

La jurisdicción constitucional y la integración europea

Pablo Pérez Tremps

Catedrático de Derecho Constitucional
Magistrado del Tribunal Constitucional

Resumen: El trabajo analiza, por un lado, la posición de la jurisdicción constitucional en el proceso de asunción de las categorías jurídicas comunitarias; por otro lado su papel en el proceso de asunción de las categorías constitucionales por el Derecho Comunitario. Se abordan las relaciones de colaboración y de conflicto entre las jurisdicciones constitucionales y la jurisdicción comunitaria que esos procesos comportan. Metodológicamente, se sigue una perspectiva de Derecho Comparado, con amplias referencias al Tribunal Constitucional español.

Palabras clave: Jurisdicción constitucional. Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno. Primacía. Constitución. Reforma constitucional.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
 2. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNO—2.1. *La eliminación de problemas para hacer posible la articulación entre ambos ordenamientos*—2.1.1. La aplicabilidad (el efecto directo)—2.1.2. La primacía—2.2. *La actuación del Derecho Comunitario como motor de las reformas constitucionales internas*—2.3. *La posición procesal de la jurisdicción constitucional respecto del Derecho Comunitario*
 3. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO
-

1. INTRODUCCIÓN

Es casi un lugar común en la doctrina iuspublicista europea actual señalar como una de las mayores transformaciones, si no la mayor, del Derecho Público Europeo del siglo XX la que ha comportado (y sigue comportando) el proceso de integración europea. No es éste el momento para destacar los elementos centrales de los nuevos derroteros que el Derecho Público ha seguido como consecuencia de ese proceso de integración europea. Lo que sí hay que destacar es que la transformación toca de lleno, como no podría ser de otra forma, tanto al fundamento mismo de los ordenamientos jurídicos, esto es, a la Constitución, norma básica del ordenamiento estatal que se «integra», como al Derecho Primario u originario que fundamenta el ordenamiento comunitario. La articulación entre los dos elementos jurídicos de la integración (ordenamientos nacionales y ordenamiento comunitario) se ha ido realizando, lógicamente, desde sus respectivas normas básicas, que, a su vez, simbolizan en buena medida la tensión soberanía estatal-integración supranacional que está detrás de este proceso. Ello ha suscitado problemas teóricos y prácticos desde su inicio mismo, en la década de los años 50 del siglo XX, hasta nuestros días, aunque, como luego se verá, esos problemas han tenido una especial importancia a partir, sobre todo, del proceso de negociación y aprobación del Tratado de la Unión Europea, que supuso un cambio cualitativo en la integración.

La relación entre el concepto de «Constitución» y el de «integración» puede sintetizarse en dos dimensiones jurídicas, que, aunque complementarias, se desenvuelven en sentidos distintos: la constitucionalización del Derecho Comunitario y la comunitarización del Derecho interno. Con la primera idea, la constitucionalización del Derecho Comunitario, se hace referencia a la asunción por éste de los elementos estructurales del constitucionalismo como exigencia para que los Estados europeos acepten la integración sin renunciar a sus principios jurídicos básicos. Con la segunda idea, la comunitarización del Derecho interno, se hace referencia a la ineludible repercusión que la integración tiene sobre las estructuras jurídicas internas, incluidas las fundamentales, esto es las constitucionales.

El resultado de estos procesos ha sido la configuración de un singular entramado constitucional en el que el continente pretende mantenerse fiel a los principios constitucionales que, desde las revoluciones liberales, han ido imponiéndose y han caracterizado la existencia de sus ordenamientos, haciendo que los mismos no se sacrifiquen, sin más, en aras de la integración, para lo que ésta debe imbuirse de aquellos principios constitucionales de libertad y democracia. De esa interacción entre constitucionalismo estatal y constitucionalismo comunitario o supranacional nacen conceptos tan expresivos, por citar sólo algunos, como patrimonio constitucional europeo (Piz-

zorusso), constitucionalismo multinivel (Pernice), la Constitución red (Bustos), pluralismo constitucional (MacCormick), metaconstitucionalismo (Walter), constitucionalismo en red (Pinnelli) o derecho constitucional común europeo (Häberle)¹. La interacción, por otro lado, comporta problemas teóricos y prácticos, hasta el punto de que muy gráficamente DE WITTE ha llegado a preguntarse si no hay «demasiado Derecho Constitucional en la Unión Europea», pregunta formulada, obviamente, no tanto desde una perspectiva de los principios como desde una perspectiva técnica².

Como es lógico, el proceso de constitucionalización del Derecho Comunitario está en buena medida pilotado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como intérprete supremo que es del ordenamiento europeo, mientras que el de comunitarización del Derecho nacional está dirigido por los tribunales nacionales, intérpretes de sus ordenamientos. Ahora bien, como más adelante se verá, este planteamiento lógico-formal resulta mucho más complejo en la práctica, de modo que ambos procesos son el resultado de la interacción de todas las instancias jurisdiccionales, tanto europeas como nacionales³, interacción que se ha concretado, sobre todo, en el establecimiento más o menos explícito de exigencias jurídicas desde un lado del edificio jurídico al otro, desde la jurisdicción comunitaria a las nacionales y viceversa. Valorar el peso de la actuación de cada tipo de órgano jurisdiccional en esos procesos es una tarea compleja y quizá estéril. Estas páginas se van a centrar sólo en analizar la participación que en los mismos ha tenido la jurisdicción constitucional. Ésta, por definición, se sitúa en una posición privilegiada a la hora de articular ordenamiento europeo y ordenamiento interno puesto que cumple la tarea de controlar la constitucionalidad de las decisiones adoptadas en los Estados de profundizar en la integración y que debe interpretar la constitución interna y, por tanto, el encaje en ella del proceso mismo de integración supranacional⁴.

¹ Sobre estos conceptos puede verse R. BUSTOS, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, IVAP, Oñate 2005.

² «¿Demasiado Derecho Constitucional en la Unión Europea?» es el título de la conferencia de B. DE WITTE pronunciada en las V Jornadas sobre la Constitución Europea celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada el 28 y 29 de marzo de 2007.

³ En este proceso interviene, incluso, y de modo muy significativo, un órgano jurisdiccional ajeno a las estructuras comunitarias y a las nacionales como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, inserto en el Consejo de Europa. No obstante, esa intervención no será analizada directamente en este trabajo; baste con remitirse a A. SÁIZ ARNÁIZ: «El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa», en la obra colectiva *Estudios en homenaje a Jordi Solé Tura* (en prensa).

⁴ Véase en este sentido, por ejemplo, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario», en la obra colectiva *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid 1993, pg. 1177. Exposiciones básicamente descriptivas de las decisiones constitucionales más relevantes pueden verse en C. VIDAL PRADO, *El impacto del nuevo Derecho Europeo en los tribunales constitucionales*, Colex, Madrid 2004, o en J. TAJADURA y J. DE MIGUEL (Coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea*, CEPC, Madrid 2008. Una exposición centrada en el proceso de ratifi-

Antes, no obstante, de entrar a analizar el papel representado por la jurisdicción constitucional en este punto, hay que realizar dos precisiones. La primera se refiere al concepto mismo de jurisdicción constitucional. La jurisdicción constitucional tradicionalmente se identifica con elementos formales, en especial en Europa, donde en la primera postguerra, de la mano de Hans Kelsen, aparecieron los tribunales constitucionales situados fuera del Poder Judicial. Pero, al mismo tiempo, el que exista una amplia presencia de tribunales constitucionales así configurados no excluye que allí donde no existen como tribunales *ad hoc* no haya jurisdicción constitucional, entendida como interpretación y defensa de la norma fundamental, y por tanto cualificada más desde una perspectiva material que formal. Así, como se verá luego, la comprensión constitucional de la integración europea pasa por el estudio de algunas decisiones de tribunales o cortes supremas de claro contenido constitucional: Chipre, Dinamarca, Irlanda, o el Reino Unido, por ejemplo. Es más, incluso donde sí existen tribunales constitucionales entendidos en sentido estricto, en ocasiones, la propia dinámica del ordenamiento nacional hace que decisiones materialmente constitucionales con relevancia para el integración supranacional no provengan (o no provengan sólo) del correspondiente tribunal constitucional sino también de sus tribunales o cortes supremas; el caso más claro es el de Francia, donde la particular configuración del Consejo Constitucional hace que muchas de las claves constitucionales de su integración jurídica haya que buscarlas en decisiones de la Corte de Casación y del Consejo de Estado.

La segunda precisión que debe realizarse es desde el ordenamiento comunitario. En tanto que éste ha necesitado constitucionalizarse, y en tanto que la constitucionalización se concreta, en buena medida, por el Tribunal de Justicia, el Tribunal actúa en parte como órgano de justicia constitucional, hasta el punto de que no faltan voces que destacan que su configuración como tal debe estar por encima, incluso, de la de estricto tribunal supremo del Derecho Comunitario⁵. Sin embargo, esta dimensión del asunto quedará fuera de esta exposición, limitándose al papel de la jurisdicción interna.

2. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNO

Comenzando por el proceso de comunitarización del ordenamiento in-

cación del frustrado Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, pero con amplias referencias anteriores, puede verse en M. CLAES, «The European Constitutions and the role of national Constitutional Courts», en A. ALBI y J. ZILLER (Edits.), *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, Kluwer Law International, Nueva York 2006, pgs. 235 y ss. Entre los trabajos generales sobre esta cuestión puede citarse, también, P. CRUZ VILLALÓN, «El papel de los Tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión», en *La Constitución inédita: Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, pgs. 65 y ss.

⁵ Véase R. ALONSO GARCÍA, «Costituzione europea: un nuovo modello di giustizia costituzionale?», *Quaderni Costituzionali* 4, 2004, pgs. 874 y ss., o A. SÁIZ ARNAIZ, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública* 53, 2, 1999, pgs. 223-256.

terno, esto es, por la adecuación de las estructuras internas a las exigencias jurídicas del proceso de integración supranacional, el papel de la justicia constitucional ha sido muy relevante. Por un lado, ha eliminado o, al menos, ha favorecido la eliminación de problemas en la articulación entre ordenamiento interno y ordenamiento comunitario. Pero, además, se ha ido produciendo, o más exactamente se está produciendo, la incorporación de categorías del ordenamiento comunitario al estatal, incluido el ámbito constitucional interno, incorporación que realiza en gran parte la jurisdicción constitucional en cuanto intérprete supremo de la correspondiente norma fundamental. La comunitarización del Derecho interno se desenvuelve, básicamente pues, en tres dimensiones: a) la eliminación de problemas para hacer posible la articulación entre ambos ordenamientos, b) la incorporación de categorías comunitarias a la interpretación del ordenamiento interno, incluida la Constitución, y c) la actuación del Derecho Comunitario como motor de las reformas constitucionales internas. Para entender mejor el proceso conviene cerrar la exposición en este punto con algunas reflexiones de tipo procesal relativas a la posición de la jurisdicción constitucional ante el Derecho Comunitario. Exponer cada una de estas cuestiones de forma acabada y con referencias a todos los países de la Unión Europea llevaría el trabajo demasiado lejos, motivo por lo que se hará referencia sólo a experiencias especialmente significativas.

2.1. La eliminación de problemas para hacer posible la articulación entre ambos ordenamientos

Una primera tarea desarrollada para la comunitarización del ordenamiento interno es la relativa a hacer posible que éste acepte los principios estructurales del ordenamiento comunitario, permitiendo que despliegue sus efectos en el ámbito estatal. Esta labor corresponde en especial a los jueces y tribunales ordinarios ya que el propio sistema jurídico europeo parte, como premisa de su eficacia, del dato de que todos los jueces y tribunales de los Estados miembros son jueces comunitarios, en el sentido de que son ellos los que en todo momento deben aplicar las normas europeas, y de manera preferente respecto de las normas internas⁶. Los principios básicos sobre los que se configura este sistema de aplicación uniforme del Derecho Comunitario se han traducido en algunos países en problemas constitucionales de los que, en cuanto tales, se ha tenido que ocupar la jurisdicción constitucional. La intervención de ésta, a su vez, ha tenido un doble efecto: por un lado, ha servido para eliminar trabas para el funcionamiento interno del sistema comunitario, pero, por otro, también, en ocasiones, ha servido para suscitar problemas al Tribunal de Justicia, que, impulsado por algunas jurisdicciones nacionales, ha ido perfilando y perfeccionando su jurisprudencia en torno a los principios del Derecho Comunitario.

⁶ Entre la abundante bibliografía a este respecto puede verse, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003; D. RUIZ-JARABO, *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid 1993; o D. SARMIENTO, *Poder Judicial e integración europea*, Thomson-Aranzadi, Madrid 2004.

Como es lógico, desde el punto de vista temporal los mayores problemas para la asunción de los principios estructurales del ordenamiento comunitario se producen durante las primeras décadas de funcionamiento de la Comunidad y, en consecuencia, en el seno de los países fundadores. Los Estados que se incorporan con posterioridad han suscitado menos problemas, entre otras cosas porque han dispuesto de la experiencia comparada para resolver aquellas cuestiones teóricas y prácticas que planteaba su adhesión a las Comunidades, hoy Unión Europea.

2.1.1. *La aplicabilidad (el efecto directo)*

Comenzando por el tema de la aplicabilidad misma del Derecho Comunitario⁷, y muy especialmente del efecto directo de buena parte de sus normas, el panorama jurídico-constitucional de los distintos Estados es muy distinto, lo que explica, en parte, la evolución del tema. Por un lado, la previsión constitucional explícita incluida en algunas normas fundamentales o, incluso, en leyes ha simplificado, si no eliminado, esos problemas (casos, por ejemplo, de Dinamarca, Irlanda, Portugal o el Reino Unido). Por otra parte, la tradición monista o dualista de los ordenamientos ha influido muy significativamente, de manera que ha sido especialmente en los segundos, en los dualistas, donde se han suscitado más problemas. Dos han sido los casos más significativos, ambos en relación con las directivas comunitarias y situados en las décadas de los años 70 y 80 del siglo pasado: Francia y la República Federal de Alemania.

El primer caso fue el de Francia, donde el Consejo de Estado, en su Sentencia *Cohn-Bendit* (1978) negó la eficacia directa de las directivas basándose en una lectura literalista del antiguo art. 189 –hoy 249– TCE. No obstante, posteriormente esta postura fue matizada por el propio Consejo de Estado, siendo hoy pacífica la aceptación de la eficacia directa de las directivas de acuerdo con la jurisprudencia al respecto del Tribunal de Justicia.

Parecido fue el arranque del problema en la República Federal de Alemania, donde el Tribunal Financiero Federal, siguiendo una interpretación similar al Consejo de Estado Francés, entendió que las directivas no podían tener efecto directo (Sentencia de 25 de abril de 1985). No obstante, el Tribunal Constitucional Federal atajó este cuestionamiento de las reglas de eficacia del Derecho Comunitario mediante una construcción jurídico-procesal que sitúa al Tribunal de Justicia en el centro de la decisión sobre dicha eficacia. En efecto, la STCFA *Kloppenburg* –1987– sentó la doctrina de que es el Tribunal de Justicia el que debe determinar la eficacia de las normas comunitarias; los órganos judiciales internos sólo pueden cuestionar dicha eficacia mediante los propios mecanismos procesales comunitarios, en concreto mediante la cuestión prejudicial (art. 234 TCE); en caso de que no hagan uso de dicho mecanismo incurren en una lesión constitucional interna al infringir el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley,

⁷ Sobre estas cuestiones puede verse, más en extenso, P. PÉREZ TREMPES, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid 1994, pgs. 134 y ss.

constitucionalmente previsto⁸. Otros tribunales constitucionales, en concreto el de España (SSTC 28/1991, de 14-2 –*Elecciones al Parlamento Europeo*– y 64/1991, de 22-3-1991 –*APESCO*– y DTC 1/2004, de 13-12 –*Constitución Europea*–)⁹ y el de Italia (SSCC 113/1985 ó 389/89, por ejemplo)¹⁰, han aceptado de manera pacífica las reglas de aplicabilidad del Derecho Comunitario, incluida la aplicabilidad directa de las directivas, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia, aunque no con la misma construcción alemana.

Sin embargo, más recientemente se ha abierto un nuevo flanco en materia de eficacia de normas europeas: se trata del relativo a la eficacia de las decisiones-marco dictadas en el seno del llamado «tercer pilar», el espacio de libertad, seguridad y justicia. La STJCE asunto *Pupino* (C 105/3), de 16.6.2005¹¹, ha interpretado la eficacia de las decisiones-marco en términos similares a la de las directivas, a pesar de adoptarse fuera del pilar estrictamente comunitario y de lo dispuesto en el art. 34.2.b) TUE: «... *Las decisiones-marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo*». La cuestión tiene un gran calado teórico y práctico, excediendo del objeto de este trabajo su análisis pormenorizado. Lo que sí conviene destacar es que la STCFA –caso *EUROORDEN-2005*–, al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley alemana de ejecución de la Decisión-Marco relativa a la «euroorden», viene, entre otras cosas, a cuestionar el alcance de la eficacia de este tipo de normas¹². Sin embargo, y por contra, la Cámara de los Lores británica, como tribunal supremo, en su Sentencia *Dabas v. High Court of Justice, Madrid* –2007– ha ido por el camino de la colaboración interordinamental en este terreno. En todo caso, se ha abierto en esta materia un posible espacio de conflicto.

2.1.2. *La primacía*

Desde el punto de vista político-constitucional, mayor importancia y complejidad que el tema de la aceptación de la eficacia del Derecho Comunitario

⁸ Sobre esta construcción puede verse, por ejemplo, M^a FRAILE, «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 7, 2003, pgs. 433 y ss. y bibliografía allí citada.

⁹ Véase, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho Comunitario*, cit., pgs. 131 y ss.

¹⁰ Entre la abundante bibliografía italiana al respecto puede verse, por ejemplo, M. CARTABIA y J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bolonia 2000, pgs. 176 y ss.

¹¹ Entre los comentarios a esta Sentencia pueden verse J. F. CASTILLO GARCÍA, «La comunitarización del Tercer Pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo», *Revista General de Derecho Europeo (Iustel)* núm. 11, 2006 o D. SARMIENTO, «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de la decisiones marco», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, 2005.

¹² Véase, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Thomson-Civitas, Cizur Menor 2005, pgs. 35 y ss.

tiene la asunción del otro gran principio de relación con el Derecho interno: la primacía. Ello resulta fácilmente explicable en la medida en que la idea de «primacía» (se formule como se formule) está en la base misma tanto del ordenamiento estatal como del comunitario: la Constitución, por un lado, es la norma suprema del ordenamiento y el Derecho Comunitario, por otro, exige, para ser eficaz, imponerse sobre los derechos internos en caso de conflicto. Por tanto, el conflicto de la primacía encierra no sólo un conflicto jurídico, sino la tensión soberanía-integración que caracteriza el proceso de creación de la Europa política. Siendo ello así, y coherentemente con lo ya expuesto, la posición de los órganos de justicia constitucional es muy singular a la hora de enfrentarse al conflicto puesto que son los garantes máximos de sus normas fundamentales, de sus Constituciones; pero, al mismo tiempo se han visto en la tesitura de tener que allanar el camino a lo que es una decisión básica de esas mismas Constituciones: la integración europea.

Muchas son las cuestiones teóricas y prácticas que este fenómeno de tensión soberanía-integración ha planteado a la justicia constitucional y ésta ha tenido (y sigue teniendo) que resolver. Sería en exceso prolijo intentar ofrecer una visión global, y por tanto casuística, del trabajo de la jurisdicción constitucional en este punto, por lo que a continuación se ofrece es un intento de sistematizar los hitos básicos de la misma¹³. Antes de ello conviene también dejar destacado que, frente a una visión meramente conflictual de este proceso, y aunque ésta exista, la posición de la justicia constitucional ha servido, como luego se verá, como un motor muy importante del proceso de constitucionalización de las estructuras comunitarias precisamente por exigir dicha constitucionalización para aceptar, a su vez, la comunitarización de las internas.

La posición de la jurisdicción constitucional en todo el continente ante el tema de la primacía, y sin perjuicio de las particularidades de cada ordenamiento, puede sintetizarse en las siguientes ideas:

- La regla general: se acepta la primacía del Derecho Comunitario en el ámbito interno.
- Límites: esa aceptación, no obstante, tiene límites, en especial frente a la Constitución.

¹³ Una visión general de este tema puede verse en R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid 2007, pp. 218 y ss. Una exposición por países puede encontrarse en A. CELOTTO y T. GROPPI, «Derecho UE y derecho nacional: Primauté vs contralímites», en M. CARTABIA, B. DE WITTE y P. PÉREZ TREMPES (Dir.), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pgs. 287 y ss. Resulta también interesante la visión general, con especial referencia a los países de más reciente integración, ofrecida en *The position of Constitutional Courts following integration into the European Union*, Bled, 2004, conferencia organizada por el Tribunal Constitucional de Eslovenia y la Comisión de Venecia.

- La supremacía de la Constitución interna: el Derecho Comunitario no puede modificar las Constituciones nacionales.
- La articulación formal de las «primacías»: el Derecho Comunitario actúa, a menudo, como motor de reformas constitucionales internas.
- Los límites a la primacía: hay determinados principios y valores constitucionales que no pueden verse vulnerados por el Derecho Comunitario.
- La colaboración (equivalencia): como principio, existe un nivel de protección similar o equivalente de esos principios básicos en el ordenamiento interno y en el comunitario.
- La colaboración (interpretación conforme): la integración hace que el ordenamiento interno, incluidas las Constituciones, se interpreten conforme al Derecho Comunitario.
- El conflicto (los «contralímites»): en caso de lesión de los principios y valores constitucionales básicos, la jurisdicción constitucional se reserva la potestad de controlar la constitucionalidad de normas comunitarias.

Antes de exponer, brevemente, el alcance de estas ideas conviene recordar que, como ya se señaló respecto del efecto directo, las distintas Constituciones (a veces normas infraconstitucionales) ofrecen un marco normativo diferente también respecto de la primacía. En efecto, las conocidas como «cláusulas» constitucionales europeas (*European clauses*)¹⁴ presentes en la mayor parte de las Constituciones de los Estados miembros (no en todos) en ocasiones aceptan, de una forma u otra, la primacía del ordenamiento comunitario, pero también la limitan fijando barreras expresas a dicho principio. No obstante, como se verá, el resultado de la labor de la jurisdicción constitucional en este punto es muy similar en todos los países con independencia del alcance de las cláusulas europeas, aunque éstas, cierto es, cuando existen, lógicamente enmarcan más la actuación jurisdiccional que cuando no existen o no se refieren de manera expresa al tema de la primacía.

– **La regla general: se acepta la primacía del Derecho Comunitario en el ámbito interno.** La primera idea que hay que destacar es la de que la primacía del Derecho Comunitario ha sido aceptada por las jurisdicciones nacionales, constitucionales y ordinarias, como principio general. Aunque esa aceptación haya encontrado (e incluso pueda seguir encontrando) algunas dificultades, a las que enseguida se hará referencia, es lo cierto que sólo a partir de dicha aceptación puede entenderse el fenómeno de la integración europea por el propio sentido jurídico que ésta tiene. No es preciso detenerse en este elemento estructural del Derecho Comunitario, bastando con la constatación de que, en la medida en que las altas jurisdicciones nacionales han aceptado expresamente el principio de primacía del Derecho Comu-

¹⁴ La bibliografía sobre este tipo de preceptos constitucionales es extensísima; por citar sólo un trabajo puede verse M. CLAES, «Constitucionalizando Europa desde su fuerte. Las “cláusulas europeas” en las Constituciones nacionales»: evolución y tipología», en M. CARTABIA, B. DE WITTE y P. PÉREZ TREMPs, *cit.*, pgs. 123 y ss.

nitario han allanado, también en este punto, el camino para que el resto de los órganos jurisdiccionales lo hayan incorporado al *background* jurídico interno, haciendo así posible y real la integración. No obstante, desde el punto de vista histórico esa aceptación ha tenido sus problemas y aún hoy la jurisdicción constitucional sigue suscitándolos.

Por lo que respecta a la dimensión histórica, baste con una breve referencia para centrar la exposición, luego, en los problemas actuales. Ha sido en Italia, de la mano de su Corte Constitucional, donde el tema de la primacía del Derecho Comunitario planteó un rico debate jurisdiccional que contribuyó a que el Tribunal de Justicia, en sus «respuestas» a la Corte Constitucional fuera perfilando su doctrina sobre el alcance del principio de primacía. Esquemáticamente expuesto, el proceso ha sido el siguiente¹⁵. El punto de partida se sitúa en la SCCI 14/1964 (*Costa*), en la que el conflicto entre Ley interna y Tratado comunitario se identifica con un conflicto temporal de normas: el Tratado de la Comunidad Europea se ejecuta en Italia mediante Ley ordinaria, por lo que posee el rango de ésta. La decisión fue un buen acicate para la definición por el Tribunal de Justicia del principio de primacía en la Sentencia que, sobre la misma cuestión, debió dictar pocos meses después (STJCE asunto *Costa/ENEL* –C-464–, de 15-7-1964): la solución italiana llevaba, lisa y llanamente, a que cualquier medida legislativa interna pudiera dejar sin vigor, no sólo el Derecho derivado, sino también los propios Tratados; por ello, entre otras razones, el Tribunal de Justicia debía rechazar esa interpretación. La Corte Constitucional italiana, en posteriores decisiones, fue modulando su doctrina. Ahora bien, la aportación de un nuevo instrumento que corrigiera el problema, planteaba nuevas rigideces. Si la SCCI 14/1964 (*Costa*) había dado valor legal a los Tratados Constitutivos por ser la Ley el instrumento interno de ejecución, este rango se reconoció también por la SCCI 183/1973 (*Frontini*) al Derecho derivado directamente aplicable, en particular a los reglamentos, «*actos con contenido normativo general similar al de las leyes estatales*». La equiparación entre Ley interna y reglamento comunitario reproducía el problema ya planteado respecto de los Tratados: si poseen el mismo rango, ¿cómo se resuelve el conflicto entre reglamento comunitario y Ley posterior?

La SCCI 232/1975 (*Industria Chimica Italia Centrale*), dando un paso en la aceptación del principio de primacía, encuentra un mecanismo para hacer posible que el reglamento comunitario prevalezca sobre una Ley posterior: si ésta vulnera el Derecho Comunitario está invadiendo las competencias cedidas al ente supranacional, y, con ello, viola el art. 11 de la Constitución italiana que ha posibilitado esa cesión. Pero también esta decisión encontraría respuesta en el Tribunal de Justicia: aunque se había aceptado el principio de primacía, la Corte italiana obligaba con su decisión a que la norma interna con fuerza de Ley debiera declararse inconstitucional, sin que el juez ordinario pudiera inaplicar la ley, «*debiendo plantear la cuestión de su*

¹⁵ La bibliografía sobre este tema es muy amplia; véase, por ejemplo, M. CARTABIA y J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., pgs. 164 y ss.

legitimidad constitucional». La STJCE asunto *Simmenthal* (C-106/77), de 9-3-1978, auténtico hito de la jurisprudencia comunitaria, rechazó esa construcción afirmando que «el juez nacional encargado de aplicar las disposiciones del Derecho Comunitario, en el marco de su competencia, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada en caso de necesidad y en virtud de su propia autoridad cualquier disposición contraria a la legislación nacional, incluso posterior, sin que haya que solicitar o esperar la eliminación previa de esta última por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional». Debió, sin embargo, esperarse hasta 1984 para que la Corte Constitucional italiana, en su SCCI 170/1984 (*Granital*), modificara su planteamiento. La Corte Constitucional entiende que el conflicto entre Ley estatal y norma comunitaria no tiene dimensión constitucional, de manera que cualquier juez o tribunal puede hacer prevalecer la norma comunitaria. El fundamento de esta decisión, aunque en algún punto resulte confuso y hasta contradictorio, radica en la separación de la virtualidad del Derecho Comunitario del esquema estatal de fuentes. Significativa, a este respecto, es la siguiente afirmación: «Las normas que proceden de ella (de la fuente comunitaria) vienen, en aplicación del art. 11 de la Constitución, a recibir aplicación directamente en el territorio italiano, pero permanecen extrañas al sistema de las fuentes internas: y si así es, aquéllas no pueden, en pura lógica, ser valoradas según los esquemas establecidos para dar solución a los conflictos entre normas de nuestro ordenamiento». Esta doctrina ha sido ratificada por otras decisiones de la Corte Constitucional SSCCI 113/1985 (*BECA*), 389/1989 (*Bolzano c/ Presidencia del Consejo de Ministros*) y 64/1990 (*Referéndum sobre pesticidas*) y ha sido asumida expresamente por otras jurisdicciones constitucionales, como la española a partir de la STC 28/1991, de 14-2, o la portuguesa (STCP 621/1998).

Tras esta breve incursión histórica en un debate decisivo para el desarrollo del principio de primacía, van a analizarse a continuación las cuestiones que dicho principio sigue suscitando, y que se centran fundamentalmente en la relación entre Derecho Comunitario y Constitución interna, a pesar, hay que insistir en ello, de la general aceptación del principio de primacía respecto del Derecho infraconstitucional, incluida la ley.

– **Límites: esa aceptación tiene límites, en especial frente a la Constitución.**

La aceptación del principio de primacía del Derecho Comunitario no es absoluta sino que se sujeta a límites, límites que vienen impuestos por las Constituciones nacionales, en cuanto manifestación formal de la soberanía del Estado y, por tanto, norma jurídica suprema del ordenamiento interno. Desde esta perspectiva, las Constituciones limitan la integración, en primer lugar, condicionándola formal y materialmente a través de las «cláusulas europeas». Dicho en términos de Teoría de la Constitución, las decisiones estatales de integrarse en la Unión Europea o de profundizar en dicha integración, adoptadas por lo que se ha denominado el «poder de integración»¹⁶, son actos constituidos, sometidos a la correspondiente norma constitucional.

¹⁶ Sobre el concepto de «poder de integración» puede verse P. PÉREZ TREMPs, *Constitución española y Comunidad Europea*, cit., pgs. 35 y ss.

– **La supremacía de la Constitución interna: el Derecho Comunitario no puede modificar las Constituciones nacionales.** El primer límite lógico-formal que viene impuesto por las constituciones nacionales es el contenido mismo de éstas. En efecto, y en términos de Teoría de la Constitución, una cosa es que los Estados puedan transferir o ceder competencias internas, derivadas de la Constitución, y otra es que el Derecho Comunitario, en virtud de esas cesiones o trasferencias, pueda modificar las normas fundamentales internas. El poder de reforma constitucional interno resulta un poder intransferible, íntimamente vinculado a la soberanía del Estado y, por tanto, sólo ejercitable por éste a través de los mecanismos de reforma constitucional interno. Algunas Constituciones lo señalan expresamente (art. 5 del cap. 10 de la Constitución sueca, por ejemplo), y así lo ha afirmado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español: *«en virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no es el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto»* (DTC 1/1992, de 1-7, –*Tratado de la Unión Europea*–, aunque la idea ya está en la STC 252/1988, de 20-12 –*Comercio de carnes frescas*–). Otro tanto se desprende, por poner otro ejemplo, de la posición mantenida por el Tribunal Constitucional de Lituania (STCLi de 14 de marzo de 2006)¹⁷.

– **La articulación formal de «las primacías»: el Derecho Comunitario sí actúa, no obstante, a menudo como motor de reformas constitucionales internas.** Ahora bien, la intangibilidad de las Constituciones internas frente al Derecho Comunitario no significa que se sitúen en dos posturas enfrentadas y contrapuestas. Por el contrario, la afirmación de la supremacía de la Constitución cuando existe una antinomia entre ésta y el Derecho Comunitario, en especial el Derecho originario (los tratados constitutivos), viene resolviéndose mediante una técnica jurídica de colaboración: adecuar la Constitución interna a las exigencias que imponen dichos tratados. En otros términos, en especial desde el proceso de ratificación del Tratado de la Unión Europea, han sido muchas las reformas constitucionales llevadas a cabo con el objetivo preciso de dar suficiente cobertura constitucional a esa ratificación evitando la antinomia. Algo similar ha sucedido durante el proceso de ratificación de la Constitución Europea. Aunque ese proceso se haya visto luego frustrado, sirvió para poner en funcionamiento los mecanismos constitucionales de reforma en algunos países. Sobre esta cuestión se volverá más adelante (apdo. 2.3).

¹⁷ Véase en este sentido I. JARUKAITIS, «Ratification of the European Constitution in Lithuania and its impact in the national constitutional system», en A. ALBI y J. ZILLER (Edts.), *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, cit., pg. 22.

– **Los límites a la primacía: hay determinados principios y valores constitucionales que no pueden verse vulnerados por el Derecho Comunitario.** Procede ahora traer a colación cuáles son desde el punto de vista sustantivo los límites que las jurisdicciones constitucionales han fijado a la integración europea más allá de la ya señalada barrera del poder constituyente interno. En este punto, aunque el arranque de los distintos países haya podido ser diferente, en la actualidad existe una cultura constitucional común, que viene en sus orígenes marcada por decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de la Corte Constitucional italiana, y a la que se han ido aproximando otras jurisdicciones, sin perjuicio de que se haya asumido expresamente en algunas constituciones.

Los límites generales establecidos por las jurisdicciones internas están vinculados a lo que se ha denominado «déficit de Constitución» del entramado comunitario, o «déficit constitucional», proyectándose sobre todo en dos ámbitos, por otro lado, centrales para la idea misma de constitución: déficit de libertad y déficit de democracia. A estos dos conceptos puede añadirse, en especial tras el debate abierto con el malogrado proyecto de Constitución Europea, un tercer déficit que podría denominarse el «déficit de Estado».

Por lo que respecta al «déficit de libertad», éste se vincula con la necesidad de hacer efectivos los derechos fundamentales dentro del ordenamiento comunitario y de la actuación de las instituciones comunitarias. El «déficit de democracia» se trata de un reproche realizado al proceso comunitario de toma de decisiones, bastante alejado de la idea del «poder del pueblo» –democracia–, dado el escaso peso que tradicionalmente han tenido las instituciones parlamentarias, comunitaria y estatales, en ese proceso de toma de decisiones. Lo que aquí hemos denominado «déficit de Estado» se vincula, por último, a la necesidad de asegurar la existencia misma del Estado en el proceso de integración, sin que éste lo haga desaparecer o lo desfigure de tal modo que lo haga irreconocible¹⁸.

Comenzando por el déficit de libertad, la carencia inicial de una declaración de derechos fundamentales en el seno de ese ordenamiento planteó durante muchos años problemas jurídicos. En una primera fase, que podría denominarse de «ignorancia de los derechos fundamentales», el Tribunal de Justicia, cuando se invocaron ante él derechos fundamentales como lesionados, entendió que éstos no formaban parte del Derecho Comunitario y que, en consecuencia, no le correspondía su protección (STJCE asunto *Stork*

¹⁸ Existen, como es lógico, otros «reproches» constitucionales al proceso de integración, pero formulados desde claves menos generales, más «domésticas»; es el caso, por ejemplo, de lo que se ha denominado el «déficit de descentralización», que nace, lógicamente, en Estados federales o descentralizados. Dado su alcance parcial basta con este apunte; al respecto puede verse, por ejemplo, P. PÉREZ TREMPs y L. VIOLINI, «La Constitución Europea y la organización territorial de los Estados miembros», en M. CARTABIA, B. DE WITTE y P. PÉREZ TREMPs, *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, cit., pgs. 501 y ss. y bibliografía allí citada.

(C 1/58, de 4-2-1959). Ante esta doctrina, varios tribunales estatales, en especial la Corte Constitucional italiana (SCCI 183/1973, *Frontini*) y el Tribunal Constitucional Federal alemán (STCFA *Solange I* –1974–) afirmaron que las normas comunitarias no podrían aplicarse en sus respectivos países si vulneraban derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos por tratarse de elementos estructurales del ordenamiento que debían garantizarse en todo caso. Esta posición suponía abrir la posibilidad de que el ordenamiento europeo resultara ineficaz por decisión de un tribunal interno, con los riesgos que ello generaba para la propia integración.

El Tribunal de Justicia, en una segunda fase, subsanó en buena medida las deficiencias del ordenamiento comunitario en materia de Derechos Humanos mediante una creación pretoriana. Por un lado, identificó algunos derechos fundamentales, en especial de contenido económico, en los propios tratados constitutivos. Por otra parte, y sobre todo, afirma el Tribunal a partir de la década de los setenta, que los derechos fundamentales establecidos en todos los países comunitarios, aunque no estuvieran expresamente reconocidos en el ordenamiento comunitario, forman parte de éste en cuanto principios generales del Derecho (STJCE asunto *Stauder* –C-29/69–, de 12-11-1969), de manera que las normas comunitarias europeas deben respetarlos tal y como se deduce de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (STJCE asunto *Internationale Handelsgesellschaft* –C 11/70–, de 7-12-1970) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos suscrito por esos mismos estados (STJCE asunto *Nold* –4/73– de 14-5-1974). Esta construcción ha pasado, con posterioridad, a los propios Tratados Constitutivos, y encuentra hoy reflejo en el Tratado de la Unión Europea, cuyo art. 6.2 dispone lo siguiente: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario». La misma filosofía política es la que inspira y sustenta de elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000¹⁹.

En la actualidad, pues, es ya pacífica la incorporación de los derechos fundamentales al acervo comunitario y, lo que ahora importa más, al marco de enjuiciamiento en el que se mueve el Tribunal de Justicia, aunque, como luego se verá, ello no elimina todos los problemas. Por otra parte, hay que resaltar que la exigencia de libertad (esto es de respeto a los derechos fundamentales por parte del Derecho Comunitario) ha sido también asumida por otras jurisdicciones constitucionales además de las primeras en reivindicarla, la italiana y la alemana. Así, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que «la cesión constitucional que el art. 93 CE *posibilita* tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos

¹⁹ Una visión general de este proceso puede verse, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, cit, pgs. 247 y ss. y bibliografía allí citada.

dos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE) (DTC 1/2004, de 13-12)²⁰. Por su parte, el Consejo Constitucional francés exige el respeto a las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía», entre las que se encuentra «la garantía de los derechos y deberes de los ciudadanos» (DCCF 91-294, *Schengen*, por ejemplo). En esta misma línea, por poner otros ejemplos, el Tribunal Constitucional polaco también ha exigido el respeto a las «normas constitucionales relativas a los derechos y libertades individuales» en el proceso de adopción de normas comunitarias (STCP –2005–, *Tratado de adhesión*) y algo similar ha hecho el Tribunal Constitucional checo (2008, *Tratado de Lisboa*).

Por lo que respecta al déficit de democracia²¹, como ya se ha apuntado, tiene una dimensión teórica y práctica más compleja en cuanto, además de su alcance conceptual, se proyecta de manera inmediata en el plano institucional. Baste, pues, ahora con destacar que, más allá del debate teórico que encierra para el desarrollo del proceso de integración visto desde dentro, también la jurisdicción constitucional denunció este déficit como una de las carencias de dicho proceso, llamando a su subsanación o al menos a paliarlo. En este campo el más beligerante ha sido el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que en su Sentencia *Maastricht* –1993–, sitúa el principio democrático como irrenunciable dentro del proceso de integración europea. Algo similar sucede en Francia con la DCCF 92-38 (*Tratado de la Unión Europea I*).

²⁰ Sobre la DTC 1/2004 pueden verse R. ALONSO GARCÍA, «Constitución española y Constitución europea: Guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 73, 2005, pgs. 339 y ss.; J. M. DE AREILZA CARVAJAL, «La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 73, 2005, pgs. 365-378; I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, «La Constitución española “frente” al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2005, n. 14, pgs. 297 y ss.; P. PÉREZ TREMPs y A. SAÍZ ARNAIZ, «Spain’s ratification of the treaty establishing a constitution for europe: prior constitutional review, referendum and parliamentary approval», en A. ALBI y J. ZILLER, *The European Constitution and national constitutions: Ratification and Beyond*, cit., pp. 45 y ss.

G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 20, 2005, pgs. 5 y ss.; AA.VV., *Constitución española y Constitución europea*, Madrid, 2005.

²¹ Sobre esta cuestión puede verse, por ejemplo, E. ALBERTÍ y E. ROIG, «El nuevo papel de los Parlamentos nacionales entre Derecho Constitucional nacional y Derecho Constitucional europeo», en M. CARTABIA, B. DE WITTE y P. PÉREZ TREMPs (Dir.), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, cit., pgs. 449 y ss., o P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, «El sistema institucional en la Constitución Europea: ¿mas legitimidad, eficacia y visibilidad?», en E. ALBERTÍ ROVIRA (dir.), *El proyecto de nueva Constitución Europea. Balance sobre los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Institut d’Estudis Autònoms-Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

El tercer déficit que hemos señalado es lo que se ha calificado de déficit de Estado. Como también se ha apuntado, con esta idea quiere hacerse referencia a un elemento estructural de la integración supranacional, la tensión entre ésta y la existencia misma de los Estados miembros de la Unión que la configuran, de manera que sólo se acepta dicha integración en la medida en que no cuestione la existencia misma de los Estados, protagonistas del proceso y que deben seguir existiendo dentro del mismo²². Esta exigencia de garantía del Estado, muy presente en el debate sobre la Constitución Europea, aunque posee una dimensión política clara, tampoco ha escapado al empuje de las jurisdicciones nacionales. Muy significativa fue en su momento la Sentencia del Tribunal Supremo danés (*Carlsen v. Rasmussen*) –1998–²³, o más recientemente la STC polaco sobre el *Tratado de Adhesión* –2005–²⁴ y la del Tribunal Constitucional checo sobre el *Tratado de Lisboa* –2008–.

La colaboración (equivalencia): como principio, existe un nivel de protección similar o equivalente de esos principios básicos en el ordenamiento interno y en el comunitario. Antes, no obstante, de analizar los problemas teóricos que aún quedan planteados, hay que destacar que la colaboración entre jurisdicción comunitaria y jurisdicción interna, elemento estructural, como se ha visto, de la coherencia en el funcionamiento jurídico de la integración, tiene que reposar en otro principio: la equivalencia. En efecto, afirmada la necesidad de que los principios y valores constitucionales sean similares (por no decir sustancialmente los mismos) en el ámbito comunitario y en el estatal, hay que dar un paso más para evitar o aminorar el conflicto a la hora de su protección en ambos: ese paso es el del reconocimiento de que la protección que otorga la jurisdicción comunitaria es similar o equivalente a la que otorgan las jurisdicciones nacionales. En efecto, sólo a partir de esta idea de equivalencia en la protección de los valores y principios básicos, de confianza recíproca interjurisdiccional, es posible evitar o paliar el conflicto entre los órdenes jurisdiccionales.

En esta senda es en la que las jurisdicciones constitucionales, una vez que el Tribunal de Justicia dio los pasos ya señalados en el sentido de proteger los derechos fundamentales como parte del acervo constitucional comunitario, dieron el siguiente paso, aceptando la equivalencia de dicha protección y, con ello, que la jurisdicción comunitaria satisfacía sustancialmente sus exigencias. Fue el Tribunal Constitucional Federal Alemán el primero que lo hizo (STCFA *Solange II* –1986–), avanzando para favorecer no sólo la

²² Véase, por ejemplo, P. PÉREZ TREMPES, *Constitución Española y Comunidad Europea*, cit., pgs. 89 y ss. y más recientemente, «La Constitución española ante la Constitución Europea», en E. ALBERTÍ ROVIRA (Dir.), *El proyecto de nueva Constitución Europea*, cit., pgs. 485-526.

²³ P. DYRBERG, «La constitución danesa y la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998» (I y II) *Revista de Derecho Comunitario Europeo* núms. 1 y 4, 1998, pgs. 94 y ss., y 573 y ss.

²⁴ Véase, por ejemplo, N. SKRZYPEK, «Le Tribunal Constitutionnel polonais et le Droit Communautaire», *Cahiers de Droit Européen* 1-2, 2007, pgs. 200 y ss.

relación interinstitucional, sino también, y sobre todo, la propia efectividad del Derecho Comunitario. El reconocimiento del principio de equivalencia en la protección de los derechos fundamentales se ha extendido a otros muchos países comunitarios a través de sus jurisdicciones constitucionales. Es el caso, entre otros, de España (STC 64/1991, de 22-3 –*APESCO*–), de Italia (SSCCI 113/ 1985 ó 389/1989, por ejemplo), y o el más reciente, de Francia (Decisión del Consejo de Estado *Arcelor* –2007–)²⁵ y de la República checa (STCC *Tratado de Lisboa* –2008–). Esa misma idea de la equivalencia ha sido destacada también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su STEDH *Bosphorus c. Irlanda*, de 30-6-2005–, que considera, asimismo, que debe alcanzar «a las garantías sustanciales ofrecidas y a los mecanismos previstos para su control» (párr. 155). Junto al valor simbólico que ello posee, el reconocimiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la protección dispensada por el Tribunal de Justicia tiene una eficacia material indudable dada el papel de guía que el primero ejerce sobre las jurisdicciones constitucionales internas irradiando sus doctrinas.

Ahora bien, este reconocimiento de equivalencia en la protección de los principios y valores fundamentales no es absoluto. Las jurisdicciones constitucionales han querido *ad cautelam* dejar abierta una puerta que les permita, aunque sólo sea en casos extremos o patológicos, seguir ejerciendo su competencia de control del respeto de los valores fundamentales; sobre ello se volverá más adelante. Pero antes conviene detenerse brevemente en otra línea de colaboración entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria: la colaboración que podría denominarse hermenéutica.

La colaboración hermenéutica (interpretación conforme): la integración hace que el ordenamiento interno, incluidas las Constituciones, se interpreten conforme al Derecho Comunitario. En efecto, más allá de las visiones más o menos conflictuales con que a menudo se analizan las relaciones entre jurisdicción comunitaria y jurisdicciones constitucionales, hay otra dimensión, menos estudiada y más sutil, de naturaleza básicamente interpretativa o hermenéutica. Normalmente la relación entre Derecho interno y Derecho supranacional se explica como una relación de separación en la que cada ordenamiento actúa en el ámbito de las competencias que le son propias, coordinándose a través de una serie de principios en las áreas en las que se produce contacto entre ambos, en especial, a través del principio de primacía del derecho supranacional respecto del interno. Ello es, en efecto, así, pero no basta para explicar la rica y compleja influencia mutua que un

²⁵ Véase, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, «El Conseil d'Etat ante la encrucijada constitucional: ¿“Waterloo” para la soberanía francesa o triunfo de la confianza recíproca europea? (asunto Arcelor, 8 de febrero de 2007)», *Gaceta Jurídica* núm. 247, 2007, pgs. 3 y ss.; M. GUYONAR «Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire», *Revue Française de Droit Administratif*, 2007, pgs. 384 y ss., o X. MAGNON, «La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat», *Revue Française de Droit Administratif* 2007, pgs. 578 y ss. En esta misma línea puede verse la posterior sentencia del Consejo de Estado *Conseil national des Barreaux*, de 10 de abril de 2008.

ordenamiento ejerce sobre el otro: el Derecho supranacional se nutre de categorías internas y no puede prescindir de ellas si quiere ser realmente eficaz, mientras que el Derecho interno debe acoger multitud de influencias del Derecho supranacional²⁶.

Centrados, de momento, en esta segunda dimensión, como ya se ha adelantado, la incidencia del Derecho supranacional respecto del interno alcanza incluso a las categorías constitucionales, por más que, como también se ha visto, la norma suprema de cada Estado pretenda permanecer intangible “frente” al Derecho supranacional, intangibilidad que propiamente sólo lo es, y en el mejor de los casos, formal, pero no sustantiva o material. Dicho de otra manera, la relación entre Constitución y Derecho Comunitario no sólo se proyecta en la dimensión que hace de la primera el marco interno del segundo. Junto a ello, se ha producido también un claro proceso de influencia del Derecho Comunitario sobre las estructuras constitucionales internas, afectando e, incluso, alterando éstas tanto obligando a su reforma en sentido técnico, como, sobre todo, modulando su alcance y funcionamiento sin comportar una revisión formal. Así lo ha reconocido expresamente, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español al afirmar que aunque el Derecho Comunitario no puede modificar la Constitución, sirve para modular «*el ámbito de aplicación, no el enunciado, de las reglas (constitucionales) que... han instituido y ordenado*» las competencias (DTC 1/1992, de 1-7). Esa modulación resulta clara prácticamente en todos los terrenos constitucionales: sistema de fuentes, organización de poderes, derechos fundamentales, constitución económica, organización territorial del Estado, etc... Ello se ha puesto de manifiesto en la doctrina española²⁷, y en el Derecho Comparado²⁸.

Esta colaboración hermenéutica se va decantando incluso en un auténtico principio general del derecho y de la interpretación que puede formularse como el principio de «interpretación de la Constitución de acuerdo con el Derecho Comunitario», envés, en cierto sentido del de «interpretación del Derecho Comunitario de acuerdo con las tradiciones constitucionales co-

²⁶ Véase, por ejemplo, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «L'incidence du droit communautaire sur le droit national», en M. DONY (Coord.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruselas 1999, pgs. 517-553

²⁷ Exposiciones generales sobre la cuestión del efecto del Derecho Comunitario sobre los contenidos constitucionales internos, por lo que a España respecta, pueden verse en A. LÓPEZ CASTILLO, «La Constitución y el proceso de integración europea», en C. CLOSA (Dir.), *La europeización del sistema político español*, Madrid 2001, pgs. 128 y ss., o P. PÉREZ TREMPES, «Constitución española y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 71, 2004, pgs. 103 y ss.

²⁸ Son significativos a este respecto buena parte de los trabajos publicados en la *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 6, 2003, así como los distintos informes nacionales presentados al XX Congreso de la FIDE, celebrado en Londres en 2002, bajo el título genérico *European Union Law and National Constitutions*, cit., y el «General Report. European Union Law and National Constitutions» elaborado por J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE e I. PERNICE, cit., apdo. I. Véase, también, J. ZILLER (ed.), *L'europeanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, cit.

munes», ideas que responden, en definitiva, al concepto apuntado inicialmente del patrimonio constitucional europeo²⁹. Desarrollar el alcance de ese principio de interpretación de la Constitución de acuerdo con el Derecho Comunitario nos alejaría del objeto central de este trabajo; baste pues, con su apunte y con dejar constancia de que en la actualidad es difícil comprender la tarea hermenéutica de las jurisdicciones constitucionales³⁰ sin tener en cuenta la relevancia que para ella tiene el Derecho Comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El conflicto (los «contralímites»): en caso de lesión de los principios y valores constitucionales básicos, la jurisdicción constitucional se reserva la potestad de controlar la constitucionalidad de normas comunitarias. Afirmada la efectividad interna de los principios básicos de articulación entre Derecho Comunitario y Derecho interno, y desarrollada una eficaz, y a la vez simbólica, cooperación entre sus órdenes jurisdiccionales, el sistema se cierra, por ahora, con una última reserva: los *contralímites*, en terminología de origen italiana, que tiene su formulación en la jurisdicción constitucional. En la tensión político-jurídica que existe detrás de todo el proceso de integración, los Estados, a través de sus jurisdicciones nacionales, han querido reservarse un «último cartucho», una «válvula de seguridad» que, desde el punto de vista formal, sigue sosteniendo la supremacía constitucional y, con ello, la posición de garante supremo de la norma fundamental para la jurisdicción constitucional, y desde el punto de vista material o sustantivo, se justifica y permite reaccionar frente a hipotéticos ataques contra los principios constitucionales básicos provenientes del Derecho Comunitario.

La formulación de esta idea de los «contralímites» es sencilla, aunque fijar su alcance resulte mucho más difícil de concretar. Los Estados, a través de sus jurisdicciones constitucionales, como se ha visto, han aceptado que el Derecho Comunitario puede desplegarse en los ordenamientos internos porque respeta los principios básicos del constitucionalismo y lo hace de manera equivalente a como se protegen en el ámbito interno. Ello, como es lógico, implica, asimismo, la renuncia a ejercitar el control del Derecho Comunitario desde las instancias nacionales, dejando que dicho control lo desarrolle la jurisdicción europea³¹. Pero, en el caso improbable de que

²⁹ En sentido similar, R. ALONSO GARCÍA se refiere a la interpretación *pro communitate* de la Constitución y la interpretación *pro constitutione* del Tratado; en *El juez español y el Derecho Comunitario*, cit., pgs. 123 y ss.

³⁰ Una experiencia interesante, entre otras cosas, por su transparencia, es la del Tribunal Constitucional Federal Austriaco; véase al respecto, A. Gamper, «Austria», en J. TAJADURA y J. DE MIGUEL, *Justicia constitucional y Unión Europea*, cit., pgs. 132-133 y bibliografía y jurisprudencia allí citada. También resulta de interés de experiencia polaca; véase, por ejemplo, N. SKRZYPEK, «Le Tribunal Constitutionnel polonais et le Droit Communautaire», cit., pgs. 192 y ss., y el reconocimiento explícito del papel del Derecho europeo como elemento interpretativo de la Constitución realizado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Estonia en su Sentencia 3-4-1-3-06 –*Unión Económica y Monetaria*–, en especial párrs. 15 y 16.

³¹ Sobre esta cuestión puede verse M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*, Civitas, Madrid 2002.

desde el ordenamiento comunitario, a pesar de todo, pudieran producirse lesiones graves de esos principios constitucionales básicos que no fueran reparadas por la jurisdicción europea, excepcionalmente las jurisdicciones nacionales podrían (y deberían) intervenir para evitar que esas lesiones se consumaran en el ámbito interno³². Esta construcción tiene su origen en la doctrina de la Corte Constitucional italiana (SCCI 183/1973 –*Frontini*–, con precedente en la SCCI 98/1965– *Acerías S. Michele*–), y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (STCFA *Solange I*–1974–), que, aunque en algún momento pareció abandonarla (STCFA *Solange II*–1986–), luego la retomó, matizada para vulneraciones sistemáticas (SSTCFA *Maastricht* –1993³³– y *Bananas* –2000–), permaneciendo en la actualidad viva y siendo asumida en términos casi idénticos por el Tribunal Constitucional español, que ha afirmado que «en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran,..., a través de los procedimientos constitucionales pertinentes» (DTC 1/2004, de 13-12). En esta misma línea se ha manifestado, también, el Tribunal Constitucional checo en su Sentencia sobre *El Tratado de Lisboa* –2008–.

Hasta el momento esta construcción nunca ha sido aplicada, lo que pone de manifiesto su carácter básicamente simbólico-constitucional, pero es lo cierto que, como tal construcción, y además de su significado teórico³⁴, deja abiertos algunos problemas técnico-jurídicos tanto de tipo sustantivo como procesal de no fácil solución. El más relevante es el de determinar el alcance de esos principios básicos que actúan como contralímites. Cuáles sean está definido, más o menos, cuando se han señalado los límites infranqueables a la integración: respeto a los valores de libertad y democracia, pero más difícil es determinar su extensión en situaciones concretas. Lo que la construcción ha dejado claro al respecto es que no se trata de una posibilidad de intervención de las jurisdicciones internas general e ilimitada, sino sólo ejercitable ante supuestos «excepcionales», «difícilmente imaginables», «extraordinarios», de «actuaciones sistemáticas», por utilizar expresiones usadas por los propios tribunales constitucionales que se han preocupado del tema.

Desde el punto de vista procesal, también la construcción de los contralími-

³² Sobre la teoría de los contralímites en general puede verse M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milán 1995.

³³ A. VON BOGDANDY, «La integración europea a la luz de la Constitución alemana: una reflexión en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional federal sobre el caso Maastricht», *Cuadernos de Derecho Público* núm. 13, 2001, pgs. 195 y ss.

³⁴ No deja de ser significativo que su aplicación haya sido reclamada, incluso, por voces tan significativas como la de R. Herzog, expresidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán, junto con L. GERKEN, en «Stop the European Court of Justice», *EU Observer*, 10.09.2008. La cuestión está sobre la mesa del TCFA.

tes suscita muchos interrogantes, a los que se hará referencia en un posterior apartado dentro del análisis de la posición procesal que la jurisdicción constitucional respecto del Derecho Comunitario.

2.2. La actuación del Derecho Comunitario como motor de las reformas constitucionales internas

Como ya se adelantó, otra de las influencias del Derecho Comunitario sobre los ordenamientos internos ha sido la de actuar como motor o desencadenante de reformas constitucionales en los Estados miembros, en especial con ocasión de la integración en las estructuras comunitarias, y muy significativamente en los países del este de Europa³⁵, del proceso de ratificación del Tratado de la Unión Europea³⁶ y del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa³⁷. Un ejemplo quizá paradigmático sea el de Portugal, donde todas las reformas constitucionales habidas desde la de 1982 han estado conectadas, de una u otra forma, con el proceso de integración europea³⁸

Algunas de estas reformas responden, sin más, al margen de apreciación político-constitucional de los correspondientes poderes públicos nacionales, pero otras han venido provocadas precisamente por decisiones de las jurisdicciones nacionales constitucionales, que han apreciado la existencia de las antinomias entre Constitución y tratados. Por citar sólo algunos ejemplos de reformas derivadas de decisiones jurisdiccionales, es el caso de la reforma constitucional alemana impuesta por la STCFA *Euroorden* (2005), de la única reforma constitucional llevada a cabo en España, en 1992 (DTC 1/1992, de 1-7)³⁹, de varias reformas realizadas en la Constitución francesa como

³⁵ Especialmente significativas son las llevadas a cabo en los países del este europeo. Una exposición general puede verse en L. LÓPEZ GUERRA, «Ampliación europea y constituciones nacionales», en M. CARTABIA, B. DE WITTE y P. PÉREZ TREMPs –Coords.–, *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pgs. 373 y ss.

³⁶ Sobre estas reformas puede verse, por ejemplo, F. LAURSEN y S. VANHOONACKER, *The ratification of the Maastricht Treaty*, EIPA, Maastricht, 1994; también P. PÉREZ TREMPs, «Las condiciones constitucionales al proceso de ratificación del Tratado de Maastricht en el Derecho Comparado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* núm. 18 mon., 1994, pgs. 49-85. Por otro lado, las constituciones de los países que se integraron después de la aprobación del TUE también responden al modelo de las constituciones materialmente «exigentes» respecto del proceso de integración; véase al respecto, A. ALBI, «EU-Amendments of the Central and Eastern European Candidate Countries», en J. ZILLER (ed.), *L'europanisation des droits constitutionnels à la lumière la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan, París 2003, pgs. 39 y ss.

³⁷ Una visión con capítulos por países, puede verse en A. ALBI y J. ZILLER (Edits.), *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, cit. Un planteamiento general puede verse en M. CARTABIA, B. DE WITTE y P. PÉREZ TREMPs –Coords.–, *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, cit.

³⁸ Véase en este sentido M^a L. DUARTE y C. AMADO GOMES, «Portugal» en J. TAJADURA y J. DE MIGUEL (Coords.), *Justicia constitucional y Unión Europea*, cit., pg. 265.

³⁹ J. F. LÓPEZ AGUILAR, «Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos* 77, 1992, pgs. 57 y ss.; A. MANGAS MARTÍN, «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (Derecho de sufragio

consecuencia de las Decisiones del Consejo Constitucional francés, incluida la 2004-505 (*Constitución Europea*)⁴⁰, luego bloqueada por la propia Francia mediante referéndum, del Tribunal Constitucional polaco (STCP 1/2005, *EURO-ORDEN*)⁴¹, de la impuesta por el Tribunal Supremo de Chipre (sentencia de 7 de noviembre de 2005), también con ocasión de la introducción de la Euro-orden⁴² o de varias de las reformas llevadas a cabo en varios de los países de más reciente integración (...). Un caso singular es el de Irlanda, donde, a raíz de la STS *Crotty* –1987–, relativa al Acta Única Europea, la ratificación de los tratados de integración va siempre precedida de una reforma constitucional, previamente sometida a referéndum, que realmente actúa como autorización a dicha ratificación, dando cobertura formal y material a la misma⁴³.

Otro caso singular es el de la reforma constitucional alemana que modificó la previsión relativa al alcance de las misiones que las mujeres pueden asumir en el seno de las fuerzas armadas. La reforma del art. 12 de la Ley Fundamental de Bonn viene provocada por una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJCE asunto *Tanja Kreil* – C 285/98–, de 11.1.2000), que en cierto sentido juega un papel, aunque sea indirecto, de jurisdicción constitucional interna, imponiendo no formalmente, que la norma fundamental de un país miembro se adecue a un principio constitucional como es la igualdad de género⁴⁴.

pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *Revista Española de Derecho Internacional* 2 (1992); P. PÉREZ TREMP, «La primera reforma de la Constitución», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación WOLTERS KLUBER, Madrid, 2009, pgs. 1562 y ss; F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución española y el Tratado de Maastricht», *Revista Española de Derecho Constitucional* 36 (1992).

⁴⁰ En relación con esta última y con referencia a las anteriores reformas véase L. BURGUE-LARSEN, «El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ante el Consejo constitucional francés: entre lo novedoso y lo ortodoxo, Francia resiste», *Revista Española de Derecho Europeo* 14, 2005, pgs. 257 y ss.

⁴¹ Véase J. KOMÁREK, «Pluralismo constitucional europeo tras la ampliación (Un análisis de la jurisprudencia comunitaria del Tribunal Constitucional polaco)», *Revista Española de Derecho Europeo* 16, 2005, pgs. 647 y ss.; A. LAZOWSKI, «Constitutional Tribunal and the Surrender of Polish Citizens under the European Arrest Warrant Decision of 25 april 2005», *European Law Review*, I, 2005, pgs. 569 y ss.

⁴² Una visión general de impacto constitucional de la Euroorden puede verse en S. SIEGEL, «Courts and Compliance in the European Union: the European Arrest Warrant in National Constitutional Courts», *Jean Monnet Working Paper* 5/08.

⁴³ Véase, por ejemplo, G. HOGAN, «Ratification of the European Constitution – Implications for Ireland», en: A. ALBI y J. ZILLER, *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, cit., pgs. 138 y ss.; F. MURPHY, «El caso Crotty y el referéndum de Irlanda», *Revista de Instituciones Europeas* núm. 2, 1988, pgs. 365-381; del mismo autor con A. CRAS, «L'affaire Crotty: la Cour Suprême d'Irlande rejette l'Acte Unique Européenne», *Cahiers de Droit Européen* núm. 3, 1988, pgs. 276-305; J. TEMPLE LANG, «The Irish Court case which delayed the Single European Act: Crotty v. An Taoiseach and others», *Common Market Law Review* núm. 24, 1987, pgs. 709-718.

⁴⁴ Sobre esta reforma constitucional puede verse, por ejemplo, M. A. MARTÍN VIDAL, «La reforma del artículo 12.a de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la Sentencia Kreil del Tribunal de Justicia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 1, 2004, pgs. 357 y ss.

2.3. La posición procesal de la jurisdicción constitucional respecto del Derecho Comunitario

La última cuestión a la que va a hacerse referencia dentro del análisis de la de la posición de la jurisdicción constitucional en el proceso de comunitarización del Derecho interno es la relativa a las cuestiones procesales que suscita. A varios de los temas que se plantean en este terreno se ha hecho referencia en páginas anteriores, en las que, además, también se ha insistido en la obvia incidencia que cada sistema jurídico-procesal interno tiene en este campo, lo que dificulta la construcción de categorías generales. No obstante merece la pena intentar sistematizar algo el tema y apuntar cuestiones, más o menos generales.

Control de los tratados de integración. Una primera idea es la de que cada ordenamiento tiene un ámbito propio de control del Derecho originario. En efecto, en la medida en que la integración se produce y/o se intensifica a través de tratados internacionales, éstos pueden y de hecho se someten a menudo a control de constitucionalidad por parte de sus jurisdicciones. En unos países existen mecanismos específicos de control de tratados (preventivos y/o *a posteriori*) o de sus leyes de ejecución interna, allí donde se sigue este mecanismo de integración. En otros países, incluso no existiendo una competencia jurisdiccional propia y específica de control de tratados internacionales que se proyecta sobre los tratados de integración, la mayor o menor versatilidad de ciertos procedimientos explica que las jurisdicciones constitucionales hayan emitido pronunciamientos al respecto. Posiblemente el caso más claro es el del recurso constitucional (amparo) alemán, cuyo objeto procesal es muy amplio (derechos constitucionales) habiendo hecho ello posible que demandas de amparo acaben con pronunciamientos sobre la constitucionalidad de los tratados de integración. En otros países (Chipre, Dinamarca, Irlanda, por ejemplo), han sido procesos ordinarios los que han conducido a esos pronunciamientos. Baste este apunte de la conexión entre los aspectos procesales o formales, de un lado, y materiales o sustantivos, de otro, para dejar constancia de un dato que sin duda puede tener repercusión no sólo en la forma de enjuiciamiento (abstracto o concreto) sino también en los efectos generales o no de la decisión. Desde un punto de vista teórico, los mayores problemas que pueden suscitarse son los de una hipotética declaración de inconstitucionalidad de un tratado de integración una vez que éste se ha ratificado y entrado en vigor, problema por otro lado que no es sino una manifestación del más general del control de constitucionalidad de los tratados internacionales. En todo caso, como ya se ha visto, hasta ahora el control de constitucionalidad de los tratados de integración, cuando ha llevado a apreciar una contradicción entre éstos y la correspondiente norma interna, se ha resuelto en términos de colaboración interordenamental a través de una reforma constitucional que hiciera posible la correspondiente ratificación o su aplicación interna.

La renuncia (limitada) al control de constitucionalidad del Derecho Comunitario. Una segunda cuestión procesal, también apuntada, es la que deriva

de la construcción de los «contralímites». La doctrina de la protección equivalente de los principios constitucionales por las jurisdicciones comunitaria e interna lleva aparejada, como es lógico, la renuncia por ésta, y en principio, a controlar la constitucionalidad del Derecho Comunitario derivado, tal y como han afirmado las jurisdicciones constitucionales al aceptar el principio de equivalencia. Pero la excepción que introducen los contralímites va acompañada, también, de la reserva de jurisdicción para esos casos límite, ya que, de otra manera, la reserva no tendría mecanismo para ser llevada a efecto.

De nuevo esta idea lógicamente tiene su proyección en cada ordenamiento, sometido a sus propias reglas. En todo caso, parece claro que un hipotético control de constitucionalidad interno del Derecho Comunitario en esas situaciones excepcionales se compadece mejor con un control *ad casum* y, por tanto, con efectos *inter partes*, que con un control abstracto y con efectos generales, efectos que, además, sólo se desplegarían en el correspondiente país en el que se ejercitara ese control.

Una última idea que merece la pena destacar en este ámbito procesal es la de que la existencia de mecanismos de protección específica de Derechos Fundamentales (amparo español, recurso constitucional alemán o austriaco) seguramente puede facilitar la detección de lesiones de éstos de manera más fácil que en ordenamientos donde no existe mecanismo procesal de esta naturaleza.

El parámetro formal y material de enjuiciamiento del Derecho Comunitario derivado está configurado por el propio Derecho Comunitario. En la medida en que, con las excepciones señaladas, se ha aceptado que no corresponde a los tribunales constitucionales el control del Derecho Comunitario, esta renuncia comporta que dicho control no sólo deba hacerse por las instancias jurisdiccionales comunitarias (auxiliadas, eso sí, por las nacionales) sino también de acuerdo con las propias reglas procesales y sustantivas del ordenamiento europeo. En otros términos, si se acepta la eficacia del ordenamiento comunitario como consecuencia de la cesión de competencias a la Unión Europea, dicha cesión es «sistemática», en el sentido de aceptarse no sólo sus normas sustantivas, sino también las adjetivas o procesales⁴⁵.

El Derecho Comunitario no es (en principio) parámetro de constitucionalidad. Otra de las cuestiones que suscita la integración jurídica es la del alcance que posee el Derecho Comunitario para la jurisdicción constitucional desde el punto de vista del control que ésta ejerce. El principio de separación de ordenamientos y, una vez más, el afán de la jurisdicción constitucional por afirmar la supremacía de su constitución hacen que formalmente se haya excluido que el Derecho Comunitario forme parte del parámetro de enjuiciamiento interno de constitucionalidad. Así, por poner sólo un

⁴⁵ Sobre el concepto de «cesión sistemática» puede verse, P. PÉREZ TREMP, *Constitución española y Comunidad Europea*, cit. pgs. 56 y ss.

ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha señalado que «la integración de España en la Comunidad Económica Europea «no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE» (STC 28/1991, de 14-2).

Ahora bien, esta regla de la exclusión del Derecho Comunitario del parámetro del juicio de constitucionalidad debe al menos modularse coherentemente con lo ya expuesto. En efecto, si entre las vías de colaboración entre jurisdicción constitucional y jurisdicción comunitaria está la integración hermenéutica del Derecho Comunitario y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que alcanza incluso a la norma fundamental interna, parece claro que, al menos con un efecto modulador, interpretativo, el parámetro constitucional se ve integrado por categorías comunitarias. Pero dando un paso más, no han faltado algunos supuestos en los que excepcionalmente se ha dejado apuntado que la lesión del Derecho Comunitario puede llegar a suponer, *per se*, una infracción de la Constitución interna. Un caso claro es el de la SCCI 384/1994 que señaló que la violación del Derecho Comunitario por una norma regional implica una violación del art. 11 de la Constitución italiana susceptible de control por la Corte Constitucional, con lo que el Derecho Comunitario se convertiría en parámetro de constitucionalidad⁴⁶. No obstante, esta postura no parece consolidarse.

Por otra parte, en los últimos tiempos no faltan voces que abogan por extender los mecanismos de control de constitucionalidad interno al juicio de validez «comunitaria» de las normas internas que desarrollan o ejecutan el Derecho Comunitario⁴⁷. Para llegar a esa conclusión es preciso realizar la previa operación lógica de reconducir la lesión interna del Derecho Comunitario a una lesión de la Constitución. Ello repercutiría en una mayor eficacia del control, pero, a su vez, no dejaría de plantear problemas tanto desde la perspectiva de la definición material del parámetro de enjuiciamiento constitucional como desde la perspectiva de la articulación con la jurisdicción europea, pudiendo resucitar los «fantasmas Simmenthal». Conviene de todas formas tener presente que la necesidad de acudir al Derecho Comunitario para el enjuiciamiento constitucional del derecho interno puede venir provocada, al menos teóricamente, no sólo por una lesión material directa de éste si no por otras causas; piénsese, por ejemplo, en supuestos en los que la interpretación de una categoría jurídica interna exija una aclaración o concreción a la luz del Derecho Comunitario, máxime aceptado su valor hermenéutico, e incluso en hipotéticas lesiones de normas de procedimiento que pudieran venir impuestas por el Derecho Comunitario o cuya

⁴⁶ Sobre esta decisión puede verse A. SÁIZ ARNAIZ, «El Derecho Comunitario, ¿parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas? (a propósito de la sentencia núm. 384 de 1994, de la Corte Costituzionale italiana)», *Revista de Instituciones Europeas* núm. 2, 1995, pgs. 571 y ss.

⁴⁷ Véase en este sentido R. ALONSO GARCÍA, *Justicia constitucional y Unión Europea*, cit., pgs. 21 y ss.

interpretación impusiera o aconsejara acudir a éste. Profundizar en estas cuestiones nos alejaría excesivamente del objeto de este trabajo, por lo que basta con su apunte⁴⁸. El tema permanece aún dentro del ámbito doctrinal, sin que las jurisdicciones constitucionales hayan modificado sus posiciones al respecto, aunque con los dos matices general y para las normas regionales hechos por la Corte Constitucional italiana⁴⁹.

El respeto al Derecho Comunitario puede ser objeto de control de constitucionalidad. Cuestión distinta, aunque conexa, que se ha planteado en algunas jurisdicciones constitucionales, en especial allí donde existen técnicas de amparo, es la de si en el ámbito de protección que desenvuelve la jurisdicción constitucional entra el respeto al Derecho Comunitario por parte de los poderes públicos nacionales. Ello exige como premisa la aceptación de que los mecanismos de aplicación del ordenamiento europeo son asumidos en el ámbito interno porque sólo así su vulneración puede llegar a tener alcance constitucional.

La manifestación más clara de este tema ya ha sido citada: se trata de la construcción de origen alemán en virtud de la cual ignorar los mecanismos de depuración e interpretación del ordenamiento comunitario, y singularmente la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE, supone desde el punto de vista interno una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, constitucionalmente garantizado, lo que es revivable por el Tribunal Constitucional Federal a través del recurso constitucional. En España, otro país dotado de técnica de protección de derechos constitucionales –recurso de amparo–, el Tribunal Constitucional no ha dado este paso, entendiendo que la decisión sobre la pertinencia de plantear cuestiones prejudiciales cae dentro de la órbita de las potestades de los órganos judiciales (STC 28/1991, de 14-2). No obstante, lo que el Tribunal Constitucional sí ha dejado abierta es la posibilidad de considerar que el desconocimiento del Derecho Comunitario puede llegar a suponer una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución afirmando que éste incluye «*el derecho a que no se inapliquen las leyes españolas supuestamente incompatibles con el ordenamiento comunitario... sin que se observen las garantías en él previstas (especialmente el previo planteamiento de la cuestión prejudicial...)* y *sin que la inaplicación quede motivada y fundada en derecho*» (STC 58/2004, de 19-4 –*Tasa fiscal del juego*–). Ciertamente, se trata de un control muy excepcional. Dicho control del Tribunal Constitucional se limita, por

⁴⁸ Véase, por ejemplo, R. ALONSO, «Los tribunales constitucionales y el control del derecho interno conectado con el comunitario», *Revista General de Derecho Administrativo* 11, 2006, I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, cit., pgs. 396 y ss., o P. PÉREZ TREMPES, *Constitución española y Comunidad Europea*, cit., pgs. 163 y ss.

⁴⁹ El Consejo de Estado español, en su *Informe sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*, núm. 1/2007, de 14 de febrero de 2008, se enmarca en esta posición haciendo la propuesta de atribuir al Tribunal Constitucional «*la competencia para expulsar del ordenamiento español la Ley disconforme con el ordenamiento comunitario*» (apdo. 2.6, pg. 362).

lo que ahora interesa, a un control externo que se concreta básicamente en que no exista «irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente de carácter fáctico», conceptos todos ellos que se interpretan de manera muy estricta para no invadir el campo de actuación de la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, la estimación de un recurso de amparo por vulneración judicial del Derecho Comunitario sólo será posible en supuestos extraordinarios, como fue el caso de la STC 58/2004, de 19-4⁵⁰. Esta construcción, por otra parte, puede tener otro efecto: evitar, al menos en casos muy extremos, que el Estado incurra en responsabilidad por incumplimiento judicial del Derecho Comunitario según la doctrina sentada en las SSTJCE asunto *Köbler* (C224/01) de 30-9-2003 y asunto *Traghetti del Mediterraneo* (C 173/03), de 13-6-2006.

Los tribunales constitucionales no hacen uso, por lo general, de los mecanismos procesales de colaboración con el Tribunal de Justicia. La última cuestión a analizar en este apartado es la de en qué medida las jurisdicciones constitucionales usan las técnicas procesales de relación con el Tribunal de Justicia, singularmente la cuestión prejudicial del art. 234 TCE. La cuestión prejudicial, sea de interpretación sea de validez, es, como es sabido, el mecanismo central de relación entre la jurisdicción comunitaria y las jurisdicciones nacionales, hasta el punto de que, como se ha visto, la propia jurisdicción constitucional ha dado, en ocasiones, dimensión constitucional a su correcto uso por parte de los jueces y tribunales nacionales. El tema se plantea de otra manera cuando se trata de determinar si las jurisdicciones constitucionales utilizan o no este mecanismo de colaboración. De nuevo nos encontramos con una manifestación de la tensión integración-Estado, aunque circunscrita a la relación interjurisdiccional: los tribunales constitucionales intentan preservar su posición como jurisdicción suprema frente a la posición del Tribunal de Justicia, intérprete supremo y jurisdicción suprema del orden jurídico comunitario.

También esta cuestión se presenta de manera singular según los ordenamientos y sería prolijo exponer ahora las claves de cada uno de ellos⁵¹. Baste con indicar algunas ideas, además de la ya señalada del origen en buena medida formal o jerárquico de la negativa de varios tribunales constitucionales a plantear cuestiones prejudiciales, aunque se revista con argumentos jurídicos. En primer lugar, esta negativa no ha sido absoluta ya que varios tribunales constitucionales han suscitado cuestiones prejudiciales: es el caso

⁵⁰ Véase, por ejemplo, J. I. UGARTEMENDÍA, «El “recurso” a la prejudicial (234 TCE) como “cuestión” de amparo (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril de 2004)», *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 11, 2004, pgs. 441 y ss. Una manifestación de este tipo de control puede verse en el ATC 62/2007, de 26-2 *Normas forales reguladoras del Impuesto de Sucesiones*—.

⁵¹ Véase el análisis realizado al respecto por M. CARTABIA, «El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo* 22, 2007, pgs. 119 y ss.; aunque hecho desde el ordenamiento italiano, es fácilmente extensible a otros ordenamientos nacionales, en especial a aquellos que cuentan con tribunales constitucionales *ad hoc*.

del Tribunal Constitucional austriaco (en 1999 y 2001) y de la Cour d'Arbitrage belga, hoy Tribunal Constitucional (en 1997 y 2005), este último en un asunto tan relevante como la euroorden, dando lugar a la STJCE asunto *Advocaten voor de Wereld VZW*, de 3-5-2007⁵². A estos casos hay que añadir que el Tribunal Constitucional de Portugal, aunque no ha planteado ninguna cuestión prejudicial, sí ha dejado abierta dicha posibilidad en su ATCP 163/1990. Sin embargo, otras jurisdicciones constitucionales han rechazado expresamente la posibilidad misma del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia: es el caso del Tribunal Constitucional español (STC 28/1991, de 14-2), del Consejo Constitucional francés (DCC 540/2006, *Derechos de autor*) o de la Corte Constitucional italiana (ACCI 536/1995). Sin embargo, más recientemente, la Corte Constitucional italiana, que había sido la más contundente a la hora de fundar su negativa a plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, en su ACCI 103/2008, ha modificado su doctrina al respecto aceptando la aplicabilidad de la previsión comunitaria al menos en los juicios en vía principal, planteando una cuestión prejudicial⁵³. La segunda idea a resaltar: la mayor parte de la doctrina viene no sólo a responder, neutralizándolos, a los argumentos de los tribunales constitucionales, sino que reclama el planteamiento de cuestiones prejudiciales por éstos como uno de los medios más eficaces para contribuir a un mejor y más rico constitucionalismo comunitario⁵⁴.

3. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO

La idea que cerraba el apartado anterior permite entrar en la última reflexión relativa al papel de las jurisdicciones constitucionales en el proceso de integración europea: su participación en el proceso de constitucionalización del Derecho Europeo. A ello ya se ha hecho amplias referencias al hablar de la comunitarización del derecho interno puesto que se está ante dos caras de una misma moneda, ante dos procesos jurídicos interrelacionados e interdependientes, por lo que basta aquí con recordar las ideas principales.

El punto de arranque no puede ser otro que la constatación del inicial déficit constitucional del Derecho Comunitario. Ese déficit, denunciado desde distintos ámbitos, tuvo, como se ha visto, una de las voces más severas

⁵² Sobre estas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos de justicia constitucional puede verse C. VIDAL PRADO, *El impacto del nuevo Derecho Europeo en los Tribunales Constitucionales*, cit., pgs.178 y ss.

⁵³ Sobre esta decisión puede verse S. BARTOLE «Pregiudiziale comunitaria ed 'integrazione' di ordinamenti», *Le Regioni*, 2008 (en prensa); M. CARTABIA, «La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo», *Giurisprudenza Costituzionale* 2, 2008, pgs. 1312 y ss., o F. FONTANELLI y F. MARTINICO, «Cooperative antagonists. Court and Preliminary Reference: are we dealing with a turning point?», *Eric Stein Working Papers*, 5/2008.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, R. ALONSO, *Justicia constitucional y Unión Europea*, cit., pgs. 47 y ss. o M. CARTABIA, «El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia», cit., pgs. 218 y ss.

en la actitud de algunos tribunales constitucionales, singularmente el alemán y el italiano –al que posteriormente se unieron otros–, que exigieron el respeto a los principios y valores constitucionales básicos para allanar el camino interno a la integración misma. El Tribunal de Justicia fue receptivo a los mensajes enviados y, en lugar de aislarse en una «torre de marfil», elaboró toda la jurisprudencia ya reseñada, en especial sobre el valor de los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario, que con posterioridad pasaría a los tratados constitutivos y que actualmente tiene su manifestación formal máxima en la Carta de Derechos Fundamentales de Niza, y que, con independencia de cuál sea su eficacia jurídica concreta, la integración ya no puede entenderse sin declaración de derechos comunitaria, de manera que el «déficit de libertad» ha sufrido un nuevo embate y, posiblemente, en sus términos teóricos más allá de problemas técnicos tanto comunitarios como internos, haya que entender que desaparece.

Lo destacable ahora es, pues, esa contribución realizada en el pasado y, como también se apuntaba, la necesidad de seguir reflexionando sobre la conveniencia de que las jurisdicciones constitucionales participen en el proceso de constitucionalización del Derecho Comunitario incitando la actuación de su intérprete supremo del Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia, aportando construcciones dogmáticas sólidas y detectando problemas constitucionales, contribuyendo, en definitiva, a seguir construyendo el constitucionalismo europeo.