaría con mayores dificultades.

El escenario sería muy distinto: dos ordenamientos separados y apenas interrelacionados que, en último extremo, cuya coexistencia en un mismo territorio puede desembocar en un conflicto que sólo puede ser resuelto a partir de la supremacía de uno sobre el otro, o a partir de soluciones de tipo político en cada caso. Ahí sí que deberíamos aceptar los planteamientos que venimos cuestionando. Ahí sí que el debate sobre la legitimidad de uno y de otro se erigiría como salida última del conflicto, y la discusión en torno al *demos* recobraría pleno sentido.

Pero la realidad institucional en la que se enmarca el proceso de integración cuenta con otros elementos a partir de los cuales se desarrolla una intensa interrelación de los ordenamientos en presencia. Es cierto que no siendo en este escenario tan clara la separación entre los dos sistemas, una de las fórmulas posibles es sencillamente la subordinación de un ordenamiento respecto del otro, del que sería un subsistema o un sistema derivado y dependiente.

Al lado de ese posible modelo, que sería el que respondería a las concepciones tradicionales de unidad ordinamental, aparece otro en el que el resultado de la coexistencia

es que ninguno de los dos sistemas logra superponerse sobre el otro. Si así sucede es por la presencia de distintos factores, principalmente tres: el elemento de partida, que es la peculiar estructura institucional comunitaria; lo que hemos venido a llamar como “capacidad de arrastre” de lo jurídico; el contexto en el que se desarrolla la existencia del Estado contemporáneo: la crisis del principio de soberanía estatal y los efectos de la globalización económica.

Esos tres elementos, en su combinación, se sitúan en la base de la autonomización del ordenamiento comunitario.

2.2.5 ¿Por qué se aplica el Derecho comunitario?

2.2.5.1 Introducción

Finalmente debemos volver al interrogante que nos formulábamos en un inicio: ¿Por qué se aplica el Derecho comunitario?

Para responder a esa pregunta debemos la respuesta según tres tipos de sujetos implicados: los órganos jurisdiccionales estatales, entre los que habrá que separar los encargados de la jurisdicción constitucional; el Poder ejecutivo, que representa el interés del Estado en la toma de decisiones y asegura mediante el aparato administrativo la aplicación de la normativa comunitaria; la ciudadanía.

Brevemente hay que aludir, antes de abordar el análisis propuesto, a la exclusión de los parlamentos estatales como sujetos protagonistas, pese a su indudable presencia en el proceso comunitario, y de manera señalada respecto del Derecho primario. Ahora bien, dada la relación existente entre mayoría parlamentaria y Gobierno, y el escenario bien descrito por Przewoski en el que la minoría –la oposición- tiene interés en aceptar las reglas del juego, en buena medida, y aunque sea inevitable caer en simplificaciones, el análisis referido al Poder ejecutivo servirá respecto de los órganos políticos estatales en su conjunto.

2.2.5.2 Respeto de los órganos judiciales internos

En relación con los jueces y tribunales internos, uno de los autores que más se ha ocupado del análisis de los motivos que los han empujado a aceptar sin apenas cuestionamiento la aplicación del Derecho comunitario en los términos exigidos por el TJ, ha sido Weiler. Concretamente, dicho autor ha querido responder a una pregunta muy directa: ¿cómo se puede explicar la aceptación que los tribunales internos profesaron desde muy al principio a las doctrinas *constitucionalizantes* del TJ?

Hay que tener muy en cuenta que dada la arquitectura institucional comunitaria, sin dicha acogida, como señala Weiler, “la transformación constitucional impulsada por el Tribunal de Justicia de las CCEE habría padecido de todas las deficiencias del sistema de Derecho público internacional general”²³⁸. Según el mismo autor, existen tres tipos de razones: en primer lugar, la legitimidad del TJ es percibida por parte de los jueces y tribunales nacionales de manera intensa, tanto por su composición (destacados juristas), como, a consecuencia de lo anterior, por la calidad de sus razonamientos jurídicos. En segundo lugar, “está claro que se desarrolló un cierto grado de mimetismo transnacional: en cuanto algunos de los tribunales superiores de unos pocos Estados Miembros respaldaron la nueva construcción constitucional, sus semejantes en otros países se vieron influidos por la idea de que debían hacer lo mismo”. Y por último, “la revolución constitucional desde la legalidad fue la historia de una pura y simple toma del poder por los jueces (...). En tanto que los tribunales superiores actuaron desconfiadamente al principio, los tribunales inferiores hicieron uso abundante y entusiasta del procedimiento del art. 177 (...). A los tribunales inferiores y a sus jueces se les hacía posible conectar con la más alta jurisdicción de la Comunidad y, por tanto, tener de facto el control judicial sobre la legislación”²³⁹.

En resumen, tenemos un fenómeno que no es unidireccional, no es que sin más el TJ asuma el impulso jurídico integrador ante la dinámica política desintegradora ni viceversa; se trata de un fenómeno bidireccional e incluso circular²⁴⁰. Y no es una dinámica referida aisladamente a la relación interjurisdiccional sino que, como tuvimos ocasión de referir, es la dinámica que explica el conjunto del proceso comunitario. En este sentido,

²³⁸ Weiler, J. H. H., “La transformación...”, ob. cit., p. 43.

²³⁹ Ibídem, páginas 43 y 44.

²⁴⁰ Ibidem, p. 45.

vale la pena recordar la estrecha imbricación entre las esferas político-institucional y jurídico-competencial a la que aludimos partiendo también de los planteamientos de Weiler.

En otro lugar, el mismo autor aborda también la relación entre TJ y tribunales internos ampliando los matices de su análisis. De nuevo, y como ya fuera puesto de manifiesto, el punto de partida lo constituye la pieza del recurso prejudicial. Así es, desde la perspectiva de la aceptación del Derecho comunitario, el hecho de que sea un tribunal interno el que acuda al TJ a partir de un supuesto específico, que suele plantear una posible contradicción entre norma estatal y norma comunitaria, es muy distinto de una intervención de oficio por parte del TJ. Y cambia sobre todo de cara a la aceptación de dicha norma por parte del segundo de los protagonistas antes anunciados, el Poder ejecutivo y el conjunto del aparato administrativo interno: “el mismo hecho que sus «propios» tribunales nacionales hagan remisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad fuerza a «juridificar» su afirmación y a trasladarse al campo judicial en el que el Tribunal de Justicia es preeminente (siempre que pueda lograr que su opinión se mantenga por el juez nacional)”²⁴¹.

No puede pasar desapercibida la importancia del tejido jurisdiccional: “esta implicación ayuda más que cualquier declaración del Tribunal de la Comunidad a la hora de considerar el Derecho comunitario no como un sistema contrario al Derecho nacional, sino como parte del ordenamiento jurídico nacional ante el que se practica el «hábito de obediencia» y el respeto general, al menos de las autoridades públicas, hacia el «Derecho»”²⁴². De nuevo aparece la capacidad de arrastre de lo jurídico, de la formalización jurídica. Una formalización que potencia su fuerza en ese “mimetismo transnacional” antes comentado, una suerte de “fecundación recíproca judicial transnacional” que, recuperando los planteamientos de Hart respecto de la motivación de los jueces frente a las reglas que ellos manejan al actuar como tales, donde se imponen las reglas de reconocimiento como criterio común y público de decisiones judiciales correctas,

²⁴¹ Weiler, J. H. H., “Viaje a la desconocido: pasado y futuro del Tribunal de Justicia en el campo de la integración política”, *Europa, fin de siglo*, ob. cit., p. 135 (páginas 127 a 166).

²⁴² Ibídem, p. 136.

y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta. En este sentido, el autor advierte de la necesidad de que se aprecien críticamente las desviaciones en la aplicación de tales reglas. Si recordamos, Hart señala que dicho aspecto “no es simplemente una cuestión que hace a la eficacia o vigor del sistema jurídico, sino que es lógicamente una condición necesaria para que podamos hablar de la existencia de *un* sistema jurídico”²⁴³.

2.2.5.3 Respeto del Poder ejecutivo

En relación con el segundo de los actores, el Poder ejecutivo, ya ha sido puesto de manifiesto que el impulso de la formalización jurídica también versa sobre las motivaciones que han llevado a las distintas Administraciones a la aplicación de la normativa comunitaria de acuerdo con los parámetros del TJ, esto es, aceptando doctrinas estructurales, “constitucionalizantes”, como el efecto directo, la primacía o los poderes implícitos. Así ha sido, la naturaleza formal del Derecho ha llegado a ser confundida, en ocasiones conscientemente, con una pretendida neutralidad ideológica, partiéndose de que juridificación del debate puede llegar a desbancar el significado político del contenido de la norma.

En este sentido, trasladando estas consideraciones a la actitud general de la doctrina, Shapiro denunció ya hace más de veinte años la despolitización de una visión que presenta “la Comunidad Europea como una idea jurídica; los textos constitucionales comunitarios como textos sagrados; el comentario doctrinal como la verdad jurídica; las sentencias como desarrollo inevitable de las correctas implicaciones de los textos constitucionales y el Tribunal de Justicia como voz incorpórea de la correcta razón y de la teología constitucional”²⁴⁴.

No hay que olvidarse de otros condicionantes no menos trascendentes. En primer lugar, debemos volver a referirnos a la relación entre *Exit* y *Voice*, que explica la consolidación del lenguaje articulado por el TJ durante los años de vigencia del Compromiso de Luxemburgo: a los Estados, o mejor dicho a sus representantes

²⁴³ Hart, H. L. A., *El concepto...*, ob. cit., páginas 143 y 144.

²⁴⁴ Shapiro, M., “Comparative Law and Comparative Politics”, *Southern California Law Review*, núm. 53, 1980, p. 537, citado por Weiler, “Viaje a lo desconocido...”, ob. cit., p. 148.

gubernamentales, les interesaba que las decisiones del Consejo, sobre las que a partir del derecho de voto mantenían un control elevado (de nuevo siempre hay que matizar según la posición de cada Estado), contaran con instrumentos jurídicos que aseguraran su cumplimiento frente a posibles resistencias internas. A ello hay que sumarle además que buena parte de las decisiones del Consejo versaban sobre cuestiones que, una a una y por lo general, no atesoraban una gran trascendencia de modo que los conflictos jurídicos entre norma interna y norma comunitaria no generaron un debate político excesivo, con lo que finalmente la aceptación de los presupuestos de aplicación del Derecho comunitario acabó por consolidarse.

Ya nos hemos referido al cambio de escenario que supuso el AUE, tanto en el plano competencial como sobre todo decisional, y las circunstancias que permitieron el asentamiento de las transformaciones alumbradas por dicho acuerdo. Lo que ahora hay que destacar es el papel de la inercia provocada por la existencia de unos procesos y un lenguaje compartido en el plano jurisdiccional, que junto con la posición del ejecutivo en la arquitectura institucional comunitaria posibilitaron esa verdadera “revolución silenciosa”.

Otra vez hay que referirse a un asunto capital: el interés de los poderes ejecutivos en la consolidación de un proceso en el que lejos de perder poder, en un juego competencial de suma cero, ganan presencia y autonomía respecto de la situación interna, marcada por la reserva de ley y los cauces de control de la actividad gubernamental, cauces de distinta naturaleza, especialmente los parlamentarios pero también los ejercidos de manera difusa por la opinión pública estatal. Por otra parte, en los contextos de descentralización del poder político, la transferencia competencial de los Estados a la Comunidad en materias de competencia subestatal supone un apoderamiento no sólo de las instituciones comunitarias, sino, de nuevo, también de los representantes estatales que en ellas participan²⁴⁵.

²⁴⁵ Las razones del por qué de la ausencia de respuesta contundente de dichas entidades subestatales, y de la aceptación de su papel en el cumplimiento del Derecho comunitario son complejas y merecerían un análisis más detallado que no va ser efectuado. De todas formas, vale la pena mencionar en nuestro caso que la unidad del Poder judicial tiene que ver bastante en dicho fenómeno, junto con la coincidencia partidista de los representantes gubernamentales de las Comunidades Autónomas con los dos principales partidos de ámbito estatal con opciones a gobernar, esto es, con interés necesario para aceptar las reglas del juego descrito por Przewoski. Respecto de Catalunya y Euskadi, hasta hace relativamente poco tiempo no se ha cristalizado la reivindicación de sus representantes gubernamentales respecto de la participación directa en las decisiones comunitarias de su incumbencia, aunque sin duda promete situarse como uno de los aspectos fundamentales del debate en torno al modelo de estructuración territorial. En este sentido, vale la pena seguir de cerca el proceso vivido en Alemania, en el que el papel de los Länder en la conformación de la voluntad de la

Y de nuevo también hay que poner en relación el proceso de trasferencia competencia y aceptación de la primacía comunitaria en el contexto de la limitación real al libre y soberano ejercicio de las competencias en el contexto de la globalización económica y del desequilibrio de poder económico, político y militar existente en el plano internacional. Vale lo dicho al respecto en el capítulo en que nos ocupamos de tal cuestión.

El hecho de que los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza hayan supuesto, al lado de avances importantes en la extensión del voto mayoritario, y en el plano competencial, la consolidación de los espacios de intergubernamentalidad y la subsidiariedad como principio guía, junto con las incertidumbres que se abren en el marco de la incorporación de los “nuevos socios”, no resulta impedimento para que en el pilar comunitario, motor de la integración, sigan plenamente vigentes las tendencias que han venido siendo apuntadas.

2.2.5.4 Conclusión intermedia: la interrelación como causa y efecto

Podemos ya apuntar una conclusión que se muestra con claridad: la interrelación que hemos empezado por describir para tratar luego de ubicar sus causas, a partir de la fundamentación de la autonomía del orden jurídico comunitario, es a la vez causa y efecto de dicha autonomía. Así es, siendo la interrelación efecto de la posición de autonomía del ordenamiento comunitario frente a los ordenamientos estatales, como acabamos de ver, a la hora de responder por qué aplican las Administraciones una normativa que en términos generales supone un factor de reducción de la autonomía estatal, hay que partir también de la interrelación, tanto la presente en la fase decisional como en la aplicativa.

Ya dijimos en su momento que la relación entre ordenamientos podía ser entendida como la de dos órdenes de naturaleza compleja pues parte de una autonomía recíproca enraizada en la dependencia mutua.

República ha recibido dimensión constitucional a partir de la reforma del art. 23 LFB. Un completo repaso de las principales cuestiones alrededor de la cuestión ha realizado entre nuestra doctrina López Castillo, quien dedica un apartado a “Los Länder y el poder de integración” en su obra López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., páginas 251 a 272. Ver también Polakiewicz, J., “La reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: el nuevo papel de los Länder en la integración europea”, *ICPS Working Papers*, núm. 87, 1994.

2.2.5.5 Respeto de las jurisdicciones constitucionales

En la identificación de los protagonistas respecto de los que debíamos versar la pregunta de por qué se aplica el Derecho comunitario, situamos un tercer sujeto, la ciudadanía. Ahora bien, antes de acudir a ella es necesario acabar de cerrar la referencia a los protagonistas institucionales, puesto que al lado de jueces y tribunales y Administraciones estatales, hay que referirse de manera separada a los órganos que ostentan la última palabra en cuanto a la garantía de la efectividad de la Constitución. En tal caso, y especialmente en los supuestos en los que existe u control concentrado de constitucionalidad, las motivaciones que han sido recogidas como explicación del papel de jueces y tribunales no acaban de resultar suficientes. Y esa es la razón que explica que se haya preferido primero abordar los otros sujetos.

Según hemos tenido ocasión de analizar, en términos generales los Tribunales constitucionales han venido aceptando, a partir de un diálogo en ocasiones tenso, los presupuestos de la aplicación de la normativa comunitaria tal y como han sido construidos por el TJ. De todas formas, han existido muestras importantes de “rebeldía”, que pese a ir remitiendo en sus manifestaciones de mayor confrontación, no han acabado nunca de ser desactivadas del todo, al menos en el plano retórico.

Aun así, como sabemos, las amenazas de los Tribunales constitucionales, ni tan siquiera en los momentos en los que han adquirido mayor virulencia, se han llegado a concretar en la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente inaplicabilidad de normativa comunitaria cuya validez hubiese sido certificada por el TJ, de modo que no hemos tenido que asistir a un enfrentamiento abierto entre jurisdicciones.

Las proclamaciones de dichos órganos cuestionando la primacía de la norma comunitaria han sido formuladas en términos genéricos, como advertencias principalmente al TJ, emplazado de tal forma a velar por unos parámetros de comunitariedad acordes con los de constitucionalidad asegurados por cada uno de los mencionados Tribunales.

Las razones que empujan a los Tribunales constitucionales a no activar tales amenazas hay que centrarlas por un lado en que no dejan de constituir los máximos garantes de la constitucionalidad de las actuaciones de unos órganos internos que, como hemos visto, vienen aceptando de un modo u otro la autonomía del ordenamiento

comunitario y los principios aplicativos exigidos por el TJ. Pese a las previsiones de algunos autores, la extraordinaria ampliación competencial tributaria de las medidas acordadas en el AUE y el TUE, y la paulatina generalización del principio mayoritario, que como puedo de manifiesto el TCF en su sentencia *Maastricht* incide directamente en el principio democrático, los Tribunales constitucionales no han quedado al margen de las razones que motivan a que las instituciones internas respecto de la mencionada consideración de la posición del ordenamiento comunitario.

Pero al lado de dichas motivaciones, sin duda en ningún lugar como en el de la relación entre TJ y Tribunales constitucionales, sean tan trascendentes los mecanismos de acercamiento mutuo, de recíproca influencia, en los términos que ya han sido descritos. Esa interrelación se convierte de nuevo en causa y efecto de la autonomía ordinamental comunitaria. Quizás no haya mejor ejemplo que el de la protección de los derechos fundamentales para entender dicha doble faz: la construcción del sistema pretoriano de protección de los derechos fundamentales, cuyos materiales como sabemos han sido obtenidos de la interrelación mediante el hábil recurso a las “tradiciones constitucionales comunes” y al CEDH, viene especialmente motivada por la urgencia en asegurar las bases de la autonomía ordinamental que el TJ venía proclamando respecto del Derecho comunitario. Y es a medida que se va consolidando dicha autonomía, no sólo en el plano de los Tribunales constitucionales sino en todos los ámbitos institucionales internos, que surge como resultado que los ordenamientos que entran en conexión lo hagan en interrelación.

Sucede que, siendo tal el contexto, tanto buena parte de los Tribunales constitucionales como numerosas opiniones doctrinales se obstinan en seguir presentando un escenario en el que el ordenamiento comunitario acaba en último extremo por tener que ceder ante la primacía constitucional. Así, ya sea de modo fundamentado, como lo hace el TCF en *Maastricht*, o de manera menos trabada, como lo hace nuestro TC con sus afirmaciones respecto del carácter *infraconstitucional* de la normativa comunitaria; ya sea a partir de la inútil distinción entre actos internos de aplicación de normativa comunitaria y actos propiamente comunitarios, o bien desde la proclamación de la primacía constitucional también respecto de los actos comunitarios, lo cierto es que el diálogo interjurisdiccional se sigue articulando desde posiciones en último extremo incompatibles.

A partir de ahí, se podría pensar en que es precisamente el hecho de que se siga manteniendo el diálogo desde la incompatibilidad lo que asegura la interrelación, y que si uno de los dos actores cediera, desaparecería una tensión que viene a asegurar el respeto de los principios esenciales de los ordenamientos constitucionales por parte de la normativa comunitaria, como ha sido puesto de manifiesto respecto de los derechos fundamentales y más recientemente en materia competencial.

Se generaría, como han descrito Haltern y Weiler²⁴⁶, un escenario semejante al de la guerra fría, en el que las posiciones respectivas no comportan una declaración oficial de guerra nuclear sino una amenaza constante que asegura el equilibrio a partir de la lógica de la mutua destrucción, de la irreversibilidad. Así, incluso desde planteamientos tan aparentemente contundentes como los del TCF en *Solange* o en *Maastricht*, la posibilidad de que dicho tribunal asumiera la responsabilidad de hacer efectiva su amenaza es remota, aunque, siendo posible, queda asegurado el equilibrio y una mejor coordinación entre órdenes.

En este sentido, en un comentario sobre las implicaciones de la sentencia *Maastricht*, Díez Picazo nos ha recordado que en el contexto estadounidense “resulta históricamente claro que, al menos hasta la crisis final que desembocó en la Guerra civil, la doctrina de la *interposition* no fue utilizada a fin de justificar pretensiones secesionistas. Fue esgrimida, más bien, como un instrumento de presión política para imponer una determinada visión de la Unión, así como de la posición de los Estados dentro de ella. No parece aventurado sostener que la idea de los Estados miembros como señores de los Tratados constitutivos, aun cuando tenga un origen judicial, responde a un objetivo análogo con respecto a la Unión Europea”²⁴⁷.

Así pues, teniendo en cuenta lo que acaba de ser referido, podría llegar a considerarse que sólo asegurando posiciones jurisprudenciales encontradas, apoyadas a su vez por planteamientos doctrinales igualmente encontrados, puede quedar garantizado el escenario de la interrelación. Por este camino se podría llegar al absurdo de seguir apoyando los planteamientos monistas por mera conveniencia “estratégica” y no por

²⁴⁶ Haltern, U. R., Weiler, J. H. H., “The autonomy...”, ob. cit., p. 445. La misma idea se encuentra en Weiler, J. H. H., “The reformation...”, ob. cit., p. 125.

convicción en los razonamientos que sustentan tales posiciones. Sea como sea, de lo que nos debemos ocupar es de procurar una descripción lo más cercana posible de los distintos elementos que explican las implicaciones jurídicas de la integración comunitaria.

2.2.5.6 Respecto de los particulares

Tal y como se había anunciado, la propuesta busca en el Derecho el instrumento para trazar una salida, una reformulación del debate. Pero hay que advertir que sólo desde la reconsideración del Derecho es posible la tarea anunciada, y por ello se ha tratado de disociar los tradicionalmente unidos conceptos de Derecho y Estado, a partir de la quiebra del tradicional vínculo entre Derecho y coacción, al menos en su formulación habitual, única manera de fundamentar la autonomía (relativa) de un ordenamiento referido a una organización sin poder coactivo propio.

Hay quien sostiene que, desde un punto de vista funcional, cuando de la aplicación del Derecho comunitario se trata, los órganos estatales son finalmente órganos comunitarios. De este modo, el carácter coercitivo del Derecho comunitario quedaría asegurado sin tener que sostener que la naturaleza jurídica de las normas comunitarias se apoya en órganos no comunitarios, causa de la dependencia, y en último término subordinación, del ordenamiento comunitario respecto de los ordenamientos estatales.

Ahora bien, esa esquizofrenia institucional a la que se aboca a los órganos estatales confunde los términos del debate. Seguramente porque la interrelación institucional y jurídica es muy intensa, no se alcanza a comprender que en realidad debemos hablar de dos órdenes separados, aunque recíprocamente imbricados, como en su día señalara el TCF. Pero los órganos estatales no dejan de serlo, por mucho que apliquen normas de otro ordenamiento; para entender por qué las aplican no es necesario, como hemos intentado demostrar, transformar la naturaleza de tales órganos.

Esa imbricación adquiere su última manifestación en la figura del último sujeto respecto del que propusimos preguntarnos el por qué de la aplicación del Derecho comunitario: la ciudadanía, entendida en sentido amplio, esto es, como destinatarios finales de las normas comunitarias.

²⁴⁷ Díez Picazo, L. M., “Las insidias...”, ob. cit., p. 12.

¿Por qué cumple una persona, física o jurídica, individualmente considerada, las prescripciones comunitarias? Pues por semejantes motivaciones a las que le conducen a cumplir la normativa estatal entre las que está, sin duda, el carácter coactivo de dicha prescripción²⁴⁸. ¿Supone eso que, finalmente, estamos volviendo a la vinculación entre Derecho y coacción y, a partir de ahí, y dado el monopolio estatal sobre dicha coacción, a un planteamiento estatalista? De ninguna manera.

2.2.5.7 La diferenciación entre destinatarios de las normas. El respaldo coactivo no como fundamento sino como consecuencia de la aplicación

El esfuerzo argumentativo que se ha venido realizando sirve precisamente para entender que lo importante se halla en clarificar por qué los órganos estatales, destinatarios inmediatos de las prescripciones comunitarias, guardan obediencia a tales prescripciones. Ciertamente, no puede desmembrarse sin más el cumplimiento por parte de los órganos estatales del cumplimiento por parte de los particulares: en cierta medida ambos conducen sus actuaciones en función del otro. Así es, difícilmente puede pensarse en una situación en la que los particulares se opongan de manera generalizada al cumplimiento de las prescripciones comunitarias (por razones de conveniencia o por poner en duda su legitimidad), y los órganos estatales se empeñen en aplicarlas mediante su imposición coactiva. Y viceversa, el cumplimiento de la normativa comunitaria no puede venir espontáneamente asegurado por parte de la ciudadanía sin una actividad estatal en la misma dirección, y no sólo por lo que respecta a la amenaza coactiva, sino porque entre otras cosas parte de dicha normativa requiere una concreción previa estatal para poder ser aplicado.

Pues bien, la clave está en que las razones que empujan a los órganos estatales a asegurar el cumplimiento del ordenamiento comunitario no responden al modelo

²⁴⁸ Es necesario distinguir, como de algún modo hiciera ya Kelsen en su *Teoría General del Estado*, entre los motivos por los que los individuos actúan de una manera o de otra y la técnica especial de control social que entra en funcionamiento cuando los individuos actúan de una cierta manera. Por tal razón, la observancia espontánea del cumplimiento de las normas sólo sería un argumento válido para rechazar el papel de la coacción si tuviese una carácter general y constante, pero no sucede así. Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 22.

tradicional en el que, de manera general, la ciencia jurídica ha venido insistiendo, esto es, la definición del Derecho a través de la coacción como medio de eficacia.

Podemos apuntar ya una conclusión a la que nos conduce el análisis hasta ahora realizado: el fin de la consideración de los Estados como únicos centros de poder político, conlleva una transformación radical en el plano del Derecho que consiste no en que el vínculo tradicional entre juridicidad y coacción desaparezca, sino en que exista la posibilidad de que dicho vínculo invierta los términos de la relación. En otras palabras, según el entendimiento tradicional, en último extremo el Derecho se aplica porque viene respaldado por la coacción monopolizada (estatal) y lo que realidades como la comunitaria demuestran es que, también en último extremo, el Derecho viene respaldado por la coacción porque se aplica.

A partir de ahí, si se quiere se puede rescatar como planteamientos válidos aquellos que han considerado el dato de la coacción como esencial en la definición del Derecho, siempre y cuando se clarifiquen los términos: el respaldo coactivo monopolizado no se sitúa como fundamento de la juridicidad, sino que es una de sus manifestaciones.

Sin duda, como dato previo a la aplicación de una norma se sitúan una serie de mecanismos ciertamente coactivos que de un modo u otro están llamados a asegurar dicha aplicación, pero es importante resaltar que no se trata necesariamente de una coacción monopolizada (rasgo del poder coactivo estatal), sino que puede tratarse de otras formas de coacción, motivaciones de carácter más difuso (frecuentemente de tipo económico), no siempre fácilmente identificables.

El fenómeno de la integración supone desde el punto de vista jurídico la clarificación de dos planos que tradicionalmente no venían siendo separados con suficiente nitidez. A partir de la emergencia del Estado constitucional, la ausencia de soberano, o su identificación con el propio ordenamiento constitucional, provocó la consideración homogénea de particulares y órganos de decisión o aplicación del Derecho. La esencia del constitucionalismo y de la idea de Estado de Derecho radica precisamente en esa ausencia de separación a la hora de entender la sumisión al Derecho.

Así es, el punto de partida es, como sabemos, la consideración del pacto constituyente como momento en el que se configura la posición de todos los miembros de la comunidad y de las instituciones, una posición que queda asegurada en último extremo

por la amenaza de la coacción frente al incumplimiento. Ahora bien, de esa indistinción no se puede derivar, como de algún modo se hace cuando se trata de destacar su carácter coactivo, que el Derecho cumpla idénticas funciones y utilice idénticos instrumentos respecto de unos y de otros.

En tal contexto, el incumplimiento de previsiones normativas por parte de algún poder no sometible coactivamente a partir de los instrumentos jurídicos previstos, esto es, los conflictos entre poderes superiores del Estado, queda en el mismo espacio que el del fundamento último de la juridicidad de la norma constitucional, o de la “regla de reconocimiento” última de Hart.

Sin duda, la insistencia en separar con claridad particulares, como destinatarios últimos de las normas, de órganos estatales, como destinatarios inmediatos, evoca la tesis de Ihering que pone de relieve que los destinatarios de las normas jurídicas no son los particulares sino los órganos del Estado encargados de ejercer la coacción²⁴⁹. La trascendencia de la propuesta de Ihering es sobradamente conocida, pues implica la traslación del centro del análisis jurídico de las normas primarias a las normas secundarias, algo que ha servido tanto a Kelsen como a Hart para fundamentar sus teorías.

En concreto respecto de Hart, y dejando al margen las diferencias conceptuales que mantiene con Ihering²⁵⁰, dicha distinción resulta capital. Si recordamos, una de las piezas clave de su propuesta consistía en la fijación de dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico: la primera venía referida a la ciudadanía, respecto de la que se exigía una obediencia general de las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema; la segunda se dirigía a los “funcionarios”, que debían aceptar efectivamente como pautas o modelos públicos de la conducta oficial las reglas de reconocimiento que especifican los criterios de la validez jurídica, así como las reglas de cambio y adjudicación.

²⁴⁹ Ihering, R. V., *El Fin en el Derecho*, Comares, Granada, 2000, páginas 235 y siguientes.

²⁵⁰ El concepto de norma primaria y de norma secundaria no es del todo coincidente entre Ihering y Hart. Así, frente la noción empleada por Hart, que ya conocemos, incluye entre las reglas secundarias también las normas sobre la producción jurídica y en general normas que otorgan potestades de manera genérica, comprendiendo a los particulares y no sólo en referencia a los órganos estatales de aplicación de las normas. En cambio Ihering, considera que toda regla que en último extremo pueda requerir aplicación coactiva contiene una norma secundaria, es más, se dirige en primer lugar a los órganos encargados de asegurar su aplicación, y sólo indirectamente se refiere a los particulares.

2.2.5.8 La fuerza como *contenido* de las normas jurídicas y no como *medio* para la realización del Derecho. El sistema jurídico comunitario como orden coactivo.

Sin necesidad de afirmar que las normas jurídicas sólo se refieren a los órganos encargados de su aplicación, lo que sí es cierto es que cuando existe un mandato obligatorio dirigido a los particulares, también puede identificarse un mandato dirigido a los poderes públicos para asegurar que el primer mandato sea respetado. Pues bien, a partir de tal distinción, puede entenderse mejor la posición que ocupa el Derecho comunitario en su relación con los ordenamientos estatales.

Las normas del Derecho comunitario, en cuanto refieren su aplicación a órganos estatales no subordinados a otros órganos, no requieren en dicho plano de la existencia de un respaldo coactivo propio, fundamentándose su juridicidad en otros mecanismos, según hemos podido comprobar; donde debe manifestarse el carácter coercitivo, no como medio habitual sino como remedio último, es en la etapa final de la aplicación de una norma, esto es, en relación con los particulares.

Por eso, y conectando con lo que se había anunciado, dado que en esa etapa última, que es la vertiente aplicativa respecto de los particulares (y también respecto de los órganos estatales en posición de subordinación respecto de otros órganos estatales), las normas comunitarias cuentan con la posibilidad de ser impuestas coactivamente, puede entonces, como decíamos, recuperarse la noción de coerción, aunque sólo una vez hechas las matizaciones oportunas.

Una buena manera de definir dichas matizaciones puede venir dada por la distinción entre la concepción tradicional según la cual la fuerza es un *medio* para realizar el Derecho y la consideración de la fuerza como *contenido* de las normas jurídicas. Esta propuesta, acometida con convicción por Bobbio, debe ser referida a las apreciaciones que, desde distintos planteamientos, sostienen, entre otros, Kelsen²⁵¹, Olivecrona²⁵² y Ross²⁵³.

²⁵¹ Kelsen señaló esa distinción aunque no como argumento central sino con el objeto de responder a ciertas objeciones a su teoría. Así es, para contrarrestar las críticas sobre el “proceso al infinito” que comportaban sus tesis, en su *Teoría General del Estado* Kelsen afirma con claridad que “una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción; es jurídica en cuanto establece ella misma una sanción. El problema de la coacción (compulsión, sanción) no es un problema de aseguramiento de la

Lo que pretende Bobbio es poder llegar a la esencia de la distinción entre reglas morales y usos sociales de reglas jurídicas. Según este autor, el único modo seguro de realizar dicha distinción prescindiendo de la nota referida al respaldo de la coacción estatal como medio de la realización del Derecho, consiste en señalar la diversidad de su contenido. En este sentido, señala que “no obstante los distintos intentos realizados para caracterizar las reglas jurídicas en base al contenido, la individualización de una contenido propio de las reglas jurídicas es una empresa hasta ahora desesperada”²⁵⁴.

La clave es para Bobbio no el rechazo de la coacción, sino su correcta ubicación como contenido de las normas jurídicas: “si el Derecho es el conjunto de las normas que regulan la coacción, o el ejercicio de la fuerza, eso significa que la coacción o la fuerza constituyen la materia específica de la norma jurídica con el mismo título que el lenguaje es la materia específica de la gramática (...). El Derecho es la regla de la fuerza”²⁵⁵. Más adelante, el mismo autor ejemplifica a mayor abundamiento la misma idea señalando que “la coacción no es ya el instrumento para la realización del Derecho (...) sino la propia materia regulada por el Derecho”, y que “la característica de ese conjunto de normas al que

eficacia de las normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas”. Kelsen, H., *General Theory of law and state*, Cambridge Mass., 1949, p. 25, según cita de Bobbio, N., *Contribución...*, ob. cit., p. 336. Como advierte Bobbio, con la argumentación aludida, se vendría a responder “triunfalmente” a la objeción sobre el “proceso al infinito” mencionada, puesto que si es cierto que la coacción es el contenido de la reglamentación jurídica, las normas en el vértice que atribuyen a los órganos supremos la disponibilidad del poder coactivo, son las normas jurídicas por excelencia. De todas formas, vale la pena insistir en que Kelsen no lleva el planteamiento referido al lugar central de su teoría. Ibidem, p. 344.

²⁵² Por su parte, Olivecrona afirma que “no es posible sostener que el Derecho, en sentido realista, esté garantizado o protegido por la fuerza. La verdadera situación es que el Derecho –el cuerpo de reglas resumido en el concepto de Derecho- consiste principalmente en reglas *acerca* de la fuerza, en reglas que contienen pautas de conducta para el ejercicio de la fuerza”. Olivecrona, K., *El Derecho como hecho*, Depalma, Buenos Aires, páginas 103 y 104. La cita en realidad es de *Law as Fact*, Oxford University Press, Londres, 1939, p. 134, Bobbio, N., *Contribución...*, ob. cit., p. 336.

²⁵³ Finalmente Ross, recatando la visión kelseniana en este punto, que no sus planteamientos generales, considera que “un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona (...). Tenemos que insistir, por ende, en que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de ésta y no en el hecho de que estén respaldadas por la fuerza”. Ross, A., *On Law and Justice*, Stevens, Londres, 1958, páginas 34 y 53. Según cita de Bobbio, N., *Contribución...*, ob. cit., páginas 336 y 337.

²⁵⁴ Bobbio, N., *Contribución...*, ob. cit., p. 339.

²⁵⁵ Ibidem, p. 340.

se llama ordenamiento jurídico es la presencia no tanto de sanciones, y, por tanto, de reglas sancionadas, como de normas que regulan las sanciones”²⁵⁶.

Pues bien, en términos generales podemos afirmar que la normativa comunitaria, entendida como ordenamiento jurídico en todo su conjunto, es un orden coactivo en cuanto a su contenido puesto que, aun sin contar con un aparato coactivo propio, viene a regular en último extremo el ejercicio de la fuerza. Se confirma así la tesis que veníamos defendiendo, esto es, la juridicidad autónoma del ordenamiento comunitario y, con ello, de sus normas, que son aquellas que se ajustan a los criterios de validez determinados por dicho ordenamiento.

2.2.5.9 La interrelación ordinamental como clave de la eficacia del ordenamiento comunitario

Tan sólo hay que precisar una cuestión respecto a lo que acaba de apuntarse. Es preciso añadir que no resulta suficiente con que nos hallemos ante un ordenamiento que regule sin más el ejercicio de la fuerza, sino que es necesario que lo haga de manera mínimamente eficaz.

De nuevo volvemos a la conexión que ya fuera mencionada entre validez y eficacia, que en los planteamientos recogidos por Bobbio no ha sido convenientemente subrayada. Y tal conexión nos lleva a destacar un aspecto olvidado por dichos planteamientos sobre el que hemos tenido ocasión de insistir: el conjunto de motivaciones que aseguran una aceptación general de los órganos estatales que deben asegurar la aplicación del Derecho comunitario. Pese a tratarse de conceptos diferenciables, no es de recibo separar tajantemente los conceptos de validez, aplicabilidad y eficacia, tal y como fue señalado al

²⁵⁶ Ibídem, páginas 342 y 344. Merece la pena aludir brevemente a la distinción que realiza el autor en cuanto al tipo de sanciones que puede comprender un ordenamiento, pues tiene directa conexión con el concepto de coacción manejado. Considera el autor necesario distinguir entre sanciones privativas y punitivas. A las primeras corresponden las distintas clases de nulidad, a las segundas las penas. Las acciones no conformes a las normas jurídicas que el ordenamiento sanciona con la nulidad se llaman inválidas; las sanciones no conformes a las normas jurídicas que el ordenamiento sanciona con la pena se llaman ilícitas. Para la nulidad también vale la idea de coacción como ejercicio de la fuerza física pues se refiere a las condiciones con base en las cuales la intervención de la fuerza pasa a ser licita, y en el caso de la nulidad, aunque no se de para el trasgresor la desventaja de la fuerza contraria a él, se da la pérdida de la ventaja de la fuerza favorable a él. Ibídem, páginas 346 a 348.

reparar en el carácter equívoco de planteamientos que, como el de Requejo, partían de dicha separación.

Y ocupando un puesto central entre tales motivaciones, al menos desde la perspectiva adoptada desde aquí, se erige la dinámica de la interrelación y su doble faz como causa y como efecto de la juridicidad autónoma del ordenamiento comunitario. Como también fuera advertido, es la intensidad de la interrelación el aspecto que en mayor medida determina la posición del orden jurídico comunitario. De esta manera, se separa de la posición ocupada por el ordenamiento internacional, cuya interrelación con los ordenamientos estatales, pese a darse, es mucho menos intensa²⁵⁷.

2.3 Conclusiones: la interrelación como esencia de la integración supranacional

2.3.1 De nuevo sobre la Kompetenz-Kompetenz

Vale la pena volver por un momento a los términos del debate entre Haltern y Weiler, de un lado, y Schilling, de otro, alrededor de la autonomía ordinamental comunitaria. Si recordamos, según Schilling la autonomía del orden jurídico comunitario únicamente podía concebirse a partir de su consideración iusinternacional lo que lo configuraba como un ordenamiento dotado de una autonomía interpretativa restringida, entendiendo que la *Kompetenz-Kompetenz* sólo puede venir asegurada en el marco de un sistema constitucional. Sin volver a repasar el diálogo entre los autores citados, es importante su referencia puesto que ahora estamos en condiciones de fundamentar una posición propia.

La respuesta de Haltern y Weiler se centraba en la necesidad de distinguir entre *Kompetenz-Kompetenz* legislativa y *Kompetenz-Kompetenz* judicial y en el hecho de que a

²⁵⁷ Recogiendo la visión de Romano al respecto, aunque debiera ser algo matizada, el Derecho internacional toma en consideración a los Derechos estatales “no en sus parcelas singulares, esto es, no en las normas y preceptos de que constan, sino cada uno de ellos en su unidad, como encerrados, a semejanza de los que ocurre en muchas operaciones matemáticas, con ciertos paréntesis. El principio de la llamada separación entre el derecho interno estatal y el Derecho internacional, es exacto en tanto en cuanto este último no penetra en tal paréntesis”. Romano, S., *El ordenamiento jurídico*, ob. cit., páginas 261 y 262.

partir de la innegable *constitucionalización* de los Tratados, el orden comunitario aunque no contase con la primera, sí disfrutaba de la segunda.

Pues bien, si hacemos memoria, después de exponer la distintas posturas, llegamos a la conclusión de que la discusión en torno a la *Kompetenz-Kompetenz* era una de las mejores muestras de lo que venía a constituir nuestro punto de partida: que ninguna explicación es válida si se adopta desde una única de las perspectivas presentes; que 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. Situábamos así con claridad el carácter irreconciliable de dos posturas válidas en sí mismas consideradas, esto es, válidas en tanto en cuanto fuese posible separarlas entre sí. Pero dado que no es posible tal separación, puesto que la una no puede entenderse sin la otra, todo intento de separación conceptual llevaría inevitablemente a un falseamiento de la realidad que se pretende describir.

Ha llegado ahora el momento de responder al reto entonces planteado, consistente en no aceptar un mero rechazo de las explicaciones monistas y ser capaces de proponer una salida jurídicamente articulada.

La propuesta, que hay que definir como visión pluralista basada en la interrelación ordinamental, consta de dos pilares fundamentales que han sido ya identificados: la autonomía de los sistemas jurídicos en presencia y la dinámica de la interrelación ordinamental.

Dando por presupuesta la autonomía ordinamental estatal (debido a su carácter originario y por los atributos que aún conserva), es necesario detenerse en la autonomía del ordenamiento comunitario. Si bien es cierto que en algunos puntos resulta coincidente con la idea de *constitucionalización* defendida por buena parte de la doctrina, en realidad adquiere elementos propios puesto que al desmarcarse de posiciones monistas que pretenden situar al sistema comunitario en una posición jerárquicamente superior, no necesita recurrir a la rigidez ni responder a las exigencias que la *constitucionalización* evoca.

Es cierto que no puede negarse que al defender la autonomía ordinamental comunitaria se parte, como les sucede a quienes se sitúan al lado de la idea de *constitucionalización*, de la constatación de una cuestión fáctica a la que se pretende dar

formulación jurídica. Por esta razón, la propuesta que aquí se defiende también se ve expuesta al cuestionamiento de la verdadera dimensión de dicha cuestión fáctica de la que se parte y de su capacidad de transformar los presupuestos jurídicos de donde nace el ordenamiento comunitario, como hacía Schilling al poner en duda el alcance de las implicaciones de la constitucionalización argumentada por Haltern y Weiler.

Pero la diferencia es que el hecho de partida, la autonomía ordinamental, que además como sabemos es matizada, no adquiere la trascendencia de la *constitucionalización* ya que ni mucho menos es capaz, ni lo pretende, de acabar por situar los Tratados comunitarios por encima de las Constituciones estatales, y el criterio del TJ por encima del criterio de los Tribunales constitucionales.

El segundo de los pilares en que se apoya la propuesta es, como sabemos, el de la interrelación. Y funciona como pilar por cuanto, como se ha señalado, tiene la capacidad de situarse al unísono como causa y efecto de la autonomía ordinamental comunitaria. La idea de *constitucionalización* se centra más en los efectos de un proceso paulatino, lo que exige una aceptación casi incondicional de los hechos que se describen, factor que no logra evitar que en ocasiones el debate sea más político que jurídico²⁵⁸.

Recurriendo como punto de partida a la interrelación, su doble faceta de causa-efecto, apuntalada por las razones que han sido señaladas, posibilita una dinámica en cierta medida autorreferencial, a partir de la cual se logra ahuyentar, nunca del todo, la interferencia de cuestiones puramente políticas. De tal manera, se llega a un espacio donde la juridicidad se refuerza y logra reclamar su capacidad de regulación, de encauzamiento de la realidad a la que se refiere.

2.3.2 *Interrelación y supranacionalidad*

A partir de las distintas cuestiones que hemos ido analizando, apuntadas todas ellas en el curso de una labor dirigida a asentar teóricamente las bases que explican la dinámica de la interrelación ordinamental, queda fuera de cualquier duda que la posición resultante

²⁵⁸ La aceptación de la extrema dificultad de reducir el impacto del carácter político del debate lleva a Weiler a proponer, sin renunciar a sus tesis sobre la autonomía del orden comunitario, la creación de un *Consejo*

de los distintos Derechos estatales sufre un importantísimo vuelco respecto de su consideración tradicional. Partiendo en cierto modo de la intuición kelseniana que identifica Estado y Derecho estatal, resulta innecesario recordar que, como ya fuera advertido, la aproximación realizada desde el Derecho nos habla igualmente del Estado, y nos permite clarificar los caracteres y la dimensión de su tantas veces anunciada transformación.

La apuesta ha consistido desde el principio en acudir al Derecho como medio idóneo para acercarnos a la realidad del proceso de integración y de sus principales protagonistas, los Estados y la propia Comunidad/UE. Llegados al punto en el que estamos, sin duda contamos con mejores elementos para tratar de dotar de contenido a la noción con la que se ha pretendido, sin excesivo éxito, llegar a la verdadera naturaleza de la Comunidad/UE: la supranacionalidad.

Desde la vinculación de la noción de supranacionalidad con la interrelación ordinamental, podemos situar más claramente no sólo la posición de los ordenamientos, sino también de las realidades estatales y comunitaria. Desde la autonomía recíproca y de mutua dependencia, llegamos a una idea que ya fuera anunciada: 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.

En tal contexto se deben situar las reflexiones que realiza Pérez Tremps sobre el fundamento de la eficacia interna del Derecho comunitario. Según dicho autor, la primera cuestión a abordar es la de si su fundamento es autónomo o interno, puesto que sólo la correcta comprensión del fundamento puede darnos las claves de su eficacia. Para el TJ está claro que el fundamento del Derecho nacido de los tratados constitutivos es autónomo, lo contrario que para la mayoría de las jurisdicciones internas. Pero ambas posturas no son necesariamente opuestas ya que el proceso se lleva a cabo a partir de los tratados de integración y éstos tienen una doble naturaleza: norma constitutiva de la organización supranacional y norma que forma parte del ordenamiento estatal. Los tratados de integración son el elemento de articulación entre los dos ordenamientos y por ello

constitucional con jurisdicción sólo en materia de competencias. Ya aludimos a dicha propuesta en el capítulo anterior.

fundamento interno inmediato de la eficacia del Derecho supranacional y a la vez parámetro de validez del Derecho supranacional.

Entiende Pérez Tremps que existe “un único fundamento, la integración, al que se apela a través de alguno de los tres eslabones formales en los que se concreta” (los preceptos constitucionales que hacen posible la integración, los tratados que la hacen efectiva o el propio ordenamiento comunitario). Ahora bien, “el hecho de que pueda invocarse como fundamento de la eficacia del Derecho supranacional mediante los elementos que la hacen efectiva en el ordenamiento interno no significa que ese Derecho adquiera las cualidades formales de dichos elementos. Dicho de otra manera, el que el Derecho Comunitario despliegue sus efectos porque un precepto constitucional habilite para ello no da rango constitucional a todo el ordenamiento, y así lo ha señalado el Tribunal Constitucional a partir de la STC 28/1991 (caso *Elecciones al Parlamento Europeo*). Tampoco el hecho de que esa habilitación se haga realidad mediante un tratado internacional hace que todo el Derecho comunitario se encuentre en el sistema de fuentes en la posición de esa norma convencional que le da cobertura. Por último, el que ese tratado se autorice mediante ley orgánica no sitúa al Derecho Comunitario en la posición de ésta”²⁵⁹.

Recogiendo una idea semejante, López Castillo señala que aunque pueda entenderse que el fundamento jurídico de la eficacia interna del Derecho comunitario se halle en la Constitución, en realidad hay que ir al plano fáctico: “al margen de las diversas variantes, por lo que a la fundamentación normativa de la integración se refiere, lo que parece difícil de controvertir, al menos desde una perspectiva sustancial, es que el fundamento de la integración supranacional se encuentra ya en el mismo hecho de una integración o apertura ordinamental (...), producida la apertura ordinamental que comporta la integración parece obvio que el fundamento de la eficacia del derecho derivado que tiene su origen en el Tratado de integración no se halle tanto en las Constituciones de los Estados miembros, cuanto en el marco constitucional de ese nuevo ordenamiento que resulta de la integración (...)"²⁶⁰.

²⁵⁹ Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., p. 129.

Como aclara Pérez Tremps, “una cosa son los elementos formales que hacen realidad la integración y otra, distinta, esa integración”²⁶¹. Esa otra cosa, la integración, es la que hemos tratado de definir en las páginas que preceden.

3. Integración europea y constitucionalismo

3.1 Introducción

Uno de los retos que ha querido asumir el presente trabajo ha consistido en tratar de abordar el fenómeno de la integración comunitaria desde una perspectiva estática, como presupuesto necesario para poder elaborar una aproximación jurídica a dicho fenómeno.

Sin negar el extraordinario dinamismo del proceso de integración, incluso sin necesidad de rechazar ni siquiera que efectivamente nos hallemos en un período transitorio, se ha partido del convencimiento de que ello no es sinónimo de imposibilidad de identificar cauces jurídicos en dicho proceso. Balaguer acierta cuando resalta la importancia de tener en cuenta que las dificultades de articulación en una relación entre ordenamientos “no surgen de la existencia de conflictos (que son inherentes a las relaciones entre ordenamientos, sean cuales sean) sino de la inexistencia de reglas, de técnicas, de mecanismos definitivos que permitan resolver esos conflictos de manera satisfactoria para las dos partes enfrentadas”²⁶².

Aunque no pueda hablarse de que contemos con “mecanismos definitivos”, entre otras cosas porque ni en la hipótesis ordinamental más sencilla pueden los mismos darse, sí podemos hablar de la existencia de reglas y técnicas que más que resolver los conflictos de dos partes enfrentadas, lo que hacen es reformular las condiciones de la relación, del “enfrentamiento”.

²⁶⁰ López Castillo, *Constitución e integración*, ob. cit., páginas 435 y 436. Tales consideraciones las apoya el autor en una idea muy parecida a la defendida por Pérez Tremps, señalando que “el trato de la integración supranacional se concreta con una tríada de elementos de orden nacional, internacional y supranacional. (...) la posibilidad de controlar el ajuste constitucional de los momentos nacional e internacional habría de quedar, conforme al principio basilar de la autonomía ordinamental, a su explícita o implícita articulación en sendos ordenamientos constitucionales”, López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., p 407.

²⁶¹ Pérez Tremps, *Constitución española...*, ob. cit., p. 129.

Esta última idea nos conduce al núcleo de la cuestión que debemos ahora abordar, puesto que una de las conclusiones que hay que extraer de lo que hasta ahora ha venido siendo examinado, consiste en que en realidad no se produce ningún enfrentamiento entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento constitucional. A lo sumo pueden darse colisiones puntuales que como hemos señalado finalmente acaban siendo absorbidas en el seno de la interrelación. De ahí se puede incluso llegar a afirmar que tales colisiones son en definitiva internormativas y no interordinamentales, por mucho que sea entre normas de distintos ordenamientos.

Entre dos ordenamientos cuyo nivel de interrelación es el que hemos tratado de plasmar, la hipótesis de un verdadero enfrentamiento, que podría manifestarse en los términos recogidos por el TCF en su sentencia *Solange II*, esto es, en forma de “decaimiento general” de la protección de los derechos fundamentales, sólo puede ser contemplada desde una perspectiva jurídica como una ruptura del sistema. El proceso de integración viene conformado por los ordenamientos comunitario y estatales, de modo que no vale la pena seguir insistiendo sólo en los problemas de articulación interordinamental. La Constitución se ha incorporado junto con los Tratados al proceso de integración.

Las afirmaciones precedentes, que han querido plasmarse con una contundencia especial, buscan sobre todo poner de manifiesto la importancia de comprender que el verdadero enfrentamiento ha modificado su escenario: ya no se sitúa en la Constitución de un Estado miembro en concreto, sino en los principios del constitucionalismo. En caso de darse un “decaimiento general” como el señalado, o una “invasión general” por parte de la normativa comunitaria de ámbitos competenciales estatales, lo que queda en primer término afectado son los principios constitucionales.

Sin duda, se debería objetar que la Constitución no es una norma jurídica cualquiera, sino que precisamente es la norma cúspide de un ordenamiento constitucional, esto es, un sistema normativo que busca asegurar la vigencia de los principios constitucionales.

Aún así hay que insistir en la misma idea: el proceso de integración no contrapone Tratados y Constitución, Derecho comunitario y Derecho estatal, sino que, contrariamente, se conforma a partir de su interrelación.

²⁶² Balaguer Callejón, F., “La constitucionalización...”, ob. cit., p. 597.

Trasladando el debate a los sujetos de la relación, nos hallamos de nuevo ante lo que ya fue puesto de manifiesto, y que recogíamos en la propuesta que situaba las dos perspectivas, la comunitaria y la estatal, como realidades que 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.

Por esta razón, resulta útil distinguir que antes que la Constitución lo que puede verse afectado es el constitucionalismo.

Contraponer Constitución y Tratados supone enfrentar Estado y Comunidad, de manera que la salida al enfrentamiento es, o bien una vuelta al Estado, como se deriva de la sentencia *Maastricht*, o bien una especie de “huida hacia adelante” que llevaría a la conformación de una realidad estatal federal europea. Según lo que se ha venido defendiendo, en realidad el Estado que idealmente se enfrentaría a la Comunidad, en una supuesta tensión entre la tendencia centrífuga frente a la centrípeta, ha dejado de existir puesto que parte de una concepción soberanista que ya no puede seguir sosteniéndose.

Se ha insistido en que el Estado no desaparece, sino que, sin dejar de ocupar una posición central, muta algunos de sus aspectos definitorios, ciertas funciones, ciertos instrumentos, en el marco de la globalización. En este contexto, como tuvimos ocasión de subrayar, la integración europea supone por una lado una respuesta a las extraordinarias limitaciones que la capacidad de actuación de los Estados individualmente considerados han venido experimentando especialmente en las últimas décadas, y por otro una pérdida de competencias estatales.

Se trata de “una respuesta organizada a la vulnerabilidad del Estado”²⁶³, entendiendo que “los acuerdos políticos de este tipo son una condición necesaria para una recuperación de la política frente a las fuerzas de la economía globalizada”²⁶⁴. De todas formas, se manifestaría también una doble faceta, pues la integración viene suponiendo “al

²⁶³ Noblecourt, V., “Essai d’une construction...”, ob. cit., p. 282.

²⁶⁴ Habermas, J., “La constelación...”, ob. cit., p. 75.

“mismo tiempo, una reacción al proceso de globalización y su expresión más avanzada”²⁶⁵; es la idea del lobo-pastor a la que tuvimos ocasión de aludir en el anterior capítulo.

Por estas razones, resulta equívoco plantear el debate en términos de vuelta a la Constitución estatal, a no ser que se matice convenientemente aclarando que lo que se propugna es la garantía de los principios constitucionales. Siendo así, la discusión debe centrarse en la posibilidad de asegurar la vigencia de tales principios más allá del Estado, y sólo si se llega a la conclusión de que no es posible, entonces deberá postularse por una reformulación del proceso de integración deshaciendo la interrelación actual o bien a favor de los Estados miembros, o bien en pro de la conformación de una realidad estatal europea de corte federal, previo proceso constituyente.

Recogiendo una idea muy simplificada, esencial, de constitucionalismo, podemos acordar que consiste en el conjunto de mecanismos que aseguran tanto el origen como el ejercicio, directo o por medio de representantes que son sujetos a control, del poder por parte del pueblo.

Si partimos de una realidad en la que al margen del Estado existen otros actores con poder político, deberemos coincidir en que el constitucionalismo difícilmente puede contentarse con quedar referido a la realidad estatal, de modo que el esfuerzo por construir un Derecho constitucional capaz de englobar el ejercicio del poder, de los poderes, en sus distintos espacios resulta imprescindible.

De este modo, vuelve a resultar necesario poner de manifiesto la incapacidad de las visiones estatalistas o soberanistas, esta vez no desde el plano dogmático sino ideológico: incluso desde los más convencidos planteamientos constitucionalistas, una visión que propugna la supremacía constitucional aislada y a ultranza pondría aun más en peligro la realización de los principios constitucionales, pues estaría cerrando los ojos ante la amenaza provocada por las transformaciones del contexto en el que se desarrolla el Estado (constitucional) contemporáneo.

Respecto de la opción por construir una realidad estatal de alcance europeo, lo cierto es que, al margen de la dificultad que tiene tal grado de articulación política en una comunidad tan amplia y heterogénea, puede plantearse también una observación, de nuevo

²⁶⁵ Castells, M., *La era de la información (Vol. 3. Fin de milenio)*, ob. cit., p. 370.

no dogmática sino ideológica: según ha puesto de manifiesto Weiler, como crítica en un nivel lógico abstracto, “resultaría más que irónico que una organización con un proceso político ideado para contrarrestar los excesos del estatalismo acabara dando la vuelta completa al círculo y transformándose ella misma en un (super)Estado. Resultaría igualmente irónico que el *ethos* que rechazó el nacionalismo de los Estados miembros alumbrara una nueva nación europea y un nuevo nacionalismo europeo”²⁶⁶.

Weiler se muestra pues favorable a consolidar la idea de un supranacionalismo que busca las ventajas de la visión comunitaria, proyectadas “tanto en el nivel interestatal, al forzar una nueva forma de discurso y autoconciencia estatales, como en el nivel social e individual al disminuir la importancia de las nacionalidades en las relaciones humanas transnacionales”. Ahora bien, sin dejar esta incursión en el terreno ideológico, lo cierto es que en ocasiones, como por ejemplo esta, Weiler parece olvidar por un momento con base en qué materiales se ha venido construyendo esa visión comunitaria cuyo contenido emancipatorio no duda en defender.

Como se ha señalado desde visiones funcionalistas (recogidas en la idea *form follows function*), la Comunidad es, o al menos viene siendo, la realización técnica de los objetivos fijados en los Tratados, que deben ser entendidos como normas de planificación de la realización del mercado común. En este contexto, “la integración gana forma, sentido y legitimidad a partir de la idea de la desregulación y aseguramiento de una sociedad burguesa basada en la libertad contractual, la competencia económica y la propiedad”²⁶⁷, visión tributaria de una teoría económica del Derecho que vería en la presencia de un constitucionalismo racional económico el diseño de la construcción comunitaria.

Sin ahondar en el debate en torno al mayor o menor protagonismo de los parámetros recién señalados, en contraposición por ejemplo con la idea (aún embrionaria) de ciudadanía europea²⁶⁸ o la Carta de derechos fundamentales, lo cierto es que hasta el momento no se puede negar que la idea de un sentido comunitario supranacional no es tan

²⁶⁶ Weiler, J. H. H., “La transformación...”, ob. cit., p. 124.

²⁶⁷ En tales términos se expresa Von Bogdandy, A., “Notas sobre la ciencia...”, ob. cit., p. 226.

²⁶⁸ En el momento de la plasmación normativa de dicha noción, con el Tratado de Maastricht, su contenido real era poco más que el conjunto de libertades de circulación y libre establecimiento, de clara orientación

sólida como quiere presentarse, siendo identificable un más que relevante influjo de los intereses individuales estatales, muchas veces en representación de intereses económicos marcadamente internos²⁶⁹. Dicha presencia resulta además desigual, como se ha puesto de nuevo de manifiesto recientemente con la ausencia de reacción comunitaria ante la constatación por parte de la Comisión del incumplimiento de los criterios de contención del déficit público por parte de Alemania²⁷⁰.

Hay que advertir, no obstante, que el propio Weiler ha apoyado sus planteamientos en una serie de constataciones que sin duda han de llevar al Derecho material económico al núcleo del ordenamiento comunitario, con lo que ha de concluirse que cuando defiende las virtudes del proyecto comunitario hace referencia sobre todo a la potencialidad emancipatoria que encierra, indicando que quizás el problema consista en recuperar la razón de ser del proyecto, ante una “Europa que se ha convertido en un fin en sí misma y ha dejado de ser camino hacia fines humanos superiores”²⁷¹. En este sentido, nadie como

economicista. Se ha explicado, en este sentido, cómo la ciudadanía europea se introdujo para “vestir” un poco los acuerdos de *Maastricht* y el protagonismo de la creación de la moneda única.

²⁶⁹ Una reciente muestra nos la ofrece el ambicioso *Proyecto Galileo* de localización espacial a través de satélites. Al margen del interés comunitario que pueda conllevar, sobre todo en contraposición al monopolio de los Estados Unidos en la materia gracias al sistema GPS, la división de pareceres entre los distintos Estados miembros se ha visto motivada en buena parte estrictos intereses internos; así Gran Bretaña (a parte de su estrecha relación con los Estados Unidos), Países Bajos y Alemania se han opuesto por los elevados costes que entrañaría (alrededor de 3500 millones de euros), mientras que países como España lo han querido impulsar al verse directamente beneficiada por las inversiones que implicaría.

²⁷⁰ Así viene recogido y comentado en De Cabo, A., “El constitucionalismo post-social como constitucionalismo atenuado y el Derecho europeo como No-Derecho: Borrador para una crítica materialista de las formas jurídicas de dominación en el capitalismo contemporáneo”, en Carbonell, M., *Teoría Constitucional: Problemas y perspectivas críticas*, UNAM, México, en prensa.

²⁷¹ Weiler, J. H. H., “Europa después de Maastricht: la nueva túnica, ¿tiene un emperador?”, *Europa fin de siglo*, ob. cit., p. 194. En este artículo el autor realiza un análisis de las consecuencias del Tratado de Maastricht, acentuando las amenazas que el mismo supone a la idea de supranacionalidad originaria. Analiza el autor cómo la Comunidad, en su nueva forma de UE, se ha ido perteñeciendo de la retórica de un superestado, aunque sea a partir de un conjunto de disposiciones que son las más vacuas y flojas del Tratado, pero que sin embargo tienen un indudable efecto de erosión de la ética del supranacionalismo. “En su aspecto estatal, el supranacionalismo fue un tránsito desde la estatalidad a una nueva y difícil relación entre la Comunidad y los Estados miembros. El término Comunidad refleja adecuadamente ese valor. Ahora, el término que designa la operación es Unión y Comunidad. Hemos cerrado el círculo”. De todas formas, el mismo autor precisa una idea esencial: “lo más irónico es que el círculo se ha cerrado en el plano ideológico, puesto que, en la práctica, Maastricht es probablemente un reforzamiento de los Estados miembros y, al menos en ciertos aspectos significativos (...) un debilitamiento de la Comunidad”. Ibídem, páginas 192 y 193.

dicho autor ha sabido subrayar la falacia de la neutralidad ideológica de la Comunidad, como tuvimos ocasión de referir en el anterior capítulo.

Incluso es posible adoptar una perspectiva aún más amplia, aportada por el autor que citamos cuando afirma que: “la eliminación de satisfactoria de las fronteras internas acentuará, por supuesto, en sentido simbólico y real las fronteras externas de la Comunidad. Los privilegios derivados de la adscripción comunitaria para los Estados y la ciudadanía comunitaria para los individuos se están haciendo cada vez más pronunciados. Esto se pone de manifiesto en fenómenos como la desconfianza hacia sucesivas ampliaciones (recogida en la idea de círculos concéntricos), en la inevitable armonización de los controles de fronteras externas, de las políticas de inmigración y asilo (...). Adquiere un carácter picaresco en la creciente presencia de los símbolos estatales ya adoptados por la Comunidad: bandera, himno, pasaporte comunitario. Los potenciales efectos corrosivos sobre los valores de la visión comunitaria de la integración europea son evidentes por sí mismos. La nacionalidad como referente de las relaciones interpersonales y el efecto alienante para la condición humana de la división entre *Nosotros* y *Ellos*, han aparecido de nuevo simplemente transferidos desde su anterior contexto intracomunitario al nuevo contexto intercomunitario. Poco hemos progresado si *Nosotros* se refiere ahora a los europeos y *Ellos* a los individuos ajenos a la Comunidad, o a los que en el seno de la misma no disfrutan de los privilegios de la ciudadanía”²⁷².

Esta última idea nos acercaría a la noción de “constitucionalismo mundial” postulada por Ferrajoli. Concretamente este autor sostiene que “tomar en serio los derechos fundamentales quiere decir tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía (...). La superación del carácter limitado de la soberanía y, por otra parte, del límite de la ciudadanía para el disfrute de los derechos fundamentales, representa, pues, la condición para el desarrollo de un constitucionalismo mundial. La crisis actual del Estado nacional –de por sí saludable y en todo caso imparable- puede ser afrontada, en esta dirección, sólo repensando los *topoi* del constitucionalismo”²⁷³.

²⁷² Weiler, J. H. H., “La transformación...”, ob. cit., p. 125.

²⁷³ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...*, ob. cit., p. 32.

En este contexto, ciertamente complejo, es en el que se debe insertar el debate en torno al constitucionalismo en el marco del proceso de integración.

Obviamente, dicho debate no se abordará con suficiente profundidad en estas páginas. Se trata simplemente de apuntar cuál es su escenario, y no de repasar las ventajas y los riesgos de cada una de las posibles opciones tratando de establecer una especie de ranking de condiciones para la realización del constitucionalismo. Lo que se pretende es otra cosa, y parte de la idea de que una vez analizadas las implicaciones constitucionales del proceso de integración europea desde la perspectiva de la interrelación ordinamental, resultaría frustrante dejar de referirse a la más importante problemática constitucional que dichas implicaciones comportan.

Se trata de nuevo de optar por una perspectiva que, sin olvidar el dinamismo del proceso de integración, especialmente en el contexto dibujado por la Declaración de Laeken de 15 de diciembre de 2001 sobre el “Futuro de la Unión Europea”, se acerque a la problemática de la realización del constitucionalismo en el contexto actual del proceso de integración comunitaria, a partir de los términos que hasta ahora han sido examinados. Esta perspectiva pasa por tratar de definir, aunque sea a modo de esbozo, la naturaleza de la Comunidad/UE, pues constituye un dato esencial dentro del debate constitucional mencionado.

3.2 La naturaleza de la Comunidad/UE

3.2.1 Introducción

Frente a la incapacidad de definir de manera general la naturaleza de la Comunidad/UE, se propuso en su momento iniciar un recorrido que había de empezar por abordar las implicaciones jurídicas del proceso de integración que acaba por otorgarle una forma concreta a dicho ente. A partir del análisis de los temas centrales en los que se manifiesta la interacción entre los ordenamientos comunitario y estatales, como son la protección de los derechos fundamentales y la determinación de la *Kompetenz-Kompetenz*, se ha querido lograr un acercamiento a la esencia de la organización comunitaria, tarea

ardua si lo que se pretende es llegar directamente a la definición abstracta general de un fenómeno que no tiene claros referentes en los que apoyarse.

El punto de partida sí resulta claro, pues basta con comparar el origen normativo de la Comunidad con el de una experiencia federal como la de los Estados Unidos de América. Según tuvimos ocasión de señalar, ya sólo 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...”. De ahí se deduciría que el sujeto del que emana la norma constitutiva de la Comunidad/UE son los Estados de Europa y no el “pueblo de Europa”.

La distinta naturaleza de las normas constitutivas es evidente, y en ella se basa el TCF cuando afirma que el TUE crea una asociación o unión de Estados (*Staatenverbund*) y que los Estados son los “Señores –o dueños- de los Tratados” (*Herren der Verträge*).

Pero como sabemos, la clave está en que no puede limitarse el análisis en el origen iusinternacional de la norma constitutiva, sino que es necesario atender al proceso que la misma abre, un proceso caracterizado, como ha definido Pérez Tremps, por la idea de *cesión sistemática de poderes*: la apertura no se realiza respecto a actos y normas singulares sino respecto de un sistema compuesto de normas primarias y secundarias²⁷⁴. No hace falta insistir en que la naturaleza de la Comunidad es distinta a la de una organización internacional de corte tradicional. El problema está en hallar el modo de definir a lo que da pie ese proceso abierto por los Tratados y contemplado en las Constituciones estatales.

Ya hemos tenido ocasión de ir recogiendo a lo largo del trabajo distintos intentos de definición de la realidad comunitaria, por lo que no nos vamos a detener de nuevo en su comentario y en el subrayado de sus insuficiencias. Ahora se trata de dar forma a los resultados del análisis efectuado hasta el momento, y en especial de lo relativo a la autonomía del ordenamiento comunitario y el fenómeno de la interrelación ordinamental.

Como punto de partida vamos a utilizar la definición dada por Schmitz, porque en ella quedan comprendidos algunos de los elementos que han ido apareciendo en nuestro análisis. El calificativo que encuentra el autor es el de “Unión supranacional”, entendiendo

²⁷⁴ Pérez Tremps, *Derecho constitucional...*, ob. cit. p. 58.

como tal una “organización internacional instituida por varios Estados con fines de integración, consagrada a una evolución continua y teóricamente abierta a funciones de todas clases, que cumple su función de integración principalmente haciéndose cargo ella misma en gran medida, y por el ejercicio de un poder público, de funciones públicas en los estados miembros”²⁷⁵.

Prosigue el mismo autor precisando que “la Unión supranacional reúne todos los rasgos característicos de una organización supranacional y de una confederación de Estados, sobrepasándolos. En consecuencia, es más que una simple organización internacional o supranacional, más que una simple confederación de Estados y más que una simple combinación de estas formas de organización”. Pero la Unión supranacional no es un Estado federal porque no es un Estado. Se trata de “una *nueva forma de organización relevante de Derecho internacional público*, específica y jurídicamente a parte”²⁷⁶.

3.2.2 La necesidad de partir desde el Estado: los cambios en la forma de Estado

Seguramente la definición dada por Schmitz es una buena aproximación desde la perspectiva del Derecho internacional público, pero sucede que dadas las especiales características de la integración, hay que considerar más clarificador el acercamiento desde los Estados y el Derecho constitucional. Se trata de una opción que ya fue propuesta anteriormente, y que parte del entendimiento que es el Estado el que explica a partir de sus transformaciones los rasgos de la Comunidad, erigiéndose el Derecho como la piedra de toque de tales transformaciones. Esa es la opción que se asumió al advertir la posibilidad de caer en un argumento circular al tratar de definir los rasgos de la Comunidad/UE. Quizá la mejor manera de exemplificar dicho círculo sea a partir de la cuestión sobre la *Kompetenz-Kompetenz*: difícilmente podemos abordar si la Comunidad ejercer dicho control sin posicionarnos previamente sobre la naturaleza de dicha organización; pero tal naturaleza se ha de definir precisamente a partir de que podamos posicionarnos sobre si cuenta o no (o todo lo contrario, si no hace falta dicho posicionamiento) con la *Kompetenz-Kompetenz*.

²⁷⁵ Schmitz, T., *La integración de la Unión supranacional...*, ob. cit., p. 5.

²⁷⁶ Ibidem, páginas 6 y 7.

Lo mismo cabría decir del argumento sobre la *constitucionalización* de los Tratados, que fundamenta una determinada concepción de la naturaleza comunitaria: son Tratados *constitucionalizados* por cuanto tienen capacidad de obligar directamente a las personas; y tienen dicha capacidad porque no son meros Tratados internacionales, porque tienen carácter constitucional. Lo mismo sucede si nos referimos a las técnicas de interpretación empleadas por el TJ.

Por estas razones, se ha venido haciendo hincapié en los rasgos actuales del Estado y del Derecho constitucional estatal. Como también se pudo afirmar, pese a no coincidir con los planteamientos de fondo del TCF en su sentencia *Maastricht*, una cuestión sí hay que aceptar: la Comunidad/UE representa una “Unión de Estados” (*Staatenverbund*). Ahora bien, esa Unión, que lógicamente también comprende a los individuos (cuyo papel, no obstante, sigue hoy en día en segundo plano), lo es de unos Estados que poco tienen que ver con la concepción que de lo estatal tiene el TCF en esa sentencia.

El Estado del que partimos es un *Estado integrado*, entendiendo dicho calificativo, como dijimos, no sólo en el contexto de la integración comunitaria en sí misma considerada, sino también a partir de la transformación que los atributos estatales vienen experimentando en el contexto de la globalización, contexto en el que los Estados también se *integran*. Tal integración es en su conjunto tan intensa que puede llegar a afirmarse la necesidad de hablar de una nueva *forma de Estado*.

Una manera de justificar que el calificativo de *integrado* incorpora a la forma de Estado democrático y de Derecho un carácter nuevo que incide en la estructuración de las relaciones entre sociedad y poder político, es a partir de la transformación que dicho nuevo carácter provoca en el sistema de fuentes. Hay que tener en cuenta que, como ha indicado De Cabo “el sistema de fuentes expresa, en efecto, en el orden normativo, no sólo la situación, carácter y función de cada uno de los poderes, sino la interrelación entre los mismos, hasta el punto de que puede decirse que traduce jurídicamente la estructura básica del sistema político-constitucional”²⁷⁷.

A partir de ahí, puede decirse, con De Otto, que “la regulación de las Fuentes guarda una relación íntima con la forma de Estado y con la forma de Gobierno, porque

²⁷⁷ De Cabo, C., “Las fuentes del Derecho...”, ob. cit., p. 253.

atribuir poderes normativos y establecer la relación entre las normas que con ellos se crean, significa determinar la estructura territorial del Ordenamiento (...), la estructura interna del Estado, las relaciones entre sus órganos y las relaciones del poder público con los ciudadanos”²⁷⁸.

Partiendo pues de esa nueva forma estatal, de lo que hay que hablar al referirnos al fenómeno comunitario es de la existencia de una *Unión de Estados integrados*, donde la clave de la naturaleza de dicha organización no está tanto en la definición de los caracteres de la unión en sí, y de su ordenamiento, como en la de los Estados que la forman, y sus ordenamientos.

Sería un equívoco, deducir que esta propuesta lleva el análisis del ordenamiento comunitario a un segundo plano. Lo que se afirma es que dado que este ordenamiento toma forma a partir de cómo se reacomodan los ordenamientos internos, resulta necesario situar el eje del análisis en los mismos, y por ello se opta por una definición en la que el protagonista es el Estado y su ordenamiento, partiendo, eso sí, de su transformación, reflejada en un concepto de *integración* cuyo mayor signo distintivo es la interrelación ordinamental que comporta. Y esa interrelación, por definición, requiere una igual consideración de los ordenamientos comunitario y estatales.

3.2.3 *La integración comunitaria como unión de Constituciones*

Tras llegar a este punto, merece la pena aprovechar la propuesta de Pernice sobre la existencia de una *Verfassungverbund*, esto es, una unión de Constituciones, también llamada por el mismo autor en su traducción al inglés como *multilevel constitutionalism*, expresión que evoca más bien la idea de un constitucionalismo con distintos planos²⁷⁹.

²⁷⁸ De Otto Pardo, I., *Derecho constitucional...*, ob. cit., p. 83.

²⁷⁹ La noción de *Verfassungsverbund*, la incluye el autor en primer lugar en “Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung”, Bieber, R., Widmer, P. (eds.), *The European Constitutional Area*, 1995, páginas 225 a 261, y posteriormente en Pernice, I., *Die Dritte Gewalt in Europäischen Verfassungsverbund*, *EuR*, vol. 31, 1996. La noción de *Multilevel Constitutionalism*, se encuentra en Pernice, I., “Constitutional Law Implication for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and «Multilevel Constitutionalism»”, Riédel, E. (ed.) *German Reports on Public Law Presented to the XV International Congress on Comparative Law*, Bristol, julio-agosto 1998, páginas 40 a 65.

La idea que defiende Pernice es que a partir de la interrelación, institucional y sustancial, los ordenamientos comunitario y estatal deben ser considerados “como elementos de un único sistema constitucional, que deriva su legitimidad de los mismos ciudadanos (europeos) y que otorga el poder legislativo y la potestad pública en referencia a un mismo pueblo”²⁸⁰.

Pese a que la idea de unión de Constituciones pueda resultar adecuada, no en vano si hablamos de unión de Estados (integrados) hay que aceptar correlativamente la unión de sus Constituciones, no parece que podamos aceptar la existencia de un único sistema constitucional²⁸¹. Siguiendo con el mismo razonamiento, así como de la unión de Estados (integrados) no se deriva un Estado unitario, de la unión de Constituciones no surge un único sistema constitucional.

Es importante precisar que el término “unión” debe entenderse en el sentido no de “ fusión”, sino expresivo de la idea que sitúa el encuentro de los distintos sistemas constitucionales en un espacio común, en el que sin duda construyen paulatinamente los elementos de un *ius commune europeo*, según hemos podido ejemplificar. Pero no hay más remedio que seguir identificando por separado los distintos sistemas constitucionales estatales y el sistema comunitario, pues es partiendo de su recíproca autonomía que acaba por conformarse el fenómeno de la integración europea.

Para poder hablar de un único sistema constitucional sería necesario renunciar pues a la perspectiva pluralista que aquí se ha propuesto. El debate presenta rasgos semejantes al que se ha planteado durante años respecto del sistema jurídico internacional y la posibilidad de entender que existe una unidad última que abraza a todos los sistemas constitucionales

²⁸⁰ Pernice, I., “Constitutional Law...”, ob .cit, páginas 42 y 43.

²⁸¹ El autor sustenta dicha unidad en la vigencia de una serie de principios aceptados de manera general. En primer lugar, el principio de subsidiariedad, incluido como característica estructural de la UE y que presupone un complemento mutuo de dos niveles de políticos que forman parte de un sistema político y constitucional coherente; en segundo lugar, la idea de unidad sustantiva, plasmada en la interacción normativa de ambos planos a través de los principios del Derecho comunitario y los derechos fundamentales en los términos recogidos por el art. 6.2 TUE; en tercer lugar, la cláusula de efectividad del art. 6.4 TUE, que permite a la Unión dotarse de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y llevar a cabo sus políticas, así como la previsión del art.1 TUE según la cual la Unión “tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y sus pueblos”; finalmente, otra muestra de la unidad constitucional se halla en la doctrina del efecto indirecto de la normativa comunitaria sobre la normativa estatal, incluso cuando no es directamente aplicable, en el sentido de que debe ser empleada en la interpretación de la norma interna.

estatales en un único sistema internacional, como en su día propusiera Kelsen tratando de llevar a sus últimas consecuencias su teoría pura del Derecho.

Más aun en el contexto comunitario se podría llegar a concebir la existencia de esa unidad superior, pues en último término es cierto que del amalgama de ordenamientos, de su encuentro en ese espacio común y de la recíproca influencia se genera una cierta unidad. Ahora bien, desde la perspectiva pluralista que se ha planteando hay que distinguir bien que esa unidad no está representada por el Derecho comunitario en sí, pues debe considerarse que éste es uno de los ordenamientos que conforman ese amalgama mencionado. Recuperando lo que ya fuera expuesto cuando se abordó la interrelación ordinamental, finalmente de dicha dinámica se acaba conformando una especie de *orden público común*, en el que puede identificarse la unidad mencionada. Ahora bien, para la comprensión de dicha unidad sigue siendo necesario partir de la diversidad de la que emana. Por el momento el proceso de integración europea, ni tan siquiera en la vertiente comunitaria, no permite prescindir ni de la autonomía de los ordenamientos presentes ni, a partir de ella, de la perspectiva pluralista para la descripción de su verdadera naturaleza.

Podemos ahora recuperar la distinción que el propio Pernice realizaba entre la versión original de su *Verfassungsverbund* y la traducción inglesa de *Multilevel Constitutionalism*. Seguramente la diferencia entre uno y otro concepto, tratando el segundo de ser traducción del primero, se halla simplemente en la inexistencia de Constitución formal, escrita, en Gran Bretaña. De esta manera Pernice prefiere utilizar el término constitucionalismo, entendiendo que eso es lo que se halla detrás de la Constitución formal.

Ahora bien, aunque Pernice no precise nada al respecto, lo cierto es que el segundo de los conceptos es más amplio que el primero y esa amplitud le permite comprender mejor el debate que subyace al proceso de integración. Más allá del papel de cada Constitución estatal, y de que pueda calificarse a los Tratados como textos constitucionales o no, en realidad de lo que se trata es de advertir que el verdadero reto no puede limitarse a analizar los términos en que se relacionan los distintos ordenamientos en presencia, sino que es necesario trasladarse a los dos planos de la relación y ver en qué medida el

De ahí se deduciría claramente la existencia de un orden normativo unitario (*Einheit der Rechtsordnung*). Ibídem, páginas 44 a 46.

constitucionalismo aparece en ellos. De ahí la utilidad de la noción de “constitucionalismo con distintos planos”, aunque no como definición del fenómeno de la integración sino como llamada a la reflexión alrededor del papel que las categorías del Derecho constitucional juegan o deberían jugar en dicho fenómeno.

3.3 ¿Hacia un Derecho constitucional no estatal?

3.3.1 Introducción: la constitucionalización del ordenamiento comunitario como condición de eficacia

En la jurisprudencia del TJ, así como en la argumentación de los sectores comunitaristas, la *constitucionalización* de los Tratados se ha erigido como premisa teórica para la fundamentación de la primacía incondicionada del Derecho comunitario, así como de su efecto directo. Se trata pues, desde esta perspectiva, de un ordenamiento supraestatal cuyo fundamento de validez es autónomo, y al serlo y tener como presupuesto para el cumplimiento de los objetivos marcados por los Tratados su aplicación homogénea, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la de la subordinación de los ordenamientos estatales, incluidas sus Constituciones, a la aplicación de la norma comunitaria.

En este trabajo se ha querido sostener que la posibilidad de fundamentar la autonomía del ordenamiento comunitario no equivale a tener que concebir su relación con los ordenamientos estatales en términos de superioridad jerárquica. A partir de ahí, la discusión sobre la constitucionalización de los Tratados adquiere sin duda una dimensión distinta, pues ya no se trata de sostener la existencia de una Constitución, “material”, si se quiere, aunque no en el sentido mortatiano²⁸², que implique la subordinación de las

²⁸² La diferencia está en que para Mortati, la *Constitución material* está presente en todo caso como realidad que subyace a la Constitución formal, cuya proyección es siempre menor pues la Constitución material actúa como fuente de naturaleza “real” frente a la dimensión normativo-formal de la Constitución escrita; en cambio la llamada “Constitución material” comunitaria arranca de los Tratados y la jurisprudencia del TJ a falta de Constitución formal. Ver Mortati, C., *La Constitución en sentido material*, traducción de Bergareche Gros, A., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. La referencia a una Constitución “material” europea se puede hallar, entre otros, en Areilza Carvajal, J. M., “La reforma de Niza: ¿hacia qué Unión Europea?”, *Política Exterior*, vol. XV, núm. 79, 2001, p. 116 (páginas 104 a 119), donde afirma que “La Unión ya tiene una Constitución material, que ha evolucionado durante sus cuatro décadas de existencia y

Constituciones estatales y con ello la negación de uno de sus elementos definitorios, el de primacía.

Una vez fundamentada la autonomía ordinamental comunitaria desde los parámetros de una perspectiva pluralista, esto es, rechazando el principio de unidad ordinamental última y con él la necesidad de clarificar quién tiene la última palabra, la posibilidad de dotar a los Tratados de una consideración *constitucional* se enmarca más bien en las causas que están detrás de la aceptación de la autonomía comunitaria por parte de los distintos actores internos, como ponen de manifiesto las razones que impulsaron al TJ a elaborar su construcción jurisprudencial del sistema de protección de los derechos fundamentales en sede comunitaria.

Como tuvimos ocasión de analizar con mayor detenimiento al abordar la discusión en torno a la constitucionalización de los Tratados, sin duda puede llegar a afirmarse que el TCE comprende atributos constitucionales, pues constituye la Comunidad, determina sus objetivos, establece sus instituciones, confiere sus poderes y ordena sus procedimientos, ocupando la posición normativa suprema dentro del propio ordenamiento, como fuente de fuentes, causa de validez del resto de normas comunitarias. Al lado de esta vertiente descriptivo-formal puede añadirse un enfoque sustantivo o axiológico, el que traza la separación entre *Verfassung* y *Konstitutionelle Verfassung*. En pocas palabras y según la conocida fórmula de la Declaración francesa, dicho encuadre exige la limitación jurídica del poder a través de la tutela de los derechos fundamentales y la división de poderes. También desde esta perspectiva, aunque como sabemos puedan realizarse objeciones, cabría aceptar que los Tratados, de acuerdo con la interpretación que de los mismos realiza el TJ, reúnen caracteres de constitucionalidad.

Donde aparecen más dudas es en dos cuestiones estrechamente relacionadas: la ausencia de un nivel aceptable de democracia, aspecto como vimos especialmente denunciado por Díez-Picazo, para quien “la democracia la laguna más notoria para la existencia de una Constitución europea”²⁸³, y el hecho de que no pueda identificarse un

tiene elementos muy valiosos que puede ser preferible no formalizar. Esta Constitución está compuesta por los tratados, la interpretación de los mismos hecha por el Tribunal de Luxemburgo y el conjunto de prácticas institucionales europeas”.

²⁸³ Díez-Picazo Giménez, L. M., “Reflexiones...”, ob. cit., p. 551.

demos europeo, y de ahí un auténtico “pacto social”²⁸⁴, de lo que se deduciría, con Grimm, que “el poder público europeo no deriva del pueblo, sino a través de los Estados miembros”²⁸⁵ y, por tanto, de sus Constituciones, que sí surgen de la voluntad de un poder constituyente propio.

No vamos a volver de nuevo sobre una discusión cuyos componentes (Constitución, *demos*, poder constituyente) ya tuvimos oportunidad de analizar. Dijimos en su momento que no se pretendía elaborar un posicionamiento sobre si puede hablarse o no de *demos* europeo, y hasta qué punto pueden considerarse los Tratados verdaderos textos constitucionales; la intención era la de aportar distintos elementos de reflexión sobre una cuestión que ha sido objeto de debate a lo largo de la historia constitucional y que ahora adquiere un impulso nuevo, y no sólo respecto de la naturaleza actual de la Comunidad/UE, sino también de cara a un hipotético (para algunos ya abierto) proceso constituyente europeo.

Sin duda esto último se trata de una cuestión de absoluta actualidad, sin embargo aquí la perspectiva quiere situarse, como ya ha sido reiterado, en una posición más estática, siendo el objetivo tratar de clarificar la naturaleza del fenómeno comunitario tal y como hoy está configurado.

Ahora bien, el planteamiento es algo más amplio ya que se parte del convencimiento de que la necesidad de abordar dicha perspectiva radica también en que la misma debería estar mucho más presente en el actual debate constitucional europeo.

²⁸⁴ En contra de la opinión de Pernice, quien a partir de los rasgos constitucionales de los Tratados, y especialmente del hecho de que definen directamente derechos y obligaciones de los particulares, así como de los Estados y de las instituciones comunitarias, deriva su consideración como “nueva forma de contrato social entre los pueblos de los Estados miembros”. Pernice, I., “Constitutional Law...”, ob. cit., p. 47. De la misma opinión es Weiler, quien sostiene que los Tratados no sólo son acuerdos entre Estados sino un verdadero contrato social entre individuos, o lo que equivale, podría decirse a una Constitución (no estatal), y ello pese a que Europa no sea todavía, y considera Weiler que nunca lo acabará siendo, un *demos* en el sentido etnocultural del término. A partir de ahí Weiler sostiene la necesidad de rebatir las conclusiones a las que llega el TCF en su sentencia *Maastricht* para con ello apoyar con fuerza una mayor democratización de las instituciones europeas. Weiler, J. H. H., “The Reformation...”, ob. cit., p. 119. Por su parte, autores como Carreras han considerado que ya se puede hablar de que está teniendo lugar un pacto social, tal y como lo demuestra el contenido del Proyecto de Constitución Europea, aprobado por la Comisión Institucional del PE de 10 de febrero de 1994 (*Proyecto Hermann*). Carreras Serra, F., “Por una Constitución Europea”, *REP*, núm. 90, 1995, p. 205 (páginas 193 a 220). En el mismo sentido, también en referencia a dicho proyecto, García de Enterría, E., “El Proyecto de Constitución Europea”, *REDC*, núm. 45, 1994, páginas 17 y 18 (páginas 9 a 29).

²⁸⁵ Grimm, D., “¿Necesita Europa...?”, ob. cit., p. 10.

De todas formas hay que reconocer, por otra parte, que esa voluntad de análisis estático nos conduce, utilizando una idea empleada por Constantinesco, al riesgo de la vaguedad de la imagen resultado de quien intenta captar el movimiento con una cámara fotográfica²⁸⁶. El problema es que no sólo hay bastante movimiento, sino que además hay poca luz, por lo que habrá que intentar abrir el diafragma todo lo que se pueda.

3.3.2 La función ordenadora del Derecho constitucional: la autonomía dentro de la unidad

3.3.2.1 Introducción

En el capítulo anterior quiso argumentarse que frente a la constatación del debilitamiento, cuando menos, de la soberanía estatal, y con ella de lo que la idea de soberanía define, esto es, la unidad del poder, la posibilidad de identificar un *demos* más allá de las condiciones que ofrece el Estado-nación no sólo es posible sino que, sobre todo, es necesario. No hace falta repasar el recorrido que nos llevó principalmente al convencimiento del carácter ineludible de la separación conceptual tanto entre las nociones de ciudadanía y nacionalidad, por un lado, como de soberanía popular y soberanía estatal, por otro; de tal separación se llegó también a la necesidad de disociar los conceptos de soberanía y legitimidad del poder, conclusión que ocupa un lugar central en el análisis efectuado: se postula en definitiva que no sólo es posible una única fuente de legitimidad referida a un mismo territorio y unos mismos sujetos.

A partir de ahí, hemos tenido que cuestionar la necesaria vinculación entre Estado y Constitución, entendida ésta como presupuesto esencial del ejercicio democrático del poder. Y consecuentemente, lo mismo ha sucedido con la vinculación entre Estado y Derecho.

De nuevo hay que insistir en lo que se ha dicho: la dimensión del debate es muy distinta si la serie de cuestionamientos recién referidos se realiza sin romper el presupuesto

²⁸⁶ Constantinesco, V., “¿Hacia la emergencia de un derecho constitucional europeo?”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, 1994, p. 8, (páginas 5 a 16).

de la unidad ordinamental y de poder; una vez roto, de lo que se trata no es tanto de comprobar si en el plano comunitario se dan una por una las condiciones que necesariamente deben acompañar una Constitución de carácter estatal, sino de examinar si los principios esenciales del constitucionalismo pueden quedar asegurados en el contexto actual de la integración europea.

La primera cuestión que debe resaltarse es que pese a partir de la negación de la necesidad de poder referir toda norma aplicable en un determinado territorio a una única fuente de poder última, de ahí no se deriva, ni mucho menos, que la idea de unidad, que halla en la Constitución su medio de realización primordial, pueda ser desterrada. Así es, frente a la noción de unidad entendida en el sentido de exclusividad y absoluta primacía, debe incorporarse la idea de unidad en cuanto autonomía, base del planteamiento pluralista que venimos defendiendo. Es más, en un contexto de fragmentación del poder y creciente pluralidad social, la unidad interna de los distintos ordenamientos deviene especialmente necesaria.

Lo que se pretende hacer notar es que quizás como nunca hasta ahora, la función de la Constitución y del Derecho constitucional sigue vigente. La propia dinámica de la interrelación se basa, en el ámbito que tratamos, en la garantía de la unidad interna de los ordenamientos en presencia, ocupando el Derecho, que es Derecho constitucional, un lugar central por su papel en la plasmación de los principios y las reglas, de carácter sustantivo y procedural que explican su desarrollo. La función ordenadora asumida por la Norma Fundamental asume un renovado protagonismo cuando a su alrededor se disgregan los centros de poder.

La idea es la siguiente: mientras que frente a la fragmentación social y política interna, el constitucionalismo del siglo XX respondió mediante la garantía de determinados contenidos sustantivos y la consagración de la Constitución como norma suprema (lo que desbancó a la ley del Estado liberal de su posición central), el constitucionalismo del presente siglo debe igualmente tratar de responder a la fragmentación social y política, pero no necesariamente a partir de la creación de una superestructura estatal de poder (y un supraordenamiento constitucional de carácter unitario), sino a partir de la garantía de la vigencia de los principios constitucionales en los distintos centros de poder. De lo

contrario, asistiremos al triunfo del no-Derecho, algo de lo que ya ha advertido no sólo la experiencia internacional, sino también la comunitaria.

Así es, el monismo legal característico del Estado liberal era cumplida expresión de la soberanía histórico-política de la clase social dueña de la ley que aseguraba la reconducción a la propia ley de cualquier otro aspecto del Derecho²⁸⁷. Por esta razón, en respuesta a la creciente heterogeneidad de intereses, dicho monismo fue desecharido en favor del pluralismo normativo que el régimen constitucional se aprestó a garantizar. Pues bien, el reto actual del constitucionalismo se centra en la evolución desde ese pluralismo normativo, aceptable bajo la primacía de una única norma, la Constitución, hacia el pluralismo ordinamental (lo que implica una especie de neofeudalismo jurídico, salvadas todas las distancias). Los objetivos en definitiva son los mismos, pues se trata de que el Derecho sea capaz, a partir del reconocimiento de la pluralidad jurídica y de centros de producción normativa, de preservar y hasta cierto punto encauzar el pluralismo social existente²⁸⁸.

No debe extrañar, en consecuencia, que puedan trasladarse sin dificultad las reflexiones de De Cabo sobre el constitucionalismo desde una perspectiva estatal interna al debate actual, modificando la noción de pluralismo normativo por la de pluralismo ordinamental. Concretamente, para dicho autor hay que considerar “como una función específicamente constitucional y de la mayor relevancia para el ordenamiento jurídico, la integración unitaria del pluralismo jurídico evitando las contradicciones y realizando la unidad jurídica. Ello se obtiene mediante la configuración constitucional de diferentes principios a través de los cuales se precisa la relación existente entre los diferentes actos normativos”²⁸⁹.

Así es, toda la reflexión sobre la tarea del constitucionalismo realizada en el contexto de la crisis del Estado social puede ser referida con facilidad al debate del que nos ocupamos. Puede comprobarse también con las afirmaciones de Zagrebelsky, para quien “la función unificadora de la Constitución, ante una situación de sobreabundancia de leyes

²⁸⁷ Así lo ha expuesto Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil...*, ob. cit., páginas 41 y 41.

²⁸⁸ Así lo entiende Rodríguez al explicar el tránsito del modelo liberal al constitucional. Rodríguez, A., *Integración europea...*, ob. cit., p. 30.

que no es una perversión transitoria de la concepción del derecho sino fruto de la situación estructural de las sociedades actuales (...). El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo”²⁹⁰. Como puede verse, el desafío actual es semejante, pero desde una perspectiva doble, pues a la vertiente intraordinamental hay que añadir la interordinamental.

Igualmente pueden acomodarse a nuestro discurso las apreciaciones de Hesse, cuando señala que la creación de “unidad política es un proceso permanente, (de modo que) el mismo necesitará de una ordenación, si no quiere quedar abandonado al azar de las luchas de poder carentes de reglas (...). La cooperación organizada y procesualmente ordenada exige un *orden jurídico*, ahora bien, no un orden jurídico cualquiera, sino un orden determinado que garantice el éxito de esa cooperación creadora de unidad (...). Pero, además, el orden jurídico se presenta como algo a alcanzar en un *sentido más amplio*. La comunidad lo necesita porque la convivencia humana no es posible sin él, tanto más en una situación como la actual, que provoca la necesidad de una amplia ordenación y coordinación material de las relaciones y los ámbitos de la vida social y económica”²⁹¹.

Hay que seguir por tanto estando con Bobbio cuando afirma que la tarea de la ciencia jurídica no es otra que la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento²⁹². Ahora bien, precisamente para poder desarrollar dicha tarea, hay que proporcionar elementos que permitan la necesaria adaptación del Derecho constitucional a una realidad en la que los espacios autónomos de normación exceden el marco del Estado-nación.

3.3.2.2 El papel del Derecho constitucional estatal

Es preciso advertir del siguiente extremo: si resulta urgente el análisis sobre las condiciones de ejercicio del poder en realidades no estatales, más lo es incluso la revisión

²⁸⁹ De Cabo, C., “Las fuentes...”, ob. cit., p. 255.

²⁹⁰ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil...*, ob. cit., p. 39.

²⁹¹ Hesse, K., *Escritos...*, ob. cit. páginas 14 y 15.

de los parámetros de control existentes en las realidades estatales. Situados en concreto en el proceso de integración europea, de nuevo ha de resultar necesario partir del Estado y de sus transformaciones como modo de dar forma a una teoría constitucional capaz de responder a los retos planteados por dicho proceso. No en vano, como ya se dijera, el Estado sigue siendo capaz de otorgar un especial grado de cohesión a la realidad social a la que se refiere, cohesión bajo la que pueden coexistir otras realidades jurídico-políticas referidas a partes del territorio (entidades subestatales, que, de momento, siguen conservando la relación de subordinación) y que le permite, por su carácter no excluyente, formar parte de realidades supraestatales no necesariamente en términos de subordinación jerárquica.

Como ha señalado Gomes Canotilho, es necesario construir un discurso del intérprete desde el Estado democrático y social de Derecho pero ubicando al Estado dentro de una “Red de complejidad”. Para sacar al Derecho constitucional de su autismo frente a las transformaciones, resulta ineludible enfocar la teoría de la Constitución no como algo piramidal estructurado por el Estado sino como una red donde los protagonistas son diversos, y el Estado es uno de ellos. En cualquier caso resulta clave construir una nueva racionalidad partiendo del Estado constitucional, a diferencia de quienes, como Habermas, optan por realizar una construcción en abstracto, cerrada en sí misma, una racionalidad propia, al margen del Estado, donde se entroniza la razonabilidad del discurso (si el discurso es razonable, la decisión es legítima)²⁹³.

En este camino, nos han de servir las reflexiones de Zagrebelsky, cuando ha querido referirse a un concepto distinto de Constitución, advirtiendo que puede tratarse de “una importante novedad, siempre que no se espere que el resultado haya de ser el mismo de otro tiempo, es decir, la creación de un nuevo centro de emanación de fuerza concreta, que asegure la unidad política estatal”. A lo que se refiere el autor es a que ya no cabe concebir “la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir (...) es esa visión «abierta»

²⁹² Tal y como recoge Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...*, ob. cit., p. 34.

²⁹³ Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 1279.

de la Constitución (...) a la que puede atribuirse el mérito, si de mérito se trata, de haber permitido a los Estados abrirse (...) a la organización de una autoridad y de una unión europeas cuya existencia misma contradice el carácter absoluto del dogma de la soberanía estatal”²⁹⁴.

El Derecho constitucional estatal debe pues situarse como punto de partida, pero desde un convencimiento contractualista, donde la Constitución sin Estado es posible en cuanto el énfasis debe ponerse en su expresión como “contrato social entre individuos en un territorio en el que: organizan un poder público (órganos, competencias, modos de elección, procedimientos de decisión); se reconocen a sí mismo como ciudadanos y poder constituyente; se fija su estatuto, sus derechos fundamentales y obligaciones recíprocas (...). Es la idea de Häberle, basada en la filosofía de Rousseau, Locke y la idea de Renan sobre la nación como plebiscito de todos los días”. Y cabe sin Estado porque la esencia de cualquier Constitución sencillamente “se encuentra en que es la que legitima y limita los poderes confiados a las instituciones de la comunidad que ella misma funda”²⁹⁵.

3.3.2.3 La unión de órdenes autónomos

No hay que perder de vista el reto que se plantea: así como es posible dotar de una cierta coherencia desde el Derecho al fenómeno de la interrelación ordinamental que el proceso de integración comunitaria comporta, ha de resultar también factible dotar de una cierta coherencia a la estructuración política que deriva de la Comunidad entendida como Unión de Estados integrados. Una coherencia que parte de la capacidad que el Derecho constitucional tiene en la “producción de unidad política”, según expresión de Hesse. Como se indicó, la visión de este autor es estatalista pues considera que dicha unidad sólo puede darse en el seno de la organización estatal. Ahora bien, la experiencia comunitaria demuestra, según se ha tratado de explicar, que es posible la unión (en el sentido de interrelación y no de fusión o subordinación) de órdenes que permanecen no obstante autónomos.

²⁹⁴ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil...*, ob. cit., páginas 13 y 14.

²⁹⁵ I. Pernice, F. C. Mayer, “De la constitution composée de l’Europe”, ob. cit., páginas 625 a 627.

Por esta razón, esa unidad política, que acertadamente Hesse desvincula de una necesaria unidad sustancial nacional, religiosa, ideológica o del tipo que sea (por más que elementos de ese género puedan operar con virtualidad unificadora), se identifica, como ya vimos, con una cierta “*unidad de actuación* posibilitada y realizada mediante el acuerdo y el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso incluso, mediante la coerción realizada con resultado positivo; en una palabra, una unidad de tipo *funcional*”²⁹⁶. Sin duda tales aspectos pueden referirse al espacio comunitario.

Y es que el propio Hesse reconoce que “lo que sea una Constitución es algo que sólo puede ser concebido a partir del cometido y de la función de Constitución en la realidad de la vida histórico-concreta”²⁹⁷. Y la función de la Constitución hoy en día ha de ser la de procurar no sólo la unidad y cohesión del orden al que se refiera, sino también permitir una cierta unidad entre los distintos órdenes llamados a coexistir. Ahí se encuentra uno de los principales desafíos del Derecho constitucional contemporáneo, un reto que se enmarca en la consideración hecha por Zagrebelsky, respecto de que en realidad “las sociedades pluralista actuales (...) asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto determinado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma”²⁹⁸.

3.3.3 *Los factores de unidad*

3.3.3.1 Introducción

Dos son los pilares en los que, a la luz de lo que hemos podido ir analizando en las páginas anteriores, dicha función de “producción de unidad” deberá basarse, tanto respecto del interior de cada ordenamiento constitucional, como en la proyección de dicho

²⁹⁶ Hesse, K., *Escritos...*, ob. cit., p. 9.

²⁹⁷ Ibídem, p. 7.

²⁹⁸ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil...*, ob. cit., p. 13.

ordenamiento en la recíproca relación con el resto de ordenamientos: la vertiente axiológica y la vertiente procedural.

La presencia de la perspectiva axiológica es, como sabemos, el elemento que certifica el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado constitucional, “porque entre las peculiares virtualidades del constitucionalismo está, como se ha señalado repetidamente, la de incorporar a sus normas un contenido específicamente valorativo, la de vincular inseparablemente «el ser» y «el deber ser»”²⁹⁹. El orden jurídico del constitucionalismo moderno no se basa en un concepto políticamente neutro de Constitución, sino que exige la realización de unos contenidos materiales que se imponen como la esfera de lo *indecidible* frente al resto de fuentes del Derecho, incluida la ley. De esta manera, el Derecho constitucional viene a regular no sólo las formas de producción del Derecho sino también sus contenidos. La determinación de tales contenidos puede presentar variaciones pero en cualquier caso, en el contexto del constitucionalismo social, deben suponer la realización del concepto de Estado (o Comunidad) social y democrático de Derecho.

3.3.3.2 La vertiente “procedimental” y la democracia social

Junto con la garantía de los contenidos axiológicos, aparece la vertiente procedural cuya importancia es, si cabe, mayor, puesto que en la misma confluyen cuestiones que están muy lejos de ser estrictamente formales.

La garantía de la coherencia del orden normativo, y con ella de la seguridad jurídica, a partir de la determinación de las fuentes de Derecho y su recíproca relación, asegurando en todo caso una sumisión del poder al Derecho, no es una cuestión que se limite al plano formal. Como es de sobras conocido, la misma determinación de las fuentes y ya no digamos la relación que entre las mismas debe establecerse parte de la previa fijación de los contenidos axiológicos recién referidos.

Pero más allá de tal obviedad, lo que nos interesa ahora destacar, por la dimensión que en el seno del proceso de integración comunitaria adquiere, es que la realización de los principios democráticos ha de constituir el eje del constitucionalismo, en cuanto garantía

²⁹⁹ De Cabo, C., *Las fuentes...*, ob. cit., p. 257.

del control del poder por los destinatarios de sus decisiones, y dicha realización parte, ante todo, de la garantía del procedimiento.

Con bastante detenimiento pudimos referirnos en su momento, desde la perspectiva de la identificación del *demos* entendido como ciudadanía, concepto desligado al de nacionalidad, que el hecho de subrayar el carácter procedimental de la democracia no equivalía ni mucho menos a un ejercicio de desnudo formalismo jurídico. Así, se exigía un concepto de ciudadanía activa, posibilitado por la existencia de una serie de cauces procedimentales llamados a asegurar su participación en el proceso de toma de decisiones.

Si recordamos, a partir de tal constatación, llegamos a afirmar que no habría impedimento alguno para que fuera un texto (constitucional) el que configurara el pueblo europeo y no al revés, dado que, sostuvimos, el sujeto puede ir conformándose una vez identificado (por un texto que en puridad aún no será constitucional). De todas formas, dicha conformación no es una consecuencia necesaria; para que así sea, debe contarse con unos cauces de participación que permitan efectivamente la cohesión social.

Sin duda aparece con claridad el protagonismo del modelo habermasiano de política deliberativa, un concepto, según vimos, compartido por autores como Häberle, Böckenförde y Weiler. “Veo el quid del republicanismo –señalaba Habermas- en el hecho de que las formas y los procedimientos del Estado constitucional junto con el modo democrático de legitimación producen un nuevo nivel de cohesión social”³⁰⁰.

De todas formas, como también se enfatizara, dicha cohesión no puede surgir de modo repentino por la mera acción de los procedimientos formalizados, sino que, inevitablemente, debe partirse de una mínima cohesión inicial, una serie de presupuestos absolutamente sustantivos, resumidos en la noción “cultura política común” o “esfera pública política de amplitud europea”.

Hay que precisar, no obstante, que esa cohesión de partida, que no puede identificarse con homogeneidad cultural y política en sentido amplio, actúa más bien en el plano de la eficacia del orden jurídico referido a esa colectividad: cuanto mayor sea el sentimiento de pertenencia común, la identidad colectiva, mayores facilidades hallará el ordenamiento en su efectividad, lo que no impide que pueda partirse de un grado de

³⁰⁰ Habermas, J, *La inclusión del otro...*, ob. cit., p. 141.

cohesión débil que, contando con mecanismos idóneos de participación, y, no hay que negarlo, otra serie de incentivos que permitan la identificación de un “bien común”, vaya reforzándose paulatinamente. Este aspecto tiene una relevancia indudable en el marco de la inminente ampliación de la UE.

Sea como sea, el primer interrogante se sitúa en si existe una mínima cohesión de partida, muy relacionada con la noción de cultura constitucional compartida reivindicada por Häberle. No es este lugar, ya se ha insistido en ello, de polemizar sobre si el grado de cohesión es o no suficiente, entre otras cosas por tratarse de una cuestión en exceso valorativa. No obstante, y pese a reconocer que efectivamente el espacio político-público primordial sigue siendo el estatal (aunque en determinados contextos en rivalidad con el regional), lo cierto es que en la actualidad, y de manera más marcada tras la introducción de la moneda común (debido a su alto significado económico, político y simbólico), la opinión pública empieza a identificar el espacio comunitario como ámbito en el que de un modo u otro debe tratar de orientarse la acción política colectiva.

Aunque pueda dudarse de la consolidación de una auténtica conciencia sobre el deber de contribuir a un “bien común europeo”, lo cierto es que a medida que se pone de manifiesto el carácter supraestatal de ciertas problemáticas³⁰¹, la tan discutida presencia de una opinión pública europea encuentra asideros donde sujetarse. Es ahí donde el constitucionalismo debe tratar de asegurar la configuración de una ciudadanía activa a partir la garantía de los procedimientos formales, cuya incidencia en el reforzamiento de los cauces informales de configuración de la opinión pública resulta esencial. Sólo de este modo, “podría la ciudadanía seguir significando hoy algo más que una agregación de intereses particulares prepolíticos y el goce pasivo de derechos paternalísticamente otorgados”³⁰².

Volvemos a hablar pues de la construcción de una *democracia social*, basada en la superación de la consideración, también presente en ciertos enfoques del Estado social, del ciudadano como mero objeto al que se refieren derechos y deberes. El cambio consiste en colocarlo una posición auténticamente subjetiva, según vimos.

³⁰¹ Los ejemplos son múltiples, y no se limitan a cuestiones de alcance únicamente económico o financiero, sino aspectos como el medioambiental o cuestiones como la de la posibilidad de ensayar la legalización frente al negocio del tráfico de drogas.

Al fin y al cabo, la idea de democracia social o sustancial, deriva directamente de la materialización del concepto de validez en el seno del Estado constitucional, pues “la dimensión sustancial de la validez en el Estado constitucional de Derecho se traduce en una dimensión sustancial de la propia democracia”³⁰³.

3.3.4 El carácter del déficit democrático comunitario

Despejado ya el terreno de la discusión, cuando analizamos el modo en cómo quedan asegurados los cauces de participación del ciudadano comunitario en la toma de decisiones, lo cierto es que más de una duda puede asaltarnos.

Ha sido Weiler el que ha puesto de manifiesto la paradoja presente en el convencimiento mostrado por el TJ en relación con que “independientemente de la legislación de los Estados miembros, el Derecho comunitario (...) no sólo impone obligaciones a los particulares, sino que les confiere derechos”³⁰⁴. La paradoja la describe dicho autor de la siguiente manera: el TJ estatuye al particular como sujeto pero sólo en cuanto al efecto de la norma y en cambio lo niega como ciudadano (incluso llega el autor a establecer un símil con el supuesto de tres Estados esclavistas que acuerdan una norma de reducción de la jornada de trabajo), de modo que la raíz de la constitucionalización del proceso de integración desaparece³⁰⁵.

No es necesario ponerse a repasar ahora el listado de factores sobre los que se construye el tantas veces denunciado déficit democrático comunitario, que ha sido denominado como fenómeno de “regionalismo invertido”, por su capacidad de darle la vuelta a los elementos de democratización de las propuestas de descentralización política³⁰⁶.

³⁰² Habermas, J., “Ciudadanía...”, ob. cit., p. 634.

³⁰³ Ferrajoli, L., “Lo stato...”, ob. cit., p. 7.

³⁰⁴ Sentencia de 5 de febrero de 1963 (*Van Gend en Loos*, asunto 26/62), ya citada.

³⁰⁵ Weiler, J. H. H., “The Reformation...”, ob. cit., p. 114.

³⁰⁶ Se trata de un alejamiento entre los sujetos últimos afectados (en nombre de los cuales se supone que se opera democráticamente) y la toma de decisiones. Los factores son múltiples, y entre ellos cabe destacar el hecho de que la actuación comunitaria en ámbitos que son funciones clásicas estatales; la percepción de que no existen límites efectivos al ámbito de actuación comunitario, percepción en la que ha colaborado el TJ; un

Sabemos que la discusión, tal y como se ha venido articulando, se centra en si dicho déficit es o no estructural. Formulado en términos que ya han aparecido, la cuestión es saber si estamos ante un déficit de “*Estado (constitucional)*”, con lo que la respuesta debería situarse en la línea de la sentencia *Maastricht* del TCF, o si el déficit se sitúa en el segundo de los elementos, esto es, en el aspecto *constitucional*, con lo que el esfuerzo debe dirigirse hacia la concreción del modo en que el Derecho constitucional debe reaccionar. Pues bien, a estas alturas sobra decir que, a partir de lo que se ha ido exponiendo, la segunda es la línea a sostener.

Una idea que debe quedar clara es que dicha reacción del Derecho constitucional no puede referirse sólo al ámbito comunitario, como tampoco ha de servir que sea un Derecho constitucional aferrado a la realidad estatal el que trate por sí solo de poner freno al déficit democrático mencionado. Ambas esferas, separadas pero en interconexión, vuelven a necesitarse puesto que, no en vano, se refieren a un territorio y población coincidentes.

El Derecho constitucional estatal debe comprender la dimensión de la apertura ordinamental propuesta por él mismo (en nuestro caso en el art. 93 de la Constitución), y ha de hacerlo garantizando los mecanismos internos que deben asegurar la configuración de esa ciudadanía activa en el plano comunitario a la que nos hemos ido refiriendo. De lo que se está hablando es de la necesidad de que el Derecho constitucional estatal asuma un compromiso real en dicho proceso.

Lo que no resulta admisible es que el Derecho constitucional estatal no reaccione. Antes que la ausencia de reacción sería preferible una respuesta estatalista, al estilo de la del TCF en la sentencia *Maastricht*. De todos modos, ya se ha dicho que tal opción no deja de comportar un debilitamiento del constitucionalismo, puesto que dejaría sin cobertura la laguna, que ya fuera advertida, que provoca el hecho de que hoy en día el problema es precisamente que “los exigentes requisitos funcionales de la formación democrática de la

esquema institucional en el que el gobierno comunitario pervierte el equilibrio entre los órganos legislativos y los ejecutivos del Estado; la ineficiencia del PE como contrapeso; la escasa transparencia en los procesos decisionales; la inexistencia de partidos transeuropeos, etc. Como resultado de todo ello, alude el autor a las elecciones al PE, donde quien vota apenas puede tener la sensación de poder afectar las decisiones políticas europeas o condicionar el gobierno europeo. Weiler, J. H. H., “The State...”, ob. cit., p. 1664.

voluntad ya apenas pueden ser satisfechos suficientemente dentro del marco del Estado nacional”³⁰⁷.

3.3.5 Algunas líneas de respuesta al déficit constitucional comunitario

3.3.5.1 Introducción

Una vez aceptado que el déficit no es estructural, el compromiso consiste en colmar la laguna anunciada, algo que ha de referirse a dos planos de poder y a dos ámbitos de actuación distintos. Se trata de los planos institucionales estatal y comunitario y los ámbitos procedural (participación y control de la toma de decisiones) y sustantivo (incorporación de una estructura de valores propia y garantía de los derechos fundamentales). Es importante recalcar que todos estos parámetros se hallan íntimamente relacionados entre ellos.

3.3.5.2 La respuesta procedural: participación popular y el control de la toma de decisiones

Ante el déficit democrático, de nuevo el constitucionalismo puede afrontar el reto de dos modos distintos: el primero sería forzar la marcha atrás hacia la recuperación del poder decisorio por parte de los Estados, ya sea mediante la reversión competencial, la potenciación real del principio de subsidiaridad o un nuevo Compromiso de Luxemburgo; el segundo consiste en aceptar como conveniente la existencia de espacios supranacionales de decisión y centrarse en la realización de los principios constitucionales en dichos espacios.

Si se opta por la primera opción bastaría con garantizar los mecanismos de control democrático de la actuación de los ejecutivos, cuestión sobre la que aún existen muchas carencias, como es sabido. Si, en cambio, se prefiere la segunda, el esfuerzo deberá referirse necesariamente tanto al ámbito comunitario como al estatal.

³⁰⁷ Habermas, J. *La inclusión del otro...*, ob. cit., p. 142.

En el momento actual del proceso de integración, y a pesar de que el Tratado de Niza haya supuesto un giro intergubernamental³⁰⁸, lo cierto es que los espacios supranacionales hasta la fecha consolidados exigen ya por sí solos el esfuerzo referido.

Dada la quebradiza cohesión social actualmente existente en el plano comunitario, la legitimidad del poder ejercido por las instituciones comunitarias debe poder apoyarse en la legitimidad de las instituciones estatales que, por un lado forman parte de sus órganos decisarios (Consejo) y, por otro, tienen como función asegurar la aplicación del Derecho comunitario. Esa dependencia institucional no impide, como ha tratado de demostrarse, la consideración del ordenamiento comunitario como un orden jurídico autónomo.

Así las cosas, la experiencia comunitaria no puede desligarse de la fuente de legitimidad que le ofrecen los Estados, cuyo papel sigue pues resultando decisivo, no en vano constituye la más consolidada estructura institucional de la democracia.

En este plano, cualquier propuesta debe pasar sin duda por la creación de mecanismos efectivos de control parlamentario de la acción del ejecutivo, incluyendo la consulta previa vinculante en determinadas decisiones, opción que debería mitigar el vaciamiento del principio de reserva de ley³⁰⁹. En este sentido, quizás la Comisión

³⁰⁸ Para una análisis más detallado sobre las reformas de Niza y la dimensión de dicho giro merece la pena repasar los comentarios de Martínez Sierra, J. M., “El tratado de Niza”, *REDC*, núm. 62, 2001, páginas 221 a 260; del mismo autor, “El debate constitucional europeo”, *REP*, núm. 113, 2001, páginas 193 a 224, en especial páginas 204 y siguientes, en las que se muestra especialmente crítico con los cambios institucionales, tanto por lo que respecta al PE, que en términos globales considera perjudicado, como respecto del sistema de reparto y rotación de comisarios, que “no eliminará el contagio intergubernamental de la Comisión, simplemente afectará a los Estados que perderán su *status* de incidencia permanente”. Asimismo, el Consejo Europeo sigue potenciando su posición en un esquema institucional que en términos generales sigue, desde su creación en 1974 y pasando por su incorporación por medio del art. 4 TUE, sin adaptarse a su presencia. En este sentido, destaca la debilidad de los mecanismos de control político de sus decisiones, y ya no digamos jurídico. Por su parte, Areilza ha destacado también que “el número de comisarios no se ha reducido, sino que se ha optado por premiar a los Estados pequeños permitiéndoles al igual que los grandes seguir designando un comisario a partir de 2005, sin que se sepa cómo rotarán cuando su número llegue a veintisiete. En principio, los Estados grandes han sido compensados por perder un comisario con más votos en el Consejo. Pero lo que resulta más preocupante es el asalto de los gobiernos nacionales de todos los países, grandes y pequeños, a la Comisión, en cuya independencia y misión de búsqueda del interés europeo ya pocos creen. La Comisión en el futuro se puede parecer menos a una institución europea supranacional y más a un Coreper formado por representantes nacionales (...). Areilza Carvajal, J. M., “La reforma de Niza...”, ob. cit., páginas 110 y 111. Merece la pena acudir también a Gutiérrez Espada, C., “Una reforma...”, ob. cit.; asimismo, Andrés Sáenz de Santamaría, P., “La reforma institucional en el Tratado de Niza”, *GJ*, núm. 211, 2001, páginas 11 a 26.

³⁰⁹ La exigencia de una adecuación en las relaciones entre Legislativo y Ejecutivo como consecuencia de la ampliación competencial comunitaria ha sido incluso postulada como condición para proteger la propia constitucionalidad del desarrollo de la integración comunitaria. En este sentido, cabe destacar las decisiones del Consejo Constitucional francés en el asunto conocido con el nombre de *Maastricht I* (Decisión 92-308, de

parlamentaria danesa de Relaciones comunitarias, hoy denominada “comisión europea” (*Europaudvalget*) sirva como referente³¹⁰.

Asimismo, el control debe venir también por el otro de los espacios de participación democrática, como es el que asegura la descentralización política. Las cada vez más insistentes reivindicaciones de determinadas Comunidades Autónomas en este sentido, deberían recibir una respuesta que, además, contemplara también el papel determinante de las asambleas autonómicas³¹¹. Igualmente el espacio municipal, uno de los nodos de la red descrita por Castells, debe también poder hallar un espacio propio de participación en la toma de decisiones que les afectan de manera directa.

Sin duda merecerían un análisis detenido las cuestiones recién planteadas, pues sin duda no resulta fácil hallar el equilibrio entre la garantía democrática y el correcto funcionamiento de las negociaciones en sede comunitaria, aunque ya se dijo que éste no iba a ser el lugar. De todas formas, son muchas las muestras dadas sobre la insuficiencia de los mecanismos actuales de control de la actividad del ejecutivo y de formación ascendente de la voluntad estatal en el seno del Consejo, así como de propuestas de modificación, con lo que nos podemos remitir a algunas de ellas³¹².

9 de abril de 1992) junto con la del Tribunal Supremo danés, de 6 de abril de 1998, a la que ya se hizo referencia, al margen de la sentencia *Maastricht* del TCF. Incluso los propios TUE, tanto en Maastricht como en Ámsterdam, incorporaron sendas Declaraciones (número 13 y 6, respectivamente) “relativas al cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea”, donde se señala la importancia de la participación activa de los Parlamentos estatales en la política comunitaria.

³¹⁰ Se trata de una Comisión que, como narra Matía Portilla, “se reúne el viernes anterior a que haga lo propio el Consejo de Ministros de la UE donde, presumiblemente, se aprobará la iniciativa comunitaria en cuestión, para escuchar, en boca del Ministro, cuál es la posición del Gobierno (*proyecto de negociación*). El debate posterior de la Comisión con el Ministro se formaliza en un *mandato de negociación* que vincula políticamente al Gobierno danés”. Por otra parte, hay que señalar que al igual que en Gran Bretaña, se ha impuesto en Dinamarca la instauración de la *reserva de examen parlamentario*, mecanismo que asegura que el Gobierno nacional solamente podrá adoptar la iniciativa comunitaria en el seno del Consejo una vez el Parlamento nacional la haya examinado o haya decidido no hacerlo. Matía Portilla, F. J., “Hacia un control parlamentario más efectivo sobre la actuación europea del Gobierno francés”, *RDCE*, núm. 6, 1999, p. 327 (páginas 325 a 345), artículo en el que analiza con profundidad la reforma constitucional francesa del art. 88 en materia de funciones de control de la Asamblea francesa sobre la actuación comunitaria del Gobierno.

³¹¹ Sobre la cuestión, ver Pérez Tremps, P. (Coord.), Cabellos Espiérrez, M. A., Roig Molés, E., *La participación europea...*, ob. cit.; Ortúzar, L., y otros, *La participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos*, MAP, Madrid, 1995.

³¹² Un estudio monográfico sobre la cuestión se halla en Matía Portilla, F. J., *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999. Un análisis detallado sobre las distintas formas de control parlamentario en el sistema español se encuentra también en Cienfuegos Mateo, M., “El control de las Cortes Generales en asuntos relativos a las Comunidades Europeas”,

La idea que debe retenerse es que ese compromiso del Derecho constitucional interno debe dirigirse también hacia la consolidación de un Derecho constitucional supranacional, de ámbito comunitario. La apuesta ya la conocemos: asegurar la realización de los principios constitucionales en el seno de una realidad jurídico-política cuyos sujetos no sólo son los Estados miembros, sino que también se refiere directamente a los individuos.

Como se ha dicho, junto con la legitimidad estatal, que parte del origen iusinternacional de los Tratados y se prolonga en el propio funcionamiento de las instituciones comunitarias, la Comunidad debe contar con el vínculo popular directo, de ahí la necesidad de potenciar los cauces de participación de los particulares en cuanto ciudadanos de un espacio supranacional.

Dicha necesidad crece a medida que se extiende el procedimiento mayoritario de decisión (unido a la ampliación competencial) por la sencilla razón de que implica que un ciudadano se pueda ver obligado por una norma no apoyada directamente por los representantes del Estado del que es nacional³¹³. La propia eficacia de la norma, que como sabemos necesita en buena medida de la aceptación social sobre el conjunto del ordenamiento al que pertenezca, depende de la existencia de formas de legitimación popular directa en dicho orden. Este escenario debe ser ubicado además en el contexto de la concurrencia de distintos espacios decisionales en el ámbito comunitario, donde debe

Revista de las Cortes Generales, núm. 38, 1996, páginas 48 a 99. Hay que recordar que inicialmente la Ley 47/1985 se encargó de crear un instrumento de control parlamentario de la acción comunitaria del Gobierno, instrumento regulado de nuevo por Ley 8/1994 y que se conoce con el nombre de *Comisión Mixta para la Unión Europea*, que como su propio nombre indica alberga representantes de ambas Cámaras. Sobre los motivos que ponen de manifiesto la debilidad de dicho instrumento, vale la pena acudir a Cienfuegos Mateo, M., “La Comisión Mixta sobre la Unión Europea: análisis y balance de una década de actividad en el seguimiento de los asuntos comunitarios”, *GJ*, D-27, 1997, páginas 7 a 69. Igualmente, Martín Martínez, M. M., “El control parlamentario de la política comunitaria”, *RIE*, núm. 2, 1995, páginas 445 a 474. Para ver la situación en los distintos Estados miembros, Gil Robles, J. M., (dir.), *Los parlamentos de Europa y el Parlamento Europeo*, Cyan, Madrid, 1997.

³¹³ Y se trata de un crecimiento continuado, como lo demuestra el hecho de que en Niza se ha procedido a una notable ampliación del procedimiento mayoritario pese a la tendencia general a consolidar el peso institucional de los Estados. Así, entre otros, art. 181 TCE (cooperación al desarrollo), art. 241.2 TCE (nombramiento Presidente de la Comisión), artículos 223, 224 y 248.4 TCE (reglamentos interiores del TJ, TPI y Tribunal de Cuentas), por citar tan sólo algunos referidos al TCE. De todas formas, como ya vimos, ha sido menor al previsto inicialmente, ya que de la cincuentena de ámbitos en los que la unanimidad debía ceder paso al voto mayoritario, finalmente la medida ha afectado a una treintena de asuntos, manteniéndose el derecho de voto en ámbitos “sensibles”, como la fiscalidad, la coordinación de las normas de seguridad social, medio ambiente.

coordinarse la participación de los representantes estatales (Consejo), los representantes propiamente comunitarios (Comisión), y los representantes populares (Parlamento Europeo).

Es bien sabido que en la actualidad, la participación de los particulares en los procesos decisionales comunitarios, incluso partiendo del convencimiento de que no se trata de trasladar los esquemas de una organización de tipo estatal a la Comunidad, no alcanza unos mínimos constitucionalmente aceptables. Y cuando se habla de participación no sólo se está aludiendo a los espacios de participación formal, representativa e incluso directa, sino también a cuestiones como la transparencia de los procesos decisionales, el reconocimiento del papel de los grupos de interés desde una perspectiva plural, así como a los cauces informales de configuración y expresión de la opinión pública. Hay que reiterar que no vamos a analizar la dimensión de las carencias, partiendo únicamente de su constatación.

Por ello, cada vez se hace más improrrogable afrontar cambios en la estructura y en el procedimiento decisional de la Comunidad, cambios que deben también referirse a una clarificación del sistema de fuentes y, como no, abordar el siempre debatido papel del PE, tanto en el aspecto decisional como en el de control político de la actividad comunitaria.

Sin duda el debate sobre la forma concreta que deben asumir las propuestas democratizadoras de la estructura comunitaria es complejo, aunque lo que se quiere subrayar aquí sobre todo es que no es un debate inocuo. Y no lo será si se relacionan convenientemente los planos comunitario, estatal e interestatal, como se ha venido reivindicando. La interrelación institucional y ordinamental debe venir presidida por una perspectiva constitucionalista también en interrelación.

Un buen ejemplo de la vinculación entre el plano interestatal y el comunitario es el mostrado por los espacios de cooperación reforzada, que tras Niza, y como reacción ante las incertidumbres creadas por la ampliación comunitaria a los Estados del centro y este europeo, han sido potenciados³¹⁴. A nadie escapa que no es posible trazar una línea de separación entre dicho espacio, por ser entendido como de naturaleza interestatal, y el

³¹⁴ Un completo estudio y con abundante bibliografía puede encontrarse en Pons Ràfols, X., “Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza”, *RDCE*, núm. 9, 2001, páginas 145 a 195. También puede acudirse a Martínez Sierra, J. M., “El Tratado de Niza”, ob. cit., páginas 251 a 266.

ámbito decisional de tipo supranacional. Según han puesto de manifiesto experiencias como la de Schengen, la cooperación reforzada acaba delimitando futuros espacios de supranacionalidad en los que finalmente se incorporan Estados e individuos que no han intervenido en su previa conformación.

Sin duda, no puede negarse que el propio método de integración ha partido en la evolución comunitaria de la flexibilidad de sus avances, erigiéndose en ocasiones como única salida en momentos de bloqueo; según ha señalado Mangas puede hasta considerarse que constituye un elemento consustancial del propio sistema³¹⁵, como su plasmación en el Tratado de Ámsterdam ha venido a ratificar (artículos 43 a 45 TUE). Es la Europa de *distintas velocidades, a la carta, de geometría variable* o de *círculos concéntricos*, que parece ganar fuerza en detrimento de un desarrollo común y coparticipado de todos los Estados miembros³¹⁶.

Tales extremos deben ser contemplados desde la perspectiva constitucional, pues hasta el momento todo parece indicar que el proceso vaya dirigido hacia la consolidación de un núcleo duro³¹⁷ en el que, ya sea desde un esquema de tipo federal (propuesta alemana

³¹⁵ Mangas Martín, A., “La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam”, *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 10, 1998, p. 27 (páginas 27 a 38).

³¹⁶ El Tratado de Niza ha venido a flexibilizar la flexibilización, ya que frente a las previsiones actuales del TUE, elimina el derecho de veto en el primer y el tercer pilar y permite la puesta en marcha de dicho método con la participación de ocho Estados (que tras la ampliación dejarán de ser mayoría, quórum exigido actualmente por el TUE). Se parte del convencimiento de que “el aligeramiento de las condiciones para las cooperaciones reforzadas debe resultar en una mayor garantía de la integración europea ante la mayor diversidad de una Unión ampliada”, según consta en el Memorándum del Benelux en el marco de la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 2000 (CONFER 4787/00), según recoge Pons Ràfols, X., “Las cooperaciones reforzadas...”, ob. cit., p. 153, nota 28. El mismo autor reconoce, en el marco del intenso debate sobre las bondades de la cooperación reforzada, que “su virtualidad en orden a facilitar el avance en el progreso de la integración comunitaria sin fragmentaciones no puede presumirse y deberá probarse en la práctica”, Ibídem, p. 154. Por su parte, Areilza considera que “en Niza se han quitado garantías y salvaguardias y se ha facilitado el desarrollo de cooperaciones que pueden convertirse en una nuevamanera de desintegrar más que integrar”. Areilza Carvajal, J. M., “La reforma de Niza...”, ob. cit., p. 110.

³¹⁷ Hay que destacar el sentido no sólo de las discusiones previas a Niza alrededor del reparto de votos en el Consejo, en el PE y sobre el número de Comisarios, sino más aún de las posteriores que preparan el terreno de la reforma anunciada para 2004. Una buena muestra de la consolidación de esa noción de “núcleo duro” es la propuesta del ministro de exteriores británico Jack Straw en el sentido de acabar con la rotación semestral de presidencias de la UE y crear un «equipo presidencial» integrado por los presidentes de 10 consejos de ministros sectoriales que se mantendrían como tales durante períodos de dos años y medio, y en los que necesariamente deberían estar siempre los cuatro o cinco países de mayor peso de la UE, mientras que los demás accederían de forma rotatoria. Así queda recogido en una noticia de *El País*, martes 26 de febrero de 2002, p. 2.

defendida por Fischer³¹⁸), o de tipo confederal (propuesta francesa), se marcarían los tiempos y los criterios de la integración³¹⁹.

3.3.5.3 La respuesta sustantiva

Sería un error desligar completamente las nociones de legitimidad procedural o formal y legitimidad social o material. Se entiende habitualmente que, al menos de manera conceptual, puede trazarse la distinción entre los procedimientos democráticos, entendidos como requisito formal de la validez normativa (o vigencia formal³²⁰), y la idea de aceptación social del sistema, como presupuesto fáctico que garantiza la eficacia de la norma. Ambos parámetros vienen de este modo a resultar complementarios, pues si bien resulta necesaria una previa determinación de los criterios de validez formal, la garantía final de la eficacia es producto de la aceptación social mencionada.

Ahora bien, como ya se indicó al tratar la noción de ciudadanía, hay que partir de que cuando de procedimientos se habla, se está haciendo referencia a procedimientos que cuya potencialidad deliberativa sea capaz de asegurar la participación social efectiva en la toma de decisiones, de manera que la vertiente sustantiva viene incorporada ya desde la perspectiva procedural. Es en este punto donde la vertiente axiológica y la

³¹⁸ Señala Areilza, que “la visión federal de Fischer contiene no pocas ambigüedades y contradicciones. No explica cómo se compatibiliza una mayor centralización de poder europeo con el respeto a la identidad de los Estados ni por qué para crecer en integración hay que echar por la borda importantes principios comunitarios que han permitido a la Unión progresar hasta hoy (...). De todas formas, reconoce el autor, “Fischer tiene el mérito de haber puesto en marcha un debate que se ha extendido más allá de los círculos académicos (...).” Areilza Carvajal, J. M., “La reforma de Niza...”, ob. cit., p. 115.

³¹⁹ Así, no sería de extrañar que los países del este europeo, cuya proporción de población activa en el ámbito rural llega en algunos casos al 30%, tuvieran que seguir criterios de adaptación más allá del momento de su incorporación a la UE, proceso que vendría guiado por los espacios de cooperación reforzada comentados. Por poner sólo un ejemplo, es de prever que se marquen criterios que lleven a la progresiva privatización de la propiedad tierra, allí donde aún no se ha hecho. Una de las razones que pueden ser apuntadas hace referencia a la situación actual del mercado financiero, en la que existe un exceso de dinero que debe poder hallar un lugar en el que no perder valor (prueba de ello sería el desmesurado ascenso de los precios de la vivienda, que han pasado de un crecimiento interanual del 3% al 16%).

³²⁰ Ferrajoli ha precisado que la incorporación del constitucionalismo material, que el autor denomina como “doble artificialidad”, pues comporta la imposición de requisitos formales y materiales de validez de la norma, exige la disociación conceptual entre validez y vigencia: vigencia o existencia hace referencia a la forma de los actos normativos; validez (o constitucionalidad si se trata de leyes) tiene que ver con su significado o contenido, depende pues de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción. Se

procedimental se encuentran. El contenido procedural del constitucionalismo ha de incluir una base axiológica que garantice la participación social efectiva.

Por las razones apuntadas, la perspectiva constitucional comunitaria ha de incorporar, a riesgo de hallarse en continua precariedad, un mínimo grado de congruencia no respecto de una más o menos abstracta “cultura política común”, sino sobre todo en las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, civiles, políticos y sociales. En palabras de Ferrajoli, “una Constitución no sirve para representar la voluntad común del pueblo, sino para garantizar todos los derechos de todas las personas incluso contra la voluntad popular”³²¹. Sólo con la garantía de los derechos podemos hablar de existencia de una esfera pública común, que, como se ha señalado antes, no es tanto el presupuesto como la consecuencia de dicha garantía.

Se trata de asegurar las condiciones para que el ideal habermasiano de modelo deliberativo, que presupone sujetos libres e iguales, pueda realizarse en el mayor grado posible. Así, las consideraciones precedentes pueden relacionarse con lo que Habermas ha identificado como necesidad de buscar el ligamen interno entre la autonomía privada y la autonomía pública o cívica: a modo de proceso circular, los derechos subjetivos no se pueden entender sino es en relación con los derechos políticos y viceversa³²².

Como ordenamiento constitucional, el orden jurídico comunitario debe incorporar una estructura de valores propia, pues en ella se expresa la identidad del ordenamiento. En este sentido, se ha cuestionado la idoneidad del Derecho comunitario a la hora de identificar por sí solo dicha estructura, estando sus Tratados constitutivos orientados ante todo a la realización de objetivos esencialmente de tipo económico. Ahora bien, en este ámbito, quizás como en ningún otro, ha de aparecer la capacidad reguladora de la influencia recíproca entre los sistemas en presencia. Del mismo modo que sobre todo la labor jurisprudencial ha sido capaz de imprimir sobre la construcción del mercado algunos rasgos del sello del principio del Estado de Derecho, es posible la conformación de un marco axiológico más amplio, garante del principio democrático y social, y no

rompe así con la tradicional equiparación kelseniana entre vigencia y validez. Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...*, ob. cit., p. 23.

³²¹ Ferrajoli, L., “Lo stato...”, ob. cit., p. 24.

necesariamente, además, a partir de la actuación aislada de los órganos jurisdiccionales, pues el exclusivo carácter jurisprudencial de una construcción de tales dimensiones resultaría insuficiente.

En este camino, la incorporación de un catálogo o Carta de derechos fundamentales al Derecho primario (que si se cumplen las previsiones debería suceder en 2004 con la Carta aprobada en Niza³²³), resultaría un paso importante, aunque como ya fuera puesto de manifiesto, una consideración de los derechos fundamentales como derechos no sólo de resultado sino de procedimiento, nos ha de llevar a referirnos a los cauces existentes para la elaboración del listado de derechos y para el control de dicha actividad, pues de tal forma se define el contenido más profundo de tales derechos, cuestión enlazada directamente con los aspectos que han ido poniéndose de manifiesto en las últimas páginas.

Pero, en cualquier caso, no dejaría de ser uno de los pasos, pues para “rediseñar el ordenamiento comunitario según la forma del Estado constitucional de Derecho, es necesaria (...) una refundación racional de la organización del poder de la Unión en su totalidad”³²⁴.

Así, sin dejar el ámbito de los derechos, habría que hablar de la garantía efectiva de uno de ellos, el derecho de tutela judicial, por su carácter de derecho instrumental al servicio de la garantía de los derechos fundamentales. En este sentido, se ha denunciado en numerosas ocasiones la ausencia de mecanismos suficientes que aseguren el acceso a los órganos jurisdiccionales por parte de los particulares para lograr una protección efectiva de sus derechos subjetivos ante la intervención de las instituciones comunitarias³²⁵. Merece la

³²² Así queda explicado por Habermas, J., en el apartado dedicado al “Vínculo interno entre Estado de derecho y democracia”, en *La inclusión del otro...*, ob. cit., páginas 245 a 258.

³²³ Dicha incorporación cuenta con la ventaja de que la Carta tal y como está redactada, y pese a su carácter declarativo actual, constituye, en palabras de Díez Picazo Giménez, “una máquina perfectamente completamente acabada, que sólo espera ser puesta en marcha para desplegar su potencia”. Díez Picazo Jiménez, L. M., “Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Tribunales de Justicia*, núm. 5, 2001, p. 27 (páginas 21 a 28).

³²⁴ Ferrajoli, L., “Lo stato...”, ob. cit., p. 21.

³²⁵ Ver Sánchez Legido, A., *La tutela judicial...*, ob. cit., donde se analizan las dificultades de acceso al TJ por parte de los particulares. Así, respecto del recurso de anulación, subraya las condiciones restrictivas de legitimación que sólo permiten dicho acceso en circunstancias excepcionales (por la exigencia de la naturaleza individual del acto y la afectación directa e individual (art. 230 TCE); en el caso de la excepción de ilegalidad, introducida para compensar las limitaciones de acceso individual ofrecidas por el recurso de nulidad, lo cierto es que, señala el autor, carece de operatividad práctica, por exigir también la afectación

pena insistir en la importancia de esta última cuestión, por la enorme trascendencia que tiene respecto de la posición del TJ y del ordenamiento que tiene por misión garantizar: la ampliación de las posibilidades de hallar en el TJ (o TPI) la reparación del daño causado a los intereses de los particulares por parte de las instituciones comunitarias puede jugar un papel importante en cuanto a la aceptación social del ordenamiento, pues la vía jurisdiccional es también una vía de participación, en cuanto da pie a una amplificación de la voz de sujetos individuales y colectivos.

Por último, desde una perspectiva más general, esa *refundación racional* nos llevaría también al terreno tanto de la división de poderes (en sede comunitaria y estatal) como de la propia distribución competencial entre Comunidad y Estados.

3.4 A modo de conclusiones

En definitiva, no hay que dudar de la capacidad constitucional (*Verfassungsfähigkeit*) de la agrupación política que la Comunidad/UE representa. Ahora bien, el proceso que debe llevar a su realización ha de contar con diversidad de apoyos, entre los que debe asumir un protagonismo esencial el ciudadano particular, acostumbrado a verse lejos de procesos dirigidos por las élites políticas, económicas e intelectuales en lo que ha venido a considerarse como auténtico “despotismo ilustrado”.

Hay que poder distinguir en el contexto comunitario un escenario donde a partir de la fijación de un marco axiológico socialmente aceptado y un conjunto de procedimientos llamados a asegurar la participación efectiva, sea posible que el ciudadano acepte el ámbito comunitario como espacio de actuación política en el que puedan, en consecuencia, ser formuladas una pluralidad de opciones políticas.

Este último elemento nos conduce a la necesidad de rechazar ese *neoconstitucionalismo* donde la esfera de lo no decidible se traslada a amplias cuestiones sobre todo de carácter económico. Según se ha venido insistiendo, precisamente el papel de

individual; finalmente, del recurso por responsabilidad extracontractual, considera el autor que aunque en principio permita una accesibilidad mayor, la jurisprudencia del TJ se ha encargado de restringir los resultados condenatorios. Por estas razones, sostiene Sánchez Legido, el recurso prejudicial, cuya interposición no corresponde al particular, se ha erigido en “el instrumento por excelencia de garantía judicial

las fórmulas de integración regional ha de consistir en brindar la posibilidad de recuperar al ámbito de lo político, de lo decidible, esferas de la realidad que los apóstoles del “fin de la historia” se han aprestado a situar en el terreno de la “libre” acción del mercado.

De hecho, se podrían condensar las ideas que han ido apareciendo en una formulación bien simple: la fuente de legitimación que debe quedar asegurada es aquella que resulta de garantizar que los destinatarios del Derecho son los autores del Derecho. Quizás esa sea la idea, sin más, que encierra la alusión de Habermas a que “el republicanismo debe aprender a apoyarse sobre sus propios pies”³²⁶, aunque como nos demuestra el contexto de la integración comunitaria, deba ser consciente de que el terreno que pisa sigue siendo en buena parte, aunque no exclusivamente, estatal.

Llegamos de esta manera a la cuestión de la legitimidad, identificada ya como eje transversal de las distintas problemáticas que han ido apareciendo. Una vez separada la legitimidad de la noción de soberanía, y trasladado el protagonismo desde la esfera de poder del Estado a la suma de individuos, se clarifica enormemente no sólo el terreno sino, sobre todo, el sentido del debate.

El presupuesto democrático de la interrelación ordinamental que hemos analizado se muestra realizable, puesto que nada impide la existencia de dos esferas de legitimidad concurrentes; la persona puede estar a la vez vinculada a dos realidades jurídico-políticas recíprocamente autónomas. Como sabemos, el debate se halla sobre todo abierto respecto de las condiciones en que la legitimidad comunitaria puede llegar a tener lugar, y es ahí donde, de nuevo, la interrelación entre la realidad estatal y comunitaria aparece en todo su esplendor.

de la legalidad de la actuación normativa de las instituciones comunitarias a favor de los particulares”. Ibídem, p. 298.

³²⁶ Habermas, J., *La inclusión del otro...*, ob. cit., p. 94. La cita completa del párrafo en que se incluye tal expresión es la siguiente: “originariamente la sugestiva unidad de un pueblo más o menos homogéneo ha permitido que la ciudadanía democrática formase el punto nodal de las responsabilidades recíprocas (...), pero en nuestras sociedades pluralistas aumenta la multiplicidad de formas de vida (...), de ahí la necesidad de la unidad de la cultura política (democrática) en la multiplicidad de las culturas (...). El republicanismo debe aprender a apoyarse sobre sus propios pies”.

PARTE CUARTA

CAPÍTULO NOVENO. El art. 93 de la Constitución española: cláusula de apertura a la interrelación ordinamental

1. A modo de recapitulación introductoria

Hasta el momento se han intentado abordar los distintos aspectos que deben contribuir no sólo a describir la dimensión que ofrece el fenómeno de la integración europea en los ordenamientos de los Estados miembros, y en concreto el nuestro, sino a 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.

Iniciamos el trayecto que nos ha llevado hasta este punto partiendo precisamente de un breve examen de los principales aspectos contenidos por la cláusula llamada a servir de puerta de entrada de los efectos de la integración comunitaria en nuestro ordenamiento. Pudimos, de tal forma, señalar los elementos del debate en torno a la naturaleza de dicha cláusula, especialmente respecto de las nociones de *atribución del ejercicio y competencias derivadas de la Constitución*, que incluye el art. 93 como aspectos definitorios del concepto constitucional de integración.

Pero ante todo se quiso orientar la discusión clarificando que el propósito final del análisis emprendido debía consistir en 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 la adhesión de España a la Comunidad. La cuestión está en si se puede o no afirmar que el art. 93 al referirse a la apertura a un ordenamiento supranacional introduce un régimen especial que hace modular los términos de la relación de dicho ordenamiento con la Constitución, diferenciándolos del régimen general representado por las previsiones del art. 94. En tal caso, el art. 93 quedaría configurado como *lex specialis*, aunque faltaría por acabar de delimitar la dimensión de tal especialidad.

Trasladada la cuestión al ámbito del control de constitucionalidad, la duda a solventar consiste en si existe la posibilidad o no, y en qué términos, de controlar desde un

ordenamiento, el estatal, las disposiciones que forman parte de un ordenamiento que, aunque relacionado con el primero, es distinto y en principio autónomo, hallándose además dotado de sus propios mecanismos de control jurisdiccional.

Las distintas posturas que dominan aún hoy el panorama jurisprudencial y doctrinal sobre la materia pueden agruparse en tres grandes grupos: en primer lugar estarían las visiones representadas por el monismo comunitarista del TJ, 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 el TC, que siguiendo en parte las doctrinas del TCF, 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. A tal posición la hemos denominado como monismo 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, como ya fuera señalado, 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 en concebir 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.

Debe subrayarse, que desde esta última visión no se adopta una perspectiva pluralista: o bien comprende un planteamiento monista que prefiere no ser llevado a sus últimas consecuencias a partir de potenciar la necesidad de prudencia y diálogo; o bien parte de la total separación entre ordenamientos negando la dimensión jurídica de la interrelación entre los mismos, aspecto central de la propuesta pluralista.

Como puede verse, incluso en esta tercera visión asoma el mismo presupuesto ontológico: la unidad ordinamental. Sólo desde la unidad podemos esperar soluciones jurídicas a los conflictos; sólo la unidad garantiza juridicidad, porque juridicidad quiere decir unidad.

Esta última conclusión nos ha llevado a tener que dedicar buena parte del debate no sólo a la argumentación sobre las transformaciones de la realidad jurídico-política estatal en el contexto contemporáneo, para con ello ahuyentar la tentación de recurrir al argumento de la soberanía estatal, sino, más allá, a tratar de fundamentar la posibilidad de desligar juridicidad de unidad normativa (y política).

Tras ese largo y algo tortuoso recorrido, en el que además hemos podido identificar como cuestión central el problema de la legitimidad y de la salvaguarda de los principios constitucionales, antes que la defensa del texto constitucional *per se*, volvemos al punto de partida. Y en ese lugar de inicio nos volvemos a encontrar con el precepto que marca la vía por la cual al sistema jurídico comunitario se le da acceso para devenir Derecho aplicable dentro de nuestro territorio.

2. La naturaleza sustantivo-procedimental del art. 93

2.1 Introducción

El desafío planteado ha consistido en asentar las bases que explican que el art. 93 no se limita a abrir la puerta, sino que acompaña dentro al ordenamiento comunitario, asegurándose de que es bien acogido.

La puerta de entrada que nuestro sistema constitucional ofrece al fenómeno comunitario no constituye sin más un requisito formal desligado de las consecuencias a que da pie. Como ya vimos, no existe 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.

Lejos de la caracterización del art. 93 como precepto de *índole orgánico-procedimental*, debemos ser capaces de fundamentar su autonomía sustantiva, su capacidad para comprender, a modo de *lex specialis*, el asentamiento del ordenamiento comunitario en términos de interrelación entre sistemas autónomos. Constituiría pues lo que en doctrina germana se conoce con el nombre de *decisión normativa básica*; no en vano, como fue planteado, las transformaciones que la incorporación a la Comunidad comporta pueden llegar representar una auténtica nueva forma de Estado.

De lo que se trata de es concebir el art. 93 como lugar de confluencia no sólo procedural sino también sustancial de las tres fuentes de donde se origina el fenómeno de la integración: la Constitución, los Tratados de integración, el Derecho comunitario. Son tres eslabones formales cuya intersección da lugar a un único fundamento de la aplicación del Derecho comunitario: la integración³²⁷. Por esa razón, el art. 93 sólo puede comprender la noción de integración en su completa dimensión si trasciende no sólo su vertiente procedural, sino que al mismo tiempo se sustantiviza a partir de las fuentes estatal, internacional y supranacional.

La misma idea, como ya dijimos, es la recogida por López Castillo al invocar la necesidad de adoptar una perspectiva sustancial, desde la que “el fundamento de la integración se encuentra ya en el hecho mismo de una integración o apertura ordinamental...” de modo que “producida la apertura ordinamental que comporta la integración parece obvio que el fundamento de la eficacia del derecho derivado (...) no se halle en las Constituciones de los Estados miembros...”³²⁸.

Sin duda, la fuerza configuradora que la dinámica comunitaria tiene, nos podría llevar a subordinar totalmente el contenido del art. 93 al curso de su desarrollo, olvidando que la realidad jurídica de la integración es un concepto más amplio que el delimitado por

³²⁷ Idea mantenida, como vimos, por Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., páginas 128 y 129.

³²⁸ López Castillo, *Integración y Constitución*, ob. cit., p. 436.

la integración comunitaria, pudiendo pues comprender otras realidades de integración, por mucho que dicha cláusula haya sido orientada principalmente hacia tal fenómeno.

Advertido tal riesgo, el resultado del análisis que ha venido siendo realizado ha de llevarnos a sostener que el art. 93, pese a la *debilidad* de su enunciado³²⁹, permite la incorporación del Estado español a una realidad jurídico-política de carácter supranacional fuente de un ordenamiento autónomo que se interrelaciona con el ordenamiento estatal en términos pluralistas y bajo el primado de los principios que definen el constitucionalismo.

2.2 El TC como máximo garante de la Constitución

Nadie propone que el TC deba dejar de garantizar por encima de todo el respeto de la Constitución. Lo que se discute es el contenido de aquello que, a partir de la integración supranacional que implica la adhesión a la Comunidad realizada mediante el cauce previsto por el art. 93, deba significar respetar la Constitución. El respeto de la Constitución en el marco del proceso de integración debe implicar la defensa de los fundamentos de la interrelación ordinamental bajo la garantía última de los principios inherentes al constitucionalismo.

A partir de una interpretación que entienda el art. 93 en su dimensión sustantiva a partir de un concepto de integración como el que ha querido ser sustentado en las páginas anteriores, el TC no se subordina a los dictados del TJ, a la par que éste no debe someterse sin más ante las advertencias de los órganos jurisdiccionales internos. El TC se mantiene como máximo garante del texto constitucional, un texto, no hay que olvidarlo, que debe ser interpretado a la luz de la interacción que la integración comporta.

³²⁹ Como fundamento “débil” de la integración ha definido Pérez Tremps al art. 93. Indica el autor que existe un amplio acuerdo doctrinal respecto de “la «debilidad» del marco constitucional que ofrece el art. 93 al proceso de integración europea tal y como en la actualidad se desenvuelve. Esta «debilidad» fue puesta de manifiesto, en un primer momento, invocando la escasa rigidez con que las decisiones de integración han de adoptarse: la mayoría absoluta derivada de la exigencia de ley orgánica. Con posterioridad, esa crítica se ha visto ampliada desde el punto de vista material: la parquedad del art. 93, que (...) sólo permite deducir límites materiales implícitos, contrasta con las reformas constitucionales introducidas en buena parte de los países comunitarios con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht (...).” Pérez Tremps, P., “Derecho constitucional...”, ob. cit., p. 611.

Partiendo de que la noción de integración comunitaria sólo puede explicarse con base en una comprensión pluralista de la relación interordinamental, el art. 93 adquiere una dimensión específica. Con ella, el precepto puede huir del corsé que le proporciona el monismo de raíz estatalista, a la par que rechaza la desnudez de la incondicional apertura que le propone el TJ; así pues, como *lex specialis*, consigue dotarse de una prenda (jurídica) cuya elasticidad le permite vestir, dando forma, las implicaciones del fenómeno que la integración europea comporta.

Es pues necesario que el TC reformule buena parte de los presupuestos de los que viene partiendo a la hora de interpretar el alcance constitucional de la relación entre ordenamientos que la integración comporta; mientras el TC no opte por atribuir una dimensión sustantiva al art. 93, la dimensión constitucional de las vulneraciones del Derecho comunitario debe hallar otros anclajes, los cuales inevitablemente no permiten concebir la noción de integración en su verdadera magnitud.

2.2 Integración y reforma

2.2.1 Introducción: la distinta naturaleza de ambas nociones

En la base de la confusión que la interpretación del art. 93 viene originando sin duda se encuentra la “debilidad” del procedimiento que prevé. Pudiendo alcanzar los efectos de la integración de la dimensión que el proceso comunitario ha venido poniendo de manifiesto desde sus orígenes hasta la actualidad, que la habilitación constitucional de los mismos provenga de una decisión de las Cortes utilizando el cauce de la Ley orgánica puede llegar a sorprender.

A partir de ahí, buena parte de las respuestas que se han dado han optado por cerrar los ojos ante la evidencia de la magnitud de las transformaciones. En general, el debate se ha querido llevar a los límites constitucionales frente a la integración, con una diversidad de posturas que pueden ser agrupadas en dos grandes bloques: el primero de ellos vendría representado por el posicionamiento del TC en la DTC 108/1992, para quien el límite a la integración se halla en el texto constitucional en su conjunto. Aunque deba reconocerse que

la mayor parte de las consideraciones del TC en dicho pronunciamiento se refieran a la posibilidad de permitir contradicciones entre un Tratado (de integración) y la Constitución, como ya fue argumentado, la generalidad de algunas de sus conclusiones hace que deban referirse también a las contradicciones entre el Derecho resultado de la integración (Derecho derivado) y Constitución.

Recordado tal extremo, lo cierto es que el TC concluye que ante todo debe asegurarse que la Constitución no pueda ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X: “los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa”. Con ello, 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, y que en ningún caso el art. 93 permite “disponer de la Constitución misma, contrariando o *permitiendo contrariar*, sus determinaciones”.

La segunda de las posturas viene recogida por las consideraciones del Consejo de Estado en su Dictamen 850/91, en las que reconoce que el art. 93 “rompe la rigidez” de los mecanismos de revisión constitucional pues permite autorizar un tratado “que atribuya a una organización internacional competencias derivadas de la Constitución siempre que dicha atribución no afecte a materias constitucionales cuya reforma sólo puede efectuarse mediante el poder de revisión del art. 168 de la Constitución, que está excluido de la competencia de las Cortes ordinarias” (punto III).

De esa forma, el Consejo de Estado, partiendo del cauce procedural previsto por el art. 93, sostiene que dicho precepto es la habilitación constitucional que permite la conclusión de Tratados que, o bien contengan previsiones sustanciales contrarias a la Constitución siempre y cuando no sean partes afectadas por la reforma constitucional agravada, o bien atribuyan competencias que puedan derivar en regulaciones de tal tipo.

Como puede observarse, la postura del Consejo de Estado es muy parecida, al menos en sus resultados, a la de quienes defienden que el art. 93 permite la incorporación de normativa supranacional que resulte contraria de determinadas previsiones constitucionales, siempre y cuando no afecte el *núcleo* de la Constitución. Son tesis que vienen a aceptar la existencia de una *autorruptura* constitucional limitada.

Incluso estas posturas no tan apagadas a la identificación entre integración y reforma constitucional, no dejan de partir en su mayoría de tal equiparación, pues es con

base en la misma que acaban delimitando los márgenes de lo permitido por el art. 93. El planteamiento suele fundamentarse de la siguiente forma: dado que los efectos de la integración pueden llegar a resultar equivalentes a los de una reforma constitucional, es necesario respetar la voluntad del constituyente respecto de la necesidad de preservar ciertos contenidos de una reforma sin las debidas garantías, lo que nos lleva al terreno de las consideraciones del Consejo de Estado.

Buena prueba de ello es que uno de los autores que con mayor precisión han deslindado los conceptos de integración y reforma, Pérez Tremps, no ha dejado de afirmar que “la prohibición de que una organización supranacional pueda incidir en la Constitución supone tanto como señalar que el ejercicio del poder constituyente no es susceptible de ser cedido al citado ente supranacional. Este límite, a la postre, no es sino una manifestación más de la barrera que la soberanía, que la existencia misma del Estado, representan para la integración supranacional”³³⁰.

Pues bien, sin afirmar ni negar, por el momento, que quepa cesión del poder constituyente (constituido), lo cierto es que si algo debe concluirse del análisis hasta ahora efectuado es que el concepto de integración que el art. 93 encierra, tiene una naturaleza distinta que la noción de reforma constitucional o ejercicio del poder constituyente constituido.

Y curiosamente es el propio Pérez Tremps el que describe con exactitud que “tanto desde el punto de vista formal, como material la técnica jurídica de la integración es muy distinta de la reforma constitucional. La integración supone situar fuera del ordenamiento una serie de competencias y someterlas a un nuevo sistema jurídico no estatal (...). La reforma constitucional, en cambio, implica siempre el mantenimiento de la potestad dentro de un sistema jurídico, aunque se modifiquen las normas que lo regulan”³³¹. En otras palabras, “atribución del ejercicio de competencias (integración) y modificación del régimen interno de ejercicio del poder (reforma) se mueven en planos distintos: una está

³³⁰ Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., p. 97.

³³¹ Ibidem, p. 61.

dentro del marco interordinamental, de relación entre sistemas jurídicos; la otra en el intraordinamental, de modificación de un sistema jurídico”³³².

2.2.2 La conciliación entre los artículos 93 y 95 de la Constitución española

En su momento ya consideramos que lo que debía postularse era una interpretación que conciliase el concepto de integración supranacional con las previsiones del art. 95, llamadas a garantizar la no contradicción entre los dictados constitucionales y las previsiones contenidas en Tratados cuya aprobación se pretenda.

Debe insistirse en que la previsión del art. 95 hace referencia al contenido sustancial de Tratados cuya aprobación se pretenda. A partir de ahí, empieza a aclararse la relación entre los artículos 93 y 95. Respecto de las previsiones sustantivas que un Tratado de integración contenga, hay que coincidir con la postura del TC cuando señala la necesidad de asegurar la no contradicción con las disposiciones constitucionales pues, en efecto, el Tratado de integración no deja de ser un Tratado al que debe aplicársele lo dispuesto por el art. 95.

La doble naturaleza de los Tratados de integración hace que siendo Tratados internacionales constituyan a la vez Derecho (primario) de la organización supranacional. Ahora bien, en el momento previo a la ratificación del Tratado, respecto del Estado que aún no ha prestado su consentimiento se trata de un cuerpo jurídico no aplicable que debe ser contrastado con los dictados constitucionales, pues así lo exige el art. 95, no pudiéndose sostener que el art. 93 exceptúa de dicho contraste previo.

Una vez ratificado el Tratado y desde su entrada en vigor, constituye Derecho supranacional y, como tal, junto con el Derecho derivado, pasa a tener un régimen específico, que es el que le ofrece el concepto de integración consagrado constitucionalmente por el art. 93.

De esta manera, la contravención del texto constitucional por parte del Derecho de la integración, tanto por parte del Derecho de los Tratados de integración una vez en vigor (en aspectos no examinados previamente por el TC o que habiendo sido examinados sin ser

considerados como inconstitucionales, recibiesen una interpretación por parte del TJ que los viciara de inconstitucionalidad), como por parte de la normativa derivada, no pueden ser consideradas como supuestos de *reforma implícita*.

Como se ha señalado, nos hallamos en un plano distinto al de la reforma: el plano interordinamental que obliga, en el marco de las relaciones entre distintos sistemas jurídicos, a aceptar la aplicación de una normativa que eventualmente pueda entrar en colisión textual y directa con los dictados constitucionales.

En definitiva, no puede defenderse una postura que, como la del TC, entiende que la atribución competencial que la integración comporta equivale a la aceptación de la modificación tan sólo de las condiciones formales establecidas por la Constitución para el ejercicio de la competencia en cuestión, no pudiendo quedar además comprometidas las condiciones materiales inicialmente previstas³³².

Lo que se está proponiendo, que debe ser entendido, de nuevo, en el marco de las implicaciones de la relación interordinamental, coincide con las apreciaciones que en forma de interrogante fueron planteadas por el Gobierno en el Requerimiento que daría pie a la DTC 108/1992. Si recordamos, el Abogado del Estado se refería a la posibilidad de salvar la eventual contradicción entre el Tratado de Maastricht y la Constitución por la vía que ofrece el art. 93, entendiendo que este precepto constitucional podría permitir 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.

Aunque el Gobierno se refiriese a la colisión entre Constitución y Tratado antes de su aprobación, que ya hemos dicho que sí resulta afectada por el art. 95, y matizara además que la excepción a la necesidad de cotejar entre norma comunitaria y Constitución sólo se da si no está en juego “el núcleo de la Constitución”, lo cierto es que recoge la esencia de lo que se viene planteando.

³³² Ibídem, p. 64.

³³³ Así es, como sabemos el TC ha llegado a afirmar que 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,

2.2.3 *La conciliación entre los artículos 96, 94 y 93. El art. 93 como lex specialis frente al art. 94*

En virtud del art. 96 de la Constitución, una norma interna que contradice una norma internacional ratificada por España es una norma que infringe un mandato constitucional, pero nada dispone el mencionado precepto en cuanto a que tenga que ser el TC quien constate de manera previa esa vulneración, algo que sí es exigible respecto de las normas con rango de ley posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, como es sabido.

Es ahí donde el art. 96 interactúa con los artículos 93 y 94: los compromisos internacionales a que dan pie las vías trazadas por dichos preceptos implican la primacía del Derecho internacional sobre el interno, una primacía que sin duda llega a adquirir su mayor efectividad cuando son los mismos órganos encargados de su aplicación quienes están llamados a asegurarla directamente.

¿Qué diferencia existe entre las normas incorporadas al ordenamiento español en virtud de las vías del art. 94 o sobre la base de la ratificación de los tratados de integración de los que habla el art. 93?

La diferencia está en la propia noción de integración del art. 93, y tiene dos vertientes: la primera viene motivada por el hecho de que los Tratados de integración a los que se refiere el art. 93 permiten pro futuro la directa incorporación de normativa supranacional sin la necesidad de un consentimiento previo puntual por parte del Estado; la segunda hace referencia a que, al margen de que en los propios tratados de integración así se reitere, se cifra la necesidad de asegurar que la normativa resultante sea aplicada de manera uniforme e inmediata por todos los Estados *integrados*, para lo cual además pueden ser atribuidas competencias de tipo jurisdiccional, como es el caso de la integración comunitaria.

A diferencia de lo que sucede con el Derecho comunitario, respecto de los tratados ratificados por alguna de las vías del art. 94, habrá que estar a las características específicas que el mismo tenga, sin que pueda establecerse *a priori* condiciones a la forma en que el Estado debe asegurar la primacía de la norma internacional.

justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere, algunas de la cuales pueden

En esta línea, Palacio González critica que el TC mida por el mismo rasero a la normativa comunitaria y al resto de la normativa de origen internacional. Según este autor “la densidad normativa del Derecho surgido de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no puede equipararse al contenido de cualquier otro Tratado internacional”, puesto que los principios de primacía, efecto directo y aplicación uniforme hacen que el ordenamiento comunitario reciba “a nivel interno un respaldo normativo de intensidad muy superior al que podría venir dado a través de los canales ordinarios de recepción del Derecho internacional general”³³⁴.

De ahí que, nuevamente, haya que rechazar, por superficial y contradictoria, la consideración del art. 93 como precepto exclusivamente de “índole orgánico-procedimental”, ya que dicho precepto “es el fundamento de la obligatoriedad para España de miles y miles de normas comunitarias (...). Es la condición *sine qua non* para poder ser Estado Miembro de las Comunidades. Por ello se debatió y se aprobó con pleno conocimiento del vaciado competencias que supondría la adhesión de España a las Comunidades”³³⁵

2.2.4 Reforma y validez, integración y aplicabilidad

Al separar reforma de integración parece inevitable tener que acudir a la separación de los fundamentos de validez de cada uno de los ordenamientos y concluir, como hacía Requejo, en que el ordenamiento constitucional, una vez aceptada la integración, no tiene más remedio que asegurar la aplicabilidad de la normativa comunitaria, que resulta tan indisponible como su propia validez. En otras palabras, la integración no afectaría al plano de la validez (que es ámbito reservado a los mecanismos previstos de reforma), sino tan sólo al de la aplicabilidad de las normas.

ser ejercidas *quoad exercitum*, en virtud de lo dispuesto en su art. 93”. DTC 108/1992 (FJ 4º), ya citada.

³³⁴ Palacio González, J., “Jurisprudencia constitucional...”, ob, cit., p. 92.

³³⁵ Ibídem, p. 599. La misma autora considera, en este sentido, relevante el hecho de que “las Cortes Españolas, en representación del pueblo español y haciendo uso de la previsión contenida en el art. 93 de la CE, con pleno conocimiento de causa (de la trascendencia jurídica, como reflejan las actas del debate suscitado en la redacción del art. 93), otorgaron su autorización sin ningún voto en contra ni abstención alguna para la integración del Derecho comunitario en nuestro ordenamiento interno conforme a las exigencias o características del propio DC”. Ibídem, p. 620.

Ya se argumentaron los motivos que nos llevaban a denunciar el carácter ilusorio de la separación en términos de validez que proponían tanto Requejo como, desde otra perspectiva, el propio TC: la separación ordinamental en sede de validez acaba siendo diluida en el plano de la aplicabilidad, en la que se postula la superposición de uno de los ordenamientos sobre el otro. Como tuvimos ocasión de subrayar, la validez desligada completamente de la capacidad real de aplicación deja de tener sentido; “validez jurídica sin ejecución sería un *nullum*, una apariencia carente de realidad”³³⁶.

Esa contradicción se ponía especialmente de manifiesto en el hecho de que finalmente, el plano fáctico de la efectividad normativa no podía ser escatimado, y de hecho el propio Requejo identificaba aplicabilidad con capacidad que una norma tenga de condicionar, internamente, el uso de la fuerza, reconociendo que para que ello suceda con normas de un ordenamiento sin capacidad coactiva directa, es necesario que la Constitución, y con ella los órganos encargados de su aplicación, “las tengan por válidas”.

Pues bien, sin necesidad de reiterar de nuevo todo lo que ya fue expuesto, incluso partiendo, como lo hacemos, de 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 incondicional 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 para una situación específica.

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, o bien se proponen unos términos de relación distintos, que, ahora ya podemos concluir, son los que definen la interrelación ordinamental que hemos venido describiendo.

Pues bien, las razones recién expuestas son las que nos obligan a seguir distinguiendo entre reforma e integración, entendiendo que la preterición aplicativa que exige el Derecho comunitario, llegado el caso incluso respecto de previsiones constitucionales, debe concebirse en el marco de la interrelación ordinamental que explica

³³⁶ Tomuschat, Ch., “Aller guten Dinge sind III?”, ob. cit., p. 344.

el modo en cómo los ordenamientos estatales participan en la conformación final de la norma comunitaria que exige ser aplicada.

De esta forma, la postulación de la primacía del Derecho comunitario en el plano aplicativo se hace desde un plano sustancialmente distinto al defendido por Requejo, pues la divisoria ordinamental no se acaba difuminando a partir de la formal separación entre validez y aplicabilidad. Lejos de desaparecer dicho deslinde ordinamental, sabemos que no es posible entender la efectividad de la norma comunitaria, auténtica piedra de toque, sino es desde la autonomía recíproca de los ordenamientos, causa y efecto de la interrelación que estructura su confluencia.

2.2.5 El carácter no atribuible del poder de reforma constitucional

A partir de la recíproca autonomía ordinamental y de la necesidad de separar integración de reforma, hay que sostener, como ha hecho de manera insistente tanto el TC como buena parte de la doctrina, que el poder de reforma constitucional no puede ser considerado como uno de las competencias cuyo ejercicio resulta atribuible en virtud del art. 93.

Así es, si dicho poder se atribuyera a un ente externo, integración y reforma se confundirían y con ello, en efecto, habría que hablar de la disolución del fundamento de la validez del ordenamiento constitucional, uno de los dos polos de la relación ordinamental en la que se basa el concepto de integración incorporado por el art. 93.

Desde tal perspectiva, sí que hay que coincidir con Pérez Tremps cuando señala que “excluir del poder de integración la atribución del poder constituyente supone tanto como asegurar la existencia misma del Estado (...). La hipotética disolución del Estado a través de fórmulas jurídicas no puede ser nunca producto de un acto constituido, sino manifestación del poder constituyente”³³⁷. En este contexto, el tránsito hacia una hipotética unidad federal de corte europeo debería pasar, forzosamente, por un proceso constituyente con capacidad para instaurar unas nuevas bases para la validez normativa del conjunto del ordenamiento jurídico federal (y con él de los subordenamientos estatales).

³³⁷ Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., p. 98.

Más allá de lo anterior, en realidad la separación ordinamental implica, como ha concluido López Castillo, que no cabría atribuir “ni el poder de reforma ni tampoco la facultad menos extrema de derogar o modificar leyes o incluso reglamentos”³³⁸.

Volvemos a la misma idea: la norma comunitaria no afecta a la norma interna, sea o no constitucional, en el plano de la validez sino en el de la aplicabilidad, y por ello no puede ser atribuido al ente comunitario la potestad de reformar la normativa estatal, ya que tal potestad se sitúa en el plano constituyente (aunque constituido), esto es, en el plano de la validez.

Otra cosa muy distinta es que en aras del principio de lealtad comunitaria, el TJ pueda llegar a exigir a las instituciones estatales la derogación de las normas internas que entorpezcan una correcta aplicación del ordenamiento comunitario. De hecho, se trata de una exigencia que deriva incluso de un principio más general, compartido por ambos ordenamientos, que es el de la coherencia sistemática y la propia seguridad jurídica.

2.2.6 La necesidad de reformas constitucionales

Trasladada la reflexión anterior al plano de la normativa constitucional, en caso de directa y textual contradicción sustantiva entre una norma comunitaria y una previsión constitucional sería aconsejable acometer el procedimiento de reforma constitucional, pero no como requisito previo a la entrada en vigor de la norma comunitaria, sino por coherencia no sólo intersistémica sino incluso interna del propio sistema constitucional: “la noción misma de Constitución, en tanto que estructura normativa básica del Estado, exige una adecuada clarificación, formal y material, tanto en un plano normativo como político de sendas responsabilidades de la UE y de sus Estados miembros”³³⁹.

Sin duda, aunque esta sea una cuestión sobre la que no ahondaremos, esa adecuada clarificación podría sin duda exigir una reforma del propio art. 93, pues a nadie escapa que la potencialidad transformadora que el concepto de integración que dicho precepto incluye sería merecedora de una mención más específica. En este sentido, han sido muchas las

³³⁸ López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., p. 147.

³³⁹ Ibidem, p. 227.

voces que han señalado la necesidad de incorporar un art. 93 bis que contemple de manera expresa la apertura al ordenamiento comunitario, al estilo abierto de la reforma ya comentada del art. 23 LFB, o siguiendo el esquema más cerrado del Título XV de la Constitución francesa (“De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”) incorporado tras la Decisión del Consejo Constitucional francés sobre el asunto *Maastricht I*³⁴⁰.

No faltan en la doctrina, en este sentido, las voces que, en denuncia de la insuficiencia de la previsión del art. 93 para hacer frente a las transformaciones que de la integración comunitaria se derivan, reclaman la introducción de un nuevo precepto constitucional específicamente orientado a contemplar la recepción del fenómeno europeo³⁴¹.

³⁴⁰ Decisión 92-308, de 9 de abril de 1992. El tenor de la reforma es “cerrado” porque delimita con claridad los ámbitos en los que Francia participa en la construcción europea. Tanto es así, que la reforma del TUE propuesta en Ámsterdam requirió, a juicio, del Consejo Constitucional francés, una nueva reforma constitucional previa a su ratificación, esta vez del art. 88.2 de cara a permitir las transferencias competenciales para el establecimiento de la UEM (Decisión 97-394, de 31 de diciembre de 1997, asunto *Ámsterdam*). Un estudio sobre la situación en las distintas Constituciones de los Estados miembros puede hallarse en Llopis Carrasco, R. M., “Las «Cláusulas Unión Europea» en las constituciones de los Estados como control de constitucionalidad de la integración europea: «seguridad jurídica vs. cheque en blanco»”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 30/31, 2000, páginas 49 a 63. En dicha aportación, el autor analiza el art. 93 en comparación básicamente con los supuestos francés y alemán, señalando las ventajas de las cláusulas más abiertas, por su capacidad de comprender el flexible desarrollo de la integración, frente a las más cerradas, que aunque procurar mayor seguridad jurídica dotan de una rigidez excesiva al texto constitucional: “al detallar taxativamente cada etapa que va cubriendo el proceso de integración europeo, la reforma constitucional se impone cada vez que se quiere franquear una nueva etapa”. Ibídem, p. 59.

³⁴¹ Así, Donaire Villa, F. J., “El Tratado de Ámsterdam y la Constitución”, *REDC*, núm. 54, 1998, páginas 119 a 167; Pérez Tremps, P., “El Tratado de Ámsterdam y la Constitución española”, artículo aparecido en *El País*, el 15 de marzo de 1998, p. 12; López Castillo, a su vez, opina que la superación de algunas de las incertidumbres que genera el art. 93, refiriéndose en concreto al alcance de la noción de atribución-cesión utilizada por el mismo, “sólo podría quedar enteramente desechada mediante la correspondiente clarificación textual, bien porque se revisase el art. 93 Const. Pensando en su acomodo a la realidad supranacional comunitaria que ha pretendido servir, bien porque en la estela de la reciente evolución constitucional comparada (alemana, francesa, sueca...) se decidiese insertar, junto al actual art. 93, un nuevo art. 93 bis Const. De modo que se evidenciase así en términos constitucionalmente inequívocos la participación española en la Unión Europea”. López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., páginas 142 y 143; por su parte, López Basaguren considera como importante carencia la inexistencia de una previsión constitucional específica para la integración comunitaria, tanto en el caso español como en muchos otros, situándolo incluso como una de las causas que en su opinión explican las aporías existentes entre ordenamiento comunitario y ordenamientos nacionales. López Basaguren, A., “¿Réquiem...”, ob. cit. Finalmente, Mangas en su detallado repaso a las discusiones en fase constituyente que llevarían al redactado final del art. 93, califica como “afortunada” la enmienda presentada en la *Comisión de Constitución* del Senado por el Grupo de “Progresistas y Socialistas independientes”, que propusieron, sin éxito, redactar en plural la referencia a la

La conveniencia de postular por una reforma del texto constitucional se basa principalmente en dos razones: en primer lugar, por el valor que la mejor adecuación del texto tiene para la preservación de la propia función constitucional, pues no hay que olvidar que la misma depende de que el alejamiento de la realidad que pretende encauzar no sea excesivo; en segundo lugar, porque existiendo una carencia manifiesta de implicación y participación ciudadana en el proceso de integración, la apertura del debate en torno a dicha reforma debe ser en primer término bienvenida, y en segundo, aprovechada para favorecer la discusión que hasta ahora no ha tenido lugar.

En este sentido, merece la pena recoger la apreciación de Balaguer cuando afirma que “en nuestro país, todas las soluciones que se han intentado para hacer frente a los problemas de ordenación constitucional parecen tener como inspiración esencial la de evitar la reforma constitucional para no replantearse el pacto constituyente. Sin embargo, por esta vía, la normatividad de la Constitución termina debilitándose y el pacto constituyente se replantea, de manera permanente en el proceso político...”³⁴².

Lo anterior no entra en contradicción con la labor interpretativa que hasta el momento se ha venido realizando: se ha venido construyendo una lectura, una interpretación del art. 93 que trata de acercar normatividad y normalidad. Frente al carácter dinámico del proceso, el empeño por adoptar una perspectiva jurídica nos ha forzado a acudir a categorías jurídicas necesariamente amplias que nos han conducido a su vez a un no menos amplio concepto de integración.

2.2.7 ¿Y las garantías?

Dicho eso, puede objetarse que la nítida separación conceptual entre integración y reforma se difumina en la práctica, ya que por mucho que se diga, los efectos son equivalentes a la modificación del texto constitucional, y además obviando las garantías que la Constitución dispone para la reforma de los aspectos que más definen el tipo de pacto social que personifica.

celebración de *Tratados por los que se atribuye...* y no el actual *Tratado por el que se atribuye...* Mangas Martín, A. *Derecho Comunitario europeo...*, ob. cit., p. 22.

¿Dónde se sitúan las garantías para que la diferencia entre reforma e integración no acabe convirtiéndose en un mero artificio teórico tras el que se halle una dimensión oculta de los efectos a que da pie el art. 93? La respuesta es reiteración: en la defensa del correcto equilibrio institucional y ordinamental, base de la salvaguardia del constitucionalismo que, a la postre, coincide con los valores representados por el *núcleo* de la Constitución, la lógica interna que el texto constitucional finalmente debe asegurar, cuya protección se exige desde posturas estatalistas.

Ahora bien, la necesidad de tutelar ciertos contenidos no debe llevarnos a situarlos como límites impuestos desde el Estado y su Constitución al proceso de integración, sino más bien como presupuestos del mismo. No en vano, dicho proceso debe buscar en último término la realización de tales valores en el plano supranacional, como condición de su propia pervivencia en el contexto actual.

Su garantía, en resumen, debe hallarse no en la subordinación del ordenamiento comunitario respecto del constitucional, subordinación que suele fundamentarse, en último extremo, en la noción de soberanía estatal y ordinamental, sino en la articulación de pautas que estructuren la relación interordinamental de acuerdo con las respectivas características de los distintos sistemas jurídicos en presencia. Tales pautas nos llevan a la garantía de los elementos que ya han sido esgrimidos: los aspectos procedimentales (democratización de los procesos decisorios) y los aspectos sustantivos (protección efectiva de los derechos fundamentales). Tanto en el plano comunitario como en el estatal y asegurando una correcta comunicación entre ambos órdenes, especialmente entre instancias jurisdiccionales.

Por otro lado, no hay que olvidar que la protección del núcleo normativo referido conlleva la necesidad de que los sistemas en presencia partan de un eje común de criterios materiales, de grandes principios que constituyan parámetros de validez material en cada uno de los ordenamientos y que, resumidamente, pueden ser identificados con los elementos fundamentales que conforman el sistema democrático y social de Derecho. De no ser así, no cabría integración, pues no sería posible una verdadera interrelación ordinamental: “no se trata, en definitiva, de garantizar desde un ordenamiento la validez del

³⁴² Balaguer Callejón, F., “Las fuentes de Derecho”, Trujillo, G., López Guerra, L., González-Trevijano, P., *La experiencia constitucional (1978-2000)*, ob. cit., p. 179 (páginas 161 a 183).

otro, sino de asegurarse que ambos son compatibles y que la apertura que la integración implica no va a incidir negativamente en los logros del Estado Democrático de Derecho”³⁴³.

En este contexto cobra sentido la advertencia de Hesse sobre que “si la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente «*abierto al tiempo*» (...). La Constitución no se limita a dejar abierto sino que establece, con carácter vinculante, lo que no debe quedar abierto”³⁴⁴. Pues bien, el art. 93 se incluye entre las decisiones de lo que sí debe quedar abierto, que es la propia apertura ordinamental en los términos referidos.

Sin duda alguna, como el propio Hesse ha indicado en otro lugar, a partir de tal decisión la Constitución acepta explícitamente perder su eficacia omnicomprensiva y su primacía pero gana una nueva vertiente: la dimensión europea. Por otra parte, no hay que temer que las Constituciones nacionales vayan a perder importancia en el curso del proceso puesto que existe una relación de recíproca dependencia³⁴⁵.

De esta forma, el TC debe reacomodar su posición asumiendo esa pérdida de exclusividad del texto cuya eficacia está llamado a asegurar. Ahora bien, de ahí no se deduce que esté forzado a confiar en el correcto equilibrio de los poderes que en el espacio de la integración coinciden, sino que debe seguir velando por la realización de los valores constitucionales. El célebre *núcleo* constitucional, que no debe ser otro que el que recoge los principales valores del constitucionalismo, exige un posicionamiento activo, de modo

³⁴³ Pérez Tremps, P., *Constitución española...*, ob. cit., p. 123. Se trata de la idea de *congruencia estructural* a la que ya tuvimos ocasión de referir. En este sentido, López Castillo ha señalado, refiriéndose a la ausencia en la Constitución española de al menos una determinación de los objetivos en relación con la integración supranacional, que “ello no obstante, parece indudable que, en todo caso, el ejercicio de poder público por parte de la organización/institución internacional/supranacional habrá de ajustarse a un marco axiológico, que no es exactamente el de la Constitución nacional como algunas veces, en mi opinión, erróneamente se ha podido mantener, sino el del círculo jurídico en el que esa Constitución se enmarca (...). Por ello, hay que exigir la adecuación de la organización supranacional “con respecto a, y su observancia de, aquellos valores constitucionales al margen de los cuales no es admisible la organización del poder público (...). Sólo cabría, por tanto, un poder (proto)constitucional, esto es, un poder democráticamente articulado conforme a derecho y en cuyo seno *gubernaculum* y *jurisdictio* aparezcan debidamente diferenciados y los ciudadanos permanezcan dueños de su patrimonio jurídico tanto en lo presente como en lo futuro”. López Castillo, A., *Constitución e integración*, ob. cit., páginas 168 y 169.

³⁴⁴ Hesse, K., *Escritos...*, ob. cit., p. 19. El concepto de contenido constitucional “abierto al tiempo” la extrae Hesse de Bäumlin, *Staat, Recht und Geschichte*, 1961.

³⁴⁵ Hesse, K., “Estudios en la historia...”, ob. cit., p. 120. Concretamente señala el autor que “ambos ordenamientos (el comunitario y el alemán) están imbricados entre sí, están referidos y se influencian recíprocamente y dependen uno de otro”.

que debe esperarse su reacción ante un hipotético supuesto de vulneración de dichos valores por parte de la normativa comunitaria, ya sea directamente o a través de su aplicación por parte de las autoridades internas.

En efecto, la propuesta pluralista sostenida aquí no implica que los ordenamientos estatales, y sus jurisdicciones constitucionales al frente, se vean obligados a aceptar todo tipo de medida comunitaria. No hay que confundir capacidad descriptiva con capacidad prescriptiva. Que la comprensión de la magnitud de la interrelación tenga valor descriptivo, no quiere decir que el TC, por volver a nuestra realidad constitucional, esté forzado a confiar ciegamente en el correcto equilibrio de los poderes que en el espacio de la integración coinciden. En otras palabras, la integración no impide que puedan darse supuestos de trasgresión constitucional por parte de normativa comunitaria que no deben ser entendidos ni como reforma implícita ni tampoco como casos de mutación constitucional. La integración supranacional contemplada en la Constitución (art. 93) comprende posibles contradicciones puntuales con el texto constitucional, pero no permite una vulneración de los valores y principios que identifican el constitucionalismo, según se ha insistido. Llegados a tal extremo, la exigible respuesta del TC destinada a impedir la aplicación en el propio territorio de la norma comunitaria daría lugar a un supuesto de ruptura del sistema.

Antes de dicha reacción, que vendría a mostrar el fracaso de la interrelación, no obstante, el TC debería acudir al TJ en vía prejudicial, y si pese a conocer la trascendencia constitucional que el asunto tiene, el TJ ratifica una lectura de la norma comunitaria incompatible con los presupuestos que el TC considera irrenunciables, entonces, finalmente, habrá llegado el por muchos anunciado momento en que se demuestra la incapacidad de los instrumentos jurídicos de la integración ante determinados fenómenos que pueden darse en su desarrollo. Habría que estar en el caso concreto para ver cómo las diversas instancias logran reajustar sus respectivas posiciones, pasando a primer plano las soluciones de tipo político, para las que, por otra parte, no habría que descartar la posibilidad de que el TC se pronunciara por la inconstitucionalidad de la norma comunitaria pero aplazando la declaración de inaplicabilidad.

En caso de no hallarse solución alguna y, al margen de la posibilidad de que se diera un conflicto interno entre distintas instancias, habría que ver si finalmente el Estado opta

por la inaplicación de la normativa cuestionada, vulnerando con ello los compromisos comunitarios, o acaba aceptando su aplicación, en contra de la lectura realizada por el TC. Podría incluso llegarse a producir una ruptura que provocase el desentendimiento general del Estado de las obligaciones que su adhesión a la Comunidad hubiera generado, ante lo que habría que esperar que la Comunidad instara la puesta en marcha de las represalias que los Tratados prevén.

¿Se desmorona así la construcción teórica que hemos venido sustentando? Sería un error llegar a dicha conclusión: la propuesta pluralista basada en la dinámica de interrelación ordinamental apunta hacia una concepción distinta de la posición de los ordenamientos comunitarios y estatales, una posición que es cifrada en términos jurídicos a partir de la reformulación de algunas de las nociones que tradicionalmente han venido sirviendo de base en el terreno del Derecho Público.

Hay que insistir en ello: se apuesta por un modelo de explicación teórica que comprenda jurídicamente las implicaciones de la integración comunitaria de la manera más amplia posible, como fórmula para diagnosticar con mayor precisión las carencias que desde un punto de vista constitucional puedan derivarse de dicho proceso.

El hecho de que en último término se pueda llegar a una situación irresoluble en términos jurídicos no iguala el modelo propuesto con las perspectivas monistas que sustentan jurídicamente la posibilidad de proclamar un vencedor en la contienda. En primer lugar, la debilidad de la propuesta no debería juzgarse por el hecho de no encontrar el antídoto para que en último extremo el Derecho deba dejar paso a la política, pues ese es también el lugar de destino de la teoría constitucional tradicional frente a un hipotético supuesto de conflicto entre poderes superiores del ordenamiento, o ante la existencia de situaciones de excepcionalidad constitucional (tras las que, una vez superadas, se han seguido desarrollando las relaciones jurídicas bajo el esquema previsto por la Constitución). Por otro lado, el hecho de que la excepcionalidad nos lleve a un escenario en el que los dos sistemas en presencia trataran de forzar su propia vigencia frente al otro, no quiere decir que deba volverse a un planteamiento de tipo monista, pues al hacerlo se estaría olvidando que desde la óptica pluralista se explica de manera más satisfactoria las condiciones en que se desarrolla en el contexto comunitario la relación entre ordenamientos.

CONCLUSIONES

I

La diversidad de enfoques explicativos de las implicaciones jurídicas del proceso de integración comunitaria puede reconducirse a dos grandes perspectivas: los planteamientos comunitaristas y los de tipo estatalista o soberanista.

La perspectiva comunitarista parte de la incondicional primacía del Derecho comunitario sobre cualquier normativa de origen estatal, considerada como jerárquicamente subordinada. Dicha primacía se concibe como resultado de un proceso de *constitucionalización* de los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas, entendidos como *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. Tales son los presupuestos en los que basa su jurisprudencia el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJ).

Según los planteamientos soberanistas o estatalistas, el fundamento último de la aplicación del Derecho comunitario reside en los preceptos constitucionales de cada Estado miembro: son las cláusulas de apertura de las distintas Constituciones las que habilitan al ordenamiento comunitario para ocupar la posición que ocupa. De esta forma, el respeto de las previsiones constitucionales, al menos de las que deban ser consideradas como *núcleo intangible*, identificado con la idea de soberanía estatal, se constituye como límite a la integración. Sin duda una de las muestras más acabadas de este planteamiento, lo constituye la doctrina del Tribunal Constitucional alemán (TCF) en su sentencia *Maastricht*, donde remarca que los Estados son los “dueños de los Tratados” (*Herren der Verträge*) y que la Unión Europea (UE) no es más que una “Unión de Estados” (*Staatenverbund*).

II

Las dos perspectivas, comunitarista y soberanista, son de carácter monista puesto que conciben la relación entre ordenamientos a partir de la vigencia del principio de unidad

ordinamental, asegurado por la presencia de una norma jerárquicamente superior, los Tratados, en el primer caso, la Constitución estatal, en el segundo.

Aunque ambos puntos de vista parten de una teórica separación entre ordenamientos, basada en una aparente distinción entre las nociones de validez y aplicabilidad, dicho deslinde se acaba difuminando puesto que en realidad la solución de los posibles conflictos es abordada desde la relación internORMATIVA. 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. Con ello, las dos perspectivas apuntadas, pese a aceptar en principio la existencia de dos ordenamientos distintos, el estatal y el comunitario, acaban uniéndolos conceptualmente en uno solo, de ahí su calificación como monistas.

La unidad ordinamental se erige, en ambos casos, como presupuesto ontológico: sólo desde la unidad podemos esperar soluciones jurídicas a los conflictos; sólo la unidad garantiza la juridicidad, porque juridicidad quiere decir unidad.

En el caso del monismo soberanista, la unidad ordinamental, fundada en la Constitución estatal, adquiere una dimensión añadida por la presunción del ligamen entre soberanía estatal y constitucionalismo. Se entiende desde tal planteamiento que más allá de las fronteras del Estado no pueden darse las garantías suficientes para la realización de los valores del constitucionalismo, de modo que 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, pues ese es el objeto perseguido por el pacto social que sienta las bases de la legitimidad del propio sistema constitucional.

III

Las insuficiencias de las perspectivas monistas exigen un planteamiento teórico distinto: el enfoque pluralista.

1) El análisis de la dinámica que guía las relaciones entre los sistemas comunitario y estatales pone de manifiesto la incapacidad de los enfoques monistas a la hora de describir las verdaderas implicaciones del proceso de integración europea. Por un lado, difícilmente puede aceptarse la desnuda primacía comunitaria en el seno de una realidad institucional y normativa que 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.

Por otra parte, tampoco la proclamación de la intangibilidad de los dictados de los textos constitucionales estatales permite advertir el grado de las transformaciones que la integración conlleva en espacios claves del ordenamiento estatal, en especial en materia de derechos y libertades y respecto del equilibrio entre poderes. Así es, la atribución competencial a las instancias comunitarias altera sustancialmente la relación entre los poderes legislativo y ejecutivo al producir un vaciamiento del principio de reserva de ley. También el poder judicial varía su posición desde el momento en que debe inaplicar normativa interna con rango legal por contradicción con normativa comunitaria. Lo mismo cabe afirmar respecto del modelo de distribución territorial del poder. Las implicaciones apuntan pues directamente a elementos conformadores del Estado social y democrático de Derecho tal y como viene estructurado por el texto constitucional.

La hondura de las transformaciones que el proceso de integración comunitaria lleva consigo, hace que las carencias que las visiones de tipo monista tienen en el plano descriptivo se tornen en incapacidad a la hora de hacer frente a las exigencias del constitucionalismo en el contexto contemporáneo. Al hablar de planteamientos constitucionalistas, se hace referencia a la exigencia del control y limitación de los distintos centros de poder, así como a 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.

De lo que se trata es pues de proponer una planteamiento teórico distinto, que tenga capacidad de descripción, para luego poder llegar a planteamientos de tipo prescriptivo.

2) El presupuesto principal del que se parte es que una vez asumida la ausencia de supremacía y unidad de poder y de ordenamiento, una vez desdibujada la clásica noción de soberanía estatal, es posible concebir las implicaciones del proceso de integración comunitaria con base en una concepción pluralista de las relaciones entre los ordenamientos comunitario y estatal.

Frente a los enfoques monistas, debe proponerse una perspectiva distinta que rechace la existencia de dos lógicas contradictorias, 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 transforma una realidad estatal que, transformada y en transformación, forma parte de la esencia que define la naturaleza de ese ente de carácter supraestatal.

3) La articulación de la apuesta por una comprensión global a partir de la pluralidad de ordenamientos pasa por el cuestionamiento de la unidad ordinamental, vértice de las visiones monistas. La quiebra del principio de unidad ordinamental, a su vez, 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.

Estas cuestiones deben ser tratadas alrededor de un mismo eje: prescindiendo del principio de unidad ordinamental, ¿resulta posible la vigencia de los principios del constitucionalismo democrático en un marco político supraestatal? En otras palabras, ¿resulta posible desvincular estatalidad de constitucionalismo?

Empezando por la noción de pueblo, en un contexto en el que no sólo el ente estatal pueda contar con un ordenamiento propio y autónomo, deberá poder hablarse de la existencia de un *demos* no estatal del que parte y al que se refiere dicho ordenamiento. Dicha existencia depende de la posibilidad de desvincular las nociiones de ciudadanía y nacionalidad, que a su vez es condición para la concurrencia de un centro de poder político democrático más allá del Estado-nación.

Repensar el territorio como espacio de ejercicio del poder político, implica analizar el desbordamiento del ámbito estatal que se deriva del fenómeno de la globalización y del proceso de integración regional comunitaria.

La cuestión del ejercicio del poder político en un espacio no estatal conduce al debate en torno a la noción de soberanía estatal y, a partir de ella, de legitimidad (democrática) del poder. Se sitúa en primer plano una de las consecuencias principales de la crisis de la idea de soberanía estatal y unidad ordinamental: la crisis de legitimación, de la que participan no sólo los Estados sino también las organizaciones internacionales y supranacionales. En este contexto, la Comunidad aparece como un modelo desde donde se puede mitigar dicha crisis, por su capacidad de recuperar el poder de decisión política frente a las exigencias de la “racionalidad económica”, o, por el contrario, ahondar en ella.

Finalmente, por lo que respecta a las funciones estatales, resulta indudable que la quiebra de la unidad de ordenamiento y de poder sitúa al Estado en una nueva posición que debe ser tenida en cuenta como punto de partida de cualquier análisis sobre procesos en los que, como es el caso de la integración comunitaria, el Estado es el principal protagonista. Pese a sufrir un duro embate en el rasgo de la soberanía, el Estado permanece, sin verse ni siquiera relegado a un plano totalmente secundario. Lo que varían son las funciones, pero su papel, aunque menor, sigue siendo importante.

IV

La Comunidad no es otra cosa que una “Unión de Estados” (*Staatenverbund*). Ahora bien, esa Unión lo es de unos Estados que poco tienen que ver con la concepción que de lo estatal tienen quienes defienden los planteamientos del monismo estatalista. Se trata de una *Unión de Estados integrados*, entendiendo dicho calificativo no sólo en el contexto de la integración comunitaria en sí misma considerada, sino también a partir de la transformación que los atributos estatales vienen sufriendo en el contexto más amplio, el de la globalización, contexto en el que los Estados también se *integran*, y de una manera tal que viene a calificar su contenido, pudiendo incluso hablar de una *nueva forma de Estado*.

Desde la vertiente institucional, la *Unión de Estados integrados* se conforma como una nueva forma política, diferenciada tanto de los Estados como de las tradicionales

organizaciones internacionales, figuras ambas construidas desde la unidad ordinamental. Desde una perspectiva sustantiva, se podría llegar a hablar de un espacio distinto de realización de los principios del constitucionalismo que trataría de responder a los condicionantes económicos, políticos y jurídicos de nuestro contexto contemporáneo.

¿Cuál es el contenido del adjetivo *integrado*? El Estado *integrado* es aquél que se incorpora a una realidad jurídico-institucional en la que los ordenamientos en presencia se interrelacionan desde una posición de autonomía recíprocamente condicionada. Autonomía ordinamental e interrelación se erigen como piezas clave del sistema jurídico resultante y, paralelamente, ambos elementos explican su presencia en razón del otro: existe interrelación porque se trata de ordenamientos autónomos y dicha autonomía encuentra su fundamento en la dinámica de la interrelación.

El Estado contemporáneo sigue siendo Estado porque mantiene su conformación como estructura de actuación capaz de otorgar un especial grado de cohesión a la realidad social a la que se refiere. Bajo esta cohesión, pueden coexistir otras realidades jurídico-políticas referidas a partes del territorio (entidades subestatales), a la vez que le permite al Estado, por su carácter no excluyente, formar parte de realidades supraestatales no necesariamente en términos de subordinación jerárquica.

V

La propuesta pluralista consta de dos pilares fundamentales: la autonomía de los sistemas jurídicos en presencia y la dinámica de la interrelación ordinamental.

1) La posición pluralista parte forzosamente del reconocimiento del carácter autónomo de los ordenamientos comunitario y estatal. Ahora bien, mientras la autonomía del ordenamiento estatal, en tanto que ordenamiento originario, parece poder presuponerse, la del ordenamiento comunitario, por ser derivado, requiere una justificación más detenida.

El nexo de la legitimidad comunitaria, que originariamente se anuda a los Estados y sus Constituciones, desde el momento mismo de la creación de la Comunidad inicia un trayecto de alejamiento, una paulatina emancipación que acaba por situar en los Tratados el fundamento de la validez de las normas comunitarias. Ahora bien, esta separación no ha

llevado al ordenamiento comunitario ni a su independencia ni a su supremacía jerárquica sobre los sistemas jurídicos estatales, sino que lo que ha hecho ha sido transformar las relaciones con tales ordenamientos para acabar conformándose una autonomía recíproca enraizada en la dependencia mutua.

Sin olvidar la importancia del reacomodo que pueda haber supuesto el incremento de ámbitos de intergubernamentalidad, así como, en menor medida, la incorporación del principio de subsidiariedad, la normatividad comunitaria cuenta con una serie de anclajes que fundamentan su carácter autónomo. Principalmente puede hablarse de tres factores: la peculiar estructura institucional comunitaria; la “capacidad de arrastre” de lo jurídico, esto es, la legitimidad que le brinda el Derecho presentado como acuerdo racional cuya obediencia es generalmente aceptada; y el contexto en el que se desarrolla la existencia del Estado contemporáneo (la crisis del principio de soberanía estatal y los efectos de la globalización económica). Estos tres elementos, en su combinación, se sitúan en la base de la autonomización del ordenamiento comunitario.

El papel de la estructura institucional comunitaria es factor esencial de la autonomización del ordenamiento comunitario. Una de las características esenciales de la integración comunitaria es que la transferencia de competencias de los Estados a la Comunidad no produce un efecto de suma cero. En primer lugar porque los Estados (y más en concreto sus ejecutivos) mantienen una posición de control respecto de las decisiones en el Consejo (incluso a partir de la ampliación del principio decisorio mayoritario) y, además, porque ciertas competencias creadas en el nivel comunitario (como, sin ir más lejos, la realización del mercado común) no tienen una total correspondencia en el plano nacional.

La ampliación competencial de la Comunidad no se realiza necesariamente en equivalente detrimento de las facultades propias de cada uno de los Estados, sobre todo uno de los términos de la relación, el estatal, está conformado por distintos intereses que pueden resultar asimismo contradictorios, pues hay que distinguir el interés representado por el Gobierno (y con él, en cierta medida, la oposición que aspira a ser Gobierno), el interés del Parlamento (pese a que se halle condicionado por la mayoría gubernamental) y el interés de los órganos jurisdiccionales y en especial el del máximo garante del texto constitucional.

Los más directos beneficiarios de todo este esquema, auspiciado por el principio de autonomía institucional consagrado por los Tratados comunitarios, no son tanto los Estados

genéricamente considerados (ni todos los Estados por igual), sino de manera específica los gobiernos (y algunos gobiernos más que otros). Así es, el juego de suma cero se produce de manera más definida respecto de los Parlamentos nacionales, que, por lo general y a falta de una transformación de los mecanismos internos de elaboración del posicionamiento estatal ante el Consejo (específicamente apoderando a los Parlamentos con mecanismos de control y hasta de propuesta), ven menguadas sus competencias en equivalente proporción, salvo eventuales matizaciones, a la ampliación que observe la Comunidad. Son por tanto los gobiernos quienes ven cómo la suma no sólo no es cero sino que es a su favor, ya que con la ampliación competencial comunitaria muchas veces acaban adquiriendo una capacidad de influencia en la toma de decisiones que afectan al interior del propio Estado que no tendrían si la competencia permaneciese en el ámbito competencial estatal, especialmente en aquellos espacios reservados a la ley.

Así, cuando tras el Acta Única Europea empieza a ganar espacio el principio mayoritario, la expansión competencial y normativa a favor de la Comunidad no se detiene, de lo que pueden derivarse dos conclusiones conectadas: por un lado, aun cuando un Estado pueda quedar en minoría, la dinámica institucional comunitaria, junto con las necesidades que impone el contexto económico y político internacional, permite que los gobiernos sigan viendo en la asunción de competencias por parte de la Comunidad un saldo positivo; por otro lado, la evolución del proceso comunitario se demuestra cada vez más autónoma, cada vez menos ligada a un esquema de relaciones exclusivamente bidireccionales entre la Comunidad y cada uno de los Estados que aceptan formar parte de la misma.

2) Junto con la autonomía ordinamental, el segundo eje de la propuesta pluralista es el de la interrelación ordinamental. La quiebra con los planteamientos monistas no se produce por el hecho de partir de la interrelación ordinamental, pues en tales lecturas la misma también se halla reconocida, sino en la aceptación de la verdadera dimensión de dicha interrelación, cuya magnitud fuerza a prescindir del principio de unidad ordinamental. Que dos ordenamientos que comparten territorio y destinatarios entren en una relación de influencia mutua no es algo que deba sorprender. Ahora bien, cuando dicha interacción se convierte en la pauta de la relación y puede llegar a articularse con semejante intensidad en términos recíprocos, se puede empezar a concebir la posibilidad de que la

relación entre ambos ordenamientos no responda al patrón tradicional de jerarquía, esto es, que no acepte un tratamiento monista.

Se trata de dos ordenamientos distintos, dotados de autonomía pero no separados de modo tajante: es en la interrelación de ambos dónde se sitúa la pieza clave del engranaje que marca los tiempos de su evolución. Una interrelación que no sólo se produce en destino, esto es, en el momento de la aplicación de la norma, sino que surge desde el origen mismo de la creación normativa.

Quienes arrancan desde la perspectiva monista, hablan de dos ordenamientos, el comunitario y el estatal, que pese al grado de interrelación pueden entrar en colisión. En dicho enfrentamiento, finalmente el núcleo de la normativa que conforma la noción de orden público de cada uno de los sistemas debe acabar imponiéndose sobre el otro (uno u otro en función de si nos posicionamos como comunitaristas o como estatalistas). En cambio, desde la perspectiva pluralista aquí propuesta las nociones de orden público, tanto estatal como comunitario, deben acabar convergiendo, de modo que debe hablarse más bien de una noción de *orden público común*, y no simplemente comunitario, pues de tal forma queda mejor expresada la dinámica de la interrelación. Desde esta perspectiva, resulta más sencillo comprender que el Derecho comunitario que se acaba aplicando es un Derecho que es eficaz y se impone precisamente por partir del pluralismo.

Dicho orden público común, tejido con materiales diversos entre los que hay que destacar, por lo que a los derechos fundamentales se refiere, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, coadyuva en la paulatina conformación de un auténtico *ius commune* europeo.

No hay que olvidar, de todas formas, la desigualdad en la que concurren los distintos ordenamientos estatales a la hora de contribuir a la conformación del *ius commune* mencionado. En el plano jurídico, la presencia de sistemas constitucionales dominantes queda sin duda reflejada en la dinámica de la interrelación, que no se establece en las mismas condiciones en todos los casos.

La interrelación funciona como segundo pilar de la propuesta pluralista por cuanto tiene la capacidad de situarse al unísono como causa y efecto de la autonomía ordinamental comunitaria. Así es, siendo la interrelación efecto de la posición de autonomía del ordenamiento comunitario frente a los ordenamientos estatales, a la hora de responder por

qué aplican los órganos estatales una normativa que en términos generales supone un factor de reducción de la autonomía estatal, hay que partir también de la interrelación, tanto la presente en la fase decisional como en la aplicativa.

Esta doble faceta de causa-efecto posibilita una dinámica relativamente autorreferencial, a partir de la cual se logra ahuyentar en cierta medida la interferencia de cuestiones puramente políticas. De tal manera, se llega a un espacio donde la juridicidad se refuerza y logra reclamar su capacidad de regulación, de encauzamiento de la realidad a la que se refiere.

VI

La propuesta pluralista enfrenta de modo distinto los dos ámbitos clave en el marco del análisis de las implicaciones del proceso comunitario: la protección de los derechos y las libertades y la determinación de la competencia sobre la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*).

1) Uno de los ámbitos de mayor significación constitucional, el referido a la protección de los derechos y libertades, sirve como muestra de la necesidad de rechazar las propuestas de tipo monista. Desde tales visiones, el debate se ha centrado sobre el nivel de protección, dando por cerrado el análisis una vez constatada su suficiencia. En respuesta a tal planteamiento, hay que sostener que de manera previa se sitúa el cómo de la protección desde una perspectiva procedural, 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.

Por tales razones, lo que importa es descifrar el modo en que se acaba configurando el contenido del derecho, lo que nos ha conduce a la dinámica 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 en sí sea o no

satisfactorio, sino porque la naturaleza de tales mecanismos permita o no que el resultado sea 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 protección de derechos fundamentales llamada no sólo a servir de pauta en la elaboración y aplicación de la normativa tanto comunitaria como estatal, 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.

2) Lo mismo puede decirse respecto de la que constituye la cuestión esencial, esto es, y sin desmerecer la importancia de la protección de los derechos y las libertades, la determinación de la competencia de la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*). En el marco de una perspectiva pluralista, la interrelación se traslada al ámbito de la determinación de la competencia a partir del reconocimiento mutuo de dicha capacidad, resaltando la importancia de la recíproca influencia a la hora de acabar definiendo los contornos materiales de la atribución competencial que resulte conflictiva. Así se viene demostrando, entre otros factores muy conectados con el tipo de estructura institucional comunitaria, a partir del diálogo entre el TJ y las jurisdicciones estatales. De esta manera, la determinación de quién tiene la última palabra en caso de conflicto irresoluble, sin dejar de desparecer, pasa a ocupar un plano secundario, pues no impide poner el acento en el desarrollo de la interrelación ordinamental desde una perspectiva pluralista.

VII

Las insuficiencias de la óptica soberanista aparecen con claridad en la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional español (TC) del alcance del art. 93 de la Constitución.

El TC viene caracterizando el art. 93 como precepto de *índole orgánico-procedimental*. Por el contrario, resulta necesario partir de su autonomía sustantiva, su capacidad para comprender, a modo de *lex specialis*, el asentamiento del ordenamiento comunitario en términos de interrelación entre sistemas autónomos. La noción de integración comunitaria sólo puede explicarse con base en una comprensión pluralista de la

relación interordinamental, lo que otorga al art. 93 una dimensión específica. Con ella, el precepto puede huir del corsé que le proporciona el monismo de raíz estatalista, a la par que rechaza la desnudez de la incondicional apertura que le propone el TJ; así pues, como *lex specialis*, consigue dotarse de una prenda (jurídica) cuya elasticidad le permite vestir, dando forma, las implicaciones del fenómeno que la integración europea comporta.

De lo que se trata es de concebir el art. 93 como lugar de confluencia no sólo procedural sino también sustancial de las tres fuentes de donde se origina el fenómeno de la integración: la Constitución, los Tratados de integración, el Derecho comunitario. Son tres eslabones formales cuya intersección da lugar a un único fundamento de la aplicación del Derecho comunitario: la integración. Por esa razón, el art. 93 sólo puede comprender la noción de integración en su completa dimensión si trasciende no sólo su vertiente procedural, sino que al mismo tiempo se sustantiviza a partir de las fuentes estatal, internacional y supranacional.

A partir de ahí, el TC debería reformular la mayor parte de las conclusiones a las que ha llegado partiendo de la negativa a la consideración del art. 93 como *lex specialis*. De manera sumaria, resultaría necesaria: en primer lugar, una aceptación de la naturaleza constitucional del conflicto entre la norma interna y la norma comunitaria. En segundo término, partir de la dimensión constitucional de la omisión del deber del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJ por parte de los órganos judiciales. Por otro lado, debe exigirse la consideración del contenido de los derechos declarado en sede comunitaria como parámetro de constitucionalidad, así como la inclusión dentro del bloque de constitucionalidad (en el marco del art. 28.1 LOTC) de la normativa comunitaria. Lo mismo sucede con la consideración del TC como órgano jurisdiccional a los efectos del recurso prejudicial (art. 234 TCE).

Finalmente, el TC debería revisar su insistencia en separar entre normativa interna y normativa comunitaria en orden a distinguir sus ámbitos de actuación. Si bien es cierto que el TC no tiene porqué considerar que los poderes públicos españoles dejan de serlo en su sumisión a la Constitución (art. 9.1) cuando, en una especie de desdoblamiento funcional, deben aplicar la normativa comunitaria, tampoco resulta admisible que la consideración respecto de sus actos sea exactamente la misma que si actuaran en el espacio competencial no transferido.

Debe diferenciarse, por supuesto, los casos en los que las autoridades españolas tienen un margen de actuación (así en transposición de Directivas), de aquéllos en que se carece del mismo por resultar la norma comunitaria de carácter completo. Salvada esa apreciación, resulta obligado concluir que el control de constitucionalidad de los actos de aplicación de normativa comunitaria debe insertarse en los términos de la interrelación que se ha tratado de delimitar jurídicamente en las páginas anteriores. Esta es también una consecuencia que se deriva del art. 93 y que obliga al TC a actuar en consecuencia.

No se propone que el TC deba dejar de garantizar por encima de todo el respeto de la Constitución. Lo que se discute es el contenido de aquello que, a partir de la integración supranacional que implica la adhesión a la Comunidad realizada mediante el cauce previsto por el art. 93, deba significar respetar la Constitución. El respeto de la Constitución en el marco del proceso de integración debe implicar la defensa de los fundamentos de la interrelación ordinamental bajo la garantía última de los principios inherentes al constitucionalismo.

A partir de la interpretación ofrecida del art. 93, que parte de la incorporación de las implicaciones del concepto de *integración* apuntadas en las conclusiones anteriores, el TC no se subordina sin más a los dictados del TJ, a la par que éste no debe someterse a las advertencias de los órganos jurisdiccionales internos. No se trata de un enfrentamiento en el que uno de los dos sistemas debe poder ser proclamado como “vencedor”; la interrelación explica un proceso de diálogo institucional en el que el TC se mantiene como máximo garante del texto constitucional, un texto, no hay que olvidarlo, que debe ser interpretado a la luz de la interacción que la integración comporta. En definitiva, el TC debe reacomodar su posición asumiendo la pérdida de exclusividad del texto cuya eficacia está llamado a asegurar.

VIII

Si algo debe concluirse del análisis efectuado es que el concepto de integración que el art. 93 encierra, tiene una naturaleza distinta, comporta efectos diversos, a la noción de reforma constitucional o ejercicio del poder constituyente constituido: las posibles contravenciones del texto constitucional por parte del Derecho de la integración, tanto por

parte del Derecho de los Tratados de integración una vez en vigor (en aspectos no examinados previamente por el TC o que habiendo sido examinados sin ser considerados como constitucionales, recibiesen una interpretación por parte del TJ que los viciara de constitucionalidad), como por parte de la normativa derivada, no pueden ser consideradas como supuestos de *reforma implícita*.

Se trata de un plano distinto al de la reforma: el plano interordinamental que obliga, en el marco de las relaciones entre distintos sistemas jurídicos, a aceptar la aplicación de una normativa que eventualmente pueda entrar en colisión textual y directa con los dictados constitucionales.

La primacía del Derecho comunitario, llegado el caso incluso respecto de previsiones constitucionales, debe concebirse en el marco de la interrelación ordinamental que explica el modo en cómo los ordenamientos estatales participan en la conformación final de la norma comunitaria que exige ser aplicada.. De esta forma, sólo así, la postulación de la primacía del Derecho comunitario en el plano aplicativo no conlleva difuminar la divisoria ordinamental a partir de una artificial separación entre validez y aplicabilidad. El deslinde ordinamental existe, aunque en unos términos muy específicos: no es posible entender la efectividad de la norma comunitaria, auténtica piedra de toque, sino es desde la autonomía recíproca de los ordenamientos, causa y efecto de la interrelación que estructura su confluencia.

La necesidad de salvaguardar ciertos contenidos constitucionales no debe llevar a situarlos como límites impuestos desde el Estado y su Constitución al proceso de integración, sino más bien como presupuestos del mismo; la protección de dicho núcleo normativo conlleva la necesidad de que los sistemas en presencia partan de un eje común de criterios materiales, de grandes principios que constituyan parámetros de validez material en cada uno de los ordenamientos y que, resumidamente, pueden ser identificados con los elementos fundamentales que conforman el sistema democrático y social de Derecho. De no ser así, no cabría integración, pues no sería posible una verdadera interrelación ordinamental.

El proceso de integración viene conformado por los ordenamientos comunitario y estatales, de modo que no vale la pena seguir insistiendo sólo en los problemas de articulación interordinamental. La Constitución se ha incorporado junto con los Tratados al

proceso de integración. El verdadero enfrentamiento ha modificado su escenario: ya no se sitúa en la Constitución de un Estado miembro en concreto, sino en los principios del constitucionalismo.

Las garantías para que la diferencia entre reforma e integración no acabe convirtiéndose en un mero artificio teórico tras el que se halle una dimensión oculta de los efectos a los que da pie el art. 93, pasan por advertir que en definitiva de lo que se trata es de asegurar la salvaguardia de elementos nucleares del constitucionalismo que se hallan directamente afectados por el proceso de integración comunitaria, y en especial los relativos al respeto del principio democrático (vaciamiento del principio de reserva de ley, debilitamiento del control de la acción del Poder Ejecutivo, disminución de la capacidad de la autonomía política de los entes descentralizados, fragmentación de los ámbitos de decisión en favor de los *lobbies* empresariales). A partir de ahí, se entiende que la mejor manera de salvaguardar su vigencia es mediante la comprensión del proceso comunitario desde la interrelación en términos pluralistas. Desde un punto de vista prescriptivo, ello conduciría a la articulación de pautas de estructuración de la relación interordinamental de acuerdo con las características de los distintos sistemas jurídicos en presencia.

IX

El análisis de las implicaciones del proceso de integración comunitaria debe venir marcado por el examen de las condiciones de realización del constitucionalismo.

1) Mientras que frente a la fragmentación social y política interna, el constitucionalismo del siglo XX respondió mediante la garantía de determinados contenidos sustantivos y la consagración de la Constitución como norma suprema (lo que desbancó a la ley del Estado liberal de su posición central), el constitucionalismo del presente siglo debe igualmente tratar de responder a la fragmentación social y política, pero no necesariamente a partir de la creación de una superestructura estatal de poder (y un supraordenamiento constitucional de carácter unitario), sino a partir de la garantía de la vigencia de los principios constitucionales en los distintos centros de poder. De lo

contrario, asistiremos al triunfo del no-Derecho, algo de lo que ya ha advertido no sólo la experiencia internacional, sino también en gran medida la comunitaria.

Partiendo de la quiebra del principio de unidad ordinamental y de poder, de lo que se trata no es tanto de comprobar si en el plano comunitario se dan una por una las condiciones que necesariamente deben acompañar una Constitución de carácter estatal, sino de examinar si los principios esenciales del constitucionalismo pueden quedar asegurados en el contexto actual de la integración europea. En este contexto, debe resaltarse, no obstante, que la idea de unidad, que halla en la Constitución su medio de realización primordial, no merece ser desterrada: frente a la noción de unidad entendida en el sentido de exclusividad y absoluta primacía, debe incorporarse la idea de unidad en cuanto autonomía, base del planteamiento pluralista que viene siendo defendida. Es más, en un contexto de fragmentación del poder y creciente pluralidad social, la unidad interna de los distintos ordenamientos deviene especialmente necesaria.

2) El examen de las condiciones de realización del constitucionalismo en el ámbito comunitario ha de referirse a dos planos de poder, el estatal y el comunitario, y a dos ámbitos de actuación distintos, los ámbitos procedural (participación y control de la toma de decisiones) y sustantivo (incorporación de una estructura de valores propia y garantía de los derechos fundamentales). Todos ellos se hallan en íntima y recíproca conexión.

Sin duda el debate sobre la forma concreta que deben asumir las propuestas democratizadoras de la estructura comunitaria es complejo, aunque lo que se quiere subrayar aquí sobre todo es que no es un debate inocuo. Y no lo será si se relacionan convenientemente los planos comunitario, estatal e interestatal.

3) La perspectiva constitucional comunitaria ha de incorporar, a riesgo de hallarse en continua precariedad, un mínimo grado de congruencia no respecto de una más o menos abstracta “cultura política común”, sino sobre todo en las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, civiles, políticos y sociales. Sólo con la garantía de los derechos podemos hablar de existencia de una esfera pública común, que se configura no tanto como el presupuesto sino como la consecuencia de dicha garantía.

Como ordenamiento constitucional, el orden jurídico comunitario debe contar con una estructura de valores propia, pues en ella se expresa la identidad del ordenamiento. En este sentido, se ha cuestionado la idoneidad del Derecho comunitario a la hora de identificar por sí solo dicha estructura, estando sus Tratados constitutivos orientados ante todo a la realización de objetivos esencialmente de tipo económico. Ahora bien, en este ámbito, quizás como en ningún otro, ha de aparecer la capacidad reguladora de la influencia recíproca entre los sistemas en presencia. Del mismo modo que sobre todo la labor jurisprudencial ha sido capaz de imprimir sobre la construcción del mercado algunos rasgos del sello del principio del Estado de Derecho, es posible la conformación de un marco axiológico más amplio, garante del principio democrático y social. Dicho objetivo no debería plantearse como una tarea aislada de los órganos jurisdiccionales, pues el exclusivo carácter jurisprudencial de una construcción de tales dimensiones resultaría insuficiente.

4) El esquema ordinamental resultante del proceso de integración sitúa al ordenamiento comunitario en posición prevalente frente a los ordenamientos estatales. En caso de darse un conflicto abierto al que la dinámica de la interrelación no haya podido poner freno, si los órganos estatales no acatan la decisión final del TJ se producirá un supuesto de irregularidad, de ruptura del sistema.

Ahora bien, la perspectiva pluralista conduce a cuestionar que dicha ruptura traiga causa exclusiva en la actitud de los órganos estatales, pues en caso de llegar a tal supuesto igualmente se puede defender que la ruptura ha venido motivada por una decisión del TJ que ha dejado de garantizar los mínimos que la integración exige. En otras palabras, la integración supranacional contemplada en la Constitución (art. 93) comprende posibles contradicciones puntuales con el texto constitucional, pero no permite una vulneración de los valores y principios que identifican el constitucionalismo, según se ha insistido. Se produciría pues la ruptura del sistema por cuanto éste exige que la resolución de los conflictos parta de la de la autonomía y de la interrelación ordinamental, no de la imposición en último término de la aplicación de un ordenamiento sobre el otro.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Aláez Corral, B., “Comentario a la sentencia del TCF alemán de 12 de octubre de 1993”, *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 45, 1995, páginas 243-278.
- Aláez Corral, B., “Soberanía constitucional e integración europea”, *Fundamentos*, núm. 1 (*Soberanía y Constitución*), 1998, páginas 503 a 555.
- Albertí Rovira, E., *Autonomia política i unitat econòmica. Les dimensions constitucional i europea de la lliure circulació i de la unitat de mercat*, IEA, Barcelona, 1993.
- Alonso García, E., “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la UE (GJ)*, núm. 209, 2000, páginas 3 a 17.
- 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 382.
- 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.
- Alonso García, R., “Derechos fundamentales y Comunidades Europeas”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, páginas 799 a 836.
- Alonso García, R., “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 154, 2001, páginas 63 a 94.
- Alonso García, R., “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *GJ*, núm. 209, 2000, páginas 3 a 17.
- 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.
- Alonso García, R., *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho Común Europeo*, Civitas, Madrid, 1989.
- Alonso García, R., *La responsabilidad estatal de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Fundación Universidad Empresa, Civitas, Madrid, 1997.

-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.

-Andrés Sáenz de Santa María, P., “Primera multa coercitiva a un Estado miembros por inejecución de sentencia (comentario a la STJCE de 4 de julio de 2000, Comisión c. Grecia)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo (RDCE)*, núm. 8, 2000, páginas 493 a 518.

-Andrés Sáenz de Santamaría, P., “La reforma institucional en el Tratado de Niza”, *GJ*, núm. 211, 2001, páginas 11 a 26.

-Angiolini, V., “I principi fondamentali della Costituzione italiana corrono (non senza pericoli) sul filo del Diritto comunitario”, *RIDPC*, núm. 1, 1991, páginas 143 y siguientes.

-Aparicio Pérez, M. A., González Ruiz, F., *Acta Única y Derechos Fundamentales*, Signo, Barcelona, 1992.

-Areilza Carvajal, J. M. y Becerril Atienza, B., “La nueva interpretación del art. 30 del TCE: limitación de competencias por la puerta de atrás”, *REDC*, núm. 51, 1997, páginas 189 a 205.

-Areilza Carvajal, J. M., “La reforma de Niza: ¿hacia qué Unión Europea?”, *Política Exterior*, vol. XV, núm. 79, 2001, páginas 104 a 119.

-Areilza Carvajal, J. M., “Variaciones sobre la limitación de competencias: la anulación de la Directiva de publicidad del Tabaco (Comentario a la sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98)”, *RDCE*, núm. 8, 2000, páginas 643 a 662.

-Arnaud, A. J., *Entre Modernidad y Globalización. Siete lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

-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, páginas 1511 a 1520.

-Azpitarte Sánchez, M., “El control de constitucional del acceso alemán a la tercera fase de la Unión Monetaria (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 31 de marzo de 1998)”, *REDC*, núm. 55, año 1999, páginas 323 a 335.

-Bacigalupo, M., “El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991”, *RAP*, núm. 128, 1992, páginas 413 a 452.

-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, páginas 593 a 612.

- Balaguer Callejón, F., “Las fuentes de Derecho”, Trujillo, G., López Guerra, L., González-Trevijano, P., *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, páginas 161 a 183.
- Baldassarre, A. “Rapporti tra Región e Governo: i dilemmi del regionalismo”, *Le Regioni*, 1983, 43 y siguientes.
- Baldassarre, A., “L'integrazione della Comunità economica europea nella giuriprudenza costituzionale” (Convengo di Firenze, 4-5 junio, *Verso l'Unione politica europea: una comunità di popoli, di stati, di regioni. L'applicazione del principio di sussidiarietà*. Inédito).
- Ballester Cardell, M., “Relación entre Derecho comunitario y Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 46, 1999, páginas 105 a 148.
- Baño León, J. M., “Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 54, 1987, páginas 277 a 285.
- Barav, Simon, “Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire *Factortame*”, *RMC*, 1990, páginas 591 y siguientes.
- Barents, “The internal market unlimited: some observations on the legal basis of Community legislation”, *Common Market Law Review (CMLRev)*, vol. 30, núm. 1, 1993, páginas 96 a 109.
- Bastida, F. J., “La soberanía borrosa: la democracia”, *Fundamentos*, núm. 1 (Soberanía y Constitución), 1998, páginas 381 a 459.
- Bebr, G., “A Critical Review of Recent Case Law of National Courts”, *CMLRev*, vol. 11, núm. 4, 1974, páginas 408 y siguientes.
- Benazzo, A., “Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 5, 1988, páginas 835 a 878.
- 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.
- Biglino Campos, P., “¿De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales?”, *REP*, núm. 97, 1997, páginas 71 a 103.
- Bilancia, F., “Ordinamento interno e Unione Europea”, *Rivista Giuridica Sarda*, 1995, núm. 10, vol. 3, páginas 879 a 890.
- Blumann, C., “L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionalité des Traités en France”, *RGDIP* (1978-2).

- Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, F. Torres, Valencia, 1980.
- Böckenförde, E. W., “Wenn der europäische Stier vom goldenen Kalb überholt wird. Die Politik in der ökonomischen Falle: Wirtschaftliche Einigung schafft noch keine politische Solidarität”, *Frankfurt Allgemeine Zeitung*, de 24 de julio de 1997.
- Böckenförde, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- Bodin, J., *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 1986.
- Bognetti, G., “Le regioni in Europa: alcune riflessioni sui loro problemi e sui loro destini”, *Studi in onore di Biscaretti di Rufia*, vol. I, Milán, 1987, páginas 89 y siguientes.
- 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.
- 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. Dehouze. Vol. 2: la construction européenne*, Nathan-Labor, París-Bruselas, páginas 193 y siguientes.
- Boskovits, K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Bruylants, Atenas-Bruselas, 1999.
- Cabellos Espírérez, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- 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.
- Cannizaro, E., “Tutela dei diritti fondamentali nell’ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le corti costituzionale italiana e tedesca”, *RDI*, 1990, nº 2, páginas 372 y siguientes.
- Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1999.
- Capella, J. R., *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 1997.
- Capella, J. R., “Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales”, Capella, J. R. (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, CGPJ, Madrid, 1999, páginas 85 a 121.

- Cappeletti, M., Seccombe, M., Weiler, J. H. H., *Integration through Law*, vol. I, *Methods, Tools and Institutions*, Book 1, Berlin-New York, 1986.
- 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.
- Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, UNAM-Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- Carrera Hernández, J., “La indefensión de los particulares en España ante el incumplimiento del Derecho comunitario”, *RIE*, núm. 1, 1994, páginas 171 a 190.
- Carreras Serra, F., “Por una Constitución Europea”, *Revista de Estudios Políticos (REP)*, núm. 90, 1995, páginas 193 a 220.
- 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 7 a 26.
- Cartabia, M., “Nouvi Sviluppi nelle «competenze comunitarie» della Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionali*, 1989, núm. 2, páginas 1012 y siguientes.
- 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.
- Cartabia, M., *Principi fondamentali e integrazione europea*, Giuffrè, Milán, 1995.
- Casanovas, P., *Gènesi del pensament jurídic contemporani*, Proa (biblioteca universitària), Barcelona, 1996.
- Cascante, J. C., Sander, G. G., *Der Streit um die EG-Bananenmarktordnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- Cassen, B., “Cumbre de Niza: mercaderes contra ciudadanos”, *Le Monde Diplomatique*, diciembre, 2000, p. 7.
- Cassen, B., “Un proyecto nuevo para un viejo continente”, *Le Monde Diplomatique* (versión castellana), septiembre 2001, páginas 8 y 9.
- Castells, M., *La era de la información*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- Chamont, Ch., *Rapport préliminaire sur “Communauté européenne et légitimité (à propos du rôle idéologique de la Cour de Justice des Communautés)”*, colloque du 20 de septembre 1980 sur *La souveraineté du droit français*.

- Chevallier, J., “De quelques usages du concept de régulation”, Mialle, M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, 1995, páginas 71 a 93.
- Cienfuegos Mateo, M., “El control de las Cortes Generales en asuntos relativos a las Comunidades Europeas”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 38, 1996, páginas 48 a 99.
- Cienfuegos Mateo, M., “La Comisión Mixta sobre la Unión Europea: análisis y balance de una década de actividad en el seguimiento de los asuntos comunitarios”, *GJ*, D-27, 1997, páginas 7 a 69.
- Constantinesco, V., “¿Hacia la emergencia de un derecho constitucional europeo?”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, 1994, páginas 5 a 16.
- Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- 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.
- Dashwood, A., “The Limits of the European Community Powers”, *European Law Review (ELR)*, vol. 21, núm. 2, 1996, páginas 113 a 128.
- De Areilza, “Sovereignty or Management? The dual character of the EC supranationalism”. Harvard Law School, Jean Monnet Chair, revista electrónica (www.jeanmonnetprogram.org/papers), consultada el 27 de junio de 2000, páginas 1 a 22.
- De Cabo, A., Pisarello, G., (eds.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000.
- De Cabo, C., “Las fuentes del Derecho: apunte sistemático”, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, páginas 241 a 259.
- De Cabo, C., *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1997.
- De Otto Pardo, I., *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987
- De Schutter, O., “La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne à la garantie des droits sociaux dans l’ordre juridique communautaire”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme (RUDH)*, 2000, páginas 33 a 47.
- De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, UNC-ILSA, Bogotá, 1998.

- De Vega, P., “Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *REP*, núm. 100, 1998, páginas 13 a 56.
- De Witte, B., “Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition”, *Maastricht Journal of Public International Law*, núm. 2, 1995, páginas 145 a 173.
- Dehousse, R., “Are There Limits to Growth?”, Dehousse, R., *Europe after Maastricht: an Ever Closer Union?*, LBE, 1994, páginas 103 a 125.
- Di Fabio, U., “Richtliniekonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1990, páginas 947 y siguientes.
- Díaz Hochleitner, J., “La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros”, *RIE*, núm. 3, 1993, páginas 837 a 896.
- Dicey, A. V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Wade, London, 1964.
- Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público I*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Díez Picazo Jiménez, L. M., “Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Tribunales de Justicia*, núm. 5, 2001, páginas 21 a 28.
- Díez-Picazo Giménez, L. M., “Reflexiones sobre la idea de Constitución europea”, *RIE*, núm. 2, 1993, páginas 533 a 559.
- Díez-Picazo, L. M., “¿Una constitución sin declaración de derechos?”, *REDC*, núm. 32, 1991, páginas 135 a 155.
- Díez-Picazo, L. M., “El Derecho Comunitario en la Jurisprudencia Constitucional Española”, *REDC*, núm. 54, 1998, páginas 255 a 272.
- Díez-Picazo, L. M., “Europa: insidias de la soberanía”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 79, 1998, páginas 8 a 15.
- Donaire Villa, F. J., “El Tratado de Ámsterdam y la Constitución”, *REDC*, núm. 54, 1998, páginas 119 a 167.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- Dyberg, P., “La Constitución danesa y la Unión Europea II”, *RDCE*, núm. 4, 1998, páginas 573 a 591.
- Eleftheriadis, P., “Aspects of European Constitutionalism”, *ELR*, 21, 1996, páginas 32 a 42.

- Embíd Irujo, A., “Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de las organizaciones internacionales. El caso *Eurocontrol*”, *REDA*, núm. 38, 1983, páginas 421 a 427.
- 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)”, *RIE*, núm. 3, 1996, páginas 817 a 838.
- Estefanía, J., “El final del final de la historia (económica)”, *El País Semanal*, diciembre, 1998, páginas 57 y 58.
- Estefanía, J., *Contra el pensamiento único*, Taurus, Madrid, 1997.
- Estella de Noriega, A., *El dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Centro de Estudios Ramón Areces (Universidad Carlos III), Madrid, 2000.
- Estévez Araujo, J. A., “La Carta de Derechos de la UE y la dimensión social de la Ciudadanía Europea”, *El vuelo de Ícaro*, núm. 1, 2001, páginas 139 a 155.
- Estévez Araujo, J. A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid.
- Estévez Araujo, J. A., *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989.
- Estévez, Araujo, J. A., “La ciudadanía europea en el mundo de la globalización”, Capella, J. R. (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, CGPJ, Madrid, 1999, páginas 343 a 365.
- Everling, U., “Brauchen wir Solange III?”, *Europarecht (EuR)*, 1990, páginas 195 y siguientes.
- Everling, U., “Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs”, *Reform der Europäische Union. Materialien zur revisión des Maastrichter Vertrages*, Bertelsmann, 1995.
- Everling, U., “Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union un zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL)*, núm. 17, 1993, páginas 936 a 947.
- Favoreu, L., Gaïa, P., “Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au traité sur l’Union européenne”, *Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)*, núm. 11, 1992, páginas 389 a 411.

-Fernández Durán, R., “Capitalismo Global, Resistencias Sociales y Estrategias del Poder”, en Fernández Durán, R., Etxezarreta, M., Sáez, M., *Globalización Capitalista, Luchas y Resistencias*, Virus-Baladre, Barcelona, 2001, páginas 61 a 233.

-Fernández Esteban, M. L., “La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas”, *REDC*, núm. 14, 1994, páginas 241 a 289.

-Fernández Martín, J. M., “El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario. Evolución y alcance”, *RIE*, núm. 3, 1994, páginas 845 a 896.

-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.

-Fernández Tomás, A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección”, *GJ*, núm. 214, 2001, páginas 15 a 30.

-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.

- Ferrajoli, L. “El Derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la Democracia*, núms. 16-17, 1992.

-Ferrajoli, L. “Lo stato di diritto tra passato e futuro”, versión mecanografiada, 2001.

-Ferrajoli, L., “La conquista de América y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados”, en Bergalli, R., Resta, E., *Soberanía: un principio que se derrumba*, Paidós, Barcelona, 1996, páginas 145 a 176.

-Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

-Ferrarese, M., R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bolonia, 2000.

-Fichte, J. G., *El Estado comercial cerrado*, Tecnos, Madrid 1991.

-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.

-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.

- Fitzpatrick, P., *The Mythology of Modern Law*, Routledge, Londres, 1992.
- Fröbel, F., Heinrichs, J., Kreye, O., *The New International Division of Labour*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980.
- Fromont, M., “Europa und nationales Verfassungsrecht nach dem *Maastricht*-Urteil. Kritische Bemerkungen”, *JZ*, vol. 50, núm. 17, 1995, páginas 800 y siguientes.
- Frosini, V., “Kelsen y las interpretaciones de la soberanía”, *REDC*, núm. 31, 1991, páginas 61 a 74.
- Frowein, J. “Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten”, *EuR*, núm. 4, 1995, páginas 315 a 333.
- Frowein, J. A., “Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht” en Starck, C., *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, páginas 187 y siguientes.
- Frowein, J., “Das *Maastricht*-Urteil und die Grenzen der Verfassungsbarkeit”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, núm. 54, 1994, páginas 1 a 16.
- 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.
- Fukuyama, F., *El fin de la historia y el último hombre*, Planeta, Barcelona, 1992. Publicado originalmente como *The end of history*, en 1989.
- Gaia, P., en Favoreu, L., “Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, 1er Juillet 1991- 30 Septembre 1991”, *Revue Française du Droit Constitutionnel (RFDC)*, núm. 7, 1991.
- 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.
- Galgano, F., “Diritto ed economia alle soglie del nuovo milenio”, *Contratto e impresa*, 2000, páginas 198 y siguientes.
- García de Enterría, E., “El Proyecto de Constitución Europea”, *REDC*, núm. 45, 1994, páginas 9 a 29.
- 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 287 a 338.

-García de Enterría, E., en “El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo”, *REDA*, núm 63, 1989, páginas 411 a 432.

-García de Enterría, E., “Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español”, *REDA*, núm 64, 1989, páginas 593 a 605.

-García de Enterría, E., “La sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *REDA*, núm. 67, 1990, páginas 401 a 420.

-García de Enterría, E., “Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho comunitario: la Sentencia *Zuckerfabrik* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991”, *REDA*, núm. 72, 1991, páginas 537 a 551.

-García de Enterría, E., “La sentencia *Factortame II* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 25 de julio de 1991, sobre el fondo de compatibilidad con el Derecho Comunitario de la *Mercant Shipping Act* de 1988, inglesa, de reserva de pesca. Derecho estatal de abanderamiento de buques y libertad de establecimiento según el Derecho Comunitario”, *REDA*, núm. 73, 1992, páginas 67 a 76.

-García de Enterría, E., *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 1992 (existe una segunda edición de 1995).

-García de Enterría, E., Tizzano, A., Alonso García, R., *Código de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1996.

-García de Enterría, E., “Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia *Atlanta* del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995)”, *REDA* núm. 88, 1995, páginas 565 a 579.

-García Enterría, E., Ramón Fernández, T., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1993.

-García López, J., “La decisión arbitral de la Organización Mundial del Comercio sobre el régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos”, *La Ley*, 30 de junio de 1999, páginas 6 y siguientes.

- García-Pelayo, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1984.

- García Roca, J, “Estatalidad versus soberanía (integración comunitaria y relaciones de competencias entre ordenamientos)”, Pérez Calvo, A. (coord..), *Estado, nación y soberanía (problemas actuales en Europa)*, Temas del Senado, Madrid, 2000, páginas 291 a 311.
- 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.
- Giddens, A., *Consecuencias de la modernidad*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- Giddens, A., *Sociología*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- Gil Robles, J. M., (dir.), *Los parlamentos de Europa y el Parlamento Europeo*, Cyan, Madrid, 1997.
- González Campos, J. D., Sánchez Rodríguez, L. I., Andrés Sáenz de Santa María, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 1998.
- González Casanova, J. A. y Casanovas y la Rosa, en su temprana aportación sobre el “Phénomène régional et intergration”, en *L'Espagne et le Communautés européennes*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1979.
- González García, J. V., “El Derecho público interno y el Derecho comunitario (A propósito del último libro de R. Alonso García, Derecho comunitario y Derechos nacionales. Autonomía, integración e interacción)”, *REDC*, núm. 60, 2000, páginas 351 a 357.
- González González, R., “Límites a la construcción de un «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales. (A propósito de la sentencia del TJCE *Krombach c. Bamberski*, de 28 de marzo de 2000)” *RDCE*, núm. 8, 2000, páginas 593 a 617.
- González Giménez, J., “La aceptación por la Cámara de los Lores de la responsabilidad patrimonial del Reino Unido en el asunto Factortame”, *RDCE*, núm. 7, 2000, páginas 195 a 208.
- González Vaqué, L., “¿El mercado interior en peligro? Análisis del impacto de la jurisprudencia *Keck y Mithouard* sobre la libre circulación de mercancías”, *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 6, 1995, páginas 35 a 42
- González Vaqué, L., “La jurisprudencia relativa al art. 28 (antiguo art. 30 TCE) sobre la libre circulación de mercancías después de *Keck y Mithouard*”, *GJ*, núm. 206, 2000, páginas 24 a 38.
- 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.

- Götz, V., “Das Maastricht Urteil des Bundesverfassungsgerichts”, *JZ*, núm. 22, 1993, páginas 1081 y siguientes.
- Goucha Soares, A., *Repartição de competências e preempção no Direito Comunitário*, Cosmos, Lisboa, 1996.
- Grewe, C., Ruiz Fabri, H., *Droits constitutionnels européens*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995.
- Grimm D., *Zur Neuordnung der Europäische Union: die Regierungskonferenz*, Baden-Baden, Nomos, 1996.
- Grimm, D., “¿Necesita Europa una Constitución?”, *Debats*, 55, 1996, páginas 4 a 15.
- Grimm, D., “La Cour européenne de justice et les jurisdictions nationales vues sous l’angle du droit constitutionnel allemand”, *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 4, 1998.
- Gutiérrez Espada, C., “Una reforma «difícil pero productiva»: la revisión institucional en el Tratado de Niza”, *REDC*, núm. 9, 2001, páginas 27 a 75.
- Gutiérrez Espada, C., *Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 1995.
- Gutiérrez Gutiérrez, I., “Un orden jurídico para Alemania y Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional (TRC)*, núm. 3, 1999, páginas 215 a 223.
- Häberle, P., “¿Existe un espacio público europeo?”, *RDCE*, núm. 3, 1998, páginas 113 a 136.
- Häberle, P., “Derecho constitucional común europeo”, *REP*, núm. 79, 1993, páginas 7 a 46. Traducción del original “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, núm. 18, Heft 12/13, 1991, páginas 261 a 275.
- Häberle, P., “El Estado constitucional europeo”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 2, 2000, México, páginas 87 a 104.
- Häberle, P., “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de Constitución” (cuya versión original es “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpret”, *JZ*, 1975), en Häberle, P., *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Oñati 1996.
- Habermas, J., “Ciudadanía e identidad nacional (1990)”, dentro de “Complementos y Estudios previos” en *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2000.
- Habermas, J., *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Paidós, Barcelona, 2000.
- Habermas, J., “Observaciones a «¿Necesita Europa una Constitución?»”, *Debats*, núm. 55, 1996, páginas 21 a 24.

- Habermas, J., *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999.
- Habermas, J., *Más allá del Estado nacional*, Trotta, Madrid, 1997.
- Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998
- Harnecker, M., *La izquierda en el umbral del siglo XXI*, Siglo XXI editores, Madrid, 1999.
- Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- Heller, H., “Democracia política y homogeneidad social”, *Escritos Políticos*, Alianza Universidad, Madrid, 1985, páginas 257 a 268. Publicado por primera vez en *Probleme der Demokratie*, Serie I, Walter, Berlin, 1928.
- Heller, H., *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- Heller, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947.
- Hesse, K., “Estudios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana”, *TRC*, núm. 1, 1998, páginas 99 a 122.
- Hesse, K., *Escritos de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- Hilf, M., “Solange-II: Wie lange noch Solange?”, *EuGRZ*, 1987, páginas 1 y siguientes.
- Hirschman, A., *Exit, Voice and Loyalty-Responses to Decline in Firms, Organizations and States* (1970).
- Hirst, P., Thompson, G., *Globalization in Question: the international Economy and the Possibilities of Governance*, p. 171, Polity Press, Cambridge, 1996.
- Hobbes, T., *Del Ciudadano y Leviatán*, Tecnos, Madrid, 1982.
- Hoegh, K., “The danish Maastricht judgement”, *ELR*, núm. 24, 1999.
- Hofmann, R., “Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte”, *Beiträge zum ausländische öffentlichen Recht und Völkerrecht*, 118, Berlin, 1994.
- Horn, H. D., “Grundrechtschutz in Deutschland. Die Hoheitsgewalt der EG und die Grundrechte des Grundgesetzes nach dem Maastricht-Urteil des BVerfGE”, *DVBL*, núm. 2, 1995, páginas 89 y siguientes.
- Hummer/Simma/Vedder/Emmert, *Europarecht in Fallen*, Nomos, Baden-Baden, 1996.

- Ihering, R. V., *Teoría General del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981.
- Ihering, R. V., *El Fin en el Derecho*, Comares, Granada, 2000 (Ihering, R. V., *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1877).
- Isaac, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, 1995.
- Isensee, J., “Staat und Verfassung”, en Kirchhof, P. e Isensee, J. (editores), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Heidelberg, 1995, páginas 591 a 661.
- 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.
- Jáuregui Beciartu, G., “El Estado, la soberanía y la Constitución ante la Unión Europea”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 53 (II), 1999, páginas 71 a 93.
- Jáuregui Beciartu, G., “Estado, soberanía y Constitución: algunos restos del Derecho constitucional ante el siglo XXI”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, páginas 47 a 74.
- Jáuregui Beciartu, G., “Globalización y crisis del Estado-nación: soberanía y autodeterminación en la perspectiva del siglo XXI”, en *Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado nacional*, CGPJ, Madrid, 1997, páginas 170 a 191.
- Jáuregui Beciartu, G., *La democracia planetaria*, Nobel, Oviedo, 2000.
- Jellinek, *Fragmentos de Estado*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981.
- Jellinek, G., *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1973.
- Jiménez Blanco, A., “Notas sobre la sentencia 64/1991, de 22 de marzo (asunto Apesco)”, *Noticias de la UE*, núm. 118, 1994, páginas 55 a 70.
- Jiménez Piernas, C., en su capítulo sobre “El concepto de Derecho Internacional Público (II)”, en Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, (Tomo I), Tecnos, Madrid, 1991.
- 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. Homenaje a Juan José Ruiz Rico* (vol. II), Tecnos, Madrid, 1997.
- Juanes Peces, A., “El Tribunal Constitucional y el Derecho Comunitario”, *Comunidad Europea Aranzadi*, números 8 y 9, 1996, páginas 33 a 37.
- Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1934.

-Kelsen, H., *Principios de Derecho Internacional Pùblico*, trad. de Hugo Caminos y E. C. Hermida de la 1^a edición inglesa, Buenos Aires, 1965.

-Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1979.

-Kielmannsegg, “Ohne historisches Vorbild”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 7 de diciembre de 1990.

-Kirchhof, P., “Tareas del *Bundesverfassungsgericht* en una época de cambios”, *REDC*, núm. 49, 1997, páginas 9 a 33.

-Kirchhof, P., “Der Deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration”, Kirchhof, P., Isensee, J., (editores), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, Heidelberg, 1992.

-Kirchhof, P., “Die Gewaltbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen”, *JZ*, vol. 53, núm. 20, 1998, páginas 965 a 973.

-Kirchhof. P., “Deutsches Verfassungsrecht uns Europäiseches Gemeinschaftsrecht”, *EuR*, supl. 1, 1991, páginas 11 y siguientes.

-König, Ch., “Anmerkungen zur Grundordnung der Europäische Union und ihrem fehlenden «Verfassungsbedarf»”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1996.

-König, D., “Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Maastricht: ein Stopplerstein auf dem Weg in die Europäische Integration?”, *ZaöRV*, núm. 54, 1994, páginas 17 a 94.

-Kranz, J., “Le vote dans la pratique du Conseil des ministres des CE”, *Revue Trimestrale de Droit Européen (RTDE)*, 1982.

-Kriele, M., *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1980.

-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.

-La Pergola, A., “Constitución e integración europea: la contribución de la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Pùblico*, núm. 6, 1999, páginas 9 a 36.

-La Torre, M., “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16, 1993, páginas 67 a 93.

- La Valle, F., “La continuità tra l’ordinamento comunitario europeo e la gerarchia unitaria delle loro fonti normativa”, *Rivista Trimestrale di Diritto Procesale Civile*, 1965, páginas 637 y siguientes. Cartabia (ibidem, p. 237, nota 41)
- Labayle, H., “Le Conséil d’Etat et le renvoi préjudicial à la CJCE”, *AJDA*, 3, 1983.
- Lachmann, P., “Some Danish Reflections on the use of article of the Rome Treaty”, *CMLRev*, vol. 18, núm. 4, 1981, páginas 447 a 461.
- Lasok, D., Soldatos, P., *Les Communautés européennes en fonctionnement*, Bruylant, Bruselas, 1981.
- Lecourt, R., *L’Europe des juges*, Bruylant, Bruselas, 1976.
- 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.
- Lenz, C. O., “Der europäische Grundrechtsstandart in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes”, *EuGRZ*, núm. 24, 1993.
- Lepsius, M. R., “Die Europäische Gemeinschaft”, conferencia pronunciada en el XX Congreso Alemán de Sociología, Frankfurt a. M., 1990.
- Lirola Delgado, “La transposición y aplicación de las directivas comunitarias por los Estados miembros: tendencias actuales y evolución de la jurisprudencia del TJCE”, *GJ*, serie B, mayo 1994, páginas 19 a 28.
- Llopis Carrasco, R. M., “Las «Cláusulas Unión Europea» en las constituciones de los Estados como control de constitucionalidad de la integración europea: «seguridad jurídica vs. cheque en blanco»”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 30/31, 2000, páginas 49 a 63.
- López Basaguren. A., “¿Réquiem por la Constitución ? El ordenamiento constitucional en la integración comunitaria”, *Civitas europa*, núm. 2, 1999, páginas 7 a 30.
- López Castillo, A., *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- López Castillo, A., “Algunas consideraciones en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, *REP*, núm. 113, 2001, páginas 43 a 73.
- 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.

-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.

-López Castillo, A., “Un nuevo paso en la andadura iuscomunitaria del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. El Auto (Sala segunda) de 7 de junio de 2000”, *REDC*, núm. 61, 2000, páginas 349 a 364.

-López Castillo, A., “La jurisprudencia iuscomunitaria del TC a doce años de la integración española en las Comunidades Europeas”, *REP*, núm. 99, 1998, páginas 189 a 215.

-López Castillo, A., Polakiewicz, J., “Verfassung und Gemeinschaftsrecht in Spanien”, *EuGRZ*, 1993, páginas 277 y siguientes.

-López Escudero, M., “La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia *Keck y Mithouard*”, *GJ*, núm. D-28, 1997, páginas 47 a 94;

-López Escudero, M., “La jurisprudencia *Keck y Mithouard*: una revisión del concepto de medida equivalente”, *RIE*, núm. 2, 1994, páginas 379 a 417.

-López Garrido, D., *Libertades económicas y Derechos Fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986.

-López Pina, A., “Las tareas públicas de la Unión Europea”, *RDCE*, núm. 4, 1998, páginas 353 a 388.

-Louis, J. V., “L’article 25 bis de la Constitution belge”, *RMC*, 1970, páginas 410 y siguientes.

-Louis, J. V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las CCEE (Colección Perspectivas Europea), Bruselas, 1995.

-Lucas Verdú, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. (La teoría constitucional de Rudolf Smend)*, Tecnos, Madrid, 1987.

-Luhman, N., “Einige probleme mit «reflexiven Recht»”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1984, páginas 1 a 18.

-Luhmann, N., “Die Weltgesellschaft”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, núm. 57, 1971, páginas 1 a 35.

-Luhmann, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995.

-Luhman, N., *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983.

-Luhmann, N., *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, 1975. Existe una traducción en lengua italiana: *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milán, 1995.

- Lumia, G., *Principios de teoría e ideología del derecho*, Barcelona, 1982.
- MacCormick, N., “La sentencia Maastricht: soberanía ahora”, *Debats*, 55, 196, páginas 25 a 30.
- Maclet, J. C., en la obra de Maus, D., Passeelecq, O (dir.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, 1998.
- Maestro Buelga, G., “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *RDCE*, núm. 7, 2000, páginas 123 a 153.
- Maestro Buelga, G., “Los derechos sociales en la Unión Europea: una perspectiva constitucional”, *RVAP*, núm. 46, páginas 119 a 141.
- Mancini, G. F., Keeling, D. T., “Democracy and the European Court of Justice”, *Modern Law Review (MLR)*, núm. 2, 1994, páginas 175 y siguientes.
- Mangas Martín, A., *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1987.
- Mangas Martín, A., “Estudio Preliminar” a la 8^a edición del *Tratado de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000.
- Mangas Martín, A., “La Constitución y la Ley ante el Derecho comunitario (Comentario a las 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)”, *RIE*, núm. 2, 1991, páginas 587 a 623.
- Mangas Martín, A., “La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam”, *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 10, 1998, páginas 27 a 38.
- 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.
- 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*, Civitas, Madrid, 1993, páginas 55 a 96.
- Mangas Martín, A., Tribunal Constitucional español y Derecho comunitario europeo”, Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Homenaje al profesor Truyol Serra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, páginas 733 a 748.

- Mangas Martín, A., “División de poderes y equilibrio institucional en el sistema comunitario: ¿mantenimiento, reforma o ruptura?”, en *La Constitución española en el Ordenamiento comunitario II (vol. II)*, Ministerio de Justicia e Interior (Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones), Madrid, 1998, páginas 581 a 599.
- Mangas Martín, A., “Problemas y perspectivas del ordenamiento jurídico comunitario”, *La crisis del estado y Europa*, Actas del II Congreso mundial vasco, celebrado en Gasteiz, del 19 al 23 de octubre de 1987, HAEE/IVAD, Oñati, 1988.
- Mangas Martín, A., y Liñán Nogueras, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1999.
- Manuel Aragón. “La Constitución española y el TUE: la reforma de la Constitución”, *REDC*, núm. 42, 1994, páginas 9 a 26.
- Martín Martínez, M. M., “El control parlamentario de la política comunitaria”, *RIE*, núm. 2, 1995, páginas 445 a 474.
- Martín Pérez de Nanclares, J., “La publicidad del tabaco y 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, páginas 75 a 89.
- Martín y Pérez de Nanclares, J., *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1997.
- Martín Seco, J. F., *La farsa neoliberal*, Temas de Hoy, Madrid, 1995.
- 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.
- Martínez Sierra, J. M., “El tratado de Niza”, *REDC*, núm. 62, 2001, páginas 221 a 260.
- Martínez Sierra, J. M., “El debate constitucional europeo”, *REP*, núm. 113, 2001, páginas 193 a 224.
- Matía Portilla, F. J., “Hacia una control parlamentario más efectivo sobre la actuación europea del Gobierno francés”, *RDCE*, núm. 6, 1999, páginas 325 a 345.
- Matía Portilla, F. J., *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Mattera, A., “De l’arrêt Dassonville à l’arrêt Keck: l’obscuré clarté d’une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions”, *Revue du Marché Unique Europeén*, núm. 1, 1994, páginas 117 a 160.

- Meessen, K. M., “Maastricht nach Karlsruhe”, *NJW*, Heft 9, 1994, páginas 549 a 554.
- Méndez Pinedo, E., *La protección de los consumidores en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- Mercado Pacheco, P., “El «Estado comercial abierto». La forma de gobierno en una economía desterritorializada”, en Capella, J. R. (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, CGPJ, Madrid, 1999, páginas 125 a 158.
- Merli, F., “Hacia una Constitución común europea”, *RDCE*, núm. 9, 2001, páginas 241 a 258.
- Moitinho Almeida, J. C., “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Rodríguez Iglesias, G. C. y Líñán Nogueras, D. J. (Dirs.), *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, páginas 97 a 132.
- Montes, P., *La integración en Europa. Del plan de estabilización a Maastricht*, Trotta, Madrid, 1993.
- Moreso, J. J., “La teoría del dret de H. L. A. Hart (Herbert versus Hèrcules)”, *ICPS Working Papers*, núm. 14, 1990.
- Mortati, C., *La Constitución en sentido material*, trad. de Bergareche Gros, A., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Muñoz Machado, S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986.
- Muñoz Machado, S., *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1980.
- Muñoz Machado, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993.
- Noblecourt, V., “Essai d'une construction juridique de la supranationalité”, *Civitas Europa*, sept-dic 1999, páginas 279 a 308.
- O'Neill, A. y Coppel, J., “The European Court of Justice Taking Rights Seriously?”, *CMLRev*, vol. 29, 1992, páginas 669 a 692.
- Offe, C., “Democracia y Estado del Bienestar: un régimen europeo bajo la tensión de la integración europea”, *Zona Abierta*, 92/93, 2000, páginas 243 a 282.
- Olesti Rayo, A., “El proceso de integración europea, la Unión monetaria y la soberanía de los Estados miembros”, *GJ*, Serie D, núm. 28, 1997, páginas 137 a 185.

- Olivecrona, K., *El Derecho como hecho*, Depalma, Buenos Aires.
- Oliver, D., "Fishing on incoming tide", *CMLRev*, vol. 27, 1990, páginas 573 y siguientes.
- Ordóñez Solís, D., *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.
- Ortiz Vaamonde, S., "El Tribunal Constitucional ante el Derecho comunitario", *REDC*, núm. 61, 2001, páginas 301 a 347.
- Ortúzar, L., y otros, *La participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos*, MAP, Madrid, 1995.
- Ossenbühl, F., "Diskussionbeitrag", en Hommelhoff/Kirchhof (eds.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, C. P. Müller, Heidelberg, 1994, páginas 107 a 109.
- Pace, A., "La instauración de una nueva constitución. Perfiles de teoría constitucional", *REP*, núm. 97, 1997, páginas 9 a 44.
- Palacio González, J., "Jurisprudencia constitucional en sede comunitaria y protección de los particulares", *RVAP*, núm. 42, 1995, páginas 75 a 107.
- Palombella, G., *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Comares, Granada, 2000.
- 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.
- Passerin D'Entrevès, A., *La noción de Estado*, Ariel, Barcelona, 2001.
- Peces-Barba Martínez, G., *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- Pérez Royo, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988.
- Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- Pérez Tremps, P. (Coord.), Cabellos Espírérez, M. A., Roig Molés, E., *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Marcial Pons/IEA, Barcelona, 1998.
- 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.

- Pérez Tremps, P., “El Tratado de Ámsterdam y la Constitución española”, artículo aparecido en *El País*, el 15 de marzo de 1998.
- Pérez Tremps, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994.
- Pérez Triviño, J. L., *Los límites jurídicos del soberano*, Tecnos, Madrid, 1998.
- Pérez Vera, E., “El Tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos”, *RIE*, núm. 2, 1993, páginas 459 a 483.
- Pernice, I., “Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtschutz. Grundlagen, Bestand und Perspektiven”, *NJW*, núm. 39, páginas 2409 a 2420.
- Pernice, I., “Grundrechtschutz im Bananenstreit: die Wende?”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 8, 18, 1997, páginas 522 a 550.
- Pernice, I., Mayer, F. C., “De la constitution composée de l’Europe”, *Revue Trimestrielle de Droit européen*, núm. 4, 2000, páginas 623 a 647.
- Pernice, I., “Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung”, Bieber, R., Widmer, P. (eds.), *The European Constitutional Area*, 1995, páginas 225 a 261,
- Pernice, I., Die Dritte Gewalt in Europäischen Verfassungsverbund, *EuR*, vol. 31, 1996.
- Pernice, I., “Constitutional Law Implication for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and «Multilevel Constitutionalism»”, Riédel, E. (ed.) *German Reports on Public Law Presented to the XV International Congress on Comparative Law*, Bristol, julio-agosto 1998, páginas 40 a 65
- Pescatore, P., “La interpretación del Derecho comunitario por el juez nacional”, *RIE*, núm. 1, 1996, páginas 7 a 31.
- Pescatore, P., “La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire. Rapport communautaire”, *L’individu et le droit européen, FIDE, VII Congres*, Bruselas, 1975.
- Peters, A., “The Bananas Decision (2000) of the German Federal Constitutional Court: Towards Reconciliation with the European Court of Justice as Regards Fundamental Rights Protection in Europe”, *German Yearbook of International Law*, 43, 2000, páginas 276 a 282.
- Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, 1999.
- Piris, J. C., “Does the European Union have a Constitution? Does it need one?”, *ELR*, núm. 24, 1999, páginas 557 a 585. Existe una traducción al alemán en Piris, J. C., “Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine?”, *EuR*, núm. 35, Heft 3, 2000, páginas 311 a 339.

- Polakiewicz, J., “La reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: el nuevo papel de los Länder en la integración europea”, *ICPS Working Papers*, núm. 87, 1994.
- Pons Ràfols, X., “Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza”, *RDCE*, núm. 9, 2001, páginas 145 a 195.
- Popper, K. R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 1992 (*Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol. I, 1957, vol. II 1958).
- Poulantzas, N., *Las clases sociales en el capitalismo actual*, Madrid, 1977.
- 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 299 a 330.
- Prechal, S., “Community Law in national Courts: The lessons from van Schijndel”, *CMLRev*, vol. 35, 1998, páginas 681 a 706.
- Predieri, A., “La giurisprudenza de la Corte Costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunita Europea”, *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario: tesi del seminario svoltosi in Roma (15-18 ottobre 1990)*, Guiffrè, Milán, 1991, páginas 93 a 122.
- Punset, R., “En el Estado constitucional hay soberano (reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)”, *Fundamentos*, núm. 1 (Soberanía y Constitución), 1998, páginas 329 a 359.
- Rabe, H. J., “Ausgerechnet Bananas”, *NJW*, núm. 20, 1996, páginas 1320 a 1324.
- Ramonet, I., *Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo*, Temas de Debate, Madrid, 1997.
- Recchia, G., “Osservazioni sul ruolo dei diritti fondamentali nell’integrazione europea”, *Diritto e Società*, 1991, núm. 4.
- Reich, N., “Judge-made «Europe à la carte»: some remarks on recent conflicts between European and German constitutional law provoked by the Banana Litigation”, *European Journal of International Law (EJIL)*, 1996, 7, 1, páginas 103 a 111.
- Reich, N., “The November Revolution of the European Court of Justice”, *CMLRev*, vol. 32, núm. 3, 1994, páginas 459 a 492.
- 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, páginas 507 a 591.

- Remiro Brotons, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987.
- Renan, E., *¿Qué es una nación?*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- Requejo Pagés, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Requejo Pagés, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, McGraw Hill, Madrid, 1995.
- Revenga Sánchez y López Ulla, “Sobre la dificultad de calificar la forma de gobierno de la UE”, *La Constitución española en el Ordenamiento comunitario II (vol. II)*, Ministerio de Justicia e Interior (Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones), Madrid, 1998, páginas 741 a 748.
- Robert, A. C., “Una Carta de derechos fundamentales bajo mínimos”, *Le Monde Diplomatique*, Diciembre, 2000, p. 12.
- Robert, A.-C., “Propuestas para una reconversión democrática de la UE”, *Le Monde Diplomatique* (versión castellana), septiembre 2001, páginas 8 y 9.
- Rodotà, S., “Diritto, diritti, globalizzazione”, *Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4, 2000, páginas 765 a 777.
- 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, páginas 329 a 376.
- Rodríguez Iglesias, G. C., “El derecho comunitario europeo”, Díez de Velasco, M., *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 1995, páginas 518 a 539.
- Rodríguez Iglesias, G. C., “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en VVAA, *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993, páginas 203 y siguientes.
- 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.
- 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.
- Rodríguez, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.

- Rodríguez, L. I., “Sobre el Derecho. Internacional, de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (A propósito del asunto *Matthews c. Reino Unido*)”, *RDCE*, núm. 5, 1999, páginas 95 a 108.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Tribunal constitucional y Derecho comunitario”, *Noticias de la UE*, núm. 118, 1994, páginas 9 a 11.
- Rodríguez-Zapata Pérez, J., “Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad”, *REDA*, núm. 30, 1981, páginas 471 a 504.
- Rodríguez-Zapata Pérez, J., “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
- Roig Molés, E., “El procés post-Niça i la Conferencia Intergubernamental del 2004”, *El Clip*, núm. 13, páginas 1 a 17.
- Rojo, L. A., “La economía mundial en el fin de siglo”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 65, 1996.
- Roldán Barbero, J., “Derecho comunitario y principios fundamentales del Derecho interno. (Comentario a las sentencias del TJCE *van Schijndel y Peterbroeck* de 14 de diciembre de 1995)”, *RIE*, núm. 3, 1996, páginas 799 a 815.
- Romano, S., *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- Ross, A., *On Law and Justice*, Stevens, Londres, 1958.
- Rubio Llorente, F., “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 48, 1996, 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>).
- Rubio Llorente, F., “El futuro político de Europa. 2. El déficit democrático de la Unión Europea”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 90, 1999, páginas 28 a 37.
- Rubio Llorente, F., “La Constitución española y el Tratado de Maastricht”, *REDC*, núm. 36, 1992, páginas 253 a 265.
- Rubio Llorente, F., “Recensión a la obra de Häberle, P., *Retos actuales del Estado constitucional*”, *REDC*, núm. 49, 1997, páginas 331 a 334.

-Ruipérez, J., *La “Constitución europea” y la teoría del poder constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

-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.

-Ruiz-Jarabo Colomer, D., “El juez nacional como juez comunitario”, en Rodríguez Iglesias, G. C. y Líñan Nogueras, D. J. (Dirs.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, páginas 653 a 675.

-Sabine, G., *Historia de la teoría política*, México, 1973.

-Sáiz Arnáiz, A., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional”, *RVAP*, núm. 53, 1999, páginas 223 a 256.

-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, páginas 571 a 591.

-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.

-Salinas de Frías, A., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000.

-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.

-Sánchez Legido, A., *La tutela judicial del particular frente a la actividad normativa comunitaria*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994.

-Sánchez Rodríguez, “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, páginas 219 a 250.

-Sandalow, “The Expansion of Federal Legislative Authority”, *Courts and Free Markets*, 49, 51, 1982.

- 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, páginas 1913 a 1938.

-Sanz Caballero, S., “El control de los actos comunitarios por el TEDH”, *RDCE*, núm. 10, 2001, páginas 473 a 513.

- Scheuner, U., "Fundamental Rights in European Community Law and in National Constitutional Law", *CMLRev*, vol. 12, núm. 2, 1975, páginas 171 a 191.
- Schilling, T., "Eigentum und Marktordnung nach Gemeinschafts- und nach deutschem Recht", *EuGRZ*, 25, 7-8, 1998, páginas 177 a 190.
- 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, páginas 1 a 11.
- 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.
- Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional, México, 1970.
- Schmitt, C., *El concepto de lo político*, Folios Ediciones, Buenos Aires, 1984.
- Schmitter, P. C., "La Comunidad Europa como forma emergente de dominación política", Benedicto, J., Reinares, F., (eds.), *Las transformaciones de lo político*, Alianza Universidad, Madrid, 1992.
- Schmitz, T., *La integración en la Unión supranacional. El modelo europeo del proceso de integración geo-regional y sus implicaciones jurídicas y teóricas*. Resumen realizado por María Roca del original *Integration in der Supranationalen Union. Das europäische Organisationsmodell einer prozesshaften geo-regionalen Integration und seine rechtlichen und staatstheoretischen Implikationen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001. El resumen se halla en la página www.jura.uni-goettingen.de/Schmitz, visitada el 5 de octubre de 2001, páginas 1 a 26.
- Schoch, F., "Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrecht", *JZ*, vol. 50, núm. 3, 1995, páginas 115 a 123.
- Schockweiler, F., "Zur Kontrolle der Zuständigkeitsgrenzen der Gemeinschaft", *EuR*, núm. 2, 1996, páginas 123 a 136.
- Scholte, J. A., "Beyond the Buzzword: Towards a Critical theory of Globalization", en Kofman, E., Youngs, G., *Globalization: Theory and Practice*, Londres, 1996.
- Scholz, R. "Wie lange bis Solange-III?", *NJW* 1990, páginas 941 a 946.
- Scholz, R., "Europäisches Gemeinschaftsrecht und innerstaatlicher Verfassungsrechtsschutz", en Friauf, K. H., Scholz, R., *Europarecht und Grundgesetz*, Berlín, 1990.

- Scholz, R., “Grundgesetz und europäische Einigung. Zu den reformpolitischen Empfehlungen der Gemeinsamen Verfassungskomission”, *NJW*, núm. 41, 1992, páginas 2593 a 2601.
- Schwarze, J., “Das Verhältnis zwischen deutschem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht auf dem Gebiet des Grundrechtschutzes im Spiegel der jüngsten Rechtssprechung”, *EuGRZ*, 1983, páginas 117 y siguientes.
- Schwarze, J., “Probleme des europäischen Grundrechtsschutzes”, *Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht. Festschrift für Arved Deringer*, Everling, U., Narjes, K. H., Sedemund, J., (eds.), Nomos V., Baden-Baden, 1993.
- Segura Roda, I., “La anulación de la Directiva 98/43/CE sobre la publicidad del tabaco: ¿novedades en el reparto de competencias comunitario?”, *GJ*, núm. 214, 2001, páginas 74 a 87.
- Shapiro, M., “Comparative Law and Comparative Politics”, *Southern California Law Review*, núm. 53, 1980.
- Shaw, B., “European Union Legal Studies in Crisis? Towards New Dynamics”, *EUI, Working Paper, RSC*, núm. 95/23, 1995.
- Sobrino Heredia, J. M., “La incidencia del Derecho comunitario sobre la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de adoptar medida cautelares de contenido positivo. (Comentario a la Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft GmbH y otras, C-465/93)”, *RIE*, núm. 3, 1996, páginas 779 a 797.
- Soldatos, P., *Le système institutionnel et politique des Communautés Européennes dans un monde en mutation*, Bruylant, Bruxelles, 1989.
- Solé Tura, J., *Catalanisme i revolució burguesa*, Edicions 62, Barcelona, 1967.
- 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.
- Sorrentino, F., *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Turín, 1994.
- Stein, T., “Bananen Split?”, *EuZW*, 9, 1998, páginas 261 a 264.
- Steinberger, H., “Anmerkungen zum Maastricht-Urteil des BVerfGE”, Hommelhoff/Kirchhof (eds.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, C. P. Müller, Heidelberg, 1994, páginas 31 a 34.
- Steinberger, “Die EU im Lichte der Entscheidung der BVerfGE”, *ZEW*, Bonn, páginas 31 y siguientes.

- Stephanou, C. A., *Reformes et mutations de l'Union Européenne*, Paris, 1997.
- Stiglitz, J., “Europa se anima a ser competitiva (La base de una economía dinámica y democrática)”, *El País*, 12 de agosto de 2001, Internacional, p. 5.
- Streeck, W., Schmitter, P. C., “From national corporatism to transnational pluralism: organized interests in the single European market”, *Politics and Society*, núm. 19 (2), 1991, páginas 133 a 163.
- Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1989.
- Thibaud, P., “Europa para Europa no es estimulante”, *L'Express*, 29 de junio de 2000.
- Thomas, F., “Das *Maastricht*-Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofs vom 6. April 1998”, *ZaöRV*, 1998, páginas 879 a 900.
- Tomuschat, Ch. “Aller guten Dinge sind III?”, *EuR*, 1990, páginas 340 y siguientes.
- Tomuschat, Ch., “Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgericht”, *EuGRZ*, 1993, páginas 489 a 496.
- Toulmin, S., *Cosmópolis: el trasfondo de la modernidad*, Península, Barcelona, 2001.
- Touraine, A., “La globalización como ideología”, *El País*, 16 de septiembre de 1996, y “Detrás de la moneda: la economía”, *El País*, 22 de diciembre de 1996.
- Trubek, D. M., Dezelay, Y., Buchanan, R., Davis, J. R., “Global Restructuring and the Law: The Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas”, *Case Western Reserve Law Review*, 44/2, 1994, páginas 407 a 498.
- 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.
- Vachek, M., “Das Kooperationverhältnis im Bananenstreit”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung. Internationale Privatrecht und Europarecht*, 4, 1994, páginas 136 a 152.
- Vernet i Llobet, J., “Los límites a la integración europea”, *Civitas Europa*, núm. 3, 1999, páginas 311 a 342.
- Vogel-Polsky, A., Vogel, J., *L'Europe sociale 1993: illusion, alibi ou réalité?*, Institut d'Études européennes, Université de Bruxelles, Bruselas., 1994.

- Von Bogdandy, A., "Notas sobre la ciencia del derecho europeo (contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán)", *TRC*, núm. 5, 2000, páginas 203-237.
- VVAA: *La Unión Económica y Monetaria: siete estudios*, Escuela de Economistas de Madrid, Civitas, Barcelona, 1993.
- Walter, C., "Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire derivé par la Court constitutionnelle fédérale allemande", *Revue de Droit Public*, 5, 1997, páginas 1285 a 1300.
- Weber, A., "Die Bananenmarktordnung unter der Aufsicht des BVerfGE", *EuZW*, 8, 6, 1997, páginas 165 a 169.
- Weber, A., "El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada", *REDC*, núm. 45, 1995, páginas 31 a 51.
- Weber, A., "The European Charter of Fundamental Rights", *German Yearbook of International Law*, vol. 43, 2000, páginas 101 a 115.
- Weber, M., *Economía y sociedad*, 2^a edición en español, trad. de J. Medina Echevarría y otros, México 1979, páginas 252 y 253. La primera edición en español es del Fondo de Cultura Económica, México, 1969.
- Weiler, J. H. H., "Eurocracy and Distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental rights", *Washington Law Review*, núm. 61, II, 1986, páginas 1103 a 1142.
- Weiler, J. H. H., "La transformación de Europa", *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales.
- 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, páginas 555 a 642.
- Weiler, J. H. H., "The Division of Competences in the European Union", *Working Paper, Political Series, W-26*, marzo de 1997.
- Weiler, J. H. H., "The European Union belongs to its Citizens : Three Immodest Proposals", *ELR*, núm. 22, 1997, páginas 150 a 156.
- Weiler, J. H. H., "The Reformation of European Constitutionalism", *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, 1, 1997, páginas 97 a 131.
- Weiler, J. H. H., "The Selling of Europe: The Discourse of European Citizenship in the ICG 1996", *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 3/96, páginas 1 a 27.

- Weiler, J. H. H., “The State «über alles». Demos, Telos and the German Maastricht Decision”, en Due, Lutter, Schwarze (eds.), *Festchrift für Ulrich Everling (II)*, Nomos, Baden-Baden, 1995, páginas 1651 a 1688. Publicado también en una versión alemana, “Der Staat «über alles». Demos, Telos un die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 91, 1996.
- Weiler, J. H. H., en “Europe after Maastricht”, *Harvard International LawReview*, 1995.
- 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, páginas 411 a 448.
- 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
- Weiler, J. H. H., *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e processo político*, Il Mulino, Bolonia, 1985.
- Weiler, J. H. H., Lockhart, J. S., “Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence”, *CMLRev*, vol. 32, 1995, páginas 579 a 627.
- Weiler, J. H. H., y Mayer, F., “A Normative Case Study: The Tobacco Advertising Draft Directive”, en Schneider, H. P., y Stein, T., *The European Ban on the Advertising-Studies concerning its Compatibility with European Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, páginas 313 a 350.
- Whittaker, D. J., *United Nations in the Contemporany World*, Londres, 1997.
- Wyduckel, D., “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, *Fundamentos*, núm. 1 (Soberanía y Constitución), 1998, páginas 203 a 293.
- Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil...*, ob. cit., p. 39.
- Zuleeg, M., “Der Schutz der Menschenrechte im Gemeinschaftsrecht”, *Die öffentliche Verwaltung (DöV)*, núm. 22, 1992, páginas 937 a 944.
- Zuleeg, M., “The European Constitution under constitutional constrains”, *ELR*, núm. 22, 1997, páginas 19 a 34.