

INTRODUCCIÓN A LA TERCERA PARTE

El único sistema judicial hasta hoy establecido para la protección de los derechos para que estos derechos prosperen y dejen de ser consuetudines. Ante la manipulación de derechos, se hace necesario un control judicial de estado para el particular tenga siempre la oportunidad de acudir al juez cuando estime que sus derechos han sido violados. En consecuencia, un sistema judicial que defienda los derechos fundamentales pero no establezca un mecanismo de recursos que garantice su efectividad se convierte en letra muerta.

Ciertamente, cuando hablamos de la garantía judicial de los derechos fundamentales, los hechos nos enseñan que en muchos casos la consecuencia se ha producido a

TERCERA PARTE

LA GARANTÍA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS COMUNIDADES EUROPEAS: INSUFICIENCIAS E INTERFERENCIAS

La garantía judicial de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas se fundamenta en un catálogo escrito de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales se protegen judicialmente en las CCEE a través de la labor del TJCE y últimamente también del TPI. Sin embargo esta garantía judicial presenta fallos que se manifiestan en carencias y en ciertas interferencias con el sistema de protección de los derechos fundamentales. Esto nos permite valorar de modo sumamente positivo la labor preparatoria de la labor de los derechos fundamentales insólita y aserpelizada aún hoy por el juez comunitario.

Con respecto al procedimiento judicial de protección de los derechos fundamentales en las CCEE, cabe señalar al mismo los límites e críticas. Las quebras que afectan al sistema y que imparten seriedad en la máxima labor de protección otorgada y ejercida por el TJCE. Desde estas críticas se flanca al modo en que el TJCE garantiza la protección de los derechos fundamentales proviene de fuera del sistema comunitario y consisten en las interferencias e censuras que recibe el sistema de protección de los derechos fundamentales de las CCEE por parte de sistemas jurídicos ajenos al Derecho Comunitario. En primer lugar, de los sistemas jurídicos judiciales de tipo constitucional de los Estados miembros que son los órganos supremos del respeto de los derechos fundamentales en territorio nacional. Estos tribunales

INTRODUCCIÓN A LA TERCERA PARTE

En ningún sistema jurídico basta con la enunciación o declaración de unos derechos para que éstos resulten protegidos y dejen de ser conculcados. Junto a la enunciación de derechos, se hace necesario su garantía judicial de modo que el particular tenga siempre la oportunidad de acudir al juez cuando estime que sus derechos han sido violados. En consecuencia, un sistema jurídico que defina los derechos fundamentales pero no establezca un mecanismo de recursos que garanticen su efectividad se convierte en letra muerta. Curiosamente, cuando hablamos del sistema de protección comunitario de los derechos fundamentales, los hechos nos obligan a afirmar que los acontecimientos se han producido al revés de como acontecen en la mayoría de los sistemas jurídicos. En efecto, en las CCEE, la garantía judicial de los derechos fundamentales -que se remonta a 1969- ha precedido a la elaboración de un catálogo escrito de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales se protegen judicialmente en las CCEE a través de la labor del TJCE y últimamente también del TPI. Sin embargo esa garantía judicial presenta fisuras (por un lado, insuficiencias o carencias y por otro interferencias con otros sistemas de protección de los derechos fundamentales). Ello nos impide valorar de modo totalmente positivo la labor pretoriana de tutela de los derechos fundamentales iniciada y monopolizada aún hoy por el juez comunitario.

Con respecto al procedimiento judicial de protección de los derechos fundamentales en las CCEE, cabe plantear al menos tres fisuras o críticas, tres quiebras que afectan al sistema y que proyectan sombras en la meritoria labor de protección ideada y ejecutada por el TJCE. Dos de esas críticas o fisuras al modo en que el TJCE garantiza la protección de los derechos fundamentales provienen de fuera del sistema comunitario y consisten en las interferencias y censuras que recibe el sistema de protección de los derechos fundamentales de las CCEE por parte de sistemas jurídicos ajenos al Derecho Comunitario. En primer lugar, de los máximos órganos judiciales de tipo constitucional de los Estados miembros, que son los garantes supremos del respeto de los derechos fundamentales en territorio nacional. Estos tribunales

internos a menudo ponen en duda los principios comunitarios o el método de garantía de los derechos fundamentales en las CCEE -que consideran menos protector que su sistema, apoyado en una Constitución con declaración de derechos. En segundo lugar, la crítica y las interferencias a menudo provienen de los órganos del CEDH, garantes en el marco europeo de la protección de los derechos fundamentales contenidos en el CEDH y en sus protocolos para aquellos Estados que sean parte en ellos. La Comisión y el Tribunal europeos de derechos humanos se encuentran, cada vez con mayor asiduidad, en la tesitura de tener que admitir litigios en los que se demanda a las CCEE o a sus Estados miembros por una actuación comunitaria, o bien asuntos que han sido previamente oídos por las instancias judiciales de las CCEE, o simplemente casos en los que el objeto de la controversia o de interpretación hace referencia al Derecho Comunitario y a normas comunitarias. Por estas dos vías ajenas al Derecho Comunitario, el sistema judicial de protección de los derechos fundamentales padece una crítica severa. Tanto los órganos constitucionales de los Estados miembros como los del CEDH acaban ejerciendo, aunque sólo sea indirectamente, un control sobre la labor del TJCE y le recuerdan con frecuencia sus limitaciones en materia de protección de derechos fundamentales¹⁴¹⁶.

A estas dos críticas externas al sistema comunitario -pero que inciden claramente sobre él deslegitimándolo- se añade una tercera al procedimiento de garantía de los derechos fundamentales que proviene de dentro del propio sistema y que se deriva del restringido acceso con el que cuenta el particular para acudir al juez comunitario cuando considera lesionado uno de sus derechos fundamentales como consecuencia de la actuación comunitaria. Difícilmente podrá ser considerado un sistema judicial como garante sin ambages de los derechos fundamentales si pone barreras a la protección de esos derechos fundamentales obstaculizando y limitando el acceso ante sí de los individuos en casos que claramente afecten a los derechos fundamentales de la persona.

En los tres capítulos siguientes estudiaremos los términos de estas tres críticas al procedimiento de garantía de los derechos fundamentales en el ámbito de las CCEE. Se trata

¹⁴¹⁶ VOLCANSEK también identifica estas dos fuentes de conflicto en potencia contra la labor del TJCE en materia de derechos fundamentales: los tribunales constitucionales de los Estados miembros y los órganos del CEDH (VOLCANSEK, Mary L.: "The European Court of Justice: Supranational Policy-Making", en *West European Politics*, 1992, vol.15, nº3, pp.107-121, p.117).

de tres críticas diferentes, que tienen distinto protagonista (los tribunales constitucionales en la primera crítica, los órganos del CEDH en la segunda y el individuo en la tercera) y también distintas consecuencias jurídicas, a saber: en la primera crítica, la consecuencia o el riesgo consiste en la puesta en cuestión de la primacía del Derecho Comunitario y de la legitimidad “constitucional” del TJCE para defender que su sistema de protección de derechos fundamentales no sea sometido al control de instancias constitucionales nacionales. En la segunda crítica, la deslegitimación de la labor de protección de los derechos fundamentales del TJCE si los órganos del CEDH ejercen un control externo de la jurisprudencia del juez de Luxemburgo con base en el CEDH y como resultas de ese control contradicen la jurisprudencia de los órganos de Luxemburgo en materia de derechos fundamentales. En la tercera, la ineffectividad y el cuestionamiento del sistema de protección diseñado por el juez comunitario si éste persiste en someter a requisitos difícilmente franqueables la presentación de casos que afecten a derechos fundamentales. En los tres casos, las eventuales consecuencias negativas afectan al grado de confianza que se deposita en la garantía judicial de los derechos fundamentales en las CCEE.

CAPÍTULO X

LA CRÍTICA Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL A LA LABOR DEL TJCE

1. Planteamiento general

Quizá una de las maneras más gráficas de demostrar hasta qué punto la actuación del TJCE está sujeta a controversia y cómo su uso un tanto *sui generis* del Derecho Constitucional de los Estados miembros como fuente de inspiración de principios generales del derecho es, cuanto menos, polémico, se encuentra en la contestación que la jurisprudencia del TJCE y el ordenamiento jurídico comunitario en general está sufriendo de manos de los tribunales constitucionales de los Estados miembros¹⁴¹⁷.

La misión de los tribunales constitucionales consiste, al fin y al cabo, en velar por el respeto de los preceptos constitucionales, y en ejercicio de esta labor se han encontrado con que la eventual violación de éstos (incluidos los preceptos constitucionales que articulan el régimen de derechos individuales y libertades fundamentales) puede proceder de las instituciones comunitarias, las cuales se libran del control constitucional interno por tratarse de instituciones que pertenecen a otro ordenamiento jurídico.

¹⁴¹⁷ A este fenómeno WEILER lo denomina “pockets of resistance” en WEILER, Joseph H.H.: “Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration”, en *Journal of Common Market Studies*, 1993, vol.31, nº4, pp.417-446.

El malestar de los tribunales constitucionales, especialmente en materia de derechos fundamentales, se ha dejado sentir desde los años 70 a través de su jurisprudencia. Obviaremos el estudio histórico de las primeras sentencias a través de las cuales los tribunales constitucionales plasmaron su descontento hacia el Derecho Comunitario, por haber sido tratadas anteriormente. Sin embargo, consideramos interesante analizar las sentencias actuales de estos órganos judiciales en las que éstos cuestionan el modo en que el TJCE, a través de un sistema de protección pretoriano, ha ido aumentando sus poderes, entre otras, en materia de derechos fundamentales. Estas sentencias críticas de los tribunales constitucionales constituyen una prueba más de que el sistema de protección jurisprudencial de los derechos fundamentales ideado por el TJCE quizá no sea el más apropiado, al menos si no se completa con otro tipo de medidas de tipo legislativo.

Los tribunales constitucionales que protagonizaron en los 70 la revuelta en contra de un Derecho Comunitario que vulneraba en su opinión principios básicos de sus ordenamientos constitucionales, nunca confiaron lo suficiente en el TJCE como para hacer dejación de forma absoluta de sus facultades de revisión de actos de Derecho Comunitario derivado contrarios a su Derecho Constitucional. Incluso si, una vez que la actividad del TJCE les ofreció más garantías al comprometerse éste a proteger los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, los tribunales constitucionales alemán e italiano decidieron en los 80 inhibirse en su control de constitucionalidad de actos comunitarios o de aplicación del Derecho Comunitario, su inhibición no fue ni incondicional ni a perpetuidad, sino que lo fue mientras se protegieran en las CCEE los derechos fundamentales al mismo nivel que éstos se protegen en sus constituciones. Un dato a favor de esta tesis se comprueba en el hecho de que en la sentencia SOLANGE II del Tribunal Constitucional alemán, no se dice en ningún momento que el alto tribunal renuncie al control de constitucionalidad sobre los actos comunitarios porque se considere incompetente para ejercer tal control, sino que se hace notar simplemente que el Tribunal Constitucional alemán ha decidido no ejercer esa competencia. Ello, *a contrario sensu*, quiere decir que el Tribunal de Karlsruhe se considera competente para ejercer ese control de constitucionalidad pero que, de momento y mientras la labor de protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario le ofrezca suficientes garantías, no lo hará. Parafraseando el viejo dicho de que uno no puede dar lo que no tiene, podríamos decir que, en este caso, uno puede decidir no ejercer sólo los poderes que efectivamente posee.

Otro tanto se puede decir de la sentencia GRANITAL del Tribunal Constitucional italiano, donde jamás se asegura que en un futuro el tribunal vaya a dejar de ejercer su control de constitucionalidad sobre la normativa dictada en aplicación de los tratados¹⁴¹⁸.

En consecuencia, a nadie debe extrañar el que a finales de los 80 las críticas de los tribunales constitucionales arreciaran con mayor fuerza y virulencia si cabe, demostrando que su anterior jurisprudencia del tipo GRANITAL-SOLANGE II sólo significó un respiro o una tregua para el TJCE y el derecho Comunitario, pero en ningún caso la firma de la paz o el cese total de hostilidades. Los tribunales constitucionales, como garantes de la constitucionalidad de las normas que se aplican en sus países, se sienten responsables de cómo el Derecho Comunitario incida en sus constituciones. Por ello nos encontramos con que, hoy por hoy, no sólo han resurgido las críticas de los tribunales constitucionales tradicionalmente enfrentados al modo en que se está llevando a cabo la integración europea, sino que a ellos se han unido los comentarios de reproche de otras instancias con competencias constitucionales, como son el Tribunal Constitucional español y el Consejo Constitucional francés. Incluso se podrían añadir las críticas realizadas por los tribunales británicos, aunque este último caso es más complejo porque en este país, a falta de una Constitución escrita y de instancia judicial propiamente dicha que ejerza en exclusiva funciones constitucionales, son los tribunales ordinarios los que han contestado el Derecho Comunitario, llegando estos asuntos en algunos casos hasta la Cámara de los Lores, donde se han discutido por tratarse de una cámara de apelación.

Antes de proceder al análisis de esta jurisprudencia, conviene aclarar dos cuestiones preliminares: en primer lugar, no todos los casos que se han sustanciado en los últimos tiempos ante instancias constitucionales internas sobre las relaciones no siempre idílicas entre el Derecho Comunitario y el Derecho Constitucional, han versado siempre sobre derechos fundamentales. Sin embargo, por su relevancia como hitos en esta materia y por sus consecuencias jurídicas, todas ellas serán mencionadas en esta sede. En segundo lugar, justo es reconocer que algunos de los casos que serán tratados no constituyen en sí críticas a la

¹⁴¹⁸ En palabras de un autor italiano: “La Corte ha però mantenuto (o dichiarato di mantenere) il controllo di costituzionalità sulle leggi nazionali che disconoscono l’efficacia del diritto comunitario, come pure quello in ordine alle norme di esecuzione dei Trattati in riferimento ai principi fondamentali della costituzione e ai diritti inalienabili della persona”, en página 12 de SORRENTINO, Federico: *Profili Costituzionali dell’Integrazione Comunitaria*, 1994, G.Giappichelli Editore, Torino.

labor comunitaria, sino que consisten en declaraciones constitucionales en las que se mantenía la necesidad de la previa reforma constitucional si el Estado en cuestión pretendía firmar y ratificar el TUE. En efecto, tanto en Francia, como en España y en Alemania, se dudó sobre la constitucionalidad de ciertas disposiciones del tratado de reforma de los tratados constitutivos de las CCEE de 1992 (el TUE). Por ello, se les planteó a estas instancias constitucionales si era necesaria la previa revisión constitucional para poder ratificar el tratado. No estamos en estos casos ante resoluciones judiciales en las que, a raíz de un asunto planteado ante ellos con conexión comunitaria, éstos aprovechen para poner en cuestión principios comunitarios, sino ante casos en los que, de modo muy razonable, los tribunales constitucionales aludidos confrontan sus textos constitucionales con el texto del TUE para así evitar la ratificación de un convenio internacional contrario a la Constitución (lo cual está prohibido por el art.95.1 de la Constitución española, por el 93 de la Ley Fundamental de Bonn, y por el 54 de la Constitución francesa). Independientemente de ello, al hilo de la argumentación de cada tribunal en este último tipo de supuestos, se pueden intuir en mayor (caso alemán) o menor medida (caso francés) críticas veladas al proceso de integración europea.

Resulta interesante destacar que existen otras instancias constitucionales que han quedado al margen de toda la polémica sobre la constitucionalidad de la normativa comunitaria ya en vigor (Derecho derivado y normas de aplicación del Derecho Comunitario) o sobre la que se preveía como eventual o futura normativa comunitaria (el TUE)¹⁴¹⁹. Sobre esta cuestión, un análisis de la jurisprudencia de tipo constitucional de otros Estados miembros demuestra que, en ellos, la polémica no se ha desatado.

2. Análisis de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Constitucional en los Estados que no han protagonizado revueltas constitucionales

Comenzando por Bélgica, se puede decir que en este país, desde el primer caso que se presentó ante su Tribunal de Casación alegando la primacía y otros principios del ordenamiento comunitario, este tribunal reconoció la primacía de la norma comunitaria sobre

¹⁴¹⁹ Aunque no todos los Estados miembros de las CCEE tienen un tribunal constitucional como tal, todos ellos poseen de alguna manera órganos encargados de velar por la correcta aplicación de su Constitución.

la interna¹⁴²⁰. Sin embargo, la incertidumbre se mantenía en relación a la primacía del Derecho Comunitario sobre la norma constitucional¹⁴²¹. En este sentido, su Consejo de Estado ha reconocido la primacía del Derecho Comunitario sobre el nacional, incluso el de carácter constitucional, aunque de modo mucho más reciente¹⁴²². Con respecto a la ratificación del TUE, ello no implicó ningún cambio constitucional. El Gobierno belga prefirió posponer la cuestión constitucional hasta el momento en que más adelante se detallasen las condiciones en las que los nacionales comunitarios podrían ejercer su derecho de voto en Bélgica.

En Dinamarca nunca se ha atacado ninguno de los principios que sustentan el ordenamiento comunitario ni la normativa comunitaria. Por su parte, la ratificación del TUE dio lugar a la convocatoria no de uno sino de dos referéndums. El primero de ellos, convocado en Junio de 1992, arrojó un resultado contrario a la ratificación. En la convocatoria de Mayo de 1993 el resultado fue favorable a la ratificación danesa.

En Luxemburgo, el Consejo de Estado siempre ha reconocido la primacía del Derecho Comunitario y el efecto directo de ciertas de sus disposiciones. Asimismo, ha señalado con claridad meridiana que Luxemburgo ha limitado voluntariamente el ejercicio de sus poderes soberanos en los ámbitos determinados por los tratados, por lo cual no puede ejercer en ellos su control de constitucionalidad¹⁴²³. Tampoco la ratificación del TUE en este país dio lugar a incidente alguno. Se aplicó directamente el procedimiento del art.49bis de su Constitución¹⁴²⁴ sin procederse a revisión constitucional alguna, a pesar de que esta previa revisión constitucional había sido considerada como requisito *si ne qua non* para la ratificación del

¹⁴²⁰ *vide* la sentencia de 27 de Mayo de 1971 del Tribunal de Casación MINISTER FOR ECONOMIC AFFAIRS/S.A. FROMAGERIE FRANCO-SUISSE "LE SKI", en *Common Market Law Review* 1972, pp.330-374.

¹⁴²¹ ERGEÇ, Rusen: "La Consécration Jurisprudentielle de la Primauté du Droit Supranational sur la Constitution", en *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, 1997, p.256, p.256.

¹⁴²² Sentencia del Consejo de Estado Belga de 5 de Noviembre de 1996, nº62.922, ORFINGER/ESTADO BELGA, reproducida en *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, 1997, pp.245-255, donde el órgano judicial afirma: "...l'application du Traité de Rome dans toutes ses dispositions et dans l'interprétation qui en est donnée par la Cour de Justice est la conséquence de l'adhésion de Belgique à l'Union Européenne et qu'elle pourrait toujours être écartée, à l'initiative des autorités belges, en renonçant à cette adhésion ou en renégociant les conditions; qu'aussi longtemps qu'une telle initiative n'a pas abouti, le principe de l'état de droit impose que les règles communautaires soient intégralement appliquées..." (p.255).

¹⁴²³ Todo ello se afirmó en la sentencia del Consejo de Estado de 21 de Noviembre de 1984 BELLION ET AUTRES/MINISTÈRE DU SERVICE CIVIL, en *Paserisie Luxembourgeoise* 1983-1985, pp.175-180.

TUE por el Consejo de Estado, debido a la disposición del TUE relativa a la elegibilidad pasiva y activa de nacionales no luxemburgueses en las elecciones locales¹⁴²⁵.

En los Países Bajos, tampoco se han producido problemas en relación a la aplicación del Derecho Comunitario y a su primacía sobre el derecho interno. Existe una antigua sentencia del Tribunal Supremo neerlandés en la aquel órgano judicial, desoyendo las alegaciones de la parte demandante, evita caer en la tentación de considerarse a sí mismo como intérprete del Derecho Comunitario. En efecto, el Tribunal Supremo dictaminó que cualquier asunto relativo a la aplicabilidad directa del Derecho Comunitario, como implica realizar una interpretación de los tratados constitutivos, no podría ser decidida por este tribunal, sino que debería ser reenviada al TJCE ex art.177 TCE¹⁴²⁶. En cuanto al tema de la ratificación del TUE, ésta fue efectuada sin previa revisión constitucional y siguiendo únicamente los requisitos exigidos por el art.9.1 de la Constitución (aprobación por el Parlamento) al entender el Gobierno que ninguno de los artículos del TUE entraba en conflicto con la Constitución.

El Tribunal Constitucional portugués también ha asumido en todo momento los principios del Derecho Comunitario establecidos jurisprudencialmente por el TJCE (p.ej. efecto directo, primacía del derecho Comunitario, obligación de los Estados miembros de aplicar el Derecho Comunitario desde el momento de la adhesión, etc.). Esto quedó patente en un caso que llegó al Tribunal Constitucional a finales de los 80 y en el que el tribunal concluyó que sólo era susceptible de revisión constitucional la normativa interna por la que se transpusiese o se diese efecto a normativa comunitaria. En la sentencia se dice textualmente que un Estado no puede pretender que sus principios constitucionales prevalezcan sobre el Derecho comunitario derivado de un reglamento aprobado por el Consejo¹⁴²⁷. No obstante, en la doctrina portuguesa hay quien no descarta la posibilidad de que, en un futuro, se pueda cuestionar la conformidad del Derecho Comunitario con la Constitución portuguesa, y más en

¹⁴²⁴ “El ejercicio de atribuciones reservadas por la Constitución a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial pueden ser temporalmente encomendados por vía de tratado a instituciones de Derecho internacional”.

¹⁴²⁵ *vide* LOUIS 1993 *op.cit.*, p.168.

¹⁴²⁶ Sentencia BOSCH GmbH/DE GENS EN VITDENBOGERD de 18 de Mayo de 1962 del Tribunal Supremo, en *Netherlands International Law Review* 1965, pp.318-321.

¹⁴²⁷ Sentencia de 1 de Febrero de 1989 n°184/89 del TC, publicado en *Boletim do Ministério da Justiça* 1989, n°382 pp.194-229, p.209.

concreto, con los derechos fundamentales allí reconocidos¹⁴²⁸. En cuanto al proceso de ratificación del TUE en Portugal, ello no dio lugar a ningún tipo de referéndum o de pronunciamiento judicial. Las contradicciones existentes entre la Constitución y el TUE -en concreto, el monopolio existente hasta entonces de emisión de moneda del Banco de Portugal y el derecho de voto de nacionales de Estados miembros en elecciones locales portuguesas- dieron lugar a una revisión constitucional que se llevó a cabo en el propio Parlamento, siguiendo los requisitos del art.286.2 de la Constitución¹⁴²⁹.

En Grecia se aceptó rápidamente el principio de primacía del Derecho Comunitario y los demás principios básicos del orden comunitario. Así, en 1984 el Consejo de Estado consideró que, en base al art.28 de su Constitución -que trata sobre la posibilidad de ceder competencias soberanas a organizaciones internacionales en su primer párrafo, así como la primacía de las normas del Derecho Internacional desde su ratificación en detrimento de la aplicación del derecho helénico en su segundo párrafo- cualquier conflicto entre una norma interna y otra comunitaria, se debe resolver partiendo de la preferencia por la segunda¹⁴³⁰. La ratificación del TUE no dio lugar en Grecia a ningún tipo de debate ni en el terreno político ni en el jurídico o judicial. La amplitud del tenor literal del citado art.28 de su Constitución, que permite reconocer a organizaciones internacionales competencias previstas por la Constitución mediante ley de ratificación del tratado adoptada por tres quintos de los diputados, así como proceder a restricciones en el ejercicio de la soberanía nacional por aprobación de la mayoría absoluta de los diputados, bastó para que fuese posible jurídicamente la ratificación.

En cuanto a Irlanda, el comienzo de su andadura como socio comunitario precisó ya en su día de una reforma constitucional que le permitiera cumplir las obligaciones exigidas por la pertenencia a las CCEE (en 1972, se produjo la inserción en la Constitución del art. 29.4.3).

¹⁴²⁸ MOURA RAMOS, Rui Manuel: *Das Comunidades à Uniao Europeia*, 1994, Coimbra Editora, p.204.

¹⁴²⁹ “Las modificaciones a la Constitución que fueren aprobadas [por mayoría de dos tercios de los diputados de la Asamblea de la República] serán reunidas en una única ley de revisión”.

¹⁴³⁰ Sentencia nº815/84 del Consejo de Estado, traducida del griego por OPPENHEIMER, Andrew: *The Relationship between European Community Law and National Law: the Cases*, 1994, Grotius Publications, Cambridge University Press, p.577.

Desde entonces, los tribunales irlandeses han facilitado la labor del TJCE¹⁴³¹. Así, en 1987, el Tribunal Supremo reconoció que los poderes legislativos de las instituciones comunitarias implicaban una restricción a la soberanía nacional, la cual había sido ya prevista y aceptada por Irlanda con la reforma constitucional de 1972¹⁴³², razón por la cual las decisiones comunitarias tenían primacía sobre las normas de derecho interno. Pero en la misma sentencia se estableció que la coordinación exigida por el Acta Única Europea (AUE) a los Estados en materia de política exterior impedía la ratificación del AUE a Irlanda, por sobrepasar su tenor el ámbito de competencias y poderes otorgados a las CCEE en virtud de los tratados constitutivos. Para hacer posible su ratificación, en 1987 se realizó una segunda reforma constitucional del art.29.4.3. Este fue el mismo procedimiento empleado para la ratificación del TUE en 1992: mediante una tercera enmienda del susodicho artículo. Ahora bien, antes de esta última reforma constitucional, se convocó una consulta popular para conocer el parecer del pueblo irlandés al respecto. En el referéndum de 18 de Junio de 1992, aquél, por aplastante mayoría, optó por la ratificación del TUE -una vez que las susceptibilidades de la población en el tema del aborto quedaron despejadas con la inclusión en el TUE de un Protocolo Anexo al TUE y a los Tratados Constitutivos de las CCEE en el que expresamente se indica que ninguna norma comunitaria podrá afectar a la aplicación en Irlanda del art.40.3.3. de su Constitución relativo al derecho a la vida del nonato.

¹⁴³¹ Por más que, en general, sea satisfactorio el grado de entendimiento que existe entre, por un lado, los tribunales irlandeses y por otro, el TJCE y los principios por él establecidos, no obstante, ha habido un caso de tensión entre la Constitución irlandesa y la normativa comunitaria que, sin embargo, se solucionó sin enfrentamiento entre ambos. En 1988, el Tribunal Supremo irlandés se vio en la angustiosa tesitura de tener que aplicar un principio comunitario, como es la libertad de circulación, en detrimento de un valor constitucional, como es en Irlanda el derecho a la vida del nonato (sentencia del Tribunal Supremo Irlandés de 16 de Marzo de 1988, SPUC/OPEN COUNSELING Ltd., en *Common Market Law Review* 1988, pp.443-462). Ante tal disyuntiva, el Tribunal Supremo acudió al TJCE ex art.177, quien como ya se ha mencionado previamente, salvó la aparente antinomia entre el valor constitucional y el principio comunitario aludiendo a la falta de nexo comunitario del tema que le había sido sugerido. De este modo, el Tribunal Supremo quedaba libre para aplicar al caso el Derecho Constitucional irlandés en toda su extensión, ignorando por tanto un principio comunitario que, en opinión del propio TJCE, no era de aplicación aquí. De este modo, el TJCE salvó una tensa situación y evitó, sin duda, la segura respuesta del Tribunal Supremo irlandés en contra del Derecho Comunitario y de su primacía.

¹⁴³² Sentencia del TS de 18 de Febrero y 9 de Abril de 1987 CROTTY/AN TAOISEACH Y OTROS: Se puede consultar en OPPENHEIMER, Andrew: *The Relationship between European Community Law and National Law: the Cases*, 1994, Grotius Publications, Cambridge University Press, pp.595-627.

3. Análisis de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Constitucional en los Estados que han protagonizado revueltas constitucionales

3.1. Reino Unido

El caso del Reino Unido es uno especial por tratarse del único Estado miembro que no posee una Constitución escrita. En él, la adhesión a las CCEE fue posible gracias a una ley parlamentaria (EECC Act). En el Reino Unido se reconoció el efecto directo del Derecho Comunitario en sucesivos casos sustanciados ante la Cámara de los Lores que, como hemos indicado anteriormente, actúa como cámara de apelación de las sentencias emitidas por los tribunales ordinarios. Entre estos casos, despunta el caso GARLAND/BRITISH RAIL ENGINEERING Ltd¹⁴³³. Pero lo cierto es que a pesar de la aceptación del efecto directo, siguió latente la difícil conciliación de la soberanía parlamentaria y la primacía del Derecho Comunitario, difícil conciliación manifestada en que no fue hasta 1990 con el caso FACTORTAME/SECRETARY OF STATE¹⁴³⁴ cuando fue totalmente aceptada la primacía del Derecho Comunitario.

En efecto, antes del asunto FACTORTAME, la primacía del Derecho Comunitario había sido cuestionada por la Cámara de los Lores y había dado lugar a controversia ante los tribunales internos en una saga de asuntos bastantes recientes que se concentraron en el período entre 1988 y 1990. El primero de ellos (caso PICKSTONE Y OTRAS/FREEMANS PLC) concernía a unas trabajadoras de una fábrica que recibían sueldos inferiores a los de sus compañeros masculinos por idéntico trabajo¹⁴³⁵. Acudieron a un tribunal industrial para reclamar en virtud de la Equal Pay (Amendment) Regulations de 1983 -una ley británica por la que se implementaba la normativa comunitaria en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el campo laboral- así como en virtud del art.119 TCE. El caso llegó en apelación hasta la Cámara de los Lores. En los discursos de los lores en esta cámara, se aprecia su falta de interés y desidia en aplicar la normativa comunitaria, concentrando sus

¹⁴³³ Decisión de la Cámara de los Lores de 22 de Agosto de 1982, en *Appeal Cases* 1983, nº2, pp.751-772.

¹⁴³⁴ Decisión de la Cámara de los Lores de 11 de Octubre de 1990, en *Appeal Cases* 1991, nº1, pp.658-683.

¹⁴³⁵ Decisión de la Cámara de los Lores de 30 de Junio de 1988, en *Appeal Cases* 1989, nº1, pp.66-128.

comentarios en la interpretación de la norma interna de implementación del Derecho Comunitario, y resolviendo el caso en base a ésta¹⁴³⁶.

La cuenta no saldada entre la Cámara de los Lores y el Derecho Comunitario estalló con mayor virulencia si cabe en el primer asunto FACTORTAME (FACTORTAME Ltd/SECRETARY OF STATE FOR TRANSPORT)¹⁴³⁷ provocado por el cambio legislativo protagonizado por el Reino Unido en 1988 a través de su nueva Merchant Shipping Act, según la cual se requeriría a partir de entonces a los buques registrados como británicos, el cumplimiento de una serie de estrictos requisitos que impedirían que compañías no británicas mantuvieran en el registro naviero de este país a sus buques, y que por tanto sus capturas pesqueras se contabilizaran dentro de la cuota pesquera que la CE asignaba al Reino Unido¹⁴³⁸. Del calado y conflictividad de la Merchant Shipping Act nos da fe el que desencadenara, junto a este primer caso ante la Cámara de los Lores, una primera sentencia del TJCE resolviendo un recurso prejudicial¹⁴³⁹, una segunda decisión de la Cámara de los Lores¹⁴⁴⁰, una segunda y hasta una tercera decisión prejudicial del TJCE¹⁴⁴¹.

La causa de esta ley británica era la constatación por parte de las autoridades del país de que un gran número de barcos que figuraban registrados como británicos, en realidad eran propiedad de ciudadanos españoles que ni residían en el Reino Unido, ni dirigían sus negocios en él. Los demandantes (compañías españolas) dudaban de la legalidad de la Merchant

¹⁴³⁶ En este sentido, Lord Keith of Kinkel, ponente del caso, considera innecesario tratar la eventual violación del art.119 TCE: "In the circumstances it is unnecessary to consider the ground upon which the Court of Appeal found in favour of the respondents, namely that art.119 was directly enforceable in such a way as to enable their claim to be supported irrespective of the true construction of the Regulations of 1983" (caso PICKSTONE *cit.*, p.112).

¹⁴³⁷ Decisión de la Cámara de los Lores de 18 de Mayo de 1989, en *Appeal Cases* 1990, n°2, pp.85-153.

¹⁴³⁸ Neville BROWN analiza los casos FACTORTAME desde el punto de vista del abuso de derecho (*abus de droit*) en BROWN, Neville, L.: "Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?" en *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G.Schermers* 1994, vol.II, Deirdre Curtin y Tom Henkels (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, pp.511-525. En especial, sobre los asuntos FACTORTAME, véase páginas 522-524.

¹⁴³⁹ Sentencia de 19 de Junio de 1990, C-213/89, QUEEN/SECRETARY OF STATE FOR TRANSPORT ex parte FACTORTAME, Rec.1990, pp.I-2433ss.

¹⁴⁴⁰ Decisión de 11 de Octubre de 1990, *cit* en *Appeal Cases* 1991, n°1.

¹⁴⁴¹ La segunda sentencia prejudicial del TJCE fue la de 25 de Julio de 1991, C-221/89, QUEEN/SECRETARY OF STATE FOR TRANSPORT ex parte FACTORTAME, Rec.1991, pp.I-3905ss. La última de ellas es la de 5 de Marzo de 1996, C-46/93 y 48/93, AS.AC.BRASSERIE DU PÊCHEUR SA/BUNDESREPUBLICK

Shipping Act a la vista de las disposiciones de los tratados constitutivos, y por ello presentaron una demanda ante los tribunales ordinarios (Divisional Court). El caso llegó hasta el TJCE ex art.177 TCE, pero en tanto se fallase, los demandantes pidieron que a nivel interno se tomaran medidas provisionales (interlocutory injunction) que permitieran a sus barcos seguir estando matriculados como británicos en tanto durara el procedimiento. Ello les facultaría para poder seguir faenando y no sufrir pérdidas económicas millonarias.

La Divisional Court garantizó medidas provisionales en este sentido. Sin embargo, el Estado, demandado en el proceso principal, interpuso recurso ante la Court of Appeal, quien rebatió los argumentos de la Divisional Court y estatuyó en sentido contrario a los intereses de los demandantes. Por esta razón, las empresas demandantes apelaron a la Cámara de los Loes.

La Cámara de los Loes emitió su decisión el 18 de Mayo de 1989, confirmando la sentencia del Tribunal de Apelación. No obstante, decidió plantear una cuestión prejudicial al TJCE para saber si un tribunal nacional tenía un derecho o un deber de garantizar medidas provisionales para la protección de eventuales derechos comunitarios cuando ante al TJCE estaba pendiente un asunto (el recurso prejudicial planteado por la Divisional Court) para decidir si tales eventuales derechos realmente existían.

Por su parte, el TJCE decidió dar prioridad a la cuestión prejudicial planteada por la Cámara de los Loes. En su primer fallo, el TJCE mantuvo que de acuerdo con los principios de efecto directo y primacía del Derecho Comunitario, los tribunales nacionales estaban obligados a tomar todas las medidas que aseguraran la primacía del Derecho Comunitario respecto de normas contrarias de derecho interno. Ésta era la respuesta del TJCE frente a la opinión del Gobierno británico manifestada en las alegaciones ante el TJCE en el sentido de que ni la doctrina del efecto directo, ni la de la primacía del Derecho Comunitario podría obligar al Reino Unido a adoptar medidas provisionales que no existían en el ordenamiento jurídico británico¹⁴⁴².

DEUTCHSLAND, THE QUEEN/SECRETARY OF STATE FOR TRANSPORT ex parte FACTORTAME Ltd AND OTHERS, Rec.1996, pp.I-1029ss.

¹⁴⁴² ARACELI MANGAS conecta la posibilidad de obtención de medidas cautelares que suspendan la aplicación de una ley nacional -incluso en los casos en que el sistema procesal interno no permita la suspensión de la ley nacional- con la necesidad de hacer efectivo el principio de tutela judicial efectiva (MANGAS MARTÍN,

La comparación entre lo sostenido por el Reino Unido y por el TJCE es claramente contradictorio¹⁴⁴³. Son patentes sus diferentes puntos de vista directamente respecto a este asunto e indirectamente con respecto a la aplicación en el derecho nacional del Derecho Comunitario.

Tras este pronunciamiento prejudicial, la Cámara de los Lores reconsideró el derecho a obtener medidas provisionales de los demandantes en un fallo cuya interpretación resulta mucho más en línea con el Derecho Comunitario y compatible con sus principios. En efecto, en su decisión de 11 de Febrero de 1990, la Cámara de los Lores por fin reconoce taxativamente y sin ambigüedades que los tribunales ingleses están obligados a dejar sin aplicación la norma interna contraria al Derecho Comunitario. Diametralmente claro es en este sentido el discurso de Lord Bridge en la segunda decisión de la Cámara de los Lores:

"If the supremacy within the European Community of Community Law over the National Law of member states was not always inherent in the E.E.C. treaty (Cmnd 5179-II) it was certainly established in the jurisprudence of the European Court of Justice long before the United Kingdom joined the Community. Thus, whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary. Under the terms of the Act of 1972 it has always been clear that it was the duty of any kind of court, when delivering final judgement, to override any rule of national law found to be in conflict with any directly enforceable rule of Community law... granting interim relief in appropriate cases is no more than a logical recognition of that supremacy"¹⁴⁴⁴.

Sin embargo, la decisión sigue conteniendo algún germen de revuelta contra el poder omnímodo de los actos comunitarios, por cuanto en la página 660 de la misma decisión se plantea la posibilidad teórica de un Estado de derogar derechos que emanan del Derecho Comunitario como modo de asegurar que únicamente los buques con algún tipo de vínculo

Araceli: "Las Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno de los Estados Miembros a la Luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia" en *El Derecho Comunitario y su Aplicación Judicial*, 1993, Cívitas, Madrid, pp.55-96, p.95).

¹⁴⁴³ Para un estudio en profundidad de la teoría que ha desarrollado el TJCE en materia de medidas cautelares, véase: TESAURO, Giuseppe: "Les Mesures Provisoires dans le Système Communautaire", *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, 1993, Tecnos, pp.1241-1254, donde especialmente en las pp.1246-7 se analiza el asunto FACTORTAME.

¹⁴⁴⁴ *Appeal Cases* 1991, nº1, p.659.

británico puedan registrarse como tales y así beneficiar a la industria pesquera local. A pesar de tan inquietante comentario para la unidad del ordenamiento comunitario pronunciado por el ponente ante la Cámara de los lores, ésta falló en favor de la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad ex arts.52 y 221 TCE.

En su fallo de 25 de Julio de 1991, el TJCE dio su parecer en relación a la cuestión prejudicial que en su día le fue presentada por la Divisional Court. En relación a ella, el TJCE consideró que aunque corresponde a los Estados miembros dictar la normativa interna de registro de buques, sin embargo en el ejercicio de sus facultades no podían ignorar el Derecho Comunitario. Y, en concreto, es contrario al Derecho Comunitario discriminar a los nacionales de Estados miembros en materia de registro de buques, exigiendo la nacionalidad británica o la residencia en el Reino Unido a sus propietarios. Ahora bien, nada en el Derecho Comunitario estaba en contra de la exigencia por parte de un Estado a los propietarios de los buques allí registrados de que la operación y dirección del buque en cuestión se ejercieran en el Reino Unido.

Sorprendentemente, este tema de la Merchant Shipping Act aún dio lugar a un tercer pronunciamiento prejudicial del TJCE planteado una vez más por la Divisional Court. Este tribunal dudaba si la obligación para un Estado de indemnizar por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho Comunitario que le fueran imputables (en este caso, por los daños causados a los propietarios españoles de los buques matriculados como británicos por los perjuicios sufridos debido a la prohibición de faenar que tuvieron que soportar durante cierto tiempo -hasta que se adoptaron las medidas cautelares exigidas por la primera sentencia prejudicial del TJCE-) es también aplicable cuando el incumplimiento reprochado se atribuye al poder legislativo -que fue quien aprobó la ley censurada. A ello el TJCE respondió que la obligación de reparar es válida para cualquier supuesto de violación del Derecho Comunitario, independientemente de qué órgano sea el que incumple, de acción u omisión, su obligación. A ello responde el TJCE que la obligación es válida para cualquier supuesto de violación del Derecho Comunitario causado por un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano que haya incumplido su deber.

De este modo fue tardíamente aceptada la primacía del Derecho Comunitario sobre el derecho británico. Fue necesaria por tanto una compleja saga de pronunciamientos judiciales

interconectados protagonizados por jueces internos, Cámara de los Lores y TJCE en relación a la industria pesquera. Justo es reconocer, en cualquier caso, que ello lo que demuestra es una ágil, presta y confiada colaboración entre los órganos judiciales internos y el comunitario¹⁴⁴⁵.

Respecto al tema de la ratificación del TUE, la Queen's Branch Division de la Divisional Court admitió a trámite un recurso de un particular que pretendía que este país no podía ratificar el tratado porque su política social y su Título V (Disposiciones relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común) encerraban una renuncia a competencias soberanas que nunca habían sido cedidas por el Reino Unido a las CCEE¹⁴⁴⁶. El recurso fue rechazado, pero una secuela suya la encontramos en el modo en que se ratificó el TUE en el Reino Unido: excluyendo todas las nuevas medidas de política social del texto principal del tratado.

3.2. España

El Tribunal Constitucional (TC) español se ha sumado por razones obvias de manera tardía a los planteamientos críticos hacia el Derecho Comunitario liderados desde los 70 por los tribunales constitucionales alemán e italiano, si bien es cierto que su postura no resulta tan agresiva hacia la unidad y uniformidad del ordenamiento comunitario como la de sus homólogos alemán e italiano.

El debate ante el TC se ha centrado en un punto, a saber, la solución que había de darse a casos de posible contradicción entre una norma comunitaria y una interna. Sin embargo, tal controversia se abrió en dos frentes. El primero de ellos sería el de aquellos asuntos en los que la contradicción parecía producirse entre una ley interna y una norma de Derecho Comunitario derivado. El segundo de esos frentes estaría representado por aquél caso

¹⁴⁴⁵ Sin embargo, CAPPELLETTI sostiene que la situación en el Reino Unido aún no es clara en cuanto a la aceptación de la primacía del Derecho Comunitario se refiere, siendo la posición de la House of Lords ambivalente (CAPPELLETTI, Mauro: "Balance of Powers, Human Rights and Legal Integration: New Challenges for European Judges", en *Essays in Honour of John Henry Merryman*, 1990, Dunker & Humblot, Berlín, pp.341-352, p.349).

¹⁴⁴⁶ Sentencia de 30 de Julio de 1993, THE QUEEN/SECRETARY OF STATE FOR FOREIGN AND COMMONWEALTH AFFAIRS ex parte LORD REES-MOGG, en *All England Law Reports* 1994, nº1, p.57.

en el que la contradicción se produjera entre una norma comunitaria originaria que aún no estaba en vigor (TUE) y la Constitución española¹⁴⁴⁷.

Por lo que se refiere a los casos en los que se ha planteado la incompatibilidad entre una norma comunitaria y una ley interna, se han producido dos casos significativos muy próximos en el tiempo y con similar argumentación por parte del TC¹⁴⁴⁸. En el primero de

¹⁴⁴⁷ Dejamos al margen de nuestro análisis los casos que se han presentando ante otros órganos judiciales españoles diferentes del TC sobre su modo de concebir las relaciones con el Derecho Comunitario. Nuestro estudio se centra en la respuesta que el Derecho Comunitario ha recibido por parte de la instancia judicial que garantiza la conformidad con la Constitución de la normativa interna. Quede dicho de cualquier modo que la recepción de los principios comunitarios (sobre todo de la primacía y del efecto directo y la colaboración entre los tribunales nacionales y el TJCE a través de la art.177 TCE) ha sido desigual en España, y ha sufrido altibajos cuya mejor manifestación se encuentra en las sentencias del Tribunal Supremo.

A modo de breve reseña de las sentencias más significativas, diremos que en 1988, los principios de primacía y efecto directo fueron retados por el TS en su sentencia de 21 de Diciembre de 1988 (caso 9680, en *Aranzadi: Repertorio de Jurisprudencia* 1988, vol.VI, pp.9475-9477) con frases como las siguientes: “La adhesión de España, sin embargo, no importa, en primer lugar, una derogación tácita de la legislación interna vigente, al menos en materia de derecho penal, que se pudiera oponer a los principios de la CEE” (p.9475). “Asimismo no resulta del Tratado de Adhesión, ni del tratado constitutivo, que los principios institucionales que ambos contienen puedan ser invocados en forma directa como derechos subjetivos con capacidad para operar como causas de justificación” (p.9476).

Sin embargo, posteriormente estos dos principios fueron aceptados y reconocidos en su sentencia de 17 de Abril de 1989 (caso 4524, en *Aranzadi: Repertorio de Jurisprudencia* 1989, vol.IV, pp.5237-5239) en la que se señala: “La consecuencia más elemental de esta eficacia [de la normativa comunitaria] inmediata y directa, así como de su situación en lo alto de la escala normativa, consiste en su prevalencia respecto de cualquiera otra disposición general interna (incluso con rango de ley) que obstaculice, perturbe o disminuya su aplicación” (p.5238).

Curiosamente, más adelante volvió a ser puesto en cuestión el efecto directo de directivas no traspuestas en plazo en varias sentencias. La primera de ellas (sentencia de 13 de Julio de 1991, caso 5985, en *Aranzadi: Repertorio de Jurisprudencia* 1991, vol.IV, pp.7992-7994) fue ampliamente criticada por el hecho de que en ella el Tribunal Supremo rechazó plantear un recurso prejudicial al TJCE, a pesar de que éste tenía pendiente ante él en esos momentos un caso con idéntico objeto de discusión, en concreto el asunto FRANCOVICH Y BONIFACI/REPÚBLICA ITALIANA (as.ac.C-6/90 y 9/90, Rec.1991, pp.I-5357ss) cuya sentencia vio la luz el 19 de Noviembre de 1991, poco después por tanto de la del Tribunal Supremo español. En otra posterior (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Julio de 1993, nº6752, *Aranzadi: Repertorio de Jurisprudencia*, 1993) se declaró sin ambages que las directivas carecían de efecto directo.

En general y siguiendo a LIÑÁN Y ROBLES (LIÑÁN NOGUERAS, Diego y ROBLES CARRILLO, Margarita: “La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España (Años 1993, 1994 y 1995)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, vol.1, pp.111-173) podemos afirmar que “la valoración que merece la aplicación judicial del Derecho Comunitario es, en términos generales, satisfactoria... Hay, como en casi todo, significativas excepciones” (p.221). En relación al planteamiento de la cuestión prejudicial “...se mantiene la tendencia de los órganos jurisdiccionales superiores a prescindir de este mecanismo o recurrir a la doctrina del acto claro para eludir, a veces con razón pero en muchas ocasiones sin ella, el planteamiento de dichas cuestiones” (p.136). “Una cierta moderación debe presidir también la valoración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo que concierne a la aplicación de los principios de primacía y efecto directo” (p.162). “Junto a estas sentencias que, como otras, acreditan una buena comprensión de la cuestión de la eficacia directa de las directivas, se localizan ciertas resoluciones judiciales que no acaban de asumir dicha cuestión” (p.167).

¹⁴⁴⁸ Ambos casos son objeto de detallado estudio por parte de PÉREZ TREMPs, Pablo: *Constitución Española y Comunidad Europea*, 1994, Cívitas, en pp.163-167.

ellos¹⁴⁴⁹, el Parlamento Vasco planteó la posible inconstitucionalidad de la L.O.1/1987 en sus artículos 211.20 y 214 que modificaban a su vez la L.O.5/1985 del Régimen Electoral General (LOREG) que establecían a partir de ese momento la incompatibilidad para el desempeño simultáneo de los cargos de diputado en el Parlamento Europeo y de miembro de una cámara autonómica. Tal incompatibilidad era rechazada por los diputados de la cámara vasca, muchos de cuyos miembros simultaneaban ambos cargos. El Parlamento Vasco alegaba que los artículos impugnados de la LOREG en su nueva redacción eran contrarios al art.5 de la Decisión del Consejo CEE 76/787 sobre Elecciones al Parlamento Europeo (conocida como Acta Electoral Europea), el cual no establecía ningún tipo de incompatibilidad entre estos dos tipos de cargo, por lo que, en su opinión, si el texto comunitario no distinguía, no era lícito que distinguiera el legislador nacional. Siempre en opinión del Parlamento vasco, como el Reino de España tenía la obligación desde su adhesión a las CCEE de cumplir con el Derecho Comunitario, la supuesta violación de un acto comunitario (la Decisión 76/787) redundaba en una violación de los arts.93, 96.1 y 9.1 de la Constitución, y por ello tales artículos de la ley orgánica estaban viciados de inconstitucionalidad. Asimismo, el Parlamento Vasco estimaba que la decisión del legislador español de establecer una circunscripción electoral única para las elecciones al Parlamento Europeo para todo el territorio nacional, también era inconstitucional por violación del mismo artículo 5 del Acta Electoral Europea. Por último el País Vasco reclamaba al TC que éste se dirigiera al TJCE en virtud del art.177 TCE para que interpretara si del art.5 del Acta Electoral Europea debía derivarse la incompatibilidad entre la condición de miembro del Parlamento Europeo y miembro de Parlamento Vasco¹⁴⁵⁰.

Empero, el TC estimó que estos planteamientos del Parlamento Vasco estaban viciados desde un principio. A decir verdad, lo que el Parlamento Vasco pretendía era que una supuesta violación de una norma comunitaria por parte de una norma interna, implicase la inconstitucionalidad de la segunda por violación de los artículos de la Constitución que encomiendan al Gobierno y a las Cortes la garantía del cumplimiento de la normativa comunitaria (art.93) y de la incorporación al ordenamiento interno de las normas

¹⁴⁴⁹ Sentencia 28/1991 de 14 de Febrero de 1991, en *Jurisprudencia Constitucional* 1991, tomo XXIX, pp.287-303.

¹⁴⁵⁰ p.298 de la sentencia.

convencionales aceptadas por España (art.96.1), normas a las que quedan sujetos los poderes públicos en virtud del art.9.1 de la Constitución.

El TC no podía aceptar este argumento, que conducía a la metamorfosis de toda infracción del Derecho Comunitario producida en España en una infracción de la Constitución española. El TC marca la diferencia entre los dos ordenamientos jurídicos (el comunitario y el nacional) explicando que sus tribunales responden a distintos parámetros -garantizar la primacía del Derecho Comunitario en el caso del primero y garantizar la primacía de la Constitución española en el caso del segundo¹⁴⁵¹. Esta última frase, interpretada a contrario sensu, puede llevar en un futuro a un conflicto grave entre TJCE y TC: si el TJCE y los tribunales internos tienen que partir de la primacía del Derecho Comunitario, pero uno de esos tribunales internos reclama para sí la misión de asegurar la posición preeminente y el respeto de la Constitución, nos encontramos ante un problema de compleja solución. En este sentido - y aquí es tal vez donde el argumento del TC resulta más crítico hacia el Derecho Comunitario- aunque el tribunal reconoce que "si el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolviera la cuestión y de su decisión se desprendiera que el artículo 5 del AEE y el art.22.2.d. de la LOREG son incompatibles, el órgano jurisdiccional español debería aplicar aquél y no éste, en virtud de la primacía del Derecho europeo..."¹⁴⁵², a renglón seguido parece menospreciar -lingüísticamente al menos- el Derecho Comunitario, con frases que demuestran que, a pesar de admitir formalmente la primacía del Derecho comunitario, consideran las normas contenidas en la Constitución española como más dignas jurídicamente, con más categoría o valor que las europeas. Ejemplo de ello son las frases siguientes:

"Ahora bien, la vinculación señalada no significa que por mor del art.93 se haya dotado a las normas de Derecho Comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales"¹⁴⁵³, "En suma, la eventual contradicción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que *sólo es un*

¹⁴⁵¹ p.294 la sentencia.

¹⁴⁵² p.295 de la sentencia.

¹⁴⁵³ p.299 de la sentencia.

conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria"¹⁴⁵⁴, o "La pretendida contradicción... carece de relevancia constitucional..."¹⁴⁵⁵.

Por último, el TC rechazó estar obligado (como pretendía el reclamante) a remitir una cuestión prejudicial en apreciación de validez al TJCE para que éste interpretara si del art.5 del Acta Electoral Europea debía derivarse la incompatibilidad entre la condición de miembro del Parlamento Europeo y del Parlamento Vasco. EL TC entiende que el problema de la compatibilidad entre la LOREG y el AEE no es un problema constitucional y que el Derecho Comunitario cuenta con su propio sistema de garantías, en el cual no se incluye la figura de este TC.

La primera conclusión de esta primera sentencia es que el TC acepta la primacía del Derecho Comunitario, pero formalmente o con condiciones. En su fuero interno, el TC considera como de mayor jerarquía normativa, más digna, a la Constitución, que es la que permitió el traspaso competencial del Estado a las CCEE. Formalmente se somete a los preceptos comunitarios, pero mantiene la guardia y el recelo por si la normativa comunitaria violase el derecho interno. La segunda conclusión, derivada de la primera, consiste en que el TC manifiesta su reticencia a ser calificado como órgano de última instancia obligado a remitir prejudicialmente al TJCE las controversias que afecten al Derecho Comunitario. La tercera conclusión a destacar de la sentencia es que el TC marca su territorio o su ámbito de actuación, distinguiendo claramente entre lo que es la violación de una norma constitucional (lo cual le compete) y lo que es la violación de una norma comunitaria (lo cual no le compete a él sino a los tribunales ordinarios). La cuarta y última consecuencia es que, en vista de lo anterior, el Parlamento Vasco equivocó la instancia a la cual dirigirse para hacer valer sus pretensiones.

El segundo caso en el que el alto tribunal español se vio enfrentado a la posible incompatibilidad entre una norma comunitaria y otra nacional, estuvo representado por un conflicto sobre derechos de pesca¹⁴⁵⁶. Más específicamente, el caso afectó a una asociación de

¹⁴⁵⁴ p.300 de la sentencia. La cursiva es nuestra.

¹⁴⁵⁵ *Idem*.

¹⁴⁵⁶ Sentencia 64/1991 de 22 de Marzo de 1991, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1991, nº120, pp.87-103.

propietarios de buques de pesca (Asepesco) que recurrió en amparo ante el TC en contra de un acuerdo de la Secretaría General de Pesca de aplicación de la normativa pesquera comunitaria por el que se aprobaba el proyecto de lista de buques españoles autorizados a faenar en los caladeros de la NAFO (North Atlantic Fishing Organization) para un determinado período. La asociación reclamante consideraba que tal acto administrativo era contrario al art.14 de la Constitución española e indirectamente contrario al principio general de igualdad entre empresarios dedicados al sector pesquero formulado en el 2 del Reglamento CEE 101/76¹⁴⁵⁷.

Dejando de lado la cuestión de la compatibilidad de la medida nacional con el art.14 de la Constitución -para enjuiciar la cual sí es competente el TC-, con respecto a su conciliación con el Derecho comunitario, el TC responde en términos similares a los de su sentencia de 14 de Febrero del mismo año, indicando que:

"... no corresponde al tribunal constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho Comunitario europeo. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en cualquier caso, al tribunal de justicia de la CEE a través de un recurso por incumplimiento. La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho Comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión de carácter inconstitucional y por lo mismo excluida del ámbito del proceso de amparo así como de los demás procesos constitucionales"¹⁴⁵⁸.

No obstante, aprovecha la oportunidad para reivindicar la importancia de su rol como intérprete supremo de la Constitución sin perjuicio del reconocimiento formal de la primacía del ordenamiento europeo:

"La adhesión de España a la Comunidad Europea no ha alterado ni el canon de validez en los procesos de amparo ni el carácter del tribunal constitucional como "intérprete supremo de la Constitución" (art.1.1. LOTC) en tales procesos y respecto de las materias sobre las que se ha producido, en favor de los órganos comunitarios, la atribución del "ejercicio de

¹⁴⁵⁷ p.89 de la sentencia.

¹⁴⁵⁸ p.99 de la sentencia.

competencias derivadas de la Constitución" (art.93 de la Constitución). En efecto, la vinculación al Derecho Comunitario -instrumentada, con fundamento en el art.93 de la Constitución, en el Tratado de Adhesión- y su primacía sobre el Derecho nacional en las referidas materias no pueden relativizar o alterar las previsiones de los arts.53.2 y 161.1b de la de la Constitución"¹⁴⁵⁹.

Por las razones citadas en el párrafo previo, el TC considera que el recurso de amparo no se puede fundamentar más que en la supuesta lesión de derechos fundamentales y libertades públicas enunciados en la Constitución española, no en la supuesta violación del Derecho Comunitario. El TC llega a dar la pista sobre qué tipo de casos conectados con el orden comunitario sí podrían ser oídos por el TC en amparo, a saber, actos dictados en ejecución del Derecho Comunitario y en los que se lesione un derecho fundamental protegido por la Constitución española¹⁴⁶⁰. Por tanto, *a contrario sensu*, el TC parece renunciar a cuestionar la validez constitucional de actos dictados por las instituciones comunitarias, cosa que desde luego aparece mucho más oscura en la actual jurisprudencia del TC italiano¹⁴⁶¹.

Así, de este modo, el TC deniega los amparos solicitados por dos razones: en primer lugar, por no considerar vulnerado el art.14 de la Constitución. En segundo lugar, por negarse a enjuiciar, en buena lógica, la compatibilidad del acto administrativo de la Secretaría de Pesca con normas comunitarias¹⁴⁶².

De idéntico modo, en el asunto 147/96, el TC desecha los argumentos basados en la adecuación o no de una norma interna de etiquetado de productos con una directiva porque considera que no es competencia suya pronunciarse sobre la compatibilidad de una norma

¹⁴⁵⁹ *Idem*.

¹⁴⁶⁰ Al adoptar este razonamiento, el TC establece un ámbito material de jurisdicción propio más amplio que el que le auguraba el Abogado del Estado, para quien los actos españoles de ejecución del Derecho Comunitario no estarían sujetos a control de constitucionalidad porque en ellos la autoridad nacional no habría actuado como tal sino como órgano comunitario (p.100).

¹⁴⁶¹ *vide* análisis posterior de las sentencias FRAGD y ZANDONÀ.

¹⁴⁶² Jean-Victor LOUIS considera polémica esta sentencia del TC por permitir un control constitucional indirecto de actos comunitarios cuando (en la página 100 de la sentencia) establece que el TC no enjuiciará actos comunitarios, sin perjuicio (con respecto a normas y tratados comunitarios) de lo dispuesto en el art.10.2 de la Constitución. LOUIS parece ver aquí una vía para el control de tratados y normativa de organizaciones internacionales contrarios a los tratados sobre derechos humanos y a la Declaración Universal de Derechos Humanos (LOUIS, *op.cit.*, p.180).

interna y otra comunitaria. Por esta razón resuelve el caso en base únicamente al derecho interno¹⁴⁶³.

Asimismo, se ha consolidado como jurisprudencia constante del TC el considerar al conflicto entre norma comunitaria y norma interna como un conflicto irrelevante constitucionalmente¹⁴⁶⁴ y a la norma comunitaria como infraconstitucional¹⁴⁶⁵. La calificación de la norma Comunitaria como infraconstitucional es reprochada por la doctrina española más autorizada¹⁴⁶⁶.

Las enseñanzas que se pueden extraer sobre el modo en que el TC español concibe sus relaciones con el Derecho Comunitario pueden resumirse como sigue:

En primer lugar, el Derecho Comunitario y el nacional, desde la perspectiva del TC, constituyen un matrimonio mal avenido pero que se tolera. El TC reconoce la primacía del Derecho Comunitario pero deja bien claro que la naturaleza obligatoria de éste no significa que tenga carácter constitucional. Es más, el TC tiene interés en dejar patente que la aceptación por parte de España de la naturaleza obligatoria del Derecho Comunitario es una expresión de la soberanía estatal¹⁴⁶⁷. En segundo lugar, la actuación del TC con respecto al

¹⁴⁶³ Sentencia del TC de 19 de Septiembre de 1996, 147/96, FJ nº3, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1996, tomo XLVI.

¹⁴⁶⁴ Sentencias del TC de 14 de Julio de 1994, nº213/1994, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1994, p.221 y sentencia de 9 de Diciembre de 1996, nº201/1996, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1996, tomo XLVI, pp.795-806, FJ nº2, ésta última sobre la homologación de títulos universitarios obtenidos en otros Estados miembros.

¹⁴⁶⁵ Sentencia del TC de 25 de Marzo de 1996, nº45/1996, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1996, tomo XLIV, pp.495-504, FJ nº6 en un asunto sobre la validez o no en una solicitud de declaración de invalidez presentada ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social por un emigrante retornado de Alemania, de documentos redactados por las autoridades médicas de aquel país en alemán y no traducidos.

¹⁴⁶⁶ Véase p.ej. ROLDÁN BARBERO, Javier e HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M.: “La Aplicación Judicial del Derecho Comunitario en España (1996)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, nº2 (en prensa); LIÑÁN Y ROBLES, *cit.*, p.144. Consúltese asimismo el voto particular del juez GONZÁLEZ CAMPOS a la sentencia 45/1996 *cit.*, p.503. RUÍZ ROBLEDO descubre lo que está realmente detrás de esta consideración del TC de la norma comunitaria como infraconstitucional: el TC no niega la supremacía de la norma comunitaria, pero niega que sea competencia suya comprobar si los tribunales ordinarios han aplicado correctamente esa primacía (RUÍZ ROBLEDO, Agustín: “Sobre la Tutela Judicial Efectiva en un Supuesto Conflicto entre el Derecho Europeo y el Español . Comentario a la STC 45/1996, de 25 de Marzo”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1997, pp.351-368, p.357).

¹⁴⁶⁷ Una interpretación extrema de esta jurisprudencia constitucional llevaría a considerar que si el Derecho Comunitario obliga en España por aceptación voluntaria del Estado en virtud de la soberanía estatal, también podría ser expresión de la soberanía estatal el denunciar los tratados constitutivos de las CCEE en cualquier

Derecho Comunitario merece un juicio positivo, pero en ocasiones resulta incoherente¹⁴⁶⁸ debido a algunas manifestaciones imprecisas y opinables¹⁴⁶⁹. En tercer lugar, ni el Tratado de Adhesión ni el Derecho Comunitario constituyen criterios de constitucionalidad, pero condicionan y afectan al TC en su interpretación de la Constitución hasta el punto de obligarle a ampliar el círculo de beneficiarios del art.14¹⁴⁷⁰. En último lugar, la eventual violación del Derecho Comunitario por parte de normas españolas de aplicación de esa normativa constitucional no es una cuestión constitucional, sino un conflicto entre normas infraconstitucionales. Diferente sería el supuesto si ese acto español de aplicación de normativa comunitaria infringiera derechos contenidos en la Constitución española.

En cuanto al tema de la incompatibilidad entre la Constitución con el TUE¹⁴⁷¹, ello dio pie a la utilización por primera vez desde su aprobación del art.95.2 de la Constitución. En efecto, a pesar de la primigenia opinión del Gobierno, un tanto reacio a solicitar al TC una declaración sobre la compatibilidad entre la Constitución y el TUE y partidario más bien de ratificar el TUE sin previa reforma constitucional en base al art.93 de la Constitución, las varias dudas que le asaltaban y que se iban acumulando sobre la constitucionalidad del TUE, le llevó a pedir al tribunal que emitiera una declaración ex art.95¹⁴⁷². Sin embargo, el Gobierno

momento. Esta lectura no resulta tan descabellada a la vista de lo acontecido en la sentencia sobre el TUE del TC alemán, que posteriormente analizaremos.

¹⁴⁶⁸ LIÑÁN Y ROBLES, *cit.*, p.143.

¹⁴⁶⁹ ROLDÁN E HINOJOSA, *cit.*, en prensa.

¹⁴⁷⁰ Ello se comprueba en la sentencia del TC de 11 de Septiembre de 1995 nº2823/1992, en la que el TC, en aplicación de la normativa comunitaria (en concreto del Acuerdo de Cooperación suscrito entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos en su artículo 41.1 y del precedente ante el TJCE que supuso la sentencia KZIBER, según la cual el art.41.1 del citado acuerdo gozaba de efecto directo y por tanto la CEE debía reconocer a los trabajadores marroquíes el mismo trato en materia de seguridad social que el que ofrece a trabajadores comunitarios) reconoció a un trabajador marroquí en España al que se había despedido, el beneficio a la prestación de desempleo en igualdad de condiciones que a un trabajador nacional.

¹⁴⁷¹ Para obtener un condensado pero completo conocimiento de en qué términos se ha planteado la cuestión de la constitucionalidad del TUE en España, Francia y Alemania, consúltese el interesante estudio comparado de WEBER, Albrecht: "El Control del Tratado de Maastricht por la Jurisdicción Constitucional desde un Perspectiva Comparada", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1995, nº45, pp.31-51.

¹⁴⁷² Declaración de 1 de Julio de 1992 sobre el TUE, en *BOE* de 22 de Julio de 1992 Supl, nº177, pp.2-7. Para un análisis exhaustivo de esta declaración, *vide* el capítulo que Francisco RUBIO LLORENTE dedica a la Constitución Española y el Tratado de Maastricht en su obra *La Forma del Poder* 1993, Centro de Estudios Constitucionales, pp.175-187. *Vide* también CARDONA LLORENS, Jorge: "Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de Julio de 1992 sobre el Tratado de la Unión Europea", en *Noticias de la Unión Europea* 1994, nº118, año X, pp.27-36 y MANGAS, MARTÍN, Araceli: "La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el Artículo 13.2 de la Constitución (Derecho de Sufragio Pasivo de los Extranjeros): Una Reforma

limitó mucho el ámbito de análisis al TC, por cuanto ciñó su pregunta al estudio de la presunta incompatibilidad existente entre el art.8.B.1 del TUE (derecho del ciudadano comunitario a participar como candidato en elecciones locales de otro Estado miembro en el que resida) y el art.13.2 de la Constitución.

Curiosamente, el alto tribunal no se sintió obligado por los términos del requerimiento del Gobierno, y no se limitó a analizar la presunta inconstitucionalidad del art.8.B.1 TUE a la luz del art.13.2 de la Constitución, sino también a la luz de art.23 -que reconoce el ejercicio de dicho derecho a los "ciudadanos"- y del art.1.2 en cuya virtud "la soberanía nacional reside en el pueblo español", constatando la existencia de una antinomia entre el futuro art.8.B.1 del TUE y el art.13.2 de la Constitución dado que el último prohíbe a los no españoles participar en elecciones municipales¹⁴⁷³.

En otro orden de cosas, el TC rechazó la pretensión del Gobierno de ratificar el TUE ex art.93 sin previa reforma constitucional como ocurrió en otros Estados miembros de las CCEE. A este respecto, el TC señala que la Constitución no permite manipulaciones de sus términos ni reformas implícitas o tácitas¹⁴⁷⁴ como sería entender como "nacionales" a los nacionales comunitarios en elecciones locales. El TC añade que el TUE no entraña una mera cesión competencial, sino una atribución de derechos subjetivos inconciliable con el art.13.2 de la Constitución que exige la reforma de éste.

Así pues, en cumplimiento de los términos de esta declaración emitida por el pleno del TC el 1 de Julio de 1992, el Gobierno propuso una enmienda constitucional que fue aprobada por el Parlamento y entró en vigor el 27 de Agosto de 1992. Posteriormente, se aprobó la ley de ratificación del TUE en ambas cámaras del Parlamento por mayoría el 28 de Diciembre de 1992.

Sin perjuicio de reconocer la necesidad de la emisión de esta declaración del TC como paso previo a la ratificación del TUE, coincidimos con CARDONA en que "plantea más

Constitucional Innecesaria o Insuficiente", en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, nº2, pp.382-383.

¹⁴⁷³ p.5 de la Declaración.

¹⁴⁷⁴ p.6 de la Declaración.

problemas que soluciones sobre la constitucionalidad del TUE¹⁴⁷⁵. Entre los problemas que deja pendientes destacan:

Primeramente, al afirmar el TC por un lado que España ha transferido a las CCEE el ejercicio de competencias pero no su titularidad y por otro, que el art.95 garantiza la primacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica susceptible de ser aplicada en España, parece desprenderse que las competencias cedidas sólo pueden ejercerse en las mismas condiciones y con los mismos límites con los que las ejercía previamente su aún titular (el Estado español), razón por la que si las competencias antes de ser cedidas estaban sometidas al control de constitucionalidad del TC, también lo seguirían estando actualmente. CARDONA reconoce que aunque esta no es la lectura que el TC pretendía dar a su declaración, sin embargo tal argumento -que niega la primacía del Derecho Comunitario, pero que es fácilmente articulable en base a los datos de la declaración de Julio de 1992- podría ser utilizado en el futuro por parte de quien crea vulnerados sus derechos constitucionales por las instancias comunitarias¹⁴⁷⁶.

En segundo lugar, y siguiendo aún a CARDONA, quedan dudas sobre la eventual inconstitucionalidad de diferentes disposiciones del TUE, p.ej. las relativas a la PESC, Cooperación en Justicia y asuntos de Interior y a la Unión Económica y Monetaria. Realmente, el TC sólo ha despejado las dudas sobre la constitucionalidad del art.8.B.1 del TUE puesto que el TC se limita a estudiar la constitucionalidad del único precepto que le propone el Gobierno en su requerimiento. Esta actitud del alto tribunal es tanto más criticable cuanto que en su declaración no sintió ningún reparo en ampliar el tenor literal del requerimiento del Gobierno, analizando la compatibilidad del art.8.B.1 del TUE con disposiciones constitucionales que no le habían sido sugeridas por el Gobierno.

3.3. Francia

En Francia, dejando al margen la cuestión ya explicada de la tradicional reticencia de sus tribunales, y en especial de su Consejo de Estado, hacia los principios establecidos por las

¹⁴⁷⁵ CARDONA, *op.cit.*, p.27.

CCEE para articular sus relaciones con el Derecho interno (primacía, efecto directo)¹⁴⁷⁷, en los últimos tiempos se ha producido todo un debate político al hilo de la ratificación del TUE. Los términos de este debate se articulan en torno a la idea de soberanía, y en torno a la cuestión de hasta qué punto la existencia de la Unión europea implica y/o justifica una limitación de la soberanía, la cual reside en el pueblo francés según el art.3 de su Constitución¹⁴⁷⁸.

El debate fue largo y crispado, dando lugar al requerimiento hasta tres veces seguidas al Consejo Constitucional para que determinara si el texto del TUE era contrario a disposiciones constitucionales y si, por tanto, era necesaria la revisión constitucional previa.

Merece destacarse que ni de los términos de los tres requerimientos ni de los subsiguientes pronunciamientos del Consejo Constitucional se colige una crítica amarga a la labor del TJCE, ni al Derecho Comunitario, ni al modo de protección concebido en las CCEE para proteger los derechos fundamentales -como sí ha ocurrido en los tribunales constitucionales italiano o alemán. Ni siquiera se menciona o cuestiona la primacía del Derecho Comunitario. Simplemente se intuye que ciertos derechos constitucionales pueden entrar en colisión con disposiciones del proyecto de reforma de los tratados constitutivos y por ello se acude al Consejo Constitucional.

El primero de estos requerimientos al Consejo Constitucional es quizá el más interesante desde el punto de vista del análisis jurídico¹⁴⁷⁹. Además, es el único de los tres en el que confluyen las dos características de que fue admitido a trámite y dio lugar a revisión constitucional (el segundo de ellos fue admitido a trámite pero no dio lugar a revisión de la

¹⁴⁷⁶ CARDONA *op.cit.*, pp.34 y 35.

¹⁴⁷⁷ Reticencia expresada en sus sentencias NICOLO, ROTHMANS/PHILIP MORRIS y COHN BENDIT, citadas en la primera parte de la tesis en el epígrafe introductorio sobre la rebelión de los tribunales constitucionales..

¹⁴⁷⁸ “La soberanía nacional reside en el pueblo, que la ejerce a través de sus representantes y por vía del referéndum”.

¹⁴⁷⁹ Decisión del Consejo Constitucional n°92-308DC de 9 de Abril de 1992, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1992, pp.418-425.

Constitución, y el tercero de ellos fue declarado inadmisibles). Fue provocado por el Presidente de la República, actuando en base al art.54 de su Constitución¹⁴⁸⁰.

Una de las características más meritorias de este requerimiento es, como pone de manifiesto CARDONA¹⁴⁸¹, que se trata de un requerimiento general, que no limita el campo de interpretación del Consejo Constitucional por cuanto el Presidente de la República cuestiona al Consejo Constitucional sobre la compatibilidad del TUE en su conjunto con el articulado de la Constitución. La posterior respuesta del Consejo Constitucional da cumplida respuesta a la inquietud del Presidente de la República abarcando los distintos capítulos del TUE. Desgraciadamente, no fue éste el planteamiento que presentó el Gobierno español al TC español, limitándose el primero a preguntar, y el segundo a responder, sobre la compatibilidad de un único artículo del TUE con la Constitución española¹⁴⁸².

El Consejo Constitucional en su decisión analizó diversas disposiciones del TUE, concluyendo que algunas de ellas conculcarían artículos constitucionales en caso de que la ratificación se llevara a efecto sin previa revisión constitucional. Más específicamente, encontró contrarios a la Constitución el art.B del TUE en tanto que establece como objetivo de la Unión el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única; el artículo G en tanto en cuanto introducen en el TCE los artículos 3.A.2 -aplicación de una política monetaria única y un tipo de cambio único-, art.8.B.1 -derecho a ser elector y elegible en elecciones locales de cualquier ciudadano comunitario en el Estado en que residan-, art.105.2 -sobre las funciones básicas del Sistema Europeo de Bancos Centrales-, 105.A -en relación al derecho exclusivo del Banco Central Europeo de autorizar la emisión de billetes en la Comunidad-, art.109 -sobre los procedimientos concretos a adoptar para conseguir la estabilidad de precios-, art.109.G.2 -sobre la fijación irrevocable del valor del ECU en el inicio de la tercera fase de la unión económica y monetaria-, 109.L.4 -que fija para la tercera fase el establecimiento del ECU

¹⁴⁸⁰ “Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las asambleas o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declarara que un acuerdo internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el acuerdo internacional podrá realizarse previa revisión constitucional”.

¹⁴⁸¹ CARDONA *op.cit.*, p.32.

como moneda única que sustituirá a las nacionales de los Estados que accedan a esta fase-, y 100.C.3 que introduce el voto por mayoría para el establecimiento de un modelo uniforme de visados.

La razón de la incompatibilidad de estos artículos con la Constitución francesa no es otra que la certeza del Consejo Constitucional de que estas obligaciones comunitarias supondrían una merma de los poderes nacionales y por tanto afectarían a la soberanía francesa.

En relación a los derechos fundamentales, el Consejo Constitucional también analiza el art.F.2 del TUE, pero no lo estimó contrario a la Constitución. De hecho, en el párrafo 17 de su decisión se muestra satisfecho por el modo en que las CCEE protegen los derechos fundamentales a través de su sistema judicial. Incluso llega a elogiar el que ante el TJCE los particulares tengan legitimación activa, así como que actúe en colaboración con los tribunales internos. Por todo ello, el Consejo Constitucional parece descartar la posibilidad de cuestionar en un futuro el Derecho Comunitario por posible infracción de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. Sí consideró inconstitucional el art.8.B.1 TCE, por comparación con el art.3 de la Constitución, especialmente en su párrafo cuarto¹⁴⁸³:

Como resultado de esta decisión, la Constitución francesa fue reformada en Junio de 1992 añadiéndose a ella un nuevo capítulo (el XV) relativo a las Comunidades Europeas y la Unión Europea, en el que se hace referencia al modo de salvar todas las contradicciones que existían entre la Constitución y la unión económica y monetaria de un lado y la ciudadanía europea de otro.

Sin embargo, tal reforma no logró calmar todos los exaltados ánimos. En efecto, a los pocos meses (Agosto de 1992) un grupo de senadores liderados por Charles Pasqua, acudió de nuevo al Consejo Constitucional por considerar que el TUE era contrario al texto revisado de

¹⁴⁸² Como explica RUBIO LLORENTE con cierta sorna: “El escrito en el que se formula el requerimiento, ... probablemente no será citado nunca como una de las obras maestras de los servicios jurídicos del Estado...” (RUBIO *op.cit.*, p.182).

¹⁴⁸³ “Son electores, en las condiciones determinadas por la ley, todos los nacionales franceses mayores de edad, de ambos sexos, que se hallen en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos”.

la Constitución¹⁴⁸⁴. Entre los argumentos sostenidos, destaca su pretensión de que el derecho de voto en elecciones locales para los ciudadanos comunitarios sigue siendo contrario al art.3 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (que sirve como declaración de derechos de la Constitución francesa) que afirman que, como expresión de la soberanía nacional que son las elecciones, sólo los nacionales franceses pueden votar y ser elegidos en unas elecciones. Un punto interesante de su alegación apunta a que, en caso de que el Consejo Constitucional considere que nacionales de terceros Estados pueden votar y ser elegidos en elecciones locales francesas, debería extenderse este derecho a los nacionales de terceros Estados no comunitarios.

Pero el Consejo Constitucional rechazó tales razonamientos por considerar que habían sido ya respondidos a través del nuevo artículo 88.3 del Capítulo XV de la Constitución. En respuesta al cuestionamiento del art.100.C.3 del TCE, el Consejo Constitucional contesta que es cierto que las disposiciones del TCE en materia de libre circulación y política de visados afecta al ejercicio de poderes que forman parte de las condiciones esenciales de la soberanía nacional. Pero la alegación es infundada por cuanto el Estado francés ya ha solucionado el problema a través del art.88.2 del nuevo Capítulo XV. Ante las alegaciones de los senadores (más generales que las anteriores y no referidas a artículos específicos del TUE) de que el TUE limita la base constitucional de la integración europea, mina los cimientos de la soberanía nacional, y lleva a confusión sobre cuáles son los límites de una previsible continua revisión constitucional según se vaya avanzando en el proceso de integración europea, el Consejo Constitucional responde con moderación y sin dejarse llevar por defensas apasionadas de la soberanía nacional. En realidad, sólo responde que ninguna disposición del TUE es contraria a la Constitución tras su reforma.

Después de esta segunda decisión del Consejo Constitucional, Francia aprobó la ratificación del TUE por referéndum por un estrecho margen de votos a favor el 20 de Septiembre de 1992.

¹⁴⁸⁴ Decisión del Consejo Constitucional 92-312DC de 2 de Septiembre de 1992, en *Revue Universelle des Droits de l'Homme* 1992, p.341.

Inmediatamente después del referéndum, un grupo de diputados franceses planteó al consejo Constitucional la presunta inconstitucionalidad de la ley de ratificación del TUE¹⁴⁸⁵. Sin embargo, el Consejo Constitucional declaró inadmisibile el recurso porque interpretó el art.61 del la Constitución¹⁴⁸⁶ en el sentido de que sólo se puede plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Consejo Constitucional en relación a leyes aprobadas por el Parlamento, pero nunca contra leyes aprobadas por referéndum, que es la máxima expresión de la soberanía nacional.

La consecuencia que se desprende de toda esta serie de pronunciamientos del Consejo Constitucional francés a los que ha dado lugar el TUE, así como de la ausencia de recursos recientes ante su Consejo de Estado y demás órganos judiciales en relación a la compatibilidad entre el Derecho Comunitario y el interno, es que la fase más virulenta de las relaciones comunitarias-francesas en el campo judicial tienen su mayor exponente en el pasado. En los últimos tiempos, no se ha producido una auténtica revuelta constitucional, sino una legítima inquietud sobre si las disposiciones de un tratado internacional, eran o no conformes a la Constitución.

Interesa destacar que el Consejo Constitucional reaccionó ante las acusaciones de pérdida de soberanía o de violación derechos constitucionales con moderación¹⁴⁸⁷. Por esta razón, nos parece que el caso francés es un tanto diferente a los casos español, británico, italiano y alemán.

¹⁴⁸⁵ Decisión del Consejo Constitucional 92-313DC de 23 de Septiembre de 1992, en *Revue Universelle des Droits de l'Homme* 1992, p.344.

¹⁴⁸⁶ “Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias antes de su aplicación, deben ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, pueden presentarse las leyes al Consejo Constitucional, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de la Asamblea Nacional, por el presidente del Senado, o por sesenta diputados, o por sesenta senadores”.

¹⁴⁸⁷ Un comentario atinado de RUIZ MIGUEL señala que la actitud del Consejo Constitucional francés en estas tres recientes decisiones ha sido menos belicosa que la del Consejo de Estado en la jurisprudencia que les precedió (RUIZ MIGUEL, Carlos: “Los Derechos Fundamentales en la Relación entre el Derecho Comunitario y el Ordenamiento Nacional” en *Noticias de la Unión Europea* 1995, nº120, pp.37-59, p. 54).

3.4. Italia

El TC italiano se ha caracterizado por su compleja con el Derecho Comunitario. El dualismo que Italia predica en sus relaciones entre el ordenamiento interno y el internacional, también ha intentado ser aplicado al ordenamiento comunitario. Partiendo de esta separación radical entre ambos órdenes, no es de extrañar que Italia se haya resistido a la aplicación preferente de normas que considera externas a su ordenamiento.

Ya conocemos cuáles fueron los primeros ejemplos de un problema que, en todo su desarrollo, si por algo es conocido, es por su ausencia de solución definitiva¹⁴⁸⁸. El TC nunca ha llegado a adjudicar taxativamente el monopolio de la revisión judicial de la normativa comunitaria al TJCE y al TPI, sino que siempre se ha reservado la posibilidad, al menos teórica, de revisar constitucionalmente las normas comunitarias susceptibles de violar principios constitucionales relativos a los derechos fundamentales¹⁴⁸⁹.

La sentencia constitucional en la cual la doctrina ha creído ver un resurgimiento del viejo conflicto entre el TC italiano y el Derecho comunitario es la sentencia FRAGD¹⁴⁹⁰. El objeto del caso era el siguiente:

Una empresa italiana dedicada a actividades comerciales con otros países, exportó cuatro cargamentos de glucosa en polvo en 1980 a la RFA. En virtud de lo dispuesto en un

¹⁴⁸⁸ D'OUTRELIGNE; Carlos Enrile: "El Problema de la Protección de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Constitucionales en Relación con el Derecho de las Comunidades Europeas: la Situación Jurisprudencial en Italia y Alemania", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 1990-91, n°77, pp.137-144, p.141.

¹⁴⁸⁹ Sentencia FRONTINI, jurisprudencia que fue dulcificada y atemperada con la sentencia GRANITAL de 5 de Junio de 1984 *vide supra*. Sin embargo, la sentencia GRANITAL no tuvo ni la intención, ni el resultado de tranquilizar totalmente los ánimos del TJCE por cuanto más adelante en su texto, se deja el conflicto latente, como demuestran los párrafos siguientes:

"El orden de las relaciones entre Derecho Comunitario y derecho interior, objeto de varios pronunciamientos por este colegio, ha ido evolucionando y ya está establecido sobre el principio según el cual el reglamento de la CEE prevalece respecto a los estatutos en conflicto del legislador interior" (p.543). "Las observaciones que hasta aquí hemos desarrollado no implican, sin embargo, que todo el sector de las relaciones entre Derecho Comunitario y derecho interior se sustraiga a la competencia de la Corte. Este colegio ya ha advertido en la sentencia núm.183 de 1973 cómo la ley de ejecución del Tratado puede ser sometida a sus sindicatos, en referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana..." (p.546).

No resulta extraño, a la luz de estas frases, que el conflicto se haya reproducido en el TC italiano más recientemente.

reglamento comunitario, la citada empresa pagó a las autoridades aduaneras italianas una compensación económica. El 15 de Octubre de 1980 el TJCE anuló el reglamento en cuestión, pero en virtud de lo dispuesto en el art.174 del TCE en su segunda frase¹⁴⁹¹ decidió que las cantidades abonadas como compensación monetarias no serían devueltas. Sin embargo, la empresa afectada acudió a los tribunales demandando a las autoridades italianas a las que exigía la devolución de las cantidades pagadas. El Tribunal de Venecia acudió por vía prejudicial al TJCE, quien confirmó la nulidad del reglamento en cuestión por sentencia de 22 de Mayo de 1985, pero no estuvo de acuerdo con la devolución de las cantidades percibidas por las autoridades nacionales antes de la declaración de nulidad.

El propio Tribunal de Venecia consideró inaceptable el argumento del TJCE, y por ello elevó el asunto al TC considerando que las disposiciones del art.177 TCE violaban la Constitución italiana, según la cual "todos pueden acceder a la justicia para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos"¹⁴⁹².

Teniendo en cuenta los datos expuestos, no puede menos que verse con cierta preocupación el que, a través del planteamiento ante el TC de la inconstitucionalidad de la Ley de Adhesión a las CCEE, indirectamente lo que se estuviese juzgando fuese la constitucionalidad del TCE:

¹⁴⁹⁰Sentencia FRAGD de 21 de Abril de 1989, *vide supra*.

¹⁴⁹¹ "Si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado.

Sin embargo, con respecto a los reglamentos, el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos".

¹⁴⁹² Como señala Enno CANNIZARO, la razón de que se enjuiciara la conformidad del art.177 TCE con la Constitución italiana se debe al hecho de que el TJCE, por vía jurisprudencial y sin base expresa en los tratados, había decidido extender lo dispuesto en el art.174.2 TCE -es decir, la posibilidad de limitar los efectos de una anulación ex art.173 TCE de un reglamento- a las sentencias dadas sobre la base del art.177 TCE (o sea, las sentencias pronunciadas en la vía prejudicial). Esta nueva posibilidad del TJCE -con respecto a lo establecido en los tratados- de poder considerar, al hilo de la resolución de un recurso prejudicial, que ciertos de los efectos del reglamento que considera nulo sin embargo subsisten, era lo que se impugnaba ante el TC por ir en contra del derecho de defensa de la Constitución italiana, ya que la situación jurídica de tal empresa estaría regulada por una norma declarada nula (CANNIZARO, Enno: "Tutela dei Diritti Fondamentali nell'Ambito Comunitario e Garanzie Costituzionali Secondo le Corti Costituzionali Italiana e Tedesca" en *Rivista di Diritto Internazionale* 1990, nº2, pp.372-379, p.376).

"Questa Corte è pertanto chiamata a decidere se l'art.177 del trattato Cee,... non vulneri la garanzia del poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi assicurata dall'art.24 Cos.2"¹⁴⁹³.

Aunque el TC inadmitió finalmente el recurso, sin embargo en su argumentación entró a considerar (una vez más) las polémicas relaciones entre el Derecho italiano y el Comunitario. A este respecto, si bien alaba el eficaz sistema de tutela jurisdiccional establecido a nivel comunitario con el objetivo de proteger los derechos e intereses de los particulares (sistema en el cual reconoce un rol importante al art.177 TCE), inmediatamente después afirma:

"Ma ciò non significa che possa venir meno la competenza di questa Corte a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali nel nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana. In buona sostanza, quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile; inoltre, va ventuto conto che al meno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi comuni fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario"¹⁴⁹⁴.

Así pues el TC, aun reconociendo el esfuerzo que a nivel comunitario se está realizando de protección de los derechos fundamentales, sigue considerando que tal nivel es inferior al constitucional o, en cualquier caso, susceptible de violar en un momento dado un derecho constitucional constitucionalmente protegido. Por esta razón, se ratifica en toda su extensión en lo afirmado 16 años antes en la sentencia FRONTINI, hasta el punto de declarar que la aplicación uniforme del Derecho Comunitario no puede servir de excusa ante una violación de derechos fundamentales:

¹⁴⁹³ p.105 de la sentencia.

¹⁴⁹⁴ *ibidem*.

"Né, di fronte ad una possibile violazione di un principio fondamentale, potrebbero invocarsi -come sostiene l'Avvocatura dello Stato- le esigenze primarie dell'applicazione uniforme del diritto comunitario e della certezza del diritto"¹⁴⁹⁵.

La anterior frase parece poner de nuevo en el candelero la primacía del Derecho Comunitario al deducirse de su lectura que el TC italiano considera que ante la disyuntiva violación de un derecho constitucional-aplicación uniforme del Derecho Comunitario, debe primar el evitar lo primero, aun a riesgo de inaplicar el Derecho Comunitario. La lectura subyacente a esta conclusión es, sin duda, la no primacía siempre y en todo caso del Derecho Comunitario, sino sólo en aquellos casos en que la aplicación preferente de la norma comunitaria no implique violación de derechos constitucionales. De esta forma, la polémica está servida y esperando manifestarse en futuros casos que se planteen ante el TC.

En definitiva, estamos ante una sentencia que demuestra que se está desarrollando en Italia una tendencia de signo opuesto a la vía comunitaria, por ponerlo en las demoledoras palabras de CARTABIA¹⁴⁹⁶. El TC deja entrever que la competencia que se reserva de revisión constitucional del Derecho Comunitario no es meramente teórica, sino real.

El hecho de que el TC determinase que puede enjuiciar la conformidad con la Constitución de cualquier norma del tratado tal y como esa norma sea aplicada e interpretada, implica que cualquier norma puede caer bajo control de constitucionalidad, tanto sea Derecho originario como derivado. Huelga decir que tal jurisprudencia no puede ser sino mal acogida por instancias judiciales comunitarias, ya que las normas del TCE atribuyen en exclusiva al TJCE el control de legalidad de sus normas (arts.164, 175, 177, 184). Así, el TC se ha colocado en la tesitura de controlar potencialmente todo el Derecho Comunitario por la vía de la eventual violación de un derecho constitucional. Lo más llamativo del tema es que, con esta nueva jurisprudencia, el TC italiano estaría realmente tratando al Derecho Comunitario como norma interna -ya que la considera susceptible de control de constitucionalidad- y ello a pesar de haber declarado en prácticamente toda sentencia que trate sobre las relaciones Derecho Comunitario-derecho interno, que ambos órdenes jurídicos son separados e independientes.

¹⁴⁹⁵ p.107 de la sentencia.

¹⁴⁹⁶ CARTABIA, Marta: "Nuovi Sviluppi nelle "Competenze Comunitarie" della Corte Costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale* 1989, n°2, parte I, pp.1012-1023, p.1019.

Si bien es cierto que el TC declaró este caso inadmisibile y por tanto no tuvo la oportunidad de poner en práctica todo lo que en él argumentó, no es menos cierto que todo parece haber sido una estrategia del TC italiano para advertir a las instituciones comunitarias sobre cuál iba a ser a partir de ahora el sentido de su jurisprudencia. En efecto, tras presentar unos argumentos que de llevarse a efecto harían tambalearse los cimientos del ordenamiento comunitario, el TC inadmite el recurso y por tanto no se pronuncia sobre el fondo.

Como hemos indicado, la sentencia FRAGD constituye una especie de advertencia del TC al orden comunitario sobre su intención inamovible de seguir controlando constitucionalmente la normativa comunitaria cuando se estime que ésta viola valores fundamentales del ordenamiento interno. Ello ha sido corroborado en la sentencia ZANDONÀ¹⁴⁹⁷ en la que indirectamente se cuestionó el reglamento comunitario en materia de seguridad social¹⁴⁹⁸ relativo a la aplicación del régimen de seguridad social de los trabajadores asalariados y trabajadores autónomos que hayan ejercido su libertad de circulación en las CCEE. El caso surgió por la negativa del Instituto Nacional de Previsión Social a conceder a un nacional italiano que siempre trabajó en Alemania una pensión de invalidez una vez retornado a su país de origen. La razón de esta negativa se justificaba en la aplicación del art.9.2 del citado reglamento, de tenor muy restrictivo y que beneficiaba a aquellos trabajadores migrantes que también hubieran trabajado en su país de origen (cuyos períodos contributivos se acumulaban) sobre el trabajador migrante que nunca hubiera prestado su actividad en el país del que era nacional y en cuyo sistema de protección social no estuviera inscrito.

El asunto llegó hasta el TC italiano, el cual, aunque inadmitió el recurso en relación al reglamento (porque estimó que sólo podía verificar la conformidad con la Constitución de la legislación italiana) sin embargo a renglón seguido procedió a un estudio de la compatibilidad entre la Constitución y la disposición interna de ejecución del reglamento comunitario¹⁴⁹⁹. Sin embargo en realidad, como indica VIARINGO, lo que hizo el TC italiano fue verificar la compatibilidad con los parámetros constitucionales de la disposición interna en combinación

¹⁴⁹⁷ Sentencia del TC italiano de 18 de Diciembre de 1995, nº509, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1997, nº2, pp.397-404.

¹⁴⁹⁸ Reglamento de 14 de Junio de 1971, nº1408/71.

¹⁴⁹⁹ pp.400-403 de la sentencia.

con el reglamento comunitario¹⁵⁰⁰. Así, aunque el TC limita su censura final a la ley interna de aplicación del reglamento comunitario (por no haber previsto una equiparación de los períodos contributivos de los trabajadores afiliados en otros Estados miembros) sin embargo, a lo largo de todo el texto de la sentencia realiza un juicio velado en paralelo del reglamento. En este sentido, el texto de la sentencia destila una clara crítica e insatisfacción por la base de la que se ve obligado a partir el legislador interno (el propio reglamento).

Por tanto, una vez más, el juez interno reivindica su competencia para verificar, por el trámite de la ley de ejecución del TCE, la constitucionalidad de una norma comunitaria con los principios fundamentales del ordenamiento interno y los derechos fundamentales. La doctrina italiana ha acogido con comprensión y benevolencia esta sentencia que no hace sino confirmar la línea jurisprudencial combativa en relación al Derecho Comunitario¹⁵⁰¹. En definitiva, el TC italiano no ha cerrado su largo capítulo de control constitucional indirecto de la normativa comunitaria¹⁵⁰²; lo que CARTABIA denomina la teoría de los contralímites y VIARENGO la teoría de los contrapoderes.

En referencia a la ratificación del TUE, contrariamente a lo que pueda pensarse a la vista de la virulenta posición expresada por el TC italiano en relación al Derecho Comunitario, lo cierto es que la ratificación de este tratado en Italia no dio lugar a ninguna

¹⁵⁰⁰ VIARENGO, Ilaria: “Diritto Comunitario e Valori Fondamentali tra Sindicato di Costituzionalità e Controllo di Validità della Corte di Giustizia”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1997, n°2, pp.367-396, p.370.

¹⁵⁰¹ Así, VIARENGO (VIARENGO, *cit.*) entiende que dada la falta de eficacia y adecuación que la tutela de los derechos fundamentales recibe en el orden comunitario (pp.387 y 388) y dado que el Derecho Comunitario y el derecho interno constituyen dos órdenes distintos en los que, por tanto, la controversia sobre un mismo valor puede encontrar soluciones diferentes (p.381) -pudiendo eventualmente entrafñar la solución comunitaria un nivel de protección inadecuado o insuficiente respecto a la constitucional (p.381)- no se puede excluir el control de constitucionalidad del TC (p.391).

¹⁵⁰² Algunos pronunciamientos del TC muy cercanos en el tiempo con esta última sentencia demuestran que el alto tribunal mantiene su actitud poco dialogante con el Derecho Comunitario, no sintiéndose obligado a plantear remisiones prejudiciales al TJCE por no estimarse a sí mismo como una jurisdicción nacional a los efectos del art.177 TCE. P.ej. este es el caso de la Ordenanza de 29 de Diciembre de 1995 n°536 (en *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1997, n°2, pp.464-465). En ella, el TC ha entendido que ejerce una función como garante suprema de la Constitución difícilmente encuadrable en el tipo de misión que cumplen los tribunales ordinarios interno. Por ello estima que no sólo no tiene la obligación, sino tampoco la facultad de remitir al TJCE un asunto.

Resulta interesante recordar que idéntica postura contraria al sometimiento del TC al art.177 TCE ha manifestado el TC español en su sentencia 28/1991. No sería exagerado pensar que esta reticencia de ambos tribunales lo que demuestra es un problema de celo excesivo en delimitar las competencias de la jurisdicción constitucional y comunitaria.

propuesta de revisión constitucional, ni a ningún pronunciamiento judicial sobre el particular. De ello se desprende que las autoridades del país consideraron compatibles el contenido de ambos.

3.5. Alemania

Tras una primera etapa en las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Constitucional alemán protagonizada por su TC y caracterizada por el enfrentamiento de éste con los principios básicos del ordenamiento comunitario y con el modo de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario¹⁵⁰³, las protestas del TC alemán amainaron y el último se comprometió a no ejercer un control de constitucionalidad sobre el Derecho Comunitario derivado¹⁵⁰⁴. A partir de mediados de los 80, podemos hablar de una segunda etapa en las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Constitucional germano, jalonada por una serie de sentencias de su TC totalmente respetuosas con la labor del TJCE y del TPI y en las que el TC no cuestionó en ningún momento el Derecho Comunitario¹⁵⁰⁵. No obstante, el idilio entre el ordenamiento comunitario y el alemán no duró

¹⁵⁰³ Véase el comentario a la sentencia SOLANGE I en el capítulo II de la primera parte de esta tesis.

¹⁵⁰⁴ *Ídem* con sentencia SOLANGE II.

¹⁵⁰⁵ Ejemplo de esta segunda etapa se encuentra no sólo en la archiconocida sentencia SOLANGE II, sino también en otras, entre las que destaca la sentencia KLOPPENBURG de 8 de Abril de 1987 (sentencia nº2 BvR 687/85), reproducida en *Common Market Law Review* 1988, vol.3, nº1, en la que el Tribunal Constitucional reconoció el efecto directo de directivas no transpuestas en plazo, a raíz de la reclamación de una persona a la que se le había exigido pagar el IVA por una actividad económica que aparecía como exenta del pago en la Directiva 77/388 (no transpuesta por Alemania) sobre Armonización de la Legislación sobre IVA.

También la sentencia de 28 de Enero de 1992 (casos 1 BvR 1025/82 y 1 BvL 16/83 y 10/91) sobre la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en Alemania ejemplifica esta segunda fase de la jurisprudencia constitucional germana (se puede consultar en *EuropaRecht* 1993, p.183). El objeto del caso era la demanda presentada ante los tribunales internos alemanes por una serie de empresarios sancionados por contratar mujeres para trabajar de madrugada, contraviniendo así la legislación interna. Los empresarios alegaban que tal ley iba en contra del art.3 LFB, el cual predica la igualdad de sexos y la prohibición de discriminación. El asunto llegó al TC, quien en lugar de referirse al art.3 LFB, aplicó el Derecho Comunitario relevante en la materia, es decir, la Directiva 76/207, que acababa de ser interpretada por el TJCE en el sentido de que la prohibición de la contratación nocturna de las mujeres estaba supeditada a que, para el mismo caso, exista exactamente la misma prohibición para el trabajo nocturno de hombres (sentencia de 25 de Julio de 1991, C-345/89, PROCESO PENAL CONTRA ALFRED STOECKEL, Rec.1991, pp.I-4048ss). Así pues, estamos ante un caso en el que el propio TC, más que analizar y aplicar el Derecho Constitucional, constata la existencia de normativa comunitaria aplicable y acude a ella. A mayor abundamiento, en la sentencia citada, el TC alemán aprovechó la ocasión para reconocer explícitamente su sumisión al principio de primacía del Derecho Comunitario, tanto respecto al originario como al derivado -aunque dejando entrever que en este último caso se trata de una

demasiado. Como había quedado patente en la sentencia SOLANGE II y en la sentencia sobre el trabajo nocturno de las mujeres, el TC alemán seguía considerando que tenía jurisdicción sobre el Derecho derivado de la actividad de las instituciones europeas, lo que ocurría es que se inhibía en esa materia en tanto en cuanto la actividad normativa a nivel comunitario le siguiera mereciendo confianza. En este sentido, se podría decir que al mismo tiempo que el Tribunal de Karlsruhe reconocía en algunas de sus sentencias principios como la primacía o el efecto directo, paralelamente comenzaba a resurgir en su jurisprudencia la duda sobre el valor de la normativa jurídica comunitaria cuando ésta supuestamente contraviniera derechos constitucionalmente protegidos. Exponentes de esta nueva jurisprudencia crítica son los asuntos siguientes: el auto de 12 de Mayo de 1989 en el asunto PHILIP MORRIS GmbH Y OTROS/BUNDESREGIERUNG DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND¹⁵⁰⁶, la sentencia de 12 de Octubre de 1993 relativa a la supuesta inconstitucionalidad del TUE¹⁵⁰⁷ y el auto de 25 de Enero de 1995 sobre el mercado de plátanos¹⁵⁰⁸.

En el primero de estos casos, ciertas empresas productoras de tabaco pretendieron influir en la fase ascendente de la legislación comunitaria, planteando ante el TC la supuesta inconstitucionalidad (por ir en contra de la libertad de expresión y de la libertad de empresa garantizadas respectivamente por los arts.5 y 12 de la Ley Fundamental de Bonn) del voto afirmativo del representante alemán en el Consejo. Este voto del representante alemán, emitido junto con el de sus demás colegas comunitarios, buscaba la aprobación de una directiva que exigiera la inscripción sobre los paquetes de cigarrillos de la leyenda: "Fumar produce cáncer", leyenda con la que, por razones obvias, no estaban de acuerdo los productores de tabaco, que la consideraban lesiva a sus intereses y derechos.

Nos encontramos por tanto ante un primer caso en el que lo que se cuestiona no es ni la constitucionalidad de la norma comunitaria ya aprobada, ni la de la norma nacional de ejecución de la norma comunitaria. Lo que se cuestiona es la decisión alemana de apoyar la aprobación de una norma comunitaria aún no adoptada en el seno del Consejo. En otras

competencia que el TC tiene, pero que renuncia a ejercer. Por último, en ella el TC admite también el efecto directo de ciertas normas comunitarias, en concreto de la Directiva 76/207.

¹⁵⁰⁶ Caso nº2 BvQ 3/89, reproducido en *Rivista di Diritto Internazionale* 1990, pp.424-427.

¹⁵⁰⁷ Caso nº2 BvR 2134 y 2159/92, reproducido en *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, nº23, pp.975-1030.

palabras, los demandantes parten de la base de que al otorgar su voto, el representante alemán ejercía un acto de poder público susceptible de ser controlado en el plano interno por supuesta violación de derechos fundamentales contenidos en la Constitución. De este modo, los demandantes pretendían influir en el sentido de la futura directiva a sabiendas de que lo que no podían hacer era cuestionar la constitucionalidad de la directiva una vez aprobada, por no tratarse de un acto del poder público alemán. Así pues, las compañías tabaqueras demandantes deciden cuestionar la constitucionalidad de la norma comunitaria no una vez aprobada, sino en pleno proceso de gestación.

Si bien hay que reconocer que el TC declaró el recurso inadmisibile por no considerar recurrible ante él un acto que en su opinión no había sido ejercido como auténtico acto del poder público alemán, no obstante aprovechó para cargar las tintas contra la labor de protección de los derechos fundamentales en el seno de las CCEE. En efecto, el TC afirmó que si bien la futura directiva no podría ser llevada ante el TC por violación del Derecho nacional, si se considerase que esa directiva infringía derechos protegidos a nivel comunitario, el caso podría ser llevado ante el TJCE. Pero si en esta instancia judicial europea se comprobase que el núcleo duro de los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental de Bonn quedaban desprotegidos debido a un nivel de protección en el plano comunitario que fuese inferior al de aquélla, entonces y sólo entonces sería posible acudir al TC en amparo.

De esta manera indirecta, el TC conseguía su objetivo: asegurar que también en la fase ascendente de normación comunitaria se garantice el respeto de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos¹⁵⁰⁹. De lo contrario, el riesgo consistiría no en una puesta en cuestión a nivel nacional del acto de formación de voluntad comunitario, sino en la eventual puesta en cuestión ante el TC alemán del modo en que el TJCE protege los derechos fundamentales a través de esa norma comunitaria ya aprobada.

¹⁵⁰⁸ Caso n°2 BvR 2689/94, vide texto en alemán en *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1995, vol.22, n°1-2, pp.170-172.

¹⁵⁰⁹ Para una revisión de las distintas tesis que se han esgrimido sobre si existe o no vinculación de los gobiernos a los derechos fundamentales de sus constituciones en su participación en la fase ascendente de la normación comunitaria, consúltense las págs.10-12 de BACIGALUPO, Mariano: “¿Vinculan los Derechos Fundamentales Nacionales a los Gobiernos de los Respetivos Estados Miembros en su Participación en la Fase Ascendente de la Normación Comunitaria?. El Caso Alemán”, en *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea* 1993, B-88, pp.5-12.

La enseñanza de esta sentencia no es otra que confirmar la competencia residual del TC sobre los actos de ejecución de normativa comunitaria en aras de la protección de los derechos constitucionalmente protegidos por la Ley Fundamental de Bonn y considerados como irrenunciables por su TC. De este modo, el TC hace constar su voluntad de asegurar la protección de los derechos fundamentales, incluso en el nivel europeo, de acuerdo con los estándares del derecho nacional¹⁵¹⁰.

En cuanto al segundo de los casos aludidos (aquél en el que se cuestionó la constitucionalidad del TUE) lo primero que hay que comentar al respecto es que el orden de los acontecimientos vividos en Alemania en relación a la ratificación del TUE son diametralmente opuestos a los de los otros dos Estados en los que se cuestionó en instancias judiciales constitucionales la constitucionalidad del TUE (Francia y España). En efecto, así como en Francia y España la revisión de sus constituciones se produjo una vez que el Consejo Constitucional y el TC, respectivamente, hubieron optado a través de sus resoluciones judiciales por esta revisión, en Alemania se produjo primero la reforma constitucional con el apoyo mayoritario de los parlamentos federales¹⁵¹¹, y sólo después de ello, el asunto de la supuesta inconstitucionalidad de este tratado llegó ante el TC federal de la mano de un grupo de diputados del Parlamento Europeo capitaneados por Manfred Brunner.

La sentencia sobre la constitucionalidad del TUE es sin duda la más completa en la que el TC alemán haya expuesto hasta el momento su punto de vista sobre la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Constitucional, aflorando en ella la ya vieja polémica sobre el valor de las disposiciones constitucionales relativas a derechos fundamentales frente a actos comunitarios.

A raíz (y casi con el pretexto) de la demanda presentada por una serie de parlamentarios europeos que consideraban violados por el TUE un gran número de preceptos

¹⁵¹⁰ LOUIS, *op.cit.*, p.174.

¹⁵¹¹ Esta reforma constitucional, aprobada el 21 de Diciembre de 1992, incorporó un nuevo artículo 23 a la LFB, el cual constitucionaliza la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales de la manera siguiente:

“En orden a la realización de una Europa unida, la República federal de Alemania participará en el desarrollo de la Unión Europea, que está encargada de asegurar los principios democráticos, de derecho, social y federal, así como el principio de subsidiariedad, y a garantizar la protección de los derechos fundamentales comparables en esencia con los recogidos por la presente ley Fundamental...”

constitucionales, el TC aprovecha la ocasión para exponer toda una teoría sobre la construcción europea, el tipo de integración que están protagonizando las CCEE y su hipotético resultado final, la soberanía, la importancia de la nación-estado en la Europa comunitaria, la legitimidad democrática de la UE, las funciones de ésta, el futuro de la unión económica y monetaria y la protección de los derechos fundamentales en las CCEE. En este sentido, el debate judicial al que dio lugar este caso en el seno del TC alemán no tiene parangón en los otros Estados miembros, donde las declaraciones judiciales sobre el tema fueron más ligeras (p.ej. en Francia y España), fueron desatendidas por los tribunales ordinarios (caso británico) o dónde el debate no se desarrolló por la vía judicial, sino por la vía política (en el seno de parlamentos o por vía de referéndum)¹⁵¹².

Se diría que el TC tiene especial interés en esta sentencia en realizar un balance sobre cuál es el estado actual de relaciones entre los ordenamientos comunitario y nacional, indicar cuáles van a ser los derroteros de su futura jurisprudencia, e incluso señalar al TJCE y al resto de las instituciones comunitarias lo que está dispuesto a tolerar al Derecho Comunitario partiendo de la base del texto y la interpretación que da a la Ley Fundamental de Bonn. En realidad, "l'arrêt consiste à donner une lecture du traité conforme à la constitution allemande"¹⁵¹³. En efecto, se podría incluso añadir que el TC alemán tiene un especial interés en estatuir sobre el particular. El mismo hecho de que todos los recursos de amparo fueran inadmitidos salvo uno de ellos -lo cual le ofrece la posibilidad de elaborar sobre el fondo del asunto-, desestimando finalmente incluso este último, permite comprobar hasta qué punto el TC federal está interesado en pronunciarse sobre el fondo de un asunto que sabe que finalmente va a rechazar.

La demanda fue presentada contra la Ley de Reforma de la Ley Fundamental de Bonn de 21 de Diciembre de 1992 y contra la Ley de 28 de Diciembre de 1992 de ratificación del TUE. De los recursos presentados, sólo fue admitido el del Sr. Brunner, quien alegaba violación de derechos fundamentales y garantías constitucionales, en concreto: inviolabilidad

¹⁵¹² STEIN, Torsten: "La Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht" en *Revista de Instituciones Europeas* 1994, nº21, pp.745-769, p.747.

¹⁵¹³ REECH, Klaus: "L'Union Européenne: de Maastricht à Karlsruhe et Au-delà. L'Arrêt du Tribunal Constitutionnel Fédéral sur la Constitutionnalité du Traité sur l'Union Européenne", en *Politique Étrangère* 1994, pp.517-537, p.519.

de la dignidad humana (art.1.1 LFB)¹⁵¹⁴, derecho de todos al libre desenvolvimiento de su personalidad (art.2.1 LFB)¹⁵¹⁵, libertad de expresión e información (art.5.1 LFB)¹⁵¹⁶, derecho de todo alemán a constituir asociaciones y sociedades (art.9.1)¹⁵¹⁷ en concordancia con el art.21.1 que dictamina que los particulares cooperarán en la formación de la voluntad política, derecho de todo alemán a elegir libremente su profesión (art.12.1)¹⁵¹⁸, derecho de propiedad (art.14.1)¹⁵¹⁹, derecho de todo ciudadano a la representación legitimada democráticamente en el Consejo Nacional (art.38)¹⁵²⁰ y en último lugar el derecho del ciudadano a participar en el ejercicio de la soberanía estatal (art.20.2)¹⁵²¹.

En esencia, el recurrente ponía en cuestión todo el proceso de construcción comunitaria, el cual en su opinión se caracteriza por una absorción injustificada y cada vez mayor de poderes soberanos de los Estados a unas instancias que, ni están democráticamente legitimadas, ni respetan los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. Todo ello amenazaría la supervivencia de Alemania como Estado soberano e independiente, y abocaría irreversiblemente en la creación de un estado federal europeo.

Se trataba sin duda de un recurso singular, que llega en algunos puntos a la excentricidad. Pero el TC acepta la tarea de ir rechazando uno a uno los argumentos sostenidos, aprovechando la ocasión que se le brinda para resumir sus puntos de vista sobre la relación comunitaria-constitucional. Al rechazar estos argumentos, implícitamente acepta la

¹⁵¹⁴ En su opinión, sería violado este artículo cuando una vez en vigor el TUE, la soberanía ya no fuera ejercida por el pueblo alemán, sino por la ciudadanía de la Unión.

¹⁵¹⁵ En su opinión, en lo sucesivo, quedará sometido a órganos europeos y a su formación de voluntad, por ejemplo en materia de unión económica y monetaria, cuando se entre “automáticamente” en ella.

¹⁵¹⁶ En su opinión, las condiciones de la comunicación se modificarán esencialmente si en vez de ejercer su influencia ante órganos internos, el ciudadano alemán tuviera que ejercerla ante órganos europeos.

¹⁵¹⁷ En su opinión, ello ocurriría por la exigencia que establece el TUE de que los partidos políticos ayuden a formar una conciencia europea.

¹⁵¹⁸ En su opinión, ello se produciría cuando se alcanzase la unión monetaria.

¹⁵¹⁹ En su opinión, ello se produciría por la desaparición del marco alemán.

¹⁵²⁰ En su opinión, este artículo sería vulnerado por el déficit democrático de la UE y por el traspaso de competencias del Consejo Nacional a órganos de las CCEE a través del art.F.3 TUE.

¹⁵²¹ En su opinión: “el art.23 LFB ya no ofrece una base constitucional para la cesión de soberanía ya que, por su parte, atenta a la Constitución” (p.989 de la citada sentencia reproducida en *Revista de Instituciones Europeas...*).

"constitucionalidad" del TUE, o lo que es igual, considera que la LFB no debe ser reformada de nuevo para adecuarse al TUE.

Sin embargo, acaso lo más interesante del razonamiento del TC consista en que todas las "concesiones" que le hace al Derecho Comunitario y al TUE son condicionadas. De hecho, lo que subyace a toda la argumentación del tribunal es una crítica al proceso integrador, al que el TC parece poner límites si se quiere evitar la denuncia por parte de Alemania del TCE por imperativos constitucionales. En realidad, se puede decir que esta sentencia a quien está realmente dirigida es a las instituciones comunitarias, a las que advierte sobre los riesgos que entraña el querer ahondar demasiado rápidamente en el proceso de integración europea sin recabar las preceptivas garantías constitucionales¹⁵²².

Interesa destacar que el TC alemán, al contrario que el TC español, trató en su sentencia argumentos relativos al TUE que no habían sido alegados por el recurrente pero que en su opinión encerraban serias dudas sobre su adecuación a la LFB. Así, por ejemplo, para declarar improcedente el argumento del recurrente en el sentido de que sus derechos fundamentales se verían vulnerados por el hecho de que en el futuro ya no serían garantizados por Alemania sino por las CCEE los derechos fundamentales, el TC federal recuerda (como ya hizo en las dos sentencias SOLANGE y en el caso de los productores de tabaco) que el TC conserva sus competencias en esta materia incluso frente a las CCEE. Por tanto, el TC deja expedita la vía para el planteamiento de cuestiones de constitucionalidad contra el derecho derivado comunitario, aunque aclara que siempre ejercerá su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho derivado en Alemania en una relación de "cooperación" con el TJCE¹⁵²³. Lo que esta relación de cooperación implique, así como cuándo esta relación de cooperación puede quedar superada o rota permitiendo al TC alemán actuar unilateralmente en la protección de los derechos fundamentales, es algo que el TC no concreta en la sentencia, sumiéndonos en la incertidumbre jurídica más absoluta.

¹⁵²² La Postura crítica que manifiesta el TC alemán hacia la integración europea ha sido calificada como "desafiante" por WEILER (WEILER, Joseph H.H.: "The State "Über Alles". Demos, Telos and the German Maastricht Debate", en *Harvard Jean Monnet Working Papers*, 1995, nº6, obtenido en la siguiente dirección de Internet: <http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/>).

¹⁵²³ p.995 de la citada sentencia.

Para rechazar el argumento de que el art.L TUE crea una laguna de protección jurídica contraria a la Constitución alemana por dotar de competencia al TJCE frente a medidas de la UE, el TC alemán afirma tajantemente que no se puede adoptar ninguna medida en virtud del art.L susceptible de afectar a los derechos fundamentales porque, si así fuera, se haría necesaria otra ley de ratificación del TUE en Alemania. Estamos, sin duda, ante una amenaza velada del TC por si en un futuro se prevé adoptar algún acto que generase efecto directo por la vía de los arts.J y K del TUE¹⁵²⁴.

El TC afirma que ni el Tit.V ni el VI contienen autorización para dictar actos soberanos, y en concreto, en relación al Tit.VI, el TC aclara que el hipotético traslado de la cooperación en Justicia y Asuntos de Interior desde los métodos de cooperación intergubernamental a otros de cooperación supranacional, exigiría la ratificación posterior de todos los Estados miembros¹⁵²⁵, advirtiendo así a las instituciones comunitarias -pero sin dirigirse a ellas nominalmente- contra decisiones pro-integración sin contar con los parlamentos nacionales. En tanto en cuanto tal traspaso de cooperación intergubernamental a competencia de integración no se haya producido, las acciones y medidas conjuntas que afecten a los derechos fundamentales adoptados en virtud de los títulos Tits.V y VI podrán ser analizadas por la jurisdicción alemana¹⁵²⁶.

El temor del recurrente a que se esté cediendo competencias soberanas a un estado federal en germen tampoco tiene fundamento según el TC, por cuanto la UE no constituye ni constituirá un Estado. El Estado alemán no dejará de existir por la cesión continuada de competencias a nivel europeo. En realidad, la asunción de soberanía por una asociación de estados como es la UE se basa en la conformidad de los Estados, que siguen siendo soberanos y dirigen la integración. Por ello en un futuro la soberanía comunitaria deberá asentarse sobre un órgano en el que deleguen los representantes de los gobiernos de los estados y sometido a control democrático¹⁵²⁷.

¹⁵²⁴ p.996 de la citada sentencia.

¹⁵²⁵ p.997 de la citada sentencia.

¹⁵²⁶ p.998 de la citada sentencia.

¹⁵²⁷ pp.997 y 1006 de la citada sentencia.

Tampoco están en peligro los fundamentos democráticos de Alemania porque la UE se basa en el respeto de ellos. En efecto, la UE tiene prohibido extralimitarse de los fundamentos constitucionales de los Estados miembros según el art.3.B.3 TCE, por lo que se salvaguarda la identidad nacional de sus miembros¹⁵²⁸. Las funciones de la UE y sus competencias están reglamentadas de forma suficientemente previsible como para preservar el principio de atribución de competencias que rige en las organizaciones internacionales. De otro lado, la asunción de futuras competencias por parte de la UE ha de pasar necesariamente por otras tantas reformas de los tratados constitutivos porque a la expansión de funciones y competencias de las CCEE les pone coto el principio democrático. Por ello los poderes de decisión y de control del Consejo Nacional alemán no quedan privados de contenido de manera que se vulnere el principio democrático del art.79.3 LFB por la ratificación del TUE. Las competencias de la CE se ven pues limitadas por el principio de atribución expresa de competencias. Al mismo tiempo, el nuevo principio de subsidiariedad y el ya conocido de proporcionalidad restringen materialmente las competencias de las CCEE¹⁵²⁹.

En esta misma línea de argumento, el TC prevé que el reforzamiento del papel del Parlamento Europeo y el aumento de su influencia política serán básicos en el futuro para así ampliar los fundamentos democráticos de la UE y mantener la democracia viva en el proceso de integración¹⁵³⁰.

En otro orden de cosas, el TC enjuicia el contenido del art.F.3 TUE, llegando a la conclusión de que éste no autoriza a la UE a dotarse *motu proprio* de los recursos financieros y demás modos de actuación que considere necesarios para alcanzar sus objetivos. El art.F.3 tiene un contenido meramente programático. Si se interpretase de otro modo, la ley alemana de ratificación ya no daría cabida a la nueva interpretación y, al no quedar amparada por ésta, no sería vinculante en el Estado alemán. Por tanto, este artículo no dota a la UE de competencia en materia de competencias. De otro modo, Alemania siempre podría decidir si continuaba o no en un proceso cuyos parámetros definidores habrían variado¹⁵³¹.

¹⁵²⁸ pp.1029-1030 de la citada sentencia.

¹⁵²⁹ pp.1001-1017 de la citada sentencia.

¹⁵³⁰ p.1005 de la citada sentencia.

¹⁵³¹ pp.1005, 1013 y 1015 de la citada sentencia.

Siempre en opinión del TC alemán, la ratificación del TUE no implicaría para la RFA un automatismo hacia la unión monetaria. La ley de ratificación del TUE permite a Alemania la aceptación de la unión económica y monetaria en su fase actual. El TC desconoce cuál será el impacto económico de las futuras fases de la unión monetaria, pero su realización se rige por el principio de cooperación leal, que impone a los órganos comunitarios los correspondientes deberes de colaboración con los Estados miembros, lo cual permitirá hallar soluciones que tengan en cuenta el Derecho Constitucional del Estado miembro¹⁵³².

En definitiva, nos encontramos con una sentencia que “introduce reparos y recoge la creciente inseguridad reinante a propósito de las condiciones políticas e iusconstitucionalistas para una continuación del fenómeno de unificación europea; formula, a partir del actual estadio de integración, ciertos límites a los órganos comunitarios...”¹⁵³³.

Sus puntos más sobresalientes son:

Primero. El acento se pone en la importancia de los parlamentos nacionales, que son soberanos y otorgan una legitimidad democrática a la UE de la que ésta, de por sí, carece. Por lo tanto, juegan un papel clave en la evolución democrática de la UE.

Segundo. El TC se reserva la facultad de examinar si los actos jurídicos de las instituciones comunitarias respetan los límites de los derechos de soberanía concedidos a las CCEE o si los desbordan¹⁵³⁴, pero nunca ofrece información sobre cómo llevará a cabo ese examen. Ello, sin lugar a dudas, plantea el problema de si tal examen vulneraría el art.164 TCE.

Tercero. El TC reconoce la labor de protección de los derechos fundamentales que se realiza en las CCEE pero considera que como también una organización supranacional puede violar los derechos fundamentales de los que gozan los ciudadanos alemanes, el TC conserva

¹⁵³² pp.1019 y 1020 de la citada sentencia.

¹⁵³³ STEIN, *op.cit.*, p.747.

¹⁵³⁴ Esta idea la refleja la tajante frase de STEEVE: “In other words, the Federal Constitutional Court, not the European Court of Justice will decide where the limits to European power lie, at least with respect to Germany”, (STEEVE, J.Boom: “The EU after the Maastricht Decision. Is Germany the “Virginia of Europe?”, en *Harvard Jean Monnet Working Papers* 1995, nº5, p.1 (obtenida en la siguiente dirección de Internet: <http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/>).

en esta materia competencias de control. Por esto, las competencias del TJCE y del TC pueden confluir en la revisión de la aplicación de derechos fundamentales. Por esta razón, ambos ejercerán su jurisdicción colaborando entre ellos, aunque el TC nunca explicita cómo se llevaría a efecto esta labor de colaboración. A este peligro de la inseguridad sobre el modo en que la labor de colaboración se efectuará, hay que añadir otro dato inquietante, consistente en que el TC se considera competente para enjuiciar cualquier acto lesivo de derechos fundamentales provenga éste de donde provenga (del poder público del Estado alemán o del de las CCEE). Así pues, el TC vuelve a considerarse competente no sólo en relación a los actos de las autoridades públicas germanas, sino en relación a cualquier violación de derechos fundamentales que se produzca en Alemania. Con ello el TC vuelve a la más agresiva lectura de la sentencia SOLANGE I¹⁵³⁵, según la cual, al existir en la Constitución alemana un núcleo de derechos irrenunciables, y al producirse defectos en la protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario, el TC se erige en juez en última instancia incluso contra actos dictados por instituciones comunitarias, lo cual, sin duda, puede afectar a la primacía del Derecho Comunitario¹⁵³⁶.

Se trata, como muy bien se ha descrito, de una decisión judicial cuyos efectos y consecuencias están aún por llegar¹⁵³⁷. No en vano, esta sentencia ha puesto unos límites a la integración europea tal y como ésta está concebida en el TUE, de modo que sus potencialidades se irán comprobando según se vaya avanzando en el proceso de integración. No obstante, al menos hay que reconocer que para tratarse del tribunal que garantiza la recta aplicación de la Constitución, el TC federal ha tenido en esta sentencia la delicadeza de realizar una interpretación de la Constitución que, aunque ciertamente crítica con el texto del TUE, no impide a la UE continuar sus pasos hacia la unificación¹⁵³⁸.

¹⁵³⁵ DARMON, Marco: "La Prise en Compte des Droits Fondamentaux par la Cour de Justice des Communautés Européennes", en *Vers un Droit Pénal Communautaire*, 1995, Mireille Delmas-Marty (ed), Dalloz, Paris, pp.23-34, p.34.

¹⁵³⁶ STEIN, *op.cit.*, p. 768.

¹⁵³⁷ En palabras de SORRENTINO, *op.cit.*, p.57: "Si tratta, com'è evidente, di una sentenza interpretativa di rigetto, che tende a recuperare alle sedi nazionali il controllo e la decisione circa l'integrazione europea. Il ruolo che tale pronuncia avrà nel successivo sviluppo dell'integrazione stessa potrà definirse nei prossimi anni".

¹⁵³⁸ HOBE *cit.*, p.40.

La última ocasión en la que el TC alemán se ha pronunciado sobre las relaciones entre su ordenamiento interno y el comunitario se remonta a 1995¹⁵³⁹, y en ella estaban también implicados derechos fundamentales constitucionalmente protegidos por la LFB como son la libertad de elegir libremente la profesión (libertad de empresa) y el derecho de propiedad. Se trataba de un auto -lo cual implica que existía un procedimiento judicial principal pendiente ante los jueces internos- relativo a la necesidad de adoptar medidas cautelares que evitasen la vulneración de los derechos constitucionales anteriormente citados. La conexión del caso con el Derecho Comunitario radicaba en que las medidas cautelares requeridas lo eran contra un reglamento comunitario al que los demandantes pretendían suspender de aplicación acudiendo para ello primero al Tribunal Administrativo de Hesse (que denegó la adopción de tales medidas) y tras el pronunciamiento negativo de este tribunal, acudiendo al TC.

El conflicto ante el TC lo provocó un tema ya conocido en el seno de las CCEE: la organización común del plátanos, creada por Reglamento 404/93 de 13 de Febrero de 1993¹⁵⁴⁰, la cual discriminaba los plátanos importados de países terceros no ACP. Una empresa alemana dedicada a la importación de plátanos procedentes de Colombia, comprobó cómo el reglamento reducía su cuota de importación de manera significativa. La empresa interpretó que esta rebaja en su cuota de importación iba en contra de ciertos derechos fundamentales protegidos por la LFB, como eran la propiedad y la libre elección de profesión, ya que la denegación de tales medidas cautelares constituían en su opinión una expropiación y le imposibilitaban seguir ejerciendo su actividad económica. El asunto fue llevado al Tribunal Administrativo del Land de Hesse. Pero en tanto en cuanto éste fallase, comenzó el proceso citado tendente al reconocimiento de medidas cautelares que posibilitaran mantener a esta empresa su anterior cuota de importación hasta el fin del procedimiento principal. De otro

¹⁵³⁹ Auto de 25 de Enero de 1995, *cit.*

¹⁵⁴⁰ No en vano, este reglamento ya había sido impugnado ante el TJCE en un caso anterior al ahora estudiado por el TC alemán (sentencia de 5 de Octubre de 1994, caso 280/93, RFA/COMISIÓN, Rec.1994, pp.I-4973ss), asunto que fue ampliamente estudiado por DONY en un artículo en el que estudió los efectos provocados por la organización común de plátanos (instaurada por el Reglamento 404/93) sobre el derecho de propiedad de los importadores de esta fruta. Véanse especialmente las páginas 471-487 de DONY, Marianne: "L'Affaire des Bananes", en *Cahiers de Droit Européen* 1995, n°3, pp.461-496. Igualmente exhaustivo resulta el análisis de EVERLING sobre el asunto de las bananas (EVERLING, U.: "Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgement of the Court of Justice and National Courts", en *Common Market Law Review*, 1996, n°33, pp.401-437). En este artículo el autor analiza, paso a paso, las veces en que este asunto ha sido llevado ante el juez comunitario, la opinión del Parlamento Europeo, así como los diferentes procedimientos seguidos ante los tribunales alemanes.

modo, la empresa iría rápidamente a la quiebra y serían vulnerados derechos constitucionales. Sin embargo, el tribunal de Hesse falló en contra de la adopción de medidas cautelares en un auto de 23 de Diciembre de 1994, basándose para ello en que ese reglamento ya había sido declarado válido por el TJCE anteriormente¹⁵⁴¹.

La empresa recurrió este auto en amparo ante el TC, quien emitió un segundo auto favorable a los intereses de los demandantes¹⁵⁴². Más en concreto, el TC consideró que el auto del tribunal competente vulneraba el derecho de tutela judicial efectiva del art.19.4 LFB¹⁵⁴³ en relación con el art.14.1¹⁵⁴⁴, y producía una lesión tal en ellos que de no adoptarse medidas cautelares, la reparación sería imposible. Al mismo tiempo, el TC indicaba que, dado que este reglamento vulneraba derechos fundamentales protegidos por la LFB, urgía la reforma de éste, utilizando para ello la vía prescrita en los arts.16 y 30 del propio reglamento, que prevé su reforma si concurren circunstancias excepcionales o de riesgo, las cuales entiende el TC que concurren en este caso. Por ello, el auto hace un llamamiento a las autoridades nacionales alemanas para que presionen en tal sentido a la Comisión con el fin de que se reforme el Reglamento 404/93, de modo que se adecuen las cuotas de importación cuando tras un tiempo en vigor la normativa, se compruebe que aquéllas no se ajustan a las nuevas condiciones o si concurren circunstancias sobrevenidas¹⁵⁴⁵.

En consecuencia, nos encontramos ante un segundo supuesto en el que se pretende influir en la fase ascendente de la normación comunitaria con el objetivo de que el producto final (es decir, la norma comunitaria ya aprobada) no vulnere derechos constitucionales alemanes. Para ello, se apela a la responsabilidad del gobierno alemán que es quien tendría que proponer al resto de sus socios comunitarios, y en su caso, negociar, la reforma del

¹⁵⁴¹ Caso C-280/93 *cit.* Rec.1994, pp.I-4973ss.

¹⁵⁴² p.170 del texto de la sentencia reproducido en *Europäische...*

¹⁵⁴³ “Cuando los derechos sean vulnerados por el orden público, la persona afectada podrá recurrir a la ley. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, los tribunales ordinarios serán competentes. Lo dispuesto en la segunda frase del párrafo segundo del art.10, no quedará afectado por las disposiciones de este párrafo” (art.19.4 Ley fundamental de Bonn).

¹⁵⁴⁴ “La propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su naturaleza y sus límites serán determinados por ley” (art.14.1 de la Ley Fundamental de Bonn).

¹⁵⁴⁵ p.171 de la citada sentencia.

reglamento en cuestión para que éste sea receptivo a los derechos constitucionales de Alemania.

Por tanto, las conclusiones de este auto son las siguientes:

Primero. El TC, tal y como indicó en SOLANGE y en la sentencia sobre el TUE, considera que su Constitución constituye un parámetro válido para impugnar el Derecho Comunitario derivado (en este caso, un reglamento) máxime si la violación de la Constitución se sustancia en alguno de los artículos de su declaración de derechos¹⁵⁴⁶. En este caso, el TC puede decidir la inaplicación cautelar de la norma comunitaria por violación de la Constitución.

Segundo. El TC federal pretende ayudar a salvar la validez del reglamento (el cual, en ningún caso puede anular el alto tribunal) sugiriendo una reforma del mismo que pueda ser provocada por las autoridades alemanas. De este modo, el TC, como en el caso de los cigarrillos PHILIP MORRIS, hace referencia a la posibilidad -y la responsabilidad- del gobierno alemán de influir en la fase ascendente de normación comunitaria, y evitar la existencia de normas europeas contrarias a valores constitucionalmente protegidos.

En conclusión, y tras el análisis jurisprudencial anterior, podemos decir que el TC alemán, a través de toda su jurisprudencia, muestra un recelo que va en aumento tanto hacia la

¹⁵⁴⁶ Resulta interesante comprobar cómo, actualmente existe una diferencia de criterio en Alemania entre el Parlamento federal y el TC federal en relación al grado de satisfacción que cada uno de ellos experimenta con el nivel de protección de los derechos fundamentales en las CCEE. En efecto, mientras que el nuevo art.23, aprobado por el Parlamento alemán, considera “equiparable en lo esencial” el nivel de protección de los derechos fundamentales en ambos ordenamientos, sin embargo, la última jurisprudencia del TC, al no descartar la impugnación de las normas comunitarias de derecho derivado, claramente está calificando el nivel de protección de los derechos fundamentales en las CCEE como deficitario, inferior al constitucional, y por tanto susceptible de impugnación ante él. A este respecto, CARTABIA da la razón al TC, al considerar imposible que la tutela comunitaria de los derechos fundamentales pueda ser equivalente a la constitucional en nivel de protección:

“[I]l fatto che la Corte abbia iscritto la tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario comporta che i limiti, e perciò il contenuto e il valore di ciascun diritto fondamentale, siano condizionati dalla necessità di soddisfare le altre esigenze della Comunità. Di qui una prima conferma dell'impossibilità che la tutela comunitaria dei diritti fondamentali sia equivalente alla tutela garantita dalle Costituzioni nazionali” (CARTABIA: *Principi Inviolabili...*, *op.cit.*, 1995, p.42).

aplicabilidad directa y la primacía del Derecho Comunitario como hacia el modo de protección de los derechos fundamentales¹⁵⁴⁷.

4. Conclusiones

Primero. Estamos asistiendo a un resurgimiento de la puesta en cuestión por las instancias jurisdiccionales constitucionales nacionales de los principios comunitarios¹⁵⁴⁸, así como del modo de protección de los derechos fundamentales en el marco comunitario por considerarse éste defectuoso o limitado con respecto al tipo de protección que alcanzan en el plano nacional. Del mismo modo, el conflicto entre algún ordenamiento interno y el comunitario continúa apareciendo como hipótesis imaginable si se produce una “transgresión competencial” por parte del TJCE por el uso excesivamente generoso de sus competencias¹⁵⁴⁹.

Segundo. Lógicamente, donde más está siendo respondido el Derecho Comunitario es en aquellos Estados que poseen un órgano judicial único de defensa de la Constitución claramente diferenciado del resto de los órganos judiciales internos, con el máximo rango judicial, y que ejerce en exclusiva tal función (España, Italia, Alemania y Francia)¹⁵⁵⁰.

Tercero. A través del análisis de la compatibilidad de la norma comunitaria con los derechos contenidos en las constituciones, lo que indirectamente se está contestando es,

¹⁵⁴⁷ FROMONT habla de “réserves croissantes” del juez constitucional alemán (FROMONT, Michel: “Le Droit Constitutionnel National et l’Intégration Européenne”, en *Revue d’Affaires Européennes*, 1997, n°2, pp.191-208, p.203).

¹⁵⁴⁸ En este sentido, la actual puesta en cuestión de principios que ya parecían haber sido aceptados, quizá pueda ser debida a que, como sugieren CURTIN y MORTELMANS, el TJCE ha ido progresivamente “endureciendo” el deber de lealtad exigido a los Estados miembros en el art.5 TCE, exigiéndoles cada vez más muestras de sumisión al Derecho Comunitario (efecto directo, primacía, responsabilidad del Estado frente a los particulares por el incumplimiento del Derecho Comunitario, reconocimiento de medidas provisionales y cautelares, etc.) todo lo cual puede haber hecho explotar a los tribunales constitucionales (Curtin, Deidre y MORTELMANS, Kamiel: “Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script” en *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honor of Henry Schermers* 1994, vol.II, Martinus Nihjoff Publishers, Curtin y Helkens (eds), pp.423-466, p.462). *Vide* también HOWE OF ABERAVON, *op.cit.*, p.193, quien califica de “provocadores” algunos de los nuevos principios exigidos a los Estados miembros por el Derecho Comunitario, como el efecto directo de directivas y su sanción en caso de no transposición.

¹⁵⁴⁹ WEBER *cit.* p.50.

¹⁵⁵⁰ VINTRÓ y CASTELLS; Joan: “El Control de la Constitucionalitat del Dret Comunitari en Matèria de Drets Fonamentals” en *Revista Jurídica de Catalunya* 1986, any LXXXV n°1, pp.183-190, p.185.

aunque la mayoría de las veces no se diga en las sentencias de forma taxativa, la primacía del Derecho Comunitario sobre el derecho interno, incluida la Constitución¹⁵⁵¹. El malestar de los tribunales constitucionales evidencia la existencia de una excepción a la primacía absoluta del Derecho Comunitario. Con todos los peligros que ello pueda suponer para la uniformidad, autonomía y primacía del Derecho Comunitario, lo cierto es que los tribunales constitucionales, especialmente el italiano y el alemán, han negado en su última jurisprudencia la primacía absoluta de las normas comunitarias que atenten contra normas constitucionales definitorias de derechos fundamentales.

Cuarto. Últimamente no sólo los tribunales constitucionales están atacando las normas de ejecución de normativa comunitaria, sino incluso el derecho derivado o el acto jurídico comunitario en formación (en este último caso, el ataque al acto comunitario se produce retando constitucionalmente el voto emitido en el Consejo por el representante gubernamental).

Quinto. Todos los Estados miembros de las CCEE admiten la competencia del TJCE para colmar las lagunas del Derecho Comunitario, incluso en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, algunos de ellos, se consideran legitimados para indicarle cuáles son esas lagunas a través de la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales. Si entendemos la rebelión de los tribunales constitucionales de este modo, nos encontramos con que la revuelta podría tener una lectura positiva, a saber: la exigencia de una colaboración con el TJCE y el TPI que le sirva de estímulo a los órganos judiciales comunitarios. Esta es de hecho la idea que se expresaba en las sentencias sobre el TUE y sobre la organización común de plátanos del TC alemán. Así, los tribunales constitucionales irían indicando al TJCE y al TPI en cada caso las claves para evitar su propia intervención en un futuro¹⁵⁵².

Sexto. Todo lo anterior pone en evidencia, como no podía ser de otro modo, que un proceso de integración europea tenía por fuerza que encontrar resistencia de tipo constitucional en su desarrollo¹⁵⁵³, sobre todo en el plano de la protección de los derechos de

¹⁵⁵¹ *vide* VINTRÓ, *op.cit.*, p.190 y RODRÍGUEZ: “Tribunales Constitucionales...”, *cit.*, 1992, p.1191.

¹⁵⁵² CANNIZARO *op.cit.*, p.378.

¹⁵⁵³ En palabras de BALDASSARRE: “Qu’esta ultima [la Comunità Europea], infatti, è giunta al limite estremo di un modello prefederale... In un passaggio di questo tipo, forse era inevitabile, e certamente era prevedibile, che si verificassero grosse difficoltà, è ciò non solo sul piano economico e sul piano politico, ma anche sul piano

las personas, obstáculos y resistencia que difícilmente pueden tener solución si los tribunales constitucionales siguen constatando que el sistema de protección de los derechos fundamentales en las CCEE tiene lagunas, es insuficiente, otorga menos garantías que el sistema de protección nacional de derechos fundamentales y se sustenta prácticamente de forma exclusiva en la labor de dos órganos judiciales. Siendo ello así, la crítica de los tribunales constitucionales de los Estados miembros a la labor del TJCE a través del cuestionamiento de los principios por él establecidos (lo que CARTABIA denomina la doctrina de los “contralímites” al poder del TJCE para evitar que la integración europea se haga en perjuicio de la dimensión de los valores¹⁵⁵⁴) es un fenómeno “puramente pragmático”¹⁵⁵⁵ que persistirá en sus pronunciamientos judiciales venideros. Ello sin duda puede abocar a insospechadas consecuencias¹⁵⁵⁶.

giuridico costituzionale” (BALDASSARRE; Antonio: “La Tutela dei Diritti dell’Uomo e la Corte Costituzionale Italiana” en *Enunciazione e Giustiziabilità dei Diritti Fondamentali nelle Carte Costituzionali Europee* 1994, Andrea Romano (ed), Giunffré, Milano, pp.79-88, p.79).

¹⁵⁵⁴ CARTABIA, 1995, *op.cit.*, p.136.

¹⁵⁵⁵ RUBIO LLORENTE, Francisco: “El Constitucionalismo de los Estados Integrados de Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1996, n°48, pp.9-33, p.29.

¹⁵⁵⁶ “If other Member State Courts followed the German lead, or if other Member States legislatures or Governments were to suspend implementation of the norm on some reciprocity rationale a veritable constitutional crisis in the Community could become a reality...” (WEILER, Joseph H.H.; HALTERN, U.; MAYER, F.: “European Democracy and Its Critique: Five Uneasy Pieces”, en *Harvard Jean Monnet Working Papers* 1995, n°1, p.31 (obtenido en la siguiente dirección de Internet: <http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/>).