

EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS ESTADOS INTEGRADOS DE EUROPA (*)

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DE UN ADJETIVO.—II. LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS.—III. EL PARLAMENTARISMO EUROPEO.—IV. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES.—V. LA FORMA DE ESTADO: FEDERALISMO Y NACIONALISMO.—VI. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN: 1. *El déficit constitucional de la integración*. 2. *Las «cláusulas de apertura»*. 3. *La articulación entre derecho comunitario y derechos internos: la doctrina de los dos ordenamientos*. 4. *Derecho comunitario y jurisdicciones nacionales*. 5. *La nacionalización del derecho comunitario*. 6. *«Constitución» Europea o reforma de las Constituciones nacionales*.

I. JUSTIFICACION DE UN ADJETIVO

La Unión Europea y más precisamente la Comunidad Europea, que es su núcleo duro, no es una Federación ni, al menos hoy por hoy, se propone serlo. Su existencia no permite, ni verosíblemente permitirá jamás, hablar de unos Estados Unidos de Europa, como forma más o menos análoga a la de los Estados

(*) El presente trabajo se publicará como estudio introductorio en un libro que recoge los textos constitucionales de los quince Estados miembros de la Unión Europea, actualmente en prensa (Editorial Ariel, Barcelona).

Unidos de América y la posibilidad de que «Francia se convierta en Nebraska», que en el referéndum sobre el Tratado de Maastricht utilizaron como espantajo los partidarios del NO, parece absolutamente remota. De otra parte, sin embargo, no podemos continuar estudiando el Derecho Constitucional de los países miembros de la Unión como si entre ellos no hubiera otros vínculos que los derivados de la cultura y la historia comunes, tan surcada por lo demás de enfrentamientos y discordias, o el proceso de integración no implicase una transformación profunda del Estado, que obliga a reelaborar las viejas categorías y a crear otras. Los Estados miembros de la Unión conservan su identidad nacional, que la Unión ha de respetar (1), pero una buena parte de su legislación es legislación comunitaria o está determinada por ella (el 80 por 100, se dice, de las normas de contenido económico), es la Comunidad la que asume plenamente sus relaciones comerciales con el exterior no comunitario y, en definitiva, su libertad para tener una política económica propia se reduce actualmente a la de escoger entre los distintos medios para conseguir un objetivo fijado por la Comunidad y que implicará, si logran alcanzarlo, la desaparición de sus propias monedas. Estas limitaciones en el ámbito de la economía traen consigo otras en los más diversos campos, pero no es necesario entrar en ellas para evidenciar que la distancia existente entre los Estados miembros de la Unión Europea y el Estado nacional de comienzos de siglo no es mucho menor que la que los separa de los miembros de la Unión norteamericana. No parece ni injusto ni superfluo intentar caracterizarlos con un adjetivo que aluda a esta condición y el utilizado en el título de la presente Introducción es el que primero se ofrece.

II. LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS

Aunque la constitucionalización de los Estados europeos se inició hace más de dos siglos, todos los textos que aquí se presentan (con la excepción notoria, claro está, de los venerables textos británicos, cuya inclusión se justifica sobre todo como homenaje obligado a la paradójica cuna del Estado constitucional) son obra del nuestro. Algunos, pocos, consecuencia de reformas sucesivas de los textos originales del siglo XIX, e incluso del anterior (2), producidas a lo largo de historias cuyas crisis no han dado lugar a discontinuidades traumáticas (3); otros, los más, promulgados después de la segunda Guerra

(1) Tratado de la Unión Europea (TUE), artículo F.1.

(2) El Instrumento de Gobierno sueco, la más antigua de las Constituciones escritas europeas es de 1720.

(3) Es el caso de Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Países Bajos y Suecia.

Mundial, tras rupturas de distinta intensidad y duración (4); otros, por último, anteriores a ella y contemporáneos de la fundación o refundación del correspondiente Estado (5).

Los textos «reformados» conservan en su estructura, en la preservación de la forma monárquica y en ciertas fórmulas tradicionales, algunas huellas de su origen, pero la profundidad de los cambios operados, que en el caso belga afectan a la forma misma del Estado, no permite establecer entre ellos y los textos nuevos distinciones nítidas en cuanto al contenido constitucional. Ni siquiera las derivadas de la contraposición entre Monarquía y República, no sólo porque una de las Constituciones nuevas, la española, sea también monárquica, sino sobre todo porque esa contraposición carece ya de trascendencia política. La frase que se le atribuye al Rey de España cuando aun no lo era («mi aspiración es ser el Rey de la República española») no es sólo expresión de un sentimiento subjetivo, sino también descripción de una realidad objetiva: las Monarquías europeas son simplemente Repúblicas coronadas.

III. EL PARLAMENTARISMO EUROPEO

La forma de Gobierno es, en todos los casos, la parlamentaria, con un parlamentarismo muy racionalizado si por tal se entiende, como Mirkiné Guetzevitch, el puramente monista, aquél en el que la formación del Gobierno es obra exclusiva de las Cámaras (6); más exactamente de la Cámara Baja, pues en éste como en otros aspectos, se mantiene la tendencia que aquél constataba hacia el declive de las Cámaras Altas.

(4) Rupturas muy graves y prolongadas del orden constitucional fueron las de Alemania, España, Grecia, Italia y Portugal. En Francia, la más breve del régimen de Vichy, se saldó en rigor con la Constitución de 1946; las circunstancias políticas que llevaron a su sustitución en 1958 para hacer frente a la revuelta del ejército en Argelia determinan también, sin embargo, una cesura.

(5) Es el caso de Austria, Finlandia e Irlanda. Casos de características muy distintas, en cuyas peculiaridades no es necesario entrar aquí.

(6) Véase MIRKINE-GUETZEVITCH: *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, París, 1928, págs. 19 y sigs. El «ensayo sintético» de Mirkiné, que sirve de introducción a la colección de dieciocho textos constitucionales traducidos y revisados por Eisenmann, ofrece una buena pauta para el examen, también sintético, del constitucionalismo actual en el seno de la Unión Europea. Hay una edición en español de esta obra (*Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, 1931), que añade a las europeas la Constitución mexicana, pero la traducción a nuestra lengua del ensayo de Mirkiné-Guetzevitch es muy defectuosa.

No hay entre estas Constituciones ninguna que haya eliminado la Jefatura del Estado, como sucedía en algunas (Baviera y Prusia) de las recopiladas en la obra que prologó Mirkine, pero es evidente que en ninguno de estos quince Estados, ni siquiera en aquéllos que cuentan con una Jefatura del Estado fuerte, como sucede en Finlandia, Irlanda, Portugal y, sobre todo, Francia, puede el Presidente de la República designar un Gobierno que no cuente con la confianza explícita o implícita del Parlamento. En algunos casos (Alemania, España), el Jefe del Estado no hace más que proponer candidatos a la elección parlamentaria, cuyo resultado se limita a formalizar, y en uno (Suecia), ni siquiera eso, desenvolviéndose todo el procedimiento dentro del Parlamento, sin ninguna intervención del Rey, ni puramente formal.

Este parlamentarismo, en el que, como el propio Mirkine recordaba hace ya casi setenta años, no tiene mucho sentido hablar de responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento (7), pues el uno y el otro se confunden políticamente, no es producto de las normas constitucionales, que cuando mucho se limitan a consagrarlo. Resulta necesariamente del predominio de los partidos políticos, que «no luchan sólo en defensa de unos principios políticos, sino, sobre todo, por el poder» (8) y cuya acción, como sostenía Leibholz en una obra coetánea, ha transformado la democracia representativa en una forma de democracia directa que él llamaba plebiscitaria (9), lo que después se ha llamado el Estado de partidos.

Los problemas que resultan de la divergencia existente entre esta forma real de nuestras democracias y la teoría sobre las que estas se asientan no han dado lugar, sin embargo, a cambios constitucionales de relieve. Siete de estos textos hacen referencia explícita a los partidos políticos, pero sólo en las Constituciones de Portugal y Suecia parece haber avanzado la tendencia a introducirlos en el Derecho público, que Mirkine celebraba ya en su tiempo, con referencia, sobre todo, a la Ley checoslovaca de 1926, difícilmente compatible con la prohibición del mandato imperativo que siguen recogiendo la mayoría de estas Constituciones.

(7) «El sentido político del parlamentarismo no está en la responsabilidad de los ministros ante el Parlamento, sino en el hecho de que es la mayoría parlamentaria la que recibe el poder y escoge a los ministros, que son responsables ante ella, es decir, ante el partido que ha ganado las elecciones», *op. cit.*, pág. 21.

(8) *Ibid.*, pág. 20.

(9) G. LEIBHOLZ: *Das Wesen der Repräsentation* (1929), recogido ahora, con obras posteriores, en *Die Repräsentation in der Demokratie* (W. DE GRUYTER, 1973). En español, M. GARCÍA-Pelayo: *El Estado de Partidos* (Alianza Editorial, Madrid, 1986; ahora en *Obras Completas*, CEC, Madrid, 1991, vol. II).

IV. JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En alguna medida, esta naturaleza «plebiscitaria» de nuestras democracias es probablemente una de las causas que explican el desarrollo de la jurisdicción constitucional entre las democracias europeas, cuya variedad de formas refleja, sin embargo, una gran diversidad de inspiraciones e intenciones (10). El hecho de que los sistemas más articulados y más activos de esta jurisdicción sean aquéllos que se centran en la defensa de los Derechos Fundamentales, hace difícil, no obstante, atribuir a esa causa un peso decisivo. Es cierto que la protección de esos derechos implica una defensa de las minorías frente a eventuales abusos de la mayoría, pero sería absurdo reducir a ese valor instrumental el significado de los Derechos Fundamentales, cuya Carta, tanto cuando forma parte del Código constitucional, como cuando figura en Declaraciones o Leyes a que aquél se remite, es el núcleo de todas nuestras Constituciones.

Esta centralidad constitucional de los Derechos, si se me excusa la expresión, es en cierto sentido un hecho nuevo o, cuando menos, una inflexión acentuada de las ideas precedentes. Es verdad que la protección de las libertades es la raíz misma del constitucionalismo y que ya en el del período de entreguerras se generaliza la incorporación al texto constitucional del enunciado de los derechos, una manifestación más, para el tantas veces citado Mirkine-Guetzevitch, de la tendencia hacia la racionalización del poder. Verdad también que ya entonces se intenta preservarlos frente a eventuales ataques del legislador, pero lo que se celebra entonces no es tanto esta ruptura con la confianza ilimitada en el legislador, que sólo en dos Estados europeos se hizo patente, como la extensión del repertorio de los derechos para incluir los llamados sociales. En nuestro tiempo, por el contrario, lo importante no es la extensión mayor o menor de la Carta de los Derechos, cuestión sobre la que inmediatamente hemos de volver, sino el cambio operado en la normatividad y la juridicidad de éstos (11). La Constitución, que todavía antes de 1939 era considerada como

(10) Once de los quince Estados miembros de la Unión cuentan con algún sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, pero éste se practica raramente allí en donde tal control está encomendado a todos los jueces (Dinamarca, Grecia, Suecia), existe sólo como control preventivo en Francia e Irlanda, y presenta características muy diversas en los Estados (Alemania, Austria, Bélgica, España, Italia y Portugal) en los que ha adquirido mayor desarrollo. Una clara exposición sintética de estos sistemas puede verse en L. FAVOREU: *Les Cours Constitutionnelles* (París, 1986, con ediciones sucesivas). Hay traducción española de MARC CARRILLO (*Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, 1993).

(11) Tomo los términos de CONSTANCE GREWE (*Les droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, pág. 141).

una norma que tenía por destinatarios a los poderes públicos, de cuya acción nacía propiamente el Derecho, ha pasado a ser fuente directa de éste; del Derecho y, sobre todo, de los Derechos que constituyen su núcleo esencial (12); una norma que apodera (y vincula) directamente a los ciudadanos.

Las Constituciones de los Estados miembros de la Unión no son la única fuente de los Derechos de esta naturaleza, pues todos los Estados miembros de la Unión son signatarios de la Convención Europea de los Derechos Humanos, aunque sean muy distintos los modos en los que ésta opera en el interior de cada uno de ellos y algunas Constituciones contienen además cláusulas generales que permiten al juez constitucional derivar Derechos Fundamentales no específicamente consagrados (13). Aparte esta peculiaridad, los textos constitucionales (14) difieren también, tanto en la enumeración de los derechos como en la técnica utilizada para garantizarlos; en particular para garantizarlos frente al legislador. De una parte, hay Estados dotados de un sistema muy articulado de jurisdicción constitucional, otros en los que éste está menos desarrollado, otros en los que el control judicial de las leyes apenas pasa de ser un principio teórico jamás practicado y otros, por último, en los que ese control es inexistente o incluso está prohibido expresamente. De la otra, la formulación de los Derechos Fundamentales y sobre todo su repertorio, responde a criterios muy distintos. En unas Constituciones, los Derechos Fundamentales configuran una categoría homogénea en cuanto a su régimen jurídico; en otras, aparecen divididos en especies muy distintas en cuanto a normatividad y juridicidad. En unos Estados, en general aquellos en los que el régimen de los Derechos es homogéneo, el repertorio incluye sólo los derechos clásicos (15); en otros, por el contrario, se constitucionalizan, junto a éstos, numerosos derechos de prestación e incluso derechos de la llamada «tercera generación», en especial el derecho al medio ambiente.

Según el enfoque positivista ampliamente dominante aún en el ámbito de las Ciencias jurídicas, el problema que esta diversidad plantea existe sólo para

(12) En España, el primero en levantar acta de este cambio en el momento de promulgarse la Constitución fue E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cuya obra (*La Constitución como norma*, Civitas, 1981) es de obligada cita.

(13) Sobre el tema véase C. GREWE: *op. cit.*, en especial págs. 147-150 y 157-158.

(14) En general, la carta de los derechos forma parte del «código» constitucional, que en Austria y en Francia aparece, sin embargo, fuera de él. En Suecia, a los Derechos y Libertades recogidos en el Capítulo II del Instrumento de Gobierno se añaden los que garantiza la Ley sobre Libertad de prensa, también de rango constitucional.

(15) También en el elenco de éstos se aprecian algunas diferencias, pero éstas son atribuibles, en general, a la fecha del texto constitucional y no tienen probablemente gran trascendencia ni teórica ni práctica.

aquellas disciplinas puramente teóricas (la Filosofía jurídica o la Teoría del Derecho o de la Constitución) que se sitúan en una perspectiva normativa, desligada de todo sistema positivo concreto. Para las ciencias del derecho positivo, en este caso para el Derecho Constitucional, por el contrario, esa diversidad sirve a lo sumo como punto de referencia o instrumento auxiliar, pues los conceptos generales o, si se prefiere, las categorías, han de ser construidas a partir de los datos que el propio derecho positivo ofrece, han de ser «constitucionalmente adecuadas». El filósofo del Derecho podrá analizar y criticar la diversidad en el elenco de los Derechos Fundamentales desde una noción abstracta de éstos; a diferencia suya, para el jurista positivo el concepto de Derecho Fundamental es el que se deriva de su propio ordenamiento, y la comparación no puede ir más allá de la constatación de la diversidad.

No comparto las limitaciones metodológicas que este enfoque impone y que por lo demás raramente se respetan, pero no hay necesidad de quebrarlas para llegar a la conclusión de que, al menos para los países miembros de la Unión Europea, es indispensable operar con una noción de Derechos Fundamentales que sea realmente común a todos ellos, pues esta noción común forma parte de nuestro común derecho positivo. Como es bien sabido, los Derechos Fundamentales «que resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» valen como principios generales del Derecho comunitario europeo (16). Aquéllos que según esas tradiciones comunes valen como Derechos Fundamentales directamente aplicables y sólo ellos.

Es esta idea del valor positivo de los derechos comunes la que explica la opción arriesgada que hemos adoptado al confeccionar el Índice de Materias de esta colección, llevando a la rúbrica de «Principios de la política económica y social» muchos artículos que en las respectivas Constituciones aparecen bajo la de Derechos Fundamentales, para situar bajo ésta sólo los derechos «clásicos» o aquéllos otros que, sin serlo en rigor, tienen una estructura sustancialmente análoga. Son derechos de libertad, concreciones del principio de igualdad, derechos políticos y garantías institucionales, no derechos de prestación. Podrá argüirse quizá que el derecho a la enseñanza sí tiene un carácter prestacional, pero realmente esa prestación se asegura con carácter gratuito sólo en la medida en la que la enseñanza es impuesta como deber. Hablar de un contenido prestacional en el derecho al proceso («derecho a la prestación de justicia»), como a veces se hace entre nosotros, es evidentemente un abuso del lenguaje, un descoyuntamiento del concepto de prestación, que sólo tiene sen-

(16) El texto aludido es, claro está, el del apartado 2.º del artículo F del Tratado de la Unión Europea.

tido aplicar a la actividad estatal cuando ésta proporciona bienes o servicios que se obtienen también a través del mercado.

Entre los «derechos» que quedan fuera hay algunos que son puras garantías institucionales; así por ejemplo el de no ser despedido sin causa «legal» o «justa», que consagran las Constituciones de Finlandia (art. 15) o Portugal (art. 53). La mayor parte, sin embargo, son derechos de prestación (a la sanidad, a la seguridad social, a la asistencia social, al mínimo vital, etc.) que sólo nacen como tales cuando la ley los crea y con el contenido que ésta les atribuye, con independencia de que la remisión de la Constitución a la ley sea explícita o no (17). En algunos casos, además, el enunciado constitucional, con independencia de cuál sea la fórmula empleada, sólo puede ser entendido como norma programática, dada la manifiesta imposibilidad de asegurar la satisfacción universal del «derecho» en el marco de la economía de mercado (18), o la indeterminación del bien protegido (medio ambiente, etc.).

Esta reducción del elenco de los Derechos Fundamentales a aquéllos que efectivamente nacen directamente de la Constitución, aunque puedan ser limitados, o incluso en cierto modo configurados, por la ley (19), no implica en

(17) No hay remisión explícita a la ley en lo que concierne al derecho a la seguridad social, a la asistencia social y al mínimo vital, en las Constituciones de Francia (preámbulo de 1946) e Italia (artículo 38) y, en lo que respecta a este último, tampoco en la de Finlandia (art. 15.a), que por el contrario sí se remite genéricamente a la ley en lo que toca a seguridad social y asistencia social, del mismo modo que las de Bélgica (art. 23), Dinamarca (art. 75), Grecia (art. 21), Luxemburgo (art. 11) o los Países Bajos, para mencionar sólo aquellas Constituciones que no establecen diferencias en cuanto al régimen jurídico entre los derechos que mencionan.

(18) Así, el derecho a la vivienda, que la Constitución finlandesa (art. 15.a) consagra sin restricción alguna, o el derecho al empleo, que también enuncian en términos rotundos las Constituciones de Francia (Preámbulo 1946) y Luxemburgo (art. 11). De manera más realista, las restantes Constituciones que mencionan la vivienda y el empleo encomiendan a los poderes públicos la misión de «promover» la suficiencia de aquélla, o el más alto nivel posible de éste. Véase, por ejemplo, Bélgica (art. 23), Grecia (art. 21) o los Países Bajos (arts. 19 y 22).

(19) La eficacia de tales derechos frente al legislador depende, como es evidente, de la existencia o inexistencia en el respectivo sistema de un control judicial de constitucionalidad de la ley y, cuando existe, de las características de éste. La sumisión de todos los Estados miembros de la Unión al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos aminora, sin embargo, en alto grado las diferencias que en este punto se derivan del Derecho interno. Es significativo que en los Países Bajos, cuya Constitución (art. 120) prohíbe expresamente al juez pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes y tratados, se prevea (art. 94) la inaplicación de las normas internas contrarias a éstos, entre los que figura naturalmente la Convención Europea de los Derechos Humanos. Del mismo modo, en Suecia, cuyo control de constitucionalidad, de ámbito muy limitado (véase *Instrumento de Gobierno*, Cap. XI, art. 14), es además escasamente utilizado, se proclama (I.G., Cap. II, art. 23) la imposibilidad de promulgar normas incompatibles con la Convención, lo que hace forzoso, parece, un control judicial de «convencionalidad».

modo alguno una minusvaloración de los «derechos» excluidos. No es imaginable (ni, para mí, deseable) que en los albores del siglo XXI pueda ningún Estado europeo desentenderse de la necesidad de luchar contra el paro o de proporcionar a todos sus residentes (no sólo a los ciudadanos) una vivienda adecuada, una sanidad conveniente y un sistema de seguridad social que los proteja de manera tan completa como posible. La cuestión no está en la deseabilidad del fin, sino en la idoneidad de los medios utilizados para conseguirlo y no se adelanta un solo paso hacia el pleno empleo, el alojamiento satisfactorio de toda la población, o su protección frente a las inclemencias de la vida (y del mercado), con la proclamación constitucional del derecho a esos bienes. Se remita o no a la ley, esa proclamación deja la creación real de tales derechos (no sólo su eventual configuración o limitación) en manos del legislador (20), cuya acción (u omisión) no puede ser controlada eficazmente por el juez porque depende de decisiones políticas (fundamentalmente la de cual sea la suma de recursos que el Estado ha de detraer de la sociedad y cómo ha de distribuirse tal suma entre las distintas finalidades), que el juez ha de respetar (21). La juridificación de la política tiene, en lo que no sea puramente orgánico o procedimental, limitaciones intrínsecas que la convierten en mera apariencia cuando se intenta dar forma jurídica a relaciones que no pueden ser sometidas a control judicial. Alargar el elenco de los Derechos Fundamentales para incluir entre ellos demandas sociales cuya satisfacción depende primordialmente de las disponibilidades económicas del Estado, es crear un espejismo peligroso y debilitar la vigencia real de aquéllos que efectivamente pueden ser formulados como tales. Pruebas de ello no faltan.

V. LA FORMA DE ESTADO: FEDERALISMO Y NACIONALISMO

La forma de Estado es unitaria en diez de los quince países y constitucionalmente descentralizada en los otros cinco, pero las diferencias existentes en el grado real de descentralización, que no van necesariamente ligadas a la ca-

(20) En su Sentencia 252/1988, la Corte Constitucional italiana ha afirmado que los derechos sociales se realizan en función de los recursos de que dispone la comunidad, pues «sólo el legislador, midiendo las disponibilidades efectivas y los intereses susceptibles de ser gradualmente satisfechos, puede adaptar de manera racional los medios a los fines y establecer, caso por caso, las consecuencias jurídicas de tales derechos». Tomo la cita de C. GREWE: *op. cit.*, pág. 162.

(21) Naturalmente, la libertad de que el legislador nacional dispone en estas materias es muy escasa en los Estados miembros de la Unión y quizá no mucho mayor en los que están fuera de ella, pero dentro del mercado universal de capitales y mercancías. No es esta Introducción el lugar adecuado para extenderse sobre ello.

racterización del correspondiente sistema como federal o regional, y la intensidad de las autonomías locales en algunos de los Estados unitarios, difuminan considerablemente esta dicotomía. Más clara parece la existente entre aquellos Estados en los que la división territorial del poder (federal o regional), opera en una sociedad nacionalmente homogénea y aquéllos otros en los que no existe esa homogeneidad (22). En los primeros sigue siendo perceptible la tendencia hacia la racionalización del federalismo que Mirkiné descubría en los dos Estados Federales de la «Nueva Europa» de su tiempo, es decir, en Alemania y en Austria; en los otros (Bélgica y España, por ejemplo), esta tendencia es bastante menos evidente. La tesis de que «Mientras el federalismo se basa sobre la política (tradiciones dinásticas, etc.), el problema escapa a la racionalización, pero desde el momento en el que se le da una solución puramente jurídica y la Constitución no intenta proteger intereses políticos o nacionales, sino introducir un elemento *objetivo* de defensa jurídica del interés local y del interés central, *la política es sustituida por el derecho*» (23), es seguramente cierta, pero también desgraciadamente tautológica (24).

VI. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACION

Junto a este federalismo o regionalismo interior, las Constituciones que aquí se ofrecen abren la posibilidad de una convergencia de los Estados hacia una estructura política superior cuya existencia actual es ya vigorosa, pero cuya forma final, aun indeterminada, hace imposible la definición. El análisis sumario de estas «cláusulas de apertura» evidencia lo avanzado de la obra y su extremada dificultad.

Como es evidente, la integración política de Estados constitucionales, y todos los que forman parte de la Unión lo son, requiere una base constitucional. La Constitución es el acto prístino de afirmación del poder originario de un pueblo sobre sí mismo y sobre el espacio que ocupa. En ella se funda la

(22) Aunque los movimientos centrífugos que actualmente se manifiestan en Italia hacen pensar que la diversidad nacional no es el único origen de las tensiones políticas.

(23) *Op. cit.*, pág. 26. Los subrayados son suyos. Líneas más arriba caracteriza este federalismo racionalizado como lo que hoy suele llamarse federalismo cooperativo («... en lugar de dificultades, de estorbos, de conflictos recíprocos entre las autoridades centrales y locales, se crea un sistema lógico y armonioso de amplia autonomía y prudente descentralización»).

(24) Sobre el regreso a la concepción dualista en los sistemas (Bélgica, Canadá, España) que él caracteriza como «devolutionary»; véase K. LENAERTS: «Constitutionalism and the many faces of Federalism», *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 1990, especialmente págs. 237-253.

legitimidad de los poderes a los que ese pueblo se sujeta y la validez del Derecho que lo obliga. La Constitución establece el sistema de relaciones y el equilibrio entre los diversos poderes y los límites que el Derecho creado por éstos encuentra en los derechos que la decisión constituyente proclama como fundamentales (25). La Constitución, en definitiva, «constituye» al Estado, lo crea como entidad jurídica.

Que esta entidad se ve profundamente alterada al incorporarse al proceso de la integración es cosa evidente. En primer lugar, claro está, porque esa alteración es la finalidad inmediata de la integración, en cuanto esta implica una reducción de la soberanía (26); una reducción, además, potencialmente indefinida, tanto por la reforma de los Tratados fundacionales como, al margen de ésta, a través de la interpretación expansiva de las competencias que esos Tratados atribuyen a la Comunidad. 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 «una unión cada vez más perfecta», de la ilimitación temporal del proceso y de la técnica utilizada para la atribución de competencias a la Comunidad (27).

Esta alteración primera y deliberada de la realidad estatal genera a su vez otras que son inexcusables para hacerla posible. Lógicamente, el sometimiento del Estado a la Comunidad en el ámbito competencial de ésta exige que el Derecho comunitario prevalezca sobre el estatal y esta primacía, que convierte al juez nacional en juez comunitario, lo libera de la sujeción al imperio de la ley

(25) Resumo aquí ideas expuestas en mi Prólogo al libro de J. L. REQUEJO: *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid, 1995, al que me remito.

(26) Aunque parezca absurdo a estas alturas de la historia, todavía es necesario recordar que la noción de soberanía es una categoría normativa, no un concepto sociológico. Está en relación con la legitimidad del poder y con la validez del Derecho, no con la capacidad real de aquél o la efectividad de éste. Es un atributo del poder del Estado, pero también, como soberanía nacional, como poder del pueblo *sobre* el Estado, es decir, sobre sí mismo como sociedad organizada políticamente en un territorio definido, un principio de legitimidad, la expresión clásica del principio democrático.

(27) Sobre la doble utilidad de esta técnica de atribución de competencias en razón del fin, a la que en los momentos fundacionales se opuso, frente a los demás «santos padres» de la construcción europea, Paul van Zeeland; véase A. S. MILWARD: *The European rescue of the Nation-State*, Berkeley y Los Angeles, 1992, págs. 343-344.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad (Sentencia de 10 diciembre 1969, en los casos acumulados Comisión contra República Francesa) ha afirmado, de otra parte, que frente al uso que ésta hace de sus poderes no puede invocarse la existencia de un núcleo irreductible de soberanía estatal.

e incluso, eventualmente, de la sujeción a la Constitución (es decir, en lo esencial, de la vinculación a los Derechos Fundamentales) (28). De otra parte, la primacía del Derecho comunitario derivado, que en lo esencial es obra del Consejo de la Comunidad, integrado por representantes de los Gobiernos, modifica también sustancialmente el equilibrio constitucionalmente establecido entre estos y los respectivos Parlamentos, proyección del principio democrático, y cuyo reflejo jurídico primordial es, en nuestras Constituciones, el principio de legalidad. Por último, en los Estados compuestos se altera también el equilibrio que la Constitución determina entre el Estado central y los entes territoriales.

1. *El déficit constitucional de la integración*

La necesidad de dotar de una base constitucional adecuada a tales cambios es naturalmente inexcusable para el Estado, cuya propia legitimidad quedaría en entredicho si se llevaran a cabo en contra de la Constitución, o al margen de ella. Pero es también imprescindible para la propia Comunidad, que no tiene más poder que el derivado de los Estados, que carece de órganos administrativos propios y cuyo derecho sólo existe realmente en la medida en la que los jueces nacionales, cuyas decisiones no pueden ser revisadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad (29), impongan su observancia, cosa que manifiestamente no pueden hacer si la validez interna de ese derecho y eventualmente su primacía no tienen apoyo en la Constitución propia, que es su más fuerte vinculación.

Pese a su carácter indispensable, esta fundamentación constitucional de la integración es todavía hoy sumamente deficiente, aunque se preste a esa deficiencia muy escasa atención. En su obra admirable de construcción del Derecho Europeo, el Tribunal de Justicia se ha limitado a ignorarla y los teóricos de ese derecho suelen desdeñarla y hasta es frecuente que condenen, como expresión de un nacionalismo «antieuropeo», las cavilaciones de quienes muestran

(28) Esta es, como bien se sabe, la doctrina firme del Tribunal de Justicia de la Comunidad. Sobre el tema volveremos más adelante en el texto.

(29) En la actual discusión sobre la legitimidad del poder de la Comunidad se olvida con frecuencia, me temo, la naturaleza derivada de ese poder y la inexistencia de un aparato propio de ésta que asegure el cumplimiento de sus decisiones mediante la «coacción física legítima», datos que ponen en cuestión incluso la pertinencia de tal discusión.

Sobre la inexistencia de *appellate jurisdiction* del Tribunal de Justicia, véase K. LENAERTS: *op. cit.*, pág. 257.

preocupación por su existencia. Esa actitud quizá haya tenido hasta ahora explicación y hasta una cierta justificación, pues el déficit constitucional de la integración europea, es sin duda una consecuencia del método seguido para llevarla a cabo. La conciencia cada vez más extendida de su existencia, las reformas que para corregirla, al menos parcialmente, se han introducido en los últimos años en algunos Estados, y los esfuerzos para dotar a Europa de una «Constitución», de los que después nos ocupamos, son, sin embargo, la mejor prueba de que tal método ha agotado ya sus posibilidades y de que la creación de la Comunidad Europea como verdadera *Rechtsgemeinschaft* no puede seguir eludiendo el problema constitucional.

2. Las «cláusulas de apertura»

El proceso de integración se apoya inicialmente en cláusulas genéricas que habilitan al Estado para concertar, en condiciones de reciprocidad, *limitaciones* de soberanía con el fin de asegurar la paz y la justicia en el orden internacional (30), o para *transferir* a instituciones internacionales derechos de soberanía (Alemania, art. 24), o competencias legislativas, ejecutivas y judiciales (Holanda, art. 67; Luxemburgo, art. 49 bis), o poderes determinados (Bélgica, art. 25 bis) (31).

Esta técnica de la habilitación genérica con fórmulas variadas es utilizada también por Estados que se incorporan posteriormente a la Comunidad. Así Austria (art. 9.2) (32), Dinamarca (art. 20, que autoriza la *delegación* de poderes derivados de la Constitución), España (art. 93, que permite atribuir a organizaciones o instituciones internacionales *el ejercicio* de competencias derivadas de la Constitución) y Grecia, que con raro eclecticismo permite tanto

(30) Es la fórmula que recogen tanto la Constitución francesa de 1946 (Preámbulo), como la italiana (art. 11).

(31) El artículo 67 (al que corresponde el art. 92 del texto de 1983), se introdujo en los Países Bajos en 1953; el artículo 49 bis de la Constitución de Luxemburgo, en el que por cierto se precisa que la transferencia ha de hacerse *por tiempo determinado*, es obra de la reforma de 1956; el artículo 25 bis de la Constitución belga (cuyo texto se conserva en el 34 de la actual) se introdujo en 1970 (después, por tanto, de la creación de las Comunidades), como parte de una reforma más extensa, que en esta materia jamás se ha culminado.

(32) Introducido por Ley constitucional de 1 de julio de 1981. La precisión de que las competencias transferibles eran las *federales*, incorporada al texto del precepto por una enmienda, ha hecho imposible, sin embargo, fundamentar en él la adhesión de Austria a la Comunidad, para la que se ha seguido el procedimiento previsto para las reformas totales de la Constitución en el artículo 44.3 de ésta. Véase sobre este episodio, I. SEIDL-HOHENVELDERN: «Constitutional Problems involved in Austria's accession to the EU», en *Common Market Law Review*, núm. 32, 1995, págs. 727-741.

reconocer a «órganos de organizaciones internacionales» competencias previstas en la Constitución (art. 28.2), como aceptar restricciones o limitaciones de la soberanía (art. 28.3) (33).

A partir de la primera ampliación de la Comunidad (1972), sin embargo, esa técnica, cuyo uso exige en Dinamarca un *quorum* muy reforzado o, alternativamente, la aprobación en referéndum, en los Países Bajos el procedimiento propio de la reforma constitucional cuando los Tratados contienen cláusulas contrarias a la Constitución o incompatibles con ella (34), y el de las leyes orgánicas en España (35), comienza a ser abandonada para ser sustituida por otras que articulan de manera distinta y más fuerte la vinculación del respectivo Estado con la Comunidad. El primer cambio sustancial se produce en Irlanda, en donde lo que se incorpora a la Constitución, mediante reforma aprobada en referéndum, es la autorización para ratificar cada uno de los Tratados (36), pero son sobre todo las reformas introducidas después del Tratado

(33) Tanto el reconocimiento de competencias como las limitaciones de soberanía han de hacerse «para servir a un interés nacional importante» (!). Las limitaciones están además condicionadas al respeto de los derechos humanos y los fundamentos del régimen democrático y exigen la igualdad y la reciprocidad, condiciones que, aparentemente, no operan en el caso del «reconocimiento» de competencias.

(34) En el caso de los Tratados no se exige, sin embargo, la disolución de las Cámaras. En Austria, cuya Constitución (art. 50.3), requiere la aprobación de dos tercios para la ratificación de los Tratados que modifiquen la Constitución, fue éste también el procedimiento seguido, una vez que el referéndum celebrado el 12 de junio autorizó la incorporación a la Comunidad. Véase I. SEIDL-HOHENVELDERN: *op. cit.*

(35) Una parte de la doctrina, que encontró eco en un Dictamen del Consejo de Estado, llegó a sostener que en razón de este procedimiento, el Tratado de adhesión (o las sucesivas reformas de los Tratados originarios) podían reformar la Constitución. Esa doctrina voluntarista fue desautorizada por el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992.

(36) Inicialmente, los de París y Roma (art. 29.3); más tarde, mediante la adición de un nuevo párrafo al anterior apartado, el Acta Unica; últimamente (art. 29.4), el Tratado de Maastricht. Con ocasión de esta modificación se adicionó también al mismo artículo 29 un nuevo apartado 5.º que afirma, en términos muy rotundos, la primacía del derecho europeo, originario o derivado, respecto de la propia Constitución. Atribuye, sin embargo, a ese derecho fuerza de ley, con lo que deja abierta la cuestión de su aplicación en caso de contradicción con leyes posteriores.

La técnica utilizada en Irlanda para la adhesión a la Comunidad es, creo, la equivalente, en un país de Constitución escrita, a la empleada en la Gran Bretaña. La *European Communities Act 1972* (a la que han seguido otras en relación con el Acta Unica y el TUE), que autorizó la ratificación de los Tratados sienta también el principio de la fuerza del derecho europeo en el orden interno, e incluso su primacía..., mientras el Parlamento no disponga otra cosa. La interpretación que los Tribunales británicos (sobre todo en las conocidas sentencias *Factortame* y *Equal Opportunities Commission*) han hecho de estos principios asegura la primacía del derecho comunitario siempre que no sea inequívoca la voluntad del Parlamento de no atender la obligación que impone su pertenencia a la Comunidad.

de Maastricht y para hacer posible su ratificación, en Constituciones que, en general, contaban ya con cláusulas de habilitación genérica, las que patentizan este cambio de orientación.

Las de Alemania y Francia coinciden en la introducción de enérgicas afirmaciones de pertenencia a la Unión y de compromiso en su progresivo desarrollo, pero a partir de ahí siguen vías distintas. El nuevo artículo 88.1 de la Constitución francesa utiliza una fórmula nueva («ejercicio en común de ciertas competencias») que elude la contraposición entre limitaciones (admisibles) y transferencias (inadmisibles) utilizada durante algún tiempo por el Consejo Constitucional francés (37), que refleja bien la realidad y que tal vez ponga fin a inútiles controversias doctrinales (38), pero que no contribuye a resolver los problemas que esa realidad plantea. A diferencia de la reforma alemana, la francesa no «constitucionaliza», sin embargo, los principios propios de la Unión Europea ni incorpora habilitación alguna para sucesivas cesiones de soberanía, sino que, ajustándose a la doctrina del Consejo Constitucional en la Decisión citada, incorpora dos nuevos preceptos (arts. 88.2 y 88.3) que autorizan la cesión de aquellas competencias concretas que según esa decisión «afectan a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía» (39). La reforma alemana, por el contrario, añade una autorización específica para la cesión de poderes soberanos en favor de la Unión a la habilitación genérica ya contenida en el artículo 24, prevé la posibilidad de que las leyes de autorización necesarias para las sucesivas reformas de los Tratados puedan modificar la Constitución si se tramitan según el procedimiento adecuado para ello, e incluso las dispensas de la condición que para esas leyes impone el apartado 1.º del artículo 79 (40).

La extraordinaria importancia de estas reformas ha dado lugar a una exten-

(37) Y que de hecho fue abandonada por este en su Decisión sobre el TUE (Decisión 92-308). La reforma portuguesa de 1992 utiliza esta misma fórmula.

(38) La específicamente francesa que se cita en el texto y, quizá también la que en otras latitudes ha opuesto a quienes entendían que el objeto de la transferencia era sólo el ejercicio de las competencias y quienes afirmaban que se transfería su titularidad. Una curiosa (y errónea) forma de plantear un problema real: el de la revocabilidad de la vinculación, el *Austrittrecht*.

(39) La Decisión 92-308 considera, en resumen, que la habilitación genérica contenida en el Preámbulo de 1946 es suficiente para acordar, en condiciones de reciprocidad, transferencias de competencias, pero que esas transferencias, que en ningún caso deben poner en cuestión el principio de soberanía nacional o el respeto a los Derechos del Hombre, requieren la previa reforma constitucional cuando los Tratados que las acuerdan contienen estipulaciones contrarias a la Constitución o a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía.

(40) Es decir, de la exigencia de que la reforma sea expresa. Mantiene, por el contrario, los límites absolutos contenidos en los apartados 2.º y 3.º del mismo artículo, que en lo esencial coinciden con los límites, también absolutos, aunque no expresos, que la Decisión del Consejo Constitucional francés hace derivar del Preámbulo de 1958.

sísima serie de análisis de los que aquí no podemos hacernos eco. Dejando de lado otras consideraciones (41), nos limitaremos a señalar aquí que la inclusión en el nuevo artículo 23 de la Constitución alemana de los «principios esenciales» de la Unión Europea (42), imitada en Portugal (43) y, en cierto modo, también en Suecia (44), como manifestación más destacada de la «nacionalización» del derecho europeo, si no es el origen del cambio jurisprudencial del que después nos ocuparemos, evidencia que este cambio no es un hecho aislado y que su existencia debería llevar cuando menos a una reformulación de la conocida doctrina de los dos ordenamientos coordinados, pero distintos, en la que, desde la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* (45), el Tribunal de Justicia y con él la literatura «políticamente correcta», han venido fundamentando hasta ahora el efecto directo y la primacía del derecho europeo.

3. *La articulación entre derecho comunitario y derechos internos: la doctrina de los dos ordenamientos*

Dado que, según tal doctrina, el ordenamiento comunitario y los nacionales

(41) Por ejemplo, las que suscita la muy diversa valoración que en Alemania y en Francia se ha hecho de la capacidad de las habilitaciones genéricas y, sobre todo, de la trascendencia que para el futuro de la UE tiene la doble afirmación, alemana y francesa, de la intangibilidad del principio de la soberanía nacional. Parece evidente también que, después de estas reformas, el ejercicio del poder soberano para romper los vínculos con la Unión (impensable en la práctica, pero innegable en la teoría), requeriría en ambos países la reforma de la Constitución, pues es ésta la que consagra el compromiso europeo.

(42) «... se compromete a respetar los principios de la democracia, del Estado de Derecho, del Estado social y del Estado federativo, así como el principio de subsidiariedad y garantiza una protección de los Derechos Fundamentales comparable en lo esencial a la que ofrece la Ley Fundamental».

(43) El artículo 7.6, introducido en 1992, menciona expresamente el principio de subsidiariedad y precisa que la transferencia de los poderes necesarios para la construcción europea se hace con la finalidad de «realizar la cohesión económica y social».

En el momento de su adhesión a los Tratados de París y Roma, Portugal no contaba con ningún precepto que, en términos genéricos o específicos, autorizase la transferencia de competencias, aunque la reforma de 1982 había incorporado un artículo (8.3) que atribuía efecto directo al Derecho comunitario derivado.

(44) El Instrumento de Gobierno (Cap. X, art. 5) condiciona la cesión de «poderes decisivos» en favor de la Comunidad, al aseguramiento por parte de ésta de una protección de los derechos humanos equivalente a la que ofrece la propia Constitución sueca.

(45) Sentencia de 17 de diciembre de 1970. De hecho, la idea aparece ya antes, en Costa-ENEL (Sentencia de 15 de julio de 1964), A. San Michele c. Comisión, etc., pero es en la sentencia citada en la que se expresa con más rotundidad.

son ordenamientos distintos (o incluso, si se quiere, independientes) (46), pero «coordinados», y la coordinación la aseguran justamente las normas constitucionales de apertura, la reforma de éstas altera también el sistema de coordinación y la doctrina que pretende explicarlo debería modificarse en consecuencia. La profunda transformación de esas normas que implica la sustitución de las cláusulas genéricas de habilitación por autorizaciones específicas, la constitucionalización explícita de la vinculación del Estado con la Unión, la definición constitucional de las competencias cedidas y, sobre todo, la inclusión en el texto de la Constitución nacional de los principios esenciales que han de inspirar la acción de la Comunidad, es decir, en definitiva, lo que se ha llamado la «nacionalización» del Derecho comunitario, introduce un cambio sustancial en la relación en la que los jueces nacionales se encuentran respecto de éste y la doctrina debería reflejarlo. No hay hasta ahora, sin embargo, indicio alguno de tal cambio, ni parece probable que se produzca, pues esa doctrina «oficial» sobre la relación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales se ha mantenido inalterable desde el comienzo, y no puede ser sensible a las reformas de las Constituciones, porque es ajena al contenido de éstas. Aunque el Tribunal de Justicia ha sostenido, con razón, que la relación entre la Comunidad y los Estados no es una relación internacional, para él los Estados son, como en el Derecho Internacional clásico, «cajas negras» (47), cuyos problemas jurídicos internos no afectan a las obligaciones que ese Derecho les impone.

En relación con el Derecho originario, la doctrina de los dos ordenamientos no niega, claro está, que la validez de los Tratados fundacionales, o sus posteriores modificaciones, requiera un fundamento constitucional en cada uno de los Estados miembros, pero se construye haciendo abstracción de cuáles sean los términos o el alcance de esa fundamentación, o incluso de la existencia real de ésta (48). Sostiene que, una vez en vigor, esos Tratados tienen efecto directo

(46) El Tribunal de Justicia habla de ordenamientos distintos, aunque coordinados, no de ordenamientos independientes, pero al negar la posibilidad de que la jurisdicción de cada uno de ellos se pronuncie sobre la validez de las normas que forman parte del otro y hacer caso omiso de la forma y de los términos en los que las Constituciones articulan la coordinación, lo que afirma realmente es su independencia recíproca. Véase C. N. KAKOURIS: «Le relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres», en *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore* (Nomos Verlag, Baden-Baden, 1987).

(47) La expresión la utiliza J. H. H. WEILER en su magistral estudio «The transformation of Europe», en *Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 8 (junio de 1991). Este trabajo ha sido publicado en español, junto con otros del mismo autor, en *Europa, fin de siglo* (Madrid, 1995).

(48) Como antes se recuerda, ni Portugal ni Bélgica contaban con previsión constitucional que autorizase su incorporación a la Comunidad cuando ésta se produjo. Por lo demás, como es

y primacía tanto respecto de la ley posterior como respecto de la Constitución, con independencia de cuales sean las previsiones al respecto del derecho interno. En rigor, y dado que muchas de nuestras Constituciones dan a los Tratados internacionales un rango supralegal, en lo que toca al derecho originario las principales consecuencias prácticas que se derivan de la doctrina de los dos ordenamientos son las atinentes al efecto directo de los Tratados y a la imposibilidad cuestionar su validez constitucional, siquiera sea a través del control de constitucionalidad de las leyes que autorizaron su ratificación o su incorporación al ordenamiento nacional (49).

Más amplio es el alcance de esa doctrina en lo que toca al derecho derivado, es decir, al creado por la Comunidad. Como el poder de ésta, aunque derivado de el de los Estados a través de las cláusulas de habilitación, se fundamenta exclusivamente en los Tratados, en éstos se basa también en exclusiva no sólo el efecto directo y la supremacía, sino también la validez de tal derecho, que en ningún caso puede ser cuestionada por el juez nacional (50).

4. *Derecho comunitario y jurisdicciones nacionales*

Esta doctrina, fruto granado de un feliz activismo judicial, generosamente tolerado por los Gobiernos de los Estados (51), coloca, sin embargo, a los jueces nacionales en una situación paradójica y extremadamente difícil, en

evidente, el Tribunal de Justicia no podría tomar en consideración las especificidades de cada Constitución nacional a la hora de elaborar su doctrina; otra cosa es que ya, a estas altura de la integración, el contenido esencial de las cláusulas constitucionales nacionales no haya pasado a ser un problema comunitario.

(49) No cabe olvidar que la célebre sentencia *Van Gend en Loos*, la primera en afirmar el efecto directo de los Tratados se pronunció justamente frente a los Países Bajos, cuya jurisdicción venía aceptando desde comienzos de siglo (Sentencia del *Hoge Raad* de 26 de mayo de 1906) la superioridad del Tratado sobre la ley.

(50) Se entiende que esta imposibilidad se refiere a una invalidez que resulte de la contradicción entre Derecho comunitario y Derecho interno. El juez interno no puede tampoco declarar por sí mismo la invalidez del Derecho comunitario derivado por contraste con el derecho originario, pero cuando las partes alegan esta invalidez puramente «intracomunitaria», puede deferir la cuestión al Tribunal de Justicia. Véanse, entre otras, Sentencias *Photo Frost* (22 de octubre de 1987) y *Zuckerfabrik* (21 de febrero de 1991).

(51) El activismo del Tribunal es un hecho generalmente admitido. Para un reconocimiento por parte de uno de su protagonistas, véase, por ejemplo, F. MANCINI: «The making of a Constitution for Europe», en R. O. KEOHANE y St. HOFFMANN (eds.): *The New European Community*, Boulder, San Francisco, Oxford, 1991, especialmente págs. 189-190.

Sobre la tolerancia de ese activismo en razón de la inexistencia de supranacionalismo decisorio y su improbable mantenimiento a medida que este último cobra realidad, véase, en especial, J. H. H. WEILER: *op. cit.*

cuanto que los obliga a actuar de acuerdo con reglas que, por definición, no forman parte del ordenamiento que les atribuye la potestad de juzgar en el caso concreto, y a las que, al menos en el caso del derecho derivado, este ordenamiento propio no reenvía de modo expreso. Salvo en aquellos pocos casos en los que, con buen criterio, se han incorporado a la Constitución preceptos que establecen el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario (52), es decir, se ha constitucionalizado la doctrina, la vinculación de los jueces al derecho europeo sólo se ha conseguido, cuando se ha conseguido, en virtud de construcciones jurisprudenciales escasamente consistentes y, lo que es peor, como la experiencia demuestra, extremadamente lábiles.

El problema que esa vinculación plantea se presenta con caracteres distintos en los países que cuentan con un sistema de jurisdicción constitucional y en los que carecen de ella. En estos últimos, en los que, por definición, el juez no puede cuestionar la constitucionalidad de las normas vigentes, la aplicación del derecho europeo se hace problemática cuando ese derecho está en conflicto con una norma legal posterior. Si la norma europea pertenece al derecho originario, su aplicabilidad es función de lo que en el correspondiente ordenamiento se disponga respecto de los Tratados internacionales; tratándose del derecho derivado, respecto del que, salvo en los casos citados en la nota 52, los ordenamientos internos no contienen previsiones, el juez interno sólo puede apoyarse, por el contrario, en la doctrina del Tribunal de Justicia o en una aplicación analógica de las disposiciones concernientes a los Tratados; algo que, en todo caso, no es fácilmente conciliable con una cultura jurídica que tiene como principio básico el de la sujeción del juez a la ley. No es sorprendente por eso que, como es sabido, la actitud de los jueces en relación con el derecho comunitario, en especial en lo que toca a su supremacía en relación con la ley posterior, no haya sido la misma en los distintos miembros de la Unión, ni a veces entre los distintos órdenes jurisdiccionales del mismo Estado (53). A estas diferencias han de añadirse las que resultan del distinto grado de atención que los jueces de unos y otros Estados prestan en la práctica al derecho europeo y de la eficacia

(52) Así, en los Países Bajos (art. 94) y en Portugal (art. 8.3) en donde se ha dado base constitucional al efecto directo y la supremacía del derecho derivado, y en Irlanda (art. 29.6) en donde se ha establecido su supremacía respecto de la Constitución.

La existencia de estas reformas es, por lo demás, la mejor prueba de la extremada debilidad de la doctrina de los dos ordenamientos para asegurar la efectiva vigencia del Derecho europeo.

(53) Un ejemplo antológico lo ofrecen las diferencias de criterio que en este punto han existido hasta hace poco entre el Consejo de Estado y la Corte de Casación en Francia. Una exposición de conjunto de la situación existente en 1992 puede verse en el excelente trabajo de JOËL RIDEAU: «Aspects constitutionnels comparés de l'évolution vers l'Union européenne», en Université Pantheon-Assas, Paris II (ed.): *La Constitution et l'Europe*, Paris, 1992.

de los medios existentes en ellos para corregir, a través del recurso de casación, su inobservancia.

Más graves son, con todo, los términos en los que el problema de la vinculación del juez al derecho europeo en los términos exigidos por el Tribunal de Justicia, se plantea en los Estados dotados de jurisdicción constitucional, especialmente cuando esta se organiza, como en Europa es común, en la forma de jurisdicción concentrada. Al problema que plantea la colisión entre derecho europeo derivado y norma legal interna, que la existencia de un control de constitucionalidad sitúa en un marco distinto, se suma en ellos el que puede resultar de la falta de concordancia entre ese derecho y la Constitución.

En estos sistemas, la colisión entre derecho comunitario y derecho interno hubiera podido ser construida como un vicio de inconstitucionalidad de éste, puesto que la primacía de aquél deriva, en último término, de la cláusula constitucional de apertura, y así se intentó hacer en Italia. El enérgico rechazo de esta construcción en la sentencia *Simmenthal* (54), que parece «deconstitucionalizar», por así decir, la relación entre derecho comunitario y derecho interno, tiene sin duda la ventaja de su claridad, pero también la desventaja de privar al ciudadano de acción eficaz ante el Tribunal Constitucional cuando el juez ordinario inaplica el derecho comunitario (55). Por eso tal «deconstitucionalización» no ha sido llevada hasta su extremo lógico en Alemania, cuyo Tribunal Constitucional entiende que la negativa del juez interno a plantear la cuestión prevista en el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea es una violación del derecho al juez legal garantizado en el artículo 101 de la Constitución.

Peculiar de estos sistemas es, como antes se indica, el problema del control de constitucionalidad del derecho comunitario, que hasta tiempos recientes se había planteado sólo en relación con los derechos fundamentales. La posibi-

(54) De 9 de marzo de 1978. Es esta sentencia la que lleva a la Corte Constitucional italiana al cambio de doctrina que se plasma en la sentencia *Granital*.

(55) Un ejemplo antológico de los riesgos que esa situación comporta lo ofrece una reciente sentencia (STC 45/1996) del Tribunal Constitucional español, que desde el primer momento (STC 28/1991) acogió la doctrina *Simmenthal*. En esa sentencia que, por lo demás, no implica cambio alguno en su doctrina, aunque quizá la lleva a nuevos extremos, el Tribunal Constitucional prescinde totalmente de la naturaleza específica del Derecho comunitario al sostener que la elección de la norma aplicable es competencia exclusiva del juez y, sobre todo, al identificar con el régimen de la cuestión de inconstitucionalidad el que para la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia establece el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea.

Un estudio crítico de la postura jurisprudencial española en R. ALONSO GARCÍA y J. M.ª BAÑO LEÓN: «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 29, 1990.

lidad de este control, rotundamente negada por el Tribunal de Justicia en virtud de la primacía de ese derecho frente al interno, «de cualquier rango que este sea», ha dado lugar, especialmente en Alemania y en Italia, a una compleja doctrina que, en resumen, se concreta en la afirmación de que los respectivos Tribunales, sin abdicar de su competencia para el ejercicio de ese control en relación con los actos internos de aplicación del derecho comunitario, renuncian a ejercerla mientras la Comunidad asegure para tales derechos una protección equivalente a la que ofrece el propio sistema constitucional. No hay que entrar aquí en los detalles de la evolución de tal doctrina (56), facilitada, como se sabe, por la «apertura» de la Comunidad, primero jurisprudencial y después normativa, a los derechos fundamentales (57) para evidenciar su carácter puramente pragmático y su provisionalidad intrínseca.

5. La nacionalización del derecho comunitario

La «nacionalización» del derecho comunitario, a la que antes nos hemos referido, extiende a campos nuevos el problema del control de constitucionalidad del derecho comunitario y le añade el que resulta de la posibilidad de utilizar el derecho europeo como parámetro de constitucionalidad para enjuiciar tanto la validez de las normas internas como la aplicabilidad interna del derecho comunitario derivado. En Francia, esa posibilidad de utilizar el derecho comunitario como medida de la constitucionalidad del derecho interno, ha sido afirmada por algunos autores a partir de la referencia que la Decisión del Consejo Constitucional de 2 de septiembre de 1992, la llamada Maastricht II, hace a la mención en el nuevo artículo 88.3 de la Constitución del artículo 8B del Tratado de la Comunidad Europea (58); en Italia, la Corte Constitucional la ha

(56) Las sentencias decisivas de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano han sido comentadas en la *REDC* por ANTONIO LÓPEZ CASTILLO (núm. 23) y P. PÉREZ TREMPES (núm. 13). Un estudio más detallado en los libros de estos mismos autores, *Constituciones nacionales e integración europea* (en prensa), y *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, en los que se analiza también la postura del Tribunal español.

(57) Una buena exposición de la evolución de la Comunidad en relación con los derechos fundamentales puede verse en RICARDO ALONSO GARCÍA: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, CEURA, Madrid, 1994.

Esa «apertura» de la Comunidad a los Derechos Fundamentales se plantea en términos nuevos tras el Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996, en el que se declara que «en el estado actual del derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio (Europeo de Derechos Humanos)».

(58) Véase el trabajo de L. DUBOIS: *Mélanges J. Boulouis. L'Europe et le Droit* (Daloz, París, 1991). No se trata, sin embargo, de una postura generalizada.

puesto en práctica en la Sentencia 384/1994 (59). Es, sin embargo, en Alemania en donde se han sacado las consecuencias más rotundas de esta nueva articulación entre derecho interno y derecho comunitario que establece una imbricación profunda de ambos.

En la ya célebre sentencia de 12 de octubre de 1993, en la que revoca explícitamente la doctrina de la sentencia *Eurocontrol* (60), el Tribunal Constitucional alemán afirma en efecto su competencia para controlar el derecho derivado desde el punto de vista de los Tratados, habida cuenta del carácter limitado de las competencias transferidas (y quizá, eventualmente, desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, explícitamente recogido en la Constitución como principio esencial del sistema comunitario). La decisión alemana salva formalmente el monopolio del Tribunal de Justicia para controlar la validez del derecho comunitario, reduciendo la competencia que para sí reivindica al control de aplicabilidad de ese derecho en territorio alemán. Como esa doctrina es perfectamente generalizable, es evidente, sin embargo, que gozarían de una extraña validez las normas declaradas inaplicables en los quince Estados miembros de la Unión (61) y que la inaplicabilidad declarada en uno sólo de ellos se concilia difícilmente con la igualdad y reciprocidad de las obligaciones a las que se condiciona, en algunos casos en forma constitucionalmente explícita, la transferencia de derechos soberanos.

Es seguro que también para este problema se encontrará, como para el de los derechos fundamentales, una solución pragmática, un equivalente de *Solange II*. En un trabajo que desgraciadamente conozco sólo en copia mecano-

(59) Véase el comentario de A. SÁINZ ARNÁIZ en *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 22 (1995).

(60) En esta sentencia, el Tribunal había sostenido que la queja por violación de derechos fundamentales sólo podía dirigirse contra actos de los poderes públicos alemanes, lo que excluía la posibilidad de atacar en esta vía (la equivalente al recurso de amparo español) los actos de las autoridades comunitarias (aunque no, claro está, los actos de autoridades alemanas en aplicación del derecho comunitario). Ahora afirma que su deber es garantizar la vigencia plena de esos derechos en territorio alemán, con independencia de que sea o no alemana la autoridad a la que se imputa su violación. En lo demás, el Tribunal mantiene, en lo que concierne a los derechos fundamentales, su doctrina anterior.

(61) Es obvio que esta situación no podría darse nunca, puesto que no todos los Estados miembros de la Unión cuentan con Tribunal Constitucional, pero más grotesco aún sería que la aplicabilidad de la norma comunitaria fuera función exclusivamente de la organización de la jurisdicción en cada Estado. También es obvio que la doctrina alemana ha de entenderse válida en todos los Estados que cuenten con medios para ponerla en práctica. Véase GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Zur "Verfassung der Europäischen Gemeinschaft"», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, año 24, Heft. 5-6 (29 de marzo de 1996).

gráfica (62), Dieter Grimm hace algunas propuestas sugerentes en ese sentido y supongo que no serán las únicas, pues nadie puede dudar de la conveniencia de soluciones que eviten conflictos jurídicamente insolubles y cuya provisionalidad puede prolongarse indefinidamente en el tiempo (63). Con todo, también es innegable que se trata de soluciones puramente pragmáticas, basadas en la buena voluntad de los distintos órganos y no en una teoría coherente que las imponga como necesarias. Su propia eficacia puede generar además el riesgo nada ilusorio de embotar los esfuerzos dirigidos a construir esa teoría constitucional de la integración de la que todavía carecemos y cuya creación es también una exigencia de la práctica, no un vano sueño de juristas académicos. La teoría tiene, en el ámbito constitucional, una fuerza legitimadora de la que no se puede prescindir durante mucho tiempo sin grave peligro para la estabilidad y la solidez de las instituciones democráticas y la «legitimación por el éxito», en el supuesto de que tal cosa exista, es difícilmente compatible con el Estado de Derecho, o la *Rechtsgemeinschaft*.

6. «Constitución» Europea o reforma de las Constituciones nacionales

Ciertamente la empresa no es fácil. Esa teoría no es la sistematización de los principios que animan una Constitución ya existente, sino la elaboración de los fundamentos de una Constitución que no existe aún y que ha de conciliar dos lógicas distintas. La lógica de la integración, que si ha de mantenerse y progresar exige que el derecho europeo prevalezca sobre los derechos nacionales y sea interpretado de manera uniforme por los jueces de todos los Estados, y la lógica de la soberanía, que fundamenta en cada Constitución nacional el poder de los órganos y la validez del derecho.

Los reiterados intentos del Parlamento Europeo por colmar este déficit constitucional de la integración mediante la aprobación de una «Constitución

(62) *Europäische Gerichtshof und nationale Gerichte*. Se trata del texto reelaborado de la Conferencia con la que el profesor Grimm abrió, el 28 de septiembre de 1995, un Simposio organizado en Kassel por el Tribunal Federal Laboral y la Asociación de Tribunales Laborales.

(63) En el trabajo de Grimm se sugiere la conveniencia de que cuando se le plantee por un Tribunal ordinario una duda acerca de la compatibilidad entre una norma del derecho derivado y el alcance de las competencias efectivamente cedidas por Alemania a la Comunidad, el Tribunal Constitucional plantee ante el Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial. Confía en que la eficacia disuasoria de este planteamiento puede evitar en muchos casos el conflicto abierto entre ambos Tribunales que, de producirse, carecería de solución jurídica.

Europea», que han encontrado el apoyo de muchos y distinguidos juristas (64), tienen seguramente el mérito de responder a una necesidad palmaria, pero sus probabilidades de éxito no parecen grandes por estar animados por un espíritu que es a la vez excesivamente ambicioso y resueltamente tímido. La ambición se patentiza en la decisión con la que se acomete la tarea de hacer la Constitución de una comunidad política cuya forma final aún no se conoce y que por tanto se encuentra, y se seguirá encontrando durante muchos años, en situación constituyente. La timidez, en el contenido de la Constitución que se proyecta, que apenas pasa de ser una reelaboración formal de los Tratados, cuya naturaleza «constitucional» tan reiterada y enfáticamente ha proclamado el Tribunal de Justicia (65); una Constitución, en suma, ontológicamente distinta de las Constituciones de los Estados, de las que la separa algo más que las comillas entre las que con frecuencia se la coloca y de la que difícilmente cabe esperar solución para los problemas reales ante los que hoy nos encontramos.

La integración de Europa ha progresado mucho, pero es un proceso abierto, no una estructura ya definida y completa y su «constitucionalización» ha de partir de las únicas Constituciones realmente existentes. Quizá la Conferencia Intergubernamental que actualmente se ocupa de los problemas estructurales de la Comunidad pudiese incluir en su ya dilatada agenda un punto más para estudiar la posibilidad de una reforma concertada de las Constituciones nacionales. La propuesta de acordar las grandes líneas de una reforma de éstas, que asegurase un mínimo grado de homogeneidad en la fundamentación constitucional de la integración y resolviese la tensión entre la lógica de la soberanía y la de la integración, puede parecer utópica, pero, aparte otras consideraciones, no lo es más que el intento de dotar a Europa de una Constitución antes de que esté constituida como unidad política, e incluso puede invocar en su favor algún precedente.

La reforma constitucional es sin duda un asunto que implica directamente a la soberanía nacional, pero no más que el sistema de relaciones entre Gobierno y Parlamento, y la Conferencia Intergubernamental que aprobó el Tratado de Maastricht no encontró inconveniente alguno en aprobar una Declaración en la que se recomienda a los Estados miembros el fomento de la participación de los Parlamentos nacionales en la actividad de la Unión Europea y en particular se dispone que los Gobiernos «velarán, entre otros as-

(64) Véase, como ejemplo reciente, R. BIEBER y P. WIDMER (eds.): *L'espace constitutionnel européen* (Zurich, 1995), en especial las colaboraciones de Bieber y Weiler.

(65) Sobre estas afirmaciones y, en general, el uso que el Tribunal de Justicia hace del concepto puede verse el detallado trabajo de MARÍA LUISA FERNÁNDEZ ESTEBAN: «La noción de Constitución Europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *REDC*, núm. 40 (1994).

pectos, porque los Parlamentos nacionales puedan disponer de las propuestas legislativas de la Comisión con la antelación suficiente para información o para que puedan ser examinadas» (66). Sería excesivo, sin duda, entender que las numerosas reformas constitucionales y legales operadas en diversos Estados para asegurar una mayor participación de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración son simple puesta en práctica de esta recomendación, pero tampoco podría afirmarse que su mera existencia no haya favorecido su realización. Progresar en esta vía para propiciar las grandes líneas de reformas constitucionales dirigidas a dotar a la integración de las bases de las que hoy carece, no debería ser imposible. Sin duda estas reformas no bastarían por sí solas para colmar muchos otros déficits de la integración, pero al menos remediarían su actual esquizofrenia jurídica.

(66) Es la Declaración 13.^a, anexa al TUE. Esta recomendación que los representantes de los Gobiernos se dirigen a sí mismos puede causar alguna perplejidad en el lector poco familiarizado con las sutilezas de la integración.

