

# Constitución e integración europea: la contribución de la jurisprudencia constitucional

Antonio La Pergola

**SUMARIO:** 1. PREMISA: EL ORDENAMIENTO PREVISTO POR EL TRATADO DE INTEGRACIÓN EUROPEA, TAL Y COMO RESULTA TRAS LA «MEDIACIÓN» DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y NACIONAL, NO ES UN MERO SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL.—2. EL SISTEMA «MONISTA» DEL TRIBUNAL EUROPEO: PRIMACÍA Y EFICACIA DIRECTA DEL DERECHO COMUNITARIO; LA ANALOGÍA CON LOS ORDENAMIENTOS DE TIPO FEDERAL.—3. LA JURISPRUDENCIA ITALIANA: CONCEPCIÓN DUALISTA Y LECTURA DE LOS DATOS CONSTITUCIONALES ANTES DE LA SENTENCIA 170/84.—4. LA SENTENCIA 170/84: RECONOCIMIENTO DEL ORDENAMIENTO COMO «EXCLUSIVO» EN LA ESFERA OCUPADA POR LAS NORMAS INMEDIATAMENTE APLICABLES POR EL JUEZ NACIONAL.—5. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DESPUÉS DE LA SENTENCIA 170/84. LAS «RESERVAS DE COMPETENCIA» DEL TC: EL JUICIO EN VÍA PRINCIPAL EN EL CONTENCIOSO ESTADO-REGIÓN.—6. PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: CONDICIONES CONSTITUCIONALES Y CONTROL JURISDICCIONAL, SOBRE SU OBSERVANCIA.

## 1. PREMISA: EL ORDENAMIENTO PREVISTO POR EL TRATADO DE INTEGRACIÓN EUROPEA, TAL Y COMO RESULTA TRAS LA «MEDIACIÓN» DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y NACIONAL, NO ES UN MERO SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

1.1. El proceso de integración supranacional ha sido relevante desde sus inicios para la Constitución italiana y para todas las Constituciones de los Estados fundadores de la Comunidad Europea. A tal proceso, irre-

versible pero todavía en curso, se ha adaptado y tendrá que continuar adaptándose, el ordenamiento nacional. La fase inicial se remonta a los decisivos años cincuenta, cuando se frustra la tentativa de instituir la Comunidad europea de defensa, pero en compensación entran en vigor los Tratados de Roma y París, institutivos de otras comunidades sectoriales: la Comunidad económica, la del carbón y del acero y la de la energía atómica. Los estadios sucesivos surgirán gracias a ulteriores acuerdos: el Acta única, a la vista de la realización del mercado común, el Tratado de Maastricht que prefigura, junto a la Comunidad preexistente, la Unión Europea, y le confiere la doble faz de unión entre Estados y entre pueblos, junto con un doble destino funcional: unión económico-monetaria, por una parte, por la otra, unión con fines políticos o generales. Por último, el Tratado de Amsterdam que adecua a políticas comunes y determinadas, siempre sobre la base del acuerdo de Maastricht, las modalidades de funcionamiento de la Unión. Respecto al conjunto de Estados miembros éste ha ido ampliándose progresivamente y podrá crecer en el futuro próximo con otras previsibles adhesiones.

Nos encontramos, por otra parte, en la fase del gradual y difícil tránsito del mercado único, que constituye la realización más completa del proceso de integración, a la Unión, que, todavía incipiente y fragmentaria, tiende hacia un ordenamiento más coherente con los fines que se declaran. El Estado se ha abierto a las razones de la integración transnacional aún en formas diversas a las de la recepción y sistematización de los Tratados en el Derecho interno, tal y como éstas se regulan en la Constitución. No podría ser de otro modo. El fenómeno es nuevo y exige, por su propia naturaleza, una específica disciplina en el plano constitucional. En este momento al constitucionalista le corresponde, ante todo, estudiar una integración que se ha desarrollado como relación entre ordenamientos soberanos y como esfera de disfrute común y trasnacional de derechos, incluyendo las libertades garantizadas en el texto fundamental.

La sistematización que ha recibido la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional en la crucial fase constructiva del mercado único se ha consolidado, se mantuvo gracias a la experiencia de muchos decenios frente a difíciles pruebas, y está destinada, al menos en su núcleo esencial, a no sufrir importantes modificaciones incluso si se traspasa el umbral de la integración política, más allá de la meramente económica. Mientras esta otra fase más avanzada del proceso europeísta permanezca en los límites de la Unión, tal y como la diseña el tratado de Maastricht, su incidencia sobre la relación interordinamental seguirá las pautas del sistema comunitario actual. Y es por tanto sobre este último sistema sobre el que

centraré mi atención. Algunas observaciones preliminares pueden aclarar el planteamiento y desarrollo de la investigación <sup>1</sup>.

1.2. Hay un dato que debe tenerse en cuenta desde un primer momento. El problema del que me ocupo debe situarse en el plano del Tratado y de las Constituciones de cada Estado miembro, en el plano pues de las fuentes supremas, esto es, de los ordenamientos que cooperan, primordialmente mediante sus relaciones de base, para constituir el sistema europeo en su integridad. A la resolución de este problema se ha dirigido, en definitiva, la labor reguladora de la jurisprudencia. El Tribunal comunitario, por una parte, y los Tribunales constitucionales (TC) (y donde éstos no existen, los órganos jurisdiccionales supremos de los Estados miembros) dialogando a través de sus resoluciones como respectivos intérpretes de sus fuentes supremas, han deshecho los nudos de las relaciones entre los ordenamientos en cuestión.

Observemos el caso italiano. La Constitución republicana del 48 diseña un Estado democrático y pacifista, que adapta su ordenamiento propio a las normas generalmente reconocidas del *ius gentium* y está preparado para ser parte de las organizaciones internacionales. El constituyente de aquella época no podía prever, sin embargo, el gran acontecimiento de la integración europea. Nuestro texto fundamental, por otra parte, no contiene previsiones expresas para esta materia ni siquiera tras iniciarse el proceso, al contrario que las Constituciones de otros Estados miembros, que han ido adaptándose a los más recientes desarrollos del proceso europeísta. Los Tratados institutivos de la Comunidad se han hecho ejecutivos en Italia mediante ley ordinaria, y su recepción ha planteado en nuestro ordenamiento constitucional problemas complejos frente a los cuales los jueces de la Consulta tuvieron que recurrir a la interpretación sistemática del texto fundamental, a la lectura y relectura de los principios fundamentales posiblemente concernientes a la pertenencia del Estado a la Comunidad. Ha sido un largo y trabajado ciclo de decisiones. La jurisprudencia inicial del Tribunal divergía de la comunitaria y la distancia inicial fue fatigosamente superada. Regular las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el nacional ha supuesto también una gravosa tarea para los jueces constitucionales de los otros Estados miembros. El problema demanda una respuesta única e inequívoca, sin la cual el Tratado no puede satisfacer las

---

<sup>1</sup> El presente trabajo está esencialmente dedicado a una exposición de las orientaciones jurisprudenciales. Me limito, por tanto, a notas explicativas del texto con alguna indispensable referencia bibliográfica, reenviando a otros de mis trabajos sobre los problemas aquí considerados: LA PERGOLA, «Autonomia regionale, "potere estero" dello Stato ed esecuzione degli obblighi comunitari» en *Scritti in onore di Crisafulli*, Padova 1985, II, págs. 401 y ss.; «Community Law International Law and the Italian Constitution», *American Journal of International Law* (1985), págs. 598 y ss. (junto con P. DEL DUCA), *Costituzione dello stato e norme internazionali*, a cargo de LEANZA, Milano 1988, págs. 1-64, «Italy and European Integration. A Lawyer's Perspective» *Indiana International and Comparative Law Review* (1994), págs. 259 y ss.; «L'articolazione del diritto comunitario e di quello interno: l'esperienza italiana» *Rivista di diritto europeo* (1994), pág. 651; *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid 1994, spec. págs. 111-190.

finalidades esenciales del proceso de integración. Los efectos que se deducen del Tratado en la esfera interna de cada parte contratante no pueden, ciertamente, diferir según la decisión adoptada en el ámbito nacional respecto a los eventuales conflictos entre normas pacticias y disposiciones del legislador. Opciones de este tipo, no obstante, están reservadas necesariamente a las Constituciones y a los ordenamientos de cada Estado miembro de la Comunidad. El Tratado no pretende armonizarlas mediante alguna disposición textual, y se limita a prever las diferentes categorías de actos comunitarios, también los que dan lugar al Derecho secundario que, junto a cualquier otra regla establecida por acuerdo, se imponen a la observancia de los Estados miembros sólo en cuanto sujetos de Derecho internacional. La respuesta necesaria en nuestro caso ha sido, por tanto, elaborada por la jurisprudencia y es importante ver cómo, ha sido el Tribunal europeo, el Tribunal comunitario de Luxemburgo, el que ha forjado los principios, esto es, las reglas generales no escritas, que establecen de manera precisa la forma en que el Estado miembro conforma el ordenamiento del que es portador al sistema jurídico comunitario. Respecto a este último sistema, el *Estado-ordenamiento* debe, según el Tribunal comunitario, colocarse en la forma relacional que se prescribe y en ninguna otra, análogamente se diría a cómo el *Estado-sujeto* debe satisfacer las obligaciones derivadas de su pertenencia a la Comunidad. Tal versión del Tratado ha penetrado después en el Derecho constitucional de los Estados miembros en la medida en que ésta era acogida en las decisiones de los jueces nacionales, comenzando por aquellas, provistas de eficacia normativa, que corresponden a los tribunales intérpretes y custodios de la Constitución. Esta homogeneidad de la jurisprudencia, en los límites en que se ha producido, condujo a su vez a los legisladores nacionales a reconocer que la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho interno estaba sujeta a una común y homogénea disciplina<sup>2</sup>. Se comprueba así cómo la integración económica del tipo que conocemos en Europa, o es efectiva y adecuadamente *mediatizada* por la jurisprudencia que vigila la observancia del Tratado, o corre el riesgo de permanecer como un mero sistema convencional. Reflexionemos sobre este punto.

1.3. La concreta realidad de esta relación entre ordenamientos que tenemos entre nosotros es distinta de la literalidad de las previsiones pacticias. El Tribunal de Luxemburgo ha sabido promover su desarrollo utilizando la

<sup>2</sup> Así ha llegado a operar, también en la fase de la integración económica, aquel *principio de homogeneidad constitucional* que solamente encontraría una plena justificación en una verdadera y propia unión federal de Estados. Sobre el principio de homogeneidad en los sistemas federales y en otros ordenamientos análogos me permito reenviar a LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano 1969, págs. 305 y ss., nota 38. El Tratado institutivo de la Comunidad no deja de *presuponer* la homogeneidad en un sentido amplio de los sistemas jurídicos de los Estados miembros, en particular la comunidad de unos valores fundamentales, los de un ordenamiento democrático y los del Estado de Derecho. En nuestro caso, sin embargo, las soluciones constitucionales homogéneas han estado no sólo presupuestas, sino *impuestas* por el Tratado, aun cuando haya sido a través de la intervención del juez instituido por el Tratado: y esto en un ámbito que toca el nervio de la soberanía nacional.

idea fuerza de un sistema comunitario que encuentra sus raíces en la *limitación permanente* de la soberanía estatal, *generalmente reconocida* por los Estados miembros, en cuanto sobreentendida por el mismo Tratado de integración. También nuestro TC se ha instalado, con su última jurisprudencia, en un análogo orden de ideas. Debe advertirse, sin embargo, que esa misma limitación de la soberanía estatal puede ser entendida de diversas formas. El TC italiano y el alemán de Karlsruhe se han adherido a las soluciones del Tribunal de Luxemburgo con reservas, volviendo ambas, como explicaré con más precisión, al concepto de autolimitación del Estado. Las reservas provenientes de la jurisprudencia constitucional parten en Alemania del texto del artículo 23 de la BGG, el así llamado *Europa/artikel*, que establece en qué condiciones la República Federal contribuye a la consecución de la unidad europea. No muy diferente en ciertos aspectos, aunque menos preciso, es lo dispuesto en la propuesta aprobada en sede de reforma constitucional por la Comisión bicameral del Parlamento italiano. Veremos mejor cómo el significado de tales textos normativos ha sido aclarado por los datos jurisprudenciales en que ambas disposiciones manifiestamente se inspiran. He querido, sin embargo, advertir desde el primer momento que la limitación de la soberanía se encuentra en la perspectiva en que la sitúan los TC.

Comparemos, pues, con más detalle la jurisprudencia comunitaria e italiana. La materia objeto de examen se ha sistematizado sobre nuevas bases desde el momento en que ambas han logrado un punto de encuentro. Pretendo aclarar la estructura resultante y desarrollar las consecuencias que se derivan de todo ello para nuestro ordenamiento constitucional.

## 2. EL SISTEMA «MONISTA» DEL TRIBUNAL EUROPEO: PRIMACÍA Y EFICACIA DIRECTA DEL DERECHO COMUNITARIO; LA ANALOGÍA CON LOS ORDENAMIENTOS DE TIPO FEDERAL

2.1. El Tribunal de Luxemburgo ha precisado el punto de vista que adoptó desde un principio, ya desde las célebres decisiones de los años 60 *Van Gend e Loos*<sup>3</sup> y *Costa /Enel*<sup>4</sup>. Tales decisiones establecen dos fundamentales doctrinas, como suele decirse, según las cuales el Derecho comunitario es inmediatamente aplicable en cada Estado miembro (principio de eficacia directa) y prevalece sobre las normas nacionales incompatibles (principio de supremacía). El ordenamiento comunitario que el Tribunal europeo configura se *integra* en los ordenamientos de los Estados miembros, y al mismo tiempo es, respecto de éstos, autónomo, en cuanto no encuentra su fundamento en ninguna fuente jurídica estatal. Es éste, por tanto, un ordena-

<sup>3</sup> Sentencia 5 de febrero 1963, causa 26/62, *Racc.* pág. 3.

<sup>4</sup> Sentencia 15 de julio 1964, causa 6/64, *Racc.* pág. 1135.

miento originario y superpuesto a los ordenamientos nacionales que devienen en su esfera una unidad: entre éste y los otros ordenamientos se establece una relación de jerarquía que justifica la primacía del Derecho comunitario. La transferencia de los Estados «a favor del ordenamiento jurídico comunitario de los derechos y de las obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado implica» —así lo afirma el Tribunal en *Costa/Enel*— «una limitación definitiva de sus derechos soberanos, frente a la cual un acto unilateral posterior, incompatible con el sistema de la Comunidad, carecería de toda eficacia». El principio de eficacia directa completa el sistema. A las obligaciones asumidas recíprocamente por los Estados mediante el Tratado se corresponden los derechos de los individuos interesados en el cumplimiento de los compromisos internacionales. Las normas comunitarias que, por su autosuficiencia y por la precisión de su contenido preceptivo, sean susceptibles de aplicación sin intervenciones discrecionales de legislador estatal, han de ser, por tanto, necesaria y directamente aplicadas por el juez nacional, de modo que tutelen los derechos que de ellas se derivan para el sujeto privado<sup>5</sup>. La eficacia directa significa, así, la tutela difusa de los derechos derivados del Tratado, tutela que es encomendada a los jueces nacionales. Estos últimos devienen, por así decirlo, órganos de la Comunidad, órganos indirectos si se quiere, pero indispensables para la actuación del Derecho comunitario. El ordenamiento de la Comunidad se ha construido pues como un sistema de reglas que priman sobre el Derecho interno en la esfera de las relaciones interestatales e interindividuales. Nos encontramos ante una *superley*, que es antes que nada y sobre todo una *ley*, y así descende del plano del Tratado a la regulación de los intereses del usuario, a cualquier título, del mercado común. Esta jurisprudencia ha sido anticipatoria: la ciudadanía de la Unión Europea introducida en el Tratado de Maastricht, junto con el reconocimiento del individuo como sujeto de Derecho comunitario, es fruto del sistema de integración económica tal y como el Tribunal europeo la concibió.

2.2. Entre los dos principios anteriores existe un evidente indisoluble nexo de complementariedad: el Derecho comunitario no prevalece sobre el Derecho interno de otra forma que con efecto directo, y, por otra parte, puede ser inmediatamente aplicado precisamente en cuanto, frente a sus preceptos, las disposiciones del legislador nacional deben ceder en cualquier hipotético conflicto. Sucesivas decisiones han ido precisando cómo operan los dos principios situados en la base del sistema, dependiendo del caso que deba decidirse<sup>6</sup>. En todo su posible campo de aplicación los dos principios

<sup>5</sup> Sentencia 16 de diciembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, *Racc.* p. 1989.

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, se ha establecido que el efecto directo es «vertical» u «horizontal» según que el individuo interesado pueda invocar la norma comunitaria aplicable solamente frente al Estado u otra autoridad pública, como sucede, por ejemplo, con las directivas que satisfacen los requisitos de la inmediata aplicabilidad, o bien pueda invocarla frente a otros sujetos privados, en este último caso la tutela del derecho individual que está en la base de la reclamación es más amplia (v. Sentenza 6 octubre 1970, causa

se formulan como *corolarios* de las características atribuidas por el Tribunal al ordenamiento comunitario, características que se reflejan inevitablemente en su relación con el ordenamiento interno. La disciplina de los intereses implicados en la integración del mercado para formar una comunidad de Estados y de individuos debe desplegar todos los «útiles efectos» que se concatenan con los fines para los cuales se ha limitado la soberanía nacional. La uniformidad de la disciplina establecida o deducida del Tratado, y de su correspondiente aplicación, junto con la nutrida serie de las exigencias o consecuencias que se conectan con las normas origen de tales efectos conjuntos, desemboca a su vez en la solución monista del Tribunal europeo. El monismo deviene, en la lógica que estoy describiendo, una toma de postura obligada para imponer la observancia de los principios, según los cuales ninguna fuente normativa estatal puede operar válidamente en disconformidad con el Derecho comunitario. Este último ordenamiento es autónomo —esto es, originario e independiente— no sólo del Derecho interno de los Estados miembros sino también, si bien se mira, del mismo Derecho internacional: la jurisprudencia del Tribunal ha roto el cordón umbilical que lo ligaba con el Tratado de origen, para elaborar un sistema comprensivo de reglas interindividuales, omnipresente y prevalente en toda la Comunidad por su propia naturaleza y fuerza obligatoria, y no porque el sistema derive de un acuerdo internacional al cual los ordenamientos nacionales hayan decidido, como se dice en Italia, adaptarse automáticamente. El Tribunal razona como si el Tratado fuese una Constitución federal que estableciera la primacía de la ley central sobre la ley del cantón. La realidad es, sin embargo, que la Comunidad no es un sistema ni, menos aún, un Estado federal. El Tribunal no tiene pues las atribuciones que generalmente se confieren, en ordenamientos de este tipo, a los órganos jurisdiccionales llamados a dirimir las controversias entre la federación y los Estados miembros, o a conocer los conflictos entre sus respectivas leyes. El Tribunal puede juzgar los actos de las instituciones comunitarias y anularlos si son ilegítimos, pero no dispone de las correspondientes competencias respecto a las leyes u otros actos emanados de los Estados miembros.

No obstante, el Tribunal europeo ha logrado asegurar la eficacia de un sistema de integración económica en el cual actuaba el fermento de los prin-

---

9/70, *Grad*, *Racc.* pág. 825; 5 abril 1979, causa 148/78, *Rati*, *Racc.* pág. 1629; 14 julio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, *Racc.* pág. I-3325).

En cuanto al principio de supremacía, el Tribunal ha advertido expresamente que el Derecho comunitario prevalece incluso frente a las normas constitucionales de los Estados miembros (sentenza 13 julio 1972, causa 48/71, *Commissione/Italia*, *Racc.* pág. 533) y en otro conocido pronunciamiento, que el juez nacional debe aplicarlo siempre e inmediatamente (v. Sentenza 19 junio 1990, causa C-213/89, *Factortame*, *Racc.* pág. I-2433, independientemente de la abrogación o anulación de las normas internas incompatibles en los modos prescritos a tal fin por el ordenamiento estatal (sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmmenthal*, *Racc.* pag. 609). Paralelamente a esta obligación del juez, surge al mismo tiempo, en virtud del principio de certeza del Derecho, la obligación del legislador nacional de abrogar formalmente las disposiciones contrarias al ordenamiento comunitario (sentenza 4 abril 1974, causa 167/73, *Commissione/Francia*, *Racc.* pág. 359).

principios deducidos por ella y no previstos literalmente por el Tratado; de la analogía con el federalismo construido en vía jurisprudencial a la luz, como dirían los alemanes, de la filosofía del *als ob*. Los jueces de Luxemburgo han puesto en juego con tal fin todos los medios jurisdiccionales a su disposición para cumplir la función, que se les reserva, de «asegurar la observancia del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado». Es un resultado que merece cierta aclaración.

2.3. Al Tribunal le corresponde el monopolio sobre la interpretación del Tratado y del Derecho comunitario. En el ejercicio de tal misión ha terminado revistiéndose con la toga de un juez constitucional, el cual extrae poco a poco el contenido de la Constitución viviente, no sólo de la letra, sino de los fines e intenciones generales, y, en definitiva, del espíritu del texto fundamental reservado a su lectura. Los principios llamados a modelar el ordenamiento comunitario como *higher law* respecto de los ordenamientos de los Estados miembros, surgen, en primer lugar, de la robusta y copiosa vena de la jurisdicción objetiva que abarca la interpretación del entero Derecho comunitario, aspecto que, conviene recordarlo, el Tratado configura como una función *específica* y autónoma de las restantes funciones atribuidas al Tribunal. La cuestión interpretativa llega ante el Tribunal por impulso de las jurisdicciones nacionales, según las previsiones del artículo 177 del Tratado, y es prejudicial porque la decisión de la controversia compete al juez de reenvío. La solución así adoptada ha contribuido, quizás más que ninguna otra previsión procedimental, a la aplicación uniforme del Derecho comunitario y ha estimulado, además, el fecundo desarrollo del papel asumido por el Tribunal en un campo que podemos con propiedad asimilar a la justicia constitucional, en el cual el Tribunal ha venido sistematizando y elaborando el sistema del mercado común como derecho fundamental. Significativamente, el artículo 177 del Tratado sigue el ejemplo de ordenamientos estatales como el nuestro, en el cual el control de las leyes se concentra en el TC, pero es promovido en vía incidental por el juez del caso concreto. El juez nacional puede, de hecho, elevar además, o junto con la cuestión interpretativa, la cuestión relativa a la validez del Derecho comunitario aplicable al caso. La cuestión interpretativa afecta, pues, casi siempre a la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de las normas internas, aun de rango constitucional, cuya observancia obstaculizaría, según el juez *a quo*, la aplicación del Tratado y de la normativa del mismo. Aquí, se dirá, el Tribunal europeo se limita a declarar el contenido de la regla comunitaria que debe aplicarse, sin pronunciarse (al menos directamente) sobre la validez o la eficacia de los preceptos internos alegados en el auto de remisión, y que pueden contradecir el derecho objeto de interpretación por parte del Tribunal europeo. No olvidemos, sin embargo, la ya consolidada relación entre los dos ordenamientos. Una vez establecida, en vía general y con plena efectividad, la prevalencia y eficacia directa del Derecho comunitario, las decisiones del Tribunal europeo en sede interpretativa desbordan los lí-

mites del pronunciamiento incidental que vincula al juez remitente, para alcanzar la misma fuerza de todas las reglas inmediatamente aplicables de aquel Derecho: en cuanto equiparadas a tales reglas, éstas devienen disposiciones normativas sustraídas a la interferencia de la ley estatal, como ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia constitucional (s. 113/85). En suma, la ordenación del mercado común se asimila a los fenómenos del federalismo precisamente sobre la base de los principios establecidos por el Tribunal como intérprete del Tratado: vemos, por tanto, a esta amplia función jurisdiccional, reservada al juez comunitario en la esfera de la interpretación, comportarse análogamente a una jurisdicción federal, con sus característicos institutos de control de constitucionalidad y de invalidación del Derecho central y del Derecho local que vulnera las reglas fundamentales del sistema.

Es más, en el sistema monista de la jurisprudencia comunitaria, el principio de supremacía se expande, siguiendo su lógica, *más allá* de los esquemas propios de un ordenamiento federal, donde tan sólo la Constitución y no la ley ordinaria del Estado central puede limitar la esfera de los entes autónomos y su correspondiente poder legislativo: en el Derecho comunitario, desde los principios y las previsiones generales del Tratado hasta el conjunto normativo de detalle constituyen, en un solo bloque, una ley fundamental y, por tanto, supraordenada en los Estados miembros al Derecho nacional. Puede afirmarse que ha sido el Tribunal el verdadero artífice de tal configuración del ordenamiento. Por otra parte, él mismo es su garante: y con tal función se interrelacionan las otras competencias del Tribunal como juez de los ilícitos, de la inobservancia del Tratado por parte de las instituciones comunitarias o de los mismos Estados miembros. El control sobre los comportamientos ilícitos de los Estados, distinto del juicio sobre la legitimidad de los actos estatales, que no le corresponde al Tribunal, es una natural prerrogativa de su función como juez internacional. Sólo que aquí el ilícito, y el juicio correspondiente, se inserta en un ordenamiento para el que no cuenta solamente la *subjetividad* —y la responsabilidad— del Estado *iure gentium*. Es la *sujeción* del ordenamiento interno al comunitario, según el Tribunal, la que determina las obligaciones que éste hace recaer, removiendo conceptualmente el diafragma de la soberanía nacional, no tanto sobre el Estado impersonalmente considerado, sino sobre los órganos estatales directamente llamados, cada uno en su esfera competencial, a asegurar la efectividad del sistema. El legislador no puede transgredir el ordenamiento comunitario promulgando o manteniendo en vigor disposiciones que los contradigan. Los jueces y los órganos administrativos (s. 22 de junio 1989, causa 103/88 *F.lli Costanzo D.p.A.*, *Racc.* Pag. 1839) deben por su parte aplicar en todo caso el Derecho comunitario. La inobservancia de tales obligaciones supone una infracción del Tratado que el Tribunal puede sancionar. Si el Estado miembro interesado deja de adoptar las medidas que comporta la ejecución de la sentencia en la que se declara el ilícito, éste incurrirá a su vez

en otro ilícito, y en la correspondiente «penalización adecuada a las circunstancias» que, en el sentido del nuevo art. 171 del Tratado, el Tribunal puede adoptar a instancias de la Comisión.

Fijémonos en el contexto de las garantías que rodean al cumplimiento del Derecho comunitario y veremos cómo también ha evolucionado el significado del art. 5 del Tratado. Según esta disposición, los Estados miembros aseguran el cumplimiento de las propias obligaciones y se abstienen de cualquier medida que comprometa la realización de los fines perseguidos de común acuerdo. Existe una jurisprudencia, cada vez más abundante, en el sentido de que el art. 5 no se limita a un simple reclamo, por otra parte superfluo, del principio *pacta sunt servanda*. El Tribunal lo construye y aplica como un canon de «leal cooperación» que ha alcanzado la impregnación federalista de la fidelidad a los valores comunitarios de la *Gemeinschaftstreu*. Estamos ciertamente ante una cláusula extensiva de las obligaciones previstas en el Tratado respecto a los Estados miembros. El art. 5 ha justificado la configuración de obligaciones posteriores, tenidas por indispensables para la integral y efectiva realización del sistema en consonancia con los principios que lo caracterizan, también como ordenamiento de las relaciones interindividuales<sup>7</sup>. Se explica, así, que el deber de leal colaboración corresponda en primer lugar al juez nacional, privilegiado por la Comunidad como *longa manus* de la capilar actuación y afirmación de su ordenamiento, y de la tutela de los derechos que éste reconoce a los individuos. El constitucionalista puede reflexionar útilmente sobre esta lógica del Derecho comunitario como ley fundamental del mercado único, como *higher law*, y sobre el sistema de garantías jurisdiccionales al cual se confía su observancia.

Añadiré a las anteriores una consideración adicional. El control de constitucionalidad, tal y como lo conocemos en el Derecho interno, está preordenado a la anulación de los actos ilegítimos. Dentro del tipo de justicia constitucional realizada por el Tribunal europeo, se encuadra, entre otros, el juicio al ilícito, que ofrece nuevos y eficaces medios de garantía, especialmente en relación a las situaciones subjetivas protegidas por el Tratado: derechos fundamentales, se debería decir, en cuanto la ley nacional no puede impedir su respeto. Baste considerar el derecho al resarcimiento del daño reconocido al individuo, en el caso *Francovich* (s. 19 de noviembre de 1991, causas acumuladas c-6/90 y c-9/90, *Francovich, Racc.*, pág. I-5357), cuando una omisión del legislador nacional, y más concretamente la falta de transposición de una directiva, haya originado la lesión de uno de sus derechos derivados del ordenamiento comunitario. Una tutela similar no se contempla en los ordenamientos estatales. Aun donde se prevé el recurso directo del individuo ante el TC por la violación de los derechos fundamenta-

<sup>7</sup> *Vid.*, en este sentido, NITZO, «L'articolo 5 e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea», *Il Diritto dell'Unione Europea* I (1998), en curso de publicación, al cual se reenvía para una exhaustiva discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el tema del artículo 5.

les, el remedio del que puede beneficiarse el recurrente no va más allá de la anulación del acto impugnado.

### 3. LA JURISPRUDENCIA ITALIANA: CONCEPCIÓN DUALISTA Y LECTURA DE LOS DATOS CONSTITUCIONALES ANTES DE LA SENTENCIA 170/84

Nuestra jurisprudencia constitucional ha pasado del conflicto a la, si no puntual coincidencia, sí al menos sustancial concordancia de su visión con la del Tribunal europeo. Esta última fase se inicia con la sentencia nº 170/84. Existen, como se sabe, dos precedentes, referidos respectivamente a las sentencias 14/64, 183/73 y 322/75, frente a los cuales el Tribunal de Luxemburgo ha desarrollado progresivamente su sistema de relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno. Las decisiones interpretativas que precisan este sistema en sus términos más intransigentes se emiten por el Tribunal europeo como consecuencia de los reenvíos de nuestros jueces ordinarios, puestos en la tesitura de elegir entre las dos vías trazadas por el juez comunitario y por nuestro TC (*Costa/Enel* 1964, *Simmental* 1978). Ahora bien, en el difícil curso de la jurisprudencia italiana ha influido un doble orden de factores. Debemos analizarlos para explicar cómo ha ido acortándose la distancia respecto a la jurisprudencia comunitaria <sup>8</sup>.

3.2. El primer factor es la concepción dualista de la relación entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos extraños. Esta concepción ha dominado desde siempre en nuestra doctrina y jurisprudencia. Aún hoy, el TC se sitúa en una posición teórica diametralmente opuesta al monismo profesado por el Tribunal europeo. Conviene, sin embargo, advertir cómo el dualismo reviste, frente al Derecho comunitario, un significado particular que no es exactamente el mismo que frente a las relaciones con el Derecho internacional. Las fuentes consuetudinarias y pacticias del Derecho internacional no pueden afectar a la eficacia del Derecho estatal, invalidar sus normas, extinguirlas o modificarlas, sin que tal resultado no lo consienta el propio ordenamiento interno. Y esto se mantiene no sólo por los dualistas, sean o no italianos, sino que es incluso reconocido por la escuela monista de KELSEN y sus seguidores. En lo que respecta al ordenamiento comunitario, en cambio, éste es ya considerado por sus peculiares características como autónomo, no sólo respecto al Derecho interno, sino respecto al propio Tratado que prevé su institución y por tanto respecto del Derecho internacional. Así razonan incluso los TC dualistas, como el italiano y el alemán. La

---

<sup>8</sup> La jurisprudencia del TC italiano ha resuelto, y también ha suscitado, muchos problemas de interés doctrinal: cfr. también para referencias bibliográficas y de Derecho comparado, F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano 1995, *passim*.

jurisprudencia ha advertido en todos los Estados miembros que el Derecho comunitario conquistaba su autonomía al paso que adquiriría sus características según los movimientos esenciales del proceso europeísta, actuando como Derecho uniforme que prevalece en todo el área cubierta por el Tratado. Cuando nuestro TC ha tenido decididamente en cuenta, con la sentencia 183/73, las razones de la integración europea, ha debido afrontar el problema de reconocer la primacía del Derecho comunitario sin deslizarse por el plano inclinado del monismo propugnado por el Tribunal europeo. Era necesario, podría decirse, transformar la corriente de alta tensión de la teoría dualista, en una corriente de uso doméstico, que permitiera el entendimiento con los jueces de Luxemburgo, y ha sido una difícil prueba de cooperación jurisprudencial.

3.3. La otra dificultad en la sistematización de las relaciones interordinamentales venía dada por los datos de nuestro Derecho constitucional. El artículo 11 de la Constitución, incluido entre los principios fundamentales, permite la pertenencia de Italia, en pie de igualdad con otros Estados, a ordenamientos que aseguren la paz y la justicia entre las naciones. Nuestra Constitución no contiene por tanto ninguna regla que permita a las disposiciones de origen pacticio prevalecer sobre hipotéticas leyes incompatibles. Existen, no obstante, ciertas categorías de acuerdos internacionales a los cuales la ley ordinaria debe adecuarse según puntuales y expresas previsiones del texto constitucional (artículo 7, sistema de los Pactos Lateranenses, artículo 10.2, tratados que regulan la posición jurídica del extranjero)<sup>10</sup>.

Hasta la sentencia 70/84 el TC ha recurrido al art. 11 para encuadrar el Tratado de integración, con el auxilio de una lectura sistemática del texto fundamental, primero en una y después en otra de las dos categorías relevantes a los fines de su eficacia interna. Y según la sentencia 14/64 el Tratado es un acuerdo internacional ordinario cuyas disposiciones pueden ser válidamente contrastadas con la *lex posterior*, dejando aparte la responsabilidad del Estado por haberla dictado. Con la sentencia 183/73 y su jurisprudencia derivada (sentencia 232/75) el Tratado pasa a la categoría de aquellos protegidos por garantía constitucional. La correspondiente ley de ejecución deviene fuente interpuesta. Las normas

<sup>9</sup> LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano 1961, spec. pág. 31 y ss., 195 y ss.; *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, cit., págs. 7-9.

<sup>10</sup> En este último caso la ley ejecutiva del Tratado se sitúa en el sistema de fuentes entre la Constitución y la ley ordinaria. Las normas pacticias devienen eficaces en el ordenamiento interno abrogando o modificando las normas anteriores. Aquellas normas sucesivas e incompatibles son inválidas y deben ser, por tanto, impugnadas ante el TC por violación del mandato constitucional por el cual se impone al legislador la observancia del Tratado. No importante, pues si la fuente interpuesta se considera como supraordenada a la ley (según el criterio de jerarquía) o bien como un modo de producción distinto a la ley y reservado (según el criterio de competencia) a la materia que se regula mediante acuerdo. De la fuente interpuesta se deduce en todo caso el parámetro normativo del juicio de constitucionalidad. Cfr. sobre la distinción entre criterio de jerarquía y criterio de competencia en la sistematización conceptual de las fuentes atípicas: LA PERGOLA, *Costituzione dello Stato*, cit., págs. 30-40.

producidas o derivadas del Tratado prevalecen sobre aquellas interiores e invalidan cualquier disposición contraria del legislador. La limitación de la soberanía nacional queda en consecuencia sometida a una relectura: legítima no sólo la adopción de la ley ordinaria para autorizar la ratificación (o disponer la ejecución) del Tratado, sino también la *eficacia directa* del Derecho comunitario (las normas internas que lo reproduzcan son inconstitucionales porque sustraen el Tratado a la interpretación del Tribunal europeo y vulneran el criterio mismo de la inmediata aplicabilidad) además del efecto de la prevalencia-invalidación frente a sucesivas e incompatibles normas internas.

En la sentencia 183/73 encontramos además la reserva de conocimiento por parte del TC, reserva que permanecerá siempre firme, de cuestiones que hipotéticamente puedan concernir a la incompatibilidad del Tratado con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y de los derechos inalienables de la persona humana. Esta versión italiana del principio de supremacía acogida en los años 70 ha permanecido sin embargo aislada. Antes o después, el resto de los jueces nacionales han convenido con el Tribunal de Luxemburgo en entender que la primacía del Derecho comunitario debe operar frente al juez del caso concreto independientemente de la anulación o de la remoción de las normas internas incompatibles. Nuestro TC había utilizado el art. 11 para clasificar el Tratado como constitucionalmente garantizado a los efectos del Derecho interno. El resultado difería de las soluciones acogidas comúnmente por el resto de Estados miembros. Expliqué cómo el Tratado de Luxemburgo funda el Derecho comunitario exclusivamente en su concepto de la congruente y absorbente limitación de la soberanía nacional: limitación aceptada por todas las partes contrayentes «sin reservas», afirma el TC, y por tanto sin las diferencias que podrían resultar de las disposiciones estatales en materia de Tratados. La única solución permitida al Estado miembro por la jurisprudencia comunitaria sería, quizás, la de adoptar un sistema especial de adaptación automática al Tratado y al Derecho secundario, a la vez que se consagran todas las correlativas obligaciones de comportamiento para los órganos del Estado. Los datos de nuestro Derecho positivo son sin embargo distintos. Y precisamente por esto el TC, con la sentencia 170/84, ha intentado trasladar la búsqueda de un posible punto de encuentro con la jurisprudencia de Luxemburgo al plano conceptual de la limitación de la soberanía, plano en el cual se situaban los jueces de Luxemburgo.

#### 4. LA SENTENCIA 170/84: RECONOCIMIENTO DEL ORDENAMIENTO COMO «EXCLUSIVO» EN LA ESFERA OCUPADA POR LAS NORMAS INMEDIATAMENTE APLICABLES POR EL JUEZ NACIONAL

4.1. La sentencia 170/84 revisa limitadamente la jurisprudencia precedente para el caso en que el reglamento (o cualquier otro precepto inmediatamente aplicable del Derecho comunitario) sea contradicho por una ley posterior. La solución adoptada consiste en extender a tal supuesto el criterio anteriormente expuesto para las relaciones entre ley interna y norma comunitaria sucesiva. El juez del caso concreto debe aplicar siempre inmediatamente la norma comunitaria que fija la disciplina del caso, prescindiendo del orden temporal en que intervienen en el ordenamiento interno las disposiciones con rango de ley que la contradigan. La regla comunitaria debe pues, si tiene efecto directo, recibir inmediata aplicación. La ley interna incompatible no será elevada ante el TC. El juez del caso concreto podrá, si tuviera dudas sobre la regla que debe aplicar, demandar una sentencia interpretativa del Tribunal de Luxemburgo. Así, la prevalencia del Derecho comunitario en las controversias suscitadas ante nuestros jueces viene a coincidir con el esquema de efectos prescrito por la jurisprudencia comunitaria. El TC llegó a tal resultado mediante una nueva lectura del art. 11, que mantiene los postulados lógicos del dualismo pero extrae de los mismos nuevas consecuencias. La *limitación* de la soberanía significa, afirma el TC, la *retracción* del ordenamiento nacional del campo de las reglas comunitarias inmediatamente aplicables, en el que nuestra ley no quiere inmiscuirse. El juez aplica el acto normativo comunitario «como tal» y «en cuanto tal», con el valor y los efectos que le atribuye el ordenamiento de origen. Las normas internas incompatibles son por tanto marginadas de la escena del juicio.

Esta idea jurisprudencial del Derecho comunitario, aplicado inmediatamente por nuestros jueces pero no inmerso en el «medio» del Derecho interno, parece perturbar a cierta doctrina. Hay quien entiende que si la norma de otro ordenamiento es reclamada para que nuestro juez pueda aplicarla, la misma está inevitablemente integrada en el sistema de las fuentes internas. Según algunos estudiosos del problema del reenvío, sería, más precisamente, el procedimiento generador de la norma reclamada el que resultaría «nacionalizado». Si bien como «hecho» y no como «acto» normativo, en virtud del principio de exclusividad del ordenamiento estatal. Sin embargo, éste no es el único modo posible de entender el principio de exclusividad ni de conciliarlo con la teoría dualista. El ordenamiento estatal es exclusivo porque es soberano y puede, por ello mismo, reconocer otro ordenamiento como jurídico, e incluso como también exclusivo, en el mismo sentido en que lo es él mismo, disponiendo que las normas de aquel ordenamiento —a los solos efectos para los que se las reclama, entiéndase

bien—deban aplicarse con el mismo valor que revisten en el ordenamiento original. Es una facultad de elección soberana que corresponde al ordenamiento reenviante. Negarla, advertía SANTI ROMANO, significa entender el criterio de exclusividad a la manera monista de KELSEN, el cual deja al intérprete libre de resolver la totalidad del fenómeno del Derecho en el ordenamiento estatal, en vez de en el internacional, desde este punto de vista preferible<sup>11</sup>. El TC se ha inspirado, yo diría, en el pensamiento de ROMANO antes que otras versiones de la teoría dualista. La sentencia 170/84 *constitucionaliza* la obligación del juez de aplicar las normas comunitarias, como si éste fuese el juez instituido por el ordenamiento que el nuestro reconoce como exclusivo. Por esto el Derecho comunitario se aplica *ad exclusionem* del Derecho interno, con el efecto inmediato requerido por el Tribunal de Luxemburgo, pero sin ningún efecto invalidante o abrogante de las normas incompatibles que el juez del caso concreto pueda incidentalmente conocer: este último efecto iría, en verdad, más allá del ámbito del cual nuestro ordenamiento ha decidido retraerse reconociendo al Derecho comunitario inmediatamente aplicable como emanación de un ordenamiento exclusivo. Los límites dentro de los cuales nuestra jurisprudencia coincide con la comunitaria en la sistematización de las relaciones entre los dos ordenamientos son precisados, por lo demás, en la propia sentencia. El TC no ha pretendido desconocer, ciertamente, que la norma comunitaria equivale a la norma nacional a los fines constitucionalmente relevantes de la sujeción del juez a la ley, o a la reserva de ley, respecto a las materias que el Derecho comunitario puede y ha, de hecho, regulado. En la sentencia 170/84 quiere hacer tabla rasa del resultado al que llegaba la jurisprudencia anterior, según la cual la ley y los otros actos del Estado y de las regiones se encontraban vinculados al respeto del Tratado y de la normativa secundaria. La tutela difusa que el Derecho comunitario recibe inmediatamente por parte de todos los jueces se añade, y no sustituye, a la garantía relativa al control de constitucionalidad, que el TC se ha reservado en la misma sentencia<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> La tesis de ROMANO, a la que me refiero, es desarrollada por el insigne autor en varias de sus obras *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1951 (reimpresión de la 2.ª edición), pág. 14, nota 95 bis; *Corso di diritto internazionale*, Padova 1939, pág. 51; *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano 1946, págs. 95-96, con particular atención a la noción de reenvío formal, que al autor entiende en el sentido de excluir la competencia del legislador reenviante y reconocer el reglamento que éste recibe de otro ente u ordenamiento, distinguiéndolo del reenvío receptivo, que supone la producción de una norma estatal cuyo contenido es recabado de la norma reclamada.

<sup>12</sup> Para una reciente visión global de la problemática referida al desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional, objeto de abundante literatura, cf. F. SORRENTINO, «La costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea», en *Le prospettive dell'Unione europea e la costituzione*, Padova 1992, spec. pág. 63 y ss.; MENGOZZI, «Il diritto comunitario e dell'Unione europea», en *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova 1997, págs. 104, 114, 116.

En la aceptación del criterio de la tutela difusa por parte de todos los jueces nacionales, ha influido, de manera decisiva, la preocupación por no comprometer el sistema de aplicación uniforme del Derecho comunitario. En otro lugar observé cómo la solución constitucional más ampliamente acogida, también

Tal reserva se formula en términos generales para todos los casos en los que las normas comunitarias no son directamente *aplicables* y concretamente *aplicadas* en el curso de un juicio concreto, y se acompaña de ulteriores reservas *cualificadas*, que hacen especial referencia a las cuestiones propuestas ante el TC como juez llamado a velar, digamos, por las fronteras de la soberanía nacional. Las reservas cualificadas son dos:

a) Permanece sujeta al control del Tribunal la ley que se tiene por inconstitucional por haber violado el sistema o el núcleo esencial de los principios establecidos por el Tratado. El juez constitucional estaría aquí llamado a declarar si el legislador ordinario ha removido injustamente algún límite a la soberanía establecido por la ley de ejecución del Tratado, en directo y puntual cumplimiento del art. 11.

b) La otra reserva cualificada se retoma de la sentencia 183/73: la propia ley de ejecución del Tratado puede ser controlada ante el Tribunal cuando se alegue que la normativa comunitaria, cuya inmediata y necesaria aplicación se ha consentido, vulnera principios fundamentales del ordenamiento constitucional o derechos inalienables de la persona. En ese caso sería la Comunidad la que traspasaría los poderes que le son transferidos por el Estado mediante la limitación de la soberanía.

---

respecto a las disposiciones de adaptación automática a los Tratados en general, es la de habilitar al juez común para aplicar inmediatamente las disposiciones de origen pacticio, dejando inaplicadas las disposiciones legales contradictorias hasta que las reglas comprendidas por el dispositivo no sean modificadas o removidas en los modos previstos por el propio Derecho internacional. Cf. MANGAS MARTÍN e NOGUERA LEÑÁN, *Instituciones y derecho de la Unión europea*, Madrid 1996, págs. 517-518, respecto a lo dispuesto en el artículo 96 de la vigente Constitución española. Donde se adopta tal sistema, el TC no controla la correspondencia de las leyes a las disposiciones pacticias, pero puede en compensación juzgar la conformidad del Tratado, antes de su ratificación, con la Constitución estatal (cfr. art. 95 Constitución española). Se ve claramente que este tipo de regulación concuerda en buena medida con el régimen de las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno acogido hoy generalmente en los Estados miembros. Otro interesante procedimiento de adaptación se configura en el artículo 100.2 de la Constitución alemana respecto a las normas generalmente reconocidas por el Derecho internacional: el Tribunal de Karlsruhe declara, a requerimiento del juez llamado a aplicar una de tales normas en el curso de una controversia, si la regla internacional en cuestión es parte del Derecho federal —es decir, si está dentro del ordenamiento interno en el sentido del artículo 25 de la Constitución— y si produce inmediatamente derechos y obligaciones para los individuos. En este caso la técnica de transformación del Derecho internacional se acerca, por no decir que equivale, al esquema en el que se encuadra la relación con el ordenamiento del mercado único, incluso en el sentido de reservar a un único y específico órgano jurisdiccional —el TC, en los juicios *ex artículo 100.2* en el ordenamiento alemán, el Tribunal de Luxemburgo en el comunitario— la interpretación de las reglas producidas por la fuente normativa externa, que prevalecen automáticamente sobre las disposiciones de ley contrarias. *Perpetuum mobile*, por tanto, esto es, automatismo en la producción normativa y en la prevalencia de las reglas inmediatamente aplicables respecto a las otras, y reserva (a las instancias superiores de la jurisdicción) del control preliminar sobre los límites que están en la base del funcionamiento de todo el sistema de adaptación a las normas ajenas o internacionales: son éstos los rasgos esenciales de una tendencia del constitucionalismo europeo que se remonta a las respuestas dadas en su momento al problema, como he observado en otras ocasiones. (*Poder exterior y Estado de Derecho*, Salamanca 1987, pág. 64, *L'articolazione del diritto comunitario* cit., págs. 659-660; *Cosistuzione dello Stato* cit., págs. 63-64).

## 5. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DESPUÉS DE LA SENTENCIA 170/84. LAS «RESERVAS DE COMPETENCIA» DEL TC: EL JUICIO EN VÍA PRINCIPAL EN EL CONTENCIOSO ESTADO-REGIÓN

5.1. La jurisprudencia sucesiva discurre de forma paralela sobre dos vías. Por un lado, el criterio de la tutela jurisdiccional concreta y difusa permanece sólidamente asentado. El ámbito en el cual debe ser observado según la sentencia 170/84 resulta ampliado con importantes pronunciamientos que configuran nuevas categorías de normas comunitarias directamente aplicables (sentencia 113/85, 64/90, 168/91). La sentencia 389/89 sanciona, por otra parte, la obligación de aplicar el Derecho comunitario incluso en presencia de normas internas incompatibles, también respecto a los órganos de la Administración pública. Es una decisión que forma un todo, se diría, con la sentencia del 84. La lógica es siempre la de constitucionalizar las obligaciones con las que la jurisprudencia comunitaria grava a los órganos del Estado, invocando el principio de leal cooperación en el sentido del art. 5 del Tratado.

Por otra parte, el Tribunal ha activado en varias ocasiones las reservas de competencia formuladas en la sentencia 170/84. ¿Qué reflexiones puede suscitar esta, ni mucho menos marginal, área de control, radicada en el TC en materia de Derecho comunitario?

5.2. La sentencia del 84 no contempla la hipótesis de que la norma incompatible con el Derecho comunitario sea censurada en un juicio directamente instaurado ante el TC. Tal es el caso de las impugnaciones de la ley regional por parte del Estado, o cuando la región, a su vez, impugna la ley estatal en cuanto lesiva de sus poderes de autonomías. El TC se ha reservado de hecho la cognición de los juicios suscitados en vía principal y dirigidos a hacer valer la violación de las obligaciones comunitarias como vicio de la ley objeto de la censura (sentencias 384/84, 94/95). Es, en mi opinión, una solución perfectamente coherente con el criterio de sustraer al control del Tribunal las disposiciones divergentes con el Derecho comunitario, cuando se trate de controversias promovidas ante otros jueces. El juicio en vía principal, como ha explicado el TC, examina la norma interna no en cuanto concretamente aplicable, sino en cuanto lesiva, aunque de manera abstracta, del reparto de competencias entre el Estado y las regiones, ambas limitadas por el vínculo del respeto al Derecho comunitario. Por la sentencia 170/84 queda excluido tan sólo el incidente de inconstitucionalidad. No hay cuestión que pueda llegar procesalmente al TC referida a normas, cuya aplicación es impuesta al juez y sustraída a la interferencia de la ley estatal. Tal obstáculo procesal desaparece, como precisa el TC, en el caso del juicio en vía principal.

Adoptemos, no obstante, una perspectiva más amplia que la forma de instauración del juicio. Si el TC tiene en sus manos las bridas del control

abstracto, y no del concreto, es para garantizar la certeza del Derecho en general y la propia prevalencia del Derecho comunitario, cumpliendo, bajo este último aspecto, una obligación que le impone en definitiva el artículo 5 del Tratado. Lejos de divergir de la jurisprudencia comunitaria, la nuestra adopta, también en este punto, un criterio del todo conforme con la misma: la obligación del juez de aplicar siempre y directamente las normas comunitarias no sólo puede coexistir, sino que debe soldarse con la obligación, para el TC y para el propia legislador, de depurar el ordenamiento interno de eventuales desarmonías con tales normas, normas que pertenecen a un ordenamiento del cual el nuestro quiere asegurar su respeto y efectividad.

El control concentrado de constitucionalidad se ha revelado indispensable por otra parte para resolver los problemas que plantea la actuación del Derecho comunitario en los sectores de competencia regional. El TC ha salvaguardado los poderes de autonomía pero, a su vez, ha dejado a salvo de su censura el control sustitutivo del Estado y otros remedios introducidos por la normativa estatal de transposición de las directivas para las hipótesis de inercia de los órganos regionales: el tempestivo cumplimiento de las obligaciones comunitarias se garantiza también frente a omisiones de los entes autonómicos, y esta garantía sólo puede darse en sede nacional <sup>13</sup>.

Lo decisivo en este momento es observar, desde la óptica de la jurisprudencia constitucional, cómo el ordenamiento estatal se adecua en toda su complejidad a las exigencias de la integración europea. El Derecho interno

<sup>13</sup> *Vid.*, sobre la actuación de las obligaciones comunitarias en las materias de competencia regional, las sentencias 182/72 y 81/79 (LA PERGOLA, «Autonomia regionale «potere estero» dello Stato», *cit.*, págs. 426-427) y en la jurisprudencia sucesiva las sentencias 304/87 (sobre condiciones que justifican el ejercicio del poder sustitutivo reconocido al Estado, entre ellas el reiterado incumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de las regiones y también los casos de urgencia en los cuales resulta objetivamente impedida la tempestiva ejecución de las obligaciones comunitarias en sede regional. Cfr. las sentencias 433/87 y 632/88 (interposición de la normativa estatal que rinde eficaces las directivas comunitarias, con el objetivo de la uniforme transposición de las mismas en todo el ámbito regional), 399/87 y 224/94 (sobre el problema de la posibilidad por parte de las disposiciones comunitarias, a los fines de su aplicación, de derogar el reparto de competencias entre el Estado y las regiones establecido por las fuentes constitucionales y a ellas reservado —*cf.* sentencia 216/87—: el Tribunal ha entendido que sí es posible, salvando el respeto a los «principios fundamentales» y a los «derechos inalienables de la persona humana»). El fundamento constitucional de tales posibles derogaciones e incidencias del Derecho comunitario en una materia evidentemente reservada a la competencia del ordenamiento nacional se deduce del artículo 11: la norma que autoriza la limitación y la transferencia de los poderes de soberanía hacia un ente supranacional también se extiende, por tanto, al sistema de los poderes regionales. Tampoco puede olvidarse que el principio de autonomía ha sido calificado por el Tribunal Constitucional textualmente como fundamental desde la sentencia 81/79: este principio puede ser convenientemente adaptado a las exigencias de la integración europea pero no afectado en su contenido esencial. El ejercicio sustitutivo del Estado está, de hecho, subordinado en el sentido de la Ley 9 de marzo de 1989 reconocida como plenamente respetuosa con la autonomía regional por el propio TC (cf. CONFORTI, *Diritto internazionale* 4, Napoli 1992, págs. 313-338). El dispositivo habilitante del artículo 11 ha permitido, en mi opinión, que el legislador ordinario configures una clase de competencia alternativa (subsidiaria o supletoria) del Estado respecto a la regional, y dirigida a la actuación de las directivas comunitarias, que no coincide con los esquemas de la legislación nacional de principios (Cf. LA PERGOLA, «Autonomia regionale, "potere estero" dello Stato», *op. cit.*, pág. 428). Por su parte, el ordenamiento comunitario reenvía al sistema constitucional de cada Estado miembro. El italiano está descentralizado, la justicia constitucional garantiza el reparto de competencias y a tal sistema de control el propio ordenamiento comunitario deja la responsabilidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del Tratado tanto en las materias reservadas a las regiones como en cualquier otra.

está *coordinado* con el sistema jurídico comunitario, no está subordinado al mismo en el sentido monista del Tribunal europeo. La Constitución autoriza la limitación de la soberanía y permite, así, al Tratado realizar la transferencia de los poderes. El respeto al Derecho comunitario está por tanto garantizado por el artículo 1.1.

Con esto, conviene advertirlo, el Derecho comunitario no deviene un cuerpo normativo anfíbio, que desembarque en el ordenamiento estatal si el juicio ante el TC se promueve por vía directa, pero permanezca misteriosamente fuera de las playas de acogida cuando se trate de aplicarlo en el curso de la justicia concreta. El Derecho comunitario sigue siendo aquello que siempre ha sido según nuestra jurisprudencia constitucional: un ordenamiento autónomo e independiente del estatal. Sólo que el Derecho comunitario es reconocido con los caracteres propios de un ordenamiento exclusivo, de modo que la ley estatal no puede interferir en la esfera en que se aplica inmediatamente, tan sólo hasta donde él mismo *reclama* la tutela difusa y directa de los jueces nacionales como *condición inderogable* para la uniformidad del efecto directo con que sus normas operan en todos los Estados miembros <sup>14</sup>.

En el juicio suscitado en vía principal no existe una razón de igual peso para justificar que el ordenamiento interno reconozca la exclusividad del comunitario y limite correlativamente la propia. El ordenamiento mismo de la Comunidad exige, salvando la inmediata aplicabilidad de sus normas,

<sup>14</sup> En el ámbito del control abstracto, el Tratado permanece configurado en el Derecho interno, aun después de la sentencia 170/84, como lo estaba en la jurisprudencia constitucional anterior, según los pronunciamientos antes mencionados (183/73 y 232/75), esto es, como fuente interpuesta entre la Constitución, más precisamente entre el artículo 11 del texto fundamental y la ley ordinaria. La jurisprudencia no ha aclarado expresamente si debe entenderse o no que en este caso la normativa pacticia o derivada del Tratado se transforma en la correspondiente serie de normas internas, mediante la «nacionalización» de la correspondiente fuente de producción en el ordenamiento de origen: en otras palabras, si se da un envío formal o por el contrario recepticio, en el sentido que SANTI ROMANO atribuye a ambas hipótesis de llamada del Derecho extranjero por el estatal. Por las consideraciones expuestas en el texto, se reconoce al Derecho comunitario como resultado de un ordenamiento exclusivo tan sólo a los efectos de la aplicación inmediata que del mismo realiza el juez común, y no, en cambio, cara al juicio en vía principal: aquí el TC aplica la norma comunitaria en necesaria conexión con la disposición constitucional que hace las funciones de parámetro del juicio, y, por otra parte, valora la norma en relación con la ley censurada, que, fuera del ámbito de la aplicación directa por parte del juez comunitario, permanece sujeta al régimen de controles dispuestos para los actos del legislador (cfr. la sentencia 170/84) cfr. sobre este punto, PREDIERI, «La competenza della Corte costituzionale sulla gerarchia o competenza degli ordinamenti» en *La Corte costituzionale fra diritto interno e diritto comunitario*, Milano 1991, pág 118: la sentencia 399/87 haría entrar en el ordenamiento interno como parámetro del juicio de constitucionalidad a la norma comunitaria, que según la sentencia 170/84 permanece en cambio en un ordenamiento distinto al estatal. La verdad es que el Derecho comunitario se reconoce como exclusivo sólo en el campo cubierto por esta última sentencia. Según las reservas «cualificadas» de competencia del TC, de las que me ocupo en el texto, las normas comunitarias pueden ser objeto de un control de constitucionalidad que formalmente versará, no obstante, sobre la ley de ejecución del Tratado, siendo tan sólo las leyes italianas las controlables por el TC; el parámetro del juicio estará compuesto en tal caso por los principios fundamentales y derechos fundamentales de la persona (*vid. infra* en el texto número 6.5). Tales valores pueden ser adscritos a la noción de orden público constitucional. El TC los concibe, con ocasión de la interpretación del art. 11, como límites a los que están subordinadas la retracción de la soberanía nacional y la eficacia del Derecho comunitario en el ámbito estatal: y por ello mismo como límites consagrados (aun cuando implícitamente) por la Constitución, y por tanto distintos de los límites derivados del orden público «internacional», que no es establecido,

que los órganos de la justicia constitucional confieran certeza a la observancia del Tratado mediante el ejercicio de sus específicas funciones de control y la consecuente anulación de las normas emanadas violando los preceptos comunitarios. Para nuestra jurisprudencia es, por tanto, el propio ordenamiento interno el que limita su esfera y permite que rijan las normas comunitarias con eficacia exclusiva y directa. La tutela jurisdiccional difusa de su observancia es una consecuencia de tal fenómeno. Y solamente donde opere tal criterio se producirá, junto a la retracción del ordenamiento estatal, una derogación, por así decirlo, del monopolio del TC en las cuestiones concernientes a la infracción de parámetros constitucionales<sup>15</sup>.

*Continúa: Las reservas de competencia del TC como juez que vela por las «fronteras» de la soberanía nacional.*

al menos según algunos autores, por el Derecho estatal, sino que está fuera o por encima del mismo, libre de las necesidades de coordinación con otros sistemas jurídicos (Cf. G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova 1983, pág 258, y el mismo autor *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento dei sistemi*, Padova 1969, pág 60). Es más, podría observarse cómo límites análogos son configurados por la jurisprudencia constitucional también en relación con otros Tratados cubiertos por la particular garantía (así por ejemplo, el sistema de los Pactos Lateranenses) que deriva de asumirlos como fuente interpuesta, o, si se quiere, superpuesta a la ley ordinaria; las previsiones de tales acuerdos internacionales no pueden contradecir ciertos principios fundamentales del ordenamiento estatal, dentro de los cuales el Tribunal Constitucional ha subrayado especialmente el derecho a la tutela jurisdiccional. Estamos siempre, se diría, ante el orden público constitucional, ante valores irrenunciables del ordenamiento nacional garantizados por los jueces de la Consulta aun en supuestos diferentes al de la transferencia de poderes soberanos a la Comunidad Europea (o a análogas organizaciones transnacionales, siempre sobre las bases del artículo 11 de la Constitución). Los límites así configurados conciernen en general al posible grado de penetración de un Derecho extraño, cualquiera que éste sea, reclamado por el ordenamiento estatal en virtud de una disposición expresa del texto fundamental: El juez constitucional lo define teniendo en cuenta que la tutela de su cumplimiento afecta específicamente a las relaciones con otros ordenamientos. Y esto explica que tales límites no se identifiquen, ni coincidan necesariamente, con aquellos que condicionan las relaciones entre las fuentes típicas y jerarquizadas dentro del ordenamiento interno, cf. LA PERGOLA, «L'articolazione del diritto comunitario», *op. cit.*, pág. 68; cf. CONFORTI *Diritto internazionale, cit.*, pág. 308, en el sentido de que estos límites derivan de normas materiales (como las que establecen en la Constitución los derechos fundamentales del individuo) y no de normas instrumentales (las que conciernen a los poderes del legislador y de los otros órganos del Estado).

<sup>15</sup> Se podría afirmar, en cierto sentido, que las reglas comunitarias susceptibles de inmediata aplicación deben ser siempre y directamente aplicadas por todos los jueces nacionales, incluyendo al TC. Este último conoce, en las formas previstas por el ordenamiento interno, una controversia que debe definir utilizando la regla comunitaria como *criterio* del control, y en la cual el *objeto* será la disposición de la ley impugnada por el Estado o la región. En este sentido y no en ningún otro, el TC «aplica» la regla comunitaria al caso sometido a su conocimiento. No importa que se trate de una regla destinada a la inmediata aplicación por parte de los jueces ordinarios. El TC la aplica, aun así, inmediatamente. No se trata tan sólo de que, de hecho, el procedimiento ante el TC no interfiera en la aplicación y en la tutela jurisdiccional difusa del Derecho comunitario. Es casi innecesario añadir que tal procedimiento no se encuentra a su vez expuesto al riesgo de suspensión: no hay ninguna cuestión prejudicial que el TC, ante el cual el juicio se ha instaurado en vía principal, pueda y deba elevar ante otra instancia jurisdiccional, y que impida el cumplimiento de la obligación, tal y como el Tribunal europeo la configura, de aplicar inmediatamente el Derecho comunitario. Incluso existen dudas, por otra parte, de que el TC se encuentre entre los órganos jurisdiccionales nacionales llamados a elevar la cuestión interpretativa según el artículo 177 del Tratado. A su vez, el Tribunal de Luxemburgo —al menos a juzgar por las afirmaciones vertidas en el caso *Simmenthal*— considera el control abstracto de las normas como un procedimiento paralelo al que desemboca en la abrogación de las normas internas incompatibles con el Derecho comunitario (y podría entenderse que configura, así, al TC como un órgano constitucional del Estado al que sitúa en el mismo

5.3. Un discurso aparte merecen las reservas formuladas por el TC con vistas a velar por los límites de la soberanía nacional. Es ésta una profesión de fe dualista que contrasta abiertamente con el punto del vista del Tribunal europeo. Las reservas se consagran, no obstante, en fórmulas genéricas, de no muy distinta manera, en definitiva, a como lo hace el texto del artículo 11 con el cual se coordina. El TC dispone de un amplio y evidente margen de discrecionalidad para mantener o no esta reserva de jurisdicción en un estado de inercia <sup>16</sup>.

5.4. Existen pronunciamientos que entran en el fondo de cuestiones de constitucionalidad planteadas respecto a una proyectada violación de principios fundamentales que informan el sistema de la Comunidad (sentencia 286/86). La competencia que en este caso se ha reservado el TC debería conllevar la adopción de *standars* de valoración rigurosamente diferenciados de los parámetros ordinarios de juicio, ya sea en la fase de admisibilidad, ya sea sobre el mérito de la cuestión. No es suficiente distinguir la hipótesis de la violación de los principios fundamentales de aquella otra de la incompatibilidad entre nuestras disposiciones legales y los puntuales preceptos comunitarios, aplicados inmediatamente por el juez del caso concreto. Las normas comunitarias, incluso las de detalle, están de hecho frecuentemente ligadas a los principios en los cuales se fundan y es difícil disociar, a los efectos del control, las reglas generales de las que los actúan y especifican. Dado el tenor de la reserva, debe entenderse que la competencia del TC se ejercita cuando la ley es denunciada por atentar sus previsiones contra el núcleo esencial del Tratado, e impedir o perjudicar su continua observancia con la posible consecuencia de socavar los límites señalados a la soberanía nacional.

5.5. Se dan otro tipo de problemas respecto a la reserva formulada por el TC en el ámbito de los derechos fundamentales e inalienables.

Encontramos aquí una decisión de inadmisibilidad (sentencia 232/89) interesante porque se detiene a aclarar el lugar preeminente que correspon-

---

plano que el legislador). A pesar de ello, admitamos no obstante que en la óptica del propio Tribunal europeo el juez constitucional sea el juez, como lo es cualquier otro juez nacional, de un caso en el cual se trata de aplicar las reglas comunitarias inmediatamente, en el sentido antedicho. También desde tal perspectiva conceptual permanece fuera de dudas un hecho que el Tribunal de Luxemburgo no deja de tener en cuenta: el juez constitucional aplicará el Derecho comunitario inmediatamente pero con el *valor añadido de la certeza* derivada del efecto de caducidad que la declaración de inconstitucionalidad despliega frente a las normas internas incompatibles.

<sup>16</sup> Como se afirma en la *Maastricht-Urteil* del Tribunal de Karlsruhe (sentenza 12 octubre 1993, *Maastricht-Urteil*), que ha avanzado análogas reservas frente al Derecho comunitario, el juez constitucional deberá tener en cuenta en todo caso la relación de «cooperación» que subsiste con el Tribunal comunitario. Esta fórmula alemana viene a confirmar, en el fondo, la negación de la supremacía incondicionada del ordenamiento comunitario y de su Tribunal, si bien da por supuesto el recíproco respecto gracias al cual el juez comunitario y el constitucional previenen o resuelven potenciales conflictos. Estamos lejos, pues, del concepto de leal colaboración según el artículo 5 del Tratado, donde la jurisprudencia comunitaria hace vibrar la cuerda de la *affectio foederis*. Sobre tal pronunciamiento del Tribunal alemán, véase, también para referencias bibliográficas y de la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros, GATTINI, «La Corte costituzionale tedesca ed il trattato sull'Unione europea», *Rivista di diritto internazionale* (1994), págs. 114 y ss.

de al derecho de defensa entre los principios fundamentales, derecho cuya violación se podría producir dada la norma del Tratado (artículo 174.2) que consiente al Tribunal de Luxemburgo excluir respecto a los actos consolidados, incluyendo entre ellos a los deducidos en el juicio principal, los efectos de la declaración de invalidez relativa a un acto comunitario impugnado en vía principal.

Llegamos a un terreno donde se amplía el horizonte de la problemática. La tutela de los derechos humanos, sean éstos fundamentales, inviolables, o como quiere nuestro TC, inalienables, es un campo delicado, por no decir crucial, de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, y no por casualidad fue el centro de un célebre enfrentamiento entre el Tribunal europeo y el TC alemán. Este último se había reservado en un primer momento el control de constitucionalidad de las normas comunitarias lesivas de derechos protegidos por la Ley Fundamental de Bonn: y esto, hasta que la Comunidad se hubiese dotado de una Carta tutelada jurisdiccionalmente de manera adecuada y votada por el Parlamento, órgano legitimado por la investidura popular (sentencia 29 de mayo de 1974, *Solange I*). El Tribunal europeo, por su parte, consideraba como propia la competencia para controlar la observancia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico comunitario, entendido éste en un sentido amplio, esto es, como comprensivo de las medidas adoptadas por los Estados miembros como consecuencia o para la actuación de las obligaciones asumidas en el Tratado. Esta otra función, digámoslo así, de juez constitucional, había sido sabiamente aprovechada por el Tribunal. Los derechos fundamentales, afirma el Tribunal, son deducidos, en cuanto principios generales del Derecho comunitario, de la Convención para la Defensa de los Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Son derechos *implícitos* en el sistema (derechos socioeconómicos, libertades fundamentales, principios específicos de tutela referidos al *due process*, ya sustantivo, ya procedimental) como *derechos de base*, en los cuales se enraizan los derechos expresamente concebidos para el disfrute del mercado y de la libertad de circulación. Con ellos se relacionan, posteriormente, otros principios que el Tratado configura y que protegen al individuo, ante todo, el derecho a la no discriminación. El Tribunal ha ido reconociendo progresivamente los derechos fundamentales tutelables y definiendo los límites de su ejercicio. Su jurisprudencia logra compensar de este modo la falta de un *bill of rights* ligado a los cánones del constitucionalismo. El Tribunal de Karlsruhe reconoció, por su parte, en una segunda sentencia que la tutela de los derechos fundamentales en el seno de la Comunidad ha terminado por ser «esencialmente parangonable» a la contemplada en la Constitución alemana. Ha declarado, por tanto, su intención de abstenerse de controlar las normas comunitarias mientras continúe el actual nivel de protección. Sobre los platillos de su balanza colocan, pues, los jueces alemanes la «equivalencia» de los dos sistemas de tutela (sentencia 22 de octubre de

1986, *Solange II*). Es un criterio razonable. ¿Cómo utilizarlo, sin embargo, cuando la protección de algún específico derecho fundamental controvertido resulte más amplia en el ordenamiento estatal que en el comunitario? Evidentemente el problema afecta también al ordenamiento italiano. Creo que nuestro TC puede, en tales hipótesis, juzgar la normativa comunitaria utilizando como referencia los preceptos constitucionales que aseguran al interesado una mayor tutela en el ordenamiento interno. En este sentido parece orientarse la sentencia 232/89 en materia de derecho a la tutela jurisdiccional, a la que anteriormente nos referíamos <sup>17</sup>.

## 6. PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: CONDICIONES CONSTITUCIONALES Y CONTROL JURISDICCIONAL SOBRE SU OBSERVANCIA

6.1. Las reservas avanzadas por la jurisprudencia han sido, como advertía al principio, trasladadas en algunos ordenamientos a las Cartas constitucionales. El ejemplo más importante de tal recepción nos lo ofrece la nueva redacción del artículo 23 de la BGG. En general, comienza a delinearse una tendencia del Derecho constitucional de los Estados miembros hacia la regulación de la *pertenencia* a la Comunidad y a la Unión *como participación en el proceso* de unificación en curso: las normas ya previstas en los textos fundamentales sobre la limitación de la soberanía, han sido sustituidas o integradas por otras expresamente dispuestas para *constitucionalizar el fenómeno* de la integración europea <sup>18</sup>. La técnica de la normativización constitucional se adapta por esta vía a las exigencias de un fenómeno dinámico, que comporta la actualización de los límites de la soberanía de un estado a otro de la unificación europea. Observando las últimas adhesiones puede comprobarse cómo han sido protagonizadas por Estados autorizados

<sup>17</sup> Entre los tratadistas del Derecho comunitario, la jurisprudencia comunitaria en materia de derechos fundamentales se describe frecuentemente como fruto de la decidida intención del Tribunal europeo de reivindicar su competencia propia en la materia, y «decapitar» los intentos de rebelión avanzados por los TC de Italia y Alemania, por ejemplo, T.C. HARLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford 1994, spec., págs. 242 y ss., acerca de una hipótesis donde prevalece la garantía ofrecida por el Derecho comunitario al derecho fundamental del individuo, en cuanto conforme a los preceptos simbióticos del ordenamiento estatal, pero más amplia y detallada de la que consiente este último ordenamiento: cf. PREDIERI, «La competenza della Corte...», *op. cit.* En otros campos, como el que concierne a la tutela del derecho de propiedad y de otros derechos de orden económico, la solución podría ser distinta: no se trata de derechos constitucionalmente protegidos como inviolables (y el ordenamiento no está obligado a privilegiarlos adoptando respecto a ellos el criterio de la mayor tutela hipotéticamente prevista en sede comunitaria).

<sup>18</sup> Cfr. sobre las disposiciones adoptadas por los Estados miembros respecto al proceso de integración europea, las actualizadas referencias de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS-A. VALLE GÁLVEZ, «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de justicia de las Comunidades europeas, el Tribunal europeo de los derechos humanos y los Tribunales constitucionales nacionales multis locis», de próxima publicación.

por sus Parlamentos nacionales a través de leyes de rango o naturaleza constitucional. En los ordenamientos donde se contemplaba el recurso al referéndum, el acto del poder constituyente ha sido sancionado por el resultado favorable de la consulta popular: entre los Estados miembros parece abrirse paso la clara conciencia de que la opción por Europa corresponde directamente a los ciudadanos. En alguno de los textos constitucionales más recientes aparecen también las condiciones a las que se subordina la progresiva transferencia de poderes a la sede supranacional: y es significativo que la condición más frecuentemente prevista haga referencia a la tutela de los derechos humanos y fundamentales. En cada vez mayor número de Constituciones se establece que la tutela en el ámbito de la Unión debe equivaler al nivel de protección asegurado por el correspondiente ordenamiento nacional y por los tratados europeos en la materia. El criterio de la «tutela equivalente» viene, así, a integrar el esquema de las relaciones entre Derecho comunitario e interno, esquema que puede entenderse comúnmente acogido en los sistemas constitucionales de los países miembros. En determinadas Constituciones aparecen, por otra parte, ulteriores condiciones que deben satisfacerse para que el Estado participe en el proceso europeísta: «la Unión debe observar el principio democrático del Estado de Derecho, social y federal, y el principio de subsidiariedad» dispone el artículo 23 de la BGG. Otras Constituciones establecen como un fin realizable a través de la construcción europea el de la cohesión económica y social (artículo 7.6 de la Constitución portuguesa). El artículo 114 del texto aprobado por nuestra Comisión bicameral para la reforma constitucional prevé, además de las condiciones de paridad con los otros Estados, ya contempladas por el artículo 11, el respeto a los principios supremos del ordenamiento y a los derechos inviolables de la persona humana, añadiendo que Italia promueve y favorece un ordenamiento basado en los principios de democracia y subsidiariedad.

Ahora bien, la tutela de los derechos humanos y fundamentales concierne desde siempre a los órganos jurisdiccionales custodios de la constitución y gravita, —al menos potencialmente, como explicaba— en la órbita de su competencia, también en relación con el control de la normativa comunitaria. No es fácil prever qué consecuencias concretas sobre la jurisprudencia constitucional puedan producir en cambio las otras disposiciones de las Constituciones estatales, según las cuales la Unión debe dotarse de un ordenamiento conforme a los principios de democracia, subsidiariedad o cohesión socio-económica. El texto del artículo 114, preparado por nuestra Comisión bicameral, configura las disposiciones de este último tenor como normas programáticas, mientras exige, con el *fiat* de la norma preceptiva,

---

<sup>19</sup> En el fondo se trata de la fórmula elaborada por la jurisprudencia constitucional alemana e italiana. El mismo Tribunal de Luxemburgo ha terminado por aceptarla desde el momento en que, como recordaba, ha inducido, gracias a su satisfactoria jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, al TC alemán a retirar su reserva de competencia y al TC italiano a ejercitarla sólo, presuntamente, cuando el derecho invocado en el juicio goce de mayor tutela en el ordenamiento interno.

que la Unión asegure el respeto a los principios superiores de nuestro ordenamiento y a los derechos inviolables de la persona humana. Este criterio basado en la distinción entre preceptos y programas respecto al proceso europeísta no carece de justificación, al menos en los términos en que ha sido adoptado por nuestro legislador. Ciertamente, los valores del ordenamiento democrático son fundamentales en todos los Estados miembros. Los principios de subsidiariedad y de cohesión lo son también, pero sólo en los ordenamientos en los que se les acoge en virtud de las exigencias de la forma de Estado, federal o ampliamente descentralizada, o inspirados en los valores de la solidaridad según los casos. Pero el prescribir en las Constituciones que tales principios deban circular del ordenamiento interno al ordenamiento de la Unión, se justifica exclusivamente si se transfieren a esta última distintas y más amplias competencias, o se produce una reordenación sobre nuevas bases instituciones de aquellas ya transferidas. Sólo así se podría dotar realmente a la Unión de un ordenamiento donde se haya resuelto el viejo problema del déficit democrático y donde les fuera reconocida a las instituciones europeas la capacidad de decisión necesaria para la eficaz dirección de la acción subsidiaria o de la política de cohesión.

Sucede, sin embargo, que las declaraciones y estipulaciones que pretenden asignar a la Unión más ambiciosas metas institucionales mantienen siempre —y ésta es la *otra cara* de su contenido preceptivo— su significado de cláusulas de salvaguarda de la soberanía nacional. Establecen, como dice Paolo BARILE, «contralímites» especularmente inversos a aquellos a los que el ordenamiento interno debe someterse por la vía de la cesión a la Comunidad o a la Unión de poderes soberanos. Por lo demás, las disposiciones dirigidas a limitar el ordenamiento nacional no consienten en ningún caso que el Estado descienda en el seno de la Unión al simple plano de ente autónomo, y ni siquiera podrían consentirlo. La Constitución es promulgada por el Estado, con sus derechos y su perdurable halo de soberanía. Por otra parte, si la Unión tuviese alguna vez, aun a pesar de ella, que desplegar las alas imponentes de un superestado<sup>20</sup>, su ordenamiento se legitimaría por el solo hecho de haber sido instaurado, sin importar, si y como, los Estados miembros hayan pretendido regular el proceso formativo.

Lo decisivo, en todo caso, es que en una unión de Estados, que no deviene a su vez ente estatal, no puede existir una democracia madura y un constitucionalismo pleno. Quien quiera construir la Unión europea desde ahora con los cimientos de los valores de la democracia parte por tanto del implícito, pero claro presupuesto, de que los poderes de los órganos legitimados democráticamente están limitados, y así permanecen por la naturaleza de las cosas, por la necesidad de garantizar a los Estados

---

<sup>20</sup> Cfr. las interesantes observaciones de F. MANCINI, *Europe: Is There a Case for Statehood?*, University of South Wales, Sydney, Australia, November 1997.

miembros el ejercicio de su *iura maiestatis*, bien individualmente, bien colegiadamente en sede intergubernamental. En suma, una cosa es la democracia del sistema supranacional, limitada por definición, y otra la que se despliega en su plenitud en los ordenamientos de los Estados miembros. Desde este aspecto, los dos ordenamientos no son «esencialmente parangonables» como puede afirmarse, reclamando la fórmula del Tribunal Karlsruhe, respecto a la tutela de los derechos fundamentales. Los jueces alemanes han entendido, de hecho, el sistema de Maastricht conforme a los preceptos de la Constitución, por la decisiva razón de que los Estados son todavía «señores del Tratado» y soberanos titulares de la *Kompetenz-kompetenz*, con todas las consecuencias derivadas de tal posición.

La *Maastricht-Urteil* ha suscitado un vivo interés también fuera de Alemania. Hay un aspecto de la sentencia que me gustaría destacar. Se decidía en el juicio la cuestión de si los «contralímites» a la cesión de la soberanía —y así en primer lugar la salvaguarda del principio democrático y de la soberanía popular— debían entenderse atrincherados en la muralla inexpugnable de aquellos valores constitucionales que el legislador no puede modificar ni siquiera con el procedimiento de revisión constitucional. Es evidente que el control sobre la observancia de los valores de tal forma configurados y garantizados debería ocupar el plano más elevado de la justicia constitucional. Ahora bien, la concreta decisión del caso por los jueces alemanes —dejando aparte las delicadas cuestiones sobre la transferencia de poderes del Banco Federal al Banco Central Europeo y de los vínculos ligados a la llamada estabilidad monetaria— demuestra que el control sobre la correspondencia del ordenamiento previsto en el Tratado con el principio de democracia, termina por resolverse a un modesto nivel. Sustancialmente se trataría de comprobar si resultan satisfechos los *mínimos* requisitos de legitimación democrática por el poder que transmigra fuera del Estado, pero que se ejercita directamente sobre los ciudadanos. La fórmula de las disposiciones preceptivas, a la que el artículo 23 BGG se ofrece como modelo, encuentra por tanto límites en su aplicación práctica, que condicionan el propio control sobre su observancia<sup>21</sup>. El tipo de disposición programática, preferido por nuestros legisladores, tiene probablemente la ventaja de ser más realista.

Dicho esto, no debe perderse de vista que la Unión surge como una confederación de tipo moderno: es ésta una *Staatenverbund*, afirma el TC alemán, y el término no significa tan sólo liga o asociación de Estados. Tales eran las confederaciones de los siglos XVIII y XIX, que no afectaban al ciudadano, el cual permanecía bajo el dominio de su Estado de pertenencia. La actual Unión europea, si bien caracterizada todavía en su funcionamiento

<sup>21</sup> Cfr. HERDEGEN, «Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an "Ever Closer Union"». *Common Market Law Review* (1994), págs. 245-246, 238-240 (sobre *elementary standards of democracy* aplicables al sistema prefigurado por el Tratado y sobre los Estados como *Masters of the treaties*).

como un sistema de diplomacia multilateral, se funda sobre las comunidades preexistentes y las abarca en un cuadro de conjunto, en el cual el Tratado coloca las diversas formas de regulación del proceso de integración. En la base de la Unión encontramos, por tanto, el ordenamiento del mercado único, el sistema jurídico del cual introducida la ciudadanía común, desaparece cada día en mayor medida la discriminación de los individuos en función de su ciudadanía nacional. Cualquiera que sea o pueda ser su sistema institucional, esta Unión es una primera manifestación de constitucionalismo, y constituye el inicio de un federalismo emergente desde las raíces de la sociedad, precisamente porque ésta se forma donde ya existe una esfera de disfrute común transnacional de derechos individuales: derechos fundamentales de la persona, de su nuevo *status* de ciudadano europeo y derechos de los que el sujeto disfruta en su polifacético papel de protagonista del mercado único. Parece claro que el individuo será, en cuanto sujeto del ordenamiento comunitario, también destinatario de obligaciones. Al constitucionalista le interesa, sin embargo, situar en el centro de su atención, el sistema de derechos que se ha delineado, garantizados todos, indistintamente y a igual título, por la prevalencia de la norma comunitaria sobre la nacional. Es un sistema de derechos y garantías dotado de efectividad y coherencia gracias al común empeño del Tribunal europeo y de los tribunales nacionales. La divergencia entre el monismo de uno y el dualismo de al menos algunos de los otros, ha sido superada por un constructivo sentido de cooperación de cara al superior interés de no obstaculizar, con enojosas pretensiones de soberanía jurisdiccional, la tutela de los derechos individuales, incluidos aquellos que rigen en todo Estado miembro como fundamentales e inviolables. La obra reguladora de la jurisprudencia ha impreso, así, sobre la construcción del mercado, el sello del Estado de Derecho. Es ésta su contribución más duradera al proceso europeísta. La Unión que vendrá no podrá sino mantenerla intacta<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Sobre el carácter de moderna confederación que debería revestir la Unión europea, me permito reenviar a LA PERGOLA, *Los nuevos senderos del federalismo*, cit., págs. 151 y ss., 181 y ss.; el criterio diferenciador entre el antiguo y el nuevo tipo de confederación se encuentra precisamente en que las primeras se dirigen solamente a los Estados miembros y las del segundo tipo, se dirigen, en cambio, también a sus ciudadanos. La Unión europea encajaría en el esquema moderno al encontrarse dotada de una ciudadanía propia, estando tal *status*, que se dirigen solamente a los Estados miembros y las del segundo tipo, se dirigen, en cambio, también a sus ciudadanos. La Unión europea encajaría en el esquema moderno al encontrarse dotada de una ciudadanía propia, estando tal *status*, que se coloca al lado, y se conecta con el de la ciudadanía nacional, lógica y expresamente relacionado en el tratado de Maastricht con el reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo (art. 8). Esta moderna visión del sistema confederal se colmará de la sustancia que le debería corresponder en el proceso por el cual la Unión sea hecha propia por el sistema comunitario, del cual hasta ahora se ha limitado a cambiar los órganos para el ejercicio de las funciones que le son atribuidas taxativamente (sobre todo en el ámbito de la diplomacia multilateral) cfr. C. CURTI GIALDINO, *Il trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1993. El proceso europeísta ha suscitado el interés de la doctrina, especialmente de la británica, sobre la idea de la vieja y la nueva confederación. Cfr., entre las contribuciones de los politólogos C. HUGHES, *Confederacies*, Leicester University Press, 1963, el cual considera los ejemplos del siglo XVIII y XIX de confederación (norteamericana, alemana y suiza) como

verdaderas y propias formas estatales, gobernadas por un régimen en el cual la soberanía correspondía al órgano central compuesto colegiadamente por los Estados miembros (Congreso, Dieta) y no a ninguno de estos últimos, como en cambio se considera de manera general por una historiografía, afirma el autor, inclinada por lo común, aun desde opuestos puntos de vista políticos, a sancionar como fallida la experiencia de la confederación (pág. 10, en nota). El «absolutismo tardío» de la confederación desaparecería solamente desde el momento en el cual se introduce en ella el Estado federal, con sus correspondientes valores democráticos. En esta singular reconstrucción del fenómeno lo que importa es el *ius imperii*, el poder de injerencia sobre los asuntos internos de los Estados singulares, no la orientación política del orden público confederal, que correspondería al colegio soberano de los Estados miembros. Aun admitiendo que tal concepción de las antiguas confederaciones pudiera estar justificada (y no en cambio desmentida) por la realidad histórica del período, seguiría siendo oportuno examinar el sentido de las aparentes excepciones al desinterés o a la incompetencia de las confederaciones respecto a los *derechos* del individuo. Así, en la Confederación alemana estaba prevista la prohibición de discriminación entre los súbditos de los Estados miembros en varios campos, comenzando por el que establecía la paridad entre las diversas confesiones religiosas cristianas (*Bundesakt* de 1815). Los mismos *Articles of Confederation* (1781) contemplaban un trato igual para los ciudadanos de los Estados miembros respecto de aquellos del Estado de acogida. En mi opinión, tales previsiones siempre estaban dirigidas, sin embargo, a los Estados miembros, a los que imponían las correspondientes obligaciones de conducta respecto a los individuos, por cuya inobservancia el Estado debería responder ante la Dieta o el Congreso. En las actuales confederaciones de tipo moderno —y así también en la Unión Europea— la perspectiva ha cambiado totalmente. Éstas surgen en un ambiente jurídico en el cual el individuo es reconocido como sujeto de derechos. El principio de no discriminación opera también, de hecho, en la esfera reservada a la ciudadanía de la Unión (cfr. el punto 21 de las conclusiones presentadas por mí ante el Tribunal comunitario como abogado general de la causa 85/96 *Martínez Sala versus Freistaat Bayern*). Y es precisamente porque la confederación deriva de un sistema en el cual se reconocen los derechos individuales y se les dota de eficaces garantías jurisdiccionales, por lo que ésta no está destinada, como las confederaciones de tipo antiguo, a desaparecer o transformarse en un Estado federal, que era en el pasado la única forma de unión entre Estados que concernía directamente al individuo y tutelaba sus derechos. En suma, la confederación, que se construye sobre la base de la integración económica, es una *primera forma de federalismo enraizado en los derechos individuales*, además y en mucha mayor medida, que en los *poderes* de los órganos centrales del sistema: el ejemplo mejor conocido y más completo de este último tipo sigue siendo el del Estado federal, del cual la confederación, aun cuando modernamente concebida, está destinada por definición a diferenciarse.