

# El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario/de la Unión\*

*Prof. Dr. Martin Nettesheim*  
Eberhad-Karls-Universität Tübingen

## SUMARIO

- I. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN ORIGINARIO Y DERIVADO FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL
  - II. MODIFICACIONES IMPLÍCITAS DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA A TRAVÉS DE LA REFORMA Y APLICACIÓN DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA (TUE)
- 

\* Traducción a cargo de Rosa Velázquez Álvarez, Ayudante E.U. del Área de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

El derecho de la Unión adquiere significación constitucional no sólo porque pretende la primacía frente al Derecho nacional ordinario, sino, ante todo, por pretenderla frente al Derecho nacional constitucional<sup>1</sup>. El TJCE siempre ha desarrollado su jurisprudencia<sup>2</sup> sobre la primacía con coherencia, rigor y tenacidad. Frente a ello, el Tribunal Constitucional Federal –que había oscilado<sup>3</sup> durante décadas entre el escepticismo ante la integración, la desconfianza y el europeísmo, en pronunciamientos<sup>4</sup> no unívocos– ha clarificado ahora su doctrina sobre la primacía del Derecho de la Unión en la sentencia de 7 de junio de 2000 sobre la regulación del mercado de plátanos: «No se exige una protección equivalente en todos sus extremos de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental a través del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del TJCE de él derivada». Basta que «la jurisprudencia del TJCE garantice una protección general eficaz de los derechos fundamentales frente al poder soberano de la Unión, protección que al amparar el contenido esencial en términos generales dispensa, asimismo, el respeto mínimo exigido por la LF como irrenunciable protección de derecho fundamental»<sup>5</sup>. De este modo el TCF retrae su poder de verificación hasta tal punto que en la actualidad un control por parte del TCF parecería casi excluido<sup>6</sup>. Así el TCF ha reconocido por completo la primacía del Derecho de la Unión y la competencia de control del TJCE, también en materia de derechos fundamentales. A continuación, deberá afrontarse en primer lugar la dimensión general jurídico-constitucional de la primacía así

<sup>1</sup> Cfr. por toda la inmensa literatura al respecto IPSEN, Hans Peter: *Die Bundesrepublik Deutschland in der Europäischen Union*, en ISENSEE, Josef, KIRGHOF, Paul (Coords.): *HdBStR VII 2992*, § 181, pág. 767, marginal 57 y ss.

<sup>2</sup> *Sentencia del TJCE de 15 de junio de 1964, rec. 1964*, pág. 1251.

<sup>3</sup> Como síntesis, por todos, véase, GRABITZ, Eberhard: *Art. 164* en GRABITZ, Eberhard y HILF, Meinhard: «marginal 26 y ss.», en *Das Recht der Europäischen Union, texto consolidado por el Tratado de Maastricht, München, Beck*.

<sup>4</sup> STCF 95, pág. 173 (181) Etiquetaje de tabaco; Sala 2ª 1210/98, 53 NJW 2000, pág. 2015 - Alcan.

<sup>5</sup> STCF 103, pág. 147 Mercado de plátanos.

<sup>6</sup> NETTESHEIM, Martin.: *Der Bananenmarktbeschluss des BVerfG*, 23 JURA 2001, pág. 686; 21 NETTESHEIM, Martin: *NVwZ 2002 (en prensa)*; LIMBACH, Jutta: *Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur*, 27 EuGRZ 2000, pág. 417; CLASSEN, Dieter: *Anmerkung zu BVerfG Beschluss vom 7.6.2000*, 2 BvL 1/97, 55 JZ 2000, pág. 1158, NICOLAISEN, Gert, NOWAK, Carsten: *Teilrückzug des BVerfG aus der Kontrolle der Rechtmäßigkeit gemeinschaftlicher Rechtsakte: Neuere Entwicklungen und Perspektiven*, 54 NJW 2001, pág. 1233; ARCEVIC, Edin: *Der EuGH als gesetzlicher Richter (Art. 101 Abs. 1 GG)*, 53 DÖV 2000, pág. 941; CASPAR, Johannes: *Nationale Grundrechtsgarantien und sekundäres Gemeinschaftsrecht*, 53 DÖV 2000, pág. 349; LECHLER, Helmut: *Zum Bananenmarkt-Beschluss des BVerfG*, JuS 2001, pág. 120; SCHMID, Christoph: *Ein enttäuschender Rückzug, Anmerkungen zum Bananenbeschluss des BVerfG*, 20 NVwZ 2001, pág. 249; OST, Emanuel: *Europarecht vor dem BVerfG*, 20 NVwZ 2001, pág. 399.

establecida de las normas de Derecho de la Unión (I), y en segundo término las cuestiones específicas de modificación del Derecho Constitucional alemán a través de disposiciones y efectos del Derecho europeo de los tratados dotados de primacía (I).

## I. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN ORIGINARIO Y DERIVADO FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL

Según el criterio del TJCE, el principio de primacía reside en la pretensión de vigencia de las normas jurídicas del Derecho de la Unión: el Derecho de la Unión no confía al Derecho Nacional su colocación jerárquico-normativa –al contrario que el Derecho Internacional tradicional– sino que toma por sí mismo esa decisión. Los Estados miembros han transferido a la Unión Europea, mediante los tratados constitutivos, la competencia para decidir sobre la vigencia de su Derecho. En esa medida no es correcto atribuir la regla de la primacía (o en general, la vigencia del Derecho de la Unión) al Derecho interno y situar el mandato de aplicación en la *Ley de autorización de la ratificación (Zustimmungsgesetz)*<sup>\*</sup>: ciertamente, la pretensión de primacía del Derecho de la Unión giraría en el vacío si no hubiese reconocimiento o aprobación por parte del ordenamiento jurídico nacional (son al fin los Estados miembros los titulares de la responsabilidad última del Derecho vigente en su ámbito jurídico [*Rechtskreis*]); sin embargo, ha de distinguirse entre regla de primacía y reconocimiento de la pretensión de primacía.

Suele partirse de que la primacía del Derecho comunitario no implica una norma de jerarquía sobre el derecho de los Estados miembros sino, simplemente, una regla de colisión que regularía la colaboración de dos ordenamientos jurídicos con dos fuentes distintas<sup>7</sup>. El principio de la primacía en la aplicación no implica, por tanto, ninguna relación de supra-infraordenación jerárquico-normativa entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno. Antes bien, la unión constitucional (*Verfassungsverbund*) europea se caracterizaría, en realidad, por carecer de una estructura jerárquica<sup>8</sup>. Esto también rige para aquellos observadores que intentan explicar el conglomerado de la integración (*Integrationsverbund*) como un sistema multinivel. Por ejemplo, Franz MAYER sostiene que la imagen de los distintos niveles en el modelo *multinivel* «no necesariamente» implicaría una representación de supra e infraordenación. Así, podría imaginarse el *modelo multinivel* de modo que los niveles, como plataformas pudiesen situarse a la misma altura. Podría pensarse también en un modelo centro-periferia, en un modelo piramidal, un modelo «bizcocho amarmolado» («*Marmorkuchenmodelle*»), lindando con

\* Se traduce con esta expresión la *Zustimmungsgesetz* que opera la integración del derecho comunitario en el ordenamiento jurídico nacional en Alemania.

<sup>7</sup> En síntesis, PETERS, Anne: *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, pág. 308.

<sup>8</sup> PERNICE, Ingolf: *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, 60 VVDStRL 2001, pág. 185.

el modelo «pastel milhojas» (*Schichtenkuchenmodell*), etc.<sup>9</sup>... Quien sostiene que el Derecho de la Unión y el Derecho interno son en la actualidad sólo partes de un ordenamiento jurídico conjunto, postula que los ordenamientos jurídicos nacionales y el ordenamiento jurídico europeo se encontrarían en un sistema de recepción (*Auffangordnung*), sin distinción entre niveles jerárquicos, del cual se deduciría, asimismo, un derecho para el TJCE así como otro tanto para el TCF, a intervenir en caso de «estado de necesidad»<sup>10</sup>. Tal comprensión se corresponde a primera vista con la «relación de cooperación» entre el TCF y el TJCE<sup>11</sup>.

Aun cuando desde un punto de vista constructivo se parta de una equiparación, habrá que admitir que es «difícilmente imaginable» y por demás «jurídicamente difícil de articular» que un tribunal de un Estado miembro provoque un verdadero conflicto con el TJCE «y asuma la consiguiente inseguridad jurídica», para así influir sobre la jurisprudencia del TJCE<sup>12</sup>. De hecho con ello se pondría de manifiesto un claro síntoma de infraordenación. Ante este escenario la tesis más arriba expuesta redobla su fuerza. Ingolf PERNICE señala al respecto como motivo para la «posición supraordenada de los Estados miembros como “legisladores”, las normas a ellos jerárquicamente supraordenadas»<sup>13</sup>. Sin embargo, no son los Estados miembros individualmente, sino todos ellos conjuntamente, los legisladores y constituyentes europeos<sup>14</sup>. Una norma constitucional nacional que colisiona con una norma comunitaria con primacía es una norma que el Estado miembro se ha dado en *solitario* y de modo completamente autónomo. Si esta norma pudiese neutralizar la primacía de la norma europea, entonces la estabilidad constitucional común europea se vería anulada<sup>15</sup>. Por este motivo sólo una mayoría de Estados puede anular, en algunos casos –en función de exigen-

<sup>9</sup> MAYER, FRANZ: *Kompetenzüberschreitung*, 2000, pág. 37 mwN.

<sup>10</sup> PERNICE, Ingolf: *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, 60 VVDStRL 2001, pág. 185.

<sup>11</sup> BVerfGE 89, 155 (175) - Maastrichtvertrag; desde la perspectiva del TJCE véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: *Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten - Komponenten der richterlichen Gewalt in der Europäischen Union*, 53 NJW 2000, pág. 1889.

<sup>12</sup> NICOLAYSEN, GERT: *Der Streit zwischen dem deutschen Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof*, BRUHA, Th. et al. (Coord.), *Welche Verfassung für Europa?*, 2001, S. 91, 106; véase por todos HIRSCH, Günther: *Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht - Kooperation oder Konfrontation?*, 49 NJW 1996, pág. 2457 y ss; de la última doctrina SCHWARZE, Jürgen.: *Das Kooperationsverhältnis des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof*, BADURA, Peter y DREIER, Horst (Coords.): *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, pág. 223; NICKEL, Rainer: *Zur Zukunft des Bundesverfassungsgerichts im Zeitalter der Europäisierung*, 56 JZ 2001, pág. 625.

<sup>13</sup> En la nota 194 con indicación a BIEBER/SALOMÉ, 33 CMLR 1996, págs. 907, 912.

<sup>14</sup> Los Estados miembros son todos conjuntamente legisladores para las normas que exigen unanimidad y demasiados pero, en ocasiones no todos juntos, en la legislación realizada en virtud del procedimiento por mayoría.

<sup>15</sup> Al respecto NICOLAYSEN, Gert: *Der Streit zwischen dem deutschen Bundesverfassungsgericht und dem europäischen Gerichtshof*, BRUHA, Th. et al. (coord.): *Welche Verfassung für Europa?*, 2001, pág. 91, 106.

cias procedimentales— sólo la totalidad de los Estados miembros y siempre en el marco del procedimiento previsto, la primacía de una norma europea. Pero cuando tal cosa sucede resulta problemático el argumento según el cual la primacía de las normas europeas no se fundaría en un sistema jerárquico de Derecho constitucional común europeo, porque los Estados miembros se situarían como «señores» de los tratados sobre los tratados<sup>16</sup>.

Asimismo, la referencia a «los poderes de necesidad» («*Notstandsrecht*») y a una «competencia de excepción» («*Notkompetenz*») (no en último término del TCF<sup>17</sup>) no resulta útil tampoco en este contexto. La así pretendida competencia carece de anclaje en el Derecho de la unión constitucional: la primacía de la UE rige incondicionalmente y sin excepciones. Puede ser loable que el TCF se refiera en este contexto a una «relación de cooperación», pero al fin y al cabo esta afirmación se habría hecho prescindiendo de quien tiene el poder decisorio final: el TJCE, que reclama la primacía de las normas del Derecho europeo con independencia de si los tribunales constitucionales nacionales y, con ello, los singulares Estados miembros *quieren* o no cooperar<sup>18</sup>. Si el TCF ejerciese su competencia de control sobre el Derecho interno declarando una vulneración del mismo por el Derecho de la Unión contra el TJCE, estaría contradiciendo el principio de primacía del Derecho de la UE; este proceder no constituye una afirmación del principio de primacía, sino una rebelión contra el mismo. La hipótesis de que los tribunales nacionales puede que no intentaran rebelarse en un sistema multinivel no puede ser considerada como un motivo para sostener una estructura no jerárquica del sistema jurídico. Ello no quiere decir que el TJCE no se pueda orientar conforme a la jurisprudencia del TCF surgiendo, de ese modo, una relación de cooperación<sup>19</sup>; esto sencillamente quiere decir que la relación

<sup>16</sup> Resulta, sin embargo, sorprendente que PERNICE siguiendo este argumento, dude no obstante de la expresión que designa a los Estados miembros como «señores de los tratados», cuando concluye que tal llevaría al error según el cual los Estados miembros «no son señores, ni de los tratados, ni tampoco [...], como se demostrará, son señores de sus propias constituciones» (60 VVDStRL 2001, pág. 171 y ss).

<sup>17</sup> PERNICE, Inigolf: *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, 60 VVDStRL 2001, pág. 185 en nota 192.

<sup>18</sup> Otra cuestión es, que los distintos tribunales por lo general se orienten recíprocamente por ejemplo el TJCE al TCF, y de este modo, por así decir no planificado, en el sentido de una organización espontánea, cooperen entre ellos. Un ejemplo de esta hipótesis puede ser la reciente sentencia del TJCE sobre la directiva del tabaco (*TJCE*, 27 EuGRZ 2000, pág. 436). Con ella el TJCE ha establecido que el art. 100.a.I. TCE no articula una competencia general y censura la correspondiente invasión competencial. Ello no se aleja demasiado de las conclusiones del TCF sobre la invasión competencial [«actos jurídicos quebrantadores» («*ausbrechenden Rechtsakten*»)] en su sentencia del caso Maastricht (así sostiene también NICKEL, Rainer: *Die Zukunft des BVerfG im Zeitalter der Europäisierung*, 56 JZ 2001, pág. 625, 628). La base para decisiones de este tipo ha de buscarse en los esfuerzos conjuntos por compatibilizar las sentencias de un tribunal con otro y viceversa. Pero de tal circunstancia no llega a derivarse una especie de «poderes de necesidad» («*Notstandsrecht*») del TCF.

<sup>19</sup> Cfr. en este sentido, por mencionar sólo a dos representantes de ambos tribunales - LIMBACH, Jutta: *Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa*, 54 NJW

recíproca está caracterizada por la existencia efectiva de una estructura jerárquica de hecho<sup>20</sup>.

En contra de la pretensión de jerarquización se afirma que «quien reinterpreta este sistema de equilibrio y colaboración como jerarquía, cierra la vía establecida en la integración europea hacia el equilibrio de poderes en el seno de la jurisdicción»<sup>21</sup>. Frente a esto, sin embargo, debe señalarse que es posible incardinar un equilibrio de poderes también en el seno de un sistema normativo jerárquico. El equilibrio  *fáctico*  de poderes no se sitúa necesariamente en contradicción con la asunción  *normativa*  de una jerarquía entre normas jurídicas. No cabe excluir tampoco la competición intelectual en los procesos de razonamiento ( *Such-und Findungsverfahren* ) entre dichos jueces, que se encuentran en un sistema construido institucionalmente sobre la supra e infraordenación. Si este extremo no es en la actualidad evidente se debe exclusivamente a que los tribunales, en especial el TCF, se han adaptado de todos modos a los  *resultados*  de los pronunciamientos en esta jerarquía en gran medida (y con buenos motivos). Precisamente tal es la manifestación de la «relación de cooperación»<sup>22</sup>. La situación cambiaría

2001, pág. 2913, 2916 y HIRSCH, Günter:  *Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht* , 53 NJW 2000, pág. 1817.

<sup>20</sup> No pueden entenderse de otro modo las siguientes conclusiones de FROWEIN, quien, a propósito de la sentencia sobre el mercado de plátanos del TCF, señalaba: «La estructura jurídico-política de una Unión Europea diseñada según principios federales, que no puede ser sencillamente un Estado federal, ha de significar que la decisión sobre la adecuación a derecho y validez de un acto de producción de Derecho europeo se transfiere a un juez constitucional europeo que toma la decisión final vinculante. Tal ha sucedido con el TJCE (Ello demuestra que [desde el art. 23 LF] el Derecho constitucional alemán contiene la base para que el TJCE tome la decisión última sobre la vigencia de normas o pronunciamientos de tribunales con eficacia para todos los Estados miembros)». FROWEIN, Jochen Abr.:  *Die Europäisierung des Verfassungsrechts* , BADURA, Peter y DREIER, Horst (coords.):  *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* , pág. 209, 214; En un sentido similar escribió ya en 1991 WEILER: «[A]lthough this has never been stated explicitly, the Court [of the European Communities] has the Kompetenz-Kompetenz «in the Community legal order, i.e. it is the body that determines which norms come within the sphere of application of Community law». WEILER, Joseph J. H.:  *The Transformation of Europe* , WEILER, Joseph J. H.:  *The Constitution of Europe* , 1999, pág. 10, pág. 21. Esta jerarquía de aplicación se corresponde en realidad también según WEILER con una jerarquía de normas procedente del principio de primacía: «The combination of the two doctrines [of direct effect and supremacy] means that Community norms that produce direct effect are not merely the law of the land but the “higher law of the land” [subrayado añadido], op. cit. pág. 22.

<sup>21</sup> KIRCHHOF, Paul:  *Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen* , 53 JZ 1998, pág. 965, 974.

<sup>22</sup> Sobre este retroceso, de nuevo FROWEIN, quien opina que la sentencia del TCF sobre el mercado de plátanos hace «patente que la reapertura del peligro de colisión entre el TJCE y el TCF advertido por muchos en la sentencia del caso Maastricht puede considerarse superado»; en FROWEIN, Jochen Abr.:  *Die Europäisierung des Verfassungsrechts* , BADURA, Peter y DREIER, Horst (Coords.):  *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* , 2001, pág. 209, 213; cfr. a ello por todos NICOLAYSEN, Gert y NOWAK, Carsten:  *Teilrückzug des BVerfG aus der Kontrolle der Rechtmäßigkeit gemeinschaftlicher Rechtsakte: Neuere Entwicklungen und Perspektiven* , 54 NJW 2001, pág. 1233. La orientación proclive a la integración por parte del TCF se confirma en su sentencia de 9.1.2001, 115 DVBl. 2000, pág. 720; Contravención de

si el TCF la rompiese. La relación entre los tribunales perdería su estructura jerárquica (quizá sólo temporalmente), hasta el momento en que se encontrase una nueva estructura jerárquica de facto. No parece, sin embargo, ni probable ni deseable que el TJCE se sometiese a ello en tal hipótesis.

Así las cosas, hay ya hoy buenas razones para asumir que el Derecho nacional y el Derecho europeo se encuentran en una relación jerárquica: la primacía de las normas (*Supremacy*) implica una jerarquía en el sistema normativo (*Hierarchy*)<sup>23</sup>; desde el punto de vista del juez constitucional de la UE, sólo cabe elaborar el principio de primacía en la medida en que se parta de una relación jerárquica. El hecho de que las dos normas a ordenar jerárquicamente procedan de distinta fuente no es óbice para el uso del concepto de jerarquía. La jerarquía normativa no implica necesariamente que una norma deba a la otra su vigencia<sup>24</sup>. Y mucho menos contradice a la idea de jerarquía la constatación de que existan sólidos motivos (de derecho constitucional nacional) para, desde el punto de vista del tribunal constitucional nacional, rechazar en un caso concreto la pretensión de aplicación de una norma de Derecho de la UE sobre una norma de Derecho constitucional nacional (que a su vez también pretende ser suprema). Esto mostraría tan sólo que el TJCE y los tribunales constitucionales nacionales no están de acuerdo en los casos de la zona de penumbra en la apreciación de la regla de primacía, lo que conlleva una visión distinta de las relaciones jerárquicas. El hecho de tener que lidiar con la disputa sobre el orden jerárquico no excluye, sin embargo, el uso y defensa del concepto de jerarquía, con respecto al cual, en cualquier caso, hay acuerdo en la gran mayoría de los posibles casos de conflicto. Según quien escribe estas líneas, el Derecho del conglomerado de la integración (*Integrationsverbund*) ha realizado en el ínterin la transformación en un orden jerárquico.

la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial al TJCE en virtud del art. 234 III TCE constituye contemporáneamente vulneración del principio del juez legal en virtud del art. 101 I 2 LF; al respecto BRENNER, Michael, HUBER, Peter M.: *Europarecht und Europäisierung in den Jahren 2000/2001*, 116 DVBl. 2001, pág. 1013, 1020 y FÜRER, Klaus: *Durchsetzung der Vorlagepflicht zum EuGH gemäß Art. 234 III EGV*, 116 DVBl. 2001, pág. 1574.

<sup>23</sup> Detalladamente al respecto véase PETERS, Anne: *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, pág. 308 y ss. con la siguiente conclusión (pág. 767): «A largo plazo es irrenunciable para la garantía de la principio de unidad del ordenamiento que los tribunales nacionales reconozcan como autorizada la competencia de última decisión de una instancia jurídico-comunitaria (solución procesal de la primacía)», combinándolo, sin embargo, con la siguiente afirmación (pág. 768): «En tanto que la primacía externa [...] no es supremacía constitucional, su incompleción no tiene alguna consecuencia negativa sobre la calificación constitucional (Verfassungseignung) del Derecho comunitario».

<sup>24</sup> A pesar de la federalización del conglomerado de la integración (Intergrationsverbund) de la UE, los Estados miembros continúan teniendo poder constituyente y de producción de Derecho autónomos. La teoría constitucional del Estado federal muestra que las normas jurídicas se pueden ordenar jerárquicamente también cuando los poderes soberanos subyacentes conciben su competencia constituyente y de producción jurídica como expresión de un poder asimismo originario.

## II. MODIFICACIONES IMPLÍCITAS DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA A TRAVÉS DE LA REFORMA Y APLICACIÓN DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA (TUE)

Bajo la aplicación del Derecho de la Unión dotado de primacía, el derecho alemán se transforma<sup>25</sup>. Esta afirmación es, sin duda, también válida para la Constitución alemana. Al respecto hay que señalar distintos niveles de transformación. Los cambios más visibles son los que comportan modificaciones del texto de la constitución. Este tipo de adecuaciones pueden atribuirse a que la reforma de los tratados ha actualizado el Derecho originario. Son ejemplos de este tipo de adaptaciones explícitas del texto constitucional con motivo del desarrollo del proceso de integración fundamentalmente las reformas a raíz del Tratado de Maastricht<sup>26</sup>: la regla del artículo 23 LF (participación de la República Federal de Alemania en la Unión Europea), la del artículo 28 apartado 1º inciso 3º LF (Derecho de participación en las elecciones locales de los ciudadanos de la Unión)<sup>27</sup> y la del artículo 88 apartado 2º LF (política monetaria)<sup>28</sup>. Tales reformas fueron duramente criticadas por parte de la doctrina: el constituyente alemán no habría tenido una auténtica opción ni habría sido real su derecho a tomar una decisión libre; bajo una notable presión europea sólo podía declarar un «sí coaccionado»<sup>29</sup>. Otros sostienen (erróneamente) que estas modificaciones serían, por tal motivo, parcialmente inconstitucionales pues las innovaciones constitucionales no deben traducirse en reformas constitucionales en las que el pueblo como *pouvoir constituant* deba sólo asentir. A pesar de esta crítica lo cierto es que fue, con todo, el legislador de reforma constitucional alemán (*verfas-*

<sup>25</sup> La fuerza de transformación del ordenamiento jurídico alemán puede provenir también de sentencias del TJCE cuyo litigio de origen proceda de otro Estado miembro. Cfr. en este contexto las consecuencias de la reciente Sentencia del TJCE de 3 octubre de 2000, 12 EuZW 2001, pág. 53. Simap. Exhaustivo RIXEN, Stephan: *Europarechtliche Grenzen des deutschen Arbeitszeitrechts*, 12 EuZW 2001, pág. 421.

<sup>26</sup> Por todos, SCHWARZE, Jürgen: *Deutscher Landesbericht*, SCHWARZE, Jürgen (coord.): *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000, pág. 109, 147; BOGDANDY, Armin von: *Zweierlei Verfassungsrecht*, 39 Der Staat, 2000, pág. 163, 165.

<sup>27</sup> El derecho de participación en las elecciones locales (art. 20 apartado 2º, art. 28 apartado 1º inciso 3º LF) se reguló inicialmente en el marco de una reforma del tratado (art. 19 TCE), no a través de una decisión mayoritaria a tenor del art. 249, 308 TCE. La directiva comunitaria 94/80 fue emanada en este contexto sencillamente como una disposición de ejecución del art. 19 TCE, cfr. SCHRAPPER, Ludger: *Die Richtlinie 94/80 EG zum aktiven und passiven Kommunalwahlrecht für Unionsbürger*, 10 DVBl. 1995, pág. 1167 y ss.

<sup>28</sup> El art. 88 LF fue modificado no a causa de derecho comunitario derivado sino a raíz de las reformas de Maastricht al Tratado (art. 4 apartado 2º, art. 105 apartado 1º y ss. TCE); cfr. PERNICE, Ingolf: *Das Ende der Währungspolitischen Souveränität Deutschlands und das Maastrichturteil des BVerfG*, DUE, Ole et al. (coord.): *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. 2, 1995, pág. 1057.

<sup>29</sup> Cfr. Rupp, Hans H.: *Grundgesetzänderung durch völkerrechtlichen Vertrag - ein vernachlässigtes Problem des Maastrichtvertrages*, IPSEN, Jörn et al. (coords.): *Festschrift Heymannsverlag*, 1995, pág. 499.

## EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO

*sungsändernde Gesetzgeber*) quien explícitamente adoptó las nuevas reglas siguiendo las disposiciones de procedimiento para ello prescritas.

Pero no son sólo las reformas de los tratados las que provocan modificaciones de la constitución alemana. En parte también la jurisprudencia del TJCE ha dado ocasión al legislador de reforma constitucional (*verfassungsändernde Gesetzgeber*) para modificar la constitución. En puridad ello no era estrictamente necesario; la primacía del Derecho de la UE habría esquivado las disposiciones constitucionales que se opusieran, pero no sólo por «estética constitucional» es recomendable que las disposiciones constitucionales estén en armonía con las previsiones del Derecho de la Unión. En tales casos la consecutiva reforma constitucional no es ya expresión de la libre voluntad del poder constituyente sino sólo expresión de la aceptación de la jurisprudencia del TJCE<sup>30</sup>. Como ejemplo más reciente de ello se presenta el contencioso de la admisión de mujeres en el servicio armado en el ejército federal. En este asunto se dirimía si el art. 12.a apartado 4 LF («[Las mujeres] no podrán en ningún caso prestar servicio armado»), así como las disposiciones concordantes del § 1 II de la Ley del Soldado [*Soldatengesetz*] (SG) y el § 3 a del Reglamento de la carrera militar profesional [*Soldatenlaufbahnverordnung*] (SLV) contravenían el art. 2 apartado 2º de la directiva 76/207 CEE sobre la realización del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres. El TJCE resolvió en su decisión<sup>31</sup> que era discriminatorio, tras haber afirmado que era competencia de los Estados miembros adoptar las medidas apropiadas para garantizar su seguridad interior y exterior, pero que tal competencia no podía excluir totalmente la aplicación sobre estas medidas del Derecho de la Unión (marginal 15 y ss). Con la Ley 19 diciembre 2000, tramitada mediante lectura única (!), se dio al art. 12 a apartado 3 inciso 2 LF la siguiente redacción: «[Las mujeres] no podrán, en ningún caso, ser obligadas a prestar servicio de armas»<sup>32</sup>. No siempre se ha decidido el legislador de reforma constitucional (*verfassungsändernde Gesetzgeber*) a dar este

<sup>30</sup> De otro modo se presenta en el caso de la recién introducida previsión sobre la extradición de alemanes en virtud del art. 16 II 2 LF, pues esta regulación no ha surgido del Derecho europeo en sentido estricto. Cfr. exhaustivamente ZIMMERMANN, Andreas: *Die Austlieferung Deutscher an Staaten der Europäischen Union und internationale Strafgerichtshöfe, Überlegungen zum neuen Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG*, 56 JZ 2001, pág. 233.

<sup>31</sup> TJCE (sentencia de 11.1.2000) Asunto C-285/98, EuZW 2000, pág. 211 - Tanja Kreil. Sobre ello, por todos HIRSCH, Günter: *Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht*, 53 NJW 2000, pág. 1817.

<sup>32</sup> Sobre todo ello SCHOLZ, Rupert, RIW 2000, pág. 222; ARNDT, Claus: *Waffeneinsatz von Frauen bei der Bundeswehr*, 53 NJW 2000, pág. 1461; KÖSTER, Konstantin y SCHRÖDER, Jan: *Eine beachtenswerte Kompetenzüberschreitung - Frauen an die Waffe*, 54 NJW 2001, pág. 273, GÖTZ, Volkmar: *Anmerkung*, 55 JZ 2000, pág. 413, HIRSCH, Günter: *Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht*, 53 NJW 2000, pág. 1817; KÄMMERER, Jörn, Axel: *Gleichberechtigung am Gewehr* 35 EuR 2000, pág. 102; KOCH, Christiane: *Anmerkung*, 115 DVBl. 2000, pág. 476; STAHN, Carsten: *Streitkräfte im Wandel - Zu den Auswirkungen der Urteile Sirdar und Kreil auf das deutsche Recht*, 27 EuGRZ 2000, pág. 121; STREINZ, Rudolf: *Frauen an die Front*, 115 DVBl. 2000, pág. 585; ZUCK, Rüdiger: *Frauen an die Front?*, 53 NJW 2000, pág. 1701.

paso: la apertura del funcionariado para los ciudadanos comunitarios consecuencia del art. 39 apartado 4 del TCE<sup>33</sup> no ha tenido hasta ahora reflejo expreso en la Constitución. La valoración sobre las reformas constitucionales obligadas por el Derecho de la UE es ambivalente: en parte se habla de que la «europeización» de la constitución alemana así acaecida supone «una pérdida de unidad sustancial»<sup>34</sup>. Sin embargo, más bien hay muchas razones para considerar que en la adaptación, inducida por el Derecho de la Unión, de disposiciones superadas hacia concepciones sociales dinámicas, puede apreciarse un beneficio en unidad social. Sobre el fondo del art. 6 apartado 3 TUE se excluye que el Derecho de la UE se interne en un ámbito en el que se produzca la destrucción de unidad social sustancial.

La Constitución no permite modificaciones implícitas de sus disposiciones (art. 79 apartado 1 LF). No obstante, en el curso del surgimiento de la unión constitucional europea (*Verfassungsverbunds*) el ordenamiento erigido en la Constitución ha sufrido relevantes modificaciones. Se producen sigilosas modificaciones no sólo a través de la cesión de competencias que tiene lugar hacia arriba, devaluándose de este modo las potestades y procedimientos preestablecidos. En la medida en que reglas constitucionales se convierten en inaplicables a consecuencia de la integración sancionada con la autoridad de la jurisprudencia del TJCE dotada de primacía, o adquieren diverso contenido a raíz de una interpretación conforme con el Derecho comunitario, el ordenamiento erigido sobre estas reglas toma una nueva forma y lo hace sin explícita ratificación del legislador de reforma constitucional alemán (*verfassungsändernde Gesetzgeber*). La regulación introducida por el Tratado de Amsterdam ha desarrollado una fuerte presión de cambio en este sentido. Baste mencionar la comunitarización el Derecho de inmigración y asilo (art. 61 y ss TCE) y su influencia sobre el contenido y aplicación del art. 16 a apartado 1 LF<sup>35</sup>. No es desencaminado afirmar al respecto que esta comunitarización puede conllevar una total «redistribución de la última competencia de jurisprudencia desde el TCF al TJCE»<sup>36</sup>. Lo que esto pueda significar para la interpretación del art. 16 a LF de momento sólo puede intuirse. Otro ejemplo es la nueva competencia antidiscriminación del Tratado de Amsterdam (art. 13 TCE)<sup>37</sup> y el llamado «paquete antidiscrimina-

<sup>33</sup> Art. 33 IV en conexión con 116 LF y las leyes ordinarias de funcionarios fueron a parar de este modo a la jurisprudencia del TJCE en el asunto 66/85, rec. 1986, pág. 2121 –Lawrie-Blum– bajo la presión de que sólo una nueva redacción de los artículos §§ 7 I Nr 1 de la Ley de la función pública federal (BBG) y 4 I Nr. 1 de la Ley de bases de la función pública (BRRG) podían satisfacer la nueva situación jurídica; cfr. sin embargo aún la antigua redacción del art. 33 II LF.

<sup>34</sup> BOGDANDY, Armin von: *Zweierlei Verfassungsrecht*, 39 Der Staat 2000, pág. 183.

<sup>35</sup> En detalle SCHMAHL, Stefanie: *Die Vergemeinschaftung der Asyl- und Flüchtlingspolitik*, 21 ZAR 2001, pág. 3.

<sup>36</sup> NICKEL, Rainer: *Die Zukunft des Bundesverfassungsgerichts im Zeitalter der Europäisierung*, 56 JZ 2001, pág. 625, 628 y ss.

<sup>37</sup> Más exhaustivo al respecto JOCHUM, Georg: *Der neue Art. 13 EGV oder «political correctness» auf europäisch?*, 32 ZRP 1999, pág. 279.

*EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO*

ción»<sup>38</sup> emanado sobre esa base, cuyas disposiciones pueden ser directamente relevantes para la interpretación y aplicación del art. 3 LF. Baste con referirse al concepto de discriminación del art. 2 de la directiva 2000/43/CE o a las medidas positivas del art. 5 de esta misma directiva<sup>39</sup>. No es posible aquí dar una visión ni someramente global de los ámbitos en los que el ordenamiento constitucional está sometido a este tipo de presión de cambio.

<sup>38</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29.6.2000, DOCE L 180, pág. 22; Directiva 2000/78/CE del Consejo 27.11.2000, DOCE L 303, pág. 16.

<sup>39</sup> Detalladamente HAILBRONNER, Kay: *Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU*, 21 ZAR 2001, pág. 254.